

---

# FUNÇÃO POLÍTICA E SOCIAL DO DIREITO

e teorias da constituição

---

ALESSANDRA KNOLL  
(Organizadora)

Atena  
Editora  
Ano 2022

I

---

# FUNÇÃO POLÍTICA E SOCIAL DO DIREITO

e teorias da constituição

---

ALESSANDRA KNOLL  
(Organizadora)

Atena  
Editora  
Ano 2022

I

**Editora chefe**

Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira

**Editora executiva**

Natalia Oliveira

**Assistente editorial**

Flávia Roberta Barão

**Bibliotecária**

Janaina Ramos

**Projeto gráfico**

Camila Alves de Cremo

Daphynny Pamplona

Gabriel Motomu Teshima

Luiza Alves Batista

Natália Sandrini de Azevedo

**Imagens da capa**

iStock

**Edição de arte**

Luiza Alves Batista

2022 by Atena Editora

Copyright © Atena Editora

Copyright do texto © 2022 Os autores

Copyright da edição © 2022 Atena Editora

Direitos para esta edição cedidos à Atena Editora pelos autores.

Open access publication by Atena Editora



Todo o conteúdo deste livro está licenciado sob uma Licença de Atribuição *Creative Commons*. Atribuição-Não-Comercial-NãoDerivativos 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores, inclusive não representam necessariamente a posição oficial da Atena Editora. Permitido o *download* da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

Todos os manuscritos foram previamente submetidos à avaliação cega pelos pares, membros do Conselho Editorial desta Editora, tendo sido aprovados para a publicação com base em critérios de neutralidade e imparcialidade acadêmica.

A Atena Editora é comprometida em garantir a integridade editorial em todas as etapas do processo de publicação, evitando plágio, dados ou resultados fraudulentos e impedindo que interesses financeiros comprometam os padrões éticos da publicação. Situações suspeitas de má conduta científica serão investigadas sob o mais alto padrão de rigor acadêmico e ético.

**Conselho Editorial****Ciências Humanas e Sociais Aplicadas**

Prof. Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva – Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí

Prof. Dr. Alexandre de Freitas Carneiro – Universidade Federal de Rondônia

Prof. Dr. Alexandre Jose Schumacher – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná

Prof. Dr. Américo Junior Nunes da Silva – Universidade do Estado da Bahia

Profª Drª Ana Maria Aguiar Frias – Universidade de Évora

Profª Drª Andréa Cristina Marques de Araújo – Universidade Fernando Pessoa



Prof. Dr. Antonio Carlos da Silva – Universidade Católica do Salvador  
Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná  
Prof. Dr. Antonio Gasparetto Júnior – Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais  
Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília  
Prof. Dr. Arnaldo Oliveira Souza Júnior – Universidade Federal do Piauí  
Prof. Dr. Carlos Antonio de Souza Moraes – Universidade Federal Fluminense  
Prof. Dr. Crisóstomo Lima do Nascimento – Universidade Federal Fluminense  
Prof<sup>o</sup> Dr<sup>a</sup> Cristina Gaio – Universidade de Lisboa  
Prof. Dr. Daniel Richard Sant’Ana – Universidade de Brasília  
Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia  
Prof<sup>o</sup> Dr<sup>a</sup> Dilma Antunes Silva – Universidade Federal de São Paulo  
Prof. Dr. Edvaldo Antunes de Farias – Universidade Estácio de Sá  
Prof. Dr. Elson Ferreira Costa – Universidade do Estado do Pará  
Prof. Dr. Eloi Martins Senhora – Universidade Federal de Roraima  
Prof. Dr. Gustavo Henrique Cepolini Ferreira – Universidade Estadual de Montes Claros  
Prof. Dr. Humberto Costa – Universidade Federal do Paraná  
Prof<sup>o</sup> Dr<sup>a</sup> Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionele delle Figlie de Maria Ausiliatrice  
Prof. Dr. Jadilson Marinho da Silva – Secretaria de Educação de Pernambuco  
Prof. Dr. Jadson Correia de Oliveira – Universidade Católica do Salvador  
Prof. Dr. José Luis Montesillo-Cedillo – Universidad Autónoma del Estado de México  
Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense  
Prof. Dr. Kárpio Márcio de Siqueira – Universidade do Estado da Bahia  
Prof<sup>o</sup> Dr<sup>a</sup> Keyla Christina Almeida Portela – Instituto Federal do Paraná  
Prof<sup>o</sup> Dr<sup>a</sup> Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins  
Prof<sup>o</sup> Dr<sup>a</sup> Lucicleia Barreto Queiroz – Universidade Federal do Acre  
Prof. Dr. Luis Ricardo Fernandes da Costa – Universidade Estadual de Montes Claros  
Prof. Dr. Lucio Marques Vieira Souza – Universidade do Estado de Minas Gerais  
Prof<sup>o</sup> Dr<sup>a</sup> Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte  
Prof<sup>o</sup> Dr<sup>a</sup> Marianne Sousa Barbosa – Universidade Federal de Campina Grande  
Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Pontifícia Universidade Católica de Campinas  
Prof<sup>o</sup> Dr<sup>a</sup> Maria Luzia da Silva Santana – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul  
Prof. Dr. Miguel Rodrigues Netto – Universidade do Estado de Mato Grosso  
Prof. Dr. Pedro Henrique Máximo Pereira – Universidade Estadual de Goiás  
Prof. Dr. Pablo Ricardo de Lima Falcão – Universidade de Pernambuco  
Prof<sup>o</sup> Dr<sup>a</sup> Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa  
Prof<sup>o</sup> Dr<sup>a</sup> Rita de Cássia da Silva Oliveira – Universidade Estadual de Ponta Grossa  
Prof. Dr. Rui Maia Diamantino – Universidade Salvador  
Prof. Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares – Universidade Federal do Piauí  
Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará  
Prof<sup>o</sup> Dr<sup>a</sup> Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande  
Prof<sup>o</sup> Dr<sup>a</sup> Vanessa Ribeiro Simon Cavalcanti – Universidade Católica do Salvador  
Prof. Dr. William Cleber Domingues Silva – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro  
Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins



## Função política e social do direito e teorias da constituição

**Diagramação:** Gabriel Motomu Teshima  
**Correção:** Yaidy Paola Martinez  
**Indexação:** Amanda Kelly da Costa Veiga  
**Revisão:** Os autores  
**Organizadora:** Alessandra Knoll

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

F979 Função política e social do direito e teorias da constituição / Organizadora Alessandra Knoll. – Ponta Grossa - PR: Atena, 2022.

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

Inclui bibliografia

ISBN 978-65-5983-881-3

DOI: <https://doi.org/10.22533/at.ed.813222601>

1. Direito. 2. Lei. 3. Constituição. I. Knoll, Alessandra (Organizadora). II. Título.

CDD 340

Elaborado por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166

**Atena Editora**  
Ponta Grossa – Paraná – Brasil  
Telefone: +55 (42) 3323-5493  
[www.atenaeditora.com.br](http://www.atenaeditora.com.br)  
contato@atenaeditora.com.br



## DECLARAÇÃO DOS AUTORES

Os autores desta obra: 1. Atestam não possuir qualquer interesse comercial que constitua um conflito de interesses em relação ao artigo científico publicado; 2. Declaram que participaram ativamente da construção dos respectivos manuscritos, preferencialmente na: a) Concepção do estudo, e/ou aquisição de dados, e/ou análise e interpretação de dados; b) Elaboração do artigo ou revisão com vistas a tornar o material intelectualmente relevante; c) Aprovação final do manuscrito para submissão.; 3. Certificam que os artigos científicos publicados estão completamente isentos de dados e/ou resultados fraudulentos; 4. Confirmam a citação e a referência correta de todos os dados e de interpretações de dados de outras pesquisas; 5. Reconhecem terem informado todas as fontes de financiamento recebidas para a consecução da pesquisa; 6. Autorizam a edição da obra, que incluem os registros de ficha catalográfica, ISBN, DOI e demais indexadores, projeto visual e criação de capa, diagramação de miolo, assim como lançamento e divulgação da mesma conforme critérios da Atena Editora.



## DECLARAÇÃO DA EDITORA

A Atena Editora declara, para os devidos fins de direito, que: 1. A presente publicação constitui apenas transferência temporária dos direitos autorais, direito sobre a publicação, inclusive não constitui responsabilidade solidária na criação dos manuscritos publicados, nos termos previstos na Lei sobre direitos autorais (Lei 9610/98), no art. 184 do Código penal e no art. 927 do Código Civil; 2. Autoriza e incentiva os autores a assinarem contratos com repositórios institucionais, com fins exclusivos de divulgação da obra, desde que com o devido reconhecimento de autoria e edição e sem qualquer finalidade comercial; 3. Todos os e-book são *open access*, *desta forma* não os comercializa em seu site, sites parceiros, plataformas de *e-commerce*, ou qualquer outro meio virtual ou físico, portanto, está isenta de repasses de direitos autorais aos autores; 4. Todos os membros do conselho editorial são doutores e vinculados a instituições de ensino superior públicas, conforme recomendação da CAPES para obtenção do Qualis livro; 5. Não cede, comercializa ou autoriza a utilização dos nomes e e-mails dos autores, bem como nenhum outro dado dos mesmos, para qualquer finalidade que não o escopo da divulgação desta obra.



## APRESENTAÇÃO

A coleção “Função política e social do Direito e Teorias da Constituição” é uma obra de tema atual cujo foco principal é a discussão científica por intermédio de trabalhos diversos que compõem seus capítulos.

O objetivo central foi apresentar, de forma categorizada e clara, estudos desenvolvidos em diversas instituições de ensino e pesquisa do país e exterior. Em todos esses trabalhos a linha condutora foi o aspecto relacionado ao Direito e trazer à tona temas sociais e políticos relevantes para a coletividade.

A obra foi dividida em 2 volumes, para que o tema fosse debatido na sua complexidade e importância.

No primeiro volume, focou-se no direito à saúde e nas políticas públicas envolvendo a saúde coletiva, com destaque para assuntos relacionados à covid-19, que tiveram grande impacto na vida dos Brasileiros de março de 2020 até os dias atuais. Pela sua grande importância, o volume trouxe cinco artigos que debatem diretamente o tema da pandemia e suas repercussões. Além de outros trabalhos que focam na temática da saúde. Com destaque para dois artigos que debatem a judicialização da saúde e um trabalho que trata da saúde da mulher. Este volume da obra trouxe, ainda, dois artigos sobre os Conselhos municipais de saúde e encerra-se o volume 1 com dois artigos sobre seguridade social, que corresponde a um conceito mais amplo de saúde e dignidade.

O segundo volume inicia com um Manifesto, e uma crítica ao famoso “juridiquês” que acaba por distanciar as leis do povo. Em seguida, apresenta-se ao leitor ou à leitora temas diversos discutidos aqui com a proposta de fundamentar o conhecimento de acadêmicos, mestres e todos aqueles que de alguma forma se interessam pelo direito e sua complexidade. Finaliza-se o volume 2 desta obra com dois artigos sobre a formação em direito, as experiências discentes com os direitos humanos e uma reflexão acerca do trabalho do docente.

Deste modo a obra “Função política e social do Direito e Teorias da Constituição” apresenta uma teoria bem fundamentada nos resultados práticos obtidos pelos diversos professores e acadêmicos que arduamente desenvolveram seus trabalhos que aqui serão apresentados de maneira concisa e didática. Sabemos o quão importante é a divulgação científica, por isso evidenciamos também a estrutura da Atena Editora capaz de oferecer uma plataforma consolidada e confiável para estes pesquisadores exporem e divulguem seus resultados.

Alessandra Knoll




## SUMÁRIO

### **CAPÍTULO 1..... 1**

COVID-19 E DIREITOS FUNDAMENTAIS: UM OLHAR PARA GRUPOS VULNERÁVEIS

Rubens Beçak


Bruno Humberto Neves

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.8132226011>

### **CAPÍTULO 2..... 15**

A MEDIAÇÃO COMO GARANTIA PARA A SOCIEDADE NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS IMPACTADOS PELO COVID-19


Gabriel Sell Ribeiro

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.8132226012>

### **CAPÍTULO 3..... 29**

ACESSO À JUSTIÇA E A RECOMENDAÇÃO DE PROVIDÊNCIAS PRÉVIAS NAS AÇÕES RELATIVAS AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO

Cecília Rodrigues Frutuoso Hildebrand

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.8132226013>

### **CAPÍTULO 4..... 44**


DIREITO A VACINAÇÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Miguel Kfoury Neto

Letícia Gabriela Camargo Franco de Lima

Francelise Camargo de Lima

Pedro Franco de Lima

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.8132226014>


### **CAPÍTULO 5..... 62**

VIGILÂNCIA GOVERNAMENTAL DE DADOS PESSOAIS NO CONTEXTO DA COVID-19 FUNDAMENTADA NA SUSTENTABILIDADE SOB AS PERSPECTIVAS JURÍDICO-POLÍTICA E SOCIAL

Vitor Luís Botton

Giovanna Vieira da Costa


Jocelino Tramontin da Silva








 <https://doi.org/10.22533/at.ed.8132226015>




### **CAPÍTULO 6..... 79**

COVID-19 E O IMPACTO NO MEIO AMBIENTE: O APELO DO MUNDO POR UMA CONSTITUIÇÃO GLOBAL DIANTE DO ECOCÍDIO.

Vanessa Saldanha de Lyra

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.8132226016>

<b>CAPÍTULO 7</b> .....	<b>91</b>
O ESTADO E OS BENEFÍCIOS SOCIAIS Carlos Rafael da Silva Milton Vasques Thibau de Almeida  <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.8132226017">https://doi.org/10.22533/at.ed.8132226017</a>	
<b>CAPÍTULO 8</b> .....	<b>108</b>
MEDIAÇÃO NA SAÚDE SUPLEMENTAR: O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A LEI 13.140/2015 ANTE A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO CAMPO PRIVADO Francisco Miranda Pinheiro Neto  <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.8132226018">https://doi.org/10.22533/at.ed.8132226018</a>	
<b>CAPÍTULO 9</b> .....	<b>121</b>
O EXAME DOS CRIMES CONTRA A SAÚDE PÚBLICA: EM FACE DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE Ingrid Nascimento Conchy  <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.8132226019">https://doi.org/10.22533/at.ed.8132226019</a>	
<b>CAPÍTULO 10</b> .....	<b>133</b>
PELO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL O CONSENSO SUPLANTA A ÚLTIMA BARREIRA: <i>A RES PUBLICA</i> Francisco de Assis Pessanha Filho José Carlos Paes Nilton Cesar da Silva Flores  <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.81322260110">https://doi.org/10.22533/at.ed.81322260110</a>	
<b>CAPÍTULO 11</b> .....	<b>145</b>
SAÚDE DA MULHER E O ABORTO LEGAL EM PERSPECTIVA: NARRATIVAS E SENTIDOS EM DISPUTA Lília Guimarães Pougy Ludmila Fontenele Cavalcanti  <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.81322260111">https://doi.org/10.22533/at.ed.81322260111</a>	
<b>CAPÍTULO 12</b> .....	<b>156</b>
OS CONSELHOS MUNICIPAIS DE POLÍTICAS PÚBLICAS: PENSADOS A PARTIR DA TEORIA DO DIREITO SOCIAL DE GEORGES GURVITCH Yana de Moura Gonçalves Gabriel Eidelwein Silveira Tamires Eidelwein  <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.81322260112">https://doi.org/10.22533/at.ed.81322260112</a>	
<b>CAPÍTULO 13</b> .....	<b>168</b>
DEMOCRACIA Y ESPACIO PÚBLICO EN AMÉRICA LATINA Alessandra Knoll Fernanda Matsukura Lindemeyer Pieri  <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.81322260113">https://doi.org/10.22533/at.ed.81322260113</a>	

<b>CAPÍTULO 14.....</b>	<b>178</b>
SERÁ QUE A DEMOCRACIA ESTÁ EM <i>DOWN</i> ?	
Virgilius de Albuquerque	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.81322260114">https://doi.org/10.22533/at.ed.81322260114</a>	
<b>CAPÍTULO 15.....</b>	<b>202</b>
ANÁLISE DA SEGURIDADE SOCIAL BRASILEIRA: O ACESSO À APOSENTADORIA DO TRABALHADOR RURAL	
Franklym Farllony Murad da Silva	
Oswaldo Vanderley de Sousa Junior	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.81322260115">https://doi.org/10.22533/at.ed.81322260115</a>	
<b>CAPÍTULO 16.....</b>	<b>216</b>
EL PLAN DE AHORRO VOLUNTARIO, UNA ALTERNATIVA PARA INCREMENTAR EL MONTO DE UNA PENSIÓN OTORGADA POR EL IMSS	
Georgina Macías Mora	
José Manuel Barrera Castañeda	
Luis Roberto Contreras Santiago	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.81322260116">https://doi.org/10.22533/at.ed.81322260116</a>	
<b>SOBRE A ORGANIZADORA: .....</b>	<b>230</b>
<b>ÍNDICE REMISSIVO.....</b>	<b>231</b>

# CAPÍTULO 1

## COVID-19 E DIREITOS FUNDAMENTAIS: UM OLHAR PARA GRUPOS VULNERÁVEIS

Data de aceite: 01/11/2021

Data de submissão: 24/11/2021

### Rubens Beçak

Mestre e Doutor em Direito Constitucional e Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Universidade de São Paulo (USP)  
Professor Associado da Universidade de São Paulo (USP)  
Professor visitante da Universidad d Salamanca (USAL)  
Ribeirão Preto-SP  
<http://lattes.cnpq.br/7461141539467509>

### Bruno Humberto Neves

Mestrando em Direito pela Universidade de São Paulo (USP - FDRP)  
Ituverava-SP  
<http://lattes.cnpq.br/5286668510009352>

**RESUMO:** A pandemia causada pelo COVID-19 é discriminatória, no enfrentamento ao vírus, grupos vulneráveis sofrem mais que outros. Percebe-se que a crise pandêmica se instalou sobre outra de baixa efetividade de direitos fundamentais. Neste sentido, coube a este artigo analisar o caráter discriminatório da pandemia, apontar grupos vulneráveis e analisar o dever agir do Estado Democrático de Direito no enfrentamento do vírus e na efetivação de direitos fundamentais. Outrossim, abordou a recomendação 62 do CNJ como possibilidade de preservação da dignidade da pessoa humana do grupo de risco que vive em cárcere.

**PALAVRAS-CHAVE:** Pandemia; Direitos Fundamentais; Grupos Vulneráveis;

Recomendação 62; Jurisdição Constitucional.

### COVID-19 AND FUNDAMENTAL RIGHTS: A LOOK AT VULNERABLE GROUPS

**ABSTRACT:** The pandemic caused by COVID-19 is discriminatory, in facing the virus, vulnerable groups suffer more than others. It can be seen that the pandemic crisis was installed over another with a low effectiveness of fundamental rights. In this sense, it was up to this article to analyze the discriminatory character of the pandemic, to point out vulnerable groups and to analyze the duty of the Democratic Rule of Law to face the virus and to enforce fundamental rights. Furthermore, he addressed the recommendation 62 of the CNJ as a possibility of preserving the dignity of the human person from the risk group that lives in prison.

**KEYWORDS:** Pandemic; Fundamental rights; Vulnerable Groups; Recommendation 62; Constitutional Jurisdiction.

## 1 | INTRODUÇÃO

Esta pesquisa é um pequeno ensaio, cuja localização epistemológica se encontra no diálogo entre os direitos e garantias fundamentais com o Estado Democrático de Direito, mormente no atual cenário de pandemia do COVID-19.

Em um primeiro momento, se realizou a revisão da literatura atual sobre a pandemia do novo coronavírus e seu reflexo na efetivação de direitos fundamentais, mormente de grupos

considerados neste momento ainda mais vulneráveis.

Assim, se abordou o COVID-19 como uma lente magnificadora de desigualdades sociais, sobretudo em sociedades tão desiguais como a brasileira, considerando que a crise pandêmica não se instalou sobre um estado de normalidade, mas sim sobre comunidades onde as promessas constitucionais ainda não foram cumpridas.

Em um segundo momento, se discorreu sobre a existência de um efeito discriminatório da pandemia e a falsa percepção de igualdade entre os sujeitos, percebendo que as pandemias não matam tão indiscriminadamente quanto se julga, apontando que o enfrentamento ao vírus não seria uniforme em uma sociedade tão plural e desigual.

Em um terceiro e quarto momento, se identificou grupos mais vulneráveis no enfrentamento à pandemia, os quais tiveram suas assimetrias sociais acentuadas nesta quadra histórica, bem como, se apontou, também mediante pesquisa bibliográfica, o papel do Estado Democrático de Direito como ente capaz de efetivar direitos fundamentais, que apesar de garantidos, ainda não foram cumpridos para estes grupos, mormente em tempos de crise pandêmica. Compreendendo que a maior lição a ser aprendida pelo Estado com todo esse caos e sofrimento no qual a população está emergida seria o resgate dos direitos fundamentais negligenciados.

Outrossim, em um quarto momento, se analisou a Recomendação 62 do Conselho Nacional de Justiça como possibilidade de efetivação de direitos fundamentais a grupos vulneráveis, especialmente os que vivem em cárcere. Sob uma perspectiva de Jurisdição Constitucional Substancialista visualizou-se o possível agir do judiciário, neste momento de baixa efetividade dos direitos fundamentais, como ente capaz de zelar pela dignidade da pessoa humana. Verificou-se também, a dificuldade destes ganhos normativos serem convertidos em avanços reais para grupos vulneráveis.

O objetivo deste artigo é contribuir com uma agenda de pesquisa que estude os efeitos discriminatórios da pandemia do COVID-19 e o agir estatal frente a grupos mais vulneráveis ainda carentes de efetivação de direitos fundamentais. Justificando sua relevância a necessidade de analisar-se como funcionam as instituições em tempos de crise, sobretudo no Brasil, onde as promessas da modernidade ainda não foram cumpridas.

A pesquisa é de caráter teórico e exploratório de textos e teorias a respeito do tema, utilizando-se como método de abordagem a perspectiva dialética.

## **2 | COVID-19: LENTE MAGNIFICADORA DE DESIGUALDADES SOCIAIS**

Adevo a declaração pública de situação de pandemia em relação ao novo coronavírus pela Organização Mundial da Saúde – OMS em 11 de março de 2020 e transcorrido mais de um ano, a nuvem cinzenta da pandemia, ao menos em terras brasileiras, parece longe de dissipar-se. “Destarte, sem perceber ou fingindo não perceber, o limiar que separa a humanidade da barbárie foi ultrapassado.” (AGAMBEN, 2020)

Depreende-se de Santos (2020) que há um debate nas ciências sociais sobre ser possível conhecer melhor a verdade e a qualidade das instituições de uma sociedade em situações de normalidade, ou em situações excepcionais, de crise. Assim, o período pandêmico vivenciado, suscita questionamentos sobre seus desdobramentos em uma sociedade tão plural quanto a brasileira.

Em Agamben (2020), vê-se a peculiaridade da guerra contra o COVID-19, pois esta seria contra inimigo invisível que pode aninhar-se em qualquer outro homem. “É, na verdade, uma guerra civil. O inimigo não está fora, está dentro de nós.” (AGAMBEN, 2020)

Em Santos (2020) a pandemia é descrita como uma alegoria, sendo o sentido literal da pandemia do coronavírus o medo caótico generalizado e a morte sem fronteiras causados pelo, então, inimigo invisível.

Lado outro, seus efeitos parecem ser sentidos diariamente, trazendo consigo o clima de medo e de incertezas sobre o futuro que se espera. Assim, constata-se em Agamben (2020) que outro fator que destaca-se é que a epidemia torna evidente que o estado de exceção, ao qual os governos impuseram há tempos, tornou-se realmente a condição normal.

No mesmo sentido, Santos (2020) aponta:

A normalidade da exceção. **A atual pandemia não é uma situação de crise claramente contraposta a uma situação de normalidade.** Desde a década de 1980 – à medida que o neoliberalismo foi se impondo como a versão dominante do capitalismo e este foi se sujeitando mais e mais à lógica do setor financeiro –, o mundo tem vivido em permanente estado de crise. Uma situação duplamente anômala. (Grifos nosso)

Ou seja, segundo Santos, não se trata de uma sociedade “saudável” sobre a qual recaiu uma nova crise, mas longe disso, o que este percebeu foi que a pandemia colocou em evidência contrastes sociais aguçados pela política neoliberal pautada na lógica do setor financeiro.

Agamben (2020) pondera que a pandemia parece ter transformado a sociedade de modo que tenha-se acostumado a sacrificar a liberdade pelas assim chamadas “razões de segurança” e, por isso, estaria condenada a viver em um perene estado de medo e de insegurança.

De igual maneira, ponderando sobre o estado de exceção trazido pela pandemia mundial, o pensador italiano provoca:

Os homens se habituaram de tal modo a viver em condições de crise perene e de perene emergência que parecem não se dar conta de que a vida deles foi reduzida a uma condição puramente biológica e perdeu qualquer dimensão não apenas social e política, mas até mesmo humana e afetiva. **Uma sociedade que vive em um perene estado de emergência não pode ser uma sociedade livre.** (AGAMBEN, 2020, grifos nossos)

Outrossim, de acordo com Barroso (2021), aparentemente a crise pandêmica que

prolonga-se na sociedade brasileira, apenas dá mais visibilidade a um problema que constitui a causa inacabada da humanidade, qual seja, a grande desigualdade entre nações e dentro de cada uma delas. Sobretudo no Brasil, todos parecem ter se dado conta de que milhões de pessoas vivem em condições sub-humanas. Habitações precárias, inclusive em zonas de risco de catástrofes ambientais, aglomeram pessoas em espaços de poucos metros quadrados, sem infraestrutura básica e sem serviços públicos essenciais. A pobreza extrema chegou ao horário nobre das TVs.

Divagando sobre o momento sombrio, Barroso (2021) pondera:

Quando já começava a sonhar com a imortalidade e com o poder sobre a criação, subitamente a humanidade redescobre sua imensa vulnerabilidade, o risco da existência potencializado por um microrganismo desconhecido e até aqui incontrolável. Uma ferida narcísica profunda e insidiosa. A ciência piscou e uma legião de agnósticos se voltou para a fé. É possível que tudo passe logo adiante, mas, como no refluxo de um tsunami, haverá barcos nos telhados e templos destruídos. Um rescaldo assustador.

Nos dizeres de Barroso, aparentemente a pandemia foi capaz de provocar que a sociedade brasileira encarasse os seus próprios espectros, criados e alimentados por uma aguda desigualdade social. Em tempo de isolamento social, percebeu-se que talvez o outro, não tenha um abrigo compatível com o ideal de dignidade consagrado na Constituição Federal.

Necessita-se segundo Žižek (2020), de uma solidariedade incondicional e de uma resposta globalmente coordenada, uma nova forma daquilo que certa vez se chamou de comunismo. Retira-se do texto de Žižek (2020) que ultimamente muito tem-se ouvido que são necessárias transformações sociais radicais se realmente quiser-se lidar com as consequências da epidemia em curso.

Neste íterim, aduz o filósofo esloveno:

A pandemia do coronavírus nos confronta com algo que considerávamos impossível: ninguém podia imaginar que algo assim realmente viria a ocorrer em nossa vida cotidiana – o mundo que até então conhecíamos parou de girar, países inteiros estão em situação de lockdown, muitos de nós estamos confinados a nossos próprios apartamentos (**mas há aqueles que não têm sequer condições de se dar ao luxo dessa precaução mínima de segurança**), diante de um futuro incerto no qual, ainda que muitos de nós sobrevivam, uma mega crise econômica nos aguarda... O que isso significa é que nossa reação também deve ser fazer o impossível, isto é, o que parece impossível dentro das coordenadas da ordem mundial existente. (ZIZEK, 2020, **grifos nossos**)

A profunda crise pandêmica que assola as comunidades, evidencia que isolar-se em casa, como mínimo preventivo, é luxo para parcela exponente da sociedade moderna.

Desta maneira, constatando que a crise pandêmica amplia as lentes das desigualdades, Mascaro (2020) entende que não se pode limitar a pandemia do coronavírus às chaves de explicação biológicas ou da natureza. Pois:

Trata-se de uma crise eminentemente social e histórica. A reiterada fragilidade da relação humana com a natureza corresponde a uma parcela pequena dos problemas presentes. No fundamental, **a dinâmica da crise evidenciada pela pandemia é do modelo de relação social, baseado na apreensão dos meios de produção pelas mãos de alguns e pela exclusão automática da maioria dos seres humanos das condições de sustentar materialmente sua existência**, sustento que as classes desprovidas de capital são coagidas a obter mediante estratégias de venda de sua força de trabalho. O modo de produção capitalista é a crise. (MASCARO, 2020)

Seria a crise eminentemente social e histórica, pois a pandemia evidencia uma crise no modelo de relação social, quando são suprimidas de parte da sociedade, condições existenciais mínimas, notabilizando-se o caráter discriminatório das crises em curso.

Dito isso, segundo Mascaró (2020) é provável que a dor humana e a morte se vejam em quantidades exacerbadas e as coordenações sociais, institucionais, políticas e econômicas sejam insuficientes ou disruptivas.

Por isso, “a pandemia apenas agrava uma situação de crise a que a população mundial tem estado sujeita. Daí sua específica periculosidade. Em muitos países, há dez ou vinte anos os serviços públicos de saúde estavam mais bem preparados para enfrentar a pandemia do que estão hoje.” (SANTOS, 2020)

Urge do discurso de Boaventura, uma necessária autocrítica sobre os caminhos trilhados até aqui, bem como, do percurso escolhido para a construção do amanhã, dado que as promessas feitas pela modernidade, dentre elas, saúde para todos, parecem distantes de uma efetivação universal.

### **3 | O EFEITO DISCRIMINATÓRIO DA PANDEMIA E A FALSA PERCEPÇÃO DE IGUALDADE**

Neste capítulo será abordado os efeitos discriminatórios da pandemia, sobretudo em relação a grupos considerados vulneráveis, onde ancorar-se-á, sobretudo em Santos (2020) e (2021), com auxílio de Davis (2020) e Mascaró (2020).

Tem-se em Santos (2020) que qualquer quarentena é sempre discriminatória, sendo mais difícil para determinados atores sociais que para outros. Percebendo-se a necessidade de questionar o discurso de igualdade e de “estarmos todos no mesmo barco” no enfrentamento ao vírus. Afinal, percebe-se em Boaventura, que o barco de alguns, contém infiltrações que os tornam vulneráveis, sob tudo em momentos de crises sobrepostas.

Por este ângulo, em Davis (2020) denota-se que este modelo de quarentena incorpora uma lógica que pressupõe que as pessoas tenham casa e dinheiro para comida e que contenham meios para se conectar com os outros. Fato que em países como o Brasil, de “modernidade tardia” (STRECK, 2006), não se aplica a grande parcela da sociedade.

Até mesmo recomendações básicas como o não contato com entes queridos para



preservá-los de eventual contágio, reforça o efeito discriminatório da pandemia, pois enquanto para alguns, videochamadas são contumazes, para outros, são instrumentos alienígenas do seu cotidiano, mormente pela necessidade de (não) escolha de aplicação de seus poucos recursos em itens básicos de manutenção da vida. Investir em equipamentos de comunicação móveis e internet para conectar-se com os seus, pode opor-se a aquisição de arroz e feijão.

Outrossim, traz-se de Mascaro (2020) que:

Os custos humanos da pandemia vislumbram-se extremos. Também isto não se deve a uma pretensa má-sorte da economia contra a natureza, porque aquela não é o ponto fixo e estável em favor do qual se devam moldar o natural e o social. A economia capitalista não tem que ser assim como é. **O flagelo do desemprego, as habitações precárias para suportar quarentenas, as contaminações em transportes públicos lotados e a fragilidade do sistema de saúde são, exata e necessariamente, condições históricas de um modo de produção específico, o capitalismo.** (Grifos nossos)

Percebe-se que problemas sociais como o desemprego, ausência de moradia e de transporte públicos adequados, bem como, a fragilidade do sistema de saúde antecedem à crise pandêmica e preexistem no que Santos (2020) e Agamben (2020) se referiam como o estado de exceção que abrigou o novo vírus.

Ademais, deve-se atribuir à má sorte o risco iminente de contágios entre os ocupantes de meios de transportes públicos, que não possuem outra possibilidade, se não submeter-se a estes? É possível culpar a irrupção da pandemia pela fragilidade do sistema de saúde? Ou estão-se, conscientemente, relegando as promessas feitas por nós a nós mesmos no texto constitucional?

Frente às promessas da modernidade ainda não cumpridas, segundo Mascaro (2020) a renda básica disponibilizada aos mais pobres, linhas de crédito de socorro a empresas, dilatação de prazo de pagamento de tributos, talvez não sejam suficientes para amparar a vulnerabilidade exposta.

Semelhantemente, em Davis (2020) reflete-se que é preciso lembrar que muitas pessoas não podem se dar ao luxo da quarentena, seja por que não têm casa para ficar isoladas, seja porque precisam trabalhar fora. Destaca-se também aquilo que têm-se chamado de capitalismo do desastre, pois a crise pandêmica teria sido criada pelo sistema capitalista. A pandemia em si seria uma expressão da guerra contra a natureza.

De igual modo, a pandemia segundo Santos (2020), seria a metáfora do sofrimento humano injusto causado pela exploração capitalista, pela discriminação racial e pela discriminação sexual. Fazendo-se necessário analisar a quarentena a partir da perspectiva daqueles e daquelas que mais têm sofrido com essas formas de dominação.

Nesse sentido, posicionou-se Davis (2020):

Tem havido tanta preocupação com quem está em navios de cruzeiro, onde a transmissão rápida é inevitável...**Entretanto, deveríamos ficar ainda mais**

**preocupados com as pessoas detidas nas penitenciárias, nas instalações específicas para imigrantes.** Em primeiro lugar, as pessoas que estão detidas em geral ficam lá durante um curto período, talvez um mês, seis meses. Se estão cumprindo pena, é sempre por um ano ou menos. **Nas condições atuais, no entanto, uma sentença de três meses pode ser equivalente a uma sentença de morte.** (Grifos nossos)

As mulheres surgem tanto no discurso de Santos (2020) quanto de Davis (2021) como grupos vulneráveis durante a pandemia, sobretudo em razão da violência doméstica.

A ativista americana ironiza sobre a impossibilidade de todos recuarem para o ambiente acolhedor, para o refúgio doméstico, mormente porque muitas mulheres estão sendo forçadas a permanecer vinte e quatro horas por dia com seus principais agressores, impossibilitando-as de estar em contato com quem, em “dias normais”, tem sido sua rede de apoio. Santos (2020) também reforça a gravidade da situação em que boa parte da violência de gênero ocorre no espaço doméstico.

Lado outro, Santos (2020) também aponta como grupo vulnerável os trabalhadores precários, informais, ditos autônomos, que sofreram com quarenta anos de ataque aos seus direitos por parte das políticas neoliberais. O que significará a quarentena para esses que tendem a ser os mais rapidamente despedidos sempre que há uma crise econômica?

Nessa linha de raciocínio, explana Boaventura:

A indicação por parte da OMS para trabalhar em casa e em autoisolamento é impraticável, porque obriga os trabalhadores a escolher entre ganhar o pão diário ou ficar em casa e passar fome. As recomendações da OMS parecem ter sido elaboradas pensando numa classe média que é uma pequeníssima fração da população mundial. O que significa a quarentena para trabalhadores que ganham dia a dia para viver dia a dia? Arriscarão desobedecer à quarentena para dar de comer à família? Como resolverão o conflito entre o dever de alimentar a família e o dever de proteger sua vida e a vida dos seus? Morrer de vírus ou morrer de fome, eis a escolha. (SANTOS, 2020)

Sente-se que as recomendações da OMS parecem ter sido elaboradas para atender os anseios da classe média que possui condições de se autoisolar e desempenhar seus ofícios em casa, enquanto para camada significativa da sociedade, o não trabalho significaria a fome e o perecimento em casa.

Indigna-se, ainda, Santos (2020) sobre os sem-teto ou as populações de rua que passam as noites nos viadutos, nas estações abandonadas de metrô ou de ônibus. Como seria o isolamento social para estes isolados permanentemente da sociedade?

Noutro sentir:

Os moradores de periferias pobres das cidades, favelas, barriadas, slums, caniço etc. Segundo dados da ONU Habitat, 1,6 bilhão de pessoas não têm habitação adequada, e 25% da população mundial vive em bairros informais sem infraestruturas nem saneamento básico, sem acesso a serviços públicos, com escassez de água e de eletricidade. Vivem em espaços exíguos onde se aglomeram famílias numerosas. Em resumo, habitam a cidade sem direito

à cidade, já que, vivendo em espaços desurbanizados, não têm acesso às condições urbanas pressupostas pelo direito à cidade. (SANTOS, 2020)

Assim, dos escritos de Santos (2020) a quarentena, no tocante a esses atores vulneráveis não só os torna mais visíveis, como reforça a injustiça, a discriminação, a exclusão social e o sofrimento injusto que elas provocam.

Afere-se, com amparo em Boaventura que as pandemias não matem tão indiscriminadamente quanto se julga, pois diferencia-se no que diz respeito tanto à sua prevenção quanto à sua expansão e mitigação. Pois como se viu, grande parte da população, sobretudo em países de desigualdades tão contrastantes, não está em condições de seguir as recomendações básicas da OMS para se defender do vírus, seja porque vive em espaços minguados e poluídos, porque é obrigada a trabalhar em condições de risco para alimentar suas famílias, porque está encarcerada, porque não tem sabão e água potável.

## **4 | O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A PROTEÇÃO DE GRUPOS VULNERÁVEIS**

Conforme Silva (2006), nos dias contemporâneos o Estado Democrático não deve ser visto como uma meta, algo a ser alcançado, mas sim como algo concreto, que já deve ser por si só real. Nesse sentido, sobretudo em momentos duros de desesperança e mortes, é dever do Estado zelar pela dignidade da pessoa humana e promover democraticamente políticas públicas eficazes no enfrentamento da pandemia e na diminuição de seus efeitos para grupos vulneráveis.

Nessa continuidade, Magalhães Filho desenvolve um agir estatal constitucionalmente orientado e compromissado com os objetivos assumidos no texto maior:

As bases do Estado Democrático de Direito são a soberania do povo, expressa na manifestação da vontade popular, e a dignidade humana, consagrada na enunciação dos direitos fundamentais. Em razão desse segundo pilar, evidencia-se não apenas o plano político, mas também nas dimensões econômica, social e cultural. Na esfera econômica, o trabalhador, parte mais fraca nas relações laborais, deve ser protegido juridicamente para que não seja explorado por aquele que dispõe de vantagem econômica, isto é, pelo empregador. Na perspectiva social, exige-se justiça social, sendo esta não apenas a justiça distributiva que estabelece que cada um deve receber de acordo com os seus méritos ou capacidades, mas também aquela que proclama que deve ser dado a cada um segundo as suas necessidades, ou seja, as necessidades humanas primordiais devem ser atendidas. Finalmente, no plano cultural, exige-se que a todos seja assegurada a educação. (MAGALHAES FILHO, 2004, p.104)

Outrossim, no art. 1º da Constituição Federal estão consagrados os fundamentos do Estado Democrático de Direito, sendo-os: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Neste sentido, conforme Silva (2006), a constituição não promete a transição

para o socialismo, mas abre as perspectivas de realização social pela efetivação de direitos fundamentais e pelo exercício de instrumentos democráticos que possibilitam a concretização das exigências de um Estado de justiça social com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana..

De outro modo, dentro do cenário pandêmico, Santos (2021) pontua que o estado revelou nesta pandemia que “apesar da sua estrutura monolítica, burocrática e monocultural, é capaz de desempenhos muito diferentes que afetam grupos sociais distintos de forma muito diversa.” Entende ainda, que, apesar de as suas bases de dominação social serem o capitalismo, o colonialismo e o patriarcado, o mesmo Estado permite espaços de manobra para concessão de alguma proteção a grupos sociais especialmente vulnerabilizados nesta situação de emergência.

Contudo, adverte (SANTOS, 2021) que “a proteção raramente ocorre sem repressão, em resultado de uma exigência democrática, ou ainda em cumprimento do dever constitucional de garantir direitos.” Aduz Boaventura que a situação é tão paradoxal que, quando o Estado desempenha melhor o seu dever de proteção da vida e se afirma mais democrático, parece que o faz como uma exceção de si mesmo, ou contra si mesmo.

Caso se aprendesse essa lição do vírus, Santos (2021) aponta que seria fácil concluir que o melhor meio de prevenir os efeitos destrutivos das próximas pandemias seria reduzir as assimetrias sociais e ampliar a coesão social. Mas já não é exatamente isso o que preveem os objetivos da nossa república?

Aparentemente, a maior lição a ser aprendida pelo Estado com todo esse caos e sofrimento no qual a população está emergida seria o resgate dos direitos negligenciados, “suprimidos, humilhados pelo pensamento e pelas práticas hegemônicas”. (SANTOS, 2021)

De forma igual, apela Santos (2021) para que:

**Torna-se urgente mudar esse estado de coisas sob pena de a vida se tornar absolutamente insuportável para a grande maioria da humanidade.**

Quando a única liberdade que resta a essa maioria for a liberdade de ser miserável, estaremos perante a miséria da liberdade. **Quando nem o direito de respirar for permitido, estaremos perante uma ordem jurídica e política irrespirável.** Para sair desse inferno, que parece programado por um designio voraz e nada inteligente, é necessário alterar a distribuição desigual do medo e da esperança. (SANTOS, 2021, grifos nossos)

De maneira sensível o trecho acima provoca uma reflexão sobre como cumprirá as promessas constitucionais, pois o vírus tem explicitado que até mesmo o direito de respirar tem sido mitigado em razão das assimetrias sociais e da baixa efetividade dos direitos sociais.

## **51 O ADVENTO DA RECOMENDAÇÃO 62 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA COMO UM AGIR CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADO EM TEMPOS**

## PANDÊMICOS

Como se viu até aqui, a pandemia é discriminatória e para alguns grupos seus efeitos são particularmente mais difíceis em razão de alguma vulnerabilidade especial que a precede e agrava-se com a sua chegada, dentre estes, a população brasileira encarcerada. Trata-se, assim, de grupo que vive em permanente quarentena e os perigos que se enfrenta, em caso do vírus se propagar no sistema penitenciário, podem ser fatais e ainda mais contundentes.

Preocupa-se, assim, com as populações que se encontram sempre sujeitas a diferentes formas de repressão e que são muito mais vulneráveis durante este período de resposta falha ao coronavírus.

Deste modo, diante de um novo “inimigo invisível” (Agamben, 2020) que pode alinhar-se em qualquer outro homem, pois o inimigo não está fora, mas dentro de qualquer um (coronavírus), o Conselho Nacional de Justiça, em 17 de março de 2020, emitiu a Recomendação Nº 62, de 17 de março de 2020, em que recomenda aos tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 - no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo, sobretudo o desencarceramento de mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até doze anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência ou que se enquadrem no grupo de risco.

Dessa maneira, a edição da Recomendação de número 62 do Conselho Nacional de Justiça objetiva a preservação da dignidade humana, valor maior na Constituição Federal, pois nela, todos os direitos encontrarão sua harmonização prática.

Neste sentido, conforme Magalhães (2007) “a pessoa humana é o valor básico da Constituição, o *Uno* do qual provém os direitos fundamentais não por emanção metafísica, mas por desdobramento histórico, ou seja, pela conquista direta do homem. Só podemos compreender os direitos fundamentais mediante o retorno à idéia da dignidade da pessoa humana, pela regressão à origem.” Outrossim, em caso de colisão de direitos fundamentais em um caso concreto, deve-se referi-los à noção de dignidade da pessoa humana em consonância com a compreensão social do que é mais relevante para se alcançar o fim coletivo e dignificação da pessoa humana.

Outrossim, a recomendação de número 62 do Conselho Nacional de Justiça, encontra-se guardada na corrente da jurisdição constitucional substancialista, pois “a implementação dos direitos fundamentais-sociais afigura-se como condição de possibilidade na validade da própria Constituição”. (STRECK, 2008)

Desta maneira, em tempos pandêmicos e diante das assimetrias sociais, reforça-se o entendimento de Streck (2008), o qual sugere que a implementação dos direitos fundamentais-sociais afigura-se como condição de possibilidade na validade da própria Constituição, no que ela apresenta como conteúdo capaz de unir política e direito. Em

outros dizeres, percebe-se o conteúdo compromissório da Constituição a partir de uma concepção de direitos a serem concretizados. Desta forma, Lênio Streck aduz que na ausência injustificada dos demais poderes, recai sobre o poder judiciário a legitimidade para implementar a justiça constitucional. Neste caso, zelar através de recomendação administrativa, a preservação da dignidade e da vida de grupos vulneráveis encarcerados.

Ora, em um momento tão delicado onde as desigualdades e inefetividade de direitos sociais resultam na falta de leitos e conseqüentemente em mortes, Streck (2008) se pronuncia categoricamente sobre como se deve ver a constituição:

A Constituição não trata apenas dos meios; cuida também dos fins, que, exatamente, caracterizam o seu aspecto compromissório e dirigente: o desenvolvimento e a superação das desigualdades regionais, previstos no artigo 3º da nossa Constituição, que encarna a obrigação da construção de um estado social. E nisso reside o papel transformador do direito e do Estado, assim como a necessidade da rediscussão das condições para a compreensão do fenômeno representado pelo paradigma do Estado Democrático de Direito. A efetividade da Constituição é, pois, agenda obrigatória de todos os juristas preocupados com a transformação de uma sociedade como a brasileira, que, em mais de cinco séculos de existência, produziu pouca democracia e muita miséria, fatores geradores de violências institucionais (veja-se a repressão produzida pelos aparelhos do Estado) e sociais (veja-se o grau exacerbado da criminalidade).

Desta feita, a Lei Maior deve ser interpretada e efetivada no seu sentido substancial, afim de “constituir-a-ação”.

A Constituição ainda deve “constituir-a-ação”, mormente porque, no Brasil, nunca constituiu. No texto da Constituição de 1988, há um núcleo essencial, não cumprido, contendo um conjunto de promessas da modernidade, que deve ser resgatado (o ideal moral transforma-se em obrigação jurídica). O problema é que, em países como o Brasil, formou-se um “silêncio eloqüente” acerca do significado da Constituição, naquilo que ela tem de “norma diretiva fundamental”. Com isso se explica parte da crise constitucional brasileira, isto é, a pouca importância que se tem dado ao direito constitucional e ao próprio texto constitucional, mormente se levarmos em conta o novo modelo de Estado Democrático de Direito, estabelecido pela Constituição de 1988, que seguiu os modelos de Constituições dirigentes do segundo pós-guerra. Numa palavra: sob o manto de uma “baixa constitucionalidade”, olvidou-se o constituir da Constituição; mas, muito pior do que o silêncio é não prestarmos atenção nele. (STRECK, 2008).

Ao editar uma recomendação, ele enfatizou as previsões legais que podem ser importantes instrumentos jurídicos para a diminuição da propagação da pandemia e dos riscos de contágio (VASCONCELOS; MACHADO; WANG, 2020).

Com efeito, a recomendação número 62 do CNJ trata-se, por via administrativa, de um ganho normativo deste grupo vulnerável, segundo Galanter (2018), cujo o interesse partilhado pode não ser suficientemente respeitável para ser publicamente reconhecido nas decisões judiciais. Assim, “nem todas as regras propostas pelos órgãos do “topo”

são efetivas no “nível de campo” devido às imperfeições na comunicação, deficiências de recursos, de habilidade, de compreensão, de compromisso e assim por diante, sendo a efetividade dessas regras no nível de campo referida como penetração.”(GALANTER, 2018)

Destarte, considerando que em Galanter (2018) a penetração depende, em alguma medida, dos recursos das partes (conhecimento, atenção, serviços especializados, dinheiro), e que mudanças de regras asseguradas por tribunais ou por outros órgãos do topo não penetram automática e gratuitamente nos outros níveis do sistema.

Apenas ilustrando o caos prisional que agrava com a chegada do vírus, o Estado de São Paulo possui a maior população carcerária do Brasil e de suas 178 unidades prisionais, apenas 21 não estão com a população acima do limite, porém constatou-se que a menção à Recomendação no 62 parece não ter efeito, ou até ter efeito negativo sobre o resultado dos habeas corpus, mesmo em casos de pessoas que pertencem a grupos de risco ou a quem são atribuídas condutas não classificadas como envolvendo violência ou grave ameaça. (VASCONCELOS; MACHADO; WANG, 2020)

Outrossim, tem-se que a recomendação 62 do CNJ ao mesmo tempo que satisfaz a Jurisdição Constitucional Substantialista na efetivação de direitos fundamentais, pela dificuldade de penetração e aplicação nos juízes de piso pode apresentar-se utópica.

Levando-se em consideração o que foi abordado neste artigo, diante da situação assustadora que se vive, aparentemente a lição que se extrai da pandemia é que faz-se necessário fortalecer as políticas públicas compromissadas com a diminuição das assimetrias sociais. Hoje, enquanto a Carta Maior assegura igualdade de direito, a sociedade brasileira acomoda desigualdade de fato, e toda essa discrepância social parece resultar numa parcela considerável da sociedade incapaz de gozar o mínimo vital.

## **6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A reflexão provocada por este artigo não exaure os questionamentos sobre as desigualdades sociais no Brasil acentuadas pela pandemia, contudo, se permite considerar que de fato o vírus não age indiscriminadamente, existindo por tanto, atores sociais mais vulneráveis aos efeitos do inimigo comum (COVID-19).

Depreende-se que a crise provocada pelo surto do vírus não instalou-se, mormente em terras brasileiras, em uma sociedade que vivia em normalidade, mas sim, sobreveio em um estado de crise de baixa efetividade de direitos fundamentais. Nesse sentido, aparentemente a pandemia foi capaz de provocar que a sociedade brasileira encarasse os seus próprios fantasmas, criados e alimentados por uma aguda desigualdade social. Em tempos de isolamento social, percebeu-se que nem todos possuem um abrigo compatível com o ideal de dignidade consagrado na Constituição Federal e diversos direitos continuam sendo negligenciados.

Lado outro, se sugere que o vírus exija da sociedade respostas mais solidárias e comprometidas com a diminuição das assimetrias sociais e uma reflexão sobre a construção do amanhã, dado que as promessas feitas pela modernidade, dentre elas, saúde para todos, parecem distantes de serem efetivadas.

Outrossim, é dever do Estado zelar pela dignidade da pessoa humana e promover democraticamente políticas públicas eficazes no enfrentamento da pandemia e na diminuição de seus efeitos para grupos vulneráveis. A efetivação de direitos fundamentais deve ser vista como uma das primeiras lições extraídas deste momento de crise mundial.

Nesse sentido, numa perspectiva de Jurisdição Constitucional Substancialista, o poder judiciário diante da inércia injustificada dos outros poderes, pode assumir seu dever político de efetivar direitos fundamentais outrora negligenciados. Assim, por essa lente, a Recomendação 62 do CNJ surgiu como possibilidade de ofertar dignidade ao grupo vulnerável das pessoas que vivem em cárcere durante a crise pandêmica.

No entanto, percebe-se que a penetração deste ganho normativo, obtido administrativamente, ao menos no Tribunal de Justiça de São Paulo não tem ocorrido, resultando em sua baixa efetividade.

Neste sentido, se extrai que os efeitos discriminatórios da pandemia potencializam as desigualdades sociais, se fazendo necessário uma interpretação solidária e substancial da Constituição Federal para que superada a crise pandêmica, seja possível a crise da baixa efetividade de direitos fundamentais, com o olhar voltado para as assimetrias sociais e os grupos mais vulneráveis.

Lado outro, importante pesquisar sobre a baixa efetividade de direitos fundamentais, sobretudo da dificuldade que os grupos vulneráveis possuem em ver penetrar no nível do campo, as regras que os garantem ganhos normativos. Aparentemente, mesmo com a consagração de direitos fundamentais e com mecanismos de aplicação destes, alguns grupos, como os abordados neste ensaio, não conseguem convertê-los em direitos reais, aplicados na prática.

Outrossim, sobretudo em tempos pandêmicos, a negligência de aplicação de regras garantidoras de direitos fundamentais, como no caso a recomendação 62 do CNJ, por tratar-se de garantia do direito à vida e à saúde, pode produzir danos irreversíveis.

Deste modo, a pandemia escancara mais uma vez a necessidade de pesquisar-se a eficácia dos direitos fundamentais, sobretudo nos países onde as promessas constitucionais ainda não foram cumpridas.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Reflexões sobre a peste**: ensaios em tempos de pandemia. São Paulo: Boitempo, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **O mundo pós-pandemia**. org. José Roberto Castro Neves. Rio de Janeiro:



Nova Fronteira. 2021. Edição do Kindle.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020**, 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2020.

DAVIS, Angela; KLEIN, Naomi. **Construindo movimentos**: uma conversa em tempos de pandemia. São Paulo: Boitempo, 2020.

GALANTER, Marc. **Por que “quem tem” sai na frente [recurso eletrônico]**: especulações sobre os limites da transformação no direito. Organizadora e tradutora Ana Carolina Chasin. São Paulo: FGV Direito SP, 2018.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da constituição**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MASCARO, Alysso Leandro. **Crise e pandemia (Pandemia Capital)** (p. 5). São Paulo: Boitempo, 2020.

SÃO PAULO. SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA. **Unidades prisionais**, 2020. Disponível em: <<http://www.sap.sp.gov.br/uni-prisionais/pen.html>>. Acesso em: 15 jul. 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A cruel pedagogia do vírus**. São Paulo: Boitempo, 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O futuro começa agora**. São Paulo: Boitempo, 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

VASCONCELOS, Natalia Pires de; MACHADO, Maíra Rocha; WANG, Daniel Wei Liang. COVID-19 nas prisões: um estudo das decisões em habeas corpus no Tribunal de Justiça de São Paulo. **Revista de Administração Pública**, v. 54, n. 5, p. 1472-1485, 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **WHO Director-General’s opening remarks at the media briefing on COVID-19**, 2020. Disponível em: <<https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>>. Acesso em: 15 jul 2020.

ŽIŽEK, Slavoj. **Pandemia: Covid-19 e a reinvenção do comunismo (Pandemia Capital)**. São Paulo: Boitempo, 2020.

# CAPÍTULO 2

## A MEDIAÇÃO COMO GARANTIA PARA A SOCIEDADE NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS IMPACTADOS PELO COVID-19

*Data de aceite: 01/11/2021*

*Data de submissão: 09/11/2021*

### **Gabriel Sell Ribeiro**

Pós-Graduado em Direito Tributário na FGV –  
Fundação Getúlio Vargas  
Mestrando em Direito Administrativo e  
Administração Pública na UBA – Universidade  
de Buenos Aires  
Cursou a Disciplina de Fundamentos de  
Direito Administrativo, do Programa de Pós-  
Graduação da Universidade Federal de Santa  
Catarina – UFSC. Advogado  
<http://lattes.cnpq.br/9793004091301899>

**RESUMO:** A sociedade moderna tem passado por profundas transformações, decorrentes da crise em saúde pública causada pela pandemia do Covid-19. Tais transformações impactam no direito, no conceito de Estado e nas relações reguladas pelo Direito Administrativo, em especial, nos contratos administrativos. Para enfrentamento deste trauma, o texto apresenta como premissa o princípio da dignidade da pessoa humana, valor normativo do Estado democrático de direito, para fundamentar a aplicação dos meios de autocomposição pacífica de conflitos, como alternativa consensual e legal, dentro de um recorte constitucional, para o uso da mediação pela Administração Pública brasileira. Assim, utiliza como metodologia a pesquisa bibliográfica na doutrina e na legislação nacional, tendo como objetivo específico a identificação jurídica da mediação no Direito

Público, encarando os desafios que tal realidade traz para os gestores e os cidadãos, ao tempo que abre caminho para uma Administração Pública mais transparente, moral, eficaz e humana, na manutenção dos contratos administrativos e serviços públicos de interesse da sociedade brasileira. O artigo provoca o leitor à reflexão acerca da problemática causada pelo coronavírus no Direito Administrativo Contemporâneo, com arremate certo de que não existem soluções prontas e rótulos feitos, mas sim construídas de forma harmônica e pacífica com a participação, o conhecimento e a criatividade de todos, de acordo com o que prevê o preâmbulo da Constituição Federal do Brasil de 1988.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição Federal do Brasil, Contrato Administrativo, Covid-19, Dignidade da Pessoa Humana, Mediação.

### **MEDIATION AS A GARANTEE FOR SOCIETY IN ADMINISTRATIVE CONTRACTS IMPACTED BY COVID-19**

**ABSTRACT:** Modern society has gone through profound changes, resulting from the public health crisis caused by the Covid-19 pandemic. These transformations impact the law, the concept of State and the relationships regulated by Administrative Law, especially in administrative contracts. To face this trauma, the text presents as a premise the principle of human dignity, a normative value of the democratic rule of law, to support the application of the means of peaceful self-composition of conflicts, as a consensual and legal alternative, within a constitutional framework, for the use of mediation

by the Brazilian Public Administration. In this way, it uses bibliographic research in doctrine and national legislation as a methodology, with the specific objective of identifying the legal mediation in Public Law, facing the challenges that such reality brings to managers and citizens, at the same time that it paves the way for a More transparent, moral, efficient and humane Public Administration in maintaining administrative contracts and public services of interest to Brazilian society. The article provokes the reader to reflect on the problem caused by the coronavirus in Contemporary Administrative Law, with the clear conclusion that there are no ready-made solutions and custom-made labels, but rather built in a harmonious and peaceful way with the participation, knowledge and creativity of all, according to the preamble of the Federal Constitution of Brazil 1988.

**KEYWORDS:** Federal Constitution of Brazil, Administrative Contract, Covid-19, Human Dignity, Mediation

## 1 | INTRODUÇÃO

O mundo não é mais o mesmo depois de 2020. A doença infecciosa humana causada pelo novo coronavírus (Covid-19), que foi reportada de forma oficial pela primeira vez, em 31 de dezembro de 2019, na cidade de Wuhan, província de Wubei, na China, colapsou o planeta. Fez cair por terra os sólidos e robustos pilares da sociedade moderna, trazendo um cenário de incerteza e desesperança para o homem e, conseqüentemente, para o direito.

Vive-se um tempo aonde o que fora estabelecido outrora já não vale mais e o que valerá para frente tampouco se sabe. A única certeza que se tem hoje é que o maior patrimônio do ser humano é o direito à vida.

Por certo é também, que o marco legal desta mudança no mundo, aconteceu em 30 de janeiro de 2020, com a declaração de emergência em saúde pública, de importância internacional, pela Organização Mundial da Saúde, em decorrência da doença causada pelo Covid-19 (Sars-Cov-2). Pouco depois, com a disseminação descontrolada do vírus à nível global, a mesma organização elevou o estado da contaminação à pandemia.

A partir de então, de modo geral, países fecharam fronteiras, escolas paralisam as aulas, serviços foram suspensos, contratos paralisados e o homem moderno passou a viver um momento de exceção, decorrente de uma crise sem precedentes em saúde pública, que desgarrou para economia e todos os outros setores.

As medidas de isolamento e distanciamento social adotadas para o enfrentamento da pandemia, causaram ainda mais danos à sociedade e ao Direito Público. Tudo se desequilibrou e as relações pactuadas outrora, em tempos de paz e normalidade, foram desconstruídas, voltando em sua grande maioria à estaca zero. Isto é, o que era necessário e essencial deixou de ser e o que não era passou a ser.

No Brasil, a declaração de emergência em saúde pública de importância nacional foi



feita pelo Ministério da Saúde, através da Portaria nº 188, de 03 de fevereiro de 2020,<sup>1</sup> e o reconhecimento do estado de calamidade pública do país, por meio do Decreto Legislativo nº 06 do Senado Federal,<sup>2</sup> nos termos da solicitação do Presidente da República, encaminhada na Mensagem nº 93, em de 18 de março de 2020.<sup>3</sup>

Dentro desse cenário pandêmico, está o Direito Administrativo e um sem número de implicações jurídicas afetadas e impactadas pela Covid-19. E segundo Rafael Rezende Oliveira, há “no estado de necessidade administrativo, a preterição das regras que são aplicadas ordinariamente à Administração Pública, abrindo-se caminho para aplicação de uma legalidade excepcional ou alternativa”.<sup>4</sup>

Assim, o objeto do presente artigo limita-se à análise dos efeitos causados pela pandemia na execução dos contratos administrativos e a alternativa de uso seguro do instituto interdisciplinar contemporâneo da mediação, oriundo do Direito Privado, na via interna da Administração Pública, pelos gestores ou autoridades públicas competentes, como forma de propor uma solução pacífica para os impasses contratuais com as empresas privadas, evitando, deste modo, a judicialização do problema.

Para tanto, toma como base o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e os fundamentos do Direito Administrativo, com a finalidade de buscar um ponto de equilíbrio nos aspectos econômicos e financeiros contratuais, mas, acima tudo, assegurando o respeito ao valor social do contrato e aos direitos humanos.

## 2 | A DIGNIDADE DA PESSOA COMO VALOR FONTE NA SOCIEDADE MODERNA:

Tão certo quanto o impacto da Covid-19 no Brasil e no mundo, é o texto da Constituição Federal de 1988, que previu o direito à vida como fundamento de todo o cidadão, segundo disposição do seu artigo 5º, *caput*.<sup>5</sup>

Indo mais além, a Carta Maior elevou a dignidade da pessoa humana como valor fonte de todo o sistema jurídico, colocando-a como prioridade número um da República e do Estado democrático de direito, segundo se depreende do art. 1º, inc. II.<sup>6</sup>

1 BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº. 188, de 03 de fevereiro de 2020. Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>.

2 BRASIL, Senado Federal. Decreto Legislativo nº. 06, de 20 de março de 2020. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/portaria/DLG6-2020.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm).

3 BRASIL. Presidência da República. Mensagem nº. 93, de 18 de março de 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/despacho-do-presidente-da-republica-248641738>.

4 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Estado de necessidade administrativo e poder de polícia: o caso do novo coronavírus**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, v. 68, n. 18, p. 09-23, mar. 2020. Pg. 11.

5 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais ns. 1/1992 a 107/2020, pelo Decreto Legislativo ns 186/2008 e pelas Emendas constitucionais de revisão ns. 1 a 6/1994. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

6 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana.

E tudo isso se deu, face o movimento de valoração dos direitos humanos decorrente do pós-guerra, fazendo frente às atrocidades nazifascistas e aos horrores vividos pela humanidade no holocausto. O resultado catastrófico da guerra e o momento de exceção, transformou o pensamento e o ideal humano, com a positivação do princípio da dignidade da pessoa humana como valor fonte a ser preservado, respeitado e garantido dentro do sistema normativo.

Essa concepção tem raízes nos pensamentos e lições do filósofo Immanuel Kant, que deu a base para que os direitos humanos fossem incorporados nas Constituições modernas. Para ele, o ser humano tem consciência de seus atos e isso lhe traz responsabilidades, sendo, deste modo, livre e capaz de fazer sua própria lei.<sup>7</sup>

Assim, o ápice do movimento humanista no mundo aconteceu em 10 de dezembro de 1948, com a terceira Assembléia Geral das Nações Unidas, a qual aprovou o documento intitulado Declaração Universal dos Direitos Humanos.<sup>8</sup>

No Brasil, somado à isso, a valoração dos direitos humanos e a dignidade da pessoa foram fruto de 21 anos de regime militar autoritário experimentado pela sociedade brasileira. Tais eventos serviram de anseio e inspiração para a formação da Constituição Cidadã, em 05 de outubro de 1988, parametrizando e irradiando os ideais humanistas sobre todo o seu arcabouço normativo.

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana nasce para proteger o ser humano, mantendo e preservando o viver com dignidade, com o respeito recíproco e a busca da felicidade pelo homem. A sua adoção no universo jurídico estabelece uma nova forma de pensar e se relacionar o direito.

Dentro desse escopo, o princípio da dignidade humana opera de forma a solucionar conflitos de forma pacificadora, orientando as opções a serem realizadas no caso concreto, colocando as pessoas em primeiro lugar.

Ou seja, com a calamidade pública decorrente da Covid-19, tal valor se agiganta e sobressai no ordenamento jurídico, servindo de base e pedra de toque para as instituições e os intérpretes na construção do novo direito e na reorganização jurídica, política, econômica e social, das relações de natureza pública e privada, afetadas e desequilibradas neste momento extraordinário.

Isso quer dizer, que a instabilidade jurídica e os conflitos existentes devem ser resolvidos sob o enfoque da dignidade da pessoa humana, dos direitos humanos e do respeito ao homem. É por meio deles que será alcançado o reequilíbrio da federação, que já passa por um profundo processo de transformação através de recente decisão Supremo

---

7 Para Kant o ser humano, o homem, jamais pode ser utilizado como meio para a vontade de outros, mas sempre como um fim, *“existe como um fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo, como nas que dirigem aos outros seres racionais, ele tem de ser considerado simultaneamente como fim”* KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica do costume**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2000.

8 ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>.

Tribunal Federal, no controle judicial das medidas administrativas adotadas pela União para enfrentamento da crise do coronavírus.<sup>9</sup>

Com esta nova interpretação dada pela corte de justiça guardiã da Constituição Federal, o federalismo brasileiro voltasse para uma forma centrífuga, de mais independência e autonomia dos entes federativos e menos poderes centralizados e concentrados na União. É uma forte mudança de paradigma, para não se dizer histórica, que reconhece e valoriza a dignidade da pessoa humana e o respeito aos direitos fundamentais das distintas realidades dos cidadãos brasileiros.

Representa uma reconfiguração da organização e da ordem nacional, uma vez que fragmenta e reparte, na prática, o então poder reinante e absoluto federal, com Estados e Municípios, respeitando, assim, as diferentes realidades e dificuldades vividas pelas pessoas e pelos entes públicos locais durante a pandemia, em cada canto do país. É uma clara e evidente valoração da dignidade da pessoa humana. Uma expressão manifesta do pensamento de Kant no Brasil em pandemia e pós-pandemia!

### **3 | UM NOVO DIREITO ADMINISTRATIVO: MAIS HUMANO, PARTICIPATIVO E CONSENSUAL:**

Se a República Federativa passa por uma profunda e macro transformação do seu regime de competências, efetivando-se a divisão concorrente de atribuições nas relações jurídicas existentes entre os entes públicos, para se adequar às demandas do coronavírus, é natural que o Direito Administrativo também passe por esse mesmo processo internamente.

Aliás, o Direito Administrativo já é acostumado com eventos traumáticos e disruptivos desde a sua formação, no fim do Séc. XVIII, com a Revolução Francesa e a separação dos poderes, idealizado pelo Barão de Montesquieu, no Livro XI, Capítulo IV, do famoso livro *“De L’ Esprit des Lois”*. Para o grande jurista Francês “existem em qualquer estado três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito público e o poder executivo daqueles que dependem do direito civil”.<sup>10</sup>

Daí exsurge e se desenvolve o Direito Administrativo, caminhando ao lado do Estado Liberal, talhado no ideal revolucionário e sobre as vigas mestres dos princípios da igualdade e da liberdade. Foi com a criação da jurisdição do contencioso administrativo, de natureza jurisprudencial pretoriana que ele se moldou, ganhando independência e vida própria sem a ingerência e interferência do Poder Judiciário, respeitando e sendo construindo sempre dentro do princípio da reserva legal.

Tem assim, por origem, uma infância muito difícil, traumas profundos e variadas contradições. O grande Professor Português Vasco Pereira da Silva,<sup>11</sup> em brilhante metáfora,

9 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 6341, julgou que os efeitos da Medida Provisória nº 926/2020, não afastam a competência concorrente nem a tomada de providências normativas e administrativas pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios.

10 MOTESQUIEU. *De L’ Esprit des Lois*. Vol. I. Garnier-Flammarion, Paris: 1979. Pg. 294.

11 SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã da psicanálise**: ensaio sobre as acções no novo

divide ela em 03 (três) fases diferentes: “1 – a fase do ‘pecado original’, correspondente ao período do seu nascimento (...) paradigma do modelo de Estado Liberal; 2 – a fase do ‘baptismo’, ou da plena jurisdicionalização do Contencioso Administrativo, (...) associado ao modelo de Estado Social; 3 – a fase da ‘crisma’ (...) destinada à proteção plena e efetiva dos direitos dos particulares, que corresponde à actual situação da Justiça Administrativa no Estado Pós-social.”

Assim, pode-se afirmar seguramente que o Direito Administrativo tem arraigado em seu DNA, desde a concepção, o espírito desafiador de encontro do equilíbrio nas relações humanas, buscando soluções justas para os conflitos da sociedade, no atendimento primordial do interesse público. Com a Covid-19, mais uma vez na história o complexo sistema administrativo foi implodido, restando ruínas, fumaça preta e muito entulho. Guardadas as devidas proporções, um cenário semelhante ao da Revolução na França ou do pós-guerra na Europa.

Pois como um ramo autônomo do Direito, ele é responsável pela organização e pelo poder-dever do Estado, sendo o responsável por estabelecer as prerrogativas e os privilégios da Administração Pública na sua estruturação e relação com os cidadãos.

Ocorre que com as incertezas e os desacertos da pandemia, grande parte dos seus compromissos e contratos foram impactados, com prejuízos às partes e, principalmente, ao interesse público. E estes efeitos no Brasil são potencializados, quando tomasse por base as distintas realidades dos 26 Estados membros, do Distrito Federal e dos 5571 Municípios existentes.

Mas assim como fênix, o pássaro da mitologia grega que entrava em autocombustão para depois de um tempo ressurgir das cinzas, o Direito Administrativo também já deu provas na história que fez igual, pois tem como fim precípua o atendimento do bem comum.

No início da crise, para atender esta nova “realidade pandêmica” no Brasil, entrou em vigor, em 06 de fevereiro de 2020, a Lei nº 13.979/2020, que criou um regime diferenciado de contratações no setor público brasileiro, conferindo mais celeridade e transparência ao processo de compras.<sup>12</sup>

A referida lei desburocratizou o sistema, conferindo espaço para soluções dinâmicas para a Administração Pública, na esteira e dentro das necessidades para o enfrentamento do coronavírus, enquanto perdurasse o estado de calamidade pública nacional. Este novo diploma legal, veio para romper com os rígidos e arcaicos ditames da Lei nº. 8.666/1993, que disciplina o regime licitações para as contratações públicas.<sup>13</sup>

Exemplo disso é o tratamento conferido à hipótese de dispensa de licitação, que no

---

processo administrativo. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. Pg. 12.

12 BRASIL. Lei nº. 13.979, de 06 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/13979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/13979.htm)

13 BRASIL. Lei nº. 8.666, 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. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm)



regime anterior, na forma do art. 24, inc. IV, da lei das licitação, era mais limitado e cheio de requisitos. Com a disciplina do art. 4º, da Lei nº. 13.979/2020 (e os arts. 4º-C, 4º-D, 4º-E e 4º-F, todos incluídos pela Medida Provisória 926, de 20 de março de 2020), a dispensa de licitação para a aquisição ou contratação de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública ficou sem a necessidade de apresentação de estudos preliminares e uma série de outras formalidades.

Entretanto o que era para ser uma regra temporária e transitória, acabou atendendo aos anseios do setor público de forma geral, encurtando prazos e simplificando a validação de etapas, fazendo, assim, fluir com mais eficiência toda a engrenagem da administração. Talvez esta fosse uma das grandes demandas do setor público nacional, que aguardava a muitos anos por uma reforma em todo o sistema de contratações. Esta talvez seja também uma das contradições do trauma da crise da Covid-19 no Direito Administrativo Contemporâneo. Portanto, já pode-se afirmar que a pandemia não foi de todo mal, pois está incorporando mecanismos que trazem mais agilidade e resultado otimizado para a organização do Estado.

Por outro lado, não fosse apenas pela necessidade e urgência na contratação de produtos e serviços para a contenção da Covid-19, os gestores públicos se viram e veem mergulhados num mar de incertezas e insegurança quanto ao cumprimento dos contratos administrativos firmados antes da pandemia.

Compromissos vigentes, de curta e longa duração, foram paralisados e atingidos por ato unilateral do próprio gestor, que os considerou não essenciais para o atendimentos das suas finalidades, por força da supremacia do interesse público, usando da exorbitância da revisão unilateral.

Este é outro fato que por si só já carrega inúmeras contradições, pois gerou uma quebra da avença contratual e ocasionou prejuízos econômicos e sociais às empresa privadas contratadas. Por sua vez, presume-se que este ato esteja devidamente motivado pela autoridade pública, para não ser interpretado num futuro próximo como um ato ímprobo, pelos órgãos de controle da administração.

Entretanto, este panorama vem gerando inúmeras discussões e conflitos entre as partes, que tendem a desembocar nas fileiras do Poder Judiciário em longas e penosas demandas judiciais.

Desta maneira, o Direito Administrativo busca socorro na incorporação de institutos interdisciplinares contemporâneos para a solução jurídica destes desacertos e impasses contratuais, de modo a preservar o interesse público e o reequilíbrio contratual entre as partes.

Dentro deste prisma, surge o instituto da mediação na Administração Pública, como uma alternativa legítima de autocomposição de conflitos entres entes públicos e empresas privadas, já previsto no ordenamento jurídico no artigo 32, da Lei nº. 13.140/2015.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução

A mediação na Administração Pública vai ao encontro do sentimento de cooperação e solidariedade que a sociedade e o mundo demandam. Traz para o universo do Direito Público uma possibilidade de soluções menos custosas para o Estado, eliminando riscos e criando novas alternativas de ajustes e compromissos, dentro da observância e do respeito à mais estrita legalidade, de acordo com a vontade e a necessidades das partes.

Valoriza a dignidade da pessoa humana, com a participação ativa dos agentes interessados no processo de resolução do conflito, dando azo para o caminho da consensualidade, que representa economia de dinheiro público e a tomada de decisões em harmonia.

E foi essa a intenção do legislador, ao promover a reforma da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), com a aprovação da Lei nº. 13.655 ainda no ano de 2018, muito antes da Covid-19, quando previu a possibilidade da celebração de compromissos entre gestores públicos e interessados para a eliminação de irregularidades, incertezas jurídicas ou situações contenciosas dentro da esfera do Direito Público.<sup>15</sup>

A rigor da matéria, a LINDB inaugurou novos institutos dentro da legalidade do Direito Público brasileiro, incentivando o gestor à tomada de decisões administrativas propositivas e inovadoras, em consonância com a finalidade perseguida pelo princípio da eficiência e a prossecução do interesse público, proporcionando uma gestão pública verdadeiramente de vanguarda no Séc. XXI, um modelo de governança plural e democrática.

É por isso que a mediação se encontra num ambiente de fala convergente às boas práticas do Direito Administrativo moderno, pois elimina excessos formais e preconiza a participação dos sujeitos públicos e privados na construção de meios consensuais e legais para o atendimento do interesse público. Ou seja, falar em mediação na administração pública é falar em respeito aos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana. É aplicar o Direito Administrativo Contemporâneo sob à ótica dos fundamentos do cidadão, como salienta o Professor José Sérgio da Silva Cristóvam, “o direito fundamental dos cidadãos à boa administração determina a construção de um tipo de Administração Pública que seja, a um só tempo, transparente e dialógica nas suas ações, mas também proba e imparcial nas suas relações.”<sup>16</sup>

---

administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para: I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta – BRASIL. Lei nº. 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm)

15 Artigo 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial – BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm).

16 CRISTÓVAM, José Sérgio. **O estado democrático de direito como princípio constitucional estruturante do**

## 4 I A APLICAÇÃO DA MEDIAÇÃO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A mediação é amplamente utilizada no Direito Privado, como um meio de autocomposição pacífica de conflitos, aonde as partes elegem um terceiro chamado de mediador, para atuar de forma imparcial, independente e sigilosa, retomando o diálogo e satisfazendo os interesses. É indicada para conflitos onde há vínculos longos e continuados, preservando as relações e restabelecendo o canal de comunicação de forma extremamente consensual.

Assim o mediador não assume o papel decisório na resolução do conflito, porquanto fica na posição apenas de facilitador e cooperador. Cabe às partes encontrarem meios para a composição da relação, sopesando seus objetivos e interesses. O traço marcante da mediação é a agilidade, a flexibilidade, o sigilo e o baixo custo.

O conceito de mediação é definido claramente pelo parágrafo único, do art. 1º, da Lei nº. 13.140/2015, como sendo a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia. Quanto à natureza jurídica da mediação, Adolfo Braga Neto,<sup>17</sup> afirma que “na verdade é um contrato de prestação de serviços, no qual de comum acordo as partes contratam um mediador para que as auxilie na busca de soluções para o conflito que estão enfrentando. Ele, portanto possibilita a criação de um contrato a futuro ou compromissos assumidos a futuro, constituindo-se seu objetivo principal.

A mediação está ao lado da negociação e da conciliação dentre os meios de autocomposição de conflitos, porém apresenta algumas distinções. Na negociação a composição é feita diretamente pelas partes e a busca é pela melhor solução para o conflito, independente do interesse das partes. Com efeito, a mediação se molda somente pelo interesse das partes.

Já a conciliação possui muitas similitudes com a mediação, pois exige a presença obrigatória do facilitador, que igualmente orienta as partes para a retomada do diálogo e a consensualidade. No entanto, o conciliador pode conduzir as partes para as soluções previamente apresentadas para a resolução do impasse no caso concreto, ou seja, ele pode propor acordos, enquanto na mediação isto não é permitido. Por outro lado, o papel do mediador é de elo de ligação e conexão dos mediados.

Existe ainda a arbitragem como mecanismo de pacificação de conflitos. Ela é considerada pela doutrina uma forma heterocompositiva, de jurisdição privada, aonde um terceiro, denominado “arbitro”, decide a demanda, conforme um compromisso anteriormente

---

**direito administrativo: uma análise a partir do paradigma emergente da administração pública democrática.** Artigo publicado originalmente na Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 145-167, jul/dez. 2016. Pg. 601.

17 NETO, Adolfo Braga. **Alguns aspectos jurídicos sobre a mediação de conflitos.** Âmbito Jurídico, 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/alguns-aspectos-juridicos-sobre-a-mediacao-de-conflitos/> Acesso em: 04/09/2020.

firmado no contrato ou na cláusula arbitral pré-definida, expedindo ao final uma sentença arbitral, que vale como título executivo judicial.

Muito embora a arbitragem seja um poderoso instrumento para a resolução de conflitos e não judicialização de demandas entre os particulares e a administração pública, a mediação ainda responde com maior eficácia e precisão na gestão dos problemas contratuais decorrente do Covid-19 no setor público, dado o seu dinamismo e amplitude. Na arbitragem a produção de provas torna o procedimento extremamente complexo e custoso para todos.

A respeito da privacidade da mediação e a sua contraposição com o princípio da publicidade no Direito Administrativo, este deve prevalecer. Entretanto, a análise do caso concreto, dentro do juízo de proporcionalidade, pode fazer com que a exceção dê lugar à regra e mantenha sob sigilo o procedimento e os termos da mediação. O interesse público é o que deve pautar.

A mediação pode ser dividida em institucional, com regras pré-definidas por um regulamento de uma instituição ou pode ser *ad hoc*, definida conforme os critérios das partes em consenso com o mediador.

Dentro da esfera legal, o uso da mediação pela administração pública foi inaugurado no cenário nacional por meio da Resolução nº. 125 do CNJ – Conselho Nacional de Justiça<sup>18</sup> e através do Novo Código de Processo Civil (Lei nº. 13.105/2015).<sup>19</sup>

Mas foi com o advento da Lei 13.140/2015, que a mediação foi positivada no Direito brasileiro, inclusive para aplicação no setor público, o que lhe conferiu maior segurança jurídica. Para o tema proposto, importante ressaltar o §5º, do art. 33 que dá competência às câmaras de mediação para a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pelos entes públicos com particulares.

O caminho para a legalidade do instituto no âmbito do Direito Público nos contratos administrativos impactados pela pandemia é através da formalização de termo aditivo aos contratos, com o acréscimo, devidamente motivado, de cláusula de compromisso de mediação pelas partes, prevendo, no caso específico, o valor a ser pago ao profissional ou instituição mediadora.

A contratação desse profissional ou instituição (câmara ou tribunal de mediação) é plenamente justificada por dispensa de licitação, na forma do art. 4º, da Lei 13.979/2020, uma vez que seus serviços se enquadram dentro do desiderato da referida norma legal, qual seja, para suprir a demanda decorrente da pandemia do coronavírus.

Com a aplicação da Lei da Mediação em conjunto com a Lei nº. 13.655/2018 (LINDB), há um reforço normativo no uso da mediação nos contratos administrativos, porquanto dá

18 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução CNJ 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=156>.

19 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm).

base legal, dialógica, colaborativa, cooperativa, humana, participativa, dinâmica no rumo da consensualidade, de forma a permitir uma solução dentro da esfera de interesse das partes contratantes, sendo uma alternativa para os conflitos nos contratos administrativos.

A artigo 26 da Lei acima referida, abre espaço ainda para a construção de outras modalidades de mediação na administração pública, com a participação direta dos órgãos jurídicos internos da administração, logicamente, com a ciência e autorização das empresas privadas contratadas e a presença de relevante interesse público.

O Direito Administrativo Contemporâneo clama por respostas rápidas e inovadoras, que respeitem as partes e atendam ao interesse da sociedade, com a manutenção de serviços essenciais num período de transformações e carências por todos os vieses.

A mediação tem se mostrado uma poderosa arma para esse fim, trazendo ferramentas e técnicas do Direito Privado para dentro do setor público, combatendo os nefastos efeitos da pandemia do Covid-19.

Por outro lado, dá ao gestor público a segurança jurídica extremamente necessária na repactuação de contratos administrativos, servindo de escudo e garantia para eventuais questionamentos acerca da legalidade e finalidade do ato.

Para a empresa, também se mostra uma ferramenta importante, pois dá a possibilidade de construção de saídas que lhe garantam a readequação econômica e financeira do contrato, bem como a manutenção dos empregos dos seus colaboradores. Isto é, somado à tudo, a mediação pode vir para atender a finalidade social do contrato.

Seja como for, a mediação se encaixa na nova realidade do Direito Público brasileiro e mundial, podendo ser a tábua de salvação para a manutenção dos contratos administrativos e para a continuidade da prestação de serviços essenciais aos cidadãos, evitando, finalmente, que tudo acabe sendo decidido, por um terceiro, dentro das casernas do Poder Judiciário.

Derradeiramente, a Covid-19 é mais um capítulo na difícil história de vida do Direito Administrativo, mais um trauma a ser superado, como afirmou o Prof. Vasco. Porém, como em outros difíceis momentos, pode ela mesma vir a se tornar a força motriz para as grandes mudanças estruturais do Estado moderno, contradizendo-se mais uma vez, e mostrando para o homem que não existem soluções prontas e rótulos feitos, mas sim construídas com a participação, o conhecimento e a criatividade de todos, como é a mediação.

## **5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A Covid-19 trouxe repercussões em toda a sociedade, afetando a vida privada das pessoas, bem como a organização das estruturas públicas. O risco à saúde do ser humano transcendeu para outras perspectivas e dimensões, colocando em xeque situações consolidadas e compromissos estabelecidos, que envolvem o interesse público, a segurança jurídica e a paz social.

Com a pandemia, o Direito passou a ser aplicado em regime de exceção, o que exige dos intérpretes e das instituições a busca por soluções jurídicas extraordinárias para os conflitos gerados, principalmente nos contratos administrativos.

Neste momento é que deve prevalecer os fundamentos normativos, como conquistas da sociedade ao longo do tempo e da sua evolução, afim de garantir a prossecução dos verdadeiros objetivos do povo, manifestados e assegurados por meio do Poder Constituinte Originário. Dentre os fundamentos e valores normativos do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana orienta e conduz à busca por soluções pacíficas das controvérsias.

Assim, o uso da mediação no setor público, como alternativa para a resolução de conflitos decorrentes do Covid-19, encontra ampla base constitucional. Da mesma forma é no plano infralegal, tendo como marco a Resolução nº. 125 de 2010, do Conselho Nacional de Justiça e, posteriormente, o Novo Código de Processo Civil de 2015. Por fim, restou expressamente prevista para aplicação pela Administração Pública por meio da Lei nº. 13.140/2015.

Noutra frente, as alterações promovidas pela Lei nº. 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução as Normas ao Direito Brasileiro (LINDB), deu impulso ao instituto. Ademais, no período de exceção, a contratação de profissional ou instituição habilitada encontra amparo na Lei nº. 13.979/2020.

O momento demanda por ações coordenadas e criativas dos entes públicos, que podem encontrar no uso devidamente motivado da mediação, o caminho legal, transparente, moral, eficaz e consensual, para a manutenção dos contratos administrativos e serviços públicos de interesse da sociedade brasileira.

A mediação representa o respeito aos princípios basilares do Direito Administrativo, previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal e, o mais importante, coloca a dignidade da pessoa humana como valor supremo a ser alcançado, tirando do papel o tão sonhado e imaginado modelo de gestão pública gerencial.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 05 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais ns. 1/1992 a 107/2020, pelo Decreto Legislativo ns 186/2008 e pelas Emendas constitucionais de revisão ns. 1 a 6/1994. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

BRASIL. Lei nº. 8.666, 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. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm).

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm).

BRASIL. Lei nº. 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm)

BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm).

BRASIL. Lei nº. 13.979, de 06 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm).

BRASIL. Presidência da República. Mensagem nº. 93, de 18 de março de 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/despacho-do-presidente-da-republica-248641738>.

BRASIL, Senado Federal. Decreto Legislativo nº. 06, de 20 de março de 2020. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/portaria/DLG6-2020.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm).

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº. 188, de 03 de fevereiro de 2020. Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução CNJ 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=156>.

CRISTÓVAM, José Sérgio. **O estado democrático de direito como princípio constitucional estruturante do direito administrativo: uma análise a partir do paradigma emergente da administração pública democrática**. Artigo publicado originalmente na Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 145-167, jul/dez. 2016.

KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica do costume**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2000.

MOTESQUIEU. De L' Esprit des Lois, vol. I, Garnier-Flammarion, Paris: 1979.

NETO, Adolfo Braga. **Alguns aspectos jurídicos sobre a mediação de conflitos. Âmbito Jurídico**, 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/alguns-aspectos-juridicos-sobre-a-mediacao-de-conflitos/> Acesso em: 04/09/2020.

SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã da psicanálise**: ensaio sobre as ações no novo processo administrativo. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Estado de necessidade administrativo e poder de polícia: o caso do novo coronavírus**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, v. 68, n. 18, p. 09-23, mar. 2020.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>.



## ACESSO À JUSTIÇA E A RECOMENDAÇÃO DE PROVIDÊNCIAS PRÉVIAS NAS AÇÕES RELATIVAS AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO

*Data de aceite: 01/11/2021*

*Data de Submissão: 19/11/2021*

**Cecília Rodrigues Frutuoso Hildebrand**

Centro Universitário Anhanguera  
Leme/SP

<http://lattes.cnpq.br/7220054616211467>

**RESUMO:** Buscou-se averiguar se há ofensa ou não ao princípio do acesso à justiça diante da recomendação de existência de documentação prévia para a propositura de ação relativas ao fornecimento de medicamentos. Analisou-se a Recomendação n. 1/14 do Juizado Especial Cível da Comarca de Leme e as decisões proferidas pelo juízo no intervalo de um ano. Conclui-se que, na Comarca em questão, a existência da Recomendação não prejudicou o acesso à justiça das partes que dela precisaram, pois, das 38 sentenças proferidas para fornecimento de medicamentos, em 37 delas o fornecimento delas foi concedido. Foi utilizado método dedutivo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Acesso à Justiça. Saúde. Tutela de Urgência. Medicamentos. Juizados.

### ACCESS TO JUSTICE AND THE RECOMMENDATION TO PREVIOUS PROVIDENCE IN LAW SUITS RELATED TO MEDICINE SUPPLY

**ABSTRACT:** I looked forward to observing whether or not there is a break in the principle of justice access whenever it is recommended previous documents to ask for law suits related to

medicine supply. We analyzed Recomendação n. 1/14 from Juizado Especial Cível da Comarca de Leme and the decisions made by the Court in a whole yeartime period. We concluded, in the court analyzed, the existance of Recomendação did not hurt the access to justice from the ones who needed it, because there were 38 judgements made about medicine, and 37 of them received it fully. The system was deductive.

**KEYWORDS:** Access to Justice. Health. Urgency Guardianship. Medicine. Courts.

### 1 | INTRODUÇÃO

Há situações fáticas em que uma pessoa que necessita da proteção ao seu direito à saúde vê-se obrigada a buscar o Poder Judiciário. Os exemplos práticos são inúmeros, pode-se destacar alguns: concessão de medicamento, realização de procedimento médico, realização de cirurgias, concessão de órteses, próteses, etc. Na presente pesquisa, o foco será o fornecimento de medicamentos.

Em regra, a competência dessas ações é dos Juizados Especiais da Fazenda Pública e, para organizar a propositura dessas demandas, os juízos costumam expedir portarias ou recomendações discriminando providências que a parte autora deve tomar para que possa ingressar com sua petição inicial.

Busca-se, com a presente pesquisa, analisar se tal exigência prévia à propositura da ação está conforme o princípio constitucional do acesso à justiça.

Em razão da dificuldade de acesso às informações sobre tais exigências no Poder Judiciário, as recomendações muitas vezes não são colocadas na internet ou publicadas no Diário Oficial e cada Comarca faz recomendações diferentes, analisar-se-á de forma específica a Recomendação n. 1/14 em vigor na Comarca de Leme, Estado de São Paulo, publicada no dia 24 de setembro de 2014 no mural do Cartório do Juizado Especial Cível.

Para a pesquisa, utilizar-se-á de bibliografia acerca do tema do acesso à justiça e do direito à saúde. E, dentro das limitações impostas pela falta de um banco de dados de decisões interlocutórias no Tribunal de Justiça de São Paulo, analisar-se-á alguns processos do Juizado Especial Cível da Comarca de Leme e algumas decisões de Agravos de Instrumento do Tribunal de Justiça de São Paulo sobre o tema. Sendo assim, optou-se pelo método dedutivo.

## 2 | DO ACESSO À JUSTIÇA

Conceituar acesso à justiça é um desafio, pois há vários aspectos que podem ser considerados. A Constituição Federal, no inciso XXXV do art. 5º, traz como direito individual e coletivo um aspecto desse direito: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Na clássica obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, resultado de estudos do Projeto Florença, que ocorreu na Itália na década de 1970, traduzida pela Ministra Ellen Gracie, em 1988, inicialmente coloca-se o acesso à justiça como acessibilidade a todos ao sistema de justiça e, num segundo momento, afirma-se que, para que tal direito seja efetivo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.3).

Na mesma obra, os autores tratam da superação de obstáculos para que as partes consigam acessar o Poder Judiciário. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 6-9). Como forma de soluções práticas para os problemas de acesso à justiça, os autores apontam algumas ondas de acesso à justiça. A primeira onda é a assistência judiciária para os pobres; a segunda onda é a representação dos direitos difusos; e, por fim, a terceira onda consiste no acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à justiça. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12-27). Já em sede de conclusão do trecho publicado no Brasil, os autores levantam a hipótese de outras formas de solução de conflitos.

José Afonso da Silva ensina que a garantia do acesso à justiça “não pode e nem deve significar apenas o direito formal de invocar a jurisdição, mas o direito a uma decisão justa”. (SILVA, 1999, p. 9-23).

Com uma visão mais moderna do instituto, Marc Galanter, ressalta a necessidade de redistribuir o acesso à justiça ante o desequilíbrio de poder entre os litigantes. (GABBAY; COSTA; ASPERTI, 2019, p. 152).

Com relação especificamente ao acesso à justiça para fins de concessão de

medicamentos, Maria Tereza Aina Sadek relata que a maior parcela dos demandantes por internações ou medicamentos possui nível socioeconômico médio e alto. Como exemplo, cita que, no Estado de São Paulo, dois terços das ações judiciais são propostas por pessoas com convênios ou que frequentam clínicas privadas. (SADEK, 2014, p. 60).

É evidente que, apesar da ampliação do acesso à justiça nos últimos anos diante da Constituição Federal, da criação de juizados especiais e da atuação da defensoria pública, as pessoas mais vulneráveis e hipossuficientes ainda têm dificuldade no acesso à justiça.

### 3 I DO DIREITO À SAÚDE E A CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS

O art. 196 da Constituição Federal garante o direito à saúde e determina que esse direito é dever do Estado. Por sua vez, a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/1990) garante, em seus artigos 2º, 6º, 7º e 43, o direito de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica.

Pode-se pensar, ainda, como previsão ao direito à saúde e a concessão de medicamentos pelo Estado, o direito à vida (art. 5º da CF) e direito à dignidade da pessoa humana (art. 1º da CF), pois sem a medicação prescrita, muitas vezes a alternativa àquele paciente é a morte ou gravames à sua saúde.

Analisando os direitos individuais e coletivos conforme suas gerações, o direito à saúde encontra-se na segunda geração, sendo um direito social. E o artigo 6º da Constituição Federal traz o direito à saúde, como direito social, de forma expressa.

Ainda que seja um direito de natureza social e que possa ser exigido de forma transindividual, nada impede o seu exercício por ação individual. “O fato é que a supressão pura e simples da tutela judicial individual (e mesmo coletiva, quando se trata de atender determinados grupos de pessoas) poderá gerar uma dupla violação do princípio isonômico”. (SARLET, 2011, p. 21).

No âmbito internacional, tem-se a Constituição da Organização Mundial da Saúde, em 1946, prevendo a saúde como direito fundamental (OMS, 1946) e a Declaração de Direitos Humanos, de 1948, no artigo 25, prevê como um direito de todo ser humano, *in verbis*:

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, 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. (ONU, 1948).

A legitimidade passiva para ações judiciais que visem a concessão de medicamentos é ampla, pois o artigo 23 da Constituição Federal determina que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência (inciso II).

Nesse sentido, o tema 793 de repercussão geral do STF e a Súmula 37 do Tribunal de Justiça de São Paulo: “A ação para fornecimento de medicamento e afins pode ser proposta em face de qualquer pessoa jurídica de Direito Público Interno”. A parte, portanto, pode escolher propor a ação cumulativamente contra todos os legitimados ou optar por qualquer um deles.

Dessa forma, é responsabilidade do Estado, em todas as suas esferas, garantir o direito à saúde do cidadão, independentemente dos contornos das políticas públicas e da gestão de recursos. E mais, tal direito deve abarcar todas as pessoas. Ou seja, o direito à saúde é universal, destinando-se a todo e qualquer ser humano, independente da classe social ou econômica (GARCEZ; ESQUIVEL, 2020).

Tal direito fundamental encontra-se ainda na Lei Orgânica da Seguridade Social (LOS - Lei nº 8.212/1991), na Portaria MS nº 2.583/2007. A integralidade de assistência, na forma como está definida pelo artigo 7º, inciso II, da LOS, define o dever do Estado em fornecer não só os medicamentos constantes da lista oficial, mas sim todos os que forem imprescindíveis às particularidades do caso concreto. Sendo assim, em um caso específico, a medicação, apoiada em medicina baseada em evidência e receitada pelo médico responsável pelo tratamento daquele paciente, deve ser concedida, ainda que não conste das listas oficiais.

Portanto, sendo o direito à saúde fundamental, o fornecimento do medicamento a quem dele necessita é, na verdade, a expressão do direito público à saúde.

Tendo em vista a dificuldade de lidar com as ações relativas ao direito de saúde na prática, o crescimento do número dessas demandas, o desconhecimento dos juizes de temas afetos à área da medicina, o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação nº 31, de 30/03/2010, para que os Tribunais de Justiça dos Estados e os Tribunais Regionais Federais, dentre outras medidas, celebrem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde. (CNJ, 2010).

O Conselho Nacional de Justiça editou, ainda, a Resolução 107/2010, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. (CNJ 2, 2010).

No Estado de São Paulo, desde 2018, funciona o Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NAT-Jus), que fornece às varas e câmaras do Tribunal notas e respostas técnicas com fundamentos científicos que auxiliam na análise de pedidos que envolvem procedimentos médicos e fornecimento de medicamentos. A equipe do NAT-Jus/SP é composta por profissionais de saúde do TJSP que contam com apoio de especialistas que atuam nas instituições conveniadas da rede NATS. As respostas às consultas são enviadas em até 72 horas do recebimento pela entidade parceira e o magistrado é comunicado em caso de eventual necessidade de dilatação do prazo. (TJSP, 2018).

Com relação à concessão de medicamentos, há portaria específica do Ministério da Saúde, a Portaria 3.916/1998, que estabelece a Política Nacional de Medicamentos, tendo como diretriz assegurar o acesso da população a medicamentos seguros, eficazes e de qualidade, ao menor custo possível; os gestores do SUS, nas três esferas de Governo, atuando em estreita parceria, deverão concentrar esforços no sentido de que o conjunto das ações direcionadas para o alcance deste propósito estejam balizadas pelas diretrizes a seguir explicitadas. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 1998).

O STF já reconheceu a responsabilidade das fazendas públicas em fornecer medicamentos excepcionais (STF, 2016). O Superior Tribunal de Justiça também adotou o mesmo posicionamento, quando do julgamento do REsp n. 836913/RS, em 08/05/2007, enfatizando, ainda, a possibilidade de cominação de multa diária, ainda que o requerido seja a Fazenda Pública. (STJ, 2007).

Em pesquisa empírica jurisprudencial conduzida pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais – CEBEPEJ e Centro de Pesquisa Jurídica Aplicada da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, por meio dos Coordenadores e Pesquisadores nela indicados, dentre os quais Ada Pellegrini Grinover, analisando a judicialização da saúde nos Estados de São Paulo e Minas Gerais, chegou-se às seguintes conclusões:

- 1) A total inexistência de ações individuais de efeitos coletivos e de ações pseudoindividuais junto à Justiça de São Paulo e Minas Gerais, no campo da saúde;
- 2) a baixíssima incidência de ações coletivas nesse mesmo campo e nos referidos Estados;
- 3) a enorme preponderância de ações individuais, alimentando o fenômeno da litigância repetitiva, com todas suas desvantagens (acúmulo de trabalho, decisões contraditórias, condução atomizada de questões que poderiam ser agrupadas num tratamento único e uniforme);
- 4) ausência completa de iniciativa dos legitimados às ações coletivas para aglutinarem inúmeras demandas repetitivas, com pedidos idênticos e em face do mesmo réu, ajuizando uma única ação coletiva (seja em defesa de direitos coletivos, seja de direitos individuais homogêneos);
- 5) a substituição da iniciativa correta, indicada no n. 4, pela propositura canhestre de demandas de natureza individual, querendo que passem por ações coletivas (ações pseudocoletivas). (GRINOVER; SICA, 2014).

Como é possível notar, a efetivação do direito à saúde é extremamente complexa e gera comumente a judicialização de demandas. É evidente que há outras questões que permeiam o tema, como o mínimo existencial; a questão de planejamento do Estado; custos para propiciar esse acesso universal à saúde; a reserva do possível; a escassez de recursos financeiros; o ativismo judicial, mas tais temas não serão aprofundados nesse momento. O foco da presente pesquisa é o do acesso à justiça e a legitimidade de criação de filtros pelos juízos para que esse acesso ocorra.

## 4 I DA EXIGÊNCIA DE PROVIDÊNCIAS PRÉVIAS

Cada juízo acaba adotando regras de exigências prévias que vinculam os jurisdicionados daquela localidade. Como tais recomendações ou portarias não são passíveis de consulta sistemática e clara, analisar-se-á a Recomendação 01/14 do Juizado Especial da Comarca de Leme/SP. Na Comarca não há Juizado específico da Fazenda Pública instalado, dessa forma, é o Juizado Especial Cível que atua na maior parte das ações de concessão de medicamentos e relativas ao direito à saúde quando a parte passiva é o Estado ou o Município.

Em referida Recomendação, após os “Considerandos”, o Art. 1º prevê:

Art. 1º. Nas ações fundadas na negativa de assistência à saúde pelo Poder Público deverão ser juntados os seguintes documentos considerados indispensáveis para o pronto exame do pedido de tutela antecipada:

I – Relatório médico, apontando, tecnicamente, a necessidade e urgência do tratamento, prótese, órtese ou fármaco pleiteado e esclarecendo, ainda, quanto à possibilidade, ou não, de sua substituição por similar disponibilizado pelo Poder Público, em conformidade com o modelo constante do Anexo II dessa recomendação;

II - Receituário subscrito pelo mesmo profissional emitente do relatório médico consignando o tratamento necessário ou medicamento indicado, contendo a sua Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional (DCI), o seu princípio ativo, seguindo, quando pertinente, o nome de referência da substância, posologia e modo de administração;

III – Cópia do Cartão Nacional da Saúde;

IV – Negativa formal do atendimento por parte do Poder Público, justificativa da impossibilidade de sua obtenção ou, pelo menos, a juntada de requerimento chancelado pelo setor de protocolo, ainda que geral;

V – Três orçamentos/cotação, no mínimo, da medicação, prótese, órtese ou tratamento pleiteado;

VI – Comprovante de rendimentos, bem como eventual benefício previdenciário, além de informações quanto à propriedade, pela parte autora, também quanto ao seu cônjuge ou convivente, e/ou seus representantes legais, de bens imóveis e veículos, com sua descrição sumária, ou, ainda, cópia da última declaração de bens e rendimentos.

Há ainda, previsão no §2º de que os documentos previstos nos incisos I, II, IV e V devem ter sido emitidos no máximo 30 (trinta) dias antes da propositura da petição inicial.

É importante destacar que, tratando-se de Juizado Especial Cível, nas causas de até 20 salários-mínimos, é possível que a parte esteja desacompanhada da assistência de um advogado. Sendo assim, a pessoa hipossuficiente terá que providenciar a documentação, conforme os modelos constantes do Anexo, após já ter a negativa fática da medicação e precisar da medida liminar. A porta do Poder Judiciário apenas abrirá após ela cumprir os requisitos burocráticos, o que pode causar uma demora maior para a propositura da ação.

Antes de se adentrar em comentários a cada uma das exigências da Recomendação da Comarca de Leme, é importante observar o que já foi decidido pela cúpula do Poder Judiciário e quais as recomendações do Conselho Nacional de Justiça com relação às ações relativas à concessão de medicamentos.

Em sede de julgamento em repercussão geral (tema 6) para a concessão de medicamento de alto custo não incorporado ao SUS, o Ministro Marco Aurélio, relator do recurso, estipulou os seguintes critérios para a concessão da medicação: a) a comprovação do caráter imprescindível do medicamento, no sentido de sua eficácia e segurança para o aumento de sobrevida e/ou melhora da qualidade de vida do enfermo, bem como a impossibilidade de substituição por fármaco constante das listas do SUS; b) a prova da incapacidade financeira do enfermo ou de sua família (em regime de solidariedade) para a sua aquisição, tendo como parâmetro as regras que regem o dever de prestação de alimentos na esfera cível (STF, 2016).

Já o Ministro Roberto Barroso levantou cinco requisitos cumulativos para que a concessão de medicamento de alto custo ocorresse: a) a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; b) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; c) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; d) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e) a propositura da demanda necessariamente em face da União, já que a ela cabe a decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos ao SUS. (STF, 2016.).

No mesmo julgamento, o Ministro Edson Fachin, propõe os seguintes parâmetros: a) prévio requerimento administrativo, que pode ser suprido pela oitiva de ofício do agente público por parte do julgador; b) subscrição realizada por médico da rede pública ou justificada impossibilidade; c) indicação do medicamento por meio da Denominação Comum Brasileira ou DCI – Internacional; d) justificativa da inadequação ou da inexistência de medicamento ou tratamento dispensado na rede pública; e) laudo, formulário ou documento subscrito pelo médico responsável pela prescrição, em que se 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. (STF, 2016). O julgamento foi concluído apenas em 2020, com aprovação de repercussão geral, com a seguinte redação: “6 - Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo.”

No Superior Tribunal de Justiça, em 2018, em julgamento de recurso repetitivo, que teve como relator o ministro Benedito Gonçalves, houve a fixação de critérios para a concessão de medicamentos que não estejam previstos na lista do Sistema Único de Saúde (SUS):

1 – Seja comprovado pela parte autora, mediante laudo médico fundamentado e devidamente circunstanciado (da lavra de médico que assiste o paciente), de que o medicamento pleiteado lhe seja imprescindível, necessário também demonstrar a ineficácia dos fármacos fornecidos pelo SUS para o efeito do tratamento pretendido;

2 – A demonstração da incapacidade financeira do demandante (paciente) de arcar com o custo do medicamento prescrito; e

3 - Existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). (STJ, 2018).

**Além dessas decisões, há enunciados vigentes com relação ao tema nas Jornadas de Direito à Saúde, do Conselho Nacional de Justiça:**

ENUNCIADO Nº 03

Nas ações envolvendo pretensões concessivas de serviços assistenciais de saúde, o interesse de agir somente se qualifica mediante comprovação da prévia negativa ou indisponibilidade da prestação no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS e na Saúde Suplementar. (Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019).

[...]

ENUNCIADO Nº 19

As iniciais das demandas de acesso à saúde devem ser instruídas com relatório médico circunstanciado para subsidiar uma análise técnica nas decisões judiciais. (Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019).

[...]

ENUNCIADO Nº 32

A petição inicial nas demandas de saúde deve estar instruída com todos os documentos relacionados com o diagnóstico e tratamento do paciente, tais como: doença, exames essenciais, medicamento ou tratamento prescrito, dosagem, contraindicação, princípio ativo, duração do tratamento, prévio uso dos programas de saúde suplementar, indicação de medicamentos genéricos, entre outros, bem como o registro da solicitação à operadora e/ou respectiva negativa. (Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)

[...]

ENUNCIADO Nº 51

Nos processos judiciais, a caracterização da urgência/emergência requer relatório médico circunstanciado, com expressa menção do quadro clínico de risco imediato.

Ainda no Conselho Nacional de Justiça, há a Recomendação n. 31/2010, que, entre outras, recomenda que os magistrados procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e



insumos em geral, com posologia exata; evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei; ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência; verifiquem, junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisas (CONEP), se os requerentes fazem parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios, caso em que estes devem assumir a continuidade do tratamento; determinem, no momento da concessão de medida abrangida por política pública existente, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas. (CNJ, 2010).

Analisando o posicionamento do STJ e do STF e os Enunciados do CNJ sobre o tema, ao que parece, a recomendação do Juizado Especial Cível da Comarca de Leme não foge tanto das exigências já reconhecidas em outros órgãos. Todavia, as recomendações do STF e do STJ referem-se apenas a medicação não constante da lista do SUS, a Recomendação do Juizado Especial Cível de Leme refere-se a qualquer demanda proposta.

Todavia, em que pese reconhecida por outros órgãos, a possibilidade de providências prévias para a propositura de uma ação, tal conduta estaria de acordo com o princípio do acesso à justiça? O Judiciário poderia exigir documentos ou tipos específicos de prova para a propositura de uma ação? Ou vincular a concessão de uma medida liminar apenas a presença de todos esses documentos? Para isso é necessário analisar os dispositivos constitucionais e legais.

A Constituição Federal não limita o direito de acesso à justiça, pelo contrário, o prevê de forma ampla e universal. A legislação processual vigente, o Código de Processo Civil de 2015, enumera os requisitos que devem constar de toda petição inicial e no inciso IV, do art. 319, prevê que devem estar presentes as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados. Todavia, além das provas documentais, há diversas outras formas em que a prova de um fato pode ser produzida. O art. 369, inclusive, prevê que as partes podem se utilizar dos meios legais e de outros meios legítimos, ainda que não expressamente previstos em lei, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

É importante, ainda, destacar que, nas causas de fornecimento de medicamentos, na grande maioria das vezes, a urgência estará presente. Muitos dos pedidos de medicamentos que chegam ao Poder Judiciário significam questão de vida ou morte ou de extremo sofrimento e vida digna. E a previsão do Código de Processo Civil para pedidos de tutelas de urgência está nos artigos 300 e seguintes. Como requisitos para a concessão de tutela de urgência tem-se a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

O requisito da probabilidade equivale à cognição sumária, que, baseando-se na pesquisa de Kazuo Watanabe significa a profundidade necessária da cognição do juiz para a concessão da medida urgente. Para que haja probabilidade não basta uma mera

aparência do direito alegado, é preciso que aquele direito seja crível; ele precisa estar apoiado em algum tipo de prova. Por outro lado, é uma prova menor do que a exigida para o convencimento do juiz no momento da sentença (cognição exauriente). (WATANABE, 2005).

Sendo assim, a legislação processual prevê a necessidade de algum tipo de prova para embasar o pedido de concessão de tutela de urgência. Uma recomendação editada pelo Poder Judiciário para indicar quais provas podem ser utilizadas pode até ser interessante, para guiar a parte, que é leiga, em quais documentos poderiam ser úteis para a prova do seu direito. O que pode ofender o princípio do acesso à justiça é não permitir que a parte ingresse com a ação caso falte algum desses documentos ou caso não estejam no formato exato do modelo disponibilizado.

Dessa forma, comprovado que a parte necessita da medicação e que essa é urgente, aparentemente estão cumpridos os requisitos exigidos para a concessão de tutela urgente. E tal comprovação pode se dar por qualquer meio de prova.

Ingo Wolfgang Sarlet, ao comentar a prova exigida para ações relativas ao direito de saúde, coloca que o ônus da prova no que diz com a real indisponibilidade de recursos para atender a demanda é do Estado e não do particular. De outra banda, a prova da necessidade da medicação e da carência financeira é da parte autora. (SARLET, 2009, p. 8).

A exigência de negativa formal do Poder Público, prevista no inciso IV da Recomendação, pode ser um complicador para a parte. Muitas vezes, a recusa de fornecimento da medicação nas farmácias públicas ocorre de forma verbal e não por escrito. Sendo assim, a comprovação formal da recusa não é tão fácil e rápida de obter. A parte teria que, após a recusa verbal, redigir um pedido escrito, levar ao protocolo geral ou ao protocolo da secretaria de saúde e aguardar a resposta do órgão. O mais comum é que nesses casos, a recusa expressa sequer venha, sendo assim, teria a parte que aguardar o prazo regulamentar para entender o silêncio da Administração Pública como negativa (15 dias para órgãos federais lei nº 9.051/95; 10 dias no Estado de São Paulo conforme previsão do art. 114 da Constituição Estadual; no âmbito municipal dependerá da previsão de cada município ou aplicar as previsões das outras esferas).

Ou seja, em uma situação urgente, a exigência desse documento formal e escrito sujeitará o paciente a ficar mais 10 ou 15 dias sem a sua medicação, consistindo em verdadeiro atraso no acesso à justiça.

Em muitos casos, esse medicamento já era fornecido pelo Poder Público, mas está em falta na farmácia da secretaria da saúde, seja por falta de planejamento do gestor, seja por dificuldades criadas em razão do enfrentamento à pandemia do COVID-19. Se a parte tem documentação referente aos outros meses do fornecimento, essa prova seria suficiente para embasar a probabilidade exigida para a concessão da tutela de urgência, dispensando-se, em tese, essa previsão da Recomendação.

E mais, ainda que a decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 631.240, tenha entendido que a exigência prévia de acionar os órgãos administrativos não ofenderia o livre acesso à justiça em causas previdenciárias, não se pode, aqui, numa situação de extrema urgência como é a concessão de medicamentos, tomar-se a mesma conclusão. (STF, 2014).

Ao observar o requisito previsto no inciso II, do art. 1º da Recomendação, caso exista o receituário médico, mas sem todos os detalhes e especificações ali exigidos, isso poderia ser motivo para a denegação da medida liminar? Aqui a probabilidade já estaria demonstrada pelo receituário, a falta de um detalhe ou informação por parte do profissional médico não pode prejudicar o acesso à justiça. A exigência de que tal documento seja de autoria do mesmo profissional previsto no inciso I também dificultaria o acesso à justiça, em tese.

Causa preocupação a exigência de emissão de no máximo 30 dias antes da propositura da ação. É certo que um documento de 5, 10 ou 20 anos pode não refletir a necessidade atual daquele paciente. Mas, em regra, os medicamentos que são exigidos nesse tipo de ação são de uso contínuo ou de tratamentos prolongados, sendo assim, pode ser que o paciente tenha o receituário e laudo com pouco mais de 30 dias e isso não deveria impossibilitar seu acesso ao Judiciário. Exigir um prazo tão exíguo, sujeitará a pessoa, que tem urgência na sua medicação, a marcar uma consulta com o médico, ou aguardar o agendamento pelo SUS que pode demorar meses. Se o médico deixou especificado no laudo ou receituário que o tratamento é contínuo ou prolongado, não cabe ao Judiciário dar prazo de validade inferior àquele documento médico. Sendo assim, deve-se analisar caso a caso.

Analisada a questão processual, resta saber, se, na prática, tal Recomendação do juízo estaria prejudicando de alguma forma o acesso à justiça. Dessa forma, pesquisou-se todas as sentenças acerca de fornecimento de medicamentos no Juizado Especial Cível da Comarca de Leme, foram localizados 318 resultados. Para restringir a análise, filtrou-se o resultado no período de 02/04/2020 a 01/04/2021 e foram encontrados 38 processos. (TJSP, 2021).

Como não há banco de dados de decisões interlocutórias disponível no site do Tribunal de Justiça de São Paulo, foi necessário analisar o processo eletrônico em sua totalidade, verificando os documentos apresentados, a concessão ou não da liminar e a procedência ou não da ação.

Na análise de cada um dos casos, pode-se observar que, em 30 deles, as partes autoras estavam representadas por advogado e, em 8 deles, as partes estavam sem a assistência por advogado, mas com o auxílio do Núcleo de Prática Jurídica do Curso de Direito do Centro Universitário Anhanguera – Leme, em razão do convênio que o cartório judicial possui com a faculdade.

Com relação à concessão ou não da medida de urgência, foi possível verificar a

resposta positiva em 37 dos 38 casos. Na mesma linha, em apenas um dos casos a sentença foi de improcedência. A negativa de medida urgente e a improcedência nesse caso teve como fundamento as condições financeiras da parte em arcar com os medicamentos, nos termos da jurisprudência do TJSP, tema 106. Os documentos financeiros estão em sigilo, mas segundo a sentença, eles demonstram gastos com o hospital Albert Einstein no valor de mais de R\$ 28 mil apenas em 2019 e a propriedade de um veículo de R\$ 73.000,00. Além disso, o autor é ex-prefeito da cidade e tem família com condições financeiras.

Sendo assim, numa análise superficial, a existência da Recomendação não tem prejudicado, na prática, o acesso à justiça das pessoas que precisam da concessão de medicamentos. Em alguns casos, mesmo sem toda a lista de documentos estar no modelo sugerido, a tutela urgente não foi negada, tampouco a ação foi julgada improcedente.

Voltando os olhos para as decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo, pesquisou-se Agravos de Instrumento com o seguinte critério: “fornecimento de medicamento” liminar documentos e encontrou-se 4.736 decisões, o que já demonstra a importância e relevância do tema. Restringindo-se a busca apenas ao ano de 2021 (data de 01/01/2021 a 01/04/2021), foram encontradas 240 decisões, ainda restringindo-se mais a pesquisa para apenas as decisões relativas ao mês de março de 2021, foram localizadas 100 decisões. Pela limitação que a presente pesquisa permite, a análise dar-se-á com relação apenas aos 5 agravos com decisões mais recentes.

No primeiro caso analisado, houve reforma da decisão para concessão da tutela provisória de urgência com o fornecimento de medicação e insumos. O Juízo *a quo* que indeferiu liminar pautado em laudo produzido pelo NAT-Jus, com conclusão contrária à do médico que acompanha o paciente. (Agravado de Instrumento nº2054129-86.2021.8.26.0000, 2021).

No segundo caso, a liminar em primeiro grau de jurisdição foi negada sob o argumento de que a parte autora não havia comprovado a negativa da medicação pelo órgão público. Em sede de agravo, houve a reforma da decisão, considerando a presença de verossimilhança das alegações e fundado receio de dano irreparável e aplicada multa diária. (Agravado de Instrumento nº 2248373-49.2020.8.26.0000, 2021).

O terceiro caso tratou de concessão de canabidol à criança no espectro autista. A decisão de primeiro grau concedeu a liminar, mas a Fazenda Pública recorreu. O Tribunal de Justiça manteve a decisão anterior sob o argumento de que o fármaco, embora não possua registro na ANVISA, teve sua produção e comercialização recentemente disciplinadas por essa agência reguladora. Houve reconhecimento de perigo de dano em razão do quadro comportamental e houve ampliação para o prazo de 90 dias para o fornecimento em razão da necessidade de importação do remédio e a situação atual do COVID-19 (Agravado de Instrumento nº 3006232-79.2020.8.26.0000, 2021).

O quarto caso tratou de revogação de liminar anteriormente concedida por suspeita de burla. Analisando o recurso, o Tribunal reformou a decisão, retomando a liminar,

aplicando-se os requisitos do tema 106 do STJ. (Agravo de Instrumento nº 2275485-90.2020.8.26.0000, 2021).

Já o quinto acórdão indefere a revogação da liminar em razão de estarem presentes os requisitos previstos no tema 106 do STJ. (Agravo de Instrumento n. 3000236-66.2021.8.26.0000, 2021).

É possível verificar que, de forma geral, o Tribunal de Justiça também tem prestigiado o direito à saúde nas ações de fornecimento de medicamentos, em que pese a existência de recomendações mais rígidas por outros órgãos.

Esse resultado, todavia, não elimina a possibilidade de existência de outros entraves ao acesso da parte ao Poder Judiciário. No último ano, é necessário pensar, inclusive, numa barreira digital, uma vez que, desde meados de março de 2020, o atendimento do Juizado Especial Cível na Comarca de Leme está ocorrendo de forma totalmente digital, por meio de atendimento inicial por e-mail e agendamento de videoconferência para o atendimento pessoal e a elaboração da petição inicial.

Outras dificuldades ainda podem ser apontadas, como o desconhecimento, da pessoa que necessita da medicação não fornecida, da possibilidade de exigir a medicação através do Poder Judiciário.

## 5 | CONCLUSÃO

Nas ações relativas ao fornecimento de medicamentos deve-se ter especial atenção ao princípio constitucional do acesso à justiça, pois trata-se de exercício de direito fundamental, de natureza social e universal. Além disso, o autor dessas demandas é vulnerável e pode ser hipossuficiente.

Em que pese a possibilidade da natureza transindividual do direito à saúde, admite-se a propositura da ação de forma individual.

Para a propositura da ação, deve-se ater aos requisitos constitucionais e legais, seja para a inicial, seja para embasar o pedido de tutela de urgência. No tocante à prova, podem ser utilizados quaisquer meios admitidos em lei e não apenas prova documental.

Sendo assim, a Recomendação n.1/14 extrapola a exigência constitucional e legal, devendo ser relativizada a ausência de algum documento ou o formato diferente do nela previsto. Nessa linha, ela pode ser interessante como uma guia para a parte, mas jamais como algo absoluto, sob pena de violar o princípio do acesso à justiça.

Na aplicação prática da recomendação, observou-se que, em todas as sentenças proferidas no intervalo de 1 ano (02/04/2020 a 01/04/2021), ela não gerou indeferimento da inicial ou foi apontada como justificativa para a não concessão da tutela de urgente, ou seja, na prática, ela não tem causado ofensa ao acesso à justiça.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 836.913. j. 08 maio 2007. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8930316/recurso-especial-resp-836913-rs-2006-0067408-0-stj-relatorio-e-voto-14096217>. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1657156 / RJ. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201657156>. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 566471/RN. Relator ministro Marco Aurélio, j. 28 set. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo841.htm>. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 631.240, j. 03 set. 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7168938>. Acesso em: 30 out. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Jornada de Direito da Saúde (I, II, III). Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/DireitodeSaude/EnunciadosCNJ.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação nº 31 de 30/03/2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=877>. Acesso em: 01 abr. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010. Resolução n. 107 de 06/04/2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/173>. Acesso em 01 abr. 2021.

GARCEZ, João Gualberto; ESQUIVEL, Carla Liliane. Dimensões dos Direitos Humanos na resposta ao Covid-19. Direito À Saúde Como Direito Humano Fundamental: Breves Considerações A Respeito Do Seu Formato Legal À Sua Eficácia Social. **Ciências Sociais Aplicadas em Revista**, Universidade pública em Marechal Cândido Rondon Disponível em: [www.hrw.org/pt/news/2020/03/23/339654](http://www.hrw.org/pt/news/2020/03/23/339654). Acesso: 27 jan. 2021.

GABBAY, Daniela Monteiro; DA COSTA, Susana Henriques da; ASPERTI, Maria Cecília Araujo. Acesso à justiça no Brasil: reflexões sobre escolhas políticas e a necessidade de construção de uma nova agenda de pesquisa. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 6, n. 3, 1 set. 2019, p. 152.

GRINOVER, Ada Pellegrini; SICA, Ligia Paula Pires Pinto (coords.). Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde. São Paulo: **CEBEPEJ; FGV**, 2014. Disponível em: [http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18674/CPJA\\_Grinover%3b%20Watanabe%3b%20Sica%3b%20Alves.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18674/CPJA_Grinover%3b%20Watanabe%3b%20Sica%3b%20Alves.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 02 abr. 2021.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria n. 3.916 de 30 de outubro de 1998. Disponível em: [http://bvsm.s.saude.gov.br/bvsm/saudelegis/gm/1998/prt3916\\_30\\_10\\_1998.html](http://bvsm.s.saude.gov.br/bvsm/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html). Acesso em: 01 abr. 2021.

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: 20 jan. 2021.

ONU. Declaração universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 20 de jan. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Pesquisa de Sentenças. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjpg/>. Acesso em: 01 abr. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 2054129-86.2021.8.26.0000, relator Leonel Costa, j. 01 abr. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 2248373-49.2020.8.26.0000, 6 Câmara de Direito Público, relator Leme de Campos, j. 31 mar. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 2275485-90.2020.8.26.0000, j. 31 mar. 2021

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 3000236-66.2021.8.26.0000, 1 Câmara de Direito Público, relator: Aliende Ribeiro, j. 31 mar. 2021

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 3006232-79.2020.8.26.0000, 31 mar. 2021.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. Revista USP, (101), 55-66, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i101p55-66>. Acesso em: 02 abr. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e processo o direito à proteção e promoção da saúde entre tutela individual e transindividual. **Revista de Processo**, v. 199, p. 13-40, set. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais, sua dimensão organizatória e procedimental e o direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Processo**, v. 175, p. 9-33, set. 2009.

SILVA, José Afonso. Acesso à justiça e cidadania. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 216, p. 09-23, abr.-jun. 1999.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 631.240. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7168938>. Acesso em: 30 out. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Núcleo de apoio técnico Pode Judiciário - NAT-Jus, 2018. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/NatJus>. Acesso em 01 abr. 2021.

WATANABE, Kazuo. **Da Cognição do Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005.

# CAPÍTULO 4

## DIREITO A VACINAÇÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

*Data de aceite: 01/11/2021*

### **Miguel Kfoury Neto**

Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Civis junto à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina.

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Licenciado em Letras-Português pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor-Doutor integrante do Corpo Docente Permanente do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba.

Autor de diversos artigos e obras jurídicas na área de responsabilidade civil médico-hospitalar. Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná (TJ-PR). Líder do grupo de pesquisas «Direito da Saúde e Empresas Médicas (UNICURITIBA). Membro da Comissão de Direito Médico do Conselho Federal de Medicina. Membro da Equipe Editorial da Revista de Bioética (do Conselho Federal de Medicina). Foi presidente do TJPR no biênio e presidente da Associação dos Magistrados do Paraná (AMAPAR).  
<http://lattes.cnpq.br/8358469982281584>  
<https://orcid.org/0000-0003-2465-8758>

### **Letícia Gabriela Camargo Franco de Lima**

Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba. Advogada, inscrita na OAB/PR sob nº 91.750  
<https://orcid.org/0000-0003-4286-5929>  
<http://lattes.cnpq.br/0950623397182904>

### **Francelise Camargo de Lima**

Doutoranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba; Mestre em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário de Curitiba (UNICURITIBA); Bacharel em Ciências Contábeis pela UTFPR; Especialista em Pedagogia das Organizações: Gestão com Qualidade pelo IBPEX; Bacharel em Direito pela UNIOESTE; Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela Universidade Anhanguera; Formada no Curso da Magistratura do Estado do Paraná pelo EMAPAdvogada, inscrita na OAB/PR sob nº 46.923

<https://orcid.org/0000-0003-4701-5558>  
<http://lattes.cnpq.br/3162895394404639>

### **Pedro Franco de Lima**

Doutorando em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba. Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA; Possui especialização em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Mater Dei/PR; Graduado em Direito pela Faculdade Mater Dei de Pato Branco/PR; Advogado, inscrito na OAB/PR sob nº 73.680

<https://orcid.org/0000-0001-8064-6183>  
<http://lattes.cnpq.br/7512941469235673>

**RESUMO:** A pesquisa tem o objetivo de verificar em que medida poderá ocorrer à responsabilidade civil do Estado por ação ou omissão como também pelas ações tardias na aquisição das vacinas e na imunização da população. Apresentam-se quatro capítulos, sendo a base introdutória; no segundo capítulo aborda-se sobre a saúde como dever do



Estado com ênfase na necessidade de se estabelecer um plano efetivo de imunizações a nível nacional; no terceiro capítulo destaca-se a competência dos entes federados no tocante a saúde, demonstrando os posicionamentos legais, doutrinários e jurisprudenciais; o quarto capítulo traz a responsabilidade civil do Estado, destacando em fase conclusiva que se houver comprovação de ação ou omissão por qualquer ente Federado, em especial no tocante à vacinação, poderá haver a responsabilização, respeitadas as devidas competências. Será utilizado o método teórico-bibliográfico, sendo a abordagem realizada através do método dedutivo e dialético, partindo-se da realidade atual, demonstrando o avanço da pandemia e o direito da população as vacinas através do plano nacional de imunizações.

**PALAVRAS CHAVE:** Responsabilidade, Competências, Imunização.

## RIGHT TO VACCINATION IN TIMES OF PANDEMICS: CIVIL LIABILITY OF THE STATE

**ABSTRACT:** The research has the objective of verifying to what extent the State's civil liability for action or omission may occur, as well as for the late actions in the acquisition of vaccines and in the immunization of the population. Four chapters are presented, being the introductory basis; the second chapter deals with health as a duty of the State with an emphasis on the need to establish an effective immunization plan at the national level; in the third chapter, the competence of the federated entities in terms of health is highlighted, demonstrating the legal, doctrinal and jurisprudential positions; the fourth chapter brings the civil liability of the State, highlighting in a conclusive phase that if there is evidence of action or omission by any Federated entity, especially with regard to vaccination, there may be liability, with due regard for the appropriate competencies. The theoretical-bibliographic method will be used, and the approach will be carried out using the deductive and dialectical method, starting from the current reality, demonstrating the advance of the pandemic and the population's right to vaccines through the national immunization plan.

**KEYWORDS:** Responsibility, Skills, Immunization.

## 1 | INTRODUÇÃO

A presente pesquisa busca fazer um estudo acerca da responsabilização civil do Estado nos casos de falta de disponibilização de vacinas, pelo que se faz necessária uma análise do direito à saúde, em especial, visto que se trata de um direito violado quando não respeitado o direito à vacinação e por consequência à saúde.

Certo é que o mundo está enfrentando uma crise sem precedentes na história da saúde pública, sendo que a pandemia do covid-19 somente no Brasil já provocou centenas de milhares de mortes. Diante desta realidade há a necessidade de ações coordenadas e devidamente articuladas do Estado em todos os níveis governamentais, sobretudo, objetivando salvaguardar vidas, conforme preceitua o texto constitucional, ou seja, os Poderes da República devem assegurar os direitos fundamentais.

Face ao exposto e diante do cenário atual, onde o Poder Executivo Federal, na contramão da comunidade científica, tem minimizado os efeitos da pandemia,

assumindo uma postura totalmente omissa e negacionista, quando deveria, no âmbito de sua competência promover o PNI – Plano Nacional de Imunizações já no início da calamidade pública, com intuito de precaver e prevenir os efeitos maléficos da covid-19, portanto, este estudo objetiva verificar em que medida poderá ocorrer à responsabilidade civil do Estado por ação ou omissão como também pelas medidas tardias na aquisição das vacinas e na imunização da população.

Desta forma dividiu-se a pesquisa em quatro tópicos, sendo que no primeiro apresenta-se o problema da pandemia do covid-19, a realidade atual com relação às medidas de combate e a demora no desenvolvimento e implementação do plano nacional de imunizações.

No segundo tópico trata-se especificamente da saúde como dever do Estado, nos exatos termos do texto constitucional, o qual trouxe em seu bojo extensa atenção sobre o tema. Cumpre ainda enfatizar que a saúde não foi destacada com o único intuito de assegurar os direitos fundamentais (art. 6º, CF), mas também de receber tratamento especial, conforme destaca a Carta Magna (art. 196 e 200 da CF).

Assim, dentre os diversos elementos que estão inseridos na Constituição Federal, cabe destacar a necessidade de desenvolvimento de políticas públicas com intuito da promoção da saúde do cidadão; o reconhecimento do dever do Estado em todas as suas esferas, no âmbito de suas competências; a previsão de acesso universal e igualitário como norte para sua realização; ainda, a necessidade de contemplar, ou seja, distribuir as obrigações aos entes federados com relação à necessidade de legislar, fiscalizar e regulamentar matérias voltadas à prestação de serviços de saúde, sempre embasados em critérios técnicos científicos.

Esta organização e hierarquização, conforme acentua a Carta Magna de 1988, no momento em que estabeleceu a repartição constitucional de competências entre os Entes da Federação, atribuiu competência administrativa comum entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no tocante à saúde e a assistência pública, como também a organização do abastecimento alimentar, nos termos do art. 23, Incisos II e VIII.

Com respeito a vacinação, cabe ao Estado assegurar todas as medidas de forma urgente e imediata, traduzindo-se num dever de agir de forma positiva, promovendo a execução de políticas econômicas e sociais que objetivem, sobretudo o respeito à saúde e a vida do cidadão e, conseqüentemente, a redução de riscos de mortes, de maneira que esteja assegurada a proteção de todos os indivíduos.

Portanto, o enfrentamento da pandemia está diretamente relacionado a adoção de medidas efetivas por parte do Poder Público ao qual incumbe a promoção do direito à saúde, dentre as quais estão inseridas as políticas de precaução e prevenção, a imunização, a educação da população com relação aos cuidados a serem tomados, saneamento básico e, por consequência, interiorização do atendimento, devendo chegar aos mais distantes entes da federação.

Qualquer tentativa de afronta aos dispositivos supramencionados poderá atentar contra o princípio da legalidade (artigo 37, caput, da CF), princípio da precaução e ainda da proibição de proteção deficiente da vida dos cidadãos, notadamente, sem prejuízo de afrontar inclusive o princípio da razoabilidade, na medida em que não tome todos os deveres de cautela necessários para proporcionar um atendimento digno, disponibilizando em tempo hábil a vacinação, sob pena de responder pelos seus atos omissivos ou comissivos.

No terceiro tópico, faz-se alusão à competência em saúde dos entes federados, todavia, fazendo-se referências, inicialmente a dignidade da pessoa humana, a qual no Brasil teve uma evolução ao longo do tempo, sendo materializado o atual estágio através da Constituição Federal de 1988.

Em linhas gerais, já adentrando ao campo das competências dos entes federados, oportuno ainda, demonstrar o posicionamento da Corte Suprema (Pleno, RHD n.22/DF, Red. p/ Acórdão Min. Celso de Mello, DJ, 1-9-95), onde destaca que salvo situações excepcionais, a Administração Pública deve primar pela transparência, sob pena de infração aos artigos 37, caput, e 5º, incisos XXXIII e LXXII, uma vez que “o modelo político-jurídico, plasmado na nova ordem constitucional, rejeita o poder que oculta e o poder que se oculta.”.

Sob o prisma da responsabilidade comum de caráter institucional, cabe aos entes federativos assegurar ao cidadão o acesso igualitário e universal, disponibilizando atendimento integral, no nível da competência de cada um, sendo que neste atendimento está inserida a responsabilidade pela disponibilização das vacinas.

O texto constitucional destaca que existe uma competência comum, cumulativa ou paralela, que se traduz na possibilidade de legislar ou praticar determinados atos, nas mais variadas esferas, todavia, juntamente e em igualdade, materializando-se através do mesmo âmbito de atuação comum aos vários entes federados, mas sem que o exercício de um exclua a competência do outro, uma vez que podem ser exercido de forma cumulativa, conforme leitura do art. 23 da Constituição Federal.

O quarto tópico trata da responsabilidade civil do Estado, onde se destaca inicialmente as devidas competências, demonstrando-se através do artigo 24 da Constituição Federal as regras de competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal, o qual regulamenta quais as matérias devem ser regulamentadas de forma geral pela União e de maneira específica pelos demais entes nominados.

Diante da profunda análise legal, doutrinária e jurisprudencial, atendendo ao objetivo traçado para o desenvolvimento do presente estudo, já em análise conclusiva, resta o entendimento de que havendo comprovação de que efetivamente houve dano à saúde das pessoas, por ação ou omissão, culminando inclusive com morte, incide em responsabilidade civil o Estado, em qualquer dos níveis hierárquicos, no âmbito de suas competências, em especial em se tratando da vacinação, a qual deve estar disponível à população através do PNI – Plano Nacional de Imunizações, atendendo os princípios

constitucionais da prevenção e da precaução.

Nesta pesquisa será utilizado o método teórico-bibliográfico, utilizando-se de textos de livros, artigos e publicações jurídicas de uma maneira geral como também posicionamentos da Supre Corte e legislações diretamente relacionados a saúde pública e enfrentamento da pandemia do covid-19. Oportuno mencionar ainda que o tema será abordado através do método dedutivo e dialético, partindo-se da realidade atual, apresentando os normativos legais, conceitos éticos e posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema, demonstrando o avanço da pandemia e o direito da população ao plano nacional de imunização através de vacinas.

## **2 I A SAÚDE É DEVER DO ESTADO**

Conforme acentua (BOBBIO, 1992, p. 2 e 5), os direitos do homem se traduzem em direitos históricos, cujos quais tiveram seu nascimento e evolução histórica e gradual forjados através de lutas em prol de liberdades em face das pressões do poder.

Neste contexto, ou seja, objetivando assegurar as liberdades e, por conseguinte, os direitos do cidadão, o Brasil através da Constituição Federal de 1988, disciplinou o direito à saúde através de seus arts. 196 a 200, os quais são seguidos, por legislação infraconstitucional.

Através do prisma constitucional, oportuno destacar a realidade atual, onde a pandemia decorrente do vírus Covid-19, a qual é um problema mundial, assola toda a comunidade nacional, tornando-se um gigantesco desafio para as autoridades sanitárias brasileiras, sobretudo para os sistemas de saúde, reclamando precisas e efetivas intervenções do Estado, objetivando a proteção da população, o qual tem o dever constitucional de servir.

Como é cediço, oportuno destacar que, no âmbito nacional, a busca pela proteção da saúde pública se traduz num dos mais primitivos deveres assegurados na Constituição Federal da República de 1988, o que se vislumbra com extrema facilidade, haja vista as escolhas realizadas pelo legislador constituinte originário, seja em razão de instituir um Estado Democrático de Direito ou ainda em razão da determinação, entre outros, do exercício do bem-estar da sociedade, seja ainda por erigir a dignidade da pessoa humana não apenas à condição de fundamento republicano, conforme destaca a Carta Magna, em seu art. 1º, inciso III, mas também de fonte para todo o sistema constitucional.

Todavia grande parte da doutrina dos direitos fundamentais, conforme acentua (BOBBIO, 2004), sustenta o posicionamento de que os “direitos civis” seriam direitos de não intervenção, sendo que desta maneira o Estado não teria poderes para intervir na liberdade do cidadão, enquanto os “direitos sociais” seriam direitos de prestação, através do qual caberia ao Estado tão somente o provimento de bens e serviços para a população.

Oportuno destacar ainda que a dignidade da pessoa humana constitui a base para

o surgimento e aplicação de todos os direitos fundamentais, positivados ou implicitamente considerados, com especial destaque para o direito à vida e à saúde, para os quais há um arcabouço normativo extenso com a finalidade de garantir-lhes a eficácia necessária e a concretude de sua realização plena na sociedade brasileira, sobretudo aos Entes federados.

No tocante aos direitos fundamentais diretamente relacionados com o direito à saúde, destacam (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 7) dois pontos de extrema relevância para compreender a realidade atual: O primeiro é que o Estado pode impor obrigações de caráter originário, dentre as quais, as políticas públicas de implementação do Sistema Único de Saúde (SUS) e ainda o dever geral de respeito à saúde dos indivíduos, ou seja, não causar danos à saúde de ninguém; Ainda, podem impor obrigações derivadas, como respeito e obediência às normas que regulam a matéria sanitária, inclusive aos marcos regulatórios da vacinação obrigatória no Brasil. Há ainda um segundo ponto, cujo qual destaca-se a titularidade desses deveres, pois apesar do Estado ser titular da maioria deles, tal fato, segundo os autores mencionados, “não afasta uma eficácia no âmbito privado, sobretudo em termos de obrigações derivadas”.

Em se tratando da realidade atual, onde há a necessidade de ações conjuntas entre Estado e sociedade para o combate à Pandemia, oportuno destacar ainda que “a noção de deveres fundamentais conecta-se ao princípio da solidariedade, no sentido de que toda a sociedade é também responsável pela efetivação e proteção do direito à saúde de todos e de cada um” (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 7), ou seja, explicação que vai de encontro com o contexto atual, onde há a necessidade de que cada ator social, assim como o Estado tenham a noção de sua efetiva responsabilidade.

Neste diapasão, tendo por norte a Constituição Federal, conforme acentuam (DIMOULIS e MARTINS, 2011) a saúde revela-se como um dever explícito não autônomo, onde cabe ao Estado a instituição de um sistema único de saúde, onde as ações devem ser implementadas de forma conjunta por todos os Entes federados, através de rede regionalizada e hierarquizada.

Para (MORAES, 2011, p. 20), a finalidade básica é o respeito a dignidade do ser humano, em especial em se tratando de conjunto institucionalizado de direito e garantias do ser humano, através da ampla proteção contra o arbítrio do poder estatal e o ainda ao estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

Aduzida hierarquização, conforme acentua a Carta Magna de 1988, no momento em que estabeleceu a repartição constitucional de competências entre os Entes da Federação, atribuiu competência administrativa comum entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no tocante à saúde e a assistência pública, como também a organização do abastecimento alimentar, nos termos do art. 23, Incisos II e VIII.

A Constituição Federal de 1988, artigo 196, assegura o direito à saúde, tratando

como dever do Estado, pelo que em face da sua importância, o direito à saúde possui uma proteção constitucional no direito brasileiro como um direito fundamental, o qual faz parte dos direitos sociais, onde a efetiva aplicação é dever do Estado.

Para (CANOTILHO, MOREIRA *apud* SILVA, 2017), o direito à saúde é dividido em duas vertentes, sendo uma de natureza negativa, onde há o direito de exigir que o Estado se recuse a praticar qualquer ato que prejudique a saúde; e outra, com natureza positiva, que tem por escopo o direito às medidas e prestação do Estado objetivando a prevenção e o tratamento de doenças.

No tocante a vacinação, cabe ao Estado assegurar todas as medidas de forma urgente e imediata, traduzindo-se num dever de agir de forma positiva, promovendo a execução de políticas econômicas e sociais que objetivem, sobretudo o respeito à saúde e a vida do cidadão e, conseqüentemente, a redução de riscos de mortes, de maneira que esteja assegurada a proteção de todos os indivíduos.

O momento atual exige ações imediatas do Estado, pelo que, sopesando o texto contido no bojo da Constituição Federal, resta cristalino o entendimento de que o direito à saúde é compreendido como um direito positivo, cuja prestação cabe ao Estado, impondo-se aos entes públicos a realização de tarefas, as quais se traduzem na realização do próprio direito, conforme acentua (SILVA, 2017).

O direito a vacinação, portanto, se traduz num dever do Estado para com a saúde, uma vez que deve realizar implementos e acessos que efetivamente garantam ao cidadão o seu direito constitucional à saúde.

Sua concretude, ou seja, o acesso à saúde e, por consequência, em se tratando da pandemia de Covid-19 impõe-se a imediata vacinação, pelo que é responsabilidade exclusiva do Estado, pois tendo por base os princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade a aplicação da vacina, cuja qual decorre de lei, poderá em última análise dar azo a eventual responsabilidade civil para o Estado, haja vista sua responsabilidade por atos comissivos ou omissivos praticados.

Portanto, em face das necessidades urgentes de medidas eficazes de combate a pandemia covid-19, consoante doutrina devidamente exposta, a discricionariedade do administrador de qualquer nível de governança, seja Federal, Estadual ou Municipal, resta rechaçada pelo artigo 3º, § 1º, da Lei Federal nº 13.979/2020, de maneira que qual normativa deverá se pautar em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ainda ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e a preservação da saúde pública.

Assim, qualquer tentativa de afronta aos dispositivos supramencionados poderá atentar contra o princípio da legalidade (artigo 37, caput, da CF), princípio da precaução e ainda da proibição de proteção deficiente da vida dos cidadãos, notadamente, sem prejuízo de afrontar inclusive o princípio da razoabilidade, na medida em que não tome todos os deveres de cautela necessários para proporcionar um atendimento digno, disponibilizando

em tempo hábil a vacinação, sob pena de responder pelos seus atos omissivos ou comissivos.

### 3 | A COMPETÊNCIA EM SAÚDE

Conforme a Constituição Federal a saúde é um direito fundamental, onde está devidamente prevista a necessidade de assegurar o acesso universal e igualitário, disponibilizando-se aos indivíduos tratamento integral e igualitário.

Neste sentido, oportuno destacar o Preâmbulo da Constituição Federal:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”.

Assim, resta cristalino o entendimento que no bojo destes direitos, em especial no tocante ao bem-estar, o qual está destacado como um das principais finalidades do Estado está inserido a Saúde Pública.

O preâmbulo da Constituição possui valor jurídico autônomo, devendo ser observado como elemento de interpretação e integração dos diversos artigos que compõe a Carta Magna, consistindo uma certidão de origem e legitimidade do texto constitucional e ainda uma proclamação de princípios.

Em se tratando de Estado Democrático de Direito, não há como adentrar diretamente ao campo das competências, sem antes falar da dignidade da pessoa humana, a qual no Brasil teve uma evolução ao longo do tempo, sendo materializado o atual estágio através da Constituição Federal de 1988. Como garantias fundamentais, a Carta Magna assegura o direito a indenização por dano material, moral ou à imagem, protegendo constitucionalmente os direitos de personalidade patrimoniais e extrapatrimoniais, com vistas a assegurar a incolumidade do cidadão de direito, nos exatos termos do art. 1º, III, da CF.

Portanto, diante da realidade atual, onde o cidadão está à mercê de uma pandemia sem precedentes na história e por outro lado, totalmente vulnerável e hipossuficiente, haja vista que não detém os meios necessários para repelir o perigo iminente, cabe unicamente se socorrer do Estado. Entretanto, diante de uma eventual inércia dos órgãos federativos, resta ao titular do direito (a saúde e conseqüentemente a vacinação), duas alternativas, quais sejam: a autocomposição, traduzindo-se uma forma amigável para solução pacífica do conflito; ou ainda a heterocomposição, onde o mesmo deverá se socorrer da tutela jurisdicional.

Face ao exposto e tendo sempre por norte assegurar o direito à saúde do cidadão

surge para o Estado um dever de agir, onde todos, União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 23, II da Constituição Federal possuem a competência de forma comum, ou seja, devem cuidar da saúde e assistência pública, possuindo ainda o dever de proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

Portanto, sob o prisma da responsabilidade comum de caráter institucional, cabe aos entes federativos assegurar ao cidadão o acesso igualitário e universal, disponibilizando atendimento integral, no nível da competência de cada um, sendo que neste atendimento está inserida a responsabilidade pela disponibilização das vacinas.

Obviamente que em se tratando de competência, o parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal assegura que através de leis complementares poderão ser fixadas normas para a cooperação entre a União e os Estado, o Distrito Federal e os Municípios, haja vista a necessidade de haver um equilíbrio do desenvolvimento como também do bem-estar a nível nacional.

Falando em competência dos entes federados, administrativamente, o objetivo crucial é proporcionar ao cidadão uma saúde pública efetiva e plena, ou seja, englobando inclusive as questões ligadas aos serviços de vigilância sanitária, onde a distribuição destas competências deve estar enraizada no princípio da predominância do interesse.

A doutrina também pactua com este entendimento, conforme se observa através da lição de (MARTINS, 1993, p. 13), o qual destaca que, “A saúde é, todavia, no elenco das finalidades a que o Estado está destinado a dedicar-se, talvez, a mais relevante e que mereça atenção maior”, todavia, destaca (FERREIRA, 1989, P. 402), “na hierarquia de valores não se coloca a saúde pública em primeiro plano e o Brasil hoje está doente.

No tocante a Constituição Federal de 1988, de uma forma geral, notadamente sem haver previsão de qualquer tipo de superioridade para a União sobre os entes federados, foi feita a normativa legal no sentido de que o Poder Legislativo federal, no âmbito de sua competência possa legislar, quando entender conveniente, objetivando uma uniformidade para todo o país, o que por via direta de consequência, denota-se certa centralidade.

Desta forma, à luz da Carta Magna, em especial em seu artigo 22, estão elencadas as matérias cujas quais a União detém competência exclusiva para legislar, pelo que neste casos não há hipótese alguma de legislar a nível estadual ou municipal. Todavia, como toda regra tem exceção, há no parágrafo único do supra mencionado artigo a possibilidade da União através de lei complementar autorizar os Estados a legislar sobre matérias específicas relacionadas no artigo.

Ainda, o artigo 24 da Constituição Federal, apresenta um rol de matérias, cujas quais cabe concorrentemente a competência à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar, onde houve, inclusive a inserção de alguns parágrafos fixando regras com o intuito de prevenir eventual risco de conflitos.

É extremamente salutar entender aduzidas regras de competência, sobretudo em razão de que a Constituição Federal contém, no artigo 23, as matérias que são de



competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, pelo que cabe a cada ente federado, no âmbito de sua competência legislar sobre certa matéria, uma vez que todo ato do Poder Público deve emanar da legislação.

Oportuno esclarecer ainda que o disposto no § 1º do art. 24 destaca que no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limita-se a estabelecer normas gerais, pelo que demais legislações sobre pontos específicos não poderão contrariar as normas gerais definidas pela União. Já no § 2º a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados e o § 3º concede aos Estados competência legislativa plena, objetivando atender as suas peculiaridades. Contudo, conforme destaca o § 4º, ocorrendo a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende-se a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário, pelo que passa-se novamente a adotar o § 1º.

Em suma, existe uma competência comum, cumulativa ou paralela, que se traduz na possibilidade de legislar ou praticar determinados atos, nas mais variadas esferas, todavia, juntamente e em igualdade, materializando-se através do mesmo âmbito de atuação comum aos vários entes federados, mas sem que o exercício de um exclua a competência do outro, uma vez que podem ser exercido de forma cumulativa, conforme leitura do art. 23 da Constituição Federal.

#### **4 I RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO**

Em se tratando de competência, define o artigo 24 da Constituição Federal as regras de competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal, regulamentando quais as matérias devem ser regulamentadas de forma geral pela União e de maneira específica pelos demais entes nominados.

Nos termos do artigo 24, § 2º a Constituição Federal adotou a competência concorrente não-cumulativa ou vertical, ficando a competência da União adstrita tão somente a normas gerais, sendo que cabe aos Estados e ao Distrito Federal especificá-las através de suas respectivas leis.

Diante do rol taxativo de competência, não há como haver delegação, por parte da União, aos Estados-membros e Distrito Federal, das matérias elencadas no artigo 24 da Carta Magna.

Resta o entendimento de que cabe a União a competência para legislar sobre medidas protetivas da Saúde Pública, inclusive sobre vigilância sanitária de alimentos, tudo através de normas gerais, ficando as especificidades, ou seja, normas legislativas complementares para os Estados e para o Distrito Federal.

Ainda, em se tratando de todos os entes públicos, há que se mencionar a competência dos municípios, disciplinada pelo artigo 30 da Constituição Federal, o qual prevê, entre outras, sobre a possibilidade de legislar sobre assuntos de interesse local

como também, complementar a legislação federal e a estadual no que couber e ainda prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população.

Oportuno ressaltar que através da competência suplementar, o município pode, conforme o caso prático e em consonância com os dispositivos Federais e Estaduais, estabelecer normas quando a vacinação da população, o que se dá através da legislação municipal.

Neste diapasão, fazem-se oportuno os três sistemas de responsabilidade em direito público, ou seja – a) teoria do risco integral, ou por causa do serviço público; b) teoria da culpa administrativa; c) teoria do acidente administrativo ou da irregularidade do funcionamento do serviço público.

Importante observar ainda que a pandemia desencadeada pelo covid-19, em aproximadamente um ano, infectou e ceifou centenas de milhares de vítimas no Brasil e no mundo, revelando, entre outras coisas, as fragilidades e virtudes de nossa maneira de governar, sobretudo em se tratando do sistema público, responsável por assegurar os direitos constitucionais fundamentais à vida e à saúde contemplados nos arts. 5º, 6º e 196 da Carta Magna.

O direito à vida e a saúde, corresponde necessariamente, por força constitucional, em direito universalmente reconhecido à pessoa humana, cujo objetivo é viver e permanecer vivo, livre de quaisquer tipos de agravo, materiais ou morais, sob pena de haver um esvaziamento do conteúdo essencial, ou seja, o direito que as pessoas possuem a uma existência digna, conceito extraído do art. 170 da Constituição Federal.

A saúde, nos termos do art. 196, “é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, como também o acesso universal e igualitário, objetivando ações e serviços efetivos para a conseqüente promoção, proteção e recuperação.

Ao se referir ao aduzido dispositivo constitucional (SILVA, 2009, p. 768), aduz que se trata de uma verdadeira garantia, cuja qual deve ser respeitada e cumprida “pelas prestações de saúde, que [...] se concretizam mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doença e de outros agravos, políticas essas, que, por seu turno, se efetivam pela execução de ações e serviços de saúde, não apenas visando à cura de doenças.”

Nesta mesma senda (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 1.167) diz que o direito à saúde não se trata tão somente de medicina curativa, incluindo-se também a medicina preventiva, a qual carece política social e econômica adequada, que apresente esclarecimentos e educação à população, promovendo ainda a “higiene, saneamento básico, condições dignas de moradia e de trabalho, lazer alimentação saudável na quantidade necessária, campanhas de vacinação, dentre outras ações.”

É justamente em face desta realidade, da proporção e da magnitude da pandemia

da Covid-19, que se exige do Estado, uma atuação efetiva, onde a proatividade dos agentes públicos em todas as esferas administrativas seja a tônica do momento, pelo que impõe-se a implementação de programas universais de vacinação, que efetivamente produzam resultados, pelo que oportuno destacar, a simples disponibilização não se traduz em imunização de massa, em combate eficaz, ao contrário do que dispõe a Carta Magna e os dispositivos legais aplicados à espécie.

Sob este prisma, oportuno ressaltar o posicionamento de (SILVA, 2009, p. 768), o qual destaca que “o direito é garantido por aquelas políticas indicadas, que não de ser estabelecidas, sob pena de omissão inconstitucional.”

Entendendo-se a saúde como um bem coletivo e dever do Estado, oportuno destacar ainda o art. 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, cujo qual o Brasil é signatário, internalizando-o através do Decreto 591/1992, o qual menciona que “os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental”, de maneira a adotar as cautelas necessárias objetivando assegurar “a prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças.

Face ao exposto, é possível vislumbrar que não há qualquer dúvida de que o direito social à saúde coloca-se acima de qualquer autoridade, uma vez que se traduz, como observado, em um dever do Estado, compreendido, nas palavras de (DALLARI, 2001, p. 118), como uma “ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território.”

O Brasil por força constitucional possui um dever irrenunciável de zelar pela saúde das pessoas, cujas quais se encontram sob sua jurisdição, ou seja, brasileiros e estrangeiros residentes no País. Apresenta ainda, conforme preceitua o art. 198, I, II e III, da Constituição Federal, uma dimensão objetiva e institucional, trazida a lume, no plano administrativo, através do Sistema Único de Saúde – SUS, ao qual dentre outras, possui as atribuições de “controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos” e ainda, “executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, como também as ações de saúde do trabalhador, nos termos do artigo 200, I e II da Carta Magna.

Em se tratando de atribuições, competências e responsabilidades, oportuno trazer ainda o art. 21, XVIII, o qual deve ser lido de maneira conjunta com o art. 198 da Constituição Federal, uma vez que é de competência da União assumir a coordenação das atividades do setor, incumbindo-lhe “executar ações de vigilância epidemiológica e sanitária em circunstâncias especiais, como na ocorrência de agravos inusitados à saúde, cujos quais possam fugir do controle da direção estadual do Sistema Único de Saúde, ou que representem risco de disseminação nacional”, nos exatos termos do art. 16, III, a, e parágrafo único, da Lei nº 8.080/1990 – Lei Orgânica da Saúde, como se verifica na realidade atual, onde a pandemia da covid-19 assola à toda a sociedade.

Ainda, oportuno trazer à baila a Lei nº 6.259/1975 a qual destaca que cabe ao Ministério da Saúde a elaboração do Programa nacional de Imunizações – PNI, com a definição das vacinações, inclusive as de caráter obrigatório, conforme art. 3º, *caput*, destacando que aduzida pasta deverá coordenar e apoiar a aduzida atividade, de forma técnica, material e financeiramente, no âmbito nacional e regional, pelo que eventuais responsabilidades caberão às Secretarias de Saúde das unidades federadas (art. 4º, *caput*, e § 1º).

Nos termos do art. 4, § 2º desta mencionada lei, “o Ministério da Saúde poderá participar, em caráter supletivo, das ações previstas no programa e assumir sua execução, quando o interesse nacional ou situações de emergência o justificarem.”

Não obstante referida atribuição do Ministério da Saúde em coordenar o PNI e definir as vacinas integrantes do calendário nacional de imunizações, mencionada responsabilidade não exclui a competência dos entes federativos (Estados, Distrito Federal e Municípios), cujo objetivo é adaptá-lo a realidade local, nos exatos termos do art. 23, II, da Constituição Federal, ou seja, na competência comum de cuidar da saúde e proporcionar assistência pública, entre outras atribuições.

O cenário ideal nestes tempos de pandemia seria a inclusão de todas as vacinas seguras e eficazes no PNI, de forma a imunizar uniforme e tempestivamente toda a população, todavia, conforme já se posicionou o Supremo Tribunal Federal, nos diversos precedentes relativos à covid-19, como por exemplo, na (ACO 3451 MC-REF / DF), é oportuna a atuação conjunta das autoridades estaduais e locais, objetivando o enfrentamento dessa emergência de saúde pública, sobretudo para suprir lacunas ou omissões do governo central.

O entendimento de que os entes federados possuem competência concorrente para adotar as providências normativas e administrativas necessárias ao combate da pandemia já estão devidamente assentados na Suprema Corte, conforme Acórdão do Ministro Edson Fachin ao analisar a ADI 6.341-MC-Ref/DF.

Nesta mesma linha de raciocínio na ADPF 672-MC-Ref/DF o Ministro Alexandre de Moraes, decidiu que o exercício da competência específica da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, a qual deu ensejo à elaboração da Lei 13.979/2020, não restringiu em momento algum a competência dos entes federados, em especial para implementarem ações na seara da saúde.

Diante desta realidade corroborada pelos posicionamentos reiterados do Supremo Tribunal Federal, oportuno destacar que à medida que uma determinada pessoa sofra algum prejuízo em decorrência do funcionamento (irregular ou regular, isso é irrelevante), de um serviço público organizado em prol da sociedade, resta o entendimento que há a possibilidade do mesmo ser indenizado tendo por base o princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais.

Assentando-se na teoria da culpa administrativa, somente haveria direito à

indenização, desde que provada a culpa, ou seja, provada a imprudência, negligência ou culpa de qualquer espécie da União e/ou dos entes federados. Já a teoria do acidente administrativo ou da irregularidade do funcionamento do serviço público objetiva a conciliação das anteriores, pressupondo-se a igualdade dos ônus e encargos sociais, todavia não chega ao ponto de indenizar todos os prejuízos resultantes do funcionamento, pelo que através de aduzida teoria denota-se certo *fumus boni juris* do conceito de culpa, todavia, uma culpa impessoal, objetiva do serviço público.

Quanto a teoria do risco integral não há que se tecer grandes comentários, visto que eventual prejuízo sofrido pelo cidadão é consequência automática do funcionamento estatal, seja ele regular ou irregular.

No Brasil a doutrina adotou-se a teoria do risco administrativo, a qual se revelou a mais adequada para a compreensão da responsabilidade civil do Estado, lembrando ainda que na legislação brasileira, o risco integral pode ser utilizado para responsabilizar a Administração Pública, em especial nas práticas referentes ao dano ambiental, nos termos do art. 14 da Lei nº 6.938/81 e art. 225, § 3º da Constituição Federal.

Desta forma, diante do todo o quadro atual, onde a pandemia do covid-19 assola a toda a humanidade, em nível de Brasil podem ser tomadas inúmeras atitudes no tocante a responsabilizar os órgãos públicos, os quais, devido a sua ação ou omissão, acabem por contribuir para o avanço da doença e comprometimento à saúde pública.

Em que pesem posicionamentos doutrinários divergentes com relação à responsabilidade civil do Estado de forma objetiva, certo é que há espaço para a responsabilidade subjetiva em se tratando de atos omissivos, pelo que a prova deve ser feita com base na responsabilidade pela teoria da culpa ou falta de serviço, tendo por base o fato de que efetivamente não tenha funcionado, quando na verdade deveria ter funcionado plenamente, pelo mal funcionamento ou funcionamento tardio, como se verifica no caso das vacinas, as quais um ano após o início da transmissão do vírus o Estado insiste em soluções paliativas, sendo que o Plano Nacional de Imunizações se revela ínfimo e intempestivo.

Sob a ótica de (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 270), a regra é sempre a responsabilidade civil, tendo por base a teoria do risco administrativo, em se tratando de danos causado por agentes do Estado, pelo que sempre que acontecer uma relação de causa e efeito entre a atuação dos agentes públicos (comissiva ou omissiva de forma específica) e o dano decorrente.

Ocorrente o dano, incide aduzidas hipóteses, onde o Estado incorre em ilicitude, devido a não ter tomado alguma atitude para impedir aduzido dano ou ainda por eventual atitude ter sido insuficiente ao caso, haja vista um comportamento inferior ao necessário, ao padrão exigido para a solução do problema.

Face ao exposto, o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento através da decisão na ADI 6427 MC/DF, onde restringiu o alcance da MP 966/2020 editada pelo Governo

Federal, onde se aduzia que as autoridades somente poderiam ser responsabilizadas se ficasse comprovado o dolo ou erro grosseiro, onde aduzido “erro grosseiro” somente se configuraria a partir de cinco variáveis, o que em termos práticos tornou restritivo o enquadramento da autoridade pública por mencionada conduta.

Desta forma havendo comprovação de que efetivamente houve dano à saúde das pessoas, por ação ou omissão, incide em responsabilidade civil ao Estado, em qualquer dos níveis hierárquicos, no âmbito de suas competências, em especial em se tratando da vacinação, a qual deve estar disponível à população através do PNI – Plano Nacional de Imunizações, atendendo os princípios constitucionais da prevenção e da precaução.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Para assegurar as liberdades e, por conseguinte, os direitos do cidadão, o Brasil através da Constituição Federal de 1988, disciplinou o direito à saúde através de seus artigos 196 a 200, os quais são seguidos, por legislação infraconstitucional.

Diante destes dispositivos constitucionais, destacou-se durante o desenvolvimento do presente artigo a realidade atual, onde a pandemia decorrente do vírus Covid-19, a qual é um problema mundial, assola toda a comunidade nacional, tornando-se um gigantesco desafio para as autoridades sanitárias brasileiras, sobretudo para os sistemas de saúde, reclamando precisas e efetivas intervenções do Estado, objetivando a proteção da população, o qual tem o dever constitucional de servir.

Entretanto, oportuno esclarecer que não raras vezes surgem dúvidas sobre os limites de competência legislativas dos entes federados nos países que adotam o federalismo como forma de Estado.

Na verdade cabe à todos os entes federados a competência administrativa para cuidar da saúde pública como também assegurar os serviços de vigilância sanitária. Todavia, objetivando resguardar as devidas competências, as condutas dos entes federativos devem primar-se pelo princípio da predominância do interesse, pelo que em se tratando de interesse geral, a competência caberá à União; se o interesse for regional caberá ao Estado a competência e obviamente, em se tratando de interesse local, caberá aos Municípios a responsabilidade.

Assim, o acesso à saúde deve ser assegurado de maneira universal, igualitária e integral, não podendo em hipótese alguma haver qualquer tipo de limitação de acesso a qualquer cidadão, de qualquer medicamento ou tratamento, neste incluindo-se a vacinação, obviamente, desde que existam evidências científicas da eficácia do tratamento.

Oportuno destacar ainda que as normas infraconstitucionais que criaram o Sistema Único de Saúde como também a estruturação do sistema não poderão ser desprezados pela estreita análise do Poder Judiciária, na análise de eventuais responsabilidades, onde cabe ao julgador a fiel observância das regras de competência.

Delimitada a competência de cada ente federativo, cabe destacar a medicina preventiva, e neste particular o uso emergencial da vacina, buscando a imunização da população, a qual exige a execução de ações e serviços de saúde, não apenas visando à cura das doenças, mas trabalhando no aspecto preventivo da doença.

Neste contexto, onde a pandemia assume proporções nunca antes imagináveis, exige-se do Estado uma atitude proativa, em especial de seus agentes públicos em todas as esferas governamentais, buscando a efetivação do PNI – Programa Nacional de Imunizações, implementando-o de forma contundente e eficaz, sob pena de omissão.

Existe uma competência comum, cumulativa ou paralela, que se traduz na possibilidade de legislar ou praticar determinados atos, nas mais variadas esferas, todavia, juntamente e em igualdade, materializando-se através do mesmo âmbito de atuação comum aos vários entes federados, mas sem que o exercício de um exclua a competência do outro, uma vez que podem ser exercido de forma cumulativa, conforme leitura do art. 23 da Constituição Federal.

Nos termos do artigo 24, § 2º a Constituição Federal adotou a competência concorrente não-cumulativa ou vertical, ficando a competência da União adstrita tão somente a normas gerais, sendo que cabe aos Estados e ao Distrito Federal especificá-las através de suas respectivas leis.

Neste diapasão, fazem-se oportuno os três sistemas de responsabilidade em direito público, ou seja – a) teoria do risco integral, ou por causa do serviço público; b) teoria da culpa administrativa; c) teoria do acidente administrativo ou da irregularidade do funcionamento do serviço público.

Em se tratando de atribuições, competências e responsabilidades, oportuno trazer ainda o art. 21, XVIII, o qual deve ser lido de maneira conjunta com o art. 198 da Constituição Federal, uma vez que é de competência da União assumir a coordenação das atividades do setor, incumbindo-lhe “executar ações de vigilância epidemiológica e sanitária em circunstância especiais, como na ocorrência de agravos inusitados à saúde, cujos quais possam fugir do controle da direção estadual do Sistema Único de Saúde, ou que representem risco de disseminação nacional”, nos exatos termos do art. 16, III, a, e parágrafo único, da Lei nº 8.080/1990 – Lei Orgânica da Saúde, como se verifica na realidade atual, onde a pandemia da covid-19 assola à toda a sociedade.

O entendimento de que os entes federados possuem competência concorrente para adotar as providências normativas e administrativas necessárias ao combate da pandemia já estão devidamente assentados na Suprema.

Diante desta realidade corroborada pelos posicionamentos reiterados do Supremo Tribunal Federal, oportuno destacar que à medida que uma determinada pessoa sofra algum prejuízo em decorrência do funcionamento (irregular ou regular, isso é irrelevante), de um serviço público organizado em prol da sociedade, resta o entendimento que há a possibilidade do mesmo ser indenizado tendo por base o princípio da igualdade dos ônus

e encargos sociais.

Desta forma, respondendo ao objetivo do presente artigo, resta cristalino o entendimento de que em havendo comprovação de que efetivamente houve dano à saúde das pessoas, por ação ou omissão, incide em responsabilidade civil ao Estado, em qualquer dos níveis hierárquicos, no âmbito de suas competências, em especial em se tratando da vacinação, a qual deve estar disponível à população através do PNI – Plano Nacional de Imunizações, atendendo os princípios constitucionais da prevenção e da precaução.

## REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 3, t. 1;

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004;

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil. 1988**. Disponível: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso: 17/03/2021;

BRASIL. **Decreto nº 591/1992**. Disponível: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm). Acesso: 17/03/2021;

BRASIL. **Lei Federal nº 6.259/1975**. Disponível: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6259.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6259.htm). Acesso: 17/03/2021;

BRASIL. **Lei Federal nº 6.938/1981**. Disponível: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm). Acesso: 17/03/2021;

BRASIL. **Lei Federal nº 8.080/1990**. Disponível: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm). Acesso: 17/03/2021;

BRASIL. **Lei Federal nº 13.979/2020**. Disponível: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm). Acesso: 17/03/2021;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ACO 3451 MC-REF / DF**. Disponível: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=ACO%203451%20MC-REF%20%2F%20DF&sort=\\_score&sortBy=desc](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=ACO%203451%20MC-REF%20%2F%20DF&sort=_score&sortBy=desc). Acesso: 17/03/2021;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6.341-MC-Ref/DF**. Disponível: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=ADI%206.341-MC-Ref%2FDF&sort=\\_score&sortBy=desc](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=ADI%206.341-MC-Ref%2FDF&sort=_score&sortBy=desc). Acesso: 17/03/2021;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6351 MC-REF/DF**. Disponível: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6351.pdf>. Acesso: 18/03/2021;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6427 MC/DF**. Disponível: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=ADI%206427%20MC%2FDF&sort=\\_score&sortBy=desc](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=ADI%206427%20MC%2FDF&sort=_score&sortBy=desc). Acesso: 17/03/2021;



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF672-MC-Ref/DF**. Disponível: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=ADPF%20672-MC-Ref%20DF%20&sort=\\_score&sortBy=desc](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=ADPF%20672-MC-Ref%20DF%20&sort=_score&sortBy=desc). Acesso: 17/03/2021;

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital apud SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 2017;

CAVARIERI FILHO. Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9ª edição, São Paulo, Atlas, 2010;

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2001;

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2011;

FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Comentários à Constituição de 1988**. Campinas: Lumen Iuris, 1989. v. 1;

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral, Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil**, doutrina e jurisprudência. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2011;

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 67, p. 125-172, jul./set. 2008;

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009;

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40.ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

## VIGILÂNCIA GOVERNAMENTAL DE DADOS PESSOAIS NO CONTEXTO DA COVID-19 FUNDAMENTADA NA SUSTENTABILIDADE SOB AS PERSPECTIVAS JURÍDICO-POLÍTICA E SOCIAL

*Data de aceite: 01/11/2021*

### Vitor Luís Botton

Mestrando do PPGDireito da Faculdade Meridional – IMED  
Advogado inscrito na OAB/RS nº 116.112

### Giovanna Vieira da Costa

Mestranda do PPGDireito da Faculdade Meridional – IMED  
Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo - UPF (2020)

### Jocelino Tramontin da Silva

Mestrando do PPGDireito da Faculdade Meridional – IMED  
Bacharel em Direito pela Universidade de Caxias do Sul - RS (2003)  
Advogado inscrito na OAB/RS nº 95.251

**RESUMO:** O artigo aborda a sustentabilidade jurídico-política e social como fundamento para a vigilância governamental no contexto da Covid-19, trazendo um paralelo sobre dados pessoais e direito fundamental de privacidade. A problemática está pautada na pergunta: A vigilância governamental sobre dados pessoais no contexto da Covid-19 é medida legal sob a perspectiva da sustentabilidade social e jurídico-política? O objetivo é compreender a possibilidade, ou não, da vigilância governamental em época de pandemia. Através da pesquisa bibliográfica chegou-se à conclusão de que a vigilância governamental utilizando dados pessoais é válida, devendo observar limites

legais para tratamento dos dados enquanto durar a pandemia.

**PALAVRAS-CHAVE:** Dados Pessoais; Covid-19; Sustentabilidade Jurídico-Política; Sustentabilidade Social; Vigilância Governamental.

### GOVERNMENTAL SURVEILLANCE OF PERSONAL DATA IN THE CONTEXT OF COVID-19 BASED ON SUSTAINABILITY FROM A LEGAL-POLITICAL AND SOCIAL PERSPECTIVE

**ABSTRACT:** The article addresses legal-political and social sustainability as a foundation for government surveillance in context of Covid-19, bringing a parallel on personal data and fundamental law to privacy. The problem is guided by question: Is governmental surveillance over personal data in context of Covid-19 a legal measure from perspective of social and legal-political sustainability? The objective is understand the possibility, or not, of government surveillance in times of pandemic. Through bibliographic research, it was concluded that government surveillance using personal data is valid, and that legal limits for processing the data must be observed for the duration of the pandemic.

**KEYWORDS:** Personal Data; Covid-19; Legal-Political Sustainability; Social Sustainability; Governmental Surveillance.

## 1 | INTRODUÇÃO

Através do presente estudo buscar-

se-á demonstrar, em um primeiro momento, um panorama da sustentabilidade sobre as perspectivas jurídico-política e social, relacionando-as com direitos sociais e fundamentais.

Posteriormente, será abordada a questão da importância que os dados pessoais possuem nas sociedades contemporâneas, bem como, do direito à privacidade. Serão elencados diplomas legais que preveem o caráter de dados sensíveis àqueles relacionados à saúde dos indivíduos. Outrossim, verificar-se-á possibilidades de o Estado ter acesso a esses dados, mesmo sem o consentimento do indivíduo.

Não obstante, será traçado um panorama sobre como os dados pessoais sensíveis podem ser utilizados pelo governo no intuito de combater a disseminação da Covid-19, sem violar os direitos da personalidade, observando os limites legais.

O objetivo é compreender a possibilidade, ou não, da vigilância governamental em época de pandemia. Assim, fica o questionamento de se a administração pública, por meio da vigilância governamental sobre dados pessoais no contexto da Covid-19, atua em conformidade com a Constituição Federal e as leis, bem como, se as perspectivas da sustentabilidade social e jurídico-política servem como fundamento de tal medida?

A linha de abordagem escolhida para a pesquisa do presente trabalho encontra amparo no método hipotético-dedutivo seguindo aspectos qualitativos e quantitativos, de Mezzaroba e Monteiro (2009). Ademais, no que se refere à técnica procedimental, este trabalho segue a abordagem de pesquisa bibliográfica que, segundo Gil (2008), se desenvolve partindo de obras já existentes, como livros e artigos científicos.

Assim, através da pesquisa bibliográfica, pelo método dedutivo, concluiu-se que é possível a vigilância governamental sobre dados pessoais, com fundamento na sustentabilidade sob suas perspectivas jurídico-política e social, desde que observado o limite temporal do contexto pandêmico, não violando os dados pessoais.

Concluindo, procurar-se-á, no presente trabalho, a realização de um estudo da sustentabilidade sob as perspectivas jurídico-política e social, posteriormente se abordará a questão dos dados pessoais e privacidade e, por fim, será analisada a vigilância governamental de dados pessoais em época de Covid-19, utilizando a sustentabilidade sob as perspectivas jurídico-política e social, como fundamento de tal medida.

## **2 | SUSTENTABILIDADE SOB AS PERSPECTIVAS JURÍDICO-POLÍTICA E SOCIAL**

A sustentabilidade pode ser vista das mais diversas formas, dentre estas algumas fazem alusão as bases modernas de discussão, estas de acordo com documentos internacionais. Em razão disso, torna-se imprescindível a cautela ao tratar do tema, tendo em vista que desde os tempos mais remotos a ideia de sustentabilidade em si, é vista como uma tática face a escassez. (DIAS; AQUINO, 2019).

Tendo em vista que a sustentabilidade é considerada multidimensional, justamente

pelo fato de o bem-estar ser multidimensional, conclui-se que para considerá-la nesses moldes, torna-se indispensável, o cuidado ecológico, social e econômico. Estas dimensões encontram-se intimamente ligadas, compondo assim uma espécie de reforço de umas às outras, formando o quadro de cores limpas da sustentabilidade como princípio constitucional. (FREITAS, 2012).

As dimensões da sustentabilidade, inegavelmente não podem ser rompidas, afinal, não se tratam apenas de um agrupamento de atributos esparsos, mas sim, de dimensões que se encontram entrelaçadas e são essenciais a modelagem do desenvolvimento. (FREITAS, 2012).

Importante salientar que a sociedade brasileira sempre foi intimamente ligada não só a movimentos sociais, bem como a todo processo de construção dos chamados atores sociais modernos e democráticos, que foram fruto das pressões instauradas sobre o Estado e a política como um todo a fim de buscar a adaptação destes ao mais novo entendimento moderno da institucionalidade democrática. (JACOBI, 1999).

Além do mais, a esfera privada traz a possibilidade de construir novos valores, vinculando ideologia e política entre o que é realmente necessário e seus condicionantes estruturais. Além disso, com maior envolvimento por parte da população aliado aos profissionais e articulares ou assessores sociais, a possibilidade de cumular maior conhecimento a respeito de questões reivindicadas, vinculando assim suas demandas mais prioritárias a pautas institucionalizadas da sociedade, instituindo condições para as reais necessidades de um determinado povo, e o alcance do poder público, se torna cada vez maior. (JACOBI, 1999).

Não obstante, a sustentabilidade possui características únicas, que tem a capacidade de firmar novas utopias capazes de alterar uma realidade insuportável para uma que seja ao menos desejável. (AQUINO, 2019).

Com isso, é possível verificar que a sustentabilidade possui diversas dimensões, entretanto, o foco deste estudo, no primeiro momento, se dá a dimensão social, a qual, geralmente, não recebe a atenção necessária para discussão. (DIAS; AQUINO, 2019).

Assim, a sustentabilidade quando vista sob a ótica social, procura consolidar uma espécie de balanço, que seja capaz de afirmar formas de convivência pacífica e saudável na sociedade, da mesma forma, empreender costumes no sentido de mitigar e superar as desigualdades e adversidades existentes mundialmente. (AQUINO, 2019).

Os próprios seres humanos desfazem o tecido da socialidade, por meio de valores que criam a segregação, a eliminação, o ódio e o ressentimento. Tudo isso sob a perspectiva de Democracia e “Liberdade de Expressão” (AQUINO, 2019).

Tem-se, portanto, os seguintes domínios de uma Sustentabilidade social: a) o cotidiano das relações humanas; b) o desenvolvimento da socialidade; c) a formação de redes dos movimentos sociais; d) a amplitude das diferentes formas de globalização; e) a alteração e as novas exigências de participação demandas por outro conceito de Cidadania; f) os mecanismos e espaços de

constituição de uma sociedade global; g) a pluralidade da comunicação; h) a solidariedade manifesta pelas atitudes de voluntariado; i) os tipos de sociedade que traduzem as suas máscaras temporais e espaciais – sociedade do cansaço, do desprezo, da decepção, das aparências, da indiferença, de risco, entre outros. (AQUINO, 2019, p. 8).

O ser humano empreender atitudes que tornem mais simbiótica a sua relação com a biosfera, visto que saturou da degradação ao seu redor, seria a maior revolução do nosso tempo. Para efetivar a sustentabilidade no tempo, exige-se uma profunda mudança no comportamento humano e na sua relação com todos os outros seres que habitam a Terra. (AQUINO, 2019).

A sustentabilidade social, sem a socialidade, é uma ideologia criada a fim de descrever as formas de conexões entre as pessoas – sendo positivas ou não. A função crítica da sustentabilidade social se parece com o papel da Ética como vetor de promoção e desenvolvimento da humanização. (AQUINO, 2019).

Na lógica da sustentabilidade social, o “Direito de ser humano” não elimina a diferença, negatividade e a alteridade, inclusive, exige a presença desses para aperfeiçoar os espaços democráticos. (AQUINO, 2019)

A sustentabilidade social se orienta de forma mais sensível, sem desintegrar a tessitura relacional humana. Ao contrário da transparência, a sustentabilidade social se assemelha a uma vela na qual permite ver o caminho sem retirar os mistérios que estão ao redor. (AQUINO, 2019).

A sustentabilidade social não pode ser generalizada pela ideia central de sustentabilidade, visto que tem características próprias. Dessa forma, deve-se considerar, para trazer um conceito de Sustentabilidade Social, essa categoria como a adequação homeostática que se manifesta pela interação entre as diferentes microestruturas sociais que acabam modificando as macroestruturas no decorrer do tempo e dos espaços (DIAS; AQUINO, 2019).

Devidos aos imprevistos, a autoconstrução humana se torna indispensável na proporção em que se pode visualizar a importância do papel desempenhado pelo conhecimento humano, alcance e limites. Efetivar o Direito encontra-se também nos contextos relacionais que permitem sentir a vida e suas dificuldades, não somente num sentido doutrinário ou jurisprudencial. (AQUINO, 2019).

Não obstante, Bobbio já havia mencionado a necessidade da Sociedade da Transparência, fazendo relação com a sustentabilidade social, para evitar conflitos que podem existir entre Estado e Sociedade, e nos limites da transparência para se evitar a desorganização social. (AQUINO, 2019).

Pela Sociedade da Transparência se constata que todos se transformaram em mercadorias, todos estão expostos no grande mercado mundial virtual. Tal hiperexposição dilacera o imaginário constituído pelo convite daquilo que é oculto na dimensão relacional.

Somos indivíduos que exaltam suas qualidades pessoais nesse grande mercado. Não queremos conviver, queremos ser comprados pelo maior preço. (AQUINO, 2019).

Necessita-se de um imperativo ético, capaz de permitir uma atitude crítica na qual mitigue os efeitos luminosos e econômicos deste intenso não-estar-junto-com-o-Outro-Mundo contra a falsa socialidade criada pela Sociedade da Transparência. Na sua dimensão social, a Sustentabilidade compreende a necessidade de algum equilíbrio entre o que acontece nas macro e microestruturas sociais. (AQUINO, 2019).

Ignorar as construções da sustentabilidade pesa mais do que apenas a catástrofe econômica, visto que o custo a ser pago envolve instituições, a democracia e a própria existência humana. (DIAS; AQUINO, 2019).

O caminho delineado para a sustentabilidade social tem por objetivo abrir a sua concepção no Brasil, além de destacar sua importância e concretizar aspectos como a melhoria das condições de vida e a justiça social. (DIAS; AQUINO, 2019).

As ideias da sustentabilidade social, evidenciando-se no estudo de perspectivas diversas, e precisam ser inclusivas ao conhecimento de várias áreas diferentes, para que se possa, de forma efetiva, ter uma sociedade mais justa e equilibrada. (DIAS; AQUINO, 2019).

Os compromissos com a prevenção e com a precaução, para evitar futuros possíveis danos e para gerar o bem-estar sustentável são cumpridos, não apenas com a mitigação ou adaptação ambiental. (FREITAS, 2012).

Os direitos fundamentais sociais abrangem-se na dimensão social da sustentabilidade e requerem programas relacionados à universalização, com eficiência e eficácia, sob pena do modelo de governança, tanto pública quanto privada, ser insustentável. À exemplo, os idosos devem ser amparados de qualquer problema. Já o direito à moradia exige a regularização fundiária e justifica, mediante alguns pressupostos, o direito à concessão de uso de bem público. (FREITAS, 2012).

Ao afirmar a liberdade como condição de sua legitimidade, a norma jurídica promove, por meio do ser ético, a Dignidade Humana, essa é a força para fundar o Direito contra as mazelas humanas. (AQUINO, 2019).

Não obstante, a sustentabilidade social requer o incremento da equidade intra e intergeracional, condições que proporcionam o desenvolvimento das potencialidades humanas, com educação de qualidade e por fim, o engajamento na causa do desenvolvimento duradouro, permitindo que a sociedade se torne mais apta a sobreviver, com dignidade e respeito aos demais. (FREITAS, 2012).

O Direito não é exclusivamente sinônimo de “lei”, entretanto, a atividade legislativa deve identificar a relação entre a norma e o mundo da vida, para que haja segurança jurídica. Assim, como expressão da resolução de conflitos e de instrumentos capazes de assegurar o viver e conviver em algo digno, precisa se basear na habitualidade do ir e vir das diferenças entre as pessoas. (AQUINO, 2019).

O “Direito de ser humano” é a conquista da Justiça e da Dignidade Humana, ou seja, é o oposto da Sociedade da Transparência. Para compreender as duas categorias de forma satisfatória, há alguns elementos importantes, como a imbricação do Direito com o Homem e a Vida, a necessidade da autoconstrução humana, a revisão do Homem ético e justo, redescobrir o direito do cidadão, a utopia e o Direito, qual o papel das misérias humanas e da dignidade do Direito. Assim, conseguimos compreender qual a finalidade do Direito dentro dos objetivados pela Sustentabilidade social. (AQUINO, 2019).

Defender os preceitos constitucionais (principalmente aos mais vulneráveis) se torna um ato de bravura nos tempos de Estado Pós-Democrático. Entretanto, a exigibilidade do direito a ser humano e um convite para que não se possa sobrepor à vontade popular sobre os interesses individuais – eis o preço para se preservar a liberdade de todos. (AQUINO, 2019).

No que tange à dimensão jurídico-política, entende-se esta no sentido de que a sustentabilidade determina, independentemente de regulamentação legal, a tutela jurídica do direito ao futuro dos indivíduos. (FREITAS, 2012).

Desta forma, se apresenta como um dever constitucional de proteção à liberdade de cada pessoa, no processo de estipulação intersubjetiva do conteúdo intertemporal, dos direitos e garantias fundamentais das gerações futuras. (FREITAS, 2012).

A sustentabilidade, na perspectiva jurídico-política, incorpora ao direito, a condição normativa de um tipo de desenvolvimento, no qual os esforços possuem convergência obrigatória e vinculante. (FREITAS, 2012).

Desta forma, a dimensão jurídico-política da sustentabilidade tem por objetivo resguardar os direitos fundamentais da longevidade digna; o direito à alimentação adequada; meio ambiente; boa educação; democracia; informação imparcial; razoável duração do procedimento; segurança; renda oriunda do trabalho; boa administração pública e à moradia (GOMES; FERREIRA, 2017).

Como se nota, a sustentabilidade é (a) princípio constitucional, imediata e diretamente vinculante (CF, artigos 225, 3º, 170, VI, entre outros), que (b) determina, sem prejuízo das disposições internacionais, a eficácia dos direitos fundamentais de todas as dimensões (não somente os de terceira dimensão) e que (c) faz desproporcional e antijurídica, precisamente em função do seu caráter normativo, toda e qualquer omissão causadora de injustos danos intrageracional e intergeracional. (FREITAS, p. 71, 2012).

Não obstante, conforme será abordado posteriormente, na dimensão social da sustentabilidade, encontram-se os direitos fundamentais sociais (FREITAS, 2012). Sendo assim, é possível verificar o direito social à saúde, previsto no artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988):

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.

Desta forma, no capítulo a seguir será tratado a respeito dos dados pessoais e a privacidade, sendo que no último capítulo do presente artigo, será realizada a relação entre as sustentabilidades jurídico-política e social, dados pessoais e questão da vigilância governamental em contexto da pandemia.

### 3 I DADOS PESSOAIS E PRIVACIDADE

Na verdade, os dados podem ser compreendidos como o estado original da informação. Depois de processados e organizados, tornam-se um fato original compreensível do qual se pode extrair informações. (PORTELA; MOTTA; ABAGGE, 2020).

Cabe destacar que banco de dados não é apenas um repositório de informações, mas sim, ferramenta que permite a criação de uma inteligência capaz de manipular, analisar e descobrir informações para fundamentar uma decisão. Pode-se, portanto, identificar e especificar o perfil dos potenciais consumidores, seus hábitos e táticas, e demais informações necessárias para a tomada de decisões estratégicas. Isso é conhecido como mineração de dados ou *data mining* (BIONI, 2019).

Em se tratando de dados sensíveis, a possibilidade de danos pessoais é mais óbvia, tendo em vista que esses dados geralmente estão relacionados aos direitos da personalidade. Os dados relativos à saúde, sejam eles físicos ou psicológicos, são considerados dados sensíveis porque exibem informações pessoais, de cunho personalíssimo, dados que podem violar o direito da personalidade. (PORTELA; MOTTA; ABAGGE, 2020).

A violação das informações sobre as doenças infecciosas é um grande problema, pois muitas vezes essas doenças costumam ser alvo de muitos preconceitos, sendo assim, a exposição pode causar não apenas danos físicos, mas também psicológicos. (PORTELA; MOTTA; ABAGGE, 2020).

No contexto de Covid-19, a utilização de dados pessoais relacionados à saúde da população é medida essencial para um planejamento eficaz do combate à doença. Os dados são usados para entender seu modo de transmissão, localização e velocidade de transmissão, quais pessoas correm risco, mortalidade, necessidade de uso de respiradores, tempo de internação hospitalar, números e tipos de medicações usados, exames realizados, etc. (PORTELA; MOTTA; ABAGGE, 2020)

Por meio da inteligência artificial é possível que se realize uma análise pormenorizada da base desses dados, o que é essencial para identificação de problemas e buscar soluções mais eficazes. (PORTELA; MOTTA; ABAGGE, 2020)

Entretanto, é importante destacar que esses dados estão direta ou indiretamente relacionados a pessoas infectadas pelo vírus, assim, a coleta, armazenamento, compartilhamento e qualquer tipo de processamento devem ter um grau ainda maior de proteção por se tratarem de dados sensíveis. (PORTELA; MOTTA; ABAGGE, 2020)

Por outro lado, a crise instaurada pelo Covid-19 e a ânsia de tomar decisões



importantes e urgentes fazem com que tecnologias imaturas possam ser implementadas sem haver o necessário estudo a respeito de como elas podem afetar a vida social ou proteção dos direitos inerentes aos dados pessoais. (FARIAS, 2020)

O conceito tradicional de privacidade evoluiu e a ele deve ser adicionado as novas dimensões das informações pessoais. No entanto, a proteção dos dados pessoais é mais do que uma simples evolução do conceito de privacidade, sendo estabelecida como um direito autônomo, que requer clareza e normas padronizadas. Portanto, mesmo que a proteção de dados esteja relacionada à proteção da privacidade pessoal, ela não se limita à dicotomia do público e privado. (COSTA; OLIVEIRA, 2019)

Importante destacar que nos dias atuais, grande parte vida social está ligada à internet, onde as informações pessoais são cuidadosamente monitoradas, tanto pelo setor público, quanto pelo privado, o desejo de privacidade tornou-se uma tarefa muito difícil de ser garantida. (VAZ-FERREIRA; RODRIGUES, 2020)

Neste contexto, surge a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) (BRASIL, Lei 13.853, 2018), que tem como objetivo a proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade, bem como, o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. (BRASIL, 2018)

Não obstante, entre os fundamentos da lei, elencados no artigo 2º da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) (BRASIL, Lei 13.853, 2018), destacam-se a privacidade, a autodeterminação informativa e a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, os direitos humanos e desenvolvimento da personalidade.

Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

I - o respeito à privacidade;

II - a autodeterminação informativa;

III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;

IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;

V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;

VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e

VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais. (BRASIL, 2018)

De forma resumida e conceitual, podem ser considerados dados pessoais os dados relativos à uma pessoa física, identificada identificável por dados únicos, como por exemplo: nome, número documentos pessoais, etc. A respeito dos dados sensíveis, estes são dados mais confidenciais, sigilosos, íntimos, relacionados à pessoa, tais como os relacionados

à religião, crenças políticas ou filosóficas, orientação sexual, descrição física, hábitos alimentares, cultura, lazer, etc. (SILVA; VIGNOLI; JORENTE, 2019)

Nesta mesma linha, o artigo 5º da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) (BRASIL, Lei 13.853, 2018), faz uma importante diferenciação entre dados pessoais e dados pessoais sensíveis:

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural; [...] (BRASIL, 2018)

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), estabelece alguns princípios norteadores, previstos no artigo 6º, dentre eles a finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação, responsabilização e prestação de contas. (PORTELA; MOTTA; ABAGGE, 2020)

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades; II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento; III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados; IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais; V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento; VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial; VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão; VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais; IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos; X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas. (BRASIL, Lei 13.853, 2018)

Outra previsão de grande relevância para o presente estudo, é a possibilidade de tratamento dos dados pessoais e sensíveis, no caso da tutela da saúde, em procedimentos

realizados por profissionais de saúde, serviços de saúde ou por entidades sanitárias inclusive sem consentimento do titular dos dados. (SILVA; VIGNOLI; JORENTE, 2019)

Em consonância com este pensamento estão os artigos 7º, VII e artigo 11, II, f, da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) (BRASIL, Lei 13.853, 2018):

Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;

[...]

VIII - para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária;

Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:

[...]

II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para:

[...]

f) tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; ou

[...] (BRASIL, 2018)

As discussões sobre a coleta de dados pessoais envolvem diretamente os direitos fundamentais, tendo em vista que abordam sobre dados pessoais sensíveis, entretanto, é inegável que o tratamento desses dados pessoais, realizado em conformidade com a lei, pode fornecer informações estratégicas para o combate à pandemia por meio do aprimoramento das políticas públicas de saúde. (JORGE, et al. 2020)

Por outro lado, deve ser concedido ao indivíduo o poder de controle sobre os coletores de informações, independentemente de existir ou não uma violação dos seus direitos, observando, assim, o correto funcionamento das regras sobre a circulação de dados pessoais. (COSTA; OLIVEIRA, 2019)

No intuito de evitar excessos no manuseio desses dados pessoais, deve ser observado como limitador, a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental, um dos pilares do Estado Democrático de Direito. (JORGE, et al. 2020)

Importante que se realize um sopesamento entre a privacidade e o monitoramento, tendo em vista que o custo de um alto nível de monitoramento pessoal acaba com a privacidade e limita o poder pessoal das escolhas. (FARIAS, 2020)

No entanto, é importante analisar esses argumentos cuidadosamente. Deve-se considerar que os riscos da vigilância da sociedade podem ser associados ao uso indevido da informação por governantes para o controle dos cidadãos. (COSTA; OLIVEIRA, 2019)

Ora, um conjunto de dados só tem sentido quando analisado para produzir

conhecimento sobre a realidade. Em se tratando de vigilância, a história está cheia de ligações entre examinar o comportamento individual e gerar classificação e conhecimento para permitir que eles governem seu comportamento. (BRUNO, 2008)

Concluindo, com o intuito de introduzir o próximo capítulo, ponto principal do presente trabalho, teceu-se considerações sobre dados pessoais, dados sensíveis e privacidade, fazendo uma breve relação com a vigilância governamental, que será especificamente tratada a seguir.

#### **4 | A SUSTENTABILIDADE SOB AS PERSPECTIVAS JURÍDICO-POLÍTICA E SOCIAL COMO FUNDAMENTO DA VIGILÂNCIA GOVERNAMENTAL DE DADOS PESSOAIS EM ÉPOCA DE COVID-19**

No presente capítulo, será realizado um estudo sobre a vigilância governamental de dados pessoais em época de Covid-19, com fundamento na sustentabilidade jurídico-política e sustentabilidade social.

Sobre vigilância epidemiológica, se está referindo à coleta, análise sistemática contínua e interpretação de dados para identificar e analisar fatores relacionados a doenças, bem como, agrupamentos e disseminação de doenças em determinadas regiões. A vigilância epidemiológica tem por objetivo prever e preparar para surtos e necessárias intervenções para evitar ou reduzir a disseminação das doenças. (SILVA; VIGNOLI; JORENTE, 2019)

Em relação à Inteligência Epidemiológica (IE), esta tem por objetivo a proteção da saúde de populações ameaçadas por evento indesejados, como no caso de epidemias, utilizando-se de plataformas que possibilitem a coleta, validação e análise de dados para a construção de cenários e informações sobre a sociedade, possibilitando o desenvolvimento de ações e estratégias de saúde pública para o combate de doenças. (JORGE, et al. 2020)

O uso de vigilância baseada em dados por meio de plataformas digitais, tem sido usado como um meio de combater a Covid-19. A partir do uso da tecnologia de reconhecimento facial, termômetros em locais públicos, e aplicativos, é possível saber para onde vão as pessoas infectadas: No combate à pandemia, são inúmeras as ferramentas que auxiliam na vigilância digital. (FARIAS, 2020)

Se faz necessário ressaltar que referente à implementação de medidas que envolvam saúde, sempre existe um desafio ao Direito à Privacidade, tendo em vista que os indivíduos apresentam uma resistência para fornecerem informações que, de alguma forma, resultem em alguma espécie de controle de comportamento. (VAZ-FERREIRA; RODRIGUES, 2020)

Neste sentido, o cenário mundial de enfrentamento à Covid-19, é um momento propício para o uso dessas ferramentas. No Brasil, o primeiro caso da Covid-19 surgiu em fevereiro de 2020, se espalhando rapidamente por todo o país. (BRASIL, 2020)

No mês de maio de 2020, o Estado de São Paulo instituiu o Sistema de Monitoramento Inteligente (SIMI), através do Decreto N° 64.963, onde, por meio de um acordo com as

principais operadoras de telefonia móvel, obteve acesso aos dados georreferenciais com o objetivo de monitorar a porcentagem de indivíduos em isolamento social, bem como, identificar áreas com aglomerações. (JORGE, et al. 2020)

Ademais, o Sistema de Monitoramento Inteligente (SIMI) deve servir como base na formulação das ações do Estado de São Paulo no enfrentamento da pandemia, sem, entretanto, se utilizar de dados pessoais, estando o seu uso limitado apenas aos dados de forma anonimizada. (JORGE, et al. 2020)

No âmbito federal, foi publicada a Lei nº 13.979/20 (BRASIL, 2020), que “dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019”.

Ademais, o artigo 6º da Lei nº 13.979/20 (BRASIL, 2020), prevê a obrigatoriedade do compartilhamento de dados entre órgãos e entidades da administração pública, com a finalidade de evitar a propagação da Covid-19.

Art. 6º É obrigatório o compartilhamento entre órgãos e entidades da administração pública federal, estadual, distrital e municipal de dados essenciais à identificação de pessoas infectadas ou com suspeita de infecção pelo coronavírus, com a finalidade exclusiva de evitar a sua propagação. (BRASIL, 2020)

A título de exemplo, em Portugal o uso dos dados pessoais no enfrentamento à pandemia foi amplamente debatido, tendo em vista que se submete à *General Data Protection Regulation* (GDPR). Desta forma, assim como no Brasil, em Portugal decretou estado de emergência pela pandemia, editando leis para regulamentar as relações jurídicas no período pandêmico. (PORTELA; MOTTA; ABAGGE, 2020)

Em Israel foram aprovadas regulamentações que permitem o monitoramento da localização dos cidadãos, tendo por objetivo reforçar o isolamento social, bem como o monitoramento da localização dos indivíduos infectados. Para isso, utilizou-se da agência de segurança nacional neste acompanhamento, se destacando pelo índice de eficácia no combate à doença, entretanto, trouxe algumas preocupações quanto à proteção dos dados pessoais e sensíveis. (PORTELA; MOTTA; ABAGGE, 2020)

Por outro lado, existem pontos que apresentam críticas no que se refere à proteção de dados pessoais. Ora, ainda que haja a garantia de que as informações sejam anonimizadas antes de serem compartilhadas, há indícios de que esta garantia não é 100% eficaz, tendo em vista a possível reidentificação por atributos demográficos. (FARIAS, 2020)

O critério para a utilização destas tecnologias, antes do estado de pandemia atualmente enfrentado, era a comodidade de serviços inteligentes e otimização de tarefas. Na atualidade, o que é oferecido como moeda de troca dessas tecnologias de vigilância, é o exercício de direitos fundamentais. (FARIAS, 2020)

Sob o pretexto da pandemia, surgiu um dilema entre o direito à proteção dos dados pessoais e o direito à saúde. Por um lado, é necessário tomar todos os meios necessários

para combater a pandemia de forma mais eficaz, tendo maior impacto na prevenção da propagação da doença. Entretanto, devido à implementação deste tipo de mecanismos, corre-se o risco de abusos de direitos por parte dos governantes, violando a privacidade dos indivíduos. (FARIAS, 2020)

Desta forma, embora caracterizada a importância dos dados pessoais relativos à saúde da população em geral, são necessárias políticas públicas que garantem a proteção da coleta, armazenamento e tratamento desses dados, tendo em vista serem dados sensíveis, para que assim não sejam violados direitos da personalidade. (PORTELA; MOTTA; ABAGGE, 2020)

Principalmente no campo da epidemiologia, as previsões e planejamentos são essenciais, tendo em vista que é necessário entender e mapear a propagação da doença. Só assim será possível formular os planos para prever, por exemplo, o número de leitos, tempo de internação, equipamentos, recursos humanos, medicamentos e vacinas, direcionando-os de maneira adequada às populações e regiões mais afetadas. (PORTELA; MOTTA; ABAGGE, 2020)

Cumprir destacar que o planejamento e monitoramento dos dados pessoais relacionados à saúde, são vitais no enfrentamento da pandemia, sendo possível dizer que quanto maior a quantidade e a qualidade dos dados que se obtenha sobre a doença, mais precisas serão as projeções, permitindo, assim, que o governo direcione recursos para as áreas mais necessitadas. (PORTELA; MOTTA; ABAGGE, 2020)

Ademais, o uso da inteligência artificial permite que os dados compartilhados treinem o sistema para gerar informações que auxiliem na elaboração de políticas públicas. Cabe destacar que por se utilizar de dados pessoais sensíveis, deverá ser observado a incidência da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). (PORTELA; MOTTA; ABAGGE, 2020)

Desta forma, emerge um conflito entre a proteção de dados e o direito a proteção da saúde. Não se pode fazer essa diferenciação, tendo em vista que ambos os direitos devem vinculados às iniciativas propostas, e não como polos opostos. É possível estabelecer um método de combate à pandemia eficaz que esteja de acordo com os princípios éticos de proteção das informações de seus detentores. (FARIAS, 2020)

Confiar no governo e na ciência é um elemento essencial para o sucesso de um sistema como esse. A falta de transparência, descrença para com o governo, e do negacionismo científico pode implicar na ruína de toda esta estrutura de combate ao coronavírus. (FARIAS, 2020)

Ora, é sabido que todas as medidas adotadas pelo governo devem possuir comprovação científica de que possuem eficácia no combate ao Covid-19. A adoção das tecnologias aliadas ao combate da pandemia deve ser baseada em estudos testados pela comunidade científica. (FARIAS, 2020)

A pandemia representa um desafio na implementação de políticas públicas de vigilância epidemiológica, que, inevitavelmente, serão levantados questionamentos

jurídicos contrapondo ao Direito à Privacidade. (VAZ-FERREIRA; RODRIGUES, 2020)

Cabe destacar que a utilização destes dados é amparada pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), e é esperado que sejam utilizados em consonância com as conscientizações éticas, sociais e legais pelo governo. (SILVA; VIGNOLI; JORENTE, 2019).

A limitação temporal à utilização dos dados pessoais é essencial, sendo que as medidas de vigilância devem durar estritamente o período de pandemia. Não há motivos que justifiquem que esse sistema seja perpetuado, sob pena de criação de um sistema consolidado de vigilância governamental. (FARIAS, 2020)

Importante ressaltar que não se advoga contra as medidas de controle. O uso de dados de geolocalização para identificação de aglomerações, locais de maior disseminação, por exemplo, revela-se uma ferramenta essencial no combate à pandemia. (BEZERRA, 2020)

Assim, pode-se afirmar que a sustentabilidade social fundamenta a vigilância governamental no contexto da pandemia, com o intuito de garantir o vetor de humanização, o “Direito de ser humano”, se assemelhando ao papel da ética, promovendo o desenvolvimento da permanente humanização. (AQUINO, 2019)

Ainda, tem-se a divergência de pensamentos e ideologias quanto ao monitoramento de dados por parte do governo, desta forma, a sustentabilidade social, não busca eliminar esta diferença, pelo contrário, exige isso como fundamento da convivência, buscando o aperfeiçoamento dos espaços democráticos. (AQUINO, 2019)

Outrossim, na dimensão social da sustentabilidade, abrigam-se os direitos fundamentais sociais (FREITAS, 2012). E, neste caso, destaca-se o direito social à saúde, previsto no artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988):

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.

A vigilância governamental, em época de pandemia, se justifica, também, pela dimensão jurídico-política da sustentabilidade que prevê a tutela jurídica do direito ao futuro e, assim, aparece como dever constitucional de proteger a liberdade individual, inclusive, trabalhando para garantir a integridade das gerações futuras. (FREITAS, 2012)

Não obstante, neste caso, a dimensão jurídico-política da sustentabilidade busca resguardar alguns direitos fundamentais, dentre eles: a longevidade digna, a informação imparcial, a segurança e o direito à uma boa administração pública. (GOMES; FERREIRA, 2017)

Sendo assim, realizou-se um estudo sobre a vigilância governamental em época de pandemia, com base nos dados pessoais e sensíveis, e, na medida do que está previsto legalmente, a sustentabilidade social e jurídico-política, fundamenta tal vigilância.

## 51 CONCLUSÃO

A presente pesquisa científica tratou, em um primeiro momento, sobre um panorama geral da sustentabilidade sobre as perspectivas jurídico-política e social, relacionando-as com direitos sociais e fundamentais.

Foi possível constatar que os dados pessoais possuem um grande valor nas sociedades contemporâneas, o direito à privacidade é um direito fundamental, previsto constitucionalmente bem como, em demais diplomas infraconstitucionais.

Não obstante, fora abordado o caráter de dados sensíveis àqueles relacionados à saúde dos indivíduos, verificando que tanto a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), quanto a Lei nº 13.979/20, estabelecem a possibilidade de o Estado ter acesso a esses dados, mesmo sem o consentimento do indivíduo.

Outrossim, verificou-se que os dados pessoais, por meio de plataformas digitais e inteligência artificial, podem ser utilizados pelo governo visando combater a disseminação da Covid-19, sem violar os direitos da personalidade, desde que sejam respeitados os limites legais e temporais.

Desta forma, foi possível concluir que a vigilância governamental sobre dados pessoais, com fundamento na sustentabilidade sob suas perspectivas jurídico-política e social, é válida, desde que seja observado o limite temporal do contexto pandêmico, não violando os dados pessoais.

Concluindo, no presente trabalho, realizou-se um estudo da sustentabilidade sob as perspectivas jurídico-política e social, fazendo um paralelo com o direito social de saúde, previsto na Constituição Federal, sendo abordado, também, a questão dos dados pessoais e o direito fundamental de privacidade e, por fim, fora analisado a vigilância governamental de dados pessoais em época de Covid-19, utilizando a sustentabilidade sob as perspectivas jurídico-política e social, como fundamento de tal medida.

## REFERÊNCIAS

AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. Sustentabilidade social, sociedade da transparência e o direito de ser humano. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 6, n. 1, 2019. Disponível em: <<http://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/277>>. Acesso em: 5 jan. 2021.

BEZERRA, Arthur Coelho. Do 11/9 à COVID-19: a vigilância de Estado na perspectiva da ética intercultural da informação. **Informação & Informação**, v. 25, n. 4, p. 31-46, 2020. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/informacao/article/view/39949>>. Acesso em: 9 jan. 2021.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Planalto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 2 jan. 2021.



\_\_\_\_\_, Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Diário Oficial da União. Brasília: DF, 2018. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm)>. Acesso em: 2 jan. 2021.

\_\_\_\_\_, Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020. **Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019**. Diário Oficial da União. Brasília: DF, 2018. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm)>. Acesso em: 2 jan. 2021.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. **Resposta nacional e internacional de enfrentamento ao novo coronavírus**. Brasília: DF, 2020. Disponível em: <<https://coronavirus.saude.gov.br/linha-do-tempo/#fev2020>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRUNO, Fernanda. Monitoramento, classificação e controle nos dispositivos de vigilância digital. **Revista FAMECOS: mídia, cultura e tecnologia**, n. 36, p. 10-16, 2008. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/pdf/4955/495550192002.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

COSTA, Ramon Silva; OLIVEIRA, Samuel Rodrigues de. O uso de tecnologias de reconhecimento facial em sistemas de vigilância e suas implicações no direito à privacidade. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**, v. 5, n. 2, p. 1-21, 2019. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/5777>>. Acesso em: 8 jan. 2021.

DIAS, Felipe da Veiga; AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. Sustentabilidade social: reflexões em busca de uma sociedade mais justa. **Revista Jurídica (FURB)**, v. 23, n. 50, p. 7334, 2019. Disponível em: <<https://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/7334/4309>>. Acesso em: 5 jan. 2021.

FARIAS, Gabrielle Graça de. Vigilância movida a dados como mecanismo de combate à covid-19 e seus limites éticos envolvidos na proteção de dados pessoais. **Caderno Virtual**, v. 2, n. 47, 2020. Disponível em: <<https://portal.idp.emnuvens.com.br/cadernovirtual/article/viewFile/4703/1854>>. Acesso em: 5 jan. 2021.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao futuro. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

GIL, Antonio Carlos. **Dados e técnicas de pesquisa social**. Editora Atlas, 6ª ed. São Paulo, 2008.

GOMES, Magno Federici; FERREIRA, Leandro José. A dimensão jurídico-política da sustentabilidade e o direito fundamental à razoável duração do procedimento. **Revista do Direito**, v. 2, n. 52, p. 93-111, 2017. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/8864/6843>>. Acesso em: 5 jan.

JACOBI, Pedro. Poder local, políticas sociais e sustentabilidade. **Saúde e sociedade**, v. 8, p. 31-48, 1999. Disponível em: <<https://www.scielo.org/article/sausoc/1999.v8n1/31-48/pt/>>. Acesso em: 5 jan. 2021.

JORGE, Carlos Francisco Bitencourt et al. Proteção de dados pessoais e Covid-19: entre a inteligência epidemiológica no controle da pandemia e a vigilância digital. **Liinc em Revista**, v. 16, n. 2, p. e5251-e5251, 2020. Disponível em: <<http://revista.ibict.br/liinc/article/view/5251>>. Acesso em: 8 jan. 2021.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Claudia S. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. Editora Saraiva, 5ª ed. São Paulo, 2009.

PORTELA, Irene Maria; MOTTA, Ivan Dias da; ABAGGE, Yasmine de Resende. O uso dos dados pessoais nas políticas públicas de combate à Covid-19. **Revista Jurídica**, v. 4, n. 61, p. 70-90, 2020. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4478/>>. Acesso em: 5 jan. 2021.

SILVA, Anahi Rocha; VIGNOLI, Richele Grengé; JORENTE, Maria José Vicentini. **Vigilância epidemiológica em redes sociais digitais**. In: ENANCIB 2019. 2019. Disponível em: <<https://conferencias.ufsc.br/index.php/enancib/2019/paper/viewPaper/551>>. Acesso em: 9 jan. 2021.

VAZ-FERREIRA, Luciano; RODRIGUES, Filipe Bach. Direito à privacidade e vigilância epidemiológica no contexto pandêmico da Covid-19: uma questão de proteção de dados. **Interfaces Científicas-Direito**, v. 8, n. 2, p. 365-376, 2020. Disponível em: <<https://periodicos.set.edu.br/direito/article/view/9720>>. Acesso em: 9 jan. 2021.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima; AITH, Fernando Mussa Abujamra; RACHED, Danielle Hanna. A emergência do novo coronavírus e a “lei de quarentena” no Brasil. **Revista Direito e Práxis**, 2020. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/49180>>. Acesso em: 9 jan. 2021.

# CAPÍTULO 6

## COVID-19 E O IMPACTO NO MEIO AMBIENTE: O APELO DO MUNDO POR UMA CONSTITUIÇÃO GLOBAL DIANTE DO ECOCÍDIO.

*Data de aceite: 01/11/2021*

*Data da Submissão: 08/10/2021*

**Vanessa Saldanha de Lyra**

Mestranda em Direito e Negócios  
Internacionais  
Pato Branco – PR

<http://lattes.cnpq.br/8335441015547064>

**RESUMO:** A história mostra que o homem vem sofrendo com pandemias através dos tempos e atualmente com o Covid-19. Esse trabalho busca demonstrar que as pandemias possuem relação com a degradação ambiental, com a invasão de habitats naturais, a urbanização desordenada e ao desenvolvimento socioeconômico, como práticas de agricultura intensiva, que aumentam o número de zoonoses. Como essas consequências e danos estão alcançando o mundo todo e uma vez que é um problema global, exige uma resposta global. Estamos sofrendo um ecocídio, ou seja, uma devastação ambiental massiva. Nosso modelo de vida está colocando em risco a vida na terra. Observando a pandemia atual e o impacto global, é necessário que exista uma positividade jurídica que comprometa e responsabilize o indivíduo na proteção ambiental e na vida no planeta. Porque sem a implementação de leis preventivas, esses eventos catastróficos continuarão a colocar em risco o nosso planeta e a vida que nele vive.

**PALAVRAS CHAVES:** Covid-19, Degradação ambiental, zoonoses, constituição global, ecocídio

### COVID-19 AND THE IMPACT ON THE ENVIRONMENT: THE WORLD'S CALL FOR A GLOBAL CONSTITUTION IN THE FACE OF ECOCID

**ABSTRACT:** History shows that man has been suffering from pandemics through the ages and currently with Covid-19. This work seeks to demonstrate that pandemics are related to environmental degradation, the invasion of natural habitats, disordered urbanization and socioeconomic development, such as intensive farming practices, which increase the number of Zoonoses. How these consequences and damages are reaching the whole world and since it is a global problem, it requires a global response. We are suffering an ecocide, that is, massive environmental devastation. Our model of life is putting life on earth at risk. Observing the current pandemic and the global impact, it is necessary that there is a legal positivity that compromises and makes the individual responsible for environmental protection and life on the planet. Because without the implementation of preventive laws, these catastrophic events will continue to put our planet and the life that lives on it at risk.

**KEYWORDS:** Covid-19, Environmental degradation, zoonoses, global constitution, ecocide

### 1 | INTRODUÇÃO

O mundo atual é assolado por uma pandemia que não conhece fronteiras, nem barreiras, atingiu a todos sem distinção de raça, classe social, ou qualquer outra distinção. O

impacto na economia e na sociedade com aumento da pobreza e isolamento social.

O vírus disseminou pelo mundo com uma rapidez que surpreendeu inclusive os especialistas. Demonstrou a fragilidade humana e o quanto o planeta está interligado.

Observando a origem do Covid-19 e outras pandemias que ocorreram através dos tempos, a similaridade leva a um ponto em comum: a degradação ambiental.

Estudos pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, PNUMA, comprovam o aumento de doenças infecciosas pela zoonose, tendo como escopo invasão de habitats naturais, a urbanização desordenada e ao desenvolvimento socioeconômico, como práticas de agricultura intensiva.

Tendo em vista a globalização, o bem ambiental não pode ser encarado de forma individual pelos Estados, pois as consequências dos danos, podem alcançar diversos países. Essa degradação ambiental massiva, que coloca em risco o ser humano e demais formas de vida, são consideradas um ecocídio. Assim, a importância dos princípios no plano internacional como no direito interno de estruturar valores ambientais, positivar o direito para proteger a vida e responsabilizar aqueles que degradam o meio ambiente, uma constituição global.

Este estudo busca através da abordagem qualitativa, realizar uma pesquisa documental, aprofundar o tema de pesquisa a partir dos fundamentos teóricos sobre o assunto abordado, através de uma análise crítica e reflexiva, embora com teor científico. Nesse trabalho foi usada doutrina a cerca do âmbito jurídico e ambiental, relatórios dos organismos responsáveis pela pesquisa do Covid-19, buscando identificar e compreender o que levou o mundo a colapsar e quais seriam as soluções para se evitar uma nova pandemia.

## **2 | A TRANSMISSÃO DE VÍRUS ATRAVÉS DOS TEMPOS**

A transmissão de doenças infecciosas por animais não é novidade na história da humanidade.

O século XIV foi marcado por mortes, pela “peste Negra” na Europa. Cotrim (1997, p.115), em seus estudos afirma que tal epidemia foi trazida pelo oriente por um navio genovês contaminado. O vírus provocava infecção pulmonar, que geralmente levava a óbito.

O bacilo “pasteurella pestis”, ou seja, a peste negra, foi transmitido por forma bubônica, pulgas e piolhos vindos dos ratos. Em sua forma pulmonar passava de uma pessoa para outra, por tosse ou hálito. Os doentes eram isolados, pois desconheciam remédios.

Calcula-se que um terço da população europeia tenha morrido em decorrência da peste negra.

No final da Primeira grande Guerra Mundial, o mundo ficou refém da gripe espanhola,

matando mais pessoas que todas as execuções na Primeira Guerra Mundial.

No portal da Fiocruz (2020), explica que o vírus começava com uma gripe e progredia para uma pneumonia jamais vista. Atingindo o mundo inteiro. No Brasil chegou com os marinheiros. Foi pedido que se evitasse as aglomerações. Conforme “Centers for disease control and prevention (CDC, 2020)”, a pandemia de influenza de 1918, ou gripe espanhola como ficou conhecida, foi a mais grave da história, causada por um vírus H1N1 com genes de origem aviária. Tinha como profilaxia isolamento social, quarentena, boa higiene pessoal, uso de desinfetantes e limitações de reuniões públicas, que foram aplicadas de forma desigual.

No portal do Ministério da Saúde (2020), explica o Ebola, vírus descoberto em 1976 e provém do morcego, reservatório mais provável, hospedeiro animal nativo da África. Animais como chimpanzés, gorilas, antílopes e porco espinho, também podem transmitir o vírus ao ser humano. O contágio se faz através do contato com sangue, tecidos ou fluidos corporais de animais infectados ou a partir do contato com superfícies e objetos contaminados

E agora, o Covid-19, que teve sua origem nos mercados de carnes de Wuhan na China. No portal do Ministério da Saúde, confirma que a OMS ainda investiga o vírus, mas provavelmente surgiu de morcegos e teve outro portador animal intermediário. A China fechou o mercado de animais selvagens em Wuhan, no começo do surto.

Mesmo com casos similares na história, a humanidade pouco fez, e o Covid-19 é a prova disso, como será explicado a seguir.

## 2.1 Quadro retratando os rastros da epidemia: Peste negra



Fonte: Aventuras na História · Mortes e renovação: como a Peste Negra mudou o cenário da Europa (uol.com.br)

## 2.2 Retrato de uma família durante Pandemia de 1918



Fonte: Pandemias: gripe espanhola | Curso Sapiientia

### 3 | O AVANÇO DE ZOONESES

O Programa de Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA (2020), afirma que a maioria das doenças infecciosas são zoonóticas. Essas doenças ocorrem devido à invasão de habitats naturais, a urbanização e ao desenvolvimento socioeconômico, como práticas de agricultura intensiva. No Brasil, o novo Código Florestal de 2012, comparado ao outro código, a quantidade de áreas de APPs que deveriam ser preservadas, diminuíram consideravelmente.

Essas doenças infecciosas negligenciadas afetam a vida socioeconômica e os pilares da sustentabilidade: economia, sociedade e meio ambiente.

O equilíbrio entre a exploração econômica e a preservação ambiental perpassa a abordagem de temas como política governamental, legal e institucional. O Estado deve coibir atitudes como desvios administrativos e as problemáticas que discrepam da atitude racional da felicidade jurídica.

O especialista ugandês Bernard Bett para a PNUMA (2020), estudos sobre zoonoses, doenças transmissíveis entre animais e humanos, chamaram a atenção para uma questão que agora preocupa o mundo. Relata que o Covid- 19, não é uma surpresa, tendo em vista que muitas patologias emergentes foram relatadas nos últimos dez anos, o que o preocupou foi a disseminação. As zoonoses estão mais frequentes, e vem aumentando com o tempo. Cerca de 60% das doenças são zoonóticas e mais de 70% das infecções são causadas por patógenos originários na vida selvagem. O contato do ser humano com essas doenças se dá à medida que se avança nos habitats desses animais.

A população humana aumenta e as economias se desenvolvem, a demanda por alimentos e outros bens também aumentam. Indústrias, produção agrícola se intensificam. Assim explica Bernard Bett (2020): “O uso da terra, as mudanças climáticas, o desenvolvimento econômico, o crescimento populacional e as pessoas que vivem em áreas densamente povoadas contribuem para o surgimento de zoonoses, facilitando a disseminação de patologias entre animais e seres humanos.”

Ainda conforme estudo de Bernard Bett (2020), um vírus inofensivo pode sofrer mutações genéticas por recombinação com outros organismos que carregam características patogênicas críticas. Pensando na agricultura intensiva, onde animais e aves são criados em ambientes pequenos, com diversidade genética limitada, estão mais passíveis a doenças.

A utilização da terra e as mudanças climáticas diminuem a capacidade do ambiente de conter infecções. O uso de áreas protegidas, por exemplo, para horticultura, pastoreio ilegal ou caça de animais silvestres, coloca humanos e animais domésticos em contato direto com ambientes potencialmente infectados. Quando as pessoas degradam os habitats da vida selvagem ou estabelecem seus próprios assentamentos em algumas áreas, elas se tornam parte do ecossistema e do ciclo selvático, ou seja, o ciclo de transmissão viral que ocorre entre os animais nas florestas.

Outro fator, é a urbanização desorganizada, falta de saneamento básico, despejo de resíduos, que favorecem roedores e aves transmitirem patógenos. Conforme a PNUMA (2020), inclusive o aumento de temperatura amplia as taxas de desenvolvimento de vetores e patógenos.

Tais fatores demonstram que nosso comportamento diante do meio ambiente deve mudar urgente, nosso modelo atual de vida está colocando em risco a vida na Terra.

#### **4 | DEGRADAÇÃO AMBIENTAL, UMA PREOCUPAÇÃO GLOBAL**

Na revisão da literatura foram apresentados os fundamentos teóricos, que demonstram que através da história, o mundo passou por pandemias semelhantes, com vetores comuns. E doenças provocadas pela zoonoses tem tido uma repercussão maior tendo em vista a degradação ambiental.

Uma doença transmitida pelo contato pessoal, fez com que o mundo se adaptasse à uma nova rotina. Rapidamente, essa doença ultrapassou fronteiras e não encontra barreiras, parou a economia do mundo e dificilmente as coisas serão como eram.

Primeiramente, é necessário debater a pandemia mundial. E observa-se através desse caráter global a necessidade de um amparo legal, que preveja garantias para a proteção da vida de todos.

O bem ambiental não pode ser encarado de forma individual pelos Estados, pois as consequências dos danos podem alcançar diversos países.

Além disso, a biosfera, ou seja, a vida de plantas e animais é interligada e os efeitos são percebidos em cadeia. Deste modo, a discussão jurídico-ambiental deve considerar o aspecto global do meio ambiente. Sobre o direito ambiental internacional, destaca Wold (2003, p.06), que no plano internacional a estruturação do direito ambiental é empregado por formuladores da política ambiental internacional que possuem importância para a proteção do ambiente em âmbito local e internacional.

Assim, é importante que se estruture valores ambientais seja no plano internacional ou no direito interno. A formulação das políticas ambientais, com escopo em um plano comum, para um enfrentamento da questão ambiental.

As doenças que são transmitidas de animais para seres humanos estão progredindo à medida que habitats selvagens são destruídos pela atividade humana. Segundo relato do Programa das Nações Unidas para o meio ambiente (PNUMA), sugerem que habitats degradados podem desencadear e diversificar doenças, já que os patógenos se espalham facilmente para rebanhos e seres humanos.

Segundo Canotilho (2001, p.10), em uma tentativa de harmonizar as políticas de gestão ambiental com desenvolvimento escreve:

“O postulado globalista pode resumir-se assim: a proteção do ambiente não deve ser feita a nível de sistemas jurídicos isolados (estatais ou não) mas sim a nível de sistemas jurídico-políticos, internacionais e supranacionais, de forma a que se alcance um standard ecológico ambiental razoável a nível planetário e, ao mesmo tempo, se estruture uma responsabilidade global (de Estados, organizações, grupos) quanto às exigências de sustentabilidade ambiental. Por outras palavras: o globalismo ambiental visa ou procura formatar uma espécie de Welt-Umweltrecht (direito do ambiente mundial).” (CANOTILHO, 2001, p. 10)

O Covid-19 está se espalhando pelo mundo todo, é uma emergência global e exige uma resposta global. Esse vírus demonstrou a fragilidade e interdependência humana. Embora a humanidade tenha avançado tecnologicamente e aumentado suas riquezas, está suscetível a catástrofes e pandemias como a então citada.

Em comparação com as pandemias do passado, com a globalização o vírus tem se espalhado pelo mundo de uma maneira avassaladora. Confirmando a necessidade e urgência de uma Constituição global. Tendo em vista que, de nada adianta um país ter políticas ambientais fortes e outro não. Estamos interligados, uma pandemia que começou na China, tem se espalhado pelo mundo de forma avassaladora.

O Covid-19 é uma crise ambiental, a responsabilidade deve ser igualmente dividida por todos, governo e sociedade. Canotilho (2003, p. 108 e 109), descreve essa proteção como “sistemática e global do ambiente”, não devendo ser considerada uma tarefa somente dos agentes públicos, a proteção exige comunicação e participação do cidadão.

A gravidade da situação exige conscientização por parte de todos os membros da sociedade, o vírus desconhece classe social, etnia, raça ou qualquer outra distinção. É



necessário que cada um tenha sua parcela de responsabilidade, tomando os cuidados necessários.

O impacto na economia vem sendo observada com a interrupção de alguns serviços, redução de consumo e produção industrial, queda da bolsa de valores, tais fatores estão gerando um aumento da pobreza. A sociedade se vê obrigada a uma nova rotina em decorrência do isolamento social.

Paradoxalmente ao impacto socioeconômico, é possível observar impacto positivo no meio ambiente, distante da influência do homem.

Conforme portal Visão (2020), a diminuição da circulação de carros e o freio de algumas atividades que agridem o meio ambiente, principalmente de fábricas, foi possível observar a limpeza dos canais de Veneza (Itália), podendo avistar o aparecimento de peixes. De fato, conforme artigo da Ecodebate (2020), houve melhora na qualidade do ar, as emissões de carbono diminuíram entre 5.5% e 5.7% durante a pandemia. Com a redução de algumas atividades, principalmente a industrial, houve um menor consumo de energia elétrica.

Embora, tenha alguns pontos positivos, os resíduos domiciliares e hospitalares aumentaram. Segundo Ecodebate (2020), no Brasil, o trabalho de fiscalização diminuiu, com isso o aumento de 59% no desmatamento durante a pandemia, mesmo após estudos comprovando a relação direta entre o desmatamento e o surgimento de doenças contagiosas, como a própria Covid-19.

Com esses relatos é possível perceber que a degradação ambiental provocada pelo homem, está afetando diretamente nossa vida no planeta. Com a globalização, os impactos estão tomando proporções cada vez maiores.

Segundo Paulo Ferreira da Cunha (2010, p. 254), que escreveu sobre o Constitucionalismo Global, afirma que haverão dificuldades no caminho, mas que de modo algum tratar-se de uma globalização uniformizadora, mas de uma globalização que respeite as diferenças. O constitucionalismo global funda-se sobre valores e princípios constitucionais gerais, também eles globalizados.

Para o Direito, é necessário que se observe a importância da proteção ambiental, local e internacional, estruturando uma responsabilidade global, ao (de Estados, organizações, grupos) quanto às exigências de sustentabilidade ambiental.

Os casos de COVID-19 em todo o mundo ultrapassaram 15 milhões e quase 620 mil mortes, conforme dados da ONU (2020). Quando um vírus que teve origem na degradação ambiental, mata milhões de pessoas no mundo, estamos falando de um crime de ecocídio, ou seja, uma destruição massiva do meio ambiente e que está afetando a vida no planeta.

## **5 | O ECOCÍDIO E A POSITIVAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL**

Este estudo demonstra que o surgimento de muitas doenças está relacionado

às mudanças ambientais e ao comportamento humano. À medida que a degradação ambiental ocorre em maior escala, ficamos mais expostos à vida selvagem, aumentando a probabilidade de uma doença infecciosa fazer a transição dos animais para os humanos. A degradação ambiental é um problema global e é necessário que a solução seja tomada por todos e para todos.

Entretanto, há uma lacuna no que tange a esfera jurídica internacional, há uma ausência de sanções jurídicas que punam a conduta que destrói o meio ambiente colocando em risco a vida no planeta. O direito penal internacional, diferentemente das outras áreas do direito, vem buscando alçar princípios na proteção do bem jurídico.

Conforme o Ministério da Relações Exteriores (2020), em sua página oficial, destaca a criação do Tribunal Penal Internacional, que no Estatuto de Roma inclui 123 países signatários, para julgar crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão.

Djalma Neto e Tarin Alverne (2018, p. 212) assim dispuseram sobre o assunto:

“a busca pela criminalização de condutas atentatórias ao meio ambiente alcançou o Tribunal Penal Internacional (TPI), com sede em Haia, habilitado a punir atos que provoquem danos ambientais em contexto de guerra (artigo 8º, item 2, alínea iv, do Estatuto de Roma) desde 2002.”

Em 2016, a procuradoria do Tribunal Penal Internacional, entregou uma “policy paper” sobre o crime de ecocídio. E aqui cabe explicar que “policy paper” é uma pesquisa com foco em uma questão política específica que fornece recomendações claras para os formuladores de políticas, no caso em questão sobre o crime de ecocídio.

A procuradoria do Tribunal Penal Internacional, nas palavras de Djalma Neto e Tarin Alverne (2018), entregou o documento, procurando cooperar com os países signatários do Estatuto de Roma na apuração de delitos ambientais, embora não seja uma adesão do crime de ecocídio à Corte, ainda sim, um avanço.

Embora, o termo ecocídio tenha surgido no Tribunal Penal Internacional em 2016, esse termo já vem sendo discutido entre estudiosos. Segundo o Centro de Estudos de Toxicologia da Universidade Federal do Ceará (Boletim 07, 2013), na Guerra do Vietnam (1965-1975), o herbicida que os Estados Unidos despejou no Vietnam, o “agente laranja”, causou malformações congênitas nas crianças vietnamitas até os dias atuais. Levando a criação do crime de “Ecocídio” à esfera internacional.

Conforme site Ecocide Law (2020), Ecocídio é o dano extensivo, destruição ou perda de ecossistema (s) de um determinado território, seja por ação humana ou por outras causas, a tal ponto que o gozo pacífico pelos habitantes desse território foi ou será severamente diminuído.

David Quammen, em artigo publicado na New York Times (2020), intitulado como “We Made the Coronavirus Epidemic”, traduzindo literalmente, “Nós fizemos a Epidemia do Coronavírus” afirma: “Cortamos as árvores; matamos os animais ou os enjaulamos e

os enviamos aos mercados. Nós perturbamos os ecossistemas e libertamos os vírus de seus hospedeiros naturais. Quando isso acontece, eles precisam de um novo hospedeiro. Frequentemente, somos nós.” Ainda afirma que, o comércio perigoso de animais selvagens por alimentos, que se estende por lugares como Ásia e África, está proibido na China temporariamente, mas também já foi proibido durante a SARS e depois autorizado a ser retomado. Morcegos, algas, porcos-espinhos, tartarugas, ratos de bambu, muitos tipos de pássaros e outros animais empilhados são encontrados em mercados como o de Wuhan. A invasão de florestas tropicais e outras paisagens selvagens, que abrigam tantas espécies de animais e plantas, podem conter vírus desconhecidos.

Ben Thomas (2020), em sua página “*Earth Law Center*”, escreveu sobre o ecocídio e afirma que a degradação ambiental generalizada já é um tema de preocupação internacional. O desmatamento que assola a Floresta Amazônica no Brasil tem recebido atenção significativa da mídia. Na Amazônia, uma área do tamanho de um campo de futebol é eliminada a cada minuto e, à medida que mais florestas são convertidas em terras agrícolas, os incêndios causados por humanos aumentam em tamanho e frequência. Em 2019, o desmatamento na Amazônia aumentou 76% acima da taxa de 2018, levando a incêndios maiores e mais incontroláveis. A resposta internacional deve ser eficaz e visando punir os responsáveis pelos danos.

Bem Thomas(2020) fala ainda sobre a “*Law Earth*”, em tradução literal, Lei da Terra, que tem uma abordagem semelhante ao desafio do ecocídio. De acordo com a Lei da Terra, os benefícios econômicos para os humanos nunca são priorizados sobre o direito de um ecossistema de prosperar e sobreviver. O estabelecimento do ecocídio encontra um lugar dentro da Lei da Terra, como uma consciência ecológica assumida, e o dano à natureza não é simplesmente uma externalidade de colher benefícios econômicos para os humanos.

No Brasil, Comissão de Meio Ambiente do Senado, aprovou em 2019, o Projeto de Lei 2.787/19, que tipifica o crime de ecocídio, altera a lei de Crimes Ambientais, estabelecendo pena para quem der causa a desastre ambiental, com destruição significativa da flora ou mortandade de animais.

Entretanto, em seu livro “*Eradicating Ecocide*”, Polly Higgs (2010) afirma que os poucos países que possuem leis de ecocídio em geral baseiam o crime em uma exigência de intenção criminosa, enquanto o ecocídio deveria ser um crime de responsabilidade objetiva. Sendo assim, uma pessoa ou entidade que cometeu ecocídio seria responsável pelas consequências do crime, independentemente da intenção por trás da ação. Além de aumentar a eficácia das medidas de coação, a existência de responsabilidade objetiva também colocaria o foco principal da política na prevenção.

Ecocídio tem definições variadas, mas todos os casos referem-se à destruição generalizada da natureza e dos ecossistemas. O ecocídio é uma preocupação internacional, não apenas por causa das implicações de saúde pública mencionadas, mas porque sem a implementação de leis preventivas, esses eventos catastróficos continuarão a colocar em

risco o nosso planeta e a vida que nele vive.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo mostrou que a transmissão de vírus por animais não é novidade, observa-se isso ao longo da história. A degradação ambiental, a invasão de habitats naturais, urbanização desordenada, desenvolvimento socioeconômico, são algumas das ações do homem que vem provocando o aumento de doenças zoonóticas.

O Covid-19, vírus responsável pela pandemia que assola o mundo, que teve sua origem no mercado de carnes de Wuhan na China. A pandemia tem provocado impacto na economia, aumentando a pobreza, tendo em vista a interrupção de serviços, redução de consumo e produção, isolamento social, obrigando a sociedade a se adaptar a uma nova rotina.

E mesmo com tanto impactos negativos, observa-se impactos positivos no meio ambiente, devido a diminuição da poluição provocada pelo homem, ou seja, diminuição da atividade industrial, circulação de carros. Demonstrando assim, mais uma vez, a responsabilidade de todos na degradação ambiental e seus impactos.

Como parte do ecossistema, o homem não está em um patamar elevado, como alguns costumam pensar que estão. Nossa existência depende de uma coexistência entre homem e demais formas de vida. É necessário alcançar um equilíbrio para que a vida no planeta não acabe.

Apesquisa mostra que o surgimento de muitas doenças está relacionado às mudanças ambientais e ao comportamento humano. À medida que a degradação ambiental ocorre em maior escala, ficamos mais expostos à vida selvagem, aumentando a probabilidade de uma doença infecciosa fazer a transição dos animais para os humanos.

A investigação científica é conclusiva, ao demonstrar que a positivação do direito não contempla desejos individuais, a proteção de bens e direitos que, no âmbito jurídico, promova as liberdades fundamentais, harmonizando a relação do homem e do meio ambiente, alcançando uma relação de equilíbrio e respeito à vida em todas as formas.

Observando a pandemia e o impacto global, é necessário que exista uma positivação jurídica que comprometa e responsabilize o indivíduo na proteção ambiental e na vida no planeta.

O surto de covid-19, mostrou que o maior consenso é que a vida deve ser priorizada acima de tudo. Não tem como lidar com as consequências econômicas, se não resolvermos a crise de saúde pública. Além disso, um sistema econômico não pode prosperar quando o público não é saudável e seu futuro é incerto. Assim, como pudemos mudar nosso estilo de vida, nossas rotinas por conta de uma pandemia, podemos mudar a maneira como vivemos para que novas pandemias não ocorram, observando nossas atitudes para alcançarmos um meio ambiente saudável e equilibrado.

## REFERÊNCIAS

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. Coimbra: Impactum, 2001. Disponível em: <<https://digitalisdsp.uc.pt/bitstream/10316.2/5732/1/revcedoua8%20art.%201%20JJGC.pdf?In=ptpt#:~:text=O%20postulado%20globalista%20O%20postulado,standard%20ecol%C3%B3gico%20ambiental%20razo%C3%A1vel%20a>> Acesso em 02 de setembro de 2020.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. In: Estudos em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CDC: History of 1918 Flu Pandemic. Disponível em: Acesso em 01 de setembro de 2020.
- CONJUR: Comissão de Meio Ambiente aprova PL que tipifica crime de “ecocídio”. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-out-10/comissao-meio-ambiente-approvapl-tipifica-crime-ecocidio>> Acesso em 05 de setembro de 2020.
- COTRIM, Gilberto. História Global: Brasil e Geral. Volume Único. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. Do Constitucionalismo global. 2010. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-15/RBDC-15-245\\_Paulo\\_Ferreira\\_da\\_Cunha\\_\(Do\\_Constitucionalismo\\_Global\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-15/RBDC-15-245_Paulo_Ferreira_da_Cunha_(Do_Constitucionalismo_Global).pdf)> Acesso em 05 de setembro de 2020.
- Ecocide: What is ecocide. Disponível em: <<https://ecocidelaw.com/the-law/what-is-ecocide/>> Acesso em 05 de setembro de 2020.
- Ecodebate: Os efeitos que podemos ver da pandemia sobre o meio ambiente. Disponível em: < Os efeitos que já podemos ver da pandemia sobre o meio ambiente (ecodebate.com.br)> Acesso em 02 de setembro de 2020.
- FERREIRA, Maria Augusta Drago, et al. Agente Laranja/Dioxina: consequências de seu uso no Vietnã. Cetox-UFC, Fortaleza, boletim 7, 2013. Disponível em: <<http://www.cetox.ufc.br/boletins/arquivos%20boletins/Boletim%2007%20Dioxina.pdf>>. Acesso 04 de setembro de 2020
- HIGGINS, Polly. Eradicating Ecocide: Exposing the Corporate and Political Practices Destroying the Planet and Proposing the Laws Needed to Eradicate Ecocide. Londres: Shephard-Walwyn, 2010.
- In vivo: Pandemia de 1918. Disponível em: < Invivo ::: História ::: Pandemia de gripe de 1918 (fiocruz.br) > Acesso em 01 de setembro de 2020.
- LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Direito Ambiental na Sociedade de Risco. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.
- LEITE, José Rubens Morato et alli. Estado de Direito Ambiental: tendências. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 5.
- LUTZEMBERGER, José. Gaia o planeta vivo (por um caminho suave). Porto Alegre, L&PM, 1990.
- NETO, Djalma Alvarez Brochado e Tarin Cristino Frota Mont" Alverne. Ecocídio: proposta de uma política criminalizadora de delitos ambientais internacionais ou tipo penal propriamente dito? UNICEUB, 2018. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5203>> Acesso em: 05 de setembro de 2020.

Ministério da Saúde: Covid-19. Disponível em: < <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#o-que-e-covid> > Acesso em 02 de setembro de 2020.

Ministério da Saúde: Ebola: causas, sintomas, diagnóstico, tratamento e prevenção. Disponível em:< <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#o-que-e-covid>> Acesso em 01 de setembro de 2020.

Ministério das Relações Exteriores. Tribunal Penal Internacional. Disponível em: < <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/paz-e-seguranca-internacionais/152-tribunal-penal-internacional>> Acesso em 05 de setembro de 2020.

QUAMMEN, David. We Made the Coronavirus Epidemic. New York Times, 2020. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2020/01/28/opinion/coronaviruschina.html?auth=login-email&login=email&smid=tw-nytopinion&smtyp=cur>> Acesso em: 05 de setembro de 2020.

Redação – Ambiente. O coronavírus „limpou“ os canais de Veneza – e não só. VISÃO. Disponível em: < <https://visao.sapo.pt/atualidade/ambiente/2020-03-18-o-coronavirus-limpou-os-canais-de-veneza-e-nao-so/?fbclid=IwAR0cxvVEOY1c3B86kyLO>> Acesso em: 02 de setembro de 2020.

Revista Planeta. Coronavírus está ligado à queda de poluição do ar na Itália e na China. TERRA. Disponível em: < [https://www.revistaplaneta.com.br/amp/coronavirus-esta-ligado-a-queda-de-poluicao-do-ar-na-italia-e-na-china/?fbclid=IwAR1ag1AZLjkn4FT-VMUJThL00FTzKh0z08hzj6iKsf\\_Nr2cOe5ulumNEv60](https://www.revistaplaneta.com.br/amp/coronavirus-esta-ligado-a-queda-de-poluicao-do-ar-na-italia-e-na-china/?fbclid=IwAR1ag1AZLjkn4FT-VMUJThL00FTzKh0z08hzj6iKsf_Nr2cOe5ulumNEv60) > Acesso em 02 de setembro de 2020.

SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2010b.

THOMAS, Ben. Ecocide and the Importance of Prevention. Earth Law Center: 2020. Disponível em: < <https://www.earthlawcenter.org/blog-entries/2020/7/ecocide-and-theimportance-of-prevention>> Acesso em 05 de setembro de 2020.

ONU. OMS: casos de COVID-19 ultrapassam 15 milhões no mundo; 620 mil mortes. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/oms-casos-de-covid-19-ultrapassam-15-milhoesno-mundo-620-mil-mortes/>> Acesso em 05 de setembro de 2020.

ONU. Invasão de habitats naturais intensifica surgimento de zoonoses, diz especialista. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/invasao-de-habitats-naturais-intensificasurgimento-de-zoonoses-diz-especialista/>> Acesso em 01 de setembro de 2020.

WOLD, Chris el alli. Princípios de Direito Ambiental. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 06.

# CAPÍTULO 7

## O ESTADO E OS BENEFÍCIOS SOCIAIS

*Data de aceite: 01/11/2021*

### **Carlos Rafael da Silva**

Mestrando do PPGD – Mestrado e Doutorado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG  
Advogado OAB/MG 193.070

### **Milton Vasques Thibau de Almeida**

Doutor em Direito pela UFMG. Pós-doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo IGC/CDH/Universidade de Coimbra. Professor do curso de mestrado em Direito da Universidade de Itaúna. Prof. associado da Faculdade de Direito da UFMG. Desembargador do Trabalho do TRT da 3ª Região. Membro da Academia Brasileira de Direito da Seguridade Social

**RESUMO:** A Constituição Federal de 1988 trouxe como direitos fundamentais a previdência social, a saúde e a assistência social, que compõe a seguridade social, universal, uniforme e equivalente em benefícios sociais, seletividade e distributividade, irredutibilidade do valor dos benefícios e equidade na forma de participação no custeio, financiada por toda a sociedade, direta e indiretamente, e pelos entes federados, possibilitando-se ao Estado proteger as pessoas, geral e sem restrição, ou somente as mais necessitadas, ora com contribuição de forma distributiva e solidária, com critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, na forma de seguro, ora de forma contributiva e solidária.

**PALAVRAS-CHAVE:** Seguridade Social.

Assistência Social. Saúde. Previdência Social.

### **THE STATE AND SOCIAL BENEFITS**

**ABSTRACT:** The Federal Constitution of 1988 introduced as fundamental rights social security, health and social assistance, which makes up social security, universal, uniform and equivalent in social benefits, selectivity and distributivity, irreducibility of the value of the benefits and equity in the form of participation in the costing, financed by the whole society, directly and indirectly, and by the federated entities, enabling the State to protect people, general and without restriction, or only the most needy, sometimes with a distributive and solidary contribution, with criteria that preserve the financial and actuarial balance, in the form of insurance, sometimes in a contributive and supportive way.

**KEYWORDS:** Social Security. Social Assistance. Health. Social Security.

### **1 | INTRODUÇÃO**

O presente trabalho tem a finalidade de, em síntese, mostrar o contexto histórico da Seguridade Social no Brasil, chegando-se até a Constituição Federal de 1988, e suas posteriores reformas, que transformou o sistema de proteção social no Brasil.

Considerado será o funcionamento da previdência social, da saúde, bem como o seu custeio, benefícios e assistência social.

A Seguridade Social é muito importante para o país, pois traz uma proteção aos

indivíduos, com o pagamento de benefícios e assistência social.

Importante destacar a importância do estudo do Direito previdenciário, pois permite o entendimento de vários institutos contemporâneos de seguridade social, na visão da crescente participação do Estado na proteção da sociedade. Constantemente, o Estado tem se preocupado mais com as pessoas no sentido de tentar minimizar os efeitos das adversidades que prejudicam ou diminuem a sua qualidade de vida, como a fome, a doença e a velhice.

No Brasil, o marco inicial da previdência social é o Decreto nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923, que criou, em cada uma das empresas de estradas de ferro existentes no país, uma caixa de aposentadoria e pensões para os respectivos empregados. Ao longo do século XX e início deste século várias foram as alterações ocorridas no sistema previdenciário brasileiro. E o último foi a Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019.

## 2 | ORIGEM DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Em breve síntese, o Direito previdenciário surgiu na Grécia, a partir de sociedades de fins políticos, religiosos e profissionais que estabeleciam assistência mútua entre os sócios visando, principalmente, assegurar a sepultura.

No direito Romano, a Família, por meio do *pater familias*, tinha a obrigação de prestar assistência aos servos e clientes, em uma forma de associação, mediante contribuição de seus membros, de modo a ajudar os mais necessitados, segundo o autor Sérgio Pinto Martins em sua obra (MARTINS, 2015).

O exército romano poupava na proporção de guardar duas partes de cada sete do salário do soldado, dessa forma quando ele se aposentava, recebia as economias junto com um pedaço de terra.

A partir da revolução industrial, iniciada no século XVIII, tendo se expandido pelo mundo a partir do século XIX, desencadeou-se uma intensa otimização da produção, devido à implementação de máquinas, as quais atuavam em escala significativamente superior ao trabalho humano, substituindo-se, desta forma, a manufatura pela chamada maquina fatura. Formaram-se, com isso, a classe que não mais produzia a partir de sua própria obtenção de matéria-prima, desempenhando todo o processo produtivo, mas, sim, trabalhavam para os donos das máquinas, os quais conquistavam todo o lucro.

Se faz mister observar que após a expansão da produção ocorreram inúmeras ocorrências de acidentes de trabalho, bem como do desenvolvimento da sociedade, percebeu-se não poder um ser humano colocar a sua vida em risco, sem que se pudesse resguardar-se de quaisquer infortúnios eminentes. Nesse contexto, a classe operária deu fruto ao Direito Previdenciário.

No Brasil, a Constituição de 1824 foi prevista a criação dos socorros públicos.



Posteriormente, o Ato Adicional de 1834, a Lei nº 16, de 12 de agosto de 1834, atribuiu às Assembleias Legislativas autonomia para legislar sobre as casas de socorros públicos.

Pedro Lenza afirma que “o texto de 1934 sofreu forte influência da Constituição de Weimar da Alemanha de 1919, evidenciando, assim, os direitos humanos de 2ª geração ou dimensão e a perspectiva de um Estado social de Direito (democracia social)”. (LENZA, 2012, p. 51)

Antes disto, no início do século XX, surge um novo conceito de Estado, proveniente da Constituição Mexicana de 1917, que criou os direitos sociais e políticos.

O estado mínimo do liberalismo foi aos poucos sendo substituído pelo Estado Social, buscando uma maior igualdade de oportunidade para todos, mas sem o gigantismo do Estado comunista.

No Brasil, o marco inicial da Previdência Social foi a lei Eloy Chaves (Decreto nº 4682, de 1923), que obrigou os ferroviários ao pagamento mensal durante a velhice, alicerce do modelo atual do pagamento de aposentadorias, pensões e outros benefícios dos setores público e privado.

A Constituição de 1934 determinou que a competência para a União fixar regras de assistência social, dando também aos Estados a responsabilidade para gerir a saúde e a assistência social, além de fiscalizar a aplicação das leis sociais. Contudo, a Constituição mantinha a competência do Poder Legislativo para instituir normas sobre aposentadoria.

Em 1937 foi outorgada uma nova Constituição, no entanto, esta, por ser muito sintética em matéria previdenciária, não evoluiu em relação às outras.

Com a Constituição de 1946 iniciou-se uma sistematização constitucional em matéria previdenciária, incluída no mesmo artigo que versava sobre o Direito do Trabalho. Foi nesta Constituição que surgiu pela primeira vez o termo “Previdência Social”. Previa esta Constituição previa que previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, pagando benefícios em razão da maternidade, da doença, da velhice, da invalidez e da morte.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 10 de dezembro de 1948, assinada pelo Brasil na mesma data, reconhecendo a dignidade humana prescreve, entre outros, direitos fundamentais da pessoa humana, a proteção previdenciária, no seu artigo 25, §1, que (BRASIL, 1948):

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

E no artigo 23, prevê a proteção do trabalho e contra o desemprego (BRASIL, 1948):

§1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

§2. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.

§3. Toda pessoa que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como a sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

§4. Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.

Escreve Canotilho em sua obra (2003, p.393):

Como é sabido, a Declaração de Direitos de 1789 intitulou-se *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Daí que se procurasse distinguir entre direitos do Homem e do Cidadão: os primeiros pertencem ao homem enquanto tal; os segundos pertencem ao homem enquanto ser social, isto é, como indivíduo vivendo em sociedade.

Somente em 1960, foi criada a Lei Orgânica da Previdência Social pela Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, que organiza a previdência social no Brasil com a finalidade assegurar aos seus beneficiários os meios indispensáveis de manutenção, por motivo de idade avançada, incapacidade, tempo de Serviço, prisão ou morte daqueles que dependiam economicamente, bem como a proteção da saúde para o seu bem estar. Passaram a ser segurados todos os que exercessem emprego ou atividade remunerada, a exceção dos servidores públicos civis e militares da União, dos Estados, dos Municípios e dos Territórios, sujeitos a regimes próprios de previdência, bem como os trabalhadores rurais. (BRASIL, Lei n. 3.807,1960).

Em 1966, foi criado o Instituto Nacional da Previdência Social – INPS, pelo Decreto-lei nº 72, de 21 de novembro de 1966, que também unificou os institutos de aposentadoria e pensões, entre os quais o Serviço de Assistência Médica Domiciliar e de Urgência (SAMDU) e o Serviço de Alimentação da Previdência Social (SAPS). (BRASIL, Decreto-lei n. 72,1966).

O INPS era uma autarquia vinculada ao Ministério da Previdência e Assistência Social, encarregado da concessão e da manutenção de benefícios aos empregados e empregadores urbanos e rurais e a seus dependentes. Estes benefícios consistiam em aposentadorias por invalidez, velhice ou tempo e serviço, pensões, auxílios à natalidade, doença e funeral, abonos, pecúlios, salário-família, salários-maternidade e seguros por acidente de trabalho.

O INPS passou a conceder benefícios pecuniários e assistência médico-hospitalar aos trabalhadores urbanos e rurais do setor privado e aos funcionários públicos regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Os Servidores públicos continuaram a manter o seu próprio instituto (Instituto de Previdência e Assistência aos Servidores do Estado).

Os recursos para o INPS provinham das contribuições dos empregados, dos empregadores e da União. Foi extinto pela Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990, no seu

artigo 17, criando o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS (BRASIL, Lei n. 8.029, 1990).

Gomes Canotilho considera que o Estado pode ser menor, mas que continue controlando, devendo assumir a atividade regulativa dos serviços públicos de interesse geral (CANOTILHO, 2003, p. 352):

A liberalização e a privatização dos serviços econômicos de interesse geral não significa, de resto, a despedida do Estado e a inexistência regras públicas. Pelo contrário, os sistemas ou redes de infraestruturas indispensáveis à gestão dos serviços de interesse econômico geral são sistemas próximos do estado e de outras entidades reguladoras (por exemplo, a Comunidade Europeia) assentes em formas mistas de estruturas regulativas, nas quais a autoregulação privada e a intervenção pública regulativa se combinam e ganham eficácia.

### 3 I AS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS

A previdência social, a saúde e a assistência social são direitos fundamentais da Constituição de 1988, incluídos nos direitos sociais previstos no artigo 6º, dentro do título Dos Direitos e Garantias Fundamentais, dispondo que “são os direitos à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”, aqui grifado (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

Entende o mestre Ingo Sarlet ser muito grande a aproximação dos direitos sociais com o da dignidade humana e do mínimo necessário à subsistência (2018. p. 221)

Os direitos sociais (tanto na sua condição de direitos humanos, quanto como direitos fundamentais constitucionalmente assegurados) já pelo seu forte vínculo (pelo menos em boa parte dos casos) com a dignidade da pessoa humana e o correlato direito (e garantia) a um mínimo existencial, surgiram e foram incorporados ao direito internacional dos direitos humanos e ao direito constitucional dos direitos fundamentais como direitos referidos, em primeira linha, à pessoa humana individualmente considerada.

E ainda ressalta (SARLET, 2018, p. 223):

O que há de ser devidamente enfatizado, é a circunstância de que direitos humanos e fundamentais, sejam eles civis e políticos, sejam eles sociais, econômicos e culturais (assim como ambientais, em certo sentido), são sempre direitos referidos, em primeira linha, à pessoa individualmente considerada, e é pessoa (cuja dignidade é pessoal, individual, embora socialmente vinculada e responsiva) o seu titular por excelência.

E em outro momento de sua obra, defende o mestre Ingo Sarlet que (2018, p. 320):

Além disso, poderia referir-se mais uma vez a íntima vinculação entre os direitos a saúde, previdência e assistência social e os direitos à vida e o princípio da dignidade humana, renunciando, nesse particular, a outras considerações a respeito deste aspecto.

Em um outro título, a Constituição Federal de 1988 previu um Estado de bem-estar social, determinando contribuições obrigatórias a toda a sociedade, compreendendo por Seguridade Social o conjunto integrado de ações do Estado e da sociedade, para atender às necessidades básicas do seu povo nas áreas da Previdência Social, Assistência Social e Saúde, conforme disposto no *caput* do artigo 194, da Magna Carta de 1988.

São princípios da Seguridade Social, a cobertura de atendimento universal, benefícios e serviços uniformes e equivalente tanto para a população urbana quanto para a rural, seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços, irredutibilidade dos benefícios, equidade na forma de participação no custeio, diversidade da base de financiamento e caráter democrático e descentralizado, mediante gestão com a participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos Órgãos colegiados.

A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e das contribuições sociais do empregador e de suas empresas (Sobre a folha de salários, sobre a receita e o faturamento (Pis/Cofins), e sobre o lucro (CSLL – contribuição social sobre o lucro líquido), das contribuições sociais do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, isentando a contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral, das contribuições sociais sobre os concursos de prognósticos e sobre o importador de bens e serviços ( BRASIL, Constituição Federal, 1988. art, 195).

A proposta de orçamento da seguridade social será elaborada de forma integrada pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência social e assistência social (BRASIL, Constituição Federal, art. 195, §2º).

Mariza Santos considera que “o objetivo do sistema de proteção social não é a eliminação, mas sim a redução das desigualdades sociais e regionais, por meio da garantia dos mínimos vitais à sobrevivência com dignidade.” (SANTOS, 2012, p. 24).

Os benefícios sociais da seguridade social na Constituição da República de 1988 não tem caráter indenizatório e tem como fundamento a solidariedade.

## **4 | A ASSISTÊNCIA SOCIAL E A SEGURIDADE SOCIAL**

Para Canotilho, o princípio da democracia social implícita no reconhecimento de numerosos direitos sociais (CANOTILHO, 2003, p. 348):

Desde logo, a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º) é considerada noutros países como um princípio objetivo e uma via de derivação política de direitos sociais. Do princípio da igualdade, deriva-se a imposição, sobretudo dirigida ao legislador, no sentido de criar condições sociais que assegurem uma igual dignidade social em todos os aspectos.

Para o mestre José Afonso da Silva, “A assistência social não tem natureza de seguro social, porque não depende de contribuição. Os benefícios e serviços serão prestados a quem deles necessitar” (2017, p. 852).

Traz a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 203 que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social com objetivos a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice, o amparo às crianças e adolescentes carentes, a promoção da integração ao mercado de trabalho, a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência, promovendo a sua integração à vida comunitária e a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a sua própria manutenção (BRASIL, 1998, art. 203).

Como um direito fundamental, a Constituição Federal de 1988, no *caput* do artigo 6º, a assistência aos desamparados, na forma definida na própria constituição, e também dispõe que a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à assistência social (art. 194), trazendo em seu texto a assistência à família do preso (art. 5º, LXIII), assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV), assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até cinco anos de idade em creches e pré-escolas (art. 7º, XXV), assistência pública, proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência (art. 23, II).

A competência de organizar a seguridade social cabe ao Poder público, no entanto, as instituições de assistência social, sem fins lucrativos, têm imunidade de impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços, nos termos da Magna Carta de 1988, art. 150, inciso VI. As entidades beneficentes de assistência social, que atendam às exigências da lei, são isentas da contribuição para a seguridade social (art. 195, §7º).

## 5 I SAÚDE

A saúde é um dos pilares da seguridade social, prevista no artigo 196 da Constituição Federal de 1988, e considerada constitucionalmente com um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas, visando a redução dos riscos de doença e de outros agravos e de acesso universal e igualitário.

A proteção da saúde foi regulamentada pela Lei nº 8.080, de 1990. Pelo seu artigo 2º, “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”. Porém, o dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade, nos termos do parágrafo 2º, do mesmo artigo. A proteção abrange a saúde física e mental, nos termos do art. 3º (BRASIL, Lei n. 8.080, 1990).

De acordo com o artigo 196 da Magna Carta, a proteção

Todos têm o mesmo direito à saúde, sendo ricos ou pobres, segurados ou não da previdência. Todos que vivem no território nacional estão abrigados pelo “grande guarda-chuva da seguridade social”, pois a seguridade social é um direito social, cujo atributo principal é a universalidade, impondo que todos tenham direito a alguma forma de proteção, independentemente de sua condição socio-econômica., como afirma Marisa Santos (2012, p. 88):

O serviço de assistência à saúde é público; deve ser garantido pelo Estado, cuja deficiência ou falta, que acarrete dano para o usuário, pode gerar, para o Poder Público, a obrigação de indenizar.

Para o mestre Ingo Sarlet, em sua obra (2018, p. 221):

A Constituição de 1988, em vários momentos, expressa ou implicitamente, atribuiu a titularidade de direitos sociais a toda e qualquer pessoa, independentemente de sua nacionalidade ou de seu vínculo de maior ou menor permanência com o Brasil, como ocorre, por exemplo, no caso do direito à saúde e da tutela do meio ambiente.

Entende ainda o grande mestre (Sarlet, p. 336):

Consagrado no art. 6º de nossa Constituição, foi nos arts. 196 e ss. Que o direito `saúde encontrou sua maior concretização ao nível normativo-constitucional, para além de uma significativa e abrangente regulamentação normativa na esfera infra-constitucional, com destaque para as leis que dispõe sobre a organização e benefícios do SUS e o fornecimento de medicamentos.

As ações estatais na área de saúde, com o fim do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – INAMPS, passaram a ser de responsabilidade direta do Ministério da Saúde, por meio do Sistema Único de Saúde – SUS, assim definido no artigo 4º, da Lei nº 8.080 (BRASIL, Lei n. 8.080, 1990):

Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS)..

## **6 I A PREVIDÊNCIA SOCIAL**

### **6.1 Regime Geral de Previdência Social -RGPS**

A previsão constitucional para a Aposentadoria no regime geral de previdência social, com redação dada pela Emenda à Constituição nº 20, de 1998, está previsto no artigo 201, que assim prescreve (Brasil, 1988, art. 201):

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de Regime Geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei a:

Para o mestre José Afonso da Silva, os benefícios previdenciários são prestações

pecuniárias aos segurados e a qualquer pessoa que contribua com a previdência social, assim elencados na Magna Carta de 1988, antes da Emenda à Constituição nº 103, auxílios por doença, invalidez, morte, idade avançada, maternidade, especialmente gestante e seguro-desemprego (CF, art. 201, I a III, art. 7º, II e art. 239), salário-família e auxílio reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda (CF, art. 201, IV), pensão por morte do segurado ao cônjuge e dependentes (CF, art. 201, V e §2º), sistema especial de inclusão previdenciária para atender a trabalhadores de baixa renda e àqueles sem renda que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico, no âmbito de sua residência, desde que pertencentes a família de baixa renda, garantindo-lhes benefício de um salário mínimo (Cf, art. 201, §12 e §13) e, finalmente, aposentadoria, que é o mais importante dos benefícios e é direito de todos os trabalhadores, nos termos da CF, art. 7º, XXIV. (SILVA, 2017, p. 848).

Para o mesmo autor, os serviços previdenciários são apenas o serviço social (atividade auxiliar do seguro social e visa a prestar ao beneficiário orientação e apoio concernente a solução de problemas pessoais e familiares) e o de habilitação e de reabilitação profissional, que tem por objetivo proporcionar ao beneficiário incapacitado parcial ou totalmente para o trabalho, e às pessoas portadoras de deficiência os meios para a sua readaptação profissional e social (SILVA, 2017, p. 850).

De acordo com a Magna Carta, art. 201, §7º, é assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nas seguintes condições (BRASIL, Constituição Federal, 1988):

I – Tempo de Contribuição: 35 anos para homem, e 30 anos, para mulher;

II – Idade: 65 anos para homem, e 60 anos para mulher, reduzindo em 5 anos o limite para trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.

Para os professores da educação infantil e ensino fundamental, a Magna Carta de 1988, no seu art. 201, §8º, dispõe que “o requisito do inciso I do §7º será reduzido em 5 (cinco) anos, para o professor que comprove tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio fixado em lei complementar” (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

## **6.2 Regime Geral de Previdência Social – Após Emenda à Constituição nº 103, de 2019**

Após a reforma da previdência aprovada pela Emenda à Constituição nº 103, de 12 de novembro de 2019 (EC 103/2019), onde a previsão constitucional para a Aposentadoria constante do art. 201, passou a ter a seguinte redação, com vigência a partir da data de sua publicação, sendo que no que se refere ao aumento de alíquota da contribuição a vigência se dará 90 dias após a publicação da referida Emenda, obedecendo o disposto na limitação do poder de tributar previsto na Magna Carta, artigo 195, §6º (Brasil, 1988):

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de Regime Geral

de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a:

Após a Emenda à Constituição nº 103, de 2019, estão assim elencados no artigo 201 da Magna Carta de 1988, cobertura dos eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho e idade avançada, maternidade, especialmente gestante, seguro-desemprego (CF, art. 201, I a III), salário-família e auxílio-reclusão, para dependentes de segurados de baixa renda, (CF, art. 201, IV), pensão por morte do segurado ao cônjuge e dependentes (CF, art. 201, V).

A EC 103/2019 alterou o §7º do art. 201 para as seguintes condições:

I – Idade: 65 anos para homem, e 62 anos para mulher, observado o tempo mínimo de contribuição;

II - Idade: 60 anos para homem, e 55 anos para mulher, para os trabalhadores rurais e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.

A EC 103/2019 alterou o §8º do art. 201 para o que segue:

O requisito, do inciso I do §7º, será reduzido em 5 anos, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio fixado em lei complementar.

A EC 103/2019 incluiu os trabalhadores que se encontrem na situação de informalidade no §12º do art. 201.

### **6.3 Regime Próprio de Previdência Social – RPPS**

A previsão constitucional para a Aposentadoria dos servidores públicos de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluindo as suas autarquias e fundações, encontra-se previsto na Constituição Federal de 1988, artigo 40, alterado pela Emenda Constitucional nº 41, de 19/12/2003, e Emenda Constitucional nº 47, de 2005, assegurando-se o regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo Ente Público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados o equilíbrio financeiro e atuarial:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

A contribuição previdenciária, tanto de trabalhadores (RGPS), quanto de servidores públicos (RPPS), em relação ao custeio, tem que respeitar o objetivo previsto na Magna Carta, art. 194, V, que é o princípio da equidade, somando a este o caráter solidário



do sistema, no âmbito do Regime Próprio dos Servidores Públicos, trago pela Emenda Constitucional nº 41, de 2003, trazendo a contribuição dos inativos. Já o feito contributivo do Sistema veio com a Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, baseado, já não mais no ‘tempo de serviço’, mas no tempo de contribuição, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

Originalmente, a Constituição Federal de 1988 trouxe sistema previdencial de teor solidário e distributivo, no qual a comprovação de ‘tempo de serviço’, sem limite de idade, era uma das condições do direito ao benefício. Seu cunho solidário e distributivo vinha sobretudo de os trabalhadores em atividade subsidiarem, em certa medida, os benefícios dos inativos.

A justificativa oficial da Emenda Constitucional nº 103/2019 para a reforma do Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) procurou sustentar o argumento de que existia um desequilíbrio financeiro e atuarial no sistema. A justificativa oficial, contudo, não se sustenta, por não ter havido demonstração do *desequilíbrio* financeiro e, em particular, atuarial do RPPS que exigisse nova reforma

Os tempos de aposentadoria para o Regime Próprio e Previdência Social serão os seguintes, nos termos do art. 40, §1º, da Magna Carta de 1988:

- a. Os servidores públicos serão aposentados por invalidez permanente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto os decorrentes de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável (Art. 40, §1º, I);
- b. Compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 70 anos de idade, ou aos 75 anos de idade, na forma da lei complementar (Art. 40, §1º, II);
- c. Voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de 10 anos de efetivo exercício no serviço público e 5 anos no cargo efetivo, com proventos integrais, aos 60 anos de idade e 35 anos de contribuição, para homem, e, 55 anos de idade e 30 de contribuição, para mulher (art. 40, §1º, III, “a”);
- d. Voluntariamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, 65 anos de idade, se homem, e 60 anos de idade, se mulher (art. 40, §1º, III, “b”);
- e. Os requisitos de idade e de tempo de contribuição serão reduzidos em 5 anos, em relação ao disposto no art. 40, §1º, III, “a”, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio (art. 40. §5º).

Obedece ainda o Regime Próprio de Previdência Social as condições seguintes tais como vedação a adoção de critérios e requisitos diferenciados para a concessão de aposentadoria, exceto aos portadores de deficiência, aos que exerçam atividades de risco e cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física (art. 40, §4º), a lei disporá sobre a concessão de pensão por morte, que

será igual ao valor da totalidade dos proventos do servidor falecido, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do RGPS, acrescido de 70% da parcela excedente a este limite, caso aposentado na data do óbito (art. 40, §7º, I), e ao valor da totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu o falecimento, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do RGPS, no caso em atividade na data do óbito (art. 40, §7º, II), o tempo de contribuição federal, estadual ou municipal será contado para efeito de aposentadoria (art. 40, §9º), no caso de instituição de regime de previdência complementar pela União, Estados, DF e Municípios estes estarão limitados ao teto estabelecido no RGPS (art. 40, §14), incidirá contribuição sobre os proventos de aposentadoria e pensões concedidas que superem o limite máximo estabelecido pelo RGPS (art. 40, §18), fará jus ao abono permanência o servidor que tenha completado as exigências para a aposentadoria voluntária e permanecer em atividade (art. 40, §19) e vedada a existência de mais de um regime próprio para servidores titulares de cargos efetivos (art. 40, §20).

#### **6.4 Regime Próprio de Previdência Social – Após Emenda à Constituição nº 103, de 2019**

Após a reforma da previdência aprovada pela Emenda à Constituição nº 103, de 12 de novembro de 2019 (EC 103/2019), onde a previsão constitucional para a Aposentadoria para o Regime Próprio de Previdência Social, constante do art. 40, passou a ter a seguinte redação, com vigência a partir da data de sua publicação, sendo que no que se refere ao aumento de alíquota da contribuição a vigência se dará 90 dias após a publicação da referida Emenda, obedecendo o disposto na limitação do poder de tributar previsto na Magna Carta, artigo 195, §6º (Brasil, 1988, p. 35):

Art. 40. O regime próprio de previdência social dos servidores titulares de cargos efetivos terá caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente federativo, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

Os tempos de aposentadoria para o Regime Próprio e Previdência Social tiveram as seguintes alterações, nos termos do art. 40, §1º:

- I Os servidores públicos serão aposentados por incapacidade permanente, quando insuscetível de readaptação, hipótese em que será obrigatória a realização de avaliações periódicas para verificação da continuidade das condições que ensejaram a concessão de aposentadoria, na forma da lei do respectivo ente federativo (Art. 40, §1º, I);
- II No âmbito da União, aos 62 anos de idade, se mulher, e aos 65 anos de idade, se homem, e, no âmbito dos Estados, do DF e dos Municípios, na idade mínima estabelecida mediante emenda às respectivas Constituições e Leis Orgânicas (art. 40, §1º, III);
- III Os requisitos de idade e de tempo de contribuição serão reduzidos em 5 anos, em relação ao disposto no art. 40, §1º, III, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de

magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, fixado em lei complementar do respectivo ente federativo (art. 40, §5º).

Os proventos de aposentadoria não poderão ser inferiores ao valor mínimo ou superior ao limite máximo estabelecido para o Regime Geral de Previdência Social, observados o disposto no §§14 a 16 (art. 40, §2º), vedação a adoção de critérios e requisitos diferenciados para a concessão de aposentadoria, exceto aos portadores de deficiência, aos ocupantes do cargo de agente penitenciário, de agente sócio-educativo ou de policial dos órgãos de que tratam o inciso IV do art. 51, o inciso XIII do art. 52 e os incisos I a IV do art. 144, e para os servidores que tenham atividades exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde (art. 40, §4º, §4º-A, §4º-B e §4º-C), a lei disporá sobre a concessão de pensão por morte, que deverá observar o §2º, do artigo 201 (art. 40, §7º), o tempo de contribuição federal, estadual ou municipal será contado para efeito de aposentadoria (art. 40, §9º), no caso de instituição de regime de previdência complementar pela União, Estados, DF e Municípios estes estarão limitados ao teto estabelecido no RGPS e deverá obedecer ao disposto no art. 202 (art. 40, §§14 e 15).

Veda a EC nº 103 a instituição de novos regimes de previdência social e a lei complementar federal estabelecerá as normas gerais de organização e todos os seus outros aspectos (art. 40, §22 e seus incisos).

## 6.5 Regras de Transição no Regime Próprio de Previdência Social

Cumprir destacar que as emendas constitucionais anteriores que alteraram as regras para aposentadoria, tais como EC nº 47, de 2005, EC nº 41, de 2003 e EC nº 20, de 1998, trouxeram regras de transição para aqueles que já estavam no serviço público à época de suas respectivas edições, de modo que muitos servidores já estavam muito próximos de cumpri-las quando da promulgação da EC 103, de 2019 e destes está sendo exigido tempo adicional bastante excessivo. A falta de regras de transição na EC 103, de 2019 afetou a segurança jurídica sendo desproporcional com os que já estavam prestes a cumprir o tempo para a aquisição de aposentadoria nas regras trazidas pela legislação anterior.

Protege a Constituição Federal de 1988 com a segurança jurídica que expressamente prevê no artigo 5º, inciso XXXVI, que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, bem como a vedação da retroatividade de lei penal (inciso XL) e tributária.

Para o prof. Ingo Sarlet, o legislador constituinte Reformador, tem que respeitas as limitações impostas pela própria Constituição, em sua obra (SARLET, 2018, p. 436):

Na esteira de Sieyés, referiu-se que o Legislador Constitucional (Poder Constituinte Reformador) não pode, ele próprio, alterar as normas que definem os limites de sua competência, sob pena de guindar-se ilegitimamente à posição do Poder Constituinte, ressalvadas, evidentemente, as hipóteses nas quais a Constituição autoriza expressamente a modificação e/ou supressão das cláusulas sobre os limites da reforma, o que se aplica aos limites formais

e temporais (circunstanciais), em face do risco de uma flexibilização da rigidez constitucional.

Determina a Magna Carta de 1988, que os direitos e garantias individuais não podem ser objeto de deliberação de Emendas Constitucionais (CF, art. 60, §4º, IV).

Considera o mestre prof. Ingo Sarlet que a proibição do retrocesso está relacionada com as limitações constitucionais dos direitos adquiridos, dos atos jurídicos perfeitos e da coisa julgada, afirmando-se a segurança jurídica, como um direito e garantia individual (SARLET, 2018, 454).

Assim conclui o doutrinador Ingo Sarlet (2018, p. 454):

A partir do exposto, verifica-se que a proibição do retrocesso, mesmo na acepção mais estrita aqui enfocada, também resulta diretamente do princípio da maximização da eficácia de (todas) as normas de direitos fundamentais. Por via de consequência, o artigo 5º. §1º, da nossa Constituição, impõe a proteção efetiva dos direitos fundamentais não apenas contra a atuação do poder de reforma constitucional (em combinação com o artigo 60, que dispõe a respeito dos limites formais e materiais às emendas constitucionais), mas também contra o legislador ordinário e os demais órgãos estatais (já que medidas administrativas e decisões jurisdicionais também podem atentar contra a segurança jurídica e a proteção da confiança), que, portanto, além de estarem incumbidos de um dever permanente de desenvolvimento e concretização eficiente dos direitos fundamentais (inclusive e, no âmbito da temática versada, de modo particular os direitos sociais) não pode – em qualquer hipótese – suprimir pura e simplesmente ou restringir de modo a invadir o núcleo essencial do direito fundamental ou atentar, de outro modo a invadir o núcleo essencial do direito fundamental ou atentar, de outro modo, contra as exigências da proporcionalidade.

O mestre Celso Antônio Bandeira de Melo considera que (2017, p. 127):

Este princípio não pode ser radicado em qualquer dispositivo constitucional específico. É, porém, da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo.

E continua o ilustre mestre: (MELO, 2017, p. 128):

O Direito propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da “segurança jurídica”, o qual, bem por isto, se não é o mais importante dentro de todos os princípios gerais de Direito, é, indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles.

(...)

Esta “segurança jurídica” coincide com uma das mais profundas aspirações Homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano.

## 71 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a aprovação e promulgação da Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019, que modificou o sistema de previdência social, alterando normas constitucionais sobre o tema, desconstitucionalizando determinados aspectos da matéria, estabelecendo disposições supletivas transitórias, aguardando o disciplinamento infraconstitucional superveniente, e fixando regime de transição para os servidores federais que houvessem ingressado no serviço público em cargo efetivo até a data da entrada em vigor da referida emenda ou que houvessem se filiado ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS) até essa mesma data.

A referida Emenda da Reforma da Previdência trouxe significativas mudanças no regime previdenciário dos trabalhadores em geral (RGPS) e dos servidores públicos federais em particular (RPPS), descentralizando-se normas a respeito da idade mínima, do tempo de contribuição e dos demais requisitos para a concessão de aposentadoria para os servidores dos Estados, DF e Municípios, além da majoração e instituição da progressividade das alíquotas da contribuição previdenciária para servidores públicos ativos, aposentados e seus pensionistas, do aumento da base de contribuição dos servidores aposentados e seus pensionistas, bem como da possibilidade de instituição de contribuição extraordinária, no caso de déficit atuarial, das novas regras de transição aplicáveis aos servidores públicos, da redução do valor das pensões por morte devidas aos dependentes dos servidores públicos, da suposta nulidade das aposentadorias com a utilização de tempo de serviço ficto (§ 3º do art. 25 da EC nº 103), da diferenciação na forma de cálculo dos benefícios para mulheres filiadas ao RGPS, relativamente às servidoras públicas federais (RPPS), do enfraquecimento de direitos fundamentais sociais, de natureza previdenciário-constitucional.

Outro propósito da EC nº 103/19, explicitado na Exposição de Motivos da PEC nº 6, da qual se originou, foi o de promover a convergência entre os dois regimes previdenciários (RGPS e RPPS), acomodando-se a situação dos servidores atuais mediante a estruturação de regimes de transição, alternativos à aplicação das novas regras.

Em face disso, muitas são as ações no Judiciário para questionar a constitucionalidade das várias mudanças no sistema previdenciário trago pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019, incluindo ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (art. 103, inciso IX, da CF).

O que mais motivou estas ações é o fato da Constituição Federal de 1988, ser rígida, onde assume importante cláusula restritiva à sua alteração, quando prescreve no inciso IV, do §4º, do artigo 60 da Constituição de 1988, impedindo que sequer seja objeto de deliberação de proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais, aqui incluídos o direito à segurança jurídica, a vedação de retrocesso em matéria de direitos fundamentais sociais, as garantias constitucionais do contribuinte em face do

poder de tributar, a exigência de razoabilidade ou proporcionalidade no tocante a normas, constitucionais ou legais, que impactem significativamente os direitos de liberdade ou de natureza patrimonial.

De acordo com o prof. Elival Ramos, acata o que a doutrina amplamente aceita, afirmando que há vício de inconstitucionalidade formal quando o ato normativo fiscalizado desrespeita as normas-parâmetro que disciplinam o processo legislativo, ao passo que se identifica o vício de inconstitucionalidade material quando há desconformidade entre o conteúdo normativo da lei e o conteúdo normativo da Constituição (RAMOS, 1994, p. 149).

No mesmo sentido, já se posicionou o Supremo Tribunal Federal - STF, em jurisprudência que da referida Corte, acórdão relativo ao julgamento da Medida Cautelar na ADI nº 2.362/DF, de relatoria do ministro Ayres Brito, proposta pelo Conselho Federal da OAB, tendo por objeto o artigo 2º da EC nº 30, de 13 de setembro de 2000, que acrescentou o artigo 78 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, autorizando o parcelamento de precatórios:

3. A eficácia das regras jurídicas produzidas pelo poder constituinte (redundantemente chamado de "originário") não está sujeita a nenhuma limitação normativa, seja de ordem material, seja formal, porque provém do exercício de um poder de fato ou suprapositivo. Já as normas produzidas pelo poder reformador, essas têm sua validade e eficácia condicionadas à legitimação que recebam da ordem constitucional. Daí a necessária obediência das emendas constitucionais às chamadas cláusulas pétreas.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição Federal, 1988, Acesso em 18/03/2021. disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)

BRASIL. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Acesso em 18/03/2021. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>

BRASIL. Decreto n. 4.682, 1923. Crea, em cada uma das empresas de estradas de ferro existentes no país, uma caixa de aposentadoria e pensões para os respectivos empregados. Acesso em 18/03/2021. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/historicos/dpl/DPL4682-1923.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/DPL4682-1923.htm).

BRASIL, Decreto-lei n. 72, 1966. Acesso em 18/03/2021. disponível em

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/del0072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0072.htm)

BRASIL. Emenda à Constituição n. 103. 2019. Acesso em 18/03/2020.

Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm).

BRASIL. Lei n. 3.807, 1960. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social. Acesso em 18/03/2021. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/l3807.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l3807.htm).

BRASIL. Lei nº 8.029. 1990. Dispõe sobre a extinção e dissolução de entidades da administração Pública Federal. Acesso em 18/03/2021.

Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/l8029.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l8029.htm).

BRASIL. Lei nº 8.080. 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. Acesso em 18/03/2021.

Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l8080.htm).

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra Portugal: Ed. Almediana, 2003.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 16. ed. ed. Saraiva: São Paulo. 2012

MARTINS, Sergio Pinto. Direito da Seguridade Social. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

RAMOS, Elival da Silva. A Inconstitucionalidade das Leis: Vício e Sanção. Saraiva: São Paulo, 1994.

SANTOS, Marisa Ferreira. Direito Previdenciário. 8. ed. Saraiva: São Paulo, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 13. ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2018.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 42.ed. Malheiros: São Paulo, 2017

## MEDIAÇÃO NA SAÚDE SUPLEMENTAR: O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A LEI 13.140/2015 ANTE A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO CAMPO PRIVADO

*Data de aceite: 01/11/2021*

*Data de submissão: 19/10/2021*

### **Francisco Miranda Pinheiro Neto**

Mestre em Direito Constitucional nas Relações Privadas com Ênfase em Saúde, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (PPGD Unifor); Especialista em Direito Processual Civil, em Direito Contratual e em Direito e Processo do Trabalho. Ex-Conselheiro da OAB-CE. Consultor Jurídico do Grupo de Educação e Estudos Oncológicos (GEEON). Advogado e Professor Universidade de Fortaleza (UNIFOR) Fortaleza - Ceará  
<http://lattes.cnpq.br/9273941188388269>

**RESUMO:** Diante das transformações da sociedade contemporânea, bem como dos conflitos cada vez mais complexos que se apresentam perante o Judiciário, as estruturas resolutivas ordinárias não mais atendem a contento os problemas atuais. Nesta perspectiva é que se viu necessário o estudo e utilização de outros modelos de resolução de conflitos diferenciados, capazes de cotejar as novas demandas trazidas ao Judiciário, com destaque para a mediação de conflitos. A mediação de conflitos se apresenta como uma possível saída para resolver a tensão entre inúmeros problemas que, todos os dias, se acumulam no Judiciário, com destaque, neste trabalho, para os conflitos que envolvem o direito à saúde suplementar.

O reconhecimento da saúde como direito fundamental do cidadão vem conduzindo um aumento, por vezes exagerado, da judicialização, ou seja, uma crescente intervenção do Judiciário no campo da saúde privada, normalmente para conceder medicamentos ou tratamentos, por vezes até sem a devida comprovação científica de sua eficácia ou dos riscos inerentes à sua utilização. Sendo assim, este trabalho visa, portanto, examinar o papel da mediação de conflitos como alternativa à judicialização da saúde.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito à saúde; Saúde Suplementar; Judicialização; Mediação de conflitos.

### MEDIATION IN SUPPLEMENTARY HEALTH: THE NEW CIVIL CODE PROCEDURE AND LAW 13,140/2015 BEFORE THE JUDICIALIZATION OF HEALTH IN THE PRIVATE FIELD

**ABSTRACT:** Faced with the transformations of contemporary society, as well as with the increasingly complex conflicts before the Judiciary, the ordinary resolute structures no longer satisfied the present problems with satisfaction. In this perspective, it was necessary to study and use other models for the resolution of different conflicts, capable of comparing the new demands brought to the Judiciary, especially the mediation of conflicts. Conflict mediation presents itself as a possible solution to solve the tension between numerous problems that accumulate every day in the Judiciary, highlighting in this work the conflicts that involve the right to supplementary health. The recognition of health



as a fundamental right of the citizen has led to an increase, sometimes exaggerated, of the judicialization, that is, a growing intervention of the Judiciary in the field of private health, usually to grant medicines or treatments, without proper scientific proof of their effectiveness, to the consumer. Therefore, this paper aims to examine the role of conflict mediation as an alternative to judicialization.

**KEYWORDS:** Right to Health; Supplementary health; Judiciary; Mediation of conflicts.

## INTRODUÇÃO

O trabalho em tela, cujo tema central aborda a mediação na saúde suplementar tem por escopo estudar a utilização da mediação, regulamentada pela lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015, cuja aplicação foi, com o novo código de processo civil – Lei 13.105 de 16 de março de 2015 – inegavelmente estimulada, na solução de conflitos jurídicos envolvendo questões ligadas à prestação de saúde suplementar pelas operadoras de planos de saúde. A mediação deverá se dar através da utilização e adoção de critérios técnicos devidamente balizados pelos órgãos de controle governamentais nacionais, pela prática médica, ou mesmo pelas mais modernas pesquisas referendadas por institutos internacionais de inegável saber científico de modo a se buscar, na verificação da eficácia científica, preceitos que possam auxiliar para o deslinde do litígio.

Para tanto necessário que sejam estudados temas relevantes para o desenvolver do trabalho. Sendo assim no primeiro capítulo se abordará a história da efetivação do direito à saúde na organização estatal brasileira, bem como a sua inserção constitucional como direito fundamental, além do enfoque na saúde privada e as relações entre o sistema público e privado de saúde.

Empós, pretende-se dissertar acerca da história da mediação no ordenamento pátrio; da legislação referente à mediação; da mediação apresentada pelo novo código de processo civil; da efetiva utilização da mediação na solução dos conflitos ligados ao direito à saúde suplementar, através da utilização e aplicação do novo código de processo civil; as diretrizes legais nacionais; da apreciação de estudos científicos nacionais e internacionais de entidades respeitadas na comunidade científica e ainda acerca da relevância do fator humano.

A metodologia utilizada será a analítica, empírica e crítica vez que se pretende realizar pesquisa bibliográfica, documental, doutrinária, legislativa e jurisprudencial mediante análise reflexiva e analítica, através da leitura de acórdãos e decisões balizadoras do tema, bem como através da literatura especializada e do conteúdo disponível na rede mundial de computadores.

Quanto à análise legislativa e doutrinária a ser realizada, levar-se-á em especial consideração a aplicação da mediação na solução dos conflitos atinentes ao tema, notadamente em função da prolação do Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015.

## 11 A HISTÓRIA DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NA ORGANIZAÇÃO ESTATAL BRASILEIRA

A história do direito à saúde no Brasil no século XX é marcada por significativas mudanças. Desde a era Vargas até a realização da 8ª Conferência Nacional de Saúde e sua materialização pela Constituição Federativa de 1988, a prestação da saúde à população sofreu alterações de elevada importância.

Até o início do século XX o tratamento de saúde pública era disponível apenas a uma parcela bastante restrita da população. Todavia, devido a expansão das indústrias cafeeiras no período entre 1900 e 1920, iniciaram-se medidas de ações sanitárias e controle de endemias, concentrando-se a medicina pública basicamente na prestação de ações sanitárias.

Com o início dos governos republicanos – notadamente após a convocação do médico-sanitarista Oswaldo Cruz pelo governo federal, em 1913 – foi implantado o *Modelo Sanitarista*, com um incremento dos recursos destinados à área, mas sem quaisquer modificações objetivas. Tal situação perdurou até a promulgação da Lei Elói Chaves (Decreto nº 4.682 de 24 de janeiro de 1923). Considerada a mãe da Previdência Social no Brasil e dos Planos de Saúde, e ainda, criadora das chamadas Caixas de Aposentadorias e Pensões, o diploma contribuiu, ainda que indiretamente, para o início da organização do movimento trabalhista brasileiro, face à coordenação de diversos movimentos de categorias profissionais haverem se unido na busca da criação de suas próprias Caixas.

Apenas no início da era Vargas, nos anos 1930, com a criação do Ministério da Educação e Saúde, iniciou-se uma política de saúde, de caráter nacional, ofertando condições sanitárias mínimas através do sistema campanhista, cujas políticas não respeitavam, necessariamente, a autodeterminação individual.

Já no início do Regime Militar iniciado em 1964, a rede de saúde privada sofreu expansão devido ao aporte de recursos públicos. Foi criado ainda o Instituto Nacional da Previdência Social (INPS), que resultou da fusão dos institutos de aposentadoria e pensão, órgão que veio a possuir o terceiro maior orçamento da nação.

Através do INPS, o custeio da saúde privada pela verba pública experimentou bastante incremento, em um sistema bastante parecido com o que hoje se entende por saúde complementar. Por outro lado, a década de 1950 marcou o início do crescimento do mercado de planos de saúde privada, notadamente em face do custeio público aos prestadores de saúde privada, dando início ao que hoje conhecemos como saúde suplementar.

Essa concentração de poder e renda foi ainda majorada com a criação do Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS). Foi criado também o Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Social (FAS), através da Lei 6.169 de 09 de dezembro de 1974, que fomentou o desenvolvimento de projetos do setor público na área de saúde, saneamento,

educação, trabalho, previdência e assistência social.

Nos anos 1980 a recessão econômica tomou conta do país, assinalando o fenecimento do chamado “milagre econômico”, levando a uma crise no setor de saúde e ao acentuado grau de desenvolvimento de doenças epidemiológicas. A crise atingiu os modelos de seguridade social e o privatizante, levando ao surgimento do Movimento Sanitário que *“difundia um novo paradigma científico com a introdução das disciplinas sociais na análise do processo saúde-doenças”*.

Com o início dos governos republicanos pós regime de exceção, o Movimento Sanitário e diversos profissionais e expertos da área findaram por convocar a VIII Conferência Nacional da Saúde, verdadeiro embrião do que hoje é o Sistema Único de Saúde (SUS).

Motivada por diversos movimentos sociais, em 1988 foi promulgada a Constituição Federal que, em vários de seus artigos, dentre estes os arts. 5º, caput, 6º, caput e 196 *usque* 200, traz referências aos direitos e deveres concernentes à saúde. Nestes artigos está positivado o direito à saúde como direito fundamental, e está cristalizado formalmente o dever do ente público em provê-la e garantir o seu acesso universal e igualitário.

No art. 5º, a Constituição, consagrando o princípio da igualdade entre as pessoas, garante a inviolabilidade de diversos direitos, dentre eles o direito à vida. Deste decorre, naturalmente, entre outros, o direito à saúde, pois sem saúde é impossível que seja totalmente efetivado o direito à vida.

Assim, é compreensível que a proteção do art. 5º seja também desempenhada aos direitos sociais previstos no art. 6º. Tal amparo decorre justamente da mutação social levada a efeito pela transformação do Estado Liberal Legalista em um Estado Social Principiológico e Humanista, sendo legítima a destinação da proteção constitucional de direito fundamental à educação, ao trabalho, à moradia e à segurança, dentre outras garantias.

Já o art. 196 expõe entendimento, aceito plenamente pela doutrina e pela jurisprudência, de que o Estado é responsável pela proteção à saúde. E não apenas o Estado, mas também a população como um todo, encontra-se imbuída da realização, exigência e fiscalização de políticas sociais e econômicas conducentes à preservação da saúde. E mais, que tal direito deve ser universal e igualitário, respeitando a dignidade da pessoa humana.

Ademais, fundamental observar que a saúde não é exclusividade estatal, consoante previsão do art. 199 da Constituição Federal de 1988, que prevê a participação do setor privado na assistência à saúde. Isso pode ocorrer de duas formas: através da saúde complementar e da saúde suplementar.

A participação do ente privado como provedor da saúde complementar é prevista

---

1 BERTOLOZZI, Maria Rita; GRECO, Rosângela Maria. As políticas de saúde pública no Brasil: reconstrução, história e perspectivas atuais. Revista da Escola de Enfermagem da Universidade de São Paulo, v. 30, n. 3, p. 380-398, dez. 1996.

pelo parágrafo primeiro do art. 199 da Constituição Federal de 1988, que diz: “§ 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos”. Tal atividade funciona, na prática, através do atendimento, nos hospitais da rede privada, mediante o financiamento pelo Sistema Único de Saúde.

Por sua vez, o funcionamento da saúde suplementar se dá através do fornecimento de serviços de saúde na modalidade exclusivamente privada, com o custeio dos serviços e produtos exclusivamente pelo particular ou através de convênios particulares, planos privados de assistência à saúde, que se organizam nas modalidades de cooperativas, autogestão, filantropia, seguradoras dentre outros e que se encontra regulamentada, especificamente, pela Lei 9.656 de 3 de junho de 1998. Tal prestação encontra ainda regulamentação através das disposições legais e da Agência Nacional de Saúde (ANS).

Tais dispositivos, juntamente com o artigo 200 do mesmo diploma, que delimita as atribuições do Sistema Único de Saúde (SUS), definem e asseveram o acesso universal e igualitário à saúde como direito e dever fundamental positivado em nosso ordenamento jurídico. Com efeito, o direito à saúde resta insculpido na Lei Maior como direito e dever do indivíduo e dever do Estado, cabendo ao Ente Público a prestação de ações e serviços necessários à sua efetivação, sendo, pois, considerado por Ingo Sarlet<sup>2</sup> como um direito “*fundamentalíssimo*” da pessoa humana.

Após a Constituição, e mais notadamente nos anos 2000, a intervenção do Judiciário na Saúde Pública e Privada experimentou um forte crescimento. Isso se deu, notadamente, no sentido de se impor obrigações aos entes públicos e privados para prestação de serviços e fornecimento de produtos na área de saúde, dando origem ao fenômeno conhecido como Judicialização da Saúde<sup>3</sup>.

Por sua vez, a regulamentação da prestação suplementar dos planos de saúde, que seu deu pela lei 9.656 de 3 de junho de 1998, definiu as regras de funcionamento do setor e sua relação com os usuários finais. Ocorreu ainda a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), cuja competência é regulada pela Lei 9.961 de 28 de janeiro de 2000.

Todavia, cumpre destacar que relação entre os usuários e os planos de saúde também deve, logicamente, obediência à Constituição Federal e à legislação consumerista. Em face disso, não é difícil a fundamentação de decisões judiciais que, ao propósito de determinarem a concessão de produtos ou serviços negados contratualmente pelos planos de saúde, possam estar afetando a uma lógica econômica que, também, leva em

2 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

3 Importante destacar que o Conselho Nacional de Justiça, através do “Justiça Pesquisa”, editou o resultado de uma extensa pesquisa, realizada entre 2013 e 2014, pelo projeto “Estudo multicêntrico sobre as relações entre sociedade, gestão e judiciário na efetivação do direito à saúde”, onde chegou-se a números assustadores. Foram encontrados, assim, apenas no Tribunal de Justiça de São Paulo, 26.838 processos, sendo desse total, 10.940 processos de saúde pública, enquanto 9.485 processos foram de saúde suplementar. (BRASIL. Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiências. coord. Felipe Dutra Asensi e Roseni Pinheiro. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015)

consideração o direito à saúde – não apenas o individual, mas o do universo de usuários utilizadores do sistema suplementar de saúde.

Por outro lado, inclusive devido ao notório abarrotamento de lides judiciais, à indiscutível demora nos julgamentos e à premente necessidade de, diante mesmo da globalização, uma maior agilidade e celeridade na solução de conflitos, ganhou bastante força o instituto da mediação na busca da solução de conflitos.

Sendo assim, adiante se estudará o instituto da mediação de conflitos, bem como sua ascensão com o Novo Código de Processo Civil, além da relação entre a mediação e o direito à saúde suplementar, levando em conta a inegável necessidade de uma racionalização da intervenção judicial nesse campo da saúde.

## 21 A MEDIAÇÃO NO ORDENAMENTO PÁTRIO

O Direito, enquanto ciência social, não pode ser estanque. Ao contrário, deve ser sensível a toda e qualquer alteração. A partir da mutabilidade da realidade subjacente, as regras previstas em leis, bem como a exegese do aplicador na formação da norma, precisam ser revistas com certa frequência, para melhor atender àquilo que emerge da sociedade. Trata-se de uma necessidade precípua do Direito!

Nesse constante processo de adequação do *dever ser* ao *ser*, a revisão dos institutos jurídicos e das funções estatais é imprescindível. Por outro lado, a busca do bem-estar do homem deve ser o ponto de referência e a força motriz a impulsionar o Direito. Atender aos direitos, interesses e bem-estar da sociedade deve ser a bússola de orientação da legislação – e de sua interpretação.

Nessa mesma linha de intelecção, tendo em vista que o princípio da eficiência ganhou *status* constitucional, os modelos estatais não podem ter sua manutenção assegurada à despeito da efetividade do serviço público, seja em termos qualitativos ou quantitativos. Essa percepção da necessidade de mudança do Direito diante da ruptura com o modernismo jurídico aproxima-se da transformação que deve ser operada no Poder Judiciário. A crise que assola o Judiciário há algum tempo reflete a fragilidade do paradigma moderno, ultimando a revisão desse perfil.

Em descompasso com o que se apresentava na maioria dos tribunais, era preciso um modelo democrático de resolução de conflitos, com um processo não necessariamente rígido, no qual a atividade hermenêutica do aplicador da norma considerasse todas as vicissitudes do caso concreto, permitindo, por ser salutar, a participação dos envolvidos na construção do consenso pretendido. Apostando nessa revisão metodológica, que seria capaz de cotejar os direitos fundamentais, os meios alternativos de resolução de conflitos se destacaram, importando ao presente estudo especialmente a figura da mediação.

A mediação destaca-se como um meio eficaz na resolução de determinados tipos de conflitos, de acordo com suas naturezas ou com as relações entre os interessados,

porque, além de oferecer resultado por meio de respostas mais eficazes e céleres, é capaz de transformar a cultura do litígio em uma cultura pacificadora. A discussão da mediação na atualidade e de suas implicações na mudança da forma que se pretende resolver os conflitos, portanto, importa ao Direito se considerado que seu principal objetivo é dirimir conflitos de maneira justa e zelosa, de acordo com uma abordagem sistemática dos procedimentos de resolução adequada à principiologia constitucional.

A mediação de conflitos aparece, assim, como um mecanismo eficaz na resolução de divergências e discórdias, destacando-se por ser uma prática inclusiva e ter como objetivo o desenvolvimento e fortalecimento de uma cultura pacificadora. Propõe-se uma nova visão onde a restauração das relações e do indivíduo como um todo, seja base para a construção de um país mais justo que preserve as relações, a cidadania e a sociedade.

## **2.1 A emergência da mediação como método alternativo de resolução conflitos no Novo Código de Processo Civil**

A mediação de conflitos, nos últimos anos, vem se destacando como um importante instrumento de solução rápida, eficaz e pacífica de litígios, quer ocorram na área judicial ou extrajudicial. Salienta-se que a Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, do CNJ - Conselho Nacional de Justiça foi quem impulsionou os meios consensuais de resolução de conflitos a estarem inseridos no contexto judicial. A incumbência dada aos órgãos judiciários de oferecer mecanismos de soluções de controvérsias em muito estimulou a prática da mediação.

Nesse sentido, cabe-nos destacar que a Resolução nº 125 fomentou a criação pelos Tribunais de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, além da determinação para os juizados da criação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, incumbidos de realizarem as sessões de mediação pré-processuais.

À época em que a Resolução nº 125 entrou em vigor, no Senado tramitava o Projeto de Lei nº 166/2010 tratando do Novo Código de Processo Civil, mais tarde sendo substituído pelo Projeto nº 8.046/2010 e aprovado em 17 de dezembro de 2014 pelo Poder Legislativo. No Novo Código já era perceptível a influência que a citada Resolução trouxe para os meios consensuais de resolução de conflitos.

O Novo CPC trouxe destaque para a Mediação e Conciliação Judicial, visando estimular a chamada “Cultura da Paz”. A matéria referente à mediação e a conciliação passou a ser tratada por 11 artigos no Novo Código (artigos 165 a 175) legalizando as práticas de autocomposição.

O mediador passou a ter seu espaço e função definidos na nova legislação, atuando, segundo o parágrafo 3º do artigo 165, preferencialmente nos casos em que houvesse vínculo anterior entre as partes, auxiliando aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios

mútuos.

A mediação judicial se destaca na nova legislação ainda, pois, apesar de ocorrer em um ambiente em que é conhecido por seu aspecto burocrático, será regida conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive quanto a definição de regras procedimentais.

Nesse diapasão, percebe-se que o Novo Código de Processo Civil veio para firmar, de forma bastante objetiva, quando e onde será aplicada a mediação de conflitos. Sendo assim, resta aos operadores do direito, se qualificarem e se adaptarem as novas mudanças em prol da melhoria do Poder Judiciário e de uma prestação jurisdicional mais efetiva.

Para isso, começar a acreditar na ideia de que os meios consensuais de resolução de conflitos podem funcionar de forma efetiva na busca da pacificação social, se desvinculando da cultura do litígio tão arraigada na sociedade atual, será o primeiro de muitos passos.

### **3 I A MEDIAÇÃO NA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS LIGADOS AO DIREITO À SAÚDE SUPLEMENTAR**

Propor um sistema de utilização da mediação de conflitos, notadamente em face das mudanças trazidas pelo novo CPC para melhor solucionar as lides decorrentes das questões envolvendo o direito à saúde através dos mecanismos e ferramentas colocados à disposição pela legislação, doutrina e ciência médica, não é tarefa simples.

A utilização da mediação na solução de conflitos jurídicos envolvendo questões ligadas à prestação de saúde suplementar pelas operadoras de planos de saúde deverá se dar através da utilização e adoção de critérios técnicos devidamente balizados pelos órgãos de controle governamentais nacionais, pela prática médica, ou mesmo pelas mais modernas pesquisas referendadas por institutos internacionais, de modo a se buscar preceitos que possam auxiliar para o deslinde do litígio.

A fundamentação doutrinária do instituto da mediação guarda relação com as chamadas “ondas renovatórias” de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, nas quais a primeira onda preconizava a assistência legal aos pobres; a segunda enfatizava a representação dos interesses difusos e a terceira, por sua vez, prioriza uma reforma interna processual em busca da efetividade da tutela. Segundo os autores, a criação de tribunais especializados seria o principal movimento de reforma processual.

A utilização da mediação como uma forma de buscar solucionar essa equação – direito à saúde x judicialização da saúde x equilíbrio econômico financeiro – ganha especial atenção em face da promulgação do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105 de 16 de março de 2015), citado anteriormente, como peça chave para o fortalecimento da mediação, que, dentre outros dispositivos, prevê em seu art. 3º, §§ 2º e 3º, um verdadeiro princípio de direito processual, o Princípio de Promoção pelo Estado de Autocomposição.

Já a aplicação da mediação é regulamentada pelos critérios elencados na Lei 13.140 de 26 de junho de 2015, que tem como princípios a imparcialidade do mediador; a isonomia entre as partes; a oralidade; a informalidade; a autonomia da vontade das partes; a busca

do consenso; a confidencialidade; e a boa-fé.

O mediador passa a ter seu espaço e função definidos na nova legislação, atuando, preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliando aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Outrossim, dados aos inúmeros litígios judiciais decorrentes do crescente número de ações contra os planos de saúde, o próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ) propôs as Recomendações nº 31 de 30 de março de 2010 e nº 36 de 12 de julho de 2011 que aconselham aos tribunais a adoção de medidas que visem assegurar maior eficiência na solução das lides envolvendo o direito à saúde, notadamente através da celebração de convênios de apoio técnico.

Nessa toada, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) criou o Núcleo de Apoio Técnico e de Mediação (NAT), que mediará pedidos de liminares nas ações distribuídas no Fórum João Mendes Júnior, além de, em caso de insucesso da tentativa de conciliação, subsidiar o magistrado com informações técnicas e científicas que possam ajudá-lo na formação de seu convencimento.

O Núcleo atua na apreciação de liminares e tutelas de urgência em ações movidas contra planos e seguros de saúde buscando a obtenção de uma composição amigável para o problema e, não sendo possível, subsidia os magistrados com informações técnicas para o melhor julgamento do processo. Assim, além da possibilidade de resolução de conflitos de forma célere e fora do Judiciário, se possibilita, na eventualidade de não se chegar a um acordo, a oferta de elementos técnicos que permitirão decisões melhor fundamentadas.

Observa-se que o Núcleo visa conciliar a satisfação dos envolvidos com a redução do número de ações versando sobre direito à saúde. Dessa forma também combate a judicialização da saúde, uma vez que o conflito passa a ser solucionado não mais pelo magistrado, mas sim pelos litigantes.<sup>4</sup>

Importante registrar que não é apenas São Paulo – pioneiro é verdade – que providenciou a criação do núcleo. Os Tribunais de Justiça dos Estados do Tocantins, Mato Grosso, Roraima, Paraná e Rio de Janeiro já deram início as atividades de seus NATs.

Necessário também destacar que tal estudo não pode deixar de levar em conta o lado humano do indivíduo judicante, vez que se torna mais fácil para um magistrado conceder os pleitos judiciais do que arriscar-se a sofrer as consequências – ainda que de sua própria consciência – da negativa de demandas envolvendo o tema.

Fato é que não se deve impedir que cidadãos interessados, em questões de saúde privada, possam previamente, antes do ajuizamento de uma ação judicial, tentar a resolução de seu problema pela via da mediação, considerando esta como uma solução aceitável

---

4 Para mais informações sobre o NAT ver “Formas consensuais de solução de conflitos” com acesso em [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações.



para seu conflito. Uma situação semelhante a que já ocorre com algumas operadoras de telefonia e seus convênios com os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Portanto, estudar as soluções legislativas, doutrinárias e da ciência médica como propostas para uma solução dos conflitos ligados à judicialização da saúde se faz extremamente necessário.

A crescente ampliação de objetos a serem discutidos pela mediação de conflitos, seja pelo Código de Processo Civil (Lei 13.105), ou seja pela Lei 13.140, é a melhor expressão para confirmar que a prática da mediação pode incentivar e produzir um diálogo frutífero entre as partes, potencializando a melhoria da qualidade do atendimento no mercado da saúde suplementar, que os cidadãos tanto esperam.

## CONCLUSÃO

A judicialização da saúde e seus percalços é um problema que abrange toda a sociedade, pois na medida em que há a intervenção do Judiciário na temática, inúmeras pessoas são atingidas, com destaque para os participantes dos sistemas privados de saúde.

Visando superar tal problemática, o presente trabalho propôs uma metodologia jurídico-científica, levando em consideração os aspectos humanitários e técnicos atinentes ao tema. Percebeu-se a necessidade da utilização de critérios de racionalização da atuação do Judiciário, de modo a auxiliar na fundamentação e uniformidade de suas decisões evitando excessiva intervenção na autonomia privada e no equilíbrio contratual dos planos e seguros de saúde, e também se alcançar uma diminuição dos conflitos levados ao contencioso judiciário, mediante a solução de questões através da mediação.

Por fim, ressalta-se, que não há soluções mágicas para o problema da judicialização no Brasil, mas com o devido aprimoramento e colaboração entre os participantes envolvidos nessa temática pode-se obter melhoras tanto para os consumidores, como para os sistemas privados de saúde, podendo chegar até mesmo aos sistemas públicos de saúde.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

AVRITZER, Leonardo. et al. **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BERTOLOZZI, Maria Rita; GRECO, Rosângela Maria. As políticas de saúde pública no Brasil: reconstrução, história e perspectivas atuais. **Revista da escola de enfermagem da universidade de São Paulo**, v. 30, n. 3, p. 380-398, dez. 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. **Lei dos planos e seguros de saúde comentada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BRASIL. **Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiências**. coord. Felipe Dutra Asensi e Roseni Pinheiro. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **Resolução extrajudicial de conflitos entre consumidores e operadoras de planos de saúde**. 2014. Disponível em <http://repositorio.enap.gov.br/bitstream/handle/1/2141/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20extrajudicial%20de%20conflitos%20entre%20consumidores%20e%20operadoras%20de%20planos%20de%20sa%C3%BAde.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 01 dez. 2016.

CALMON, Petrônio **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro, Forense, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed., 8. reimpr. Imprensa: Coimbra, Almedina, 2010.

CANUT, Letícia. Uma breve introdução ao SUS para compreensão do direito à saúde no Brasil. In: **Revista de direitos fundamentais e democracia**, Curitiba, v. 12, p. 186-214, jul./dez. 2012.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. 3. reimpr. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2015.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Canotilho e a constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DELDUQUE, Maria Célia. O perfil ideal do juiz para as decisões em saúde. In: **Caderno ibero-americano de direito sanitário**. Brasília, v. 1, n. 1, jan./jun. 2012.

DIAS, Eduardo Rocha; CAMINHA, Uinie. Saúde Privada e a Medicina Baseada em Evidências como Fonte de Critérios Orientadores da Intervenção Judicial. In: **Direitos fundamentais & justiça**, ano 9, nº 31, p. 80-109, abr./jun. 2015.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de direito de saúde suplementar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FRANÇA, Genival Veloso. **Direito médico**. 12. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GAUDERER, Christian. **Os direitos do paciente**. Rio de Janeiro: Record, 1998.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights**. Nova Iorque-Londres: Norton, 2000.

KELSEN, Hans. **O que é justiça**. Tradução Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.

JUNGES, José Roque. Direito à saúde, biopoder e bioética. In: **Interface** (Botucatu) vol.13 no.29 Botucatu abr./jun. 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

OLIVEIRA, Maria dos Remédios Mendes. A judicialização da saúde no Brasil. **Revista tempus actas de saúde coletiva**. Disponível em:<<http://www.tempusactas.unb.br/index.php/tempus/article/viewFile/1276/1113>>. Acesso em 20 abr. 2016.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

PINHEIRO NETO, Francisco Miranda. **Judicialização da saúde**. São Paulo: Clube de Autores, 2009.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. A mediação no direito brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no projeto do novo código de processo civil. In: **Âmbito jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 89, jun. 2011.

POMPEU, Gina Marcílio. **Direito à saúde e desenvolvimento humano no Brasil**. Fortaleza: Unifor, 2015.

PORTER, Michael E.; TEISBERG, Elizabeth Olmsted. **Repensando a saúde**. Estratégias para melhorar a qualidade e reduzir os custos. 2. reimp. São Paulo: Artmed Editora, 2008.

RAMOS, Arthur de Sousa; CHAI, Cassius Guimarães. Acesso à ordem jurídica justa: a mediação e a efetivação do direito fundamental à saúde. In: CHAI, Cassius Guimarães; DE SOUSA Maria do Socorro Almeida (Org.); CARVALHO, Herli de Sousa; SANTOS, Mariana Lucena Sousa (Coord.). **Mediação e direitos sociais indisponíveis: Trabalho, Saúde, Educação e Meio Ambiente**. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão.

SANTOS, Lenir; TERRAZAS, Fernanda. **Judicialização da saúde no Brasil**. São Paulo: Saberes, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Direito fundamentais e relações privadas**. 2. ed. 3. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SFEZ, Lucien. **A saúde perfeita**. Crítica de uma nova utopia. São Paulo: Loyola, 1996.

SILVA, Denise dos Santos Carvalho. **Direito à saúde: ativismo judicial, políticas públicas e reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. 3. Tiragem: São Paulo: Malheiros, 2014.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**, São Paulo, Método, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VIEIRA, Luzia Chaves. **Responsabilidade civil médica e seguro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

WANG, Daniel Wei Liang. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde**: algumas aproximações. In: Revista de Direito Sanitário. São Paulo, v. 10, n. 1, p. 308-318 mar. / jul. 2009.

## O EXAME DOS CRIMES CONTRA A SAÚDE PÚBLICA: EM FACE DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

*Data de aceite: 01/11/2021*

*Data de submissão: 05/11/2021*

**Ingrid Nascimento Conchy**

Mestranda em Direito pela instituição

Universidad Europea del Atlántico

Boa Vista – Roraima

<http://lattes.cnpq.br/5297569451599482>

**RESUMO:** O presente trabalho, tem por conteúdo o exame das políticas públicas, no tocante, o acesso ao direito à saúde pública, bem como os impasses, a corrupção nas verbas públicas, a falta de um tipo penal que crimine de forma específica, o descaso com as vítimas e a morosidade da concessão. A crítica forma de os médicos exercerem a profissão, plantões excessivos, falta de medicamentos e leitos, falta de remuneração justa entre tantos e outros problemas; a temática da judicialização da saúde pública e os institutos que a medicina elenca: Eutanásia, Ortotanásia, Distanásia e Mistanásia. A metodologia utilizada foram duas ferramentas: qualitativa e a bibliográfica.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito à saúde, corrupção, judicialização da saúde pública, mistanásia.

### THE EXAMINATION OF CRIMES AGAINST PUBLIC HEALTH: IN THE FACE OF THE JUDICIALIZATION OF HEALTH

**ABSTRACT:** The present work has as its content the examination of public policies, with regard

to access to the right to public health, as well as impasses, corruption in public funds, the lack of a criminal type that specifically discriminates, the lack of chance with the victims and the slowness of the concession. The critical way of doctors to practice the profession, excessive shifts, lack of medicines and beds, lack of fair remuneration among so many and other problems; the theme of the judicialization of public health and the institutes that medicine lists: Euthanasia, Orthothanasia, Dithanasia and Mysthanasia. The methodology used were two tools: qualitative and bibliographic.

**KEYWORDS:** Right to health, corruption, judicialization of public health, mysthanasia.

### 1 | INTRODUÇÃO

Considerando a atual situação, o efetivo trabalho reúne estudos feitos ao longo do exercício da advocacia, visitas aos nosocômios, pesquisas realizadas nas áreas Bioética, Biodireito, Direito Médico, Sanitário, Penal e Constitucional, as diversas indagações: O desvio das verbas destinadas à saúde pública, é crime? Homicídio de forma direta ou indireta? E a função jurídica do Direito Penal e Processual Penal? Qual o dever da bioética? Qual a função do Código de Ética Médica (CEM)? A letra da lei tipificada é deslumbrante? Mas, e na sua aplicabilidade?

Em função disso, ao longo da elaboração deste artigo as indagações serão contestadas, no fim de, demonstrando que o não cumprimento

lesa, o direito à vida, bem este tutelado pela Carta Magna, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, conforme elenca, artigo 1º, inciso III, Constituição Federal 1988.

Atualmente, há um grande debate na classe dos estudiosos, de que, não há um crime de forma específica elencando, a conduta delituosa: desviar ou dar outro destino às verbas públicas reservadas ao Sistema Único de Saúde (SUS), seja crime apenado. De forma isolada e insignificante, a Lei nº8.080/90, no bojo do artigo 52 brevemente menciona, todavia, sem sanção e faz referência ao Código Penal Brasileiro, (CPB).

Percebe-se, no CPB que as condutas expressas de forma implícitas e indiretas, elencando os verbos do tipo penal adversos, sendo os *caputs* dos aludidos artigos ambos do CPB, tornando-se objetos de análises, a proteção jurídica do bem tutelado: o patrimônio público, ou seja, a administração pública – não a administração da saúde pública – tendo por sujeito ativo, o funcionário público, são os artigos: 313 e 315, CPB.

Na parte especial do CPB, no título VIII intitulado de, *Dos Crimes Contra a Incolumidade Pública*, no capítulo III intitulado de, *Dos Crimes Contra a Saúde Pública* mencionando os artigos: 267 a 285, CPB. Os remetidos dispositivos, estão ligados ao ramo da saúde pública, genericamente, os crimes elencados no próprio rol, por mais difícil que seja anuir, omitem-se especificamente a conduta delituosa, causando deficiência no cumprimento da prestação na saúde pública, o desvio, a fraude e a corrupção.

A despeito do cenário enfrentado, o problema que vem se perpassando por décadas, a deficiência do cumprimento do dever dos governantes, cria o caos. A falta de senso e da moral gera um hábito difícil de aceitar, a ética que simboliza a simpatia pelo semelhante, propicia o desenvolvimento social. Sem ética não há saúde social.

Em séculos anteriores a medicina era arcaica se sobressaindo na evolução, tendo por relevância priorizar a tutela do bem maior, a vida e o acesso à saúde de forma justa, garantindo a aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como, a teoria da reserva do possível e o mínimo existencial.

O presente artigo, apresentar-se-á abordagem pesquisa qualitativa e bibliográfica objetivando descrever os fatos vivenciados colhidos da realidade, podendo considerar possíveis sugestões de correção na administração do dinheiro público destinado ao SUS, em virtude dos fatos, das autoridades políticas, médicos, técnicos, enfermeiros e a classe mais atingida pelo descaso.

Em razão disso, viver é um direito ou um dever do cidadão?

## **2 | A VALORIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

O princípio da dignidade da pessoa humana, elencado no artigo 1º, inciso III, Constituição Federal de 1988 é um preceito basilar para a subsistência de uma vida digna, benévola e vitalícia.

Com a evolução da Constituição Federal esse princípio experimentou várias

interpretações desde a constituição de 1988.

É de salutar que, a norma em análise tem um valor de conteúdo variável no tempo e no espaço, percebe-se, a sua eficácia será perpetuamente no mesmo conteúdo proteger a grandeza, as normas, os limites e a relevância deontológica e íntegra do indivíduo.

Na interpretação da Constituição Federal, o direito à vida se atribui de forma inviolável, a pessoa é o bem e a dignidade é o seu valor, este incalculável. A subdivisão do atributo, se concede ao princípio da dignidade da pessoa humana, em: valor moral; norma de direito positivo e valor ético.

O ser humano para viver em sociedade estabelece normas de condutas e de relacionamento, de acordo com as transformações práticas sociais. A ideia desse princípio é tão somente de ser entendido como um conceito que está sempre se reinventando de acordo com tempo e o espaço, somente podendo ser absoluto em cada uma das suas infinitas manifestações empíricas.

O princípio da dignidade da pessoa humana, se amolda a um atributo que já nasce com o ser humano, independentemente de ser uma realidade natural, mas um valor desenvolvido de forma histórica e culturalmente. Neste momento é tido como um valor intrínseco à pessoa humana, como uma qualidade irrenunciável, inalienável e indissociável do ser humano.

Na interpretação moderna o princípio da dignidade da pessoa humana se reveste na condição de preceito fundamental tornando-se, o núcleo de todos os direitos fundamentais, sendo que, não se encontra inserido no rol dos direitos e garantias fundamentais.

Para a hermenêutica constitucional contemporânea, não é possível a compreensão da dignidade da pessoa humana, como um princípio de caráter absoluto justamente pelo fato de que se exige, uma ponderação no caso de haver colisão entre normas e princípios em face do princípio da unidade da constituição.

Analisar-se-á a obra de Ingo Sarlet (2001) que cita algumas constituições de países da União Europeia, tipificando expressamente o princípio da dignidade da pessoa humana, como na: Constituição Portuguesa (art.1º); Constituição Alemã (art.1º, inciso I); Constituição Espanhola (Preâmbulo e o art.10.1); Constituição Grega (art.2º, inciso I); Constituição Irlandesa (Preâmbulo); Constituição Italiana (art.3º); Constituição Belga (art. 23).

No que se refere, aos países que compõem o Mercosul, pode-se citar como exemplo, a: Constituição Brasileira (art.1º, inciso III); Constituição do Paraguai (Preâmbulo);

Em relação aos outros Estados Americanos, a: Constituição de Cuba (art.8º); Constituição da Venezuela (Preâmbulo); Constituição do Peru (art. 4º); Constituição da Bolívia (art. 6, inciso II); Constituição do Chile (art. 1º); Constituição da Guatemala (art. 4º).

E, para encerrar, nos países da Europa Oriental, pode-se mencionar a: Constituição da Federação Russa de 1993 (art. 12-1).

Conforme as sábias palavras da Iara Campelo:

O pensamento sobre a existência de direitos humanos ocorreu em face de todo um movimento político, religioso, filosófico, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questionou as tradicionais estruturas de domínio político, propondo, ao mesmo tempo, a criação de uma forma diferente de organização e fundamentação deste poder. As ideias iluministas trouxeram a concepção de que o homem possuía direitos inalienáveis e imprescritíveis, decorrentes da sua natureza humana e existentes independentemente do Estado. Esta mudança de pensamento sucedeu, principalmente, pelo propósito de limitar o poder, afirmando a existência de leis que seriam a ele anteriores e superiores. Isso ocorreu quando o homem teve a necessidade de modelar o Estado segundo princípios racionais, estabelecendo para este uma nova constituição. (2007, P. 19).

O indivíduo só pelo fato de integrar o gênero humano, já é detentor de dignidade.

O efeito do princípio da dignidade da pessoa humana, é interligado à integridade física, ao desenvolvimento mental e ao bem-estar, resultando o ser humano, no âmbito de exercer e vivenciar, o direito de viver com saúde usufruir de forma fundamental, imediato, igualitária e universal.

Segundo o juiz e professor Andrade (2008, p. 13): “[...] o princípio da dignidade da pessoa humana não é representativo de um ‘direito à dignidade’. A dignidade não é algo que alguém precise postular ou reivindicar, porque decorre da própria condição humana [...]”

Como preceitua a prestigiosa frase de Protágoras: *“O homem é a medida de todas as coisas, das coisas que são, enquanto são, das coisas que não são, enquanto não são”*.

A intervenção jurídica é um direito que o homem dispõe, se empenhando quando houver a negativa destes.

## **2.1 A Teoria da reserva do possível X A Teoria do mínimo existencial: O acesso à saúde e a sua aplicabilidade**

Uma das mais importantes discussões na esfera jurídica é a análise específica do princípio da dignidade da pessoa humana, em face da teoria do mínimo existencial, jamais se permitindo que o ser humano sofra qualquer tipo de violação. A dignidade é o centro primordial dos direitos fundamentais, sendo este o fundamento da existência humana em todas as suas formas.

O que é reserva do possível? É a justificativa do Estado alegando a impossibilidade econômica, o desatendimento dos direitos sociais, inviabilizando o cumprimento da prestação. Por meio deste argumento se torna cada vez mais difícil tolerar e não deve prevalecer sob o prisma do princípio da dignidade da pessoa humana.

Comumente, estabelece o acesso à saúde de forma igualitária e universal, respeitando a aplicabilidade da Lei nº8.080 de 19 de setembro de 1990, o SUS para exames, procedimentos e medicamentos. Podendo de forma excepcional ocorrer a intervenção judicial para determinar a administração pública, garantir aquisição do direito ao SUS.

No entanto, pouca atenção tem sido dada a fiscalização pertinente ao foco da



transparência dos gastos públicos, dos recursos inerentes à prestação do serviço público, sendo a regulamentação nos limites da reserva do possível, perpassando uma breve análise da carga tributária e a eficiência dos recursos financeiros empregados. Referindo-se tão somente voltada aos Estados Federativos, pois esses estão interligados com a União, quanto à questão da competência do município este é abarcado pelo Estado.

Evidente, a forma como o Estado se comporta quando se depara com o direito fundamental resguardado pelas teorias, seu primeiro foco é averiguar se tem orçamento disponível para atender a necessidade, ou seja, se não tiver dentro da capacidade financeira do Estado, não será possível atender, eis que surge o fenômeno da judicialização da saúde pública, ou para muitos renomados, a justicialização.

O mínimo existencial é a garantia dos princípios fundamentais, aqueles tipificados no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, são os primordiais para se ter uma vida digna, o que se denomina de mínimo vital para o ser humano. Consequentemente, aquele que não tenha condições por si só ou para sua família de sustentar-se, necessitará auferir auxílio do Estado e num todo a coletividade.

A origem da teoria do mínimo existencial foi na Alemanha nos primórdios da reserva do possível. A lide existente entre essas duas teorias '*mínimo existencial*' e a '*reserva do possível*', é o confronto que aduz, de um lado surge o Estado alegando que não tem verbas suficientes ou que o SUS padece em um colapso, para prestação de eficácia da saúde pública, e do outro surge a garantia dos direitos fundamentais consagrados pela Carta Magna. Para poder solucionar e trazer o equilíbrio devido, é necessário a intervenção do Judiciário.

Neste trabalho, eu argumento para compensar ou reparar?

Eis a indagação.

No sentido da ordem estabelecida, a teoria da reserva do possível trata-se de uma questão real e palpável, já o mínimo existencial condiz a ter uma vida digna, valorizando o preceito basilar constitucionalmente, artigo 5º, caput e o artigo 6º da Constituição Federal de 1988.

Sendo assim, o que tem de prevalecer de forma jus, é a teoria do mínimo existencial.

### **3 | A ANÁLISE DOS CRIMES CONTRA A SAÚDE PÚBLICA TIPIFICADOS NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO**

Analisar-se-á os crimes contra a saúde pública, tipificados no CPB Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, no Título VIII *Dos Crimes Contra a Incolumidade Pública*, Capítulo III – *Dos Crimes Contra a Saúde Pública – artigos 267 a 285*. Numa visão panorâmica, os crimes ora mencionados, são rasos, não incorporando todas as condutas delituosas que afetem de forma direta e indireta as verbas públicas destinadas à saúde pública, com a finalidade de combater o caos da corrupção similar à um câncer que corrói,

deixando o SUS insuficiente para a prestação da saúde.

Recentemente, iniciou em meados do mês de março de 2020, assolando o mundo, a pandemia ocasionada pelo vírus SARS-CoV-2, o denominado Covid-19, atingindo o SUS de uma forma inesperada acarretando a morte de milhares brasileiros, tudo em razão da falência do SUS, em face da corrupção não punida.

As minúcias de cada artigo deixam a conduta de desviar as verbas, oculta tais importâncias, são um componente relevante para a funcionalidade do sistema, sendo para a manutenção dos nosocômios públicos, o abastecimento dos medicamentos, os instrumentos terapêuticos, a manutenção das UTIs e a remuneração de toda a equipe hospitalar.

Examinar-se-á cada um dos artigos do CPB no Capítulo III *Dos Crimes Contra a Saúde Pública*:

- Artigo 267 Epidemia;
- Artigo 268 Infração de medida sanitária preventiva;
- Artigo 269 Omissão de notificação de doença;
- Artigo 270 Envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal;
- Artigo 271 Corrupção ou poluição de água potável;
- Artigo 272 Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de substância ou produtos alimentícios;
- Artigo 273 Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais;
- Artigo 274 Emprego de processo proibido ou de substância não permitida;
- Artigo 275 Invólucro ou recipiente com falsa indicação;
- Artigo 276 Produto ou substância nas condições dos dois artigos anteriores;
- Artigo 277 Sustância destinada à falsificação;
- Artigo 278 Outras substâncias nocivas à saúde pública;
- Artigo 279 Substância avariada (revogado pela Lei nº 8.137/1990);
- Artigo 280 Medicamento em desacordo com receita médica;
- Artigo 281 (revogado pela Lei nº 6.368/1976);
- Artigo 282 Exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica;
- Artigo 283 Charlatanismo;
- Artigo 284 Curandeirismo;
- Artigo 285 Forma qualificada.

Em consequência, o CPB é vacante em face das condutas que arruinam o SUS. Até o presente momento, não tem uma lei que penalize a conduta de desviar verbas públicas destinadas à saúde pública. Nem a lei nº 8.429 de 2 de junho de 1992, de improbidade administrativa faz menção. Portanto, desviar as verbas públicas não é crime.

O diagnóstico dos artigos mencionados, não valoriza o princípio da dignidade da pessoa humana. Tradicionalmente, uma possível reforma no CPB, recuperaríamos progressivamente o SUS.

No entanto, pouca atenção tem sido dada a esse sério problema, seja com pequenas e/ou grandes mudanças, quem padece, é a população carente. E os resultados drásticos infelizmente, acontecem todos os dias como aduz as sábias palavras do neurocirurgião Ricardo José de Almeida Leme: “Ser paciente é ser passivo, como uma vítima acometida pela culpa que paralisa”.

Porquanto, a consequência dessa má funcionalidade surge a mistanásia, assunto que veremos no próximo tópico deste trabalho.

#### **4 | ORTOTANÁSIA, EUTANÁSIA, DISTANÁSIA E MISTANÁSIA, A INTERPRETAÇÃO COMO UM PROBLEMA MILENAR**

A bioética é um ramo da ciência que estuda o conjunto dos raciocínios da moral, princípios éticos, costumes, filosóficos, sociológicos, genética, biologia, psicologia, política, ecologia, jurídica, engenharia genética, comportamentos dos médicos etc.

Conceituando bioética é a ciência moderna edificada através das expressões gregas, *bios*: vida; *ethos*: ética. Que analisa o comportamento, ou seja, ética da vida. É o conjunto das ciências medicina, filosofia e direito com a finalidade de averiguar pontos referentes à sensível durabilidade do começo, meio e fim da vida humana.

Outrossim, o direito é alicerçado em princípios, a bioética também é embasada, tais como: Princípio da autonomia; Princípio da beneficência; Princípio da não maleficência e Princípio da justiça.

Tais princípios se comprovam na investigação da atuação dos responsáveis pelos cuidados dos pacientes, certificar que tudo esteja dentro dos parâmetros lícitos, científico e do saber técnico.

Diante dessas ponderações feita, examinar-se-á clinicamente os institutos da Eutanásia, Ortotanásia, Distanásia e Mistanásia.

A ortotanásia palavra de origem grega, *orthos*: correto; *thanatos*: morte, é o morrer naturalmente, ou seja, morrer na hora certa, o processo natural de morrer. Não realizar procedimentos que dilatem os dias de vida, por métodos extraordinários e desproporcionais. É o médico diante de uma morte iminente, ao qual suspende a realização de qualquer procedimento que prolongue a vida do paciente, que o levaria a um sofrimento e tratamento supérfluo.

O uno procedimento adotado pelo médico, é manter o paciente sob seus cuidados paliativos, até que venha falecer dignamente sem apressá-la por ação intencional. Desde que, tenha o consentimento do paciente, na sua ausência, os familiares, conforme o artigo 41, parágrafo único, do CEM.

A eutanásia palavra de origem grega, *eu*: boa; *thanatos*: morte, é antecipar a morte do paciente, menos dias de vida e sofrimento.

Subdividindo nas espécies, eutanásia ativa direta e indireta e passiva. Na modalidade ativa, elencada no CPB, art. 121, §1º (homicídio privilegiado) é quando o médico, desliga o aparelho ao qual o paciente está dependente, ou injeta medicamento na veia do paciente, sem causar sofrimento, por fins misericordiosos. Ocorre, a morte por ação.

Na modalidade passiva, elencada no CPB, art. 135 (omissão de tratamento/ou de socorro) é a conduta do médico em deixar de fornecer os cuidados necessários e primordiais, reduzindo aos poucos à manutenção da vida do paciente, são em situações de extremas fragilidade, onde o paciente se encontra em estado terminal. Ocorre, a morte por omissão.

A eutanásia ativa direta, é o médico ajudar o paciente morrer, por meio de condutas positivas. Já a eutanásia ativa indireta, é o médico aliviar a dor do paciente por meio de fármacos sem causar a morte.

Também tem a classificação da eutanásia na modalidade ao consentimento do paciente, sendo elas: eutanásia voluntária, quando, a morte é causada atendendo a vontade do paciente; já a eutanásia involuntária, quando, a morte é causada contra a vontade do paciente; e a eutanásia não voluntária, quando, a morte é causada sem que o paciente tivesse manifestado sua vontade de morrer.

A eutanásia ganhou relevância na segunda metade do século XX e a bioética é testemunha dessa inovação, sendo anuída tão só, nos países que permitem a prática desse instituto, considerando eutanásia lícita. No caso do Brasil, tipificada como crime no CPB, artigo 121, caput, (homicídio), diante disso, existem brasileiros que querem falecer, se inscrevem nas clínicas instaladas nesses países e pagam para morrer.

A distanásia palavra de origem grega, *dis*: prolongamento; *thanatos*: morte, é prolongar a morte do paciente de forma lenta com mais sofrimento e dor, uma violação ao tratamento humano, submetendo à um processo de morrer lento, angustiante, com mais dores, ou seja, é um prolongamento artificial da vida causando mais sofrimento, considerada como uma prática reiterada neste triângulo médico-técnico-científico, a mercantilização. Isto é, mais dias de sofrimento na Unidade de Tratamento Intensivo (UTI) se iguala mais lucros em face do uso da UTI e todo o seu material, aos quais são desnecessários.

Elencada no Capítulo I dos Princípios Fundamentais, inciso XXII, do CEM. Trata-se de uma conduta ilícita ferindo o bojo da Carta Magna e o princípio da qualidade de vida.

Logo, a mistanásia palavra de origem grega, *mis*: infeliz; *thanatos*: morte, é a morte presumida por falta de recursos a morte infeliz, eutanásia social, maldade humana, morte

indigna, desditosa, ou seja, por razões políticas, econômicas e sociais, seja na espécie ativa e passiva. Ferindo os princípios dos direitos humanos, da ética médica e da bioética. Alude, Paterra: “[...] a mistanásia é a morte miserável fora e antes do seu tempo [...]”.

Subdivide-se em duas espécies ativa e passiva. Ativa é a morte presumida da pessoa por falta de recursos, de verbas públicas, de indigência médica é caracterizada como reificação e nadificação do homem. Passiva ou Omissiva é a morte antecipada da pessoa, caracterizada como nadificação da pessoa por meio da negligência, imprudência ou imperícia no atendimento médico, a inacessibilidade do indivíduo ao tratamento necessário à preservação da saúde (condição ontológica). Nesta modalidade, a pessoa sequer consegue se tornar paciente.

A conduta por negligência se amolda ao descuido ou desatenção, gerando falta de precaução diante da situação. Imprudência é a antecipação de fazer algo, mas de forma equivocada, sendo a falta de atenção, e a imperícia demonstrar-se-á pela falta de técnica, conhecimento necessário e básico.

É uma das piores modalidades de encerrar a vida. A mistanásia ultrapassa o contexto médico hospitalar, fazendo refletir sobre uma morte provocada morosa e agonizante.

Observar-se-á sua prática reiteradamente nos nosocômios primordialmente no setor público, lesando o princípio basilar da vida.

Conforme aduz as sábias palavras, de Leonard Martin:

Primeiro, a grande massa de doentes e deficientes que, por motivos políticos, sociais e econômicos, **não chegam a ser pacientes, pois não conseguem ingressar efetivamente no sistema de atendimento médico**; segundo, os doentes que conseguem ser pacientes para, em seguida, se tornar vítimas de erro médico e, terceiro, os pacientes que acabam **sendo vítimas de má-prática** por motivos econômicos, científicos ou sociopolíticos. (Grifou-se).

O autor, reporta-se à espécie de mistanásia passiva, o evento morte só ocorrerá, quando advir de negligência, imperícia e imprudência, que ocorrerá pela omissão do médico ciente da situação do paciente, sendo fruto das anomalias da coletividade do evento, a exclusão social.

A exclusão social é um fenômeno expropriador, excludente, alienador da própria condição humana, ocasionado pela má administração dos responsáveis, das políticas públicas e da equipe hospitalar por completo. O básico e necessário tem que ser revisto pelos gestores políticos para a melhoria da vida de toda população. As vítimas desse instituto são as pessoas hipossuficientes de recursos financeiros, excluídas do meio social e econômico.

Atualmente, a pandemia, com início em 2020 causado pelo vírus SARS-CoV-2, o denominado Covid-19, vivenciar-se-á um colapso no SUS, o padecimento que a população vem atravessando, uns auferindo a vitória de exercer o direito à vida, outros milhares sucumbindo por um SUS arruinado e fadado, as duas espécies da mistanásia se

apresentam nestes dias árduos e tristonhos.

A deficiência nas verbas para a preservação dos hospitais, como o necessário abastecimento de medicamentos, realizações de exames solicitados, falta de leitos na UTI e na Unidade de Cuidados Intensivos (UCI), a falta de competência para a execução na gestão pública, no setor de assistência social à saúde, o resultado da maldade humana, são pontos cruciais de serem tratados para impedir a prática da mistanásia.

Destaco, a insuficiência nos recursos é o retrato da corrupção nas verbas destinadas à manutenção da saúde pública, logo, quem retira dinheiro da saúde pública, comete homicídio indiretamente.

Evidentemente, as leis possuem suas lacunas, até o atual momento, muitas vidas estão sendo ceifadas por conta da prática da mistanásia.

Primordialmente, em uma época da pandemia Covid-19, o CEM, a Resolução nº 2.217/2018 em vigor, não elimina a falha do ser humano, mas fiscaliza, limita a conduta do profissional de acordo com as normas de ética e dignidade. Sendo assim, as leis federais deveriam atuar rigorosamente.

Demonstrar-se-á a responsabilidade aos direitos dos pacientes e a busca de uma medicina preventiva, equilibrada e harmonizada com a justiça. A função do novo CEM, no século XXI, é inovar e preservar a vida.

## CONCLUSÃO

Diante das análises, os desvios das verbas públicas, a negligência, morosidade, supressão do acesso à saúde pública, a funcionalidade do SUS, a fiscalização eficiente da transparência nos recursos financeiros, a garantia ao usuário deste serviço público, a celeridade e a segurança desse direito constitucional.

A judicialização da saúde pública, o vínculo entre Executivo e Judiciário, em face da ocorrência da mistanásia seja na modalidade ativa e/ou passiva, para conservar o bem maior, a saúde do ser humano.

A evolução da ciência médica e jurídica, ambas interligadas umbilicalmente, abarcando a proteção da dignidade da pessoa humana. O estudo feito diante de reiteradas pesquisas à elaboração desse artigo, tem por foco a falta de um tipo penal que crimine, que reprove o desvio das verbas públicas destinadas à saúde pública.

Visando, a teoria da reserva do possível refere-se à impossibilidade econômica do Estado. Logo, a teoria do mínimo existencial condiz a ter uma vida digna, estimando o preceito basilar constitucionalmente.

Contudo, far-se-á um diagnóstico ao término desse artigo científico, a corrupção nas verbas públicas destinadas aos hospitais, ultrapassa séculos corroborando para o posterior evento, a mistanásia.

Às palavras finais, para provável sugestão de melhoria e incentivo de progressão,

um controle transparente, assim que incidir o dinheiro da saúde pública, de forma eletrônica, em face da evolução tecnológica que fomos agraciados mostrar-se-á o destino inicial e conclusivo, sendo para todos os hospitais, policlínicas, Unidades de Pronto Atendimento (UPA) e Serviços de Pronto Atendimento (SPA), mantimentos de todos os departamentos, de forma crucial os medicamentos, renumeração de todos os profissionais, sendo acessível e sem efeito à população.

Ao concluir, o direito à saúde elencado no coração do ordenamento jurídico brasileiro, assegura a evolução saudável garantindo o acesso imediato e de forma isonômica, sem distinções de classes e cores. Contudo, para o fiel cumprimento do direito à saúde, carece da intervenção do poder judiciário através da judicialização da saúde, para a regeneração das verbas destinadas aos hospitais, vencendo a corrupção e conseqüentemente, a mistanásia.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES, C. P. & MISAKA, M. Y. **Prática penal: do exame da OAB à prática forense**, Birigui, SP: 2ª. ed. GH Stabile Editora, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 14 de ago. de 2021.

\_\_\_\_\_. **Eutanásia e Distanásia**. Disponível em: [http://bio-neuro-psicologia.usuarios.rdc.puc-rio.br/assets/02\\_bioetica\\_\(distanasia\).pdf](http://bio-neuro-psicologia.usuarios.rdc.puc-rio.br/assets/02_bioetica_(distanasia).pdf). Acesso em: 18 de jul. 2021.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm). Acesso em: 22 jul. 2021.

\_\_\_\_\_. **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 e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm). Acesso em: 22 jul. 2021.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm). Acesso em: 22 jul. 2021.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.142, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8142.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm). Acesso em: 22 jul. 2021.

\_\_\_\_\_. **O homem é a medida de todas as coisas**. Protágoras de Abdera, 2015. Disponível em: <https://super.abril.com.br/deias/o-homem-e-a-medida-de-todas-as-coisas-protagoras/#:~:text=Ao%20afirmar%20que%20%E2%80%9Cco%20homem,ou%20ao%20modo%20de%20pensar>. Acesso em: 31 out. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de ética médica**. Resolução nº 2.217/2018. Brasília, DF: Tabloide, 2019.

GUIZZO, R. **A eutanásia no ordenamento jurídico brasileiro** (Monografia no curso de Direito). Universidade do Vale do Taquari, Lajeado, RS, 2017.

KALLAS, M. R. & PUSTRELO, R. B. **Eutanásia: direito à morte digna**. Revista eletrônica da Faculdade de Direito de Franca. Franca, SP, v. 11, n 1, p. 299-325, 2016.

LOPES, A. C.; LIMA, C. A. S.; SANTORO, L. F. **Eutanásia, ortotanásia e distanásia: aspectos médicos e jurídicos** – 2 ed. São Paulo: Editora Atheneu, 2014.

MAIA, M. C. **O princípio constitucional da igualdade na relação médico - paciente e a diferença de classe no SUS entre a reserva do possível e a efetividade máxima do direito à saúde**. **Publicações da Escola AGU, Pós-graduação em Direito Público- UNB**, Brasília, p.273-290, 2014.

MARTIN, L. M. **Eutanásia e Distanásia**. In: Garrafa, Volnei (Org.) Iniciação à bioética. Brasília, DF: CFM, 171-192, 1998.

VARGAS, D. R. S. **A reserva do possível vs mínimo existencial: e sua aplicabilidade no Brasil**. Disponível em: [http://ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9507](http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9507). Acesso em: 29 jul. 2021.

VIEIRA, D. P. C. **MISTANÁSIA - Um novo instituto para um problema milenar**. **Revista Jurídica**, São Paulo, p.1-4. Disponível em: [www.faimi.edu.br/revistajuridica/downloads/numero7/mistanasia.pdf](http://www.faimi.edu.br/revistajuridica/downloads/numero7/mistanasia.pdf). Acesso em: 29 jul. 2021.

VICENSI, M. C. **Reflexão sobre a morte e o morrer na UTI: a perspectiva do profissional**. **Revista Bioética**, Florianópolis, p.64-72, 2014



## PELO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL O CONSENSO SUPLANTA A ÚLTIMA BARREIRA: A *RES PUBLICA*

Data de aceite: 01/11/2021

### **Francisco de Assis Pessanha Filho**

Graduado na Universidade Candido Mendes.  
Pós-graduado pela UNISC. Mestrando pela  
UNESA Desembargador do Tribunal de Justiça  
do Estado do Rio de Janeiro  
<http://lattes.cnpq.br/4835829953352419>

### **José Carlos Paes**

Graduado na Universidade do Estado do Rio  
de Janeiro. Mestrando pela UNESA  
Desembargador do Tribunal de Justiça do  
Estado do Rio de Janeiro  
<http://lattes.cnpq.br/1084603423310368>

### **Nilton Cesar da Silva Flores**

Graduado em direito pela UFRJ  
Doutor em direito pela UFSC Universidade  
Federal de Santa Catarina  
Pesquisador do Nupemasc/EMERJ, advogado  
<http://lattes.cnpq.br/3117109270183205>

**RESUMO:** O presente estudo tem por objetivo fazer uma abordagem em torno do acordo de não persecução cível, novidade estatuída no direito pátrio pelo denominado “pacote anticrime”, cujo nascimento se reveste de uma nova roupagem, ou lança um novo olhar, pelo qual deverá ser encarado o interesse público. Na medida em que a jurisdição vem ganhando nova definição, recebendo uma transmutação e deixando de estar centrada no Estado/Juiz, a dogmática relativa ao interesse público também acompanha esse movimento. A pesquisa é baseada em palestras proferidas por notáveis professores especialistas

no tema, tanto em soluções alternativas de conflitos como em administração pública, assim como na doutrina e na jurisprudência. O trabalho visa demonstrar a origem legislativa do instituto, a lacuna criada pelo veto presidencial de parte do projeto inicial, que causou um abismo entre a *mens legis* e o que restou efetivamente positivado. Além disso, faz-se uma abordagem crítica em razão da pluralidade de legitimados para firmar o pacto, o momento em que pode ser realizado e a (im)possibilidade de negociação em relação a valores. Conclui-se pela importância da novação, ressaltando a indispensável chancela do Poder Judiciário na homologação do acordo, fato que atenuará a indesejada insegurança jurídica. Contudo, essa intervenção não deverá se espalhar nos meandros da negociação em si, no seio da transação, que não deverá encontrar limites. É o consenso, com cautela, permeando o interesse público.

**PALAVRAS-CHAVE:** Acordo; não persecução cível; interesse público

### THROUGH THE CIVIL NON- PROSECUTION AGREEMENT, THE CONSENSUS SUPPLIES THE LAST BARRIER: THE *RES PUBLICA*

**ABSTRACT:** The presente study aims to approach the non-persecution civil agreement, a novelty enshrined in the Brazilian law called the anti-crime package, whose birth takes on a new guise, or launches a new look, for which the public interest must be seen. As the jurisdiction is gaining a new definition, receiving a transmutation and ceasing to be centered on the State/Judge, dogmatics related to the public interest also accompanies

this movement. The research is based on lectures given by notable professors specialized in the subject, both in alternative solutions to conflicts and in public administration, as well as in the doctrine and jurisprudence. The work aims to demonstrate the institute's legislative origin, the gap created by the presidential prohibition of part of the initial Project, which caused an abyss between the *mens legis* and what remained effectively positive. In addition, a critical approach is taken due to the plurality of legitimates to sign the pact, at the moment when it can be carried out and the (im)possibility of negotiation in relation to values. It concludes by the importance of the novation, emphasizing the indispensable seal of the Judiciary Power in the homologation of the agreement, a fact that will mitigate the unwanted legal insecurity. However, this intervention should not spread within the intricacies of the negotiation, which should not find limits. It is the consensus, with caution, permeating the public interest.

**KEYWORDS:** Agreement; non-persecution civil; public interest

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca jogar luz sobre um tema palpitante, pouco explorado ainda, qual seja, o acordo de não persecução cível, haja vista a nova redação do artigo 17, §§ 1º e 10-A da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), dada pela Lei nº 13.964/2019, publicada em 24/12/2019. O acordo de não persecução cível se revela de sobremaneira inovador, com a capacidade de redefinir o Princípio da Indisponibilidade, jogando por terra os conceitos até então arraigados na cultura jurídica pátria. O consenso vem ganhando corpo na doutrina e forma na legislação, haja vista o artigo 139, V do CPC. A última trincheira até então oposta ao consenso era o campo do direito público, e o acordo de não persecução cível rompeu essa barreira.

No presente estudo joga-se luz sobre a escassez legislativa quanto a um tema tão rico, gerado no bojo do “pacote anticrime”, por meio da Lei nº 13.964/2019, cuja ementa revela a sua natureza: “Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal”. A inserção de um instituto de natureza eminentemente cível, num instrumento que aperfeiçoa a legislação penal e processual penal causa espécie. Esse paradoxo traz dificuldade à sua interpretação e aplicação, sendo que ainda há uma lacuna legislativa com a supressão de parte do projeto de lei, pelo veto presidencial. O cotejo entre as razões do veto e o que realmente restou do texto legal revela uma diferença entre a *mens legis* e o resultado, fato que trará o Poder Judiciário ao centro da questão, para suprir a carência normativa, sempre após o exercício do consenso dos órgãos fiscalizadores.

O acordo de não persecução cível está disposto no artigo 6º da Lei 13.964/2019, que acrescentou o 17, §§ 1º e 10-A na Lei nº 8.429/1992, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa (LIA). Até então a legislação e a doutrina eram categóricas no sentido de que o interesse público tornava intransigível a *res publica*. Com a novel legislação, uma releitura do mencionado princípio entra em cena, isso é inegável. Contudo, muito há que se caminhar para o aperfeiçoamento da questão, tendo que se estabelecerem os critérios

para se firmar o pacto, seus legitimados, o momento em que podem ocorrer a celebração e a (in)disponibilidade em relação ao valor, por exemplo.

A cultura da litigiosidade permeia o cenário jurídico, num contexto em que os advogados são formados para o litígio, somada à rigidez do Princípio da Indisponibilidade, sendo intuitiva a releitura do que se entende por primazia do interesse público. Esse cenário leva a um mesmo caminho, qual seja, a judicialização. O instituto sob estudo encontra espaço para a transformação desse modelo, que ano após ano se mostra defasado, causando um inchaço crônico do Poder Judiciário, com um crescente número de processos, o que, via de regra, não tem permitido a observância da razoável duração do processo. Essas linhas servem para jogar luz sobre as novas trilhas traçadas pela possibilidade do consenso, em todas as áreas, inclusive e finalmente, quando se tratar de entes públicos. A porta aberta pelo acordo permite a transação em sede de ação de improbidade, revelando-se puramente um “direito consensual”, eis que o particular-réu-improbo não se obriga a colaborar com a investigação, não havendo que se falar em prêmio, mas puramente em consenso.

## A EVOLUÇÃO DO CONSENSO EM SEDE DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Como exposto linhas acima, a cultura judiciária é no sentido da litigiosidade, sobretudo quando se trata de *res publica*, tanto que assim dispunha o artigo 17, § 1º da Lei nº 8.429/1992: “É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o *caput*.”<sup>1</sup>

Em sentido diametralmente oposto, o denominado pacote anticrime inseriu o artigo 17, § 1º na Lei de Improbidade Administrativa, com a seguinte dicção: “§ 1º As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei” (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019). A novel legislação caminha na mesma direção da alteração imposta pelo atual código de processo civil, que prevê a possibilidade de conciliação a qualquer momento, como se vê do artigo 165.

O país não respira a cultura do consenso, isso é fato, mas também não se nega que a Justiça num formato multiportas vem ganhando espaço cada vez maior, alimentada pela doutrina. O multicitado artigo 17, § 1º é um exemplo clássico desse roteiro.<sup>2</sup>

A tendência da resolução dos conflitos além do Poder Judiciário se revela uma tendência universal, ganhando amplo espaço na doutrina internacional<sup>3</sup>, jogando luz

1 [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm) – Acesso em: 07 de jan. de 2021.

2 Nesse ponto, pertinentes as lições do professor Humberto Dalla: “(...) podemos afirmar que a ideia da mediação envolvendo direitos indisponíveis se coloca dentro de um movimento de expansão do uso dos meios de obtenção de consenso, dentro da lógica de economia processual, efetividade, celeridade, adequação e real pacificação do conflito.” (Sistema multiportas e métodos integrados de resolução de conflitos [recurso eletrônico] / Elaine Harzheim Macedo, Marina Damasceno (organizadoras). – Dados eletrônicos. – Porto Alegre : EDIPUCRS, 2018. Recurso on-line (170 p.)

3 Vale destaque as lições de Helena Soletto Muñoz: “En Europa tenemos una gran variabilidad en cuanto al desarrollo de la Justicia Restaurativa; entre los países del norte de Europa encontramos experiencias pioneras en el mundo en los años 70, como Noruega; otros, como Reino Unido, que tienen en marcha muchos programas; los países centroeu-ropeos han trabajado en los últimos tiempos la Justicia Restau-rativa con buenos resultados, y, por último, los países del sur de Europa son aquellos en los que se aprecia mayor resistencia a la entrada de programas de mediación o de

numa “justiça multiportas”, mostrando a face moderna da jurisdição, com característica de mutabilidade.

É inegável que, no direito brasileiro, por décadas, ao se pensar em danos ao erário público, era intuitivo esperar a equação “Cultura da litigiosidade + Princípio da Indisponibilidade”, pois logo somos remetidos à ideia de que a dialética do processo se resulta em conflito.

Ocorre que essa mudança substancial, passando de um extremo a outro, não se deu de maneira repentina e instantânea. Na realidade, a transformação é resultado de um processo gradual, que respeitou um processo de maturação tanto na doutrina como na jurisprudência.

No já longínquo ano de 2002, a Excelentíssima Ministra Ellen Gracie, do Excelso Supremo Tribunal Federal, proferiu uma decisão paradigmática, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 253.885<sup>4</sup>. Em sede de jurisprudência, esse precedente é paradigmático, pois foi a primeira vez que a Suprema Corte validou um acordo em âmbito de *res publica*, respeitando a solução adotada pela administração pública, solução que se revela adequada e pertinente, uma vez que o ente público é o maior interessado em preservar seu patrimônio. A partir daí, inaugurou-se uma nova era, cujo horizonte relativo à concepção de interesse público espalhou-se, desembocando na alteração legislativa que ora se aborda. Pela primeira vez, a Suprema Corte afirmou que uma transação celebrada por um ente público não maculava o interesse público, posto que o acordo entabulado era a melhor solução para o conflito.

Assim, há que se tecer loas à consensualidade aplicada no direito administrativo, tanto no plano horizontal (cunho patrimonial) como vertical (quando o estado exerce autoridade sobre particular).

Assim, aos poucos, os meios adequados de solução de conflitos foram ganhando corpo e forma, até que a matéria desaguou no acordo de não persecução cível, ora objeto do presente estudo. Destaque-se, por oportuno, que aqui não se abordam os institutos similares de natureza penal.

Por seu turno, o artigo 36, § 4º da Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação)<sup>5</sup> sinaliza a possibilidade de composição extrajudicial do conflito, fato que também vai ao encontro

---

Justicia Restaurativa, y en general no se norman convenientemente los elementos básicos, tendiendo en ocasiones a la supernormación”. (Spengler, Fabiana Marion, Pinho, Humberto Dalla Bernardina de (Org.). Acesso à justiça, jurisdição (in)eficaz e mediação: a delimitação e a busca de outras estratégias na resolução de conflitos [recurso eletrônico] / Curitiba: Multideia, 2013).

4 Eis a ementa, na parte que interessa ao presente estudo: “Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à últimação deste interesse.” (Consultado em 06/10/2021. <https://stf.jusbrasil.com.br>)

5 “§ 4º Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.”

da utilização da denominada “justiça multiportas”, uma realidade cada vez mais presente no cotidiano do Poder Judiciário. Seguindo a mesma trilha, há que se destacar o artigo 26 do Decreto-Lei nº 4.657/1942, acrescido pela Lei nº 12.376/2010, denominada Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro que, também atenta à nova realidade, criou a possibilidade da celebração de compromisso do Poder Público com interessados, estabelecendo que deverá se buscar a solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais.<sup>6</sup>

Tema tão palpitante será objeto de análise perante o Excelso Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.175.650, já afetado com repercussão geral, Tema nº 1043<sup>7</sup>, ainda pendente de decisão final.

Assim chega-se à positivação do acordo de não persecução cível, inserido no bojo do pacote anticrime, criado para cuidar da legislação penal e processual penal (no mínimo um contrassenso). Criou-se, mas não se regulou. Ora, uma importante inovação para o âmbito administrativo, como o acordo que ora se estuda, ganha corpo e forma dentro de uma lei voltada ao direito penal. As essências caminham a léguas de distância. Temas dissociados, tratados no mesmo contexto. Pode-se dizer que o legislador foi, no mínimo, econômico em relação ao acordo de não persecução cível, e, sobretudo, aos aspectos colaterais, como a consensualidade administrativa. A antinomia é evidente.

## **DIFICULDADES TÉCNICAS ACARRETADAS PELA ECONOMIA LEGISLATIVA<sup>8</sup>**

As poucas linhas legislativas dispensadas a um tema tão rico acarretaram uma série de dificuldades de ordem técnica para o desenvolvimento do instituto, trazendo grande embaraço para os operadores do direito e, como não poderia deixar de ser, divergência doutrinária.

Como já exposto, a matéria apresenta sérias deficiências, que certamente trarão grandes embates e discussões doutrinárias, que serão dirimidas quando submetidas ao Poder Judiciário e ganharão caráter vinculante. Finalmente, há necessidade urgente

6 “Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

§ 1º O compromisso referido no caput deste artigo: (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

l - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)”

7 Tema nº 1043 – A utilização da colaboração premiada no âmbito civil, em ação civil pública por ato de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público em face do princípio da legalidade (CF, art. 37, §§ 4º e 5º) e da legitimidade concorrente para a propositura da ação (CF, art. 129, § 1º).

8 De início, eis a novel legislação (Lei nº 8.429/1992), após o voto presidencial, na parte que interessa:

“Art. 17 (...) § 1º As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei.

Omissis...

§ 10-A. Havendo a possibilidade de solução consensual, poderão as partes requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a 90 (noventa) dias.”

de regulamentação do acordo de não persecução cível, diante do veto ao art. 17-A que seria introduzido na LIA. Nesse sentido, deveria ser editado Decreto regulamentador pelo poder Executivo, ou mesmo a modificação da Resolução nº 179/2017 do CNMP, a fim de disciplinar a matéria em âmbito institucional.<sup>9</sup>

#### **A. PLURALIDADE DE LEGITIMADOS PARA FIRMAR O ACORDO – INSEGURANÇA JURÍDICA**

A *prima facie* percebe-se que a pluralidade de legitimados para firmar o acordo de não persecução cível seria um óbice à consensualidade administrativa. O particular que firma o acordo deve ter a certeza de que outros legitimados para ajuizar a eventual ação o respeitem e se submetam às cláusulas ali estabelecidas. Além disso, há que se jogar luz à possibilidade de atuação dos Órgãos de controle externo, mesmo que apenas na via administrativa, o que se revela mais um obstáculo a ser ultrapassado para que se efetive o real sucesso no instituto da não persecução cível. O pacto deve ter atratividade, o particular deve ter incentivos positivos e negativos (punição em caso de não cumprimento das formalidades avençadas ou em caso de não celebração).

Essa pluralidade acarreta insegurança jurídica, fator que deve ser rechaçado e combatido de forma veemente. Ao particular que firma o acordo, deve ser dada a garantia de que não vai haver questionamento de nenhuma sorte, tampouco o ajuizamento de ação ou atividade dos órgãos de controle externo.

Apenas a título de ilustração, imaginemos a hipótese de que a avença gire em torno de uma eventual irregularidade ocorrida no bojo de um processo administrativo, cuja respectiva despesa foi coberta com verba federal. O particular firma um acordo de não persecução cível com o Ministério Público Federal. Parece evidente que esse pacto deve ser oponível, por exemplo, ao Tribunal de Contas da União, Controladoria Geral da União, Advocacia Geral da União, e todos os demais entes públicos que porventura possam ter legitimidade e/ou interesse para a tomada de providências, sejam judiciais ou administrativas<sup>10</sup>.

Daí exsurge um obstáculo intransponível, pelo qual o particular não conseguirá se sobrepor, cuja fundamentação se estabelece na Lei nº 4.717/1965, qual seja, a democrática e, por vezes, desvirtuada, ação popular. Esse instrumento, disponibilizado a todo cidadão brasileiro, terá o condão de descaracterizar a absoluta certeza de que o acordo de não

9 BERNARDINA DE PINHO, Humberto Dalla. O Consenso em Matéria de Improbidade Administrativa: Limites e Controvérsias em torno do Acordo de não Persecução Cível Introduzido na Lei Nº 8.429/1992 pela Lei Nº 13.964/2019. Revista Interdisciplinar de Direito, [S.l.], v. 18, n. 1, p. 145-162, jul. 2020. ISSN 2447-4290. Disponível em: <<https://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/845>>. Acesso em: 08 jan. 2021.

10 No mesmo sentido, é o ensinamento da doutrina de Fábio Medina Osório: “Neste sentido, a título de exemplo, se celebrado um acordo entre o investigado e algum dos colegitimados a propor Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa, este por certo afetará a propositura de ação pelos demais colegitimados. Ora, se houve um negócio jurídico que resultou na mitigação da sanção ou até mesmo no completo perdão, a ação, ao menos para esse fim, não poderá ser proposta pelos demais legitimados. Por certo, doutrina e jurisprudência deverão desenvolver soluções para casuísticas como a presente, como um instrumento de adesão.” [https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/3/8A049E-343B44ED\\_Artigopacoteantcrimeimprobid.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/3/8A049E-343B44ED_Artigopacoteantcrimeimprobid.pdf) - Consultado em 08/01/2021

persecução cível não será questionado jamais.

Percebe-se que não se está a afirmar que a ação correrá sem sofrer a influência direta da pactuação, pelo contrário, espera-se que o Poder Judiciário empreste força ao instituto, o que será visto adiante, mas afirma-se que o particular jamais terá a mais absoluta certeza de que não será obrigado a se defender em juízo, mesmo após firmar o acordo de não persecução cível.

## **B. O MOMENTO DA CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL**

Outro ponto a se lamentar é a ausência de uma forma clara e precisa a respeito do momento em que se pode firmar o acordo de não persecução cível. A lei simplesmente é omissa quanto a esse aspecto, como se vê do artigo ao artigo 17, § 1º da Lei nº 8.429/92, transcrito alhures. A partir de uma interpretação literal, pode-se concluir que a celebração só pode ocorrer até o oferecimento da contestação, a teor do disposto no parágrafo 10-A do mencionado dispositivo legal. Talvez a menção ao prazo da contestação seja explícita em virtude do que dispunha a redação primitiva do Artigo 17-A, § 3º, segundo o qual, não realizado o acordo, o réu seria intimado para apresentar contestação. A redação da norma, da forma como entabulada, relegava ao obívio a essência da consensualidade, pois partia do pressuposto de que a ação já havia sido ajuizada e, implicitamente, estabelecia que o acordo de não persecução cível deveria ser oferecido junto à inicial, pelo que se extai do mencionado parágrafo terceiro, haja vista que cravava a realização do pacto em momento anterior ao do oferecimento da contestação. Aqui há que se destacar uma situação, no mínimo inusitada, qual seja, as razões do veto presidencial ao artigo 17-A.<sup>11</sup>

Chamo a situação de inusitada tendo em vista que resta evidenciado que o legislador intencionou a condicionar a celebração do acordo até a propositura da ação, contudo não positivou esse marco temporal. Na medida em que a lei é claudicante em relação a um fato, sendo que a *mens legis* o direciona de forma clara, a aplicabilidade da norma, ou não, ficará ao talante do intérprete.

O novo horizonte que se abre, rumo a uma justiça multiportas, prestigiando cada vez mais a consensualidade, não se revela em harmonia com a obrigatoriedade do ajuizamento de uma ação para, só após, ser firmado um acordo. Tanto é assim que ante o paradoxo apresentado, o artigo, que também proibia expressamente os acordos de leniência, foi vetado. O choque entre o texto e o rumo que toma o direito brasileiro, no sentido da consensualidade e das formas de solução consensual dos litígios, salta aos olhos, ainda mais quando nos aprofundamos nas justificativas que embasaram o pacote anticrime.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> “§ 2º O acordo também poderá ser celebrado no curso de ação de improbidade.” Eis as razões do veto: “A propositura legislativa, ao determinar que o acordo também poderá ser celebrado no curso de ação de improbidade, contraria o interesse público por ir de encontro à garantia da efetividade da transação e do alcance de melhores resultados, comprometendo a própria eficiência da norma jurídica que assegura a sua realização, uma vez que o agente infrator estaria sendo incentivado a continuar no trâmite da ação judicial, visto que disporia, por lei, de um instrumento futuro com possibilidade de transação.”

<sup>12</sup> “Se faz premente a necessidade de mudança da cultura do litígio para a da conciliação, tendo em vista esta consti-

Não se revela razoável interpretar que há uma limitação no momento da celebração do acordo, se a própria justificação do projeto de lei afirma que “(...) se faz premente a necessidade de mudança da cultura do litígio para a da conciliação (...)”.

O acordo pode e deve ser celebrado a qualquer tempo, até mesmo após o trânsito em julgado de eventual decisão condenatória, se for o caso. A afirmação é feita pela extração da *mens legis* do atual código de processo, que estimula a consensualidade, como já descrito, sobretudo na forma do seu artigo 139, V. O momento em que é celebrado o acordo só deve ser considerado em relação à diminuição dos benefícios do particular, como em qualquer relação negocial. Em outras palavras, quanto mais a marcha processual se adiantar (mesmo que na seara administrativa), ou, ainda, quanto mais o Estado houver “girado a roda”, menores as concessões feitas ao infrator.

Esperar o trânsito em julgado para a formalização do pacto seria o mais cômodo, até sob o ponto de vista técnico, mas a realidade da tramitação de uma ação de improbidade administrativa, cujo nascimento geralmente se dá após o término de um longo inquérito, não se revela de grande eficácia prática. As instituições estão amadurecendo, o próprio processo democrático está em franca evolução. Assim, a primazia do interesse público deve ser arejada e respirar novos ares.

### C. O QUANTUM INDENIZATÓRIO

Além do momento em que pode ser celebrado o acordo e a multiplicidade dos legitimados para representar a Fazenda Pública, outro elemento que fatalmente receberá toda sorte de opiniões será o *quantum* a ser pactuado.

Muitos são os critérios que podem ser adotados, contudo, infinitas são as possibilidades práticas que as questões do dia a dia vão apresentar, tais como idade do cidadão, o seu patrimônio, a natureza da infração, a data do evento danoso, a possibilidade prática de reparação do dano causado ao erário e, até mesmo, a sua quantificação. Pensemos na hipótese de o acordo ser firmado com um empresário, com sólido patrimônio financeiro, com 50 anos de idade. Nesse panorama, as normas de fixação do *quantum* a ser pactuada deve ser uma, enquanto se estivermos diante de um cidadão de 70 anos

---

tuir-se importante mecanismo alternativo de resolução de controvérsias, e que detém qualidades e produz resultados que permitem se atingir a tão almejada pacificação social. Nas palavras do juiz federal Gustavo Catunda Mendes, “a conciliação não se destina de maneira alguma a ofuscar o relevante papel social atribuído ao Poder Judiciário de exercício da jurisdição. Cuidam-se a promoção de conciliação e a existência de litígio de realidades que podem conviver na mais perfeita harmonia, sobretudo considerando que ambos visam, em última ratio, que de fato os conflitos sejam dirimidos e a paz prevaleça na sociedade.”<sup>1</sup> Nesse sentido é forçosa a alteração da Lei nº 8.429/1992, denominada Lei de Improbidade Administrativa, que se encontra em desacordo com a tendência atual de facilitar a autocomposição, não permitindo transação, acordo ou conciliação no âmbito das ações disciplinadas pela lei. A alteração tornará mais célere a reparação de danos causados ao patrimônio público. A juíza federal Giovanna Mayer, em lúcida explanação sobre o tema, afirmou que “essa vedação até se justificava tendo em vista que estávamos engatinhando na matéria de combate aos atos ímprobos. Atualmente, entretanto, tal dispositivo deve ser interpretado de maneira temperada.” Isso porque até na seara penal já são adotadas transação ou conciliação. Assim, a modificação sugerida por esta proposição permite a realização de transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade. Nesse contexto, o membro do Ministério Público poderá, adequando-se aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, transacionar com o agente ímprobo.” -[www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra.jsessionid=7AD56C73E345465FA1F7943ED8D09216.proposicoesWebExterno?codteor=1569090&filename=Tramitacao-PL+7871/2017](http://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra.jsessionid=7AD56C73E345465FA1F7943ED8D09216.proposicoesWebExterno?codteor=1569090&filename=Tramitacao-PL+7871/2017) - Consultado em 08/01/2021



de idade, sem nenhum patrimônio aparentemente passível de responder pelos danos causados, cuja renda seja ínfima, não há que se falar em inflexibilidade. O que se pretende dizer é que se as condições fáticas forem da possibilidade do ressarcimento integral do dano, é indene de dúvidas que esse deve ser o padrão, ao passo que, se as condições do ressarcimento integral forem ínfimas, para não dizer impossíveis, há que se transigir na dosimetria e até mesmo no prazo de pagamento.

Nessa última hipótese, o Princípio da Indisponibilidade se adequa ao recebimento de uma parcela inferior do débito, em detrimento de nada auferir em favor dos cofres públicos. Revela-se imperiosa a possibilidade de adequação do *quantum* ao caso concreto, devendo ser analisado à luz das condições fáticas apresentadas que melhor representem a possibilidade do ressarcimento ao erário, mesmo que mínimo, em detrimento do nada.

## **A DISPENSÁVEL PRESENÇA DO MINISTÉRIO PÚBLICO X INDISPENSÁVEL HOMOLOGAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO**

O instituto de não persecução cível é uma novidade legislativa, que será aprimorado com o tempo, razão pela qual ainda não se tem jurisprudência consolidada sobre o tema, nem um vasto debate doutrinário.

Todavia, parece-me haver campo de debate para a necessidade de participação do Ministério Público em todos os acordos. Os entes federativos gozam de autonomia e capacidade para a celebração dos acordos que tutelam seus interesses, sendo certo que a intervenção máxima do Ministério Público será um obstáculo (temporal e burocrático) para a celebração, em muitos casos. Assim, não cabe ao intérprete pisar em solo no qual o legislador criou atalho, sobretudo à luz do artigo 2º da Constituição da República, segundo o qual os Poderes são independentes e harmônicos, não sendo razoável vincular a autonomia de um deles a um órgão.<sup>13</sup>

Não se questiona a legitimidade do Ministério Público para o resguardo do interesse público, contudo, antes, a administração pública tem o maior interesse de zelar pelo que é seu de direito. Deve-se ter em mente que os atos administrativos são revestidos da presunção de legalidade, essa é a regra.

Os critérios de conveniência e oportunidade devem ser respeitados, premissa que serve de suporte aos acordos de não persecução cível, eis que a mentalidade de imutabilidade e estagnação do conceito do Princípio da Indisponibilidade está sendo

---

<sup>13</sup> Eis a parte que interessa das razões do veto presidencial, no tocante à exclusividade do Ministério Público para a celebração do acordo: "A propositura legislativa, ao determinar que caberá ao Ministério Público a celebração de acordo de não persecução cível nas ações de improbidade administrativa, contraria o interesse público e gera insegurança jurídica ao ser incongruente com o art. 17 da própria Lei de Improbidade Administrativa, que se mantém inalterado, o qual dispõe que a ação judicial pela prática de ato de improbidade administrativa pode ser proposta pelo Ministério Público e/ou pessoa jurídica interessada leia-se, aqui, pessoa jurídica de direito público vítima do ato de improbidade. Assim, excluir o ente público lesado da possibilidade de celebração do acordo de não persecução cível representa retrocesso da matéria, haja vista se tratar de real interessado na finalização da demanda, além de não se apresentar harmônico com o sistema jurídico vigente." [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-726.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-726.htm) - Consultado em 08/01/2021

superada, devendo-se prestigiar a autonomia dos administradores legitimamente eleitos pelo povo. As soluções adequadas dos conflitos devem ser perquiridas caso a caso, respeitando-se e observando-se as peculiaridades fáticas de cada região desse país de dimensões continentais, tendo sempre em mente as diferenças fáticas e jurídicas entre as esferas Federal, Estadual e Municipal de poder.<sup>14</sup>

Não se deve padronizar e “encaixotar” uma forma de celebração do acordo de não persecução cível, pois as diferenças regionais e financeiras dos entes públicos não permitem que assim seja. Por outro lado, há que se ter um mínimo balizamento legal, o que não ocorreu no caso em tela, ante a economia legislativa, como já asseverado alhures. Na prática, o legislador cuidou de criar o instituto, mas não de discipliná-lo, ainda que minimamente.

Por seu turno, mesmo que a princípio possa soar paradoxal, eis que linhas acima se defendeu a não intervenção do Ministério Público ante a autonomia dos Entes Públicos e a desburocratização do instituto, a homologação pelo Poder Judiciário se revela imprescindível. A chancela empresta ao acordo uma autoridade formal, com um selo de quem, ao menos em tese, poderia, num segundo momento, intervir no pacto, de modo até mesmo a desconstituí-lo. Além disso, como argumento final, a homologação terá o condão de trazer consequências imediatas para ambas as partes, em caso de eventual descumprimento. O Estado terá em mãos um título executivo judicial, poupando a longa, exaustiva e custosa caminhada pelo processo de conhecimento, enquanto que o particular terá um documento oponível em caso de quebra do *pactum de non petendo*.

## **O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO – BALIZAS A SEREM TRAÇADAS POR FORÇA DOS PRECEDENTES – SUPRESSÃO DAS LACUNAS LEGISLATIVAS**

O papel do Poder Judiciário, por seu turno, será determinante para o sucesso do acordo de não persecução cível, seu regramento e, sobretudo, para que ele seja revestido de segurança jurídica. A ausência de regramento legal amplo, até mesmo em obediência aos princípios norteadores do consensualismo, conduzem as portas do Poder Judiciário a função de ditar o balizamento a ser adotado nos acordos. Esse papel de suprir as lacunas legais ganha contornos secundários, frente à função precípua de fazer valer os pactos, emprestando-lhes a imprescindível segurança jurídica, cujo selo chancelará a autoridade das decisões judiciais.

Nas hipóteses em que um dos legitimados para ajuizar a ação, ou mesmo o Ministério Público, nos casos em que não subscreverem o acordo, baterem às portas do Poder Judiciário para questioná-lo, caberá a este último a sua defesa. Como dito alhures,

<sup>14</sup> As lições de Leydomar Nunes Pereira são precisas nesse sentido: “Há que se concluir que, a negociação, é dizer, a solução consensual, quando da análise das nuances e das circunstâncias, no caso em concreto, do ato de improbidade administrativa praticado, demonstra e revelando as circunstâncias de que se revela a mais adequada para tutelar a probidade administrativa, recomendável afigura-se o estabelecimento do acordo através da negociação.” (Pereira, Leydomar Nunes. Solução Consensual na Improbidade Administrativa (p. 26). Editora Dialética. Edição do Kindle.)

o instituto é novo, ainda carente de precedentes em abundância, mas parece que será trilhado o mesmo caminho pelo qual se enveredou a questão dos tribunais arbitrais. Hoje, majoritariamente, o Poder Judiciário cuida de analisar as questões ali postas apenas sob o ponto de vista formal, não se imiscuindo no mérito. A percepção de que agora, ante os acordos de não persecução cível, o caminho será o mesmo é decorrente do julgamento de quatro mandados de segurança pelo Supremo Tribunal Federal (MS 35435/DF, MS-35435. MS 36496/DF, MS 36526/DF, MS 36173/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 26.5.2020), já com votos proferidos, ainda pendente de conclusão, defendendo, em linhas gerais, a validade do acordo de leniência ante a oposição de órgãos de controle externo.

A baliza a ser ditada pelo Poder Judiciário ganhará contornos em breve, sendo certo que o caminho é alargar o espaço da consensualidade, com indelével prestígio à autonomia da vontade das partes, o que está em vias de acontecer, por exemplo, quando do enfrentamento do Tema nº 1042<sup>15</sup> pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, afetado para julgamento sob a sistemática de recurso repetitivo.

Doravante, as regras serão ditadas, aos poucos, pelas Cortes Superiores, haja vista toda a *ratio* do atual CPC, em especial os artigos 139, V e 926, sendo que o primeiro estimula a promoção da autocomposição a qualquer tempo, enquanto que o segundo dispõe que é dever dos Tribunais uniformizar a jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Portanto, na atual sistemática processual, a formação dos precedentes terá poder de império sobre os acordos de não persecução cível, haja vista a timidez do legislador no tocante às nuances e regras a serem seguidas por aqueles sujeitos envolvidos no pacto. Na ausência de legislação específica ditando as regras, caberá ao Poder Judiciário suprir a lacuna.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acordo de não persecução cível se revela em mecanismo de grande utilidade, que chega no momento histórico em que a jurisdição ganha novos contornos, sendo salutar a concessão da liberalidade aos órgãos de controle e a administração pública. A efetividade da recuperação de verba pública será um resultado palpável. A intervenção do Poder Judiciário se limita ao procedimento, não havendo que se falar em limites ou intervenção no tocante à liberalidade dos atores do acordo, cujos termos serão fixados com norte nas suas conveniências, livres de amarras burocráticas ou de controle judiciário.

---

15 "Definir se há - ou não - aplicação da figura do reexame necessário nas ações típicas de improbidade administrativa, ajuizadas com esteio na alegada prática de condutas previstas na Lei 8.429/1992, cuja pretensão é julgada improcedente em primeiro grau; Discutir se há remessa de ofício nas referidas ações típicas, ou se deve ser reservado ao autor da ação, na postura de órgão acusador - frequentemente o Ministério Público - exercer a prerrogativa de recorrer ou não do desfecho de improcedência da pretensão sancionadora."

## REFERÊNCIAS

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. ***Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos***. ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Xavier Navarro (Coord.). ***Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos***. Coleção grandes temas do novo CPC. Coordenação geral: Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodivm, 2017.

NUNES, Leydomar Pereira. ***Solução Consensual na Improbidade Administrativa: acordo de não persecução civil***. Dialética, 2020. Edição do Kindle.

SPENGLER, Fabiana Marion, PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Org.). ***Acesso à justiça, jurisdição (in)eficaz e mediação: a delimitação e a busca de outras estratégias na resolução de conflitos [recurso eletrônico]*** / Curitiba: Multideia, 2013.

<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo979.htm> – Acesso em: 05 de jan. de 2021.

## SAÚDE DA MULHER E O ABORTO LEGAL EM PERSPECTIVA: NARRATIVAS E SENTIDOS EM DISPUTA

*Data de aceite: 01/11/2021*

*Data de submissão: 05/10/2021*

### **Lilia Guimarães Pougy**

Universidade Federal do Rio de Janeiro –  
Programa de Pós-Graduação em Serviço  
Social e Programa de Pós-Graduação em  
Políticas Públicas em Direitos Humanos  
Rio de Janeiro – Rio de Janeiro  
<http://lattes.cnpq.br/8604484296885309>

### **Ludmila Fontenele Cavalcanti**

Universidade Federal do Rio de Janeiro –  
Programa de Pós-Graduação em Serviço  
Social  
Rio de Janeiro – Rio de Janeiro  
<http://lattes.cnpq.br/7322451764522624>

**RESUMO:** Este trabalho se insere nas pesquisas que dizem respeito à sustentabilidade das propostas de afirmação dos direitos humanos das mulheres numa conjuntura reativa e adversa ao debate e às ações em torno das questões de gênero e da diversidade sexual. Parte-se da hipótese que o crescimento da violência sexual contra as mulheres, no tempo presente, sobretudo de pandemia do Covid-19, tenha efeitos deletérios na política pública. A perspectiva teórica adotada compreende a violência sexual como uma violência de gênero, cuja estratégia de enfrentamento pode reforçar o mandato de masculinidade hipertrofiado. A retração da área de políticas para as mulheres e a prevalência da narrativa cristã reativa ao campo

dos direitos sexuais e dos direitos reprodutivos foi conexão estabelecida por pesquisadoras/es e cientistas, que verificaram retrocessos no campo, de deslocamento do tema para o debate moral em detrimento do técnico até o desmonte de serviços. A metodologia utilizada compreendeu o exame das reportagens sobre o aborto legal nos últimos dois meses com base na Norma Técnica do Ministério da Saúde e das medidas do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. No legislativo foram levantadas propostas no Congresso Federal e no judiciário pautas e decisões do Supremo Tribunal Federal. O resultado do inventário das medidas sobre a saúde da mulher perspectivamente oferece caminhos alternativos às disputas políticas e morais.

**PALAVRAS-CHAVE:** aborto legal; violência de gênero; religião; política pública.

### **WOMEN'S HEALTH AND THE LEGAL ABORTION IN PERSPECTIVE: NARRATIVES AND MEANINGS IN DISPUTE**

**ABSTRACT:** This article is inserted among researches that deal with the sustainability of women's human rights affirmation proposals in a conjuncture that is reactive and adverse to the debate as well as with the actions that surround gender issues and sexual diversity. It begins with the hypothesis that the growth of sexual violence against women, in the present time, especially in the Covid-19 pandemic, has deleterious effects on public policy. The theoretical perspective adopted address sexual violence as gender violence, whose coping strategy can reinforce

the hypertrophied mandate of masculinity. The retraction in the field of policies for women and the prevalence of the christian narrative, which is reactive to the field of sexual and reproductive rights, constituted the connection established by researchers and scientists who verified setbacks in this field, from the displacement of the subject to the moral debate rather than the technical one and even of the dismantling of services. The employed methodology included the exam of news' coverages about legal abortion in the last two months based on the Technical Standarts of the Ministry of Health and the measures of the Ministry of Women, Family and Human Rights. Regarding the Legislative, proposals to the Federal Congress were raised, while regarding the Judiciary, agendas and decisions of the Federal Supreme Court were considered. The result of putting the inventory of women's health measures in perspective offers alternative paths to political and moral disputes.

**KEYWORDS:** legal abortion; gender violence; religion; public policy.

## 1 | INTRODUÇÃO

Os temas tratados nesse trabalho, saúde da mulher e aborto, mobilizam afetos e ações controversas e paradoxais. A complexidade encerrada e espreada pelos mesmos tem raízes também diversas e são estimuladas pelos esquemas patriarcais que têm eco na sociedade brasileira. Com efeito, o controle sobre os corpos das mulheres é dinâmica reatualizada em diferentes tempos históricos, contudo, no tempo presente, as narrativas e práticas sobre o controle das mulheres ganham efeitos especiais porque misturam a incidência na singularidade e na particularidade. Dito de outro modo, e parafraseando Vázquez (1997), a saúde da mulher – e o aborto como uma das questões dos direitos sexuais e reprodutivos - embora atinja o ser corpóreo, incide sobre o ser social.

Outra camada complexa diz respeito ao contexto pandêmico do Covid-19 que acentuou as desigualdades sociais e reafirmou as vulnerabilidades de classe, gênero e raça, para mencionar as variáveis estruturais que interseccionalizam a vida em sociedade (POUGY, 2018). Em outubro de 2020<sup>1</sup> contabilizam-se 156.586 óbitos e 5.358.115 casos confirmados de pessoas contaminadas pelo Covid-19. No ducentésimo quadragésimo primeiro dia desde o primeiro caso confirmado no Brasil, cento e sessenta mil famílias estão em luto e mais de cinco milhões se viram mobilizadas para permitir o acesso aos serviços de saúde para o tratamento.

A crise tão lamentada por governos negacionistas e terraplanistas ultradimensionam a dimensão econômica e a perfilam de modo simplificado, conquanto estratégico, com os gastos sociais. Não bastasse a retração imposta pelas medidas de austeridade que congelaram por vinte anos os gastos públicos, em 2016, a polaridade sugerida economia x social ignora que o direito à vida deveria ser universal. Se a pandemia sequestrou o direito de ir e vir livremente, como forma de conter a propagação do vírus da Covid-19, poucas pessoas podem realizar o isolamento.

<sup>1</sup> Disponível em: <https://arte.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/casos-mortes-coronavirus-brasil-mundo/#/local/brasil>. Acesso em 24 Out 2020.

É preciso lembrar de outra emergência sanitária, “*que desde 2015 levou ao nascimento de 3.534 bebês com Síndrome Congênita da Zika*”<sup>2</sup>, epidemia que interfere sobremaneira na vida das mulheres mães, ainda está presente e combinada com as restrições impostas pela pandemia da Covid-19 para o acesso ao tratamento de suas/seus filhas/os<sup>3</sup>.

No escopo dos trabalhos dos grupos de pesquisa e extensão sobre prevenção da violência sexual e do laboratório de políticas públicas de gênero, retornamos à temática dos direitos sexuais e direitos reprodutivos motivadas pela recente publicidade do caso de uma criança de dez anos vítima de estupro sistemático perpetrado por seu tio havia quatro anos, que enfrentou mais outra batalha por sobrevivência ao tentar acionar o Estado brasileiro na positivação do direito ao aborto. Os poderes republicanos e as áreas correlatas foram interpeladas pela publicização da dramática violência e disputaram ações e narrativas nas quais a vida da criança violada – pelo tio e por servidores/as públicos – constrangeram os campos da saúde e dos direitos da infância e juventude, firmados pela Doutrina de Proteção Integral e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Para tanto, propomos um debate sobre violência de gênero como uma violação dos direitos humanos que atinge o ser social, isto é, “*a sua condição de sujeitos de determinadas relações sociais, econômicas, políticas, que se encarnam e cristalizam em certas instituições; instituições e relações que não existem, portanto, à margem dos indivíduos concretos*”, nos termos de Vázquez (1997, p. 380), com base no tempo presente. Foram realizados levantamentos de documentos oficiais nas bases do Congresso Nacional, em especial Propostas de Decretos Legislativos, do Supremo Tribunal Federal, do Ministério da Saúde, em especial Normas Técnicas e Portarias, notícias recolhidas na grande imprensa e em publicações de entes da sociedade civil organizada, com tradição na defesa dos direitos das mulheres, ademais de artigos de periódicos que tratassem dos temas e suas abordagens conexas, que servem ao entendimento da controvérsia que impôs uma relação direta entre o direito do nascituro e o direito à vida da criança vítima de estupro.

## 2 | EXPRESSÕES DA VIOLÊNCIA NO CENÁRIO DE RETRAÇÃO DE DIREITOS

No Brasil as mulheres têm sido particularmente atingidas com uma necropolítica (MBEMBE, 2018) ultraliberal na qual a dualidade “social e economia”, imposta e reforçada pelos poderes republicanos, por meio das reformas, atinge as populações vulneráveis. Um ponto gerador desse giro teve como marco o congelamento dos gastos públicos por vinte anos, ainda em 2016, logo após o golpe institucionalizado da presidenta eleita Dilma Rousseff, processo marcadamente misógeno. A chamada “PEC do fim do mundo” atingiu

2 Disponível em: [https://portal.fiocruz.br/noticia/estudo-identifica-circulacao-de-nova-linhagem-da-zika-no-brasil#:~:text=De%20acordo%20com%20o%20C3%BAltimo,de%2047.105%20casos%20prov%C3%A1veis%20de](https://portal.fiocruz.br/noticia/estudo-identifica-circulacao-de-nova-linhagem-da-zika-no-brasil#:~:text=De%20acordo%20com%20o%20C3%BAltimo,de%2047.105%20casos%20prov%C3%A1veis%20de.). Acesso em 21 Out 2020.

3 Disponível em: <https://azmina.com.br/reportagens/minha-filha-morreu-a-mingua/>. Acesso em: 19 Out 2020.

sobremaneira as áreas de educação e saúde, a pesquisa científica e o Sistema Único de Saúde. E foi sucedida por outras medidas, sempre poupando setores financeiro, agrário, religioso e desmontando as frágeis políticas públicas. O desmonte da Seguridade Social brasileira consagrada na Constituição Federal de 1988, apoiada na Saúde, na Previdência e na Assistência Social e nas Leis Orgânicas correspondentes foram sendo depauperadas e constitui o projeto governamental deste mandatário.

A misoginia, ou o ódio às mulheres em geral e às mulheres negras e pobres, em particular, tem solo na sociedade patriarcal que renova no cotidiano as formas de opressão que atingem todos os sujeitos de forma diversa. No Rio de Janeiro, as mulheres moradoras das favelas veem suas filhas e seus filhos serem assassinados nas operações policiais. Se a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>4</sup>, do começo de junho deste ano, proibiu operação policial nas favelas durante a pandemia, decisão motivada pelos sucessivos assassinatos de jovens e crianças em casa, e pôde atenuar quantitativamente a vitimização de jovens negros e pobres, a reação do executivo estadual e da polícia foi a de contrapor o aumento do crime à impossibilidade de combatê-lo. Parece que se vive na era das dualidades fáceis operadas pela oposição simples, na base do “ou isso ou aquilo”.

A violência contra as mulheres e o feminicídio têm crescido pelo fato do lar - e a família - serem lugares e espaços de vitimização das mulheres<sup>5</sup>, o que, combinado com o desmonte dos serviços de atendimento às mulheres em situação de violência, traz um quadro preocupante. O Ministério da Mulher, Família e dos Direitos Humanos, cuja ministra é a pastora Damares Alves, teve uma baixa execução orçamentária do parco recurso destinado às ações do programa de enfrentamento da violência contra a mulher em 2019. O Plano Plurianual 2020-2023, de acordo com o Inesc (2020)<sup>6</sup>, “*excluiu o Programa 2016: Políticas para as Mulheres: Promoção da Igualdade e Enfrentamento a Violência, e criou o Programa 5034: Proteção à Vida, Fortalecimento da Família, Promoção e Defesa dos Direitos Humanos para Todos*”, cujo objetivo é “*ampliar o acesso e o alcance das políticas de direitos, com foco no fortalecimento da família, por meio da melhoria da qualidade dos serviços de promoção e proteção da vida, desde a concepção, da mulher, da família e dos direitos humanos para todos*”.

O deslocamento do financiamento planejado, sem descritores de monitoramento correspondentes, faz parte do projeto de controle do corpo da mulher e da fratura do Estado Democrático de Direito. Além disso, a proteção da vida desde a concepção interpela legislação e decisões consolidadas e aperfeiçoadas por meio de Normas Técnicas e

4 Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/06/05/fachin-proibe-operacoes-em-favelas-do-rio-durante-a-pandemia.ghtml>. Acesso em 21 Out 2020.

5 Disponível em: <https://oglobo.globo.com/celina/femicidios-violencia-contra-mulher-cresceram-na-pandemia-mas-denuncias-diminuiram>. Acesso em 20/10/2020. E [http://arquivos.proderj.rj.gov.br/isp\\_imagens/uploads/DossieMulher2019.pdf](http://arquivos.proderj.rj.gov.br/isp_imagens/uploads/DossieMulher2019.pdf). Ou <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/08/atlas-da-violencia-2020.pdf>. Acesso em 24 Out 2020.

6 Disponível em: <https://www.inesc.org.br/pasta-de-dameres-tem-r-394-mi-como-a-ministra-vai-utilizar-esse-recurso/>. Acesso em 20 Out 2020.



orientações do Ministério da Saúde, para o aborto legal, previsto nos casos de gravidez de risco à vida da gestante, gravidez resultante de violência sexual e anencefalia fetal<sup>7</sup>.

O aumento da violência de gênero dirigido à mulher é estarrecedor. Dados extraídos do relatório da Rede de Observatórios da Segurança<sup>8</sup>, com base no monitoramento de cinco estados brasileiros - Bahia, Ceará, Pernambuco, Rio de Janeiro e São Paulo - no período de junho de 2019 a maio de 2020, são devastadores, pois revelam o crescimento da violência contra as mulheres. Houve 162 registros de violência sexual/estupro de mulheres, 27 na Bahia, 16 no Ceará, 18 em Pernambuco, 43 no Rio de Janeiro e 58 em São Paulo. Houve 454 feminicídios, ou o assassinato de mulheres por serem mulheres, distribuídos nos cinco estados de modo assustador: 75 na Bahia, 58 no Ceará, 90 em Pernambuco, 56 no Rio de Janeiro e 175 em São Paulo. Doze mulheres morreram de bala perdida no Rio de Janeiro, ocorrência verificada em Pernambuco (3) e Bahia (1).

Boa parte da violência ocorreu no domicílio das vítimas na tentativa de ruptura, o que indica que os mecanismos de defesa e proteção às vítimas estão precários com falhas criminosas dos governos - federal, estaduais e municipais. O caráter letal da violência de gênero no período de 2015-2019 (RAMOS, 2020)<sup>9</sup> também é desconcertante e indicativo de um projeto governamental que se exime de cumprir as responsabilidades ratificadas seja no Pacto Nacional pelo enfrentamento à violência contra a mulher, em 2007, ou ainda na assinatura dos acordos internacionais das últimas quatro décadas. Contudo, o estudo de Ramos (2020) mostra que, desde 2016, os feminicídios têm tido um crescimento vertiginoso no Brasil: 763 em 2016; 1.047 no ano seguinte, 1.225 e 1.314 nos anos subsequentes, com o maior percentual de uma série histórica de cinco anos. Nos cinco estados acompanhados, os números são estrondosos: 318 em Pernambuco, 239 no Rio de Janeiro e 498 em São Paulo. Conquanto Bahia e Ceará tenham este registro somente a partir de 2017, também expressam a violência de gênero na forma letal da misoginia: 251 na Bahia e 82 no Ceará.

O caráter racista e misógino dos crimes contra a vida das mulheres integra o projeto genocida e autocrático do executivo republicano com tímida reação dos poderes adjuntos, que contemplam a violação diuturna da Carta Constitucional e reforçam a produção das condições para a violência letal e não letal. A violência sexual, uma das expressões da violência de gênero e da violência racial, deve ser apreendida também com a dimensão política porque visa atingir a condição de sujeito - de direitos, de desejos, de projetos -, tornando a vítima como coisa a ser usada, abusada e descartada.

A pandemia e o isolamento correspondente podem reforçar essa tendência de vitimização com uma sobrecarga de tarefas que não encontra compartilhamento concreto - remanejamento das tarefas propriamente dito e de sentimentos correlatos que tornam

7 Disponível em: [https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/0/AbortoLegal%20\(5\).pdf](https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/0/AbortoLegal%20(5).pdf). Acesso em 20 Out 2020.

8 Disponível em: <http://observatorioseguranca.com.br/wp-content/uploads/2020/07/Racismo-motor-da-violencia-1.pdf>. Acessado em: 16 Jul 2020

9 De acordo com Ramos (2020), dados produzidos por meio de um consórcio entre Núcleo de Estudos da Violência da USP, o portal G1 e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

mais intensa a sensação de solidão e de sinais alternativos ao quadro. Vocalizar, elaborar e compartilhar sentimentos de impotência, de perspectivas futuras que não se pode vislumbrar, da ausência de planos alternativos no curto, médio e longo prazos em face do COVID-19, isto é o conjunto de dispositivos que podem ajudar na organização do tempo presente, são orientações teórico-políticas das metodologias de atenção à mulher em situação de violência que devem ser desenvolvidas nas dinâmicas cotidianas atuais, em vista da resistência, resiliência e sobrevivência.

Todavia, a posição ultraconservadora do Brasil que atinge brasileiras e brasileiros indistintamente, conquanto vitimem preponderantemente aqueles sujeitos já vulneráveis em razão das desigualdades e da concentração de renda, fortalece o projeto dos atuais dirigentes do país, com o consentimento vergonhoso de parte da elite brasileira. Na cena das relações internacionais, o Brasil votou contra o acesso universal à educação sexual para as mulheres em sessão do Conselho de Direitos Humanos da ONU<sup>10</sup>. Foi o único país ocidental do mundo a fazê-lo e acompanhou o voto de governos ultraconservadores, quais sejam, Arábia Saudita, Catar, Iraque, Paquistão e Bahrein. Também vetou a expressão saúde reprodutiva em texto contra a mutilação genital feminina.

Essas posições reiteram uma ofensiva neoconservadora aos avanços para a cidadania feminina conquistados nas últimas décadas e confirmados pelo Estado brasileiro, sobretudo no que concerne aos direitos sexuais e reprodutivos. Votar contra a orientação sexual para as mulheres na prática significa fortalecer a ocorrência de abuso sexual perpetrado preponderantemente no “sacrossanto” espaço familiar. Mais recentemente, o Brasil assinou declaração<sup>11</sup> conjunta contra o aborto e em defesa do que consideram a família tradicional que, apesar de não ser vinculante, sedimenta o solo para a internacionalização conservadora.

Com efeito, o estupro de meninas na infância é prática corriqueira nas famílias. Estudo do Ministério da Saúde (BRASIL, 2018) revela que, de 2011 a 2016, houve 49.489 notificações de casos de estupro contra adolescentes do sexo feminino, dos quais 32.809 de meninas na faixa etária de 10 a 14 anos. Nesta faixa de idade, 43% dos agressores eram familiares e 29,4% amigos conhecidos, a residência foi o espaço de 66% dos estupros, sendo que 45,6% foram recorrentes. Nesta faixa etária, 1.875 meninas que notificaram o estupro ficaram grávidas e tiveram o filho nascido vivo.

Diante deste quadro distópico, destaca-se as numerosas camadas de violações sistemáticas sofridas pelas crianças e suas famílias. O primeiro destaque se refere ao fato de não poderem ter experimentado acesso à orientação sexual nas escolas e/ou nos serviços de saúde em vista da identificação do abuso. O segundo, diz respeito a rotinização da violência sexual, além da dor e do desamparo apreendido no seio da família. O terceiro

10 Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-07-09/cruzada-ultraconservadora-do-brasil-na-onu-afeta-ate-resolucao-contra-mutilacao-genital-feminina.html> Acessado em: 16 Jul 2020.

11 Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/10/brasil-se-une-a-egito-indonesia-uganda-hungria-e-eua-em-declaracao-contra-o-aborto.shtml>. Acesso em 23 Out 2020.

concerne ao risco de levarem a termo a gravidez. E, por último, a impotência e inoperância da escola e das unidades de saúde na detecção destes agravos. A capacitação contínua dos profissionais da educação e da saúde é medida alvissareira também na proteção da infância e juventude (MOREIRA ET AL, 2018). O Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente, e todos os órgãos e entes adjuntos falharam na defesa e proteção dos direitos das meninas abusadas e tergiversaram no cumprimento da legislação que permite o aborto legal.

Com efeito, a reação fundamentalista do governo Bolsonaro foi desgraçada e vergonhosamente urdida sob a liderança da Ministra da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos<sup>12</sup>, com ações criminosas, tais como identificação da criança, da família e do serviço de saúde; mobilização de uma horda fundamentalista que clamava pela vida do nascituro em detrimento da vida da criança abusada, posto que a violência sexual representa grave ameaça à saúde porque o corpo infante em formação é incompatível com a gestação, parto e puerpério. Outra polarização estéril porque defende a vida do nascituro e coloca em risco a vida da criança abusada.

A reação religiosa cristã aos avanços no campo dos direitos sexuais e direitos reprodutivos, assim como o desmonte da frágil institucionalização das políticas de gênero como políticas de Estado que permitiriam potencializar a positividade da cidadania feminina, é planetária com resultados deletérios no sul global. Vaggione, Machado e Biroli (2020, p. 27), ao examinarem as matrizes do neoconservadorismo religioso na América Latina, identificaram que *“as atuais rearticulações conservadoras respondem a uma politização reativa gerada pelo impacto dos movimentos feministas e LGBTQI”* em vista da regulação da sexualidade e do controle das mulheres. O fundamentalismo como eixo condutor da política - interna e externa – torna os grupos vulneráveis alvo de ações diretas e indiretas que visem a readequação da mulher aos papéis sexuais considerados da natureza divina, com base normativa hetero-patriarcal.

Nas últimas cinco legislaturas do Congresso Nacional foram sendo recepcionadas as agendas de organizações pró-vida, pró-casamento e pró-família, que capturaram o sentido da ofensiva neoconservadora ao que designaram como ideologia de gênero, que interferiria na formação das crianças na educação básica e por via de consequência, na sociedade. Mariano e Biroli (2017) examinaram os discursos proferidos pelas mulheres parlamentares na Câmara do Deputados sobre o aborto, entre 1991 e 2014, e identificaram numerosos Projetos de Leis (PL) que tornam a acesso das mulheres ao aborto nos casos previstos na legislação brasileira desde 1940 e ampliado em 2012 por decisão do STF nos casos de anencefalia fetal.

Aos PL agrega-se o recurso de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e Ação de

---

12 Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/direitos-humanos/exclusivo-documentos-revelam-pressao-de-grupos-conservadores-por-alteracao-em-ato-sobre-aborto/>; e <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/09/ministra-damara-alves-agiu-para-impedir-aborto-de-crianca-de-10-anos.shtml>; Acesso em: 19 Out 2020.

Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), configurando uma batalha moralizadora na direção de “acentuada juridificação”, nos termos de Vaggione, Machado e Biroli (2020, p. 30), processo onde se pode identificar também resistência e luta pela manutenção dos preceitos constitucionais, legais e técnicos.

Na década de 1990 houve seis proposições na Câmara Nacional favoráveis a restrição da legalidade e punição do aborto. Nos cinco primeiros anos da década seguinte foram apresentadas trinta e duas proposições, das quais se destaca a inviolabilidade da vida desde a concepção, visando estabelecer proteção jurídica ao embrião, o Estatuto do Nascituro (PL 478/2007) e a objeção de consciência dos agentes de saúde na realização do aborto legal (PL 6.335/2009). Mariano e Biroli (2017) revelam a ampla manifestação de parlamentares homens nas propostas e nos discursos sobre aborto no período estudado: 124 mulheres e 791 homens, sendo que 46,80% das parlamentares defenderam o aborto legal, contra 10,90% dos deputados. Destacam, ademais que 67,90% dos discursos dos deputados firmaram posição contrária ao aborto contra 23,40% das manifestações das deputadas.

### 3 I PERSPECTIVAS PARA O TEMPO PRESENTE

Por todo o exposto, o enfrentamento da violência de gênero e da violência sexual como uma de suas expressões particulares foi aprisionado por uma ética e estética moralizadora de cunho religioso, no qual a reação cristã, católica e pentecostal, criou uma unidade na luta contra os direitos sexuais e reprodutivos, tendo sido separado do seu espaço primordial, qual seja, a área da saúde alicerçada na ciência.

Para elaborar perspectivamente o quadro inóspito no qual a sociedade brasileira está mergulhada, recorro a formulação de Rouanet (1987) sobre a interação entre razão e paixão. Ao examinar os entrelaçamentos da razão e da paixão, Rouanet pondera sobre uma dialética na qual esta interação produz a razão louca e a razão sábia e a paixão de vida (amor) e a paixão de morte (ódio). Na dialética Razão x Paixão, são destacados os registros cognitivo e moral na afirmação da *sede do conhecimento* e do *polo da vida moral*, correspondentemente.

A razão louca produz a falsa consciência no plano cognitivo e a heteronomia no plano moral em contraposição à razão sábia, que gera o saber, no plano cognitivo e a autonomia no registro moral. Quando a razão está a serviço do conhecimento, tem como objetivo uma vida passional tão livre quanto possível. Desta feita, estaríamos longe dos binarismos apropriados como polos homogêneos e uniformes, ou verdades absolutas. Diferentemente quando a razão deixa arrastar-se, à revelia, pela paixão, “(...) a razão nega de todo que exista algo do que libertar-se. Não é uma razão ingênua, mas uma razão arrogante (...) sua loucura é (...) narcísica de quem recusa, como fictícia, a influência dos condicionamentos passionais” (p.453). Deste modo, “a razão influenciada pelos afetos, distorce ou bloqueia

*o conhecimento, e reprime ou libera a vida passional de um modo destrutivo*” (p.449), o que instala e reforça as bases fundamentalistas refratárias aos padrões de maternidade, conjugalidade e sobretudo da sexualidade com base na diversidade.

Se a *razão louca* se julga sensata conquanto produza a falsa consciência, torna-se fundamental a afirmação da *razão sábia* que pode autorizar ou rejeitar a paixão com base na atividade do julgamento. O discurso religioso de controle da sexualidade é moralizador e calçado na compreensão do lugar da mulher na sociedade de modo adjunto ao homem, a família tradicional idealizada, o que esvazia todos e quaisquer avanços da condição feminina na sociedade.

A família é o *locus* preferencial da violência de gênero e do abuso sexual contra as crianças sendo difícil a tentativa de ruptura da situação de violação porque traumático para todas/os que a experimentam. Na pandemia, o atendimento às mulheres que ocorrem ao serviço tem sido remoto. A violação de direitos é rotineira, extensiva e ampla para mulheres pobres, negras e moradoras das favelas. Antes das medidas sanitárias de isolamento social, os serviços já vinham sendo esvaziados, o que reflete numa acentuação da vitimização.

A relação da mulher na dinâmica da reprodução da vida e dos sujeitos que nela produzem é mecanismo essencial para a ordem social ultraliberal. O trabalho gratuito que as mulheres realizam é percebido como natural, efetivado por amor, o que desonera o Estado e o capital de seu custo (FEDERICI, 2017). De fato, as mulheres são em maioria as cuidadoras de idosas/os, enfermeiras e técnicas de enfermagem, têm inserção no conjunto das chamadas atividades do cuidado - da casa, das/os filhas/os, do marido, das/os idosas/os. O desemprego, a fome e a “crise” tem expressão diária no cotidiano das famílias.

No capitalismo às mulheres cabe a responsabilidade das atividades da reprodução da vida ainda que tenham inserção na chamada esfera da produção de bens. Ao terem trânsito no ambiente coletivo em razão da socialização feminina, enfatizar multitarefas que visam a família, a vila, a rua, o condomínio, as bicas coletivas, as hortas comunitárias, ou o comum de que fala Silvia Federici (2015), as mulheres precisam ser controladas porque representam risco ao esquema de dominação-exploração hegemônico. Os comuns, o que não deve e não pode ser expropriado, cercado e dividido, ações antitéticas ao ideário liberal no capitalismo, pode constituir um giro que fertilize o solo de sociabilidades alternativas.

À guisa da disputa de sentidos e narrativas, fazemos nossas as palavras de Marilena Chauí (1987, p. 36-37), excertos extraídos de texto antológico:

“Do que se têm medo? Da morte, foi sempre a resposta. E de todos os males que possam simbolizá-la, antecipá-la, recordá-la aos mortais ... temos medo do grito e do silêncio; do vazio e do infinito; do efêmero e do definitivo; do para sempre e do nunca mais ... temos medo da delação e da tortura, da traição e da censura ... temos medo do esquecimento e de jamais poder deslembrar ... temos medo do ódio que devora e da cólera que corrói, mas também da resignação sem esperança, da dor sem fim e da desonra ...”.

O medo rarefeito nos lembra a potência geradora. Estamos em isolamento, mas

não estamos sós. É preciso falar, construir narrativas, práticas e viver solidariamente com as nossas diferenças buscando mitigar e combater as desigualdades, o que somente será possível em outra sociedade. Faz-se necessário [re]conhecer as estratégias que as mulheres sobreviventes da distopia da guerra às drogas lançam mão para existir e lutar pela memória de suas filhas e seus filhos. Enquanto a construção do porvir está constringida a novas configurações de mobilização e organização dos movimentos sociais (GOHN, 2016), dificultada pela pandemia e pela luta por sobrevivência, é importante comparecer na disputa de narrativas que estimulem o pensamento crítico a respeito dos eventos do tempo presente. Eventos desta natureza contribuem na disputa em tela. Finalizamos com três ponderações:

A polarização estéril serve à manutenção de um discurso dogmático sem correspondência científica. Alternativamente à oposição simples, é necessário produzir recursos que consigam traduzir o complexo das variáveis presentes nos dramas das crianças que sofrem abuso sexual. Não tem caminho fácil na afirmação da cidadania plena porque anacrônica com a sociedade capitalista onde o TER se sobrepõe ao SER.

Não se trata de oposição indivíduo e sociedade. Os direitos incidem sobre o indivíduo, mas tem raiz e efeito na sociedade: foram conquistados por meio de lutas sociais e embates entre o interesse individual e o interesse particular sendo objetos de luta cotidiana para a sua afirmação, positivação, defesa e instrumentalização nas políticas sociais (KONDER, 1986; COUTINHO, 1995).

A correlação de forças deste bloco histórico parece ter como projeto o extermínio do povo, dos povos originários, da mata, dos oceanos e de todo o pensamento científico, sobretudo aquele oriundo das ciências humanas que insistem em ponderar criticamente sobre os fatos. Na pandemia a irresponsabilidade individual atinge a sociedade. Por este motivo é necessário observar as orientações da Organização Mundial da Saúde e da ciência.

A produção de conhecimento em torno da violência de gênero e o seu enfrentamento deve estar radicada numa postura crítica do sistema capitalista que mostra o seu esgotamento também para o bem viver da classe dominante. O feminismo, além de fazer a crítica ao capitalismo, também deve arquitetar o anticapitalismo, acompanhando a aposta do grupo de mulheres do manifesto Feminismo para os 99% (ARRUZA, 2019).

## REFERÊNCIAS

ARRUZA, C. **Feminismo para os 99%: um manifesto**. São Paulo: Boitempo. 2019.

BIROLI, F., MACHADO, M.D.C., VAGGIONE, J.M. **Gênero, neoconservadorismo e democracia: disputas e retrocessos na América Latina**. – 1ed. – São Paulo: Boitempo, 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. 11. **Saúde Brasil 2017: Uma análise do sistema de saúde e os desafios para o alcance dos objetivos de desenvolvimento Sustentável**. Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, Departamento de Vigilância de Doenças e Agravos não Transmissíveis e Promoção da Saúde. – Brasília: Ministério da Saúde, 2018.

CHAUÍ, M. Sobre o medo. In: Cardoso, Sergio ... [et al.] **Os sentidos da Paixão**. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

COUTINHO, C.N. Notas sobre cidadania e modernidade. **Praia Vermelha** nº 1, 1995.

FEDERICI, S. O feminismo e as políticas do comum em uma era de acumulação primitiva. **Revista Feminismo, Economia e Política**. SOF, 2015.

FEDERICI, S. **Revolución en punto cero. Trabajo doméstico, reproducción y luchas feministas**. Argentina: Traficantes de sueños, 2017, 287p.

GOHN, M.G.M. Manifestações de protesto nas ruas no Brasil a partir de Junho de 2013: novíssimos sujeitos em cena. **Rev. Diálogo Educ.**, Curitiba, v. 16, n. 47, jan./abr. 2016.

KONDER, L. A questão da cidadania na transição democrática In: Manzini-Covre, M.L. (org). **A cidadania que não temos**. São Paulo, Editora Brasiliense, 1986.

MARIANO, R.; BIROLI, F. O debate sobre aborto na Câmara dos Deputados (1991-2014): posições e vozes das mulheres parlamentares. **Cad. Pagu**, Campinas, n. 50, e175013, 2017.

MBEMBE, A. **Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte**. São Paulo: n-1edições, 2018.

MOREIRA, G.A.R., FREITAS, K.M., CAVALCANTI, L.F., VIEIRA, L.J.E.S., SILVA, R.M. Qualificação de profissionais da saúde para a atenção às mulheres em situação de violência sexual. **Trab. educ. saúde**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 3, 1039-1055, set-dez 2018.

POUGY, L.G. O conceito em perspectiva: gênero, raça e classe. **Saberes plurais: produção acadêmica em sociedade, cultura e serviço social** / Rosemere Maia e Verônica Cruz (org.). — Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, Programa de Pós-Graduação em Serviço Social, 2018. (Coleção Carlos Nelson Coutinho; v. 6)

RAMOS, S. Racismo, motor da violência: um ano da Rede de Observatórios da Segurança. Rio de Janeiro: Centro de Estudo de Segurança e Cidadania, 2020. Disponível em: <http://observatorioseguranca.com.br/wp-content/uploads/2020/07/Racismo-motor-da-violencia-1.pdf>. Acessado em: 16 Jul 2020.

ROUANET, P.S. Razão e Paixão. In: Cardoso, Sergio ... [et al.] **Os sentidos da Paixão**. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

VÁZQUEZ, A.S. Praxis e violência In: **Filosofia da Praxis**. 2a ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

# CAPÍTULO 12

## OS CONSELHOS MUNICIPAIS DE POLÍTICAS PÚBLICAS: PENSADOS A PARTIR DA TEORIA DO DIREITO SOCIAL DE GEORGES GURVITCH

*Data de aceite:* 01/11/2021

*Data da submissão:* 18/10/2021

### **Yana de Moura Gonçalves**

Universidade Federal do Piauí  
Teresina - PI

<http://lattes.cnpq.br/4099504301992887>

### **Gabriel Eidelwein Silveira**

Universidade Federal do Piauí  
Picos - PI

<http://lattes.cnpq.br/3581967627700243>

### **Tamires Eidelwein**

Universidade Federal do Piauí  
Teresina - PI

<http://lattes.cnpq.br/0943227530942686>

**RESUMO:** Os Conselhos Municipais de Políticas Públicas são objetos de estudos e discussões desde a instauração de um Estado democrático e estão garantidos na Constituição Federal. Experiências como a dos Conselhos operários da Rússia pré-revolucionária serviram como base para a construção do pensamento e das teorias de Georges Gurvitch. Mesmo que a instauração dos Conselhos Municipais de Políticas Públicas brasileiros não tenha sido através dessas experiências, ou outras, mas sim devido demandas locais e especificidades das mais diversas classes e segmentos, as teorias de Gurvitch se aplicam a não só suas construções como também às suas funções, direitos e deveres. Através dessas instâncias é possível que a população exerça um poder essencial para

o bom funcionamento do Estado e a eficácia na aplicação de políticas públicas, que é o Controle Social. A participação ativa na construção do Estado por meio do Controle Social deve ser estimulada entre os cidadãos, seja pelo poder público, seja através da educação escolar. O presente estudo se propõe a discorrer acerca da temática de atuação dos Conselhos Municipais de Políticas Públicas a partir da abordagem do Direito Social de Georges Gurvitch. Para tal, utilizou-se de pesquisa exploratória através de levantamento bibliográfico. Contudo, mesmo Gurvitch tendo desenvolvido suas teorias no século passado, elas ainda são atuais no contexto conjuntural do Brasil, principalmente ao que se refere o Direito Social. No contexto dos conselhos, o arcabouço teórico aqui abordado serve como norte conceitual para a ampliação dos espaços dialógicos em interlocução com os elementos constitutivos do nosso ordenamento legal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Controle Social. Conselhos Gestores. Cidadania. Estado Democrático.

### **MUNICIPAL PUBLIC POLICY COUNCILS: APPROACHED FROM THE PERSPECTIVE OF THE THEORY OF SOCIAL LAW OF GEORGES GURVITCH**

**ABSTRACT:** The Municipal Public Policy Councils have been the object of studies and discussions since the establishment of a democratic State and are guaranteed in the Brazilian Federal Constitution. Experiences such as that of the Workers' Councils of pre-revolutionary Russia served as the basis for the development of Georges Gurvitch's thought and



theories. Even though the establishment of Brazilian Municipal Public Policy Councils was not through the same kind of experiences, or others, but rather it emerged from local demands and specificities of the most diverse classes and segments, Gurvitch's theories apply not only to their constructions but also to their functions, rights and duties. Through these instances, it is possible for the population to exercise an essential power for the proper functioning of the State and the effectiveness in the application of public policies, which is Social Control. Active participation in the construction of the State through Social Control should be encouraged among citizens, whether by the government or through school education. This study aims to discuss the theme of action of Municipal Public Policy Councils from the approach of Social Law developed by Georges Gurvitch. To this end, exploratory bibliographic research was used as our basic method. However, even though Gurvitch has developed his theories in the last century, they are still valid in the context of the Brazilian situation, especially with regard to Social Law. In the context of councils, the theoretical framework discussed here serves as a conceptual guide for the expansion of dialogic spaces in dialogue with the constituent elements of our legal order.

**KEYWORDS:** Social Control. Management Councils. Citizenship. Democratic State.

## INTRODUÇÃO

A questão dos Conselhos Municipais desponta como temática pertinente e cada vez mais difusa nas cidades brasileiras. Assim a construção de políticas públicas, sua execução e fiscalização são processos que devem contar com a intensa participação da sociedade. Desta forma, o desenvolvimento e realização das distintas políticas públicas deve contar com a crescente participação da sociedade civil organizada nesses espaços, possibilitando uma qualificação das relações estabelecidas entre sociedade e estrutura do Estado, além de fomentar a cidadania plena e estimular a organização e participação da sociedade nos instrumentos de elaboração de políticas públicas, o acompanhamento e fiscalização de sua implementação.

Nesse sentido, o presente estudo se propõe a discorrer acerca da temática de atuação dos Conselhos Municipais de Políticas Públicas a partir da teoria do Direito Social de Georges Gurvitch. Metodologicamente, optou-se por realizar uma pesquisa exploratória, a qual Gil (2008, p. 27) aponta ser habitualmente desenvolvida por meio de levantamento bibliográfico e/ou documental. De acordo com Lakatos e De Andrade Marconi (2009) a pesquisa bibliográfica não é apenas a repetição do que já foi escrito sobre determinado assunto, mas esta garante a análise de um tema sob novo olhar ou abordagem, chegando a conclusões inovadoras. Consiste então em uma pesquisa qualitativa, que envolve examinar e refletir as percepções para obter um entendimento de atividades sociais e humanas (COLLIS E HUSSEY, 2005).

Mesmo dentro dos seus limites institucionais, a participação da sociedade nos Conselhos Municipais estimula a participação na elaboração de normas e regras que incidiram no bojo da sociedade que viceja no município, e a aproxima do labor do desenvolvimento de

normas e regras que vigoraram no seio desta sociabilidade. Os conselhos, ao abarcarem a sociedade no seu amplo funcionamento, servem como possibilidade indutora da realização circunscrita do pluralismo jurídico, outra premissa fundamental construída por George Gurvitch, ensejando uma ampliação do seu modelo de funcionamento para outros espaços reservados para o legislador e o aparelho judicial do Estado.

Os conselhos municipais, na sua concepção, aproximaram o novo arcabouço legal da materialização da democracia e da participação cidadã, na ponta mais próxima da sociedade, precisamente no espaço em que a vida cotidiana e suas contradições mais agudas se manifestam, que é a cidade. Desde sua implementação até os dias de hoje, os conselhos multiplicaram seus campos de atuação e sua presença no Brasil. Devido a demanda popular, os conselhos hoje atuam em um amplo leque que perpassa interesses gerais, saúde e educação, questões de orientação sexual e identidade de gênero e até grupos étnicos historicamente marginalizados.

O município é, neste sentido, o lócus ideal para o florescimento da intervenção social nas decisões exaradas pelo poder público, em consonância com nosso ordenamento constitucional, potencializando e fortalecendo a cidadania, com a elaboração de normas “socialmente construídas”, fenômeno que - conforme sugerimos - pode ser interpretado a partir dos conceitos desenvolvidos por Gurvitch.

Pelos elementos aqui destacados discorreremos sobre os elementos constitutivos dos conselhos municipais de políticas públicas, suas características e sua interlocução com a sociedade organizada.

## **CONTROLE SOCIAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

O Estado tem como uma das suas principais funções a promoção de serviços essenciais para a população, como saúde, educação, moradia, segurança, entre outros. Objetivando a efetividade do provimento desses serviços, se faz necessário o controle das ações da administração pública. Para tal, o Controle Social é apresentado como uma ferramenta de fiscalização da sociedade frente à gestão. O Controle Social, para Lock (2004), compreende a participação de cidadãos, de forma individual ou coletiva, na composição e na provocação dos órgãos administrativos, baseando-se na legislação, para a defesa do patrimônio público e dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal.

De acordo com o que é previsto nas legislações municipais, a função ou caráter de atuação do controle social podem ser:

- fiscalizatória: no acompanhamento e controle dos atos praticados pelos governantes;
- mobilizadora: no estímulo à participação popular na gestão pública e às contribuições para a formulação e disseminação de estratégias de informação para a sociedade sobre

políticas públicas;

- deliberativa, quando há autoridade e competência para intervir, formular, propor alterações, acompanhar e avaliar as políticas públicas e, ainda, incentivar e/ou propor, junto aos poderes e autoridades competentes, a realização de ações e a criação de fundos especiais em sua instância política-administrativa;

- consultiva: na emissão de opiniões e sugestões sobre assuntos que lhes são correlatos.

A aplicabilidade dos serviços essenciais, que são direitos dos cidadãos, está diretamente relacionada com os planos previstos pelas Leis Orçamentárias, haja vista a dependência da disponibilidade de recursos financeiros captados através de impostos, taxas e contribuições da população. O acesso da sociedade aos planos das Leis Orçamentárias está previsto na Lei nº 12.017 de 12 de agosto de 2009, que, em linhas gerais, prevê em seu art. 17 o “amplo acesso da sociedade a todas as informações relativas a cada uma das etapas” de tramitação da Lei Orçamentária, bem como o acesso a “versão simplificada, de seus anexos e [...] informações complementares”. No art. 48 da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101), está previsto também o incentivo à participação da população através de audiências públicas e a “liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público.”

De acordo com Conceição (2010, p. 07):

Em termos de informações disponibilizadas para o exercício do controle social, a legislação resguarda, de forma razoável, o acesso da população - exemplo disto é o direito à informação constar do título dos Direitos e Garantias Fundamentais na Constituição Federal - a compreensão destas informações, contudo, deixa muito a desejar.

Para que a população se interesse em participar ativamente da fiscalização e do desenvolvimento de ações da gestão pública, é preciso que a própria administração faça esse incentivo, fator que, como apontado pela autora supracitada, “deixa muito a desejar”. Frente a essa realidade, Bugarin, Vieira e Garcia (2003) apontam que, para a população compreender seu papel no controle social do Estado, é preciso formar cidadãos conscientes através da educação escolar, pois é nessa etapa que há construção de conhecimentos, principalmente os sociais. Dessa forma, através da educação, que é um direito cidadão e um serviço essencial que deve ser garantido pelo Estado, faz-se valer o poder que emana do povo, como diz a Constituição Federal. De uma forma mais ampla, pode-se dizer que, através da participação da população no controle social, estar-se-á garantindo a democracia participativa e fortalecendo a cidadania.

De certo, o controle social e a participação popular estão intimamente relacionados, é dizer: por meio da participação popular na administração pública, a população pode opinar no ato decisório administrativo, como meio dirigente para a adoção de medidas que acatem o interesse público, bem

como pode atuar no controle das ações estatais. (SILVA, 2017, p. 2014).

Para Ceneviva e Farah (2006), os mecanismos de controle e fiscalização são condicionados pela transparência e pela visibilidade das ações do poder público. Nesse sentido, o controle social possui certa dependência dos veículos de informação da gestão, como os portais de transparência, nos quais os gastos públicos são descritos. Para que ocorra a compreensão dos gastos e a fiscalização pela população, é importante que as informações apresentadas sejam claras e de fácil acesso, como apontam Figueiredo e Santos (2014, s/p):

A compreensão do que está sendo exposto é fundamental para qualificar uma informação como transparente. O público alvo necessita assimilar o que está sendo apresentado. Cabe aos órgãos apresentarem de forma clara e de fácil entendimento, minimizando, assim, as possíveis dúvidas a respeito da comunicação dada. Expondo somente informações relevantes que atendam as reais necessidades do público. Uma informação é vista como transparente ao apresentar a reunião dessas características.

A transparência de informações oferecidas pela administração possibilita a redução de desvios de verbas públicas, o cumprimento de políticas públicas e a confiabilidade no projeto proposto pelos representantes eleitos. Dessa forma, é possível haver o fomento à maior participação social, a qual, para Jacobi (2003), só terá efetividade a partir de transformações institucionais que garantam acessibilidade e transparência da gestão. Em uma sociedade democrática, órgãos e instituições fiscalizadoras como os Tribunais de Contas, os Ministérios Públicos, as Controladorias Gerais, os Conselhos estatais e outros, estimulam e precisam do controle social, seja através da participação popular ou de seus representantes, para firmar seus trabalhos.

A fim de garantir a livre informação pela sociedade, fortalecer o controle social e minimizar atos corruptivos na gestão pública, instaurou-se a Lei nº 12.527, conhecida como Lei de Acesso à Informação, a qual busca tornar menos obscuro o conhecimento da informação por parte dos cidadãos, no que se refere à forma como os nossos recursos públicos são administrados.

A transparência de informações atreladas ao controle social, são fatores vitais para a manutenção e garantia da democracia, já que esta é compreendida como um sistema no qual o povo governa a si próprio, direta ou indiretamente, através dos representantes eleitos nas esferas municipais, estaduais e federais. Sendo assim, é cabível afirmar que os direitos da população, ao fiscalizar os atos da Administração Pública, além de assegurados pela Carta Cidadã, são reais meios de instrumentalizar e consolidar o controle social (SILVA, 2017, p. 214), o que é essencial para a saúde da democracia.

## **CONSELHO MUNICIPAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS E O SEU PAPEL NO**

## CONTROLE SOCIAL

Como abordado anteriormente, o Estado necessita de recursos financeiros provenientes de captação de impostos, taxas e contribuições da população para garantir a execução de ações que favoreçam a execução de políticas públicas. Rocha (2015) aponta que o fluxo de diretrizes do Estado deixou de ser meramente burocrático, para atingir o nível democrático, no qual as ordens partem de baixo para cima e não de cima para baixo. Ou seja, o povo participando diretamente da administração pública, não só elegendo representantes, mas também nas instâncias fiscalizadoras como os Conselhos Municipais. A Constituição Federal prevê no seu art. 89 a participação de cidadãos no Conselho da República e em Conselhos Gestores através dos artigos 198, 204, 206 e 227. De maneira geral, os conselhos de políticas públicas são órgãos vinculados ao Poder Executivo, são criados por lei e devem se orientar pelo que elas definem. Raichelis (2006, p. 11) define de forma clara e direta os Conselhos de Políticas Públicas:

Os conselhos, nos moldes definidos pela Constituição Federal de 1988, são espaços públicos com força legal para atuar nas políticas públicas, na definição de suas prioridades, de seus conteúdos e recursos orçamentários, de segmentos sociais a serem atendidos e na avaliação dos resultados. A composição plural e heterogênea, com representação da sociedade civil e do governo em diferentes formatos, caracteriza os conselhos como instâncias de negociação de conflitos entre diferentes grupos e interesses, portanto, como campo de disputas políticas, de conceitos e processos, de significados e resultados políticos.

Na década de 1990, os processos de implantação e impulsionamento dos Conselhos se intensificaram, com intuito de estimular o funcionamento destes no cotidiano das administrações públicas. De acordo com Calderón e Marim (2002) a criação dos Conselhos não foi baseada em experiências internacionais ou estudos, mas decorreu das demandas populares, sendo moldados pela sua própria experiência com o passar do tempo. Os autores ainda apontam:

Tomando como referência a cidade de São Paulo, pode-se afirmar que os conselhos foram historicamente construídos a partir da influência de vários atores: os movimentos populares influenciados pela teologia da libertação, organizações comunitárias e de moradores de bairros, partidos políticos emergentes (PT e PSDB), ONG's político-mobilizadoras e os grupos de articulação de interesses nas mais diversas áreas das políticas públicas (educação, crianças e adolescentes, educação, saúde, meio ambiente, idoso etc.). (CALDERÓN E MARIM, 2002, p. 4).

Em linhas gerais, os Conselhos Municipais de Políticas Públicas constituem uma importante experiência de democracia participativa no Brasil, por serem, de acordo com Santos e Ramalho (2011), espaços públicos de composição plural e paritária entre Estado e sociedade civil, de natureza deliberativa e consultiva. Dessa forma, os conselhos municipais de políticas públicas são ferramentas essenciais para o controle social. Devido ao grande

número de conselhos estaduais e municipais, é difícil realizar levantamento preciso da quantidade exata existente, bem como das áreas de atuação (saúde, educação, mulheres, etc.).

Os Conselhos caracterizam-se como:

- - órgãos colegiados: instância de deliberação colegiada, composta por representantes do poder público e da sociedade civil;
- - permanentes: determinados pela Constituição, criados por lei e regulamentados pelos regimentos internos ou estatutos;
- - paritários: garantindo representação por igual número de representantes do Governo e da sociedade civil. Geralmente quem escolhe os membros da área do governo (titulares e suplentes) é o chefe do Executivo. Os membros da sociedade civil são definidos pela lei, geralmente oriundos de Organização Não Governamentais (ONGs), associações de bairro, sindicatos, etc. Deve estar aberto à participação de diversas tendências políticas e ideológicas, para se tornar mais representativo e diversificado, sem estar atrelado a qualquer partido político;
- - têm por incumbência formular, supervisionar e avaliar as políticas públicas nas esferas federal, estadual e municipal. Devem estar em sintonia com as políticas nacional, estadual e municipal;
- - previsão legislativa: sua criação depende de previsão legislativa, que também vai definir as atribuições, a duração dos mandatos e a sua atuação, a qual pode ser de fiscalização, mobilização, deliberação ou ainda função consultiva;
- - serviço relevante: a atividade dos/as conselheiros/as é considerado serviço relevante prestado à União, Estado, Distrito Federal ou Município, não tendo qualquer remuneração ou percepção de gratificação. Em muitos Conselhos, os/as conselheiros/as não podem ocupar cargo de livre nomeação no poder público na área de que trata o órgão, como os conselhos do Fundeb, de assistência social e de saúde;
- - submete-se à fiscalização pelos Tribunais de Contas: a fiscalização financeira, contábil e orçamentária dos conselhos é submetida à fiscalização dos Tribunais de Contas ou de outro órgão de fiscalização pertinente.

Para o funcionamento de um conselho municipal de políticas públicas deve haver recursos orçamentários e financeiros previstos no orçamento, devendo o anteprojeto de lei de criação do conselho prever um artigo que garanta tais recursos. O Ministério Público tem papel fundamental na atuação dos conselhos, cabendo ao órgão zelar pela sua efetiva implantação e funcionamento.

## **GURVITCH, DIREITOS SOCIAIS E CONSELHOS MUNICIPAIS**

Georges Gurvitch é considerado um dos mais importantes sociólogos que vivenciou

a experiência dos Conselhos operários em 1917, na Rússia, e é o desenvolvedor da teoria mais completa e abrangente do Pluralismo Jurídico. Para Schwartzman (1964):

Georges Gurvitch é, possivelmente, um dos últimos pensadores sociais que tiveram a audácia de propor um sistema próprio de compreensão global do fenômeno humano, buscando uma união entre uma filosofia pluralista, de origem fichteano, uma formação fenomenológica e as aquisições da ciência social de inspiração mais positivista.

Em sua obra, Gurvitch (1931) discorre acerca da integração do Estado democrático do Direito social, assim como a intersecção entre as esferas integrantes do direito: Estado e Sociedade. De acordo com Martins (2011), Gurvitch entende que o Direito surge da própria sociedade, não necessitando do Estado, mas apenas de fatos normativos que lhe dão existência e força obrigatória.

A teoria do direito social de Gurvitch ressalta a participação social nas decisões relacionadas ao direito e visa um modelo alternativo aos clássicos referências teóricas do direito, adequando-a à realidade social e ao tempo atual. O direito social se opõe aos modelos teóricos de individualismo jurídico, se baseando na superação do individual em busca do social, tendo a finalidade de substituir os sistemas tradicionais e conservadores (MOREIRA E CUSTÓDIO, 2017, p. 81). De forma ampla, o direito social coloca o coletivo frente ao individual e o contemporâneo frente ao tradicional.

Gurvitch demonstrou em suas obras sobre a ideia de Direito Social, que os fatos normativos são as fontes primárias ou materiais do direito, em contraposição às fontes secundárias ou formais, que são os procedimentos técnicos para constatar as fontes primárias formalmente, como por exemplo o costume, um estatuto, a lei estatal, as práticas dos tribunais, as práticas de outros órgãos que não o judiciário, a doutrina ou as convenções. Estas fontes secundárias servem para constatar as fontes primárias pré-existentes, de modo que sua autoridade é apenas reflexo da autoridade dos fatos normativos. (MARTINS, 2011, s/p).

Ainda segundo Martins (2011), os fatos normativos de comunhão são os que dão origem ao Direito Social ou Direito de Integração, enquanto que os fatos normativos de relação com o outro originam o direito individual. Em suma, tem-se o direito social puro que deverá limitar-se nas garantias constitucionais, para que dessa forma evite-se o retrocesso social em torno dos direitos fundamentais, previstos pela Constituição. Dessa forma, Hermany (2007, p. 36-37) aponta que o direito social deve ser compatível com as garantias constitucionais, possibilitando a vinculação do direito social ao Estado Democrático.

Gurvitch ainda descreve o direito social condensado, como a linha do direito social que permite a regulamentação do sistema jurídico pela sociedade, conforme o ordenamento jurídico constitucional. No direito social condensado, os atores sociais deverão se basear na ideia de democracia para a consolidação do modelo proposto (MOREIRA E CUSTÓDIO, 2017, p. 86).

Objetivando aprofundar a discussão acerca do Direito Social, Gurvitch elenca sete

características da teoria, sendo elas, em linhas gerais:

- - A função geral do Direito Social: que consiste na integração direta de uma totalidade a fim de organizar a comunhão dos membros;
- - O fundamento da força obrigatória do Direito de Integração: que representa a produção deste direito, diretamente pela totalidade que este integra;
- - O objeto: que regulamenta a vida interior da totalidade;
- - A estrutura da relação jurídica: simbolizando a participação direta da totalidade de seus membros;
- - A manifestação exterior: onde o poder social não é ligado à coação incondicionada;
- - A realização do Direito Social nas organizações: que constitui-se do direito não-organizado sobre o organizado;
- - O sujeito destinatário do Direito Social: que consiste nas pessoas coletivas complexas.

A população tem papel fundamental e estrutural na construção do direito através de um modelo reflexivo, participando diretamente para consolidar a constitucionalidade, a qual garantir-se-á por intermédio da democratização dos espaços decisórios.

Por fim, deve-se enfatizar que a importância da doutrina deste autor não está necessariamente na formulação do pluralismo, do antiestatalismo ou do próprio Direito Social, mas sim no seu pensamento revolucionário, complexo e denso, que foi arma de combate ao dogmatismo positivista em sua época, introduzindo e desenvolvendo o espírito crítico dentro da Sociologia do Direito. (MARTINS, 2011, s/p).

A teoria do Direito Social de Gurvitch está diretamente relacionada com a atuação dos Conselhos Municipais de Políticas Públicas no Brasil, por indicar a importância da participação social na construção das tomadas de decisão do Estado, ou seja, na construção dos direitos do povo. Tanto através da aplicação do direito social puro, que depende diretamente do que é previsto constitucionalmente, como o direito social condensado, que se baseia na aplicabilidade da democracia de fato, Gurvitch subsidia a construção da participação direta da sociedade no Controle Social, garantindo assim o exercício real da cidadania. Ocupar um lugar em um Conselho Municipal é uma conquista que tem a capacidade de mudar o destino do país, através do seu próprio povo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A luz dos elementos aqui apresentados, os conselhos municipais, em suas múltiplas finalidades, apresentam as características que mais se aproximam dos conceitos elaborados por Gurvitch. Ao contarem em sua organização com representações da sociedade civil e segmentos organizados, o funcionamento dos conselhos enseja a participação direta da



sociedade e a construção de uma cultura democrática que se espalha pela sociedade, fomentando a vocalização de outras demandas repressadas da sociedade.

Este processo empodera a sociedade e forma uma cultura democrática que permeia o aparelho burocrático estatal, trazendo consigo uma lufada de pluralidades e visões sobre o papel e função deste aparelho complexo e, por vezes, engessado em práticas autocráticas e pouco afeitas ao dissonante. No contexto dos conselhos, o arcabouço teórico aqui abordado serve como norte conceitual para a ampliação dos espaços dialógicos, em interlocução com os elementos constitutivos do nosso ordenamento legal.

Cabe aos operadores do Direito e a seus pesquisadores lançarem mão desses elementos para contribuírem na construção de espaços democráticos e plurais, partindo do instrumento teórico mais adequado para realizar essa contribuição. O direito por tantas vezes fechado no hermetismo das suas próprias práticas e construções só tem a se engrandecer ao associar a sua prática a conceitos que primam por alargar e engrandecer o funcionamento da democracia e por trazer a sociedade para o debate sobre seus próprios rumos. Desta forma, pode contribuir com o fortalecimento da experiência da cidadania e com o desenvolvimento dos direitos coletivos e das garantias constitucionais, principalmente àquela parcela da população historicamente marginalizada dos processos decisórios e formadores do sistema legal.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2021.

\_\_\_\_\_, Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 12.017 de 12 de agosto de 2009**. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2010 e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12017.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12017.htm). Acesso em: 12 jul. 2021.

\_\_\_\_\_, **Lei Complementar nº 101 de 04 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm). Acesso em: 12 jul. 2021.

\_\_\_\_\_, **Lei nº 12.527 de 18 de novembro de 2011**. Lei de Acesso à Informação. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm). Acesso em: 13 jul. 2021.

BUGARIN, Maurício Soares; VIEIRA, Laércio Mendes; GARCIA, Leice Maria. **Controle dos Gastos Públicos no Brasil**: Instituições oficiais, controle social e um mecanismo para ampliar o envolvimento da sociedade. Rio de Janeiro: Konrad-adenauer-stiftung, 2003.

CALDERÓN, Adolfo Ignácio; MARIM, Vlademir. Educação e Políticas Pública: Os conselhos municipais em questão. **TEIAS**: Rio de Janeiro, ano 3, nº 6, 2002. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistateias/article/view/23925/16898>. Acesso em: 13 jul. 2021.

CENEVIVA, Ricardo; FARAH, Marta Ferreira Santos. **Democracia, avaliação e accountability:** a avaliação de políticas públicas como instrumento de controle democrático. In: Encontro de Administração Pública e Governança da ANPAD, 2006, São Paulo. Anais... São Paulo: EnAPG ANPAD, 2006.

COLLIS, Jill; HUSSEY, Roger. **Pesquisa em Administração:** um guia prático para alunos de graduação e pós-graduação. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2005.

CONCEIÇÃO, Antonio Cesar Lima da. **Controle Social da Administração Pública: Informação & Conhecimento** – interação necessária para a efetiva participação popular nos orçamentos públicos. Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização em Orçamentos Públicos do Instituto Serzedello Corrêa – ISC/DF, Brasília/DF, 2010.

COVAS, Fabíola Sucasas Negrão. **Conselhos de Políticas Públicas.** Ministério Público de São Paulo. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao\\_civel/acoes\\_afirmativas/texto%20Conselhos%20de%20Pol%C3%ADticas%20P%C3%BAblicas\\_1.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_civel/acoes_afirmativas/texto%20Conselhos%20de%20Pol%C3%ADticas%20P%C3%BAblicas_1.pdf). Acesso em: 13 jul. 2021.

FIGUEIREDO, Vanuza da Silva; SANTOS, Waldir Jorge Lareira dos. Transparência e controle social na administração pública. **Revista Temas da Administração Pública**, São Paulo, v. 8, n. 1, 2014. Disponível em: <https://www.fclar.unesp.br/Home/Departamentos/AdministracaoPublica/RevistaTemasdeAdministracaoPublica/vanuza-da-silva-figueiredo.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2021.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas da pesquisa social.** 6ª edição, editora Atlas, São Paulo, 2008.

GURVITCH, Georges. **L'Idée du Droit Social.** Imprenta: Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 1931.

HERMANY, Ricardo. **(Re)Discutindo o espaço local:** uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch. Santa Cruz do Sul: Edunisc: IPR, 2007.

JACOBI, Pedro. Educação ambiental, cidadania e sustentabilidade. **Caderno de Pesquisa**, n. 118, p. 189-206, 2003. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/kJbkFbyJtmCrTmfHxktgnt/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 14 jul. 2021.

LAKATOS, Eva Maria; DE ANDRADE MARCONI, Marina. **Metodologia do trabalho científico:** procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos. 7ª. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

LOCK, Fernando do Nascimento. Participação Popular no Controle da Administração Pública: um estudo exploratório. **Revista Eletrônica de Contabilidade:** Curso de Ciências Contábeis UFSM, Santa Maria - RS, v. 1, n. 1, p. 122-133, 01 set. 2004. Trimestral. Disponível em: <http://w3.ufsm.br/revistacontabeis/anterior/artigos/vln01/a07vln01.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2021.

MARTINS, Daniele Comin. **O direito social de Georges Gurvitch.** 2011. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-direito-social-de-georges-gurvitch>. Acesso em: 13 jul. 2021.

MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa; CUSTÓDIO, André Viana. A aplicabilidade da teoria do direito social de Gurvitch no reconhecimento de direitos humanos de crianças e adolescentes: Estratégias para o enfrentamento ao trabalho infantil nos municípios brasileiros. **Revista de Direitos Humanos e Efetividade**, Brasília, v. 3, n. 1, p. 80 – 99, 2017.

RAICHELIS, Raquel. Articulação entre os conselhos de políticas públicas – uma pauta a ser enfrentada pela sociedade civil. **Serviço social e sociedade**. São Paulo: Cortez, n. 85, mar. 2006.

ROCHA, Jadir Silva. **O controle social da administração pública no Brasil**. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/36217/o-controle-social-da-administracao-publica-no-brasil>. Acesso em: 14 jul. 2021.

SANTOS, Ednia Patricia Silvestre dos; RAMALHO, Rosângela Palhano. **A participação da sociedade civil nos Conselhos Municipais de Araruna: Exercício de Cidadania?** Trabalho de conclusão de curso, em Especialização em Gestão Pública Municipal, da Universidade Federal da Paraíba. 2011. Disponível em: <https://silo.tips/download/a-participacao-da-sociedade-civil-nos-conselhos-municipais-de-araruna-exercicio-d>. Acesso em: 15 jul. 2021.

SCHWARTZMAN, Simon. **Introdução ao pensamento de Georges Gurvitch**. 1964. Disponível em: [http://www.schwartzman.org.br/simon/gurvitch.htm#N\\_1\\_](http://www.schwartzman.org.br/simon/gurvitch.htm#N_1_). Acesso em: 14 jul. 2021.

SILVA, Lucas Gonçalves da. O controle social como instrumento de defesa da democracia. **Revista Jurídica**, vol. 04, n.º. 49, Curitiba, p. 207-230, 2017.

# CAPÍTULO 13

## DEMOCRACIA Y ESPACIO PÚBLICO EN AMÉRICA LATINA

*Data de aceite: 01/11/2021*

**Alessandra Knoll**

**Fernanda Matsukura Lindemeyer Pieri**

**RESUMEN:** La Constitución Federal Brasileña de 1988 institucionalizó la creación de espacios legalmente constituidos denominados Consejos Deliberantes, que surgieron con la propuesta de legitimar el ejercicio de la soberanía popular, la gestión democrática de las políticas sociales y el control social por parte de la sociedad civil. Así, el objetivo de esta investigación científica es analizar, desde la perspectiva de los estudios sobre Gestión Social, el grado de participación y representatividad de la población en los Ayuntamientos. La metodología utilizada fue el estudio de caso. Los resultados indican que, desde la perspectiva de los estudios sobre gestión social, el grado de participación y representatividad de la población en los Consejos analizados, en teoría, indican su relevancia para fortalecer el ejercicio de la gestión democrática de las políticas sociales. Sin embargo, no presentan un reposicionamiento al analizar los casos presentados en la práctica, ya que todos los mencionados aún presentan evidencia de la dimensión estratégica y del Estado neoinstitucional actual.

**PALABRAS CLAVE:** Constitución Federal, Consejos Deliberantes, Democracia, Control Social, Gestión Social.

### DEMOCRACIA E ESPAÇO PÚBLICO NA AMÉRICA LATINA

**RESUMO:** A Constituição Federal brasileira de 1988 institucionalizou a criação de espaços legalmente constituídos chamados Conselhos Deliberativos, os quais surgem com a proposta de legitimar o exercício da soberania popular, da gestão democrática das políticas sociais e do controle social por parte da sociedade civil. Dessa forma, o objetivo desta pesquisa científica é analisar, sob a ótica dos estudos acerca da Gestão Social, o grau de participação e representatividade da população nos Conselhos. A metodologia utilizada foi o estudo de casos. Os resultados apontam que, sob a ótica dos estudos acerca da gestão social, o grau de participação e a representatividade da população nos Conselhos analisados, na teoria, indicam a relevância dos mesmos para o fortalecimento do exercício da gestão democrática das políticas sociais. Porém, não apresentam um reposicionamento ao analisarmos na prática os casos apresentados, pois todos os citados ainda apresentam evidências da dimensão estratégica e do Estado neoinstitucional vigente.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição Federal, Conselhos Deliberativos, Democracia, Controle Social, Gestão Social.

### DEMOCRACY AND PUBLIC SPACE IN LATIN AMERICA

**ABSTRACT:** The Brazilian Federal Constitution of 1988 institutionalized the creation of spaces made legally called Deliberative Councils, which come with a proposal to legitimize the exercise

of popular sovereignty, democratic management of social policies and social control by civil society. Thus, the goal of this scientific research is to analyze, from the perspective of studies on the Social Management, the degree of participation and representation of the population in the Councils. The methodology used was the case study. The results show that, from the perspective of studies of social management, the degree of participation and representativeness of the population in the analyzed Councils, in theory, indicate the relevance for strengthening the exercise of democratic management of social policies. However, they do not present a repositioning to analyze in practice the cases presented, for all of the above still show evidence of the strategic dimension and the current neoinstitucional State.

**KEYWORDS:** Federal Constitution, Deliberative Councils, Democracy, Social Control, Social Management

## INTRODUCCIÓN

La Constitución Federal Brasileña de 1988, también llamada Constitución Ciudadana, institucionalizó la creación de espacios legalmente constituidos denominados Consejos Deliberativos. Los Consejos plantearon la propuesta de legitimar el ejercicio de la soberanía popular, la gestión democrática de las políticas sociales y el control social por parte de la sociedad civil. Actualmente, en Brasil, existen más de 20 mil Consejos en diferentes áreas de las políticas públicas, con el rol de establecer un proceso de co-deliberación sobre ellos (Avritzer, 2007).

Así, el objetivo de esta investigación científica es analizar, desde la perspectiva de los estudios sobre Gestión Social, el grado de participación y representatividad de la población en los Ayuntamientos. Además, busca valorar su importancia en relación al control social que ejercen.

En este sentido, la importancia práctica de desarrollar esta investigación vendrá dada por el fortalecimiento de los espacios de los Consejos Deliberantes para el ejercicio de la gestión democrática de las políticas sociales, independientemente del resultado de la investigación (si hay más o menos control social a través del Consejo estudiado), lo que ocurre es que puede haber mejoras en el grado de participación y en la calidad tanto de la participación de la sociedad civil en las discusiones como del control social. La difusión del trabajo y funcionamiento de los Consejos Deliberantes es una de las claves de su legítimo funcionamiento y, de esta forma, esta investigación podrá fortalecer la visibilidad del tema en estudio.

## 1 | CONTROL SOCIAL

Históricamente, la noción de control social surge a finales del siglo XIX, a partir de los estudios de Émile Durkheim sobre el orden social y la integración en el trabajo *Division du travail social* (Durkheim, 2008). En la obra, el autor escribe sobre la solidaridad orgánica, que es la capacidad de un sistema social para integrar los diversos intereses generados por

las diferencias sociales resultantes de la división del trabajo, como una forma de originar la cohesión social. En este contexto, la cohesión social es una fuerza externa que mantiene unidos a los individuos y les permite vivir juntos de acuerdo con un orden social. El origen de esta fuerza externa es la conciencia colectiva que trasciende las conciencias individuales y es capaz de conducir a la autorregulación de la sociedad por constreñimiento colectivo.

En la visión weberiana, la solidaridad resulta de las prácticas de dominación ejercidas por las organizaciones burocráticas y comandadas, sobre todo, por el Estado y las élites (Weber, 2005). En la teoría de la acción comunicativa (Habermas, 2002), los individuos son actores que cambian y transforman la realidad social a través de una acción comunicativa, que se da a través de la interacción simbólica surgida a través del lenguaje y orientada al entendimiento mutuo, teniendo como presupuesto la posibilidad de consenso. Como son parte de un proceso deliberativo (Habermas, 2003), se espera que la legitimidad de las decisiones políticas provenga de procedimientos en los que participen quienes probablemente se verán afectados por ellas. Para que esto sea factible, es necesario contar con foros deliberativos plurales e inclusivos, desvinculados del sistema político, pero que, con ellos, se establezca algún nivel de interacción, como es el caso de los Consejos regulados por la Constitución Federal de 1988. A partir de esta demanda, se amplía la apertura de nuevos espacios de participación ciudadana y la búsqueda de una mayor transparencia por parte de los organismos públicos:

Los consejos de políticas públicas y derechos se han difundido en los municipios del país desde la década de los noventa, gracias a la inducción del gobierno federal, que condicionó la transferencia de recursos financieros federales a los niveles de gobierno subnacionales a la constitución de estos foros, entre otros requisitos (Cortes , 2011: 79-80).

Según los estatutos, Berger et al. (2007: 01), en su artículo tercero, señala que “es responsabilidad del Consejo Municipal de Salud definir lineamientos y controlar la aplicación de los recursos del Fondo Municipal de Salud, en línea con el Plan Municipal de Salud”. Así, se puede ver que los Consejos Deliberativos, a pesar de ser formas institucionalizadas de control social, significan avances en el área de la gestión pública.

Así, a través de los Consejos Deliberantes, los ciudadanos pueden ser actores sociales, tanto en la figura de los concejales como en la figura de los participantes en las sesiones, ya que las reuniones de los Consejos están abiertas a la población, para que ésta pueda supervisar al Consejo como su proceso deliberativo.

Según Svava y Denhardt (2010) existen cuatro dimensiones de la participación pública (prestación de servicios, organización, deliberación e intercambio de información) en las que el ciudadano es un actor social. El ciudadano activo, en un momento dado, es un evaluador del servicio, ejerciendo el control social; en otro, puede ser coproductor del servicio, en el que delibera y toma decisiones por el grupo, además de participar activa y directamente en la solución de problemas sociales. Así, los consejeros en funciones son los responsables de representar la voluntad colectiva, a través de deliberaciones.

En cuanto a la representación dentro de los Consejos, la Constitución de 1988 prevé su estructuración en un formato híbrido, compuesto igualmente por miembros del gobierno y la sociedad civil para la discusión de diversos temas relacionados con las políticas públicas (Wampler; Avritzer, 2004).

## 2 | PARTICIPACIÓN

La participación popular está directamente relacionada con la democracia y el ejercicio de la ciudadanía. La participación ciudadana, además de ser un derecho, es una condición inherente a la naturaleza humana, ya que, como afirma Aristóteles (2001), todos somos seres sociales o políticos.

Después de un período de dictadura y una reconstrucción de la democracia en Brasil, a través de manifestaciones, surgió la Constitución de 1988, llamada constitución ciudadana. Con ello, el tema de la participación social se hizo más evidente y “las ideas participativas adquirieron un nuevo perfil en el contexto de transición y, más específicamente, de la Asamblea Constituyente: la participación, una vez popular, se hizo ciudadana” (Lavalle, 2011: 34).

Así, las ideas participativas adquirieron rasgos más abstractos y fueron consagradas, en 1988, como un derecho ciudadano más allá de la participación electoral. En la década siguiente, la regulación de los preceptos constitucionales en materia de participación adoptó los consejos como expedientes institucionales para posibilitar la participación en la gestión de las políticas definidas como estratégicas. (Lavalle, 2011: 35).

La Constitución Federal de 1988 dispuso la creación de Consejos Deliberantes, con el objetivo de estimular la participación ciudadana. Según Arnstein (1969), la participación es como la redistribución del poder, que permite a los ciudadanos marginados, excluidos del proceso político y económico, la inclusión deliberativa. Considera la participación directa como fundamental para el ejercicio de la ciudadanía, defendiendo la ampliación de la representación política a través de una combinación de representación electoral y participación ciudadana directa en el proceso de deliberación pública. El autor también elaboró una escala con ocho niveles de participación ciudadana, correspondiendo cada nivel al grado de extensión del poder ciudadano para determinar el resultado final de la acción pública. En esta tipología, los grados de participación varían desde la manipulación hasta el control ciudadano de la administración pública en su conjunto (Arnstein, 1969).

Otro autor que analiza la participación ciudadana es Gohn (2004), definiéndola como:

[...] uno que redefine los lazos entre el espacio institucional y las prácticas de la sociedad civil organizada, para que no exista ni un rechazo a la participación de la sociedad civil organizada ni una participación movida por la polaridad del antagonismo a priori, ni su absorción por la máquina estatal, porque el Estado reconoce la existencia de conflictos en

la sociedad y las divergencias en las formas de resolver y resolver los problemas sociales, entre diferentes grupos, y participa en la arena de negociación entre ellos. Los consejos son una de las modalidades de ejercicio de la ciudadanía (Gohn, 2004: 29).

Según Gohn (2004), los consejos son una forma de control social y participación de la sociedad civil y concluye que los consejos, a pesar de ser un espacio importante para la ciudadanía, no deben ser el único entorno de participación de la sociedad civil.

El análisis de las formas de participación, que pueden darse con mayor o menor calidad, según Demo (2001), es una forma de entender los niveles de participación popular. Así, la calidad política se entiende como la característica procesal que los fenómenos participativos necesitan presentar, en términos de contenido y propósitos, más allá de los instrumentos formales. «Una asociación puede parecer bien estructurada en términos formales: reunirse regularmente, tener un número significativo de miembros, estar al día con sus estatutos, tener una sede atractiva, entre otros, pero aún funciona muy mal en términos de participación real» (Demo, 2001: 116).

La mala participación se puede expresar de diferentes formas, ocurriendo cuando hay poca discusión, poca participación de la población en general, o siempre permitiendo a las mismas personas en la posición de controlar el curso de un determinado debate. Así, para tener una participación auténtica, según el autor (Demo, 2001), debe haber: representatividad, legitimidad, participación de la base y autosuficiencia.

Según Sousa Santos y Avritzer (2002) existe una tensión entre capitalismo y democracia, principalmente porque el sistema de mercado está ligado a una forma hegemónica de democracia, que acaba interfiriendo con su calidad. Esta forma hegemónica es elitista, liberal-representativa y se centra en las experiencias de los países del norte del globo.

Según Ramos (1981), cuando hay burocracia y racionalidad instrumental se cuestiona la calidad de la democracia, ya que hay una “degradación de las prácticas democráticas” (Sousa Santos y Avritzer, 2002: 42). También hay una sobrevaloración de la democracia representativa en detrimento de la democracia participativa. Cuando la unidad democrática es muy amplia, la participación disminuye y la solución es delegar decisiones en representantes (Sousa Santos y Avritzer, 2002). Sin embargo, la democracia representativa no garantiza que los intereses de los votantes sean defendidos en la asamblea.

Para Demo (2001), los objetivos de la participación son la autopromoción, la realización de la ciudadanía, la democratización del juego, el control del poder, el control de la burocracia, la negociación y la propia cultura democrática. El autor define la autopromoción como una característica de política social, que lleva al participante a autogestionar la satisfacción de sus necesidades “con miras a superar la situación asistencial de falta de ayuda” (Demo, 2001: 67), es decir, conduce a una cierta autonomía del individuo para dejar el bienestar para perseguir sus intereses de una manera más activa.

Así, el análisis permite observar que la participación, además de ser un ejercicio



democrático, conduce a la ciudadanía. Los ciudadanos que ejercen la democracia ejercen su poder, legitimando su participación como forma de poder, utilizando su voz como actor en la búsqueda del bien común, a través del diálogo y la negociación con otros actores sociales.

### **Prácticas de Gestión Social: ¿presentes en la dialogicidad entre teoría y práctica?**

En la construcción del conocimiento para esta investigación, se buscó analizar las prácticas de ciudadanía y participación social vinculadas a la gestión social, analizando si existía un equilibrio entre las dimensiones dialógica y teórica. Para ello se utilizaron encuestas realizadas por cinco maestros / doctores participantes del Grupo de Investigación en Gestión Social de la UFSC.

La primera investigación aborda el tema de las políticas públicas de una manera diferente: desde la emancipación. Realizado a través de dos interpretaciones: la primera tratando la emancipación, desde la gestión social, como diálogo crítico y lograda solo cuando el ciudadano comienza a ser considerado en su condición de sujeto capaz de pensar el mundo y pensar el mundo; y el segundo, trata la emancipación como una condición potenciada en los espacios institucionales, en los que el individuo, de esta manera, puede construir de manera autónoma su propio destino y el destino del territorio en el que vive. Dichos supuestos sustentan el objetivo de la investigación, que es el Programa de Ciudadanía de los Territorios del Medio Oeste Contestado en Santa Catarina, y tiene dos lineamientos principales: el primero está dirigido a generar ingresos e inclusión social en actividades productivas sostenibles y el segundo está relacionado con la garantía de ciudadanía y participación en la gestión social del desarrollo (Justen, 2013).

La gestión social también fue adoptada en la investigación de Samuel Filipe (2012) como una estrategia en la evaluación del desarrollo local, considerando el desempeño del SEBRAE (Servicio Brasileño de Apoyo a las Micro y Pequeñas Empresas) en el Territorio de Ciudadanía Contestado del Medio Oeste. El estudio señala que el territorio analizado tiene una complejidad de interacción entre actores y la cultura del diálogo en la región se ve sacudida, tanto por el pasado de conflictos armados, por la cuestión del Concursante, como por el desajuste de intereses políticos. resultando en una falta de armonía en el desarrollo de las actividades y acciones propuestas por el programa de gobierno (Filippe, 2012).

En este sentido, el diagnóstico que se hizo fue la fuerte influencia del mercado en la sociedad local, y el SEBRAE como factor atenuante para la propagación de una lógica instrumental y de marketing. La conclusión del estudio demuestra que la aplicación de políticas públicas compensatorias, basadas en conceptos erróneos o sesgados de ciudadanía, participación o estrategia territorial, puede conducir a una mala aplicación de la fuerza constructiva del Estado (Filippe, 2012).

Otro enfoque dado al diálogo entre teoría y práctica fue el análisis entre gestión

social y participación en las decisiones, teniendo como locus de análisis la Cooperativa de Mujeres Maricultoras del Governador Celso Ramos (COLIMAR) y la Cooperativa Social de Padres, Amigos y Portadores de Discapacidad. (COEPAD), ubicada en Florianópolis / SC, realizada por la maestra Karin Vieira da Silva (2013).

Como base de la investigación se utilizó un marco teórico que aborda los siguientes temas: gestión social, ciudadanía, ciudadanía deliberativa y participación, asociaciones civiles, cooperativismo y toma de decisiones. En términos generales, se concluyó que la participación de los integrantes de COLIMAR en los procesos de toma de decisiones aparece con mayor intensidad, así como el carácter deliberativo y consensual de las decisiones se acentúa más. La organización tiene fuertes rasgos de gestión social y ciudadanía deliberativa desde sus orígenes hasta su estructura actual. En COEPAD se investigó, de manera más latente, la coexistencia de rasgos de gestión social y gestión estratégica en cuanto a la participación de los actores organizacionales en el proceso de toma de decisiones, ya que presenta mayor burocracia en sus estructuras y procesos, pero con posibilidades de participación y potencial para su expansión (Silva, 2013).

Al trabajar en la participación ciudadana, el estudio de Pacheco (2013) analiza si las acciones participativas del programa Territorios Ciudadanos y del Ministerio de Desarrollo Agrario en el Territorio Medio Oeste del Contestado están en consonancia con los supuestos de la gestión social. En los resultados se verificó la existencia de dos territorios englobados en solo uno, y que, según las categorías, hubo una aproximación parcial de las acciones del programa con la gestión social. El trabajo arrojó como resultado el análisis de que el Programa Territorios de la Ciudadanía, si bien en el papel emana supuestos de desarrollo territorial y una gestión más participativa, está lejos de apuntar a este objetivo, ya que en la práctica aún conlleva supuestos de gestión estratégica como la decisión centralizadora. -realización (de arriba hacia abajo), la exclusión de actores de los ambientes deliberativos, la baja interacción con políticas similares y la dificultad de articular actores para la colectividad (Pacheco, 2013).

En los estudios de Knoll (2013) se advierte que, entre una asociación de recolectores de materiales reciclables, si bien hay reuniones y asambleas generales donde todos pueden hablar, lo que de hecho predomina en la práctica es la voluntad de unos pocos y la visión estratégica. .

La propia Constitución Federal, al crear los Consejos, los crea en forma de arriba hacia abajo, lo que sugiere una perspectiva instrumental y estratégica, en la que son instrumentos legales para la descentralización de la actividad del Estado. Así, terminan configurándose más como una práctica burocrática y neoinstitucional que como una práctica de gestión social.

## CONSIDERACIONES FINALES

Desde la perspectiva de los estudios sobre gestión social, el grado de participación y representatividad de la población en los Consejos analizados en la literatura especializada, en teoría, hay un indicio de su relevancia para fortalecer el ejercicio de la gestión democrática de las políticas sociales. Sin embargo, no presentan un reposicionamiento al analizar los casos presentados en la práctica, ya que todos los mencionados aún presentan evidencia de la dimensión estratégica y del Estado neoinstitucional actual.

Además, al evaluar la importancia de los Consejos en relación al control social que ejercen, lo que sucede es que hay pocas mejoras, ya que el grado de participación y la calidad de la participación tanto de la sociedad civil en las discusiones como del control social aún son baja en los casos mencionados.

Como cita Habermas (2003), se espera que la legitimidad de las decisiones políticas provenga de procedimientos en los que participen quienes posiblemente serán afectados por ellas, como los Consejos Deliberantes regulados por la Constitución Federal de 1988. Sin embargo, aunque en teoría Es la rendición de cuentas que indica avances en el área de la gestión pública, en la práctica lo que se pudo observar fue la escasa participación expresada de diferentes formas, ya sea a través de poco diálogo, baja participación de la población en general, o en presencia de una pequeña número de personas que son siempre las mismas personas que controlan el curso de una discusión determinada.

Las prácticas de ciudadanía y participación social vinculadas a la gestión social analizadas en los cinco estudios realizados por los participantes del Grupo de Investigación en Gestión Social de la UFSC muestran resultados que apuntan a: (i) la falta de promoción de la gestión social en los territorios observados ; (ii) la falta de identificación del espacio en el que viven los propios actores territoriales, lo que impide la construcción de una nueva realidad territorial; (iii) la falta de sintonía con el desarrollo de las actividades y acciones propuestas por el programa de gobierno; (iv) la propagación de una lógica instrumental y de mercado, que puede conducir a una mala aplicación de la fuerza constructiva del Estado; (v) la presencia de supuestos de gestión estratégica como la toma de decisiones centralizada (de arriba hacia abajo); (vi) la exclusión de actores del ámbito deliberativo; (vii) la baja interacción con políticas similares y (viii) la dificultad para articular a los actores para la comunidad, con miras al bien común.

La práctica de dar a conocer el trabajo y funcionamiento de los Consejos Deliberantes es una de las claves de su legítimo funcionamiento y de la forma en que el ciudadano es activo en un momento dado y coproductor del servicio en otro. Así, los consejeros en funciones son los responsables de representar la voluntad colectiva, a través de deliberaciones.

En conclusión, el presente análisis de la Constitución Ciudadana y los Consejos Deliberantes en Brasil no aportó evidencia empírica sobre la dialogicidad entre teoría y

prática desde la perspectiva de los estudios sobre gestión social, el grado de participación y representatividad de la población en los Consejos analizados. Se entiende que la Constitución Federal de 1988 dispuso la creación de Consejos Deliberantes, con el objetivo de estimular la participación ciudadana. Esta participación es fundamental para el ejercicio de la ciudadanía. Así, se espera que futuros estudios en la literatura especializada indiquen y presenten casos prácticos sobre su relevancia para fortalecer el ejercicio de la gestión democrática de las políticas sociales, ya que en el análisis de los casos aquí presentados no se evidenció reposicionamiento, ya que todos aquellos El mencionado aún presenta evidencia de la dimensión estratégica y del actual Estado neoinstitucional.

## REFERENCIAS

ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2001.

AVRITZER, Leonardo En SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Modelos de deliberação democrática: uma análise do orçamento participativo no Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

AVRITZER, Leonardo; NAVARRO, Z. (Org.) \_\_\_\_\_. O orçamento participativo e a teoria democrática: um balanço crítico. São Paulo: Cortez, 2003.

ARNSTEIN, Sherry (1969): "A ladder of citizen participation". En: Journal of the American Planning Association, v. 35 [jul], [4], pp. 216-224.

BERGER, Dário Elias; et al. **Regimento Interno**. Conselho Municipal de Saúde: Florianópolis, 2007.

CORTES, Soraya Vargas. **Instituições participativas e acesso a serviços públicos nos municípios brasileiros**. En: PIRES, Roberto Rocha (7 eds.): Diálogos para o desenvolvimento. Brasília: IPEA, 2011.

CONSELHO MUNICIPAL DE SAÚDE. **Conselho Municipal de Saúde de Florianópolis**. Em <http://www.cms.pmf.sc.gov.br> (15.10.2014).

DEMO, Pedro. **Participação é conquista: noções de política social participativa**. São Paulo: Cortez, 2001.

DURKHEIM, Émile. (1893) [2008]: Divisão social do trabalho. São Paulo: Martins Fontes.

FILIPPE, Samuel. **Gestão social como estratégia de avaliação do desenvolvimento local: a atuação do sebrae no território da cidadania do meio-oeste contestado**. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2012.

GOHN, Maria da glória (2004): **Empoderamento e participação da comunidade em políticas sociais**. En: Saúde e Sociedade, v.13, [mai-ago], [2], pp. 20-31.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão destranscendentalizada**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

JUSTEN, Carlos Eduardo. **Do monólogo ao diálogo?** O potencial emancipatório do programa território da cidadania meio-oeste contestado catarinense revisitado à luz da gestão social. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2013.

KNOLL, Alessandra. **O programa pró-catador e a nova política nacional de resíduos sólidos: uma análise da Associação de Coletores de Materiais Recicláveis**. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2012.

LAVALLE, Adrián Gurza. **Participação**: valor, utilidade, efeitos e causa. En: PIRES, Roberto Rocha (7 eds.): Diálogos para o desenvolvimento. Brasília: IPEA, 2011.

PACHECO, Anderson S.V. A participação cidadã nos territórios da cidadania: um estudo de caso no território do Meio Oeste do Contestado, à luz da gestão social. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2013

RIBEIRO, Rebeca de Moraes / SALM, José Francisco/ MENEGASSO, Maria Ester (2007): **Coprodução do bem público e o desenvolvimento da cidadania**: o caso do PROERD em Santa Catarina". En: Revista Alcance, v.14, [mai-ago], [2], pp. 231-246.

RAMOS, Alberto Guerreiro. **A Nova ciência das organizações**: uma reconceituação da riqueza das nações. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1981.

SILVA, Karen Vieira da. **Gestão social e participação nas decisões**: estudos de caso em cooperativas catarinenses. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2013.

SOUSA SANTOS, Boaventura. **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. En: AVRITZER. Leonardo: Introdução: para ampliar o cânone democrático. Rio de Janeiro: civilização brasileira, 2002.

SVARA, James/ DENHARDT, Janet. **The Connected Community**: Local Governments as Partners in Citizen Engagement and Community Building. White Paper, 2010.

WAMPLER, Brian /AVRITZER, Leonardo. **Participatory publics**: civil society and new institutions.. En: Comparative Politics, v.1, pp. 01, 2004

*Data de aceite:* 01/11/2021

*Data de submissão:* 08/10/2021

### Virgilius de Albuquerque

Universidade do Estado do Rio de Janeiro  
(UERJ), Faculdade de Administração e  
Finanças – Rio de Janeiro/RJ  
<http://lattes.cnpq.br/3376347651949021>

**RESUMO:** Este texto apresenta uma discussão sobre a democracia e conceitos correlatos como a modernidade, a racionalidade, a cidadania, o bem comum, a igualdade, e a liberdade. Ele é desenvolvido a partir de um debate virtual entre eminentes pensadores, destacando-se Robert Dahl, Alain Touraine e Chantal Mouffe. A pedra angular é o conceito de poliarquia, apresentado por Dahl. Touraine discorre sobre movimentos sociais e Mouffe desenvolve o entendimento acerca da democracia radical. O conceito de bem comum é matizado por esses autores. Ademais, entendimentos sobre arranjos institucionais com maior representatividade da sociedade civil nos fóruns políticos com vistas à efetividade de programas públicos são elaborados por outros autores, como Boaventura Santos, Karl Marx, Nancy Fraser, Barbara Ingham, Manuel Castells, Norbert Lechner e Fernando Calderón. Por fim, a realidade política contemporânea reforça a compreensão de que arquiteturas institucionais políticas eficazes devem levar em consideração a diversidade de valores e as tradições históricas dos países.

**PALAVRAS-CHAVE:** democracia, poliarquia, cidadania, bem comum, modernidade.

### DOES DEMOCRACY IS DOWN?

**ABSTRACT:** This paper presents a discussion about democracy and related concepts such as modernity, rationality, citizenship, the common good, equality, and freedom. It is developed from a virtual debate among prominent thinkers, especially Robert Dahl, Alain Touraine and Chantal Mouffe. The cornerstone is the concept of polyarchy, presented by Dahl. Touraine discusses social movements and Mouffe develops the understanding of radical democracy. The concept of common good is tinted by these authors. Moreover, understandings of institutional arrangements with greater representation of civil society in political forums aiming at the effectiveness of public programs are elaborated by other authors, as Boaventura Santos, Karl Marx, Nancy Fraser, Barbara Ingham, Manuel Castells, Norbert Lechner and Fernando Calderón. Finally, the contemporary political reality reinforces the understanding that effective political institutional architectures should consider the diversity of values and historical traditions of countries.

**KEYWORDS:** Democracy, polyarchy, citizenship, common good, modernity.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho consiste em um debate hipotético, cujos participantes discutem e problematizam alguns conceitos da modernidade, em particular, a democracia. A

democracia reluz consigo outros conceitos relevantes para a sua compreensão, dos quais são destacadas a modernidade, a racionalidade, a cidadania, o bem comum, a igualdade, e a liberdade.

Esta temática é extremamente relevante nos dias presentes, em que diversas democracias veem suas instituições serem erodidas na direção de regimes de menor pluralidade representativa. Nessa conjuntura, faz-se pertinente analisar o pensamento de alguns eminentes cientistas sociais com vistas a revisitar os conceitos subjacentes e refortalecer esse relevante regime de governo.

A proposta subliminar deste artigo é confrontar entendimentos defendidos pelos participantes, íncritos pensadores em suas áreas de conhecimento, basicamente ciências políticas e econômicas. Esse último substrato das ciências sociais é introduzido com o objetivo de explicitar as limitações da racionalidade, tão bem empregada pelos economistas. Portanto, a metodologia empregada consiste na transcrição de excertos publicados pelos pensadores do regime democrático e conceituadores de atributos correlatos, sob a forma de um debate dialético e virtual. É uma tentativa de trazer o leitor para a ambiência deste debate, caracterizado por uma densidade conceitual e argumentativa.

As origens das citações constam em nota de rodapé, que remetem à bibliografia. Procura-se reproduzir os principais pensamentos e argumentos apresentados pelos politólogos e economistas infracitados. As intervenções dos palestrantes são apresentadas conforme a dinâmica temática verificada. Ao final, serão apresentadas considerações finais sobre o suposto debate, assumindo, desde já, uma posição pretensamente de corte aporético, suscitando-se mais dúvidas do que esclarecimentos, porém apontando diretrizes para aprofundamentos acadêmicos.

O título deste ensaio faz uma alusão ao politólogo Robert Dahl, mediante o emprego de uma figura de linguagem com efeito homófono (*down*) em relação ao seu nome, sugerindo uma possível descrença quanto à evolução da democracia. Dahl ao explicitar o conceito procedimental de poliarquia constituiu o marco teórico para subseqüentes desenvolvimentos da práxis democrática. De certa forma, há, aqui, a intenção de que o seu pensamento seja revisitado porquanto não o julgamos tão reducionista quanto os seus críticos. Entende-se que alguns pontos não foram adensados por esse autor, simplesmente, por não ter ocorrido um pseudocolóquio como este, antes.

Feito este preâmbulo, procedemos ao curso inicial do debate empreendido pelos pensadores Robert Dahl, Alain Touraine, Nancy Fraser, Karl Marx, Boaventura Santos, Barbara Ingham, Chantal Mouffe, Norbert Lechner e Fernando Calderón. Com a palavra inicial, Robert Dahl, naturalmente.

## **BEM COMUM, REGIME POLIÁRQUICO E MOVIMENTOS SOCIAIS**

- **Dahl:** Observo que o título do tema faz referência direta a mim. Começo por

responder a pergunta principal. A democracia não está em *down!* Isto porque, acredito que a sua essência está em meus escritos. Com as vênias de estilo, assevero que a democracia está em Dahl, por isso não está em declínio. Facilmente, observamos que os requisitos do regime democrático estão disseminados pelo mundo, em especial no hemisfério ocidental.

Senão vejamos. À guisa de elucidação, defino democracia como o conjunto de instituições e práticas que permite que os indivíduos escolham diretamente os seus representantes no governo. Podemos, sim, afirmar que a democracia pode ser predicada pela democracia representativa! O direito ao voto, substantivado no sistema eleitoral é um componente que possibilita a livre e imparcial escolha de representantes legislativos e executivos. É o melhor modelo de participação popular, haja vista a impossibilidade de serem instituídas democracias diretas onde há espaços territoriais amplos e densamente povoados. Ademais, a crescente complexidade das questões sociais inviabiliza a utilização do recurso de plebiscitos e referendos nacionais. Creio que a representação parlamentar é o modelo democrático mais proficiente para processar as demandas populares. Somente com a representação democrática é possível converter o ente povo, genérico e amorfo, em sua unidade substantiva, o cidadão representativo.

Vejam, comentei sobre a representatividade. Todavia, a democracia que postulo apresenta outros benefícios diretamente derivados desse atributo maior. Como já mencionei anteriormente, esse modo de governo pode ser aplicado a extensões territoriais ilimitadas. Regiões maiores tendem a apresentar maior diversidade de interesses e profusão de conflitos devido à existência de múltiplas identidades étnicas, raciais, religiosas, políticas, enfim, de diversos grupamentos sociais que partilham valores e normas comuns. Daí, reproduzo o raciocínio de James Madison, que sustentava “... *que los conflictos de intereses formaban parte de la naturaleza misma del hombre y de la sociedad, y la expresión de esos conflictos no podía suprimirse sin suprimir la libertad, el mejor remedio contra los recelos mutuos de las facciones era el aumento del tamaño*”. Portanto, “... *uma de las ventajas del gobierno de la república en la gran escala del Estado nacional fue la probabilidad mucho menor de que los conflictos políticos suscitasen graves disputas civiles*”<sup>1</sup>.

Cabe aqui um breve esclarecimento sobre o significado de bem comum. Em contraposição ao pressuposto de que em uma sociedade homogênea, onde os cidadãos compartilham crenças similares, há uma maior propensão em comungar bens comuns, seu conceito “... *se há extendido más sutilmente a fin de abarcar los heterogéneos apegos, lealtades y creencias de um gran conjunto de ciudadanos diversos, com uma multiplicidad de divisiones y conflictos entre ellos*”. Ora, outras consequências da expansão da escala do espaço democrático, diretamente, associados com a diversidade e o conflito, imanentes à pluralidade de interesses, são o pluralismo social expresso pela criação de grupos e organizações sociais relativamente autônomas, e a ampliação dos direitos individuais. Isto porque “... *a medida que aumentan la diversidad y las divisiones políticas, y que el*

<sup>1</sup> Dahl (1991: 263).



*antagonismo político se convierte en un aspecto aceptado como normal en la vida política, los derechos individuales pueden concebirse como un sucedáneo del consenso político*<sup>2</sup>. Nesse sentido, os direitos individuais fundamentais são um bem comum das sociedades contemporâneas por universalizam a igualdade civil e política de pessoas desiguais.

Volto ao conceito de bem comum. Olhemos sob um prisma ontológico. Para um pensador tradicional, o bem comum representa o bem-estar de todos; algo que requer a existência de uma virtude cívica para o estabelecimento de objetivos específicos, tais como, a paz, a ordem, a prosperidade, a justiça e o sentimento de pertencimento a uma comunidade. Para um filósofo modernista, o bem comum é prescritivo, um ideal normativo. Isto, porque os objetivos sociais pouco contribuem para a formalização de decisões coletivas; elas continuam no campo etéreo, já que é necessário que os bens de um cidadão nunca colidam com os dos demais.

Por sua vez, um politólogo pluralista remeteria à antinomia de Rousseau, que sintetiza esse *imbroglio*. O famoso filósofo político asseverava que a “... *voluntad de ... sociedades particulares tiene siempre dos referentes: para los miembros de la asociación, es la voluntad general; para la sociedad global, es una voluntad privada...*”<sup>3</sup>. Desta forma, fica a indagação: a quem devemos nos referir quando se fala em bem comum, seja ele relativo ao bem-estar geral ou à justiça distributiva? Falta um referencial. Para o pluralista, essa questão não tem resposta, salvo se levarmo-nos por ímpetos lúdicos.

Outra questão relevante, contudo, pode ser respondida. Trata-se de como promover a consecução do bem comum. Aqui, uma resolução política pode ser apresentada, qual seja, a poliarquia, que já fora esboçada nos relatos de Tocqueville (em 1832) acerca da sociedade estadunidense, caracterizada pela profusão de associações voluntárias para a promoção e proteção dos interesses particulares. De fato, “... ‘*el público*’ *conste, con más frecuencia, de muchos públicos diferentes ...*”. Por isso, “... *en un régimen democrático em gran escala ... el pluralismo asociativo combinado con una buena dosis de descentralización de las decisiones ... ayudaría a que se tomase en consideración de una manera más o menos equitativa los intereses de los distintos públicos*”<sup>4</sup>. Observo que os países escandinavos apresentam um pluralismo colegiado – ou corporativismo democrático, ou pluralismo associativo – constituído por associações de grupos econômicos que são inclusivas e centralizadas, ou seja, grande parte da população pertence a organizações, as quais participam dos processos decisórios nacionais. Em contraste, o Reino Unido e os EUA possuem associações não muito inclusivas, todavia bastante descentralizadas. Portanto, prescrevo uma combinação entre ambos os modelos associativos. A participação do cidadão deve ser ampliada o quanto possível sob pena de haver apenas uma representação funcional. Dessa forma, estaremos mais próximos da doutrina de John

---

2 *Idem* (266).

3 *Idem* (348).

4 *Idem* (355).

Stuart Mill que sustentava que o processo democrático está alicerçado no princípio de que “... *cada uno es el único guardián de sus propios derechos e intereses...*”<sup>6</sup>. Portanto, é possível compatibilizar os direitos individuais de cada cidadão com a efetividade da ação coletiva das associações corporativas que devem negociar políticas públicas em diversas esferas e campos de atuação.

Prosseguindo, apesar das minhas considerações sobre bem comum, entendo que subsistem três questões fundamentais, quais sejam, (i) quem determina os bens comuns nos processos decisórios coletivos; (ii) quem é afetado por essas decisões coletivas; e (iii) a pergunta que não quer calar: interesse comum de quem, cara pálda? Saliento o reducionismo econômico da prescrição da democracia associativa. Isto porque “... *no todos los conflictos son económicos: a menudo los más difíciles de resolver son precisamente los no económicos: cuestiones religiosas, raciales, de nacionalidad, rivalidades étnicas, problemas lingüísticos, lealtades religiosas, etc. O bien se originan en perspectivas ideológicas, principios éticos y modos de percibir el mundo, de reflexionar sobre él y de acutar en consecuencia*”<sup>6</sup>. Isto posto, reduzo as três indagações iniciais em uma única: o que é o bem comum? A justiça distributiva no partilhamento de um bem social? Quais, então, os critérios morais e culturais que norteariam essa distribuição? Sustento que não é possível prescrevermos metavalores morais e culturais, uma vez que uma “... *distribución es justa o injusta de acuerdo com los significados sociales de los bienes que están em juego*, assim como a justiça “[*n*]o solo es específica de uma esfera particular, como la del dinero o del poder, sino también propia de la época, lugar experiencia histórica y la cultura de um grupo particular de seres humanos” Portanto, “... *distintos bienes justifican distintos principios distributivos, así también diferentes comunidades políticas ... justifican diferentes concepciones específicas del bien común*”<sup>7</sup>. Concluo, afirmando que o bem comum deve ser social e culturalmente relativizado. Não deve ser compreendido como um conjunto de bens e atividades comunitárias, que se difundem em gostos e preferências múltiplos, mas como um arcabouço normativo de práticas, procedimentos e instituições que promovam o bem-estar de um número suficiente de cidadãos, capazes de aceitá-los como valores sociais e endogenizá-los na sociedade.

- **Touraine**: Creio ser mais pertinente associar o conceito de bem comum ao de movimentos sociais, fenômeno rarefeito nas análises apresentadas por Dahl. De fato, na democracia “... *é quase inevitável passar da vontade geral à vontade da maioria e a unanimidade é rapidamente substituída pelo debate, pelo conflito e pela organização de uma maioria e de uma minoria*”<sup>8</sup>. Todavia, entendo que existam bens comuns e que são eles que sustentam movimentos sociais que objetivam o reconhecimento de interesses gerais da sociedade. A existência de livre escolha política nas sociedades democráticas, faz com que

---

5 *Idem* (356).

6 *Idem* (364).

7 *Idem* (365-6).

8 Touraine (1996: 36).

“... cada ator social [procure] o bem comum ao mesmo tempo que a defesa de interesses particulares. Por essa razão, os maiores movimentos sociais sempre têm utilizado temas universalistas: liberdade, igualdade, direitos do homem, justiça, solidariedade ...”<sup>9</sup>.

Vejam bem – complemento, “... a democracia nunca será reduzida a procedimentos, nem tampouco a instituições: [ela representa] a força social e política que se esforça por transformar o Estado de direito em um sentido que corresponda aos interesses dos dominados, enquanto o formalismo jurídico e político a utiliza em um sentido oposto, oligárquico, impedindo a via do poder político às demandas sociais que coloquem em perigo o poder dos grupos dirigentes”<sup>10</sup>. Portanto, é imperativo que a dimensão moral seja incluída no entendimento da democracia. Invoco os direitos e princípios morais como argumento para compensar as desigualdades sociais. O “... Estado democrático deve reconhecer aos seus cidadãos menos favorecidos o direito de agir, no quadro da lei, contra uma ordem desigual de que o próprio Estado faz parte”<sup>11</sup>. Saliento que a “... [d]imensão moral, dimensão social, e dimensão cívica ou política estão estreitamente associadas: a democracia é o contrário da política pura, ou seja, da autonomia do funcionamento interno do sistema político”<sup>12</sup>. Por isso, a simples forma de organização dos poderes não pode ser presumida como elemento fundamental da democracia. Essa deve estar alicerçada nos direitos fundamentais de natureza civil, política, como também, moral e social, que asseguram a liberdade, individualidade e, mormente, o direito de acesso do cidadão aos mecanismos de distribuição do Estado.

- **Dahl**: Deixe-me retomar a apresentação de minha doutrina. Em homenagem ao eminente pensador Touraine, reporto-me a um ínclito pensador francofônico. Rousseau, de fato, tinha razão. Democracia é inviável em espaços sociais de larga escala. Pois, ela só existe se for participativa, se as decisões coletivas forem deliberadas em uma assembleia soberana. Deste modo, para assegurar a governabilidade do regime democrático em larga escala, é necessário um conjunto de instituições políticas que denomino poliarquia! Decerto, esse neologismo pode apresentar diversas acepções. Mas, em síntese refiro-me à poliarquia “... como um conjunto de instituciones necesarias para el funcionamiento del proceso democrático em gran escala”<sup>13</sup>.

E, quais são essas instituições? São sete. Considero-as exaustivas e cumulativas para o pleno exercício dessa ordem política. Enumero-as: (1) os funcionários eleitos pelo voto direto exercem o controle das decisões de políticas públicas; (2) as eleições desses funcionários são livres, imparciais e regulares; (3) o sufrágio é universal, extensivo a praticamente toda a população adulta; (4) essa população adulta tem o direito de ocupar cargos públicos; (5) liberdade de expressão; (6) diversidade de fontes de informações; e (7)

---

9 *Idem* (85).

10 *Idem* (1996: 37).

11 *Ibid.*

12 *Idem* (1996: 48).

13 Dahl (264).

autonomia associativa, tais como partidos políticos e grupos de interesse.

Ressalto a imprescindibilidade desse último instituto. Com ele, “... *los ciudadanos gozan también del derecho de constituir asociaciones o organizaciones relativamente independientes, entre ellas partidos políticos y grupos de intereses*”<sup>14</sup>. Deste modo, o conjunto dessas instituições, em particular, a autonomia associativa, garante o cumprimento de alguns critérios basilares, que diferenciam o regime poliárquico das práticas democráticas tradicionais, quais sejam, (i) a participação efetiva da população; (ii) a formação de opinião esclarecida; (iii) o controle societal das políticas públicas; e (iv) a efetiva inclusão social! Concluindo, essa prescrição política – que acabei de sumariar, possibilita o pleno exercício da cidadania, ampliando as possibilidades de participação política e, por conseguinte, assegurando a inclusão do indivíduo na trama sociopolítica do Estado. É dessa forma que compreendo o processo de desenvolvimento, encetado pela ampla participação política que, *a fortiori* engendrará igualdade de oportunidades no campo econômico e maior justiça social!

Entretanto, nem sempre é possível o pleno desenvolvimento de regimes poliárquicos. Isto decorre da necessidade de dois pré-requisitos cumulativos: (i) as organizações policiais e militares devem se submeter ao controle civil; e (ii) esse controle civil deve ser submetido ao processo democrático. Postulo que o “... *mejoramiento de la capacidad de crear y utilizar organizaciones burocráticas ... junto con la invención de nuevas técnicas de vigilancia, incrementaron las posibilidades de la coacción centralizada, dando lugar a sistemas policiales capaces de destruir los opositores con más eficacia ...*”<sup>15</sup>. Como neutralizar, portanto, essa inevitável evolução das organizações militares e seu poder estrutural coercitivo sobre a sociedade civil? Aponto quatro caminhos. Primeiro, impedir que os militares sejam atores políticos significativos, o que pode ser empreendido limitando-se o seu escopo e a sua escala institucional no Estado. Por exemplo, mediante a supressão ou limitação de seus quadros permanentes para a execução de tarefas fundamentais. Segundo, constituindo-se competências concorrentes por intermédio da criação de aparatos militares e policiais nas diversas esferas de governo, incluindo, excepcionalmente, a institucionalização de milícias de cidadãos que desempenhariam as funções de polícia em períodos de paz. Terceiro, a formação de quadros militares com cidadãos civis em serviço militar obrigatório e temporário. Deste modo, seriam perpetuadas as tendências civis e democráticas nas organizações militares, reservando-se, apenas, a oficiais superiores o processo de encarecimento militar. Finalmente, a quarta estratégia consiste no doutrinamento civil dos escalões militares. Em síntese, é relevante assegurar que a profissionalização das funções militares não crie uma clivagem de classes entre aqueles e os cidadãos civis. Há de se buscar sempre a conjunção de ambos em uma sociedade civil unitizada.

Em linhas sinópticas, procurei resumir o meu pensamento e a minha concepção

---

14 Dahl (267).

15 *Idem* (297).

de poliarquia. Procuo atentar para o instituto da autonomia associativa! É mediante esse instrumento que a sociedade civil pode se organizar e instituir estruturas efetivas de formação de demandas sociais. Faço uma breve analogia entre povo e cidadão, de um lado, e movimentos sociais e associações, de outro. Assim como, o povo é um ente retórico, utilizado por políticos para fins pessoais, haja vista estarem cientes de sua natureza amorfa e, *ipso facto*, inerte, o mesmo raciocínio deve ser estendido aos movimentos sociais. E, assim como o povo só se substantiva e legitimiza por intermédio do cidadão, o movimento social só adquire cinética, de fato, quando consubstanciado em associações de interesse! São elas, o núcleo movente do processo democrático! Por fim, sublinho o primeiro instituto poliárquico, qual seja, a eleição de funcionários para gerirem as políticas de governo. Saliento que essa eleição não deve ficar circunscrita aos chefes dos poderes executivos. Ela deve ser compreendida *lato sensu*. Defendo que todas as funções diretivas e normativas devem ser preenchidas por funcionários eleitos e não, como as más práticas de gestão pública efetuam, por funcionários indicados pelo gestor executivo eleito, para ocuparem cargos em comissão, de livre provimento.

Olhando ao meu redor, constato a plêiade de notáveis presentes. Deste modo, acredito que serei mais contributivo, permanecendo, agora, em silêncio e procedendo à escuta intensiva dos demais interlocutores. Muito obrigado.

## **AÇÃO DEMOCRÁTICA E DIVERSIDADE**

- **Touraine:** O cientista político Dahl fala em inclusão?! Mas, que tipo de inclusão? Essa visão de inclusão meramente política é bastante limitada. Mais parece intromissão do que inclusão. Sim, porque a pessoa intrometida força a sua participação em um sistema do qual é intencionalmente excluída. A verdadeira inclusão vai além da formal intenção! Devem ser criados mecanismos que assegurem não somente a inclusão política, como também, a inclusão social, econômica, cultural, étnica e racial. Não é possível segmentá-las.

Gostaria, assim, de recuar um pouco nessa discussão. Senhor Dahl discorreu sobre um conjunto de procedimentos que ele considera essenciais para o regime democrático. Mas, enfim, o que é democracia mesmo? Utilizo, inicialmente, três características de natureza liberal elencadas pelo saudoso Norberto Bobbio<sup>16</sup>. Primeiro, um conjunto de regras fundamentais e de procedimentos que estabelecem os agentes políticos legitimados para a tomada de decisões coletivas. Segundo, a maximização do número de cidadãos que participam dos processos decisórios. Terceiro, a “... *substituição de uma concepção orgânica da sociedade por uma visão individualista ...*”, alicerçada na ideia de contrato social, na substituição do ser político aristotélico pelo *homo economicus* e pelo utilitarismo, e, finalmente, na busca da felicidade para a maioria das pessoas. Empregando, ainda, o

<sup>16</sup> *In* Futuro della democrazia (TOURAINÉ, 1996: 19).

raciocínio de Bobbio, ele relativiza esses princípios liberais ponderando que a realidade política diverge bastante desse ideário. Ora, as grandes organizações, sindicatos, partidos políticos, todas elas com magnitude política bastante superior ao indivíduo atomizado, retiram “... *toda realidade ao povo ‘supostamente soberano’; os interesses particulares não desaparecem diante da vontade geral e as oligarquias se mantêm. Enfim, o funcionamento democrático não chega a penetrar na maior parte dos setores da vida social ...*”<sup>17</sup>. Assim a realidade social acaba por reduzir a democracia a um conjunto de regras e procedimentos. Cuidado! “[N]ão podemos nos contentar com garantias constitucionais e jurídicas, enquanto a vida econômica e social [permanece] *dominada pelas oligarquias ...*”<sup>18</sup>.

Touraine complementa num crescendo *continuum* de um tom acalorado. “*Já não queremos uma democracia de participação; não podemos nos contentar com uma democracia de deliberação; temos necessidade de uma democracia de libertação*”<sup>19</sup>! “*A ação democrática, cujo objetivo principal é libertar os indivíduos e grupos das imposições que pesam sobre eles, situa-se entre a democracia procedural, que carece de paixão, e a democracia participativa, que carece de sabedoria*” “*A democracia só é vigorosa na medida em que é alimentada por um desejo de libertação [que] ... se volta contra as formas de autoridade e repressão que atingem a experiência mais pessoal*”<sup>20</sup>.

Todo conceito requer a identificação de sua essência. Defini anteriormente democracia a partir do postulado liberal. Mas, quais são os pressupostos básicos que efetivamente constituem a democracia? Eu entendo que existem dois: a liberdade individual e uma sociedade justa para a maioria dos indivíduos. Decerto, aparentam ser ambivalentes. Mas, não são, caso a democracia seja concebida como um processo dinâmico em que o indivíduo é um sujeito em permanente processo de transformação que, impregnado de sua cultura e liberdade, transfigura-se, por sua vez, em um ator social na contenda contra a lógica dominadora dos sistemas. Portanto, democracia é assegurar o pleno direito de luta aos sujeitos particularizados por sua herança cultural e imanência de liberdade. Democracia expressa o respeito da liberdade e o reconhecimento da diversidade, ou pluralismo cultural. Democracia “... *não é ... somente um conjunto de garantias institucionais ou o reino da maioria, mas antes de tudo o respeito pelos projetos individuais e coletivos, que combinam a afirmação de uma liberdade pessoal com o direito de identificação com uma coletividade social, nacional ou religiosa particular. A democracia não se apoia somente nas leis, mas sobretudo na cultura política*”<sup>21</sup>.

- **Santos:** Com as vênias de praxe, interrompo o colega Touraine, pois, nesse particular, gostaria de salientar um imperativo intercultural. Isso mesmo, Touraine tem falado sobre cultura. Entretanto, como diferentes culturas podem dialogar e conviver entre si? Com

17 Touraine (1996: 19).

18 *Idem* (20).

19 *Idem* (21).

20 *Idem* (23).

21 *Idem* (26).

certeza, trata-se de um imperativo prescritivo, truísmos à parte. Observo que “... *todas as culturas tendem a distribuir pessoas e grupos de acordo com dois princípios concorrentes de pertença hierárquica, e, portanto com concepções concorrentes de igualdade e diferença, as pessoas e os grupos sociais têm o direito de ser iguais quando a diferença os inferioriza e o direito de serem diferentes quando a igualdade os descaracteriza. Este é, consabidamente, um imperativo muito difícil de atingir e manter*”<sup>22</sup>. Porém deve estar sempre presente nas subjetividades individuais e nos diálogos intersubjetivos.

- **Touraine**: Agradeço seu sábio adendo sobre igualdade e diversidade. Retomando e complementando a minha argumentação anterior, observo o perigo que o excesso de diversidade pode ocasionar à cultura democrática. O excessivo respeito pelas diferenças pode resultar na proliferação e exacerbação de poderes comunitários, “... *que impõem, no interior de um meio particular, uma autoridade antidemocrática. A sociedade política limitar-se-ia a ser, então, um mercado de transações vagamente reguladas entre comunidades confinadas na obsessão de sua identidade e homogeneidade*”<sup>23</sup>. A profilaxia contra essa anomia é a ação racional, a argumentação científica, o julgamento crítico e a “... *aceitação de regras universais para proteger a liberdade dos indivíduos*”<sup>24</sup>. Prego o incentivo sistemático da liberdade aliada ao conhecimento contra todos os poderes constrangedores da cultura democrática, para que, dessa forma, seja assegurado o outro pilar da democracia, qual seja o respeito às diversidades!

- **Dahl**: Sucintamente, compartilho esse entendimento de Touraine. Isto porque, devemos reconhecer a existência de subculturas, que são “... *las diferencias étnicas, religiosas, raciales, lingüísticas o regionales, así como de una experiencia histórica o de mitos ancestrales compartidos*”. E, conseqüentemente “... *en la medida en que aumentan la fuerza y singularidad de las subculturas presentes en un país, disminuyen las probabilidades de que se instaure o perdure una poliarquía*”<sup>25</sup>.

- **Touraine**: Obrigado Dahl. Prossequindo minha conceituação sobre democracia, assevero que a “... *democracia define-se melhor em relação à vontade de combinar o pensamento racional com a liberdade pessoal e a identidade cultural*”. Cabe, portanto, ao sujeito, investido de sua cultura e instinto libertário, “... *associar a razão instrumental à identidade pessoal e coletiva ...*”<sup>26</sup> transfigurando-se, por conseguinte, em um ator político pleno!

Por favor, não me encarem com esses olhares enigmáticos e reflexivos! É sim, complexa essa abordagem. Mas não é incoerente, afirmo. Congrego o desejo natural de liberdade do indivíduo, com o seu pertencimento a um meio cultural particular. A individualidade e particularidade intrínsecas a esse indivíduo motivam sua conduta

22 Santos (2001: 28).

23 Touraine (1996: 27).

24 *Idem* (27).

25 Dahl (305).

26 Touraine (28).

social. O sujeito é essa antropomorfização política da liberdade e tradição. Quando essa conduta é dirigida por uma razão instrumental e por uma modernização técnica – “... *que implica a diferenciação funcional dos subsistemas político, econômico, religioso, familiar, etc.*”<sup>27</sup> – emerge o ator social, capaz de “... *conduzir uma ação econômica racional e, ao mesmo tempo, administrar as relações de poder*”<sup>28</sup>. Em síntese, digo que a “... *sociedade democrática combina a liberdade dos indivíduos e o respeito pelas diferenças com a organização racional da vida coletiva pelas técnicas e leis da administração pública e privada*”<sup>29</sup>. A democracia é um regime simbiótico que catalisa os princípios de individualidade, particularidade, e universalidade, representados pela liberdade, diversidade, e racionalidade, respectivamente. “*A cultura democrática define-se como um esforço de combinação entre unidade e diversidade, liberdade e integração*”<sup>30</sup>, esforço esse, mediado pela razão.

Entendo que essas considerações são essenciais como pano de fundo para qualquer debate acerca de democracia, pois, caso contrário, qualquer colocação será reducionista *ab initio*. Obrigado.

- **Marx:** Esse estilo panfletário não lhe pertence Senhor Touraine! – emendou prontamente o sociólogo alemão. Esse debate entre a concepção de democracia adstrita à consecução de garantias constitucionais, ou, como o *Monsieur* gosta de dizer, “liberdades negativas”, e a democracia que assegura pleno ingresso e participação na vida econômica e social de um Estado, fui eu quem polarizei, a partir de minha análise conjuntural da guerra civil da França em 1871<sup>31</sup>. Seu país já deu prova disso no passado. E, contraprova também. É possível nos indignarmos, nos rebelarmos em surtos momentos que se consagrarão como históricos. Contudo, penso que devemos estreitar os laços franco-teutônicos para além da União Europeia e buscarmos a permanência revolucionária. Intelectuais do mundo, uni-vos!

A razão principal pela qual a Comuna de Paris, instituída pelo povo reprimido de Paris em setembro de 1870 não perseverou foi a traição do governo nacional comandado por uma quadrilha de advogados arrivistas que não titubearam em pender para o lado prussiano e, assim, evitar o triunfo não apenas do capitalismo francês, como também da classe operária sobre os capitalistas. O capitalismo é, antes de tudo, um regime internacional.

A Comuna de Paris representou a derrubada revolucionária das condições sociais e políticas vigentes na França que oprimiam e humilhavam os operários. A camarilha liderada por Thiers, um engodo de salvador da pátria, usurpou o verdadeiro comando, que deveria ser empreendido pelo Comitê Geral, este sim a entidade representativa do governo revolucionário, comprometido com a eliminação da dominação das classes. “*A Comuna era composta de conselheiros municipais eleitos por sufrágio universal nos diversos distritos da*

---

27 *Idem* (33).

28 *Ibid.*

29 *Ibid.*

30 *Idem* (29).

31 Touraine (1996: 19) considera que esse pêndulo do debate democrático teve início não com as comunas de Paris de 1870, mas antes, na Revolução de 1848, na França.



cidade. Eram responsáveis e substituíveis a qualquer momento. A Comuna devia ser, não um órgão parlamentar, mas uma corporação de trabalho, executiva e legislativa ao mesmo tempo”. “Assim como os demais funcionários públicos, os magistrados e juizes deviam ser funcionários eletivos, responsáveis e demissíveis”. Com o objetivo de reparar os erros com presteza, “[e]m lugar de decidir uma vez, cada três ou seis anos, que membros da classe dominante devem representar e esmagar o povo no Parlamento, o sufrágio universal deveria servir ao povo organizado em comunas, do mesmo modo que o sufrágio individual serve aos patrões que procuram operários e administradores para seus negócios”. Assevero que a Comuna representa a melhor forma de arranjo político para a eliminação da dominação de classe e, enfim, para a condução da emancipação econômica do trabalho.

- **Fraser**: Reportemo-nos ao túnel do tempo contemporâneo. Creio que é necessário identificarmos o âmagô do ethos dos movimentos sociais atuais como, por exemplo, aqueles que emergiram a partir do final do século XX, coincidentemente com o epifenômeno da globalização, além das manifestações ocorridas, no Brasil, em 2013, iniciadas contra o aumento das passagens de transportes coletivos, e, em 2015, mediante a ocupação de espaços de ensino público, bem como, também, os movimentos terroristas intensificados ao longo de 2015. As contendas de grupos sociais derivam do hiato de reconhecimento das diferenças, que é consubstanciado nas mobilizações e conflitos acerca da nacionalidade, etnicidade, raça, gênero e sexualidade. Até aqui, nada de novel em relação às colocações de Touraine.

Entretanto, gostaria de salientar um fenômeno derivado da diversidade, qual seja, a contenda pelo seu reconhecimento, concebida na dimensão cultural de um grupo social. A disputa pelo reconhecimento consiste, de fato, na principal explicação para os dissensos sociais pós-socialistas e pós-modernos. “Nesses conflitos ... identidades grupais substituem interesses de classe como principal incentivo para a mobilização política. Dominação cultural suplanta a exploração como injustiça fundamental. E reconhecimento cultural desloca a redistribuição socioeconômica como o remédio para as injustiças e objetivo da luta política”<sup>32</sup>. Observem que não estou denegando a importância do mundo objetivo e das trocas materiais. Nada disto! “Disputas por reconhecimento acontecem em um mundo de desigualdade material exacerbada – na renda e na posse de propriedades; no acesso a trabalho assalariado, educação, cuidado de saúde e lazer ... e, em suma, expectativa de vida e taxas de mortalidade”<sup>33</sup>.

Portanto, não procuro avocar a primazia de uma dimensão sobre outra. Observem que com o *débâcle* do modelo econômico socialista, houve uma maior percepção mundial sobre um novo imaginário político, outrora enviesado para questões tais como interesse, exploração e redistribuição, para novos pontos de discussão, centrados em expressões como identidade, diferença, dominação cultural, e reconhecimento. E o que podemos

32 Fraser (2001: 245).

33 *Idem* (245-6).

concluir disso? Aproveitemos as lições que o tempo nos proporciona. Somente, mediante o *devoir* hegeliano podemos tirar proveito dos ensinamentos diacrônicos. Assevero que o conceito atual de justiça deve integrar o reconhecimento de diferenças culturais e a redistribuição material. Desta forma, os estudos das ciências sociais contemporâneas devem ser centralizadas no exame de “... *como conceitualizar reconhecimento cultural e igualdade social de forma que ambos se sustentem e não enfraqueçam um ao outro* ...”<sup>34</sup>. As políticas de reconhecimento cultural e de redistribuição socioeconômica devem reforçar-se mutuamente, pois, de outra forma, constitui-se um círculo vicioso de subordinação cultural e socioeconômica. Enfim, “[*n*]o mundo real, cultura e economia política estão sempre imbricadas e virtualmente toda luta contra injustiça ... implica demandas por redistribuição e reconhecimento”<sup>35</sup>.

Com relação às desigualdades sociais, os trabalhos de autores clássicos procuraram confrontar e apresentar prescrições com vistas à consecução de uma sociedade mais redistributiva. Cito, por exemplo, Karl Marx e a teoria da exploração capitalista; John Rawls e a teoria da justiça concebida a partir da escolha de princípios equitativos de distribuição de bens primários; Amartya Sen e o seu preceito de exercício igual de dotações e capacidades<sup>36</sup> como requisito à justiça; e Ronald Dworkin e sua igualdade de recursos. Via de regra, todas essas teorias sustentam a busca pelo igualitarismo para a mitigação das injustiças socioeconômicas. Todavia, quero salientar a outra dimensão, a que visualiza a origem da injustiça em questões de natureza cultural ou simbólica. “*Aqui injustiça está arraigada a padrões sociais de representação, interpretação, e comunicação. Exemplos incluem dominação cultural ...; não-reconhecimento; e desrespeito*”<sup>37</sup>. Deste modo, as injustiças culturais-valorativas são distintas daquelas de natureza político-econômica. Ressalto, contudo, que as coletividades culturais podem ser ambivalentes, ou seja, podem sofrer “... *injustiças socioeconômicas e não-reconhecimento cultural em formas nas quais nenhuma dessas injustiças é um efeito indireto da outra, mas em que ambas são primárias e originais*”<sup>38</sup>. Ilustrativamente, raça e gênero são coletividades ambivalentes, porquanto envolvem tanto dimensões econômicas quanto culturais. Destarte, apresentam implicações de redistribuição e de reconhecimento. Como antítese, exemplifico a sexualidade, cuja origem da diferenciação social não deriva da economia política, uma vez que permeiam todas as estruturas de classes.

- **Ingham**: Gostaria de complementar as considerações feitas pela Senhora Fraser sobre injustiça, de modo a associá-las aos entendimentos filosóficos sobre a

---

34 *Idem* (246).

35 *Idem* (248).

36 “*Capabilities refer to what a person can or cannot do, can be or cannot be. There are many kinds of capabilities. Examples are freedom from hunger and starvation, being free to participate in commercial life, being adequately sheltered, and being free to travel*”. “*Capabilities are generated by entitlements, where entitlements are measured not simply as income but as the bundle of rights and opportunities available to the individual*” (INGHAM, 1993: 1812).

37 *Idem* (249-50).

38 *Idem* (259).

ética, verdadeiro substrato das teorias de justiça. Destaco, em especial, três correntes majoritárias. *“They may be influenced by a Kantian duty-based ethic that stresses the moral obligation of the rich and powerful to meet the basic needs of the world’s poor. Or they may be making an appeal to universal laws, of which ... the best-known is probably John Rawls’s universalist rule of right. Or it may be utilitarianism which is the governing perspective, in which actions are judged according to how they affect the happiness or satisfaction of affected individuals”*<sup>39</sup>.

- **Fraser**: Obrigado pela digressão. Após a pertinente elucidação da Senhora Ingham, retomo minha doutrina, postulando, a seguir, duas posologias alternativas para lidar com a questão das coletividades distintas. *“Remédios afirmativos para [as injustiças culturais] ... são atualmente associados ao que chamo de ‘multiculturalismo dominante’. Esse tipo de multiculturalismo propõe reparar o desrespeito por meio da reavaliação das identidades injustamente desvalorizadas de grupos, enquanto deixa intacto tanto o conteúdo dessas identidades quanto as diferenciações de grupo que as embasam. Remédios transformativos, em contraste, são atualmente associados à desconstrução. Eles reparariam o desrespeito por meio da transformação da estrutura cultural-valorativa subjacente”*<sup>40</sup>. Portanto, é dentro desse entendimento que devemos compreender o que de fato é o multiculturalismo. Ele é uma política de afirmação do reconhecimento – posologia inicial – empreendida a partir de “[r]ealocações superficiais de respeito às identidades de grupos [, política essa que] apoia diferenciação entre grupos”<sup>41</sup>. Nessa concepção, Os EUA é um bom exemplo de Estado multicultural.

## PLURALISMO ASSOCIATIVO E POLÍTICAS PÚBLICAS

- **Dahl**: Permita-me a palavra. Gostaria de desfazer uma rotulação negativa comumente feita a meu respeito. Não sou um apologista de democracia formal simplesmente! Quero dizer que meu modelo poliárquico só se faz pleno quando existe um conjunto de elementos sociais historicamente constituídos que eu denomino por uma sociedade moderna, dinâmica e pluralista! Explico. *“A lo largo de la historia, la poliarquia ha estado intimamente vinculada a um tipo de sociedad que se caracterizo por una serie de elementos interrelacionados: un nivel relativamente alto de ingresos y de riqueza per capita, un alto grado de urbanización, una población agrícola relativamente pequeña o en veloz disminución, gran diversidad ocupacional, amplia alfabetización, una cantidad comparativamente grande de personas que asisten a instituciones de enseñanza superior, ... niveles relativamente altos de los indicadores del bienestar económico y social”*<sup>42</sup>. Portanto, uma sociedade poliárquica é caracterizada por um ideal de modernidade,

39 Ingham (1993: 1817).

40 Fraser (266).

41 Fraser (273).

42 Dahl (300).

expressa por indicadores de riqueza, educação, diversidade ocupacional, e urbanização, bem como por seu caráter dinâmico, que pode ser sintetizado pelo crescimento econômico, e, finalmente, por sua natureza pluralista, representada pela diversidade de organizações autônomas. Uma sociedade constituída por esse trinômio – digo: modernidade, dinamismo, e pluralidade – possibilita a difusão de poder entre uma variedade de grupos, associações e organizações e, paralelamente, promove atitudes e crenças alinhadas com os ideais democráticos.

-**Ingham**: Professor Dahl, permita-me um breve aparte acerca dessa última sentença. Não necessariamente a descentralização de poder é sinonímia de condução democrática. Argumento “... *that there is no necessary correspondence between democracy and the dispersal of administrative power to regional and local levels. In a number of developing countries regional and local interests are anti-democratic. Elites capture the benefits of decentralization*”. “*It is important to distinguish the concepts of decentralization and participation [cuja definição] “... associated with Paulo Freire in which participation enables people to become subjects rather than objects of their own destiny. When they are oppressed or reduced to the ‘culture of silence’ they become objects. When they participate and construct their own history they become the subject of ‘authentic development’*”<sup>43</sup>.

- **Dahl**: Estamos conjugando o mesmo verbo, Senhora Ingham. Refiro-me exatamente a participar! Minha doutrina enfatiza exatamente a institucionalização de mecanismos políticos de participação de grupos sociais. Sintetizo o princípio fundamental de minha postulação na necessidade de diluição do poder mediante a construção de um arcabouço político competitivo, caracterizado por conflitos e negociações, em que os atores sociais possam resistir a uma dominação unilateral ou de um grupo minoritário e competir entre si em uma lógica utilitarista de obtenção de vantagens e objetivos próprios independentes. A atomização do poder presume maior participação! A sociedade poliárquica caracteriza-se pela “... *dispersión de los recursos políticos como el dinero, el conocimiento, la posición social y el acceso a las organizaciones, de los puestos estratégicos sobre todo en los campos económicos, científico, educativo y cultural, y de las posiciones de negociación ... en los asuntos económicos, científicos, educativos, vinculados a los medios de comunicación ...*”<sup>44</sup>. Renego a pecha de pensador processualístico. Defendo a existência de diversas instituições que considero necessárias para o desenvolvimento de um regime democrático. Dentre elas, menciono a alfabetização, educação, respeito aos direitos humanos, poder judiciário equânime e independente, autonomia organizacional, difusão da riqueza, além do pluralismo associativo.

- **Santos**: O Senhor mencionou direitos humanos. É de bom alvitre que esse conceito seja, adequadamente, dimensionado de sorte a não adstringi-lo à concepção clássica de garantias civis e políticas. Com relação aos direitos humanos, gostaria, apenas,

43 Ingham (1993: 1810-1)

44 Dahl (302).

de conceituar três grandes agrupamentos, que foram historicamente conquistados. A “... primeira geração de direitos humanos (os direitos civis e políticos) foi concebida como uma luta da sociedade civil contra o Estado, considerado como principal violador potencial dos direitos humanos, a segunda e a terceira gerações (direitos econômicos e sociais e direitos culturais, da qualidade de vida, etc.) pressupõem que o Estado é o principal garantidor dos direitos humanos”<sup>45</sup>.

- **Dahl**: Bom, por fim, encareço que leiam meus escritos por inteiro e de coração aberto! Sustento que a formalização de acordos consociativos, os quais defino como a “... *resolución de los conflictos, por los cuales todas las decisiones políticas importantes exigían el acuerdo [(una gran coalición)] entre los dirigentes de las principales subculturas*”<sup>46</sup>. Essa configuração consociativa pode ser encontrada em países como a Suíça, Bélgica, Áustria, Países Baixos, EUA e Canadá. Para não dizer que só falei das flores, esse modelo também pode ser encontrado na Índia e na Colômbia.

Enfatizo que não reduzo a causa da desigualdade entre os cidadãos a razões de natureza econômica, embora seja evidente a preocupação dos defensores dos regimes democráticos e republicanos com a distribuição iníqua dos recursos econômicos. Mas, penso que as perspectivas democráticas de longo prazo “... *pueden verse más gravemente afectadas aún por las desigualdades de recursos, posiciones estratégicas y poder negociador derivadas, no de la riqueza o de la situación económica, sino de la posesión de conocimientos especiales*”. A persuasão prevalecerá sobre formas coativas; o intelectual será crescentemente o protagonista político. Refiro-me aos “... *intelectuales [àqueles que] proporcionan las ideas sistemáticas que racionalizan la legitimidad de la clase dirigente ... crean y difunden ideologías ... y confieren forma y contenido a la ‘hegemonía cultural’ de la clase dirigente*”<sup>47</sup>.

Ora, as decisões sobre assuntos políticos “... *requieren, implícita o explícitamente, formular juicios de carácter tanto moral como instrumental*”. “*No es intelectualmente defendible la postura según la cual las elites de la política pública ... poseen un saber moral superior o mejores conocimientos específicos de lo que constituye el bien común*”. “[N]o debemos sobrestimar la virtud de dichas elites”. “[L]os juicios sobre las políticas públicas casi invariablemente exigen otros juicios vinculados a las soluciones de transacción entre varios valores y objetivos”<sup>48</sup>. Desta forma, prescrevo que uma verdadeira poliarquia, além de criar instituições que relacionem a democracia ao Estado nacional, e que mobilizem o saber dos intelectuais na resolução dos problemas públicos, deve, adicionalmente, (i) assegurar a acessibilidade e compreensão dos programas públicos; (ii) dar oportunidade aos cidadãos para influenciar a escolha dos temas de discussão; e (iii) possibilitar que os cidadãos participem de forma significativa dos debates políticos. Portanto, não dissinto da

45 Santos (2001: 8-9).

46 Dahl (307).

47 *Idem* (399-400).

48 *Idem* (404-5).

democracia participativa. Sugiro, outrossim, o engajamento político de uma massa crítica de cidadãos bem-informados – público atento, na condução das decisões públicas. *“Por fortuna, empero, si estoy equivocado, el ‘público atento’ podría expandirse hasta abarcar el demos en su totalidad”*<sup>49</sup>.

## MODERNIDADE, CIDADANIA E DEMOCRACIA RADICAL

- **Lechner:** Gostaria de dar outro curso a esse debate. Com a crise do estado de bem-estar social, a política já não é mais a mesma. Devemos atentar para esses reducionismos nostálgicos de origem econômica. Só iremos encontrar a explicação sobre o desalento com a política nas entranhas mais profundas da subjetividade humana, ou seja, nos sistemas de valores, nas representações simbólicas e nos imaginários coletivos da sociedade. Não! Por favor, não façam pré-conceitos sobre voodooos nem transe político-existencialistas! *“Un aspecto importante, quizá decisivo de la cultura política, radica precisamente en aquellas ‘evidencias’ que la gente no verbaliza ni explícita por considerarlas algo ‘normal y natural’ “. “En esta esfera de lo no consciente también echan sus raíces las representaciones simbólicas mediante las cuales hacemos inteligible la realidad y otorgamos sentido a las relaciones sociales. Cabe presuponer que lo social es indisoluble de su representación; ninguna situación es inteligible sin esquemas de interpretación que den sentido y coherencia a la multiplicidad y complejidad de los elementos en juego”*<sup>50</sup>.

Faço este preâmbulo em tom de alerta para sustentar que a democracia contemporânea não pode ser compreendida a partir das representações simbólicas clássicas – digo, mitos, símbolos, imagens e liturgias; alicerçadas em princípios tradicionais, tais como a soberania popular, representação política, deliberação cidadã, e opinião pública. Saliento que é importante compreender a democracia como *“... um movimiento histórico cuyo sentido ha de actualizarse siempre de nuevo, [o que] resulta imprescindible redefinir su significación de acuerdo com las nuevas condiciones”*<sup>51</sup>. Portanto, a partir de uma perspectiva hegeliana do *devir*, “[l]a democracia ofrece un manejo institucional de la incertidumbre mediante la elaboración (colectiva y conflictiva) de um horizonte de futuro”<sup>52</sup>. Ademais a primazia do mercado, antropomorfizado em expressões tais como “o mercado não gostou da decisão do governo de ...”, *“... no genera un sentido socialmente vinculante. Hoy por hoy, se revela imprescindible recomponer los códigos interpretativos”*<sup>53</sup>.

O caminho a trilhar consiste na reconstrução de nossos mapas mentais para representarmos a realidade social contemporânea consoante a trama espaço-temporal em voga. Saliento que *“... tiempo y espacio no son hechos dados, sino variables socialmente construidas y, por ende, elementos constituidos de los esquemas interpretativos. No se*

49 *Idem* (407).

50 Lechner (1998: 50).

51 *Idem* (51).

52 *Idem* (60).

53 *Idem* (65).

*trata de un asunto ajeno a la política*<sup>54</sup> Exsurge, portanto, uma profunda mudança cultural para reformularmos nossos mapas ideológicos e cognitivos. *“No contamos con códigos adecuados para dar cuenta de la nueva complejidad social. Los esquemas tradicionales con sus distinciones entre política y economía, Estado y sociedad civil, público y privado, ya no logran representar adecuadamente el nuevo entramado. Basta menciona su expresión más notoria: la globalización”*<sup>55</sup>.

- **Calderón:** Muito oportuna a introdução do campo subjetivo e seu liame com a democracia feita pelo colega Lechner. Em termos concretos, toda a tradição cultural latino-americana de negação da diferença, que tem sido o principal obstáculo à alteridade, ou seja, o respeito ético do outro, remonta a uma subjetividade nacional-populista que engendrou classes sociais pouco estruturadas, elites sociais e políticas perenes, sistema patrimonial-corporativo, e minorias nacionais e culturais discriminadas. Essa subjetividade, compreendida e sintetizada, pelo eminente sociólogo francês Pierre Bourdieu, pela expressão *habitus* corresponde a estruturas pré-existentes que formatam a percepção e comportamento dos agentes sociais. É necessário, portanto, um choque de modernidade<sup>56</sup> que ganhará densidade com o tempo. Devem ser potencializados os impactos culturais da economia de mercado e do consumo internacionalizado. Pegando uma carona com esse ente amorfo denominado mercado, podemos *“... impulsar críticamente una transformación que vincule democracia con modernización ...”* de modo a ser *“... posible visualizar la gestación de una nueva subjetividad vinculada a nuevos comportamientos sócio-culturales emergentes”*<sup>57</sup>.

Indubitavelmente, *“[e]l desarrollo económico y la democracia están vinculados a las matrices culturales nacionales específicas, las que pueden variar de una sociedad a otra y de un período histórico a otro. Sin embargo, los procesos de internacionalización de la cultura, tanto a nivel de la industria como del mercado cultural no han hecho más que complejizar esta dinámica ...”*<sup>58</sup>. Não obstante, os latino-americanos devem aproveitar a onda modernizante de modo a produzir *“... nuevos valores e identidades culturales, centrados más en la sociabilidad y en la cotidianeidad que em el acceso al poder político ...”*<sup>59</sup> e, assim, cultivarem novas práticas coletivas, subjetivamente constituídas.

- **Castells:** Gostaria de adicionar um ponto olvidado por todos vocês que conceituaram cidadania: o constrangimento internacional. Quero me referir, especialmente, à deterioração da cidadania nacional que ocorre em decorrência da não sobreposição entre o espaço de influência de decisões governamentais e o espaço de representação democrática. Exemplifico, à guisa de clareza. Decisões tomadas por órgãos governamentais acerca da

---

54 *Idem* (55).

55 *Idem* (54).

56 “La modernidad sería la tensa conjugación de aquella secularización con una subjetividad centrada en valores de libertad, reproducción cultural e integración social” Calderón (1998: 79).

57 Calderón (1998: 75).

58 *Idem* (86).

59 *Idem* (75-6).

política monetária dos EUA interferem na condução de políticas econômicas e, mesmo, sociais de países que estão em sua órbita de interferência. Portanto, a deterioração do princípio da soberania nacional contingência a representatividade democrática. “A ausência de um centro de poder bem-definido dilui o controle social e pulveriza os desafios a serem enfrentados pela política”. Outra consequência contemporânea desse hiato de representação, pode ser expressa pelo fenômeno do recrudescimento de associações étnicas e religiosas. “O avanço do comunalismo, em suas diferentes formas, debilita o princípio de representatividade política no qual está baseada a política democrática”. Ainda, outro efeito desse fenômeno, eufemismado sob a rubrica de globalização consiste no “... esvaziamento do contrato social entre capital, trabalho e Estado [, porquanto] envia todos de volta para casa para lutar por seus interesses individuais ...”<sup>60</sup>.

- **Ingham**: Gostaria de fazer um breve aparte para tecer algumas considerações sobre o conceito de modernidade. Decerto, ela deve ser matizada e compreendida a partir de diversas dimensões. “In economic terms, modernization implies industrialization and urbanization and the technological transformation of agriculture. Socially, it involves the weakening of traditional ties, and the rise of achievement. Its political dimension is in the rationalization of authority and the growth of the bureaucracy. Culturally, modernization is represented by increase of secularization of society arising from the spread of scientific knowledge”. Todavia, cuidado com o aforisma de que “[m]odernization is closely identified in the eyes of its critics with Westernization”. “In the Middle East urbanization and the growth of a literate middle class has fostered the growth of Islam”. Ademais, os setores oligárquicos de países em desenvolvimento provam continuamente sua resiliência “... bending to the current of modernisation but not being replaced by them”<sup>61</sup>. Assim, gostaria de deixar consignadas as diversas faces da modernização e a possibilidade de que a sua profusão em um dado meio social não conduz, necessariamente, a uma situação benéfica para a democracia.

- **Mouffe**: Gostaria de sintetizar este debate e trazê-lo para um campo menos polarizado e subjetivo. Ênfase a necessidade de deixarmos de lado, por ora, uma praxeologia prescritiva e procedimental em favor de uma abordagem mais substantiva, relativa às duas principais essências da democracia. Refiro-me à cidadania e à comunidade política. Revisito, portanto, algumas dimensões apresentadas por Dahl e Touraine relativas ao entendimento de bem comum.

Em geral, os debates mais acalorados ocorrem entre posições dicotômicas. Nesse sentido, gostaria de fazer uma breve digressão sobre os preceitos dos liberais e aqueles apregoados pelos comunitaristas. O ponto central de discórdia pode ser condensado na identidade que essas vertentes articulam acerca da cidadania. Para os liberais, o conceito de cidadão compreende a existência de pessoas livres e iguais, não apenas, perante um

60 Castells 2001: 365-6).

61 Ingham (1993: 1807-8).



modelo de democracia constitucional que prescreva a igualdade jurídica, como, também, ante a igualdade de oportunidade. Destarte, faz-se necessária a uma “... *concepção política de justiça que afirme que ‘todos os bens sociais primários’ – liberdade, oportunidade, rendimento, riqueza e as bases da autoestima – devem ser distribuídos igualmente, excepto se uma distribuição desigual de alguns ou de todos esses bens for vantajosa para os menos favorecidos*”<sup>62</sup>. Em síntese, a escola liberal preceitua que “... *a cidadania é a capacidade de cada pessoa formar, rever e realizar racionalmente a sua definição de bem*”.

Por sua vez, os comunitaristas refutam essa visão individual, porquanto o cidadão, por definição é uma pessoa que se junta a outras com o objetivo de empreender uma ação comum com vistas à consecução de um bem comum. Não há comunidade instrumental, ou seja, o indivíduo não possui as suas identidades e interesses previamente definidos. Ao contrário eles são desenvolvidos dentro de uma comunidade, isto é, a comunidade é constitutiva! Aqui, a noção de republicanismo cívico ganha relevo, pois é prescrita uma “... *política que enfatiza fortemente a noção de bem público, anterior a e independente dos desejos e interesses individuais*”<sup>63</sup>. Esse é o mote: bem público, conceito renegado pelos liberais que priorizam o uso racional da liberdade e a concessão de oportunidades iguais.

Reorientando o debate acerca da cidadania segundo a perspectiva do bem comum, saliento que nas sociedades democráticas modernas, o bem comum substantivo é um sujeito indeterminado! Sim, porque nas democracias contemporâneas, a dissociação entre os institutos do poder, da lei, e do conhecimento induzem a uma situação de indeterminação acerca da identificação do interesse e do bem comum. Esta ideia não é benéfica para os apologistas comunitários. Isto porque a ausência de um bem comum substantivo representa *a fortiori* uma vantagem para os defensores liberais. “*Por outro lado, a preocupação exclusiva do liberalismo com os indivíduos e os seus direitos não forneceu conteúdo nem orientação para o exercício desses direitos. Isto conduziu à desvalorização da ação cívica, do interesse comum, o que provocou uma crescente falta de coesão social nas sociedades democráticas*”<sup>64</sup>.

Isto posto, e caudatária que sou das proposições do eminente pensador Jürgen Habermas, proponho a conjugação de elementos dessas duas abordagens e a constituição de uma terceira via, compatível com um projeto de democracia radical e plural! Juntamente com os preceitos de liberdade e igualdade, a evolução do cidadão só é factível, quando incorpora “[a]s *ideias de empenhamento público, actividade cívica e participação política numa comunidade...*”<sup>65</sup>, e, conseqüentemente, com a assimilação da “... *ideia de bem comum superior ao nosso interesse pessoal [que] é uma condição necessária ao gozo da liberdade individual*”<sup>66</sup>. É isto o que eu entendo por democracia radical, aquela que emana

62 Mouffe (1996: 84).

63 *Idem* (1996: 85).

64 *Idem* (90).

65 *Idem* (86).

66 *Idem* (87).

da raiz social, da constituição de uma comunidade. E, em absoluto, de uma concepção revolucionária, linha de ação ontologicamente incompatível com o processo democrático.

Farei uma breve explanação do meu modelo de democracia radical. Inicialmente, denomino *universitas* a modalidade de associação humana que visa a realização de um objetivo comum ou a promoção de um interesse comum. Por sua vez, a *societas* corresponde a uma forma de associação civil que empreende uma relação formal, em termos de regras, catalisada pelo reconhecimento de autoridade e pela observância de uma lealdade mútua. Esta “... *ideia de associação civil, ou societas, ... é adequada para definir a associação política nas condições democráticas modernas. Na verdade, é uma forma de associação humana que reconhece o desaparecimento da ideia de um único bem comum substantivo e deixa espaço para a liberdade individual*”. “*Esta forma moderna de comunidade política é sustentada, não por uma ideia substantiva de bem comum, mas por um elo comum, um interesse público*”<sup>67</sup>. A distinção fundamental em relação ao liberalismo é que a relação civil que denomino *respublica* prescreve a promoção do amálgama social por intermédio da promoção do interesse público, ao passo que o liberalismo preleciona o associacionismo com vistas à perseguição de um objetivo instrumental, qual seja, o interesse próprio.

Agora, creio que posso definir o que entendo por cidadão, conceito esse que só pode ser compreendido na instituição política que defini como *respublica*, ou seja, uma identidade política comum de pessoas. Derivo, portanto, a seguinte definição de cidadania. Ela “[é] *uma identidade política comum de pessoas, que podem estar empenhadas em muitos empreendimentos com finalidades diferentes e com diversas concepções de bem, mas que, na procura da sua satisfação e na execução das suas acções, aceitam submeter-se às regras prescritas pela respublica [(o interesse comum)]. O que liga é o reconhecimento de um conjunto de valores ético-políticos. Neste caso, cidadania não é apenas uma identidade entre outras, tal como no liberalismo, ou a identidade dominante que se sobrepõe a todas as outras, como no republicanismo cívico. É um princípio articulador, que afecta as diferentes posições de sujeito do agente social ... ao mesmo tempo que permite uma pluralidade de compromissos e o respeito pela liberdade individual*”<sup>68</sup>.

Desejo fazer uma observação final para encerrar este debate. Tomemos os dois princípios basilares da *respublica*, quais sejam a liberdade e a igualdade. Em uma concepção mais revolucionária, antípoda de uma visão modernista universal da cidadania, a “... *interpretação democrática radical enfatizará as numerosas relações sociais onde existem relações de domínio, que terão que ser questionadas para que os princípios da liberdade e da igualdade possam aplicar-se*”<sup>69</sup>. Isto porque, segundo a minha concepção de democracia radical, há o pressuposto da existência de uma identificação coletiva, malgrado as diversidades de gênero, raça, etnia, orientação sexual, classe<sup>70</sup> e ideologia.

---

67 *Idem* (92-3).

68 *Ibid*

69 *Idem* (96).

70 “[C]lasse é um modo de diferenciação social enraizada na estrutura político-econômica da sociedade. Uma classe

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No início deste século, procurou-se implementar, em um movimento de fora para dentro, o regime democrático no Afeganistão e no Iraque. Subsequentemente, a partir do final de 2010, eclodiram, em diversos países árabes, as manifestações conhecidas por Primavera Árabe, ocorridas no Egito, na Tunísia, na Argélia, na Líbia, na Síria – ainda inconcluso devido à guerra civil, entre outros países, contra as recessões econômicas e os regimes ditatoriais. Os resultados obtidos no sentido de maior abertura política e expansão de direitos individuais, sociais e econômicos não foram significativos, o que evidencia a complexidade do processo de construção e consolidação da democracia. Posteriormente, outro movimento, porém em sentido contrário, assolou a Turquia, em 2013. Embora não haja um regime ditatorial, o seu modelo democrático não apresenta a mesma densidade dos países capitalistas desenvolvidos. Movimentos sistólicos semelhantes foram observados na Hungria e Polônia.

Os atentados terroristas emblemáticos pelo Aa-Qaeda e o Estado Islâmico podem ser interpretados como outro desdobramento do vácuo e das incompletudes da modernidade e dos arranjos democráticos e das formas de representatividade no mundo contemporâneo. Os valores culturais e religiosos construídos socialmente enfatizam a importância das tradições e do *path dependence*, substantivados, por exemplo, no secularismo republicano ocidental e no tradicionalismo islâmico, e são capazes de explicar as pluralidades de facções políticas e as distintas formas de equilíbrios de poder.

Este esforço de síntese e compreensão de pensadores tão prolíficos objetiva alinhar algumas tentativas no sentido de aperfeiçoamento do processo democrático. Este ensaio teve um viés de abordagem construtivista, porquanto partiu do pressuposto de que o conhecimento é continuamente construído e reconstruído. Para tanto, o processo de aprendizagem individual, de formação de valores e, principalmente, de depuração dos juízos de modo a se evitar a construção de pensamentos reducionistas e, mesmo, dogmáticos, é um ato de reflexão e constante indagação, semelhante ao método aporético de Platão, que não aponta as conclusões, mas, apenas, se preocupa em eliminar possibilidades irracionais.

Os postulados de Dahl não estão em *down*, definitivamente. Muitas das críticas sofridas por esse ator decorrem de hiatos de seu pensamento, que, caso fossem explorados e adensados pelo autor não divergiriam substancialmente dos posicionamentos alternativos. De fato, há uma diferenciação na ênfase denotada à temática problematizada, substantivada, por um lado, nas proposições de Dahl e demais teóricos de uma democracia procedimental, e, por um lado, nos apologistas da democracia radical, sintetizados na exposição de Chantal Mouffe.

Os primeiros estão preocupados em criar instituições que deem efetividade existe como coletividade apenas em virtude de sua posição nessa estrutura em relação com outras classes" (FRASER, 2001: 255),..

ao processo da democracia. Objetivam dar maior envergadura às estruturas de instituições democráticas de modo a adensar a democracia minimalista de liberdade e representatividade mediante o voto. Nesse sentido, sugerem a formação de arranjos institucionais que confirmam maior representatividade a uma sociedade civil moderna cada vez mais diversificada. Por sua vez, os últimos, ao problematizarem a plena democracia, não apenas quanto à representatividade, mas, também, quanto à igualdade em todas as dimensões da vida humana, incluindo, direitos sociais e de acessibilidade econômica, enxergam a necessidade de aprofundar a compreensão do processo democrático *beyond* instituições formais. Decorre daí, a denominação de democracia radical. Procura-se a efetividade, não somente do processo democrático, mas, sobretudo da própria democracia, em seu sentido mais amplo.

Racionalidade, bem comum, representatividade, igualdade e multiculturalismo, cidadania, democracia e movimentos sociais, formulação de políticas públicas são atributos da modernidade em seu sentido amplo. A difusão mundial da democracia e do capitalismo não conduziu ao “fim da história”. Os múltiplos matizes desses institutos e as distintas tradições culturais das nações complexifica as explicações e proliferam as previsões e prescrições acerca da democracia e acessibilidade aos programas públicos das sociedades mundiais.

## REFERÊNCIAS

CALDERÓN, Fernando. Modernización y ética de la otredad. In CALDERÓN, F. y LECHNER, N. **Más allá del Estado, Más allá del Mercado: la Democracia**. La Paz: Plural Editores, 1998.

CASTELLS, M. **O Poder da Identidade**. São Paulo: Paz e Terra, 3ª ed., 2001.

DAHL, Robert. **La Democracia y sus Críticos**. México: Paidós, 1991.

FRASER, Nancy. Da Redistribuição ao Reconhecimento? Dilemas da Justiça na Era Pós-Socialista. In SOUZA, Jessé (org.). **Democracia Hoje – Novos Desafios para a Teoria Democrática Contemporânea**. Brasília: UNB Ed., 2001.

INGHAM, Barbara. The Meaning of Development: Interactions Between “New” and “Old” Ideas. **World Development**, v. 21, no. 11, pp. 1803-1821, 1993.

LECHNER, Norbert. El malestar con la política y la reconstrucción de los mapas políticos. In CALDERÓN, F. y LECHNER, N., 1998.

MARX, Karl. A Guerra Civil na França. Versão digital: eBooks Brasil.com. 1871.

MOUFFE, Chantal. **O Regresso do Político**. Lisboa: Gradiva, 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma Concepção Multicultural dos Direitos Humanos. **Contexto Internacional**, v. 23, no. 1, jan/jun, pp. 7-34, 2001.

TOURAINÉ, Alain. **O que é a Democracia?** Petrópolis: Vozes, 1996.

## ANÁLISE DA SEGURIDADE SOCIAL BRASILEIRA: O ACESSO À APOSENTADORIA DO TRABALHADOR RURAL

Data de aceite: 01/11/2021

Data de Submissão: 01/11/2021

### Franklym Farllony Murad da Silva

Araguatins-TO

Universidade Estadual do Tocantins – UNITINS

<http://lattes.cnpq.br/2793396613971682>

### Oswaldo Vanderley de Sousa Junior

Palmeiras do Tocantins-TO

Universidade Estadual do Tocantins – UNITINS

<http://lattes.cnpq.br/2262395185689709>

**RESUMO:** Em face das mudanças nos modelos de aposentadorias e pensões ocorridas em decorrência da atual reforma da previdência, buscou-se, através do presente trabalho de conclusão de curso, analisar e orientar-se pelo que é próprio do Direito previdenciário, suas nuances e questões fundamentais quanto a Seguridade Social no Brasil. Visando assim o modelo previdenciário brasileiro e sua evolução histórica. Buscando ainda trazer uma breve conceituação quanto aos princípios constitucionais da República Federativa do Brasil de 1988. Trouxe um resumo do que expressou as sete constituições brasileiras no que concerne ao regime previdenciário. Exemplificou o modelo previdenciário do Brasil, quanto a filiação e inscrição e, classificou pormenorizadamente a condição do segurado trabalhador rural, e sua aposentadoria.

**PALAVRAS-CHAVE:** Seguridade Social; Princípios; Regime Previdenciário; Rurícola;

Aposentadoria.

### ANALYSIS OF BRAZILIAN SOCIAL SECURITY: ACCESS TO RETIREMENT FOR RURAL WORKERS

**ABSTRACT:** In view of the changes in retirement and pension models that have occurred as a result of the current pension reform, this course completion work has sought to analyze and guide what is proper to pension law, its nuances and fundamental issues regarding Social Security in Brazil. Thus aiming at the Brazilian social security model and its historical evolution. Also seeking to bring a brief conceptualization of the constitutional principles of the Federative Republic of Brazil in 1988. I brought a summary of what I expressed as seven Brazilian constitutions with regard to the social security system. It exemplified the social security model in Brazil, regarding affiliation and enrollment, and classified in detail the condition of the insured rural worker, and his/her retirement.

**KEYWORDS:** Social Security; Principles; Social Security Regime; Rural; Retirement.

### INTRODUÇÃO

O Brasil conta com um número de 190.755.799 habitantes, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia Estatística – IBGE. Sendo que deste índice populacional, estima-se que 29.830.007 habitantes estejam nas zonas rurais do país, dados do último Censo populacional realizado em 2010. Correspondendo a faixa de 15,63% da população brasileira total.

A partir do elevado número da população que vive em zona rural, surge a necessidade de se garantir Direitos a este conjunto, sobretudo, de trabalhadores rurais. Busca-se, em especial, avaliar as legislações que contemplem direitos individuais. Com vista a percepção de uma aposentadoria, após longos anos dedicados a lida penosa do trabalhador do campo em regime de economia familiar.

Entendendo como trabalhador rural, com jus ao benefício de aposentadoria, aquele que exerce suas atividades em regime de economia familiar, especificamente como lavrador, não auferindo renda, e que possua como único meio de subsistência a atividade rural.

A problemática aqui auferida, propõe o seguinte questionamento: quais as regras para composição da aposentadoria do trabalhador rural?

O presente estudo, têm como objetivo geral: identificar as regras de percepção da aposentadoria ao trabalhador rural. E possui como objetivos específicos: trazer à baila um apanhado histórico constitucional da previdência social brasileira; tratar da ordem principiológica que norteia a previdência social; discutir a regulamentação jurídica, quanto à qualificação do trabalhador rural em regime de economia familiar; e analisar os direitos que assistem a esta categoria de trabalhadores.

Através da pesquisa qualitativa, descritiva, e pesquisa bibliográfica ampla, formou-se a discussão sobre direitos constitucionais e fundamentais, com vistas a verificação da manutenção da qualidade de vida do trabalhador e seu bem-estar, em face de suas prerrogativas legais. Com a leitura de artigos científicos, publicados em periódicos, e, de livros, foram suscitadas as indagações. Para isto, citou-se os seguintes teóricos: Ibrahim (2011); Bonavides (2011); Ritt (2006).

Acredita-se que este presente trabalho contribuirá também na formação da concepção do que é o trabalhador rural na perspectiva legal, no debate acerca da historicidade da Seguridade Social no Brasil, e na formação de uma consciência comum social quanto aos direitos assistidos aos trabalhadores do campo.

## **1 | A SEGURIDADE SOCIAL**

A Seguridade Social no Brasil a qual compreende a Previdência, Saúde e Assistência Social é um dos grandes gargalos das políticas públicas que buscam desenvolvimento a partir de elementos fomentadores dos serviços necessários e básicos fundamentais insculpidos na Constituição Federal e inerentes a manutenção da qualidade de vida.

### **1.1 A PREVIDÊNCIA SOCIAL**

Existem dois modelos de previdência social no mundo. O primeiro deles foi criado na Alemanha em 1883, por Otto Von Bismarck, sendo, portanto, chamado de modelo bismarckiano de proteção social. Com cobertura restrita aos trabalhadores contribuintes, financiado pela contribuição de trabalhadores e empresas.

O segundo, nascido no Reino Unido em 1941, por Lord Willian Beveridge, possuindo como fundamento a proteção individual a qualquer pessoa, independente de contribuição, financiado por impostos arrecadados de toda a sociedade, e com benefícios iguais a todos, com o fito de assegurar o padrão mínimo de vida a qualquer pessoa. “É um modelo universal por natureza, dotado de grau máximo de solidariedade, no qual questões como filiação ou qualidade de segurado não fazem sentido, pois a cobertura é universal.” (FÁBIO IBRAHIM, 2011)

A previdência social no Brasil seguiu a linha alemã bismarckiana, ou seja, o trabalhador para fazer jus ao direito a aposentadoria terá que verter contribuições.

Segundo Ibrahim, 2011:

Isso é, em parte uma falha da Constituição de 1988, pois o primeiro princípio da seguridade social é a universalidade da cobertura e do atendimento, mas adota-se um modelo bismarckiano de proteção, que mesmo com atenuações e inclusões, (como os facultativos e contribuintes individuais), ainda não possui vocação universal.

Tenta a Constituição suprir a lacuna com o subsistema de assistência social, mas o ideal seria a fusão de ambos em um modelo universalista, financiado por impostos, com a extinção das contribuições sociais. (IBRAHIM, 2011 p.11)

## **1.2 A PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL E AS CONSTITUIÇÕES E A LEI ELOY CHAVES**

### ***1.2.1 A Constituição de 1824***

A Constituição de 1824 foi em seu termo inespecífica quanto aos direitos previdenciários, tratando de forma superficial aquilo que apenas posteriormente receberia uma base sólida dos Direitos Previdenciários. No artigo 179 da Constituição Brasileira de 1824.

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:

(...)

XXXI. A Constituição também garante os socorros públicos. (CONSTITUIÇÃO DO IMPÉRIO DO BRASIL, 1824, Art. 179)

Assim, a primeira Constituição brasileira, ainda no Brasil Império, chamou de socorros públicos aquilo que mais tarde seria adotado como regime previdenciário.

### ***1.2.2 A Constituição de 1891***

A Constituição de 1891 previu em seu bojo a criação dos chamados Socorros Públicos. Criou-se através de leis Infraconstitucionais a indenização em caso de acidentes de trabalho através do qual o empregador deveria indenizar o trabalhador em caso de acidentes em razão do cargo ou função exercida.

Com advento da Constituição de 1891, e da Lei Eloy Chaves que determinava a



aposentadoria e pensão para os empregados ferroviários, foi estendido esse direito aos empregados portuários e marítimo.

### 1.2.3 Lei Elói Chaves

As primeiras constituições trataram ligeiramente toda a sistemática do regime previdenciário adotado no Brasil. Mas com o advento daquilo que fora considerado como marco do sistema previdenciário brasileiro, A Lei Elói Chaves, o sistema de previdência passou a ser implementado com suas bases sólidas e refletindo aquilo que é em sua atualidade.

Eloy Chaves, responsável por criar o primeiro plano de previdência dos servidores públicos no Brasil, nasceu em Pindamonhangaba no ano de 1875, filho de José Guilherme de Miranda Chaves e D. Cândida Marcondes de Miranda Chaves, formou-se em Direito pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco em 1896. Começou sua carreira como Promotor Público na cidade de São Roque. Logo depois iniciando sua carreira política elegendando-se ao cargo de vereador e em seguida ao de Deputado Federal.

Elaborando a primeira Caixas de Aposentadorias e Pensões, a Lei Eloy Chaves é o grande marco das aposentadorias e dos direitos previdenciários. Sob forma de Decreto Lei, nº 4.682 de 24 de janeiro de 1923, já demonstrou o seu caráter protecionista da idade avançada e sua proteção ampla ao trabalhador e os direitos da previdenciários em geral.

Discurso do Deputado Dr. Eloy Chaves em apresentação do seu projeto na câmara:

Sr. Presidente, o Projeto que tenho a honra de apresentar a Câmara dos Senhores Deputados, representa as aspirações de uma grande classe de servidores do país – os empregados das estradas de ferro.

[...]

O homem não vive para si e para a hora fulgás, que é o momento de sua passagem pelo mundo. Ele Projeta sua personalidade para o futuro, sobrevive a si próprio, em seus filhos. Seus esforços, trabalhos e aspirações, devem também visar, no fim da áspera caminhada o repouso, a tranquilidade. Os espinhos, as angústias, só são suportadas pela esperança no prêmio final, seja êste embora incerto e quase inatingido.

O projeto vem satisfazer essas necessidades imperiosas da alma humana, criando as pensões para as famílias dos empregados das estradas de ferro, e as aposentadorias para estes.

[...]

O projeto está moldado com um largo espírito liberal(...)procura o quanto possível, amparar de preferência os mais fracos.

A Caixa de Aposentadorias e Pensões por êle criada terá vida segura, e não é uma criação abstrata, em vista dos recursos que o projeto lhe garante.

[...]

Esses recursos são, alias, muito preciosos, pois são também formidáveis as repsonsabilidades da Caixa que têm de atender o seguinte:

- a) Socorros médicos e medicamentos;

- b) Aposentadorias;
- c) Pensão para os herdeiros dos funcionários;
- d) Entrega imediata aos herdeiros da quantia para as despesas do funeral; (ELÓI CHAVES, 1923)

A Lei Eloy Chaves demonstrou seu caráter protetivo em face das legislações que a antecederam, particularmente, no que tange a pensões asseguradas pelo trabalhador ferroviário e aos dependentes em caso de morte. Além do auxílio funeral igualmente previsto em suas bases legais. Como demonstrado no discurso de Eloy Chaves a previdência brasileira teve em sua gênese forte influência quanto a valorização do trabalhador e de sua carreira profissional, sobretudo, na fase de inatividade que é a aposentadoria.

#### *1.2.4 A Constituição de 1934*

Foi a primeira Carta Constitucional a tratar do custeio tripartite da previdência social, entre trabalhadores, empregadores e o Estado. Foi a partir daí que as caixas de aposentadorias deixaram de ser administradas pelas empresas e passaram a ser administradas pelo governo da época. Foi também na carta constitucional de 1934 que foi criada a figura da aposentadoria compulsória aos 68 anos de vida, bem como a aposentadoria por invalidez com direitos e benefícios aos funcionários públicos acidentados.

Houve nesse período o direito a aquisição de cumulação de benefícios, desde que houvesse previsão legal para isso.

Criou-se o Instituto de aposentadorias e Pensões dos Industriários – IAPI, sendo os empregados segurados obrigatórios e os patrões facultativos.

#### *1.2.5 A Constituição de 1937*

Segundo pesquisadores a Carta Constitucional de 1937 fora omissa ao delinear questões previdenciárias, pouco avançando nesse assunto.

#### *1.2.6 A Constituição de 1946*

A Constituição de 1946 começou a tratar a previdência com mais solidez, pois foi a primeira vez que se introduziu o termo “previdência social” ao invés de seguro social. Foi a primeira Constituição a determinar que deveria haver contribuição por parte da União, dos empregados e dos empregadores para o custeio de consequências da velhice, invalidez, doença e morte, bem como da maternidade.

Criou-se a Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), unificando a legislação previdenciária. A Lei Orgânica acabou com as disparidades de custeio entre funcionários e patrões, igualando estas contribuições entre 6% e 8%.

O Brasil foi considerado na época o país de maior proteção previdenciária. Com um total de 17 benefícios ao todo.

#### *1.2.7 A Constituição de 1967*

A Constituição de 1967 não inovou muito em matéria previdenciária, mas trouxe leis infraconstitucionais que trataram de questões como os seguros de vida. Tratou da

contagem de tempo de serviço dos funcionários públicos da União e de autarquias.

Criou-se o PRORURAL, regulamentando proteção aos trabalhadores rurais. Incluindo também os empregados domésticos como segurados obrigatórios.

Houve na década de 70 proteção aos mais velhos, com criação de institutos previdenciário de proteção ao idoso, a criação de pecúlio que era uma vantagem percebida aos trabalhadores da inatividade que retornassem a atividade.

Criou-se o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social – SINPAS. Órgão destinado a promover ações da área da assistência social, da previdência social, da assistência médica, e de gestão administrativa, financeira e patrimonial, entre as atividades vinculadas ao Ministério da Previdência e da Assistência Social.

### *1.2.8 A Constituição de 1988*

Com um capítulo próprio destinado a Seguridade Social, dividiu-lhe em três pilares, o da Saúde, o da Previdência e Assistência Social.

Criou-se em 1990 o Instituto Nacional do Seguro Social, e o RGPS, que acabou com a distinção do tratamento previdenciário dado aos trabalhadores rurais e urbanos.

Foram unificados órgãos reguladores da previdência. Bem como benefícios previdenciários extintos.

Foi a Constituição de 1988 a maior responsável pelas reformas administrativas e tocantes à previdência.

## **2 | ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA SEGURIDADE SOCIAL NO BRASIL**

A Constituição da República Federal do Brasil de 1988 estabeleceu princípios formadores das bases da Seguridade Social, e mais especificamente, do que é a previdência social.

A palavra “princípio” vem do latim “*principium*” que significa origem, começo, início das coisas.

Os princípios já estavam previstos nas normas de Direito romano, auxiliando na interpretação e na aplicação do Direito. Sendo consagrado no Direito Romano como *honeste vivere*, que até hoje continuam sendo contemplados pela doutrina e jurisprudência. Nas palavras de Bonavides (2008, p.256): “os princípios, nestas perspectivas são verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão ao do dever ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade”.

Os princípios são normas gerais, abrangentes, e um conjunto sistematizado por elementos intrínsecos e extrínsecos do comportamento social. Regula e é regulado pela sociedade em geral. Reflete valores sociais e é aplicado no direito como norteador da validade da norma. Vieira, (2013) utilizando as palavras de Ritt (2006, p. 5), acrescenta:

Com efeito, os princípios são considerados o elemento central da ordem

jurídica, por representarem aqueles valores supremos eleitos pela comunidade que o adota, sendo, hoje, a sua característica mais marcante a normatividade, pois são vistos pela teoria constitucional contemporânea, como uma espécie do gênero norma jurídica, ao lado das regras jurídicas. ( RITT, 2006, p.5 Apud VIEIRA, 2013)

São os princípios, responsáveis pela elaboração da própria norma. A recíproca não é verdadeira, ou seja, a norma não regula o princípio. Bem como se observa no texto constitucional, onde, a Lei maior que é positivada na forma de Constituição. Esse texto constitucional é dotado de princípios que, ora políticos, estão imbuídos de força de Lei.

Bem assim, fez o Direito Previdenciário, no que tange a previdência social. Buscou orientar-se através de princípios consagrados na Constituição federal, são eles: art. 194 CRFB/88:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade [...]:

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

V - eqüidade na forma de participação no custeio;

VI - diversidade da base de financiamento, identificando-se, em rubricas contábeis específicas para cada área, as receitas e as despesas vinculadas a ações de saúde, previdência e assistência social, preservado o caráter contributivo da previdência social;

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. (BRASIL, 1988, Art. 194)

## **2.1 Universalidade da cobertura e do atendimento**

Este princípio normatiza que qualquer pessoa poderá participar da proteção social patrocinada pelo Estado.

## **2.2 Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais**

A partir desse princípio entende-se que a prestação previdenciária deve ser idêntica às populações urbanas e rurais. Não sendo possível qualquer distinção entre essas prestações. Este princípio tomou lugar uma vez que havia distinção entre os direitos de trabalhadores rurais e urbanos no que pese a previdência social. Daí surgiu o direito de o trabalhador rural possuir o mesmo valor de benefício que um trabalhador urbano, pelo menos não inferior a um salário mínimo.

### **2.3 Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços**

A Previdência social e a Seguridade Social como um todo possuem um amplo caráter de distribuição de riquezas e renda. Diminuindo as desigualdades sociais e favorecendo as camadas mais pobres da sociedade. O princípio da seletividade e distributividade ganham corpo quando, por exemplo, benefícios que são pagos pela previdência social a determinada parcelas populacionais visando diminuir desigualdades de renda.

### **2.4 Irredutibilidade do valor dos benefícios**

Diz respeito ao poder de compra que possui o benefício da previdência social. A aposentadoria deve ser corrigida de acordo com o Índice de Preços ao Consumidor - INPC. Em contrapartida, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, o valor nominal deva sofrer perdas.

### **2.5 Equidade na forma de participação do custeio**

Com esse princípio a Constituição estabelece que o legislador infraconstitucional deve obedecer a regra de que quem pode mais deve pagar um maior valor. Devendo haver um tratamento equânime entre os contribuintes da previdência.

### **2.6 Diversidade da base de financiamento, identificando-se, em rubricas contábeis específicas para cada área, as receitas e as despesas vinculadas a ações de saúde, previdência e assistência social, preservado o caráter contributivo da previdência social**

Este princípio tem origem naquele estabelecido no modelo constitucional de 1934, onde a contribuição deve ser vertida pelos empregados, empregadores Estado, considerada o modelo de contribuição tripartite. Este modelo tríplice deve financiar a seguridade social no Brasil com base no princípio da diversidade da base de financiamento. Neste sentido, entende Ibrahim (2011) que:

A contribuição do empregador, o qual funciona como patrocinador compulsório dos benefícios previdenciários de seus empregados, existe desde a criação da previdência social. [...]

A contribuição da empresa, sobretudo no seguro de acidentes de trabalho, é facilmente justificada, também, para evitar que os empreendedores somente obtenham as vantagens da atividade humana, sem arcar com efeitos negativos, como a incapacidade para o trabalho, notadamente quando resultante do trabalho continuado.

O poder público também deve destinar parcela de sua arrecadação tributária, além das contribuições sociais, ao custeio previdenciário. Isto deve ocorrer pelo simples fato de o estado ser também, empregador. É o chamado financiamento indireto da seguridade social. (IBRAHIM, 2011, p.52)

A ideia de diversidade da base de financiamento é justamente promover o ideal da seguridade social, como a universalidade da cobertura e do atendimento. A diversificação da base de financiamento visa reduzir os riscos de não adimplemento de direitos garantidos

pela seguridade social. Para Ibrahim, 2011:

A ideia da diversidade da base de financiamento é apontar para um custeio da seguridade social o mais variado possível, de modo que oscilações setoriais não venham a comprometer as arrecadações de contribuições. Da mesma forma, com amplo leque de contribuições, a seguridade social tem maior possibilidade de atingir a sua principal meta, que é a universalidade de cobertura e atendimento. (IBRAHIM, 2011, p.78)

## **2.7 Caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do governo nos órgãos colegiados**

Por este princípio idealizou-se um modelo quadripartite de gestão da seguridade social. Onde os trabalhadores, empregadores, aposentados e Governo serão todos interessados diretamente na administração. Serão formulados órgãos colegiados para a elaboração de normas de gerência.

Na administração de fundos previdenciários, por exemplo, deve haver previamente uma consulta a esses órgãos para que alguma regra possa ser, então, implementada.

## **3 I MODELO DE REGIME PREVIDENCIÁRIO NO BRASIL**

O Brasil possui três modelos previdenciários: contributivos, compulsórios e facultativos.

O RGPS destina-se a grande massa de trabalhadores brasileiros. É organizado pelo Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS. A competência para legislar em matéria de RGPS é exclusiva da União.

A organização e funcionamento dos RPPS deve seguir Lei específica para tanto, bem como dos servidores militares, que possuem regimento específico para as disposições funcionais e regulamentares.

O Regime complementar possui caráter facultativo e natureza privada, sendo regulado em lei complementar. Ao Estado e a União cabe apenas a fiscalização e a regulamentação. Como não existe filiação compulsória e obrigatória, o regime complementar possui filiação facultativa cabendo aos contribuintes optarem por sua vinculação ou não.

### **3.1 Filiação e inscrição**

Segundo o Decreto Lei nº 3.265 de 29 de novembro de 1999 deve o segurado trabalhador rural, fazer seu cadastro mediante apresentação de documentação que comprove o exercício de atividade rural. Art. 18 caput do Decreto Lei nº 3.265 de 29 de novembro 1999.

Considera-se inscrição de segurado para os efeitos da previdência social o ato pelo qual o segurado é cadastrado no Regime Geral de Previdência Social, mediante comprovação dos dados pessoais e de outros elementos

necessários e úteis à sua caracterização, observado o disposto no art. 330 e seu parágrafo único, na seguinte forma:

[...]

IV - segurado especial - pela apresentação de documento que comprove o exercício de atividade rural. (BRASIL, 1999, Art. 18 caput)

Com alteração dada pela Lei nº 11.718/2008 a inscrição do segurado trabalhador rural deverá conter além das informações pessoais a identificação da propriedade na qual desenvolve a atividade e a que título. (Brasil, 2008).

### **3.2 Segurado obrigatório da previdência social**

A trabalhador rural, lavrador, passa a ser obrigado a vincular-se ao RGPS. É o único segurado com definição específica no próprio texto constitucional. É a mesma redação determina o tratamento diferenciado que lhe deve ser dado. Mas quem é esse segurado obrigatório da previdência social? A Constituição da república tratou dessa questão quando observou o seguinte: Art. 195, §8º da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/88.

O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social, mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei. (BRASIL, 1988, Art. 195, §8º)

A legislação previdenciária ao definir a figura do segurado especial, pequeno produtor rural e pescador artesanal, o fez com base nos pilares da seguridade social do Brasil no que diz respeito a correção das desigualdades sociais e da distribuição de renda. Mas, estabeleceu que, para emergir a esta condição deverá ser a atividade exercida em regime de economia familiar e sem a presença de mão de obra remunerada ainda que eventual. O auxílio eventual de terceiros era admissível, mas somente em condição de mútua colaboração, não existindo subordinação ou remuneração.

Com o advento da Lei nº 11.718 de 20 de junho 2008 admitiu-se a contratação de mão de obra remunerada eventual pelo segurado especial sem que este perca essa qualidade. E admitiu ainda o exercício de outras atividades remuneradas, pois configuram situação fundamental para a sobrevivência destas famílias.

Pela nova lei, o segurado especial é, segundo o Art. 9º da lei 11.718 de 20 de junho 2008:

a) produtor, seja proprietário, usufrutuário, possuidor, assentado, parceiro ou meeiro outorgados, comodatário ou arrendatário rurais, que explore atividade:

agropecuária em área de até 4 (quatro) módulos fiscais;

de seringueiro ou extrativista vegetal que exerça suas atividades nos termos do inciso XII do caput do art. 2º da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, e faça

dessas atividades o principal meio de vida;

b) pescador artesanal ou a este assemelhado que faça da pesca profissão habitual ou principal meio de vida

c) cônjuge ou companheiro, bem como filho maior de 16 (dezesesseis) anos de idade ou a este equiparado, do segurado de que tratam as alíneas a e b deste inciso, que, comprovadamente, trabalhem com o grupo familiar respectivo. (BRASIL, 2008, Art. 9º)

A nova redação ainda dispôs sobre o que caracteriza a atividade de economia familiar: art. 9º parágrafo 1º da Lei 11.718 de 2008:

§1º Entende-se como regime de economia familiar a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e ao desenvolvimento socioeconômico do núcleo familiar e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados permanentes. (BRASIL, 2008, Art. 9º, §1º)

Para ser considerado segurado trabalhador rural o produtor não precisa ser o proprietário da terra é suficiente a sua posse, ainda que de título precário. O reconhecimento do vínculo previdenciário não importa em legitimação de eventual ocupação irregular e a caracterização da condição de segurado especial deve ser reconhecida diante da comprovação de efetivo exercício de atividade rural.

A nova legislação também dispõe que para serem considerados segurados especiais o cônjuge ou companheiro e os filhos maiores de 16 dezesesseis anos ou a estes equiparados devem ter participação ativa nas atividades rurais do grupo familiar além de provar a atividade rural. Com a redação da nova lei a caracterização de segurado especial não precisa de limitar a atividade de subsistência.

A nova lei admitiu não somente a contratação de empregados, mas também a realização de atividade de turismo ecológico.

O pescador artesanal também se enquadra na condição de segurado especial desde de que exerça individualmente ou em regime de economia familiar; faça da pesca sua profissão habitual ou meio principal de vida, desde que não utilize embarcação; ou utilize embarcação de até seis toneladas de arqueação bruta.

A arqueação bruta é a expressão da capacidade total da embarcação, constante da respectiva certificação expedida pelo órgão competente.

## **4 | A APOSENTADORIA**

Os requisitos para aposentadoria do segurado trabalhador rural são definidos no Art. 48 §1º da Lei 8.213 de 24 de julho de 1991:

Art. 48. A aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta Lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher.



§ 1º Os limites fixados no *caput* são reduzidos para sessenta e cinquenta e cinco anos no caso de trabalhadores rurais, respectivamente homens e mulheres, referidos na alínea *a* do inciso I, na alínea *g* do inciso V e nos incisos VI e VII do art. 11 (BRASIL, 1991, Art. 48)

Para efetiva comprovação da condição de segurado especial é necessária a prova documental aliada a testemunhal. Segundo entendimento jurisprudencial não é admitida apenas a prova testemunhal. Para efeitos de corroborar o processo a prova documental deverá ser contemporânea ao período em que se pretende comprovar. Não somente documento atual.

A prova documental deverá dar indício de materialidade, apenas. Não é expressamente necessário haver documentos hábeis para comprovação de todo o período aquisitivo, mas a rigor, documento que comprove indício de atividade exercida em razão da condição de segurado especial.

Anteriormente à edição da lei nº 13.846, de 18 de junho de 2019, era necessária uma declaração do Sindicato Rural com especificações pormenorizadas quanto ao efetivo exercício da atividade rural. (Brasil, 2019).

Hoje, após a edição desta medida provisória, não se faz mais necessária essa declaração. O que além de simplificar o processo de aposentadoria do trabalhador rural também o desonera de custos uma vez que essa declaração só era emitida pelos sindicatos após pagamento de uma quantia determinada pelo sindicato.

É necessário, entretanto, o preenchimento de um formulário expedido pelo Agência do INSS, autodeclarando o segurado especial nessa condição.

## 5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou tratar da evolução histórica da seguridade social, para a sua melhor compreensão. Vez que esse é um tema recorrente quanto aos direitos previdenciários do trabalhador rural.

Para um entendimento amplo buscou tratar da ordem principiológica norteadora da previdência social no Brasil. Do regime de previdência público, e privado. Da qualidade de segurado trabalhador rural e da aposentadoria e seus requisitos.

O tema previdência, é sempre razão de dificuldades devido suas minúcias e especificidades. Por esta razão buscou-se delinear questões históricas, principiológicas, da natureza e da qualidade da aposentadoria e do segurado.

Dada as características inatas ao Direito Previdenciário, foi necessário um estudo completo da seguridade social no Brasil, sua historicidade, seus princípios reguladores da norma, uma ampla discussão, acerca do modelo de previdência que compete ao trabalhador rural.

Sucessivamente, foi possível avaliar, criticar, e internalizar os conceitos da seguridade social brasileira, e as normas quanto ao direito de aposentadoria do trabalhador

em regime de economia familiar, do trabalhador rural.

Confrontado com os requisitos da aposentadoria, os critérios e o alcance legislativo. Sobretudo, ressalta-se a importância deste trabalho como requisito para o conhecimento de direitos e garantias fundamentais, patrimoniais, essenciais, esculpidos da Carta Magna Constitucional de 1988.

## REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. [Constituição de 1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021] Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 25 de set. 2021.

BRASIL. [Constituição de 1824]. **Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824**. Rio de Janeiro, RJ [1824]. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Acesso em 25 de set. de 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.265, de 29 de novembro de 1999. Altera o Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1999]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3265.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3265.htm). Acesso em: 25 de set. de 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1991]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm). Acesso em: 25 de setembro de 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.718, de 20 de junho de 2008**. Acrescenta artigo à Lei nº 5.889, de 8 de junho de 1973, criando o contrato de trabalhador rural por pequeno prazo; estabelece normas transitórias sobre a aposentadoria do trabalhador rural; prorroga o prazo de contratação de financiamentos rurais de que trata o § 6º do art. 1º da Lei nº 11.524, de 24 de setembro de 2007; e altera as Leis nºs 8.171, de 17 de janeiro de 1991, 7.102, de 20 de junho de 1993, 9.017, de 30 de março de 1995, e 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991. Brasília, DF. Presidência da República [2008]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/l11718.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11718.htm). Acesso em: 25 de set. de 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.846, de 18 de junho de 2019**. Institui o Programa Especial para Análise de Benefícios com Índícios de Irregularidade, o Programa de Revisão de Benefícios por Incapacidade, o Bônus de Desempenho Institucional por Análise de Benefícios com Índícios de Irregularidade do Monitoramento Operacional de Benefícios e o Bônus de Desempenho Institucional por Perícia Médica em Benefícios por Incapacidade; altera as Leis nºs 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 7.783, de 28 de junho de 1989, 8.112, de 11 de dezembro de 1990, 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.213, de 24 de julho de 1991, 8.742, de 7 de dezembro de 1993, 9.620, de 2 de abril de 1998, 9.717, de 27 de novembro de 1998, 9.796, de 5 de maio de 1999, 10.855, de 1º de abril de 2004, 10.876, de 2 de junho de 2004, 10.887, de 18 de junho de 2004, 11.481, de 31 de maio de 2007, e 11.907, de 2 de fevereiro de 2009; e revoga dispositivo da Lei nº 10.666, de 8 de maio de 2003, e a Lei nº 11.720, de 20 de junho de 2008. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/Lei/L13846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Lei/L13846.htm). Acesso em: 25 de setembro de 2021.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E PREVIDENCIA SOCIAL. **Eloy Chaves precursor da previdência social no Brasil**. Divulgação nº 15,1965. Disponível em: [http://www2.anfip.org.br/publicacoes/livros/inclues/livros/arqspdfs/70\\_anos\\_de\\_previdencia\\_socal.PDF](http://www2.anfip.org.br/publicacoes/livros/inclues/livros/arqspdfs/70_anos_de_previdencia_socal.PDF). Acesso em 25 de set. de 2021.

VIEIRA, Walber Siqueira. O princípio da isonomia e sua aplicabilidade no acesso aos cargos públicos efetivos no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3578, 18 abr. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24217>. Acesso em: 25 set. 2021.

## EL PLAN DE AHORRO VOLUNTARIO, UNA ALTERNATIVA PARA INCREMENTAR EL MONTO DE UNA PENSIÓN OTORGADA POR EL IMSS

*Data de aceite: 01/11/2021*

**Georgina Macías Mora**

**José Manuel Barrera Castañeda**

**Luis Roberto Contreras Santiago**

**RESUMEN:** El derecho a recibir una pensión es una parte fundamental de la Seguridad Social, este derecho se alcanza al término de la vida laboral; en el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), se llama pensión por Cesantía en Edad Avanzada y Vejez.

En este trabajo se examina la cantidad que recibe un trabajador por esta concepto, de acuerdo con lo establecido en la Ley del Seguro Social (LSS); así como los requisitos para obtenerla.

Las pensiones rara vez se consideran antes de la jubilación; sin embargo, es de vital importancia que los trabajadores estén bien informados sobre el asunto en una etapa temprana, a fin de tomar medidas oportunas, para mejorar las condiciones de vida cuando en la vejez.

Es importante especificar los requisitos y el procedimiento utilizado para estimar una pensión otorgada por el IMSS. Actualmente los trabajadores se asignan en dos escenarios diferentes: Generación de Transición (Ley del Seguro Social, 1973) y Generación Actual (Ley del Seguro Social 1997).

Tras el análisis de ambas circunstancias, es muy importante determinar y evaluar alternativas que puedan aumentar la cantidad de la pensión, como el ahorro voluntario durante la vida laboral

activa. El impacto positivo de esta estrategia es bien conocido en la pensión final del trabajador y, en consecuencia, en la posibilidad de acceder a una jubilación digna.

**PALABRAS CLAVE:** Pensiones, IMSS, Trabajadores, Ahorro Voluntario

### THE VOLUNTARY SAVINGS PLAN, AN ALTERNATIVE TO INCREASE THE AMOUNT GRANTED AS RETIREMENT PENSION BY THE IMSS.

**ABSTRACT:** The right to receive a pension is a fundamental part of Social Security, this right is attained upon retirement; the Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) names it Pensión por Cesantía en Edad Avanzada y Vejez.

This paper examines the amount that a worker receives for this pension accordance with the provisions of the Ley del Seguro Social (LSS); as well as the requirements to obtain it.

Pensions are rarely considered before retirement; however it is of vital importance for workers to be well informed on the matter at an early stage, in order to take timely actions, to improve living conditions when elderly.

It's important to specify the requirements and procedure used to estimate a pension granted by IMSS. Currently workers are allocated in two different scenarios: Transition Generation (Ley del Seguro Social, 1973) and Current Generation (Ley del Seguro Social 1997).

After the analysis of both circumstances, it is very important to determine and evaluate alternatives that can increase the amount of the pension, such as voluntary savings during the active

working life. Positive impact of this strategy is well known in the final pension of worker and consequently the possibility to get into a dignified retirement.

**KEYWORDS:** Pensiones, IMSS, Workers, Voluntary Savings

## INTRODUCCIÓN

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha definido a la Seguridad Social como *“la protección que una sociedad proporciona a los individuos y los hogares para asegurar el acceso a la asistencia médica y garantizar la seguridad del ingreso”*, en particular en caso de vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes del trabajo, maternidad o pérdida del sostén de familia.

La Seguridad Social en México desde sus inicios se vio limitada, ya que no contó con la característica de Universalidad, es decir no protegía a los ciudadanos en general, era solamente para los que estaban sujetos a una relación laboral formal, es decir se regulaba por un contrato de trabajo o bajo el esquema reconocido de una relación laboral.

En el presente trabajo se aborda de maneja específica el tema de las pensiones, ya que se considera un aspecto relevante de la seguridad social, ya que se otorga en el final de la vida de las personas y representa el estado de bienestar que todas las personas esperan, por lo que el contar con una cantidad que permita allegarse lo necesario para afrontar esta etapa de la vida, permite la existencia de una sociedad más justa.

Se presenta solamente el cálculo de las pensiones por Cesantía en Edad Avanzada y Vejez, otorgada por el IMSS, tanto de la Ley 1973 (Generación de Transición), como la actualmente vigente a partir del 1 de julio de 1997, así como las últimas modificaciones aprobadas y vigentes a partir del 1 de enero de 2021; se establecen requisitos, formas de cálculo, así como ejemplos en ambos casos.

Lo cual permite establecer con claridad la desigualdad en ambos escenarios; así como, establecer la clara necesidad de plantear estrategias para evitar dichas diferencias; ya sea que estas diferencias sean atendidas por el Estado o por los particulares, pero necesarias de atender en el corto plazo.

Para quienes solo tendrán la alternativa de pensionarse bajo el esquema de la Ley 1997, aún y con las modificaciones aprobadas en el 2021, las desigualdades en ambos escenarios son evidentes, ya que dichas modificaciones no fueron a la forma del cálculo de la pensión, por lo que acudir al ahorro voluntario, cobra singular importancia, ya que es la forma más viable de acceder a un retiro que permita continuar con el nivel de vida que se tenía antes del mismo.

De igual forma para quienes pertenezcan a la generación de transición se cuentan con la alternativa del ahorro voluntario para acceder a una mejor pensión, tal como se muestra en el presente trabajo.

## Antecedentes

### *Definición de Seguridad Social.*

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en la modificación del 5 de diciembre de 1960 se reestructuró el artículo 123 creando los apartados A y B y se estableció la seguridad social en la fracción XXIX, considerando dentro de ésta a los seguros de invalidez, de vejez, de vida, de cesación involuntaria del trabajo, de enfermedades y accidentes.

Según lo define la OIT, la seguridad social es la protección que una sociedad proporciona a los individuos y los hogares para asegurar el acceso a la asistencia médica y garantizar la seguridad del ingreso, en particular en caso de vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes del trabajo, maternidad o pérdida del sostén de familia (OIT, 2020), la Ley del Seguro Social (LSS) en su artículo segundo, establece que la Seguridad Social tiene como “finalidad garantizar el derecho a la salud, la asistencia médica, la protección de los medios de subsistencia y los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo, *así como el otorgamiento de una pensión* que, en su caso y previo cumplimiento de los requisitos legales, será garantizada por el Estado”.

La seguridad social puede entenderse como las medidas que establece el Estado para garantizar a cada persona su derecho a un ingreso digno y apropiada protección para salud, a la seguridad social deben contribuir, patrones, obreros y el Estado (RUIZ MORENO, 2015).

Aunque existen varios ordenamientos internacionales sobre seguridad social, donde esta se menciona como característica fundamental “Universal”, es decir, todo individuo tiene el derecho al acceso a la seguridad social, aunque para algunos autores existe una diferencia entre derecho legal y derecho natural (PALACIOS MARIA, 2019), en nuestro país, la seguridad social nació como un derecho del trabajo, y principalmente así se ha mantenido, aunque en los últimos años se han implementado varios instrumentos para extender los beneficios a aquellos que no están sujetos a una relación laboral formal, como son la pensión para adultos mayores, por ejemplo.

### *La Seguridad Social en México.*

Desde sus inicios la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 en su fracción XXIX establecía la creación de las Cajas de Seguros Populares que tenían el principal objetivo de instaurar mecanismos en casos de invalidez, vida, cesación involuntaria del trabajo, accidentes y otros; sin embargo, es hasta 1929 que se modificaron los artículos 73 y 123 Constitucional (DOF. H. CONGRESO DE LA UNIÓN), con esta modificación desaparecieron las Cajas de Seguros Populares y daba espacio para la creación de la LSS; sin embargo, no es hasta el 19 de enero de 1943 que nace el Instituto Mexicano del Seguro Social e inicia operaciones el 1 de enero de 1944.

Surgieron otros sistemas de seguridad social en México, en 1925 se expidió la Ley

de Pensiones Civiles y de Retiro (JURÍDICAS, 2010), que protegía a los encargados del servicio público que no fueran militares. Con esta Ley se pretendía crear un fondo para pensiones, se establecía que las pensiones, se podría tener acceso a ellas a los 60 años y los conceptos eran por cesantía en edad avanzada, sobrevivencia y por invalidez, además establecía que el ingreso de los jubilados sería del promedio de los últimos cinco años de la vida laboral.

La incorporación a la seguridad social en México se llevó a cabo de forma fraccionada, es decir a través de varias instituciones. En 1926 surgió la Ley de Retiros y Pensiones del Ejército y Armada Nacionales (RUEZGA BARBA, 2009), En 1932 se creó el Departamento del Trabajo éste tenía la tarea de resolver problemas entre el capital y el trabajo (FERNANDEZ SANTILLÁN, 1980). En 1942 se firmó el primer Contrato Colectivo de Trabajo con Petróleos Mexicanos, en el que se estableció un esquema de pensiones y jubilaciones (PEMEX, 2018).

Las diferentes propuestas de incorporar la seguridad social a otros grupos sociales en nuestro país, fueron igualmente valiosas aunque en todos los casos estaban más orientadas a atender la salud, aunque ya se comenzaban a constituir los fondos de pensiones, sin embargo los sistemas creados principalmente se concentraban en mejorar las condiciones en las que se otorgaban los servicios de salud (infraestructura, servicios profesionales, medicamentos, etc.), por cuestiones naturales no se pagaban pensiones, la prioridad era generar empleo y mejores condiciones de los mismos.

### *Las Pensiones*

Al promulgarse la LSS en 1943, surgieron las coberturas exclusivamente para los trabajadores, es decir el derecho a la seguridad social nació como un derecho exclusivo de los trabajadores. Entre los seguros que consideraba estaban los de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; enfermedades no profesionales y maternidad; Invalidez, vejez y muerte; cesantía involuntaria en edad avanzada (RUEZGA BARBA, 2009).

En 1959 nace el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE), para atender de forma exclusiva a los trabajadores del Estado y por supuesto también atendería las pensiones de éstos.

Posteriormente Universidades, gobiernos estatales y gobiernos municipales crearon de forma independiente normativa para otorgar pensiones, ya que no existía regulación respecto de alguna prohibición o regulación, el único límite era basarse en la LSS de 1943 (RAMÍREZ LÓPEZ, ROSADO CEBRIAN, & DOMÍNGUEZ FABIÁN, 2018).

En 1973 surge la nueva LSS, mantenía la misma idea de las pensiones, solamente el principal cambio era en las primas medias escalonadas para el financiamiento del seguro de vejez, invalidez y muerte.

El cambio más importante se dio en la LSS vigente a partir de 1997, cuando cambió de manera substancial el sistema de pensiones adoptando un modelo latinoamericano

que inició en Chile en 1981, el cambio fundamental fue la capitalización individual, con el argumento de las ineficiencias administrativas que se esperaba fueran resueltas por el libre mercado.

## DESARROLLO

### 1 | LA PRIVATIZACIÓN DE LAS PENSIONES

En México la privatización de las pensiones comenzó con el surgimiento del Sistema de Ahorro para el Retiro (SAR) en 1992, *éste tenía el* objetivo de establecer los mecanismos de ahorro individualizado para el retiro que involucraba a trabajadores que cotizan al IMSS y al ISSSTE (Ley del SAR, 2014).

En la modificación presentada el 10 de febrero de 1992, se modificaban la LSS, La Ley del Impuesto sobre la Renta, La Ley del INFONAVIT, y además se creaba el Sistema de Ahorro para el Retiro (SAR); lo relevante era que se transfería el 2% del Salario Base de Cotización al SAR, lo cual fortalecería el sistema bancario mexicano y el 5% para el INFONAVIT, éste último pretendía constituir el fondo de vivienda, con las aportaciones de su patrones y se comenzaba a integrar con éstas aportaciones, la Subcuenta de Vivienda, además se establecía la posibilidad de retirar los fondos de ésta cuenta al cumplir los 65 años, es decir al momento del retiro (INFONAVIT, 1992).

### 2 | LEY DEL SEGURO SOCIAL 1997 (VIGENTE)

A 52 años de su creación el Seguro Social ya daba servicio a 37 millones de mexicanos, y contaba con 1'200,000 pensionados; sin embargo, también se reconocían en la misma exposición de motivos, deficiencias, las cuales se centran en la necesidad de generar el ahorro interno, empleos y la situación financiera crítica por la que atravesaba el Instituto (SERVICIOS PARLAMENTARIOS, 2007).

En 1995 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la LSS misma que entró en vigor el 1 de julio de 1997, esta tiene como característica primordial la capitalización individual de los ahorros, con la posibilidad de obtener una pensión, en la exposición de motivos se establecía de forma clara, la finalidad de la seguridad social *“de garantizar el derecho humano a la salud, la asistencia médica, la protección de los medios de subsistencia y los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo”*. Los seguros del régimen obligatorio debieron transformarse para cumplir la finalidad establecida en la nueva Ley, quedando de la siguiente manera:



Ley 1973	Ley 1997
Riesgos de Trabajo (RT)	Riesgos de Trabajo (RT)
Enfermedades y maternidad (EM)	Enfermedad y maternidad (EM)
Invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada y muerte (IVCM)	Invalidez y vida (IV)
Guarderías para hijos de aseguradas (G)	Retiro, cesantía en edad avanzada y vejez (RCV)
Retiro (R)	Guarderías y prestaciones sociales (GPS)

Las modificaciones propuestas se centraron en la justificación de cambios en variables económicas, aumento en la esperanza de vida, crecimiento de la población, edad promedio y crecimiento anual de pensionados; este último es el que representaba el mayor problema deficitario mismo que justificaba la modificación de la Ley, ya que la tasa de incremento de pensionados anual era del 7%, mientras que la de nuevos asegurados no crecía en la misma proporción; es decir, lo único que incrementaba era el número de personas con derecho a seguridad social en el IMSS.

En la misma exposición de motivos de la nueva Ley se establecía que durante varias décadas por mandato legal, se transferían los remanentes de varios seguros especialmente del seguro de IVCM, para invertirse en infraestructura así como para atender el seguro de enfermedad y maternidad (EM) en beneficios de la población, naturalmente el seguro de IVCM, no requería los fondos, ya que eran pocas personas las que se pensionaban; sin embargo, cuando hubo dicha necesidad, ya no se contaban con las cantidad líquidas necesarias para absorber dichos pagos, por lo que ocasionó los déficit pensionarios importantes, una de las razones prioritarias que dieron origen a la modificación de la LSS.

Al entrar la Nueva LSS, existían trabajadores que ya cotizaban con la Ley de 1973, con ello surgió la *Generación de Transición*, éstos al jubilarse tendrían la opción de pensionarse bajo las condiciones de la Ley de 1973 o la Ley de 1997.

### 3 I CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA DE PENSIONES DE LA LSS.

Como ya se mencionó anteriormente el Sistema de Pensiones en México está fragmentado en varios sistemas; a continuación, se presentan los requisitos y características para cada uno de los sistemas vigentes en la Ley del Seguro Social.

#### a) *Ley del Seguro Social (1973 - 30 de junio de 1997)- Generación de Transición*

- La edad mínima para acceder a la pensión es de 60 años, pensión por Cesantía o de 65 años Pensión por Vejez.
- Periodo de espera para acceder a la pensión de 500 semanas cotizadas.
- Estar dado de baja al Seguro Social en el momento de la solicitud de pensión.
- La base de cálculo para la pensión será el salario promedio reportado ante el IMSS de las últimas 250 semanas cotizadas.
- La pensión es pagada y administrada por el Gobierno Federal.

- Una vez determinada la pensión se adiciona un 11%, derivado del Decreto emitido por el presidente de la república en el 2004.
- Derecho a un aguinaldo correspondiente a un mes de pensión, mismo que es pagado en el mes de noviembre de cada año.
- Derecho a asignaciones familiares y a ayuda asistencial en los términos señalados en el artículo 164 de la LSS.

*b) Ley del Seguro Social vigente a partir del 1 de julio de 1997*

- La edad mínima para acceder a la pensión es de 60 años, pensión por Cesantía o de 65 años Pensión por Vejez.
- Periodo de espera para acceder a la pensión de 1,000 semanas cotizadas, este requisito fue modificado el 16 de diciembre de 2020, reduciendo 250 semanas vigentes hasta antes de esta fecha. Sin embargo en el artículo cuarto de Transitorios del Decreto publicado, se estableció que para el 2021 se considerarán solo 750 semanas, y se incrementarán en 25 semanas cada año hasta llegar a 1,000 semanas en el año 2030.
- Estar dado de baja al Seguro Social en el momento de la solicitud de pensión.
- La AFORE se encargará de administrar los fondos de la cuenta individual del trabajador, y éstas a su vez invertirán dichos fondos en Sociedades de Inversión (SIEFORE's)
- El cálculo de la pensión se hará conforme al saldo existente en la cuenta individual del trabajador administrada por la AFORE, en la subcuenta de Retiro, Cesantía en Edad Avanzada y Vejez.
- En el caso de que el trabajador elija la Pensión Vitalicia, ésta será pagada por la aseguradora que seleccione él mismo al retiro, y en el caso de Retiro Programado, éste será pagado directamente por la AFORE.
- No se tendrá derecho a Aguinaldo.

Una de las principales modificaciones del sistema de pensiones vigente a partir del 1 de julio de 1997, fue el nacimiento de las Administradoras de Fondos para el Retiro (AFORE); en el artículo 18 de la Ley del SAR, las define como “entidades financieras que se dedican de manera habitual y profesional a administrar las cuentas individuales y canalizar los recursos de las subcuentas que las integran en términos de la presente ley, así como a administrar sociedades de inversión”; dicho de otra manera, son las responsables de administrar los fondos para el retiro de los trabajadores que se encuentran afiliados a ellas, respecto de los fondos de cada uno de los trabajadores que hubiesen solicitado su inscripción a cada una, independientemente del sistema, sea IMSS o ISSSTE.

## **4 | CÁLCULO DE LA PENSIÓN**

A continuación, se presenta el cálculo de la pensión en cada uno de los dos

esquemas vigentes en la LSS, así como las consideraciones para acceder a ella.

a) *Ley del Seguro Social (1973 - 30 de junio de 1997)- Generación de Transición*

Una vez cubiertos los requisitos mencionados anteriormente, este esquema tiene la característica principal que a mayor número de semanas cotizadas y mayor salario promedio en las últimas semanas cotizadas corresponderá una mayor pensión, al igual la edad al momento del retiro impacta en el monto de la pensión.

El primer aspecto a considerar es la vigencia de derechos establecida en el artículo 182 de la LSS (1973); señala que, los trabajadores conservarán su derecho a solicitar una pensión, periodo que dependerá de las semanas cotizadas con anterioridad a su baja, la cual corresponderá a la cuarta parte del tiempo cubierto en cotizaciones semanales. Además, aún y cuando sus derechos ya no estén vigentes deberá regresar a cotizar al régimen obligatorio durante 26 semanas o 52 semanas, según corresponda, conforme a lo establecido en el artículo 183 de la misma Ley.

Ejemplo:

Semanas cotizadas anteriores a su baja: 800 semanas

Fecha de baja: 31 de diciembre de 2019.

Derechos vigentes:  $800 / 4 = 200$  semanas

2020(52 semanas), 2021(52 semanas), 2022(52 semanas), 2023(44 semanas)

Es decir, con 800 semanas cotizadas y con el promedio del salario de las últimas 250 semanas cotizadas se calculará la pensión y podrá solicitarla el trabajador hasta antes del término de la semana 44 del año 2023.

A continuación, se presentan varios casos de cálculos de la pensión considerando las disposiciones de LSS (1973) vigente hasta el 30 de junio de 1997. Cuadro 1

SALARIO DIARIO PROMEDIO DE LAS ÚLTIMAS 250 SEMANAS	SEMANAS COTIZADAS	SALARIO MENSUAL (APROX)	EDAD AL RETIRO <sup>1</sup>	Cuantía anual	Mensual	Actualización de pensión 11% Decreto 20/12/2001 art. décimo cuarto transitorio LSS	Pensión mensual	Aguinaldo (Noviembre)	PERCEPCIÓN ANUAL	% DE PENSIÓN MENSUAL RESPECTO AL ÚLTIMO SALARIO PERCIBIDO
150.00	1,200	4,950.00	65	48,204.64	4,017.05	441.88	4,458.93	4,458.93	57,966.08	90.08%
300.00	600	9,900.00	65	40,953.00	3,412.75	375.40	3,788.15	3,788.15	49,245.98	38.26%
550.00	1,250	18,150.00	65	103,667.30	8,638.94	950.28	9,589.23	9,589.23	124,659.93	52.83%
700.00	600	23,100.00	65	48,698.30	4,058.19	446.40	4,504.59	4,504.59	58,559.71	19.50%
1,500.00	1,100	49,500.00	65	232,140.00	19,345.00	2,127.95	21,472.95	21,472.95	279,148.35	43.38%

Cuadro 1. Cálculo de Pensiones Ley de Seguro Social (1973).

NOTAS: <sup>1</sup>Se considera como pensión por veces en todos los casos. Es decir el 100% del cálculo realizado.

La pensión por Cesantía corresponde al 75% a los 60 años y se incrementa en un 5% cada año hasta llegar al 95% a los 64 años.

<sup>2</sup>Para ele ejercicio no se consideran asignaciones familiares

Como se visualiza en los ejemplos del Cuadro 1, el cálculo de la pensión está sujeto tanto el Salario promedio cotizado en las últimas 250 semanas, como a las semanas

cotizadas, el primer dato es considerado para determinarse la cuantía básica (considerando el sueldo promedio) y el segundo para la cuantía de incrementos (considerando las semanas cotizadas), de lo anterior se concluye que la pensión se verá afectada en tanto se cuente con un salario mayor así como se haya cotizado mayor tiempo al seguro social.

Lo más relevante de esto es que el cálculo se vuelve totalmente predecible; por lo tanto, se cuenta con información que permite tomar decisiones en el caso de que se deseara acceder a una pensión mayor, sea constituir un fondo de ahorro voluntario en la AFORE, o buscar algún otro instrumento en una institución privada que permita crear un plan alternativo para el retiro.

Cabe hacer mención del beneficio adicional para retirar algunas cantidades al momento del retiro; beneficio exclusivo para los trabajadores que se pensionen bajo el esquema de la Ley de 1973, esto se encuentra regulado en el Artículo Décimo Tercero Transitorio LSS 1997, inciso b), el que a la letra establece “podrá retirar los fondos acumulados en la subcuenta de retiro, solamente los de la subcuenta de cesantía en edad avanzada y vejez serán entregados por la AFORE al Gobierno Federal.

*b) Ley del Seguro Social vigente a partir del 1 de julio de 1997*

Una vez cubiertos los requisitos mencionados anteriormente, el cálculo del monto de la pensión solamente depende del fondo con el que cuenta el trabajador en su cuenta individual de la AFORE, en la subcuenta de retiro, mismo que se conforma con las aportaciones del trabajador, del patrón y del gobierno federal. Solo que se tendrán dos opciones: el Retiro Programado o la Renta Vitalicia, en el primer caso se tomará en cuenta la esperanza de vida del pensionado, así como los rendimientos y se fraccionará el monto acumulado en su cuenta individual; para la Renta Vitalicia se calculará de acuerdo a las cantidades aportadas al momento del retiro, dicha cantidad la recibirá durante toda su vida.

De acuerdo a lo anterior, para los ejemplos que se presentan en el Cuadro 2, se estiman las cantidades acumuladas al momento del retiro (65 años de edad), considerando las cantidades aportadas de acuerdo al salario base de cotización presentado, las semanas cotizadas y su fecha de nacimiento, así mismo, se considera una estimación de incremento de salario estimado por los años restantes. (Misma mecánica utilizada por la CONSAR)

SBC Diario	Fecha de nacimiento	Semanas cotizadas a la fecha Septiembre 2020	EDAD AL RETIRO (2)	Aportación anual					Años de acuerdo a las semanas cotizadas	Aportación total del periodo de acuerdo a las semanas cotizadas (Estimado)	Pensión estimada	% de pensión mensual respecto del último sueldo	
				Aportación trabajador		(5) Aportación patronal		(5) Aportación del Gobierno federal					
				1.125%	3.15%	2%	0.225%	5.5% SMG <sup>3</sup>					
156.78	13/11/1993	364	65	644	1,803	1,144	442	2,474	6,506	7.0	45,544.6	3,289.00	69.93%
313.56	09/11/1989	676	65	1,288	3,605	2,289	375	2,474	10,031	13.0	130,399.7	3,432.00	36.48%
574.86	01/07/1977	890	65	2,361	6,609	4,196	950	2,474	16,590	17.1	283,950.6	3,907.00	22.65%
731.64	26/07/2001	104	65	3,004	8,412	5,341	446	2,474	19,677	2.0	39,354.7	6,991.00	31.85%
1,567.80	06/05/1981	1147	65	6,438	18,026	11,445	2,128	2,474	40,510	22.1	893,559.1	12,968.00	27.57%

Cuadro 2. Cálculo de Pensiones Ley del Seguro Social (1997).

Elaboración propia. Cálculos conforme a lo establecido en la LSS vigente 1997 y Reforma Diciembre 2020

Como se observa en el cuadro 2, no es relevante el número de semanas cotizadas, ni el salario base de cotización para determinar la pensión, solamente se considera el capital existente en subcuenta de retiro de la AFORE del trabajador, monto que como se mencionó anteriormente es conformado por aportación del patrón, trabajador y gobierno federal.

Sin embargo, en la reforma publicada el 16 de diciembre de 2020, hace un cambio importante al artículo 170 de la LSS, respecto de la pensión mínima garantizada, la cual beneficia en mayor medida a trabajadores con salario de hasta 5 UMA's.

Para los ejercicios presentados no se considera este concepto, ya que comenzó vigencia en enero del 2021, y aplicará para todos los trabajadores independientemente de la Ley que se aplique, ya que es un concepto que existe en ambas legislaciones.

La modificación considera tres aspectos: el salario base de cotización, la edad de retiro y las semanas cotizadas; la cantidad que recibirá un trabajador será de \$2,622.00 hasta \$8,241.00, Esta se pagará siempre que la pensión calculada sea menor a la que se establece dicho artículo.

## **5 I ALTERNATIVA PARA INCREMENTAR EL MONTO DE LAS PENSIONES**

Antes de plantear alternativas es importante definir la problemática del sistema de pensiones vigente:

1. A 23 años de la reforma de la LSS, aún con la reforma del 2020, sigue prevaleciendo la problemática del sistema de pensiones: La fragmentación de los sistemas, donde las desigualdades de hacen evidentes, no solo aquellos administrados por diferentes instancias, sino aún los que pertenecen a una misma, caso de la LSS, si pertenecen a diferente generación su pensión es evidentemente diferente. Mientras que una persona en promedio recibirá una pensión aproximadamente del 60% en el régimen de 1973, bajo la Ley de 1997 será aproximadamente del 30%.
2. Las semanas de cotización requeridas para aspirar a una pensión se incrementaron de nueve años a diez y nueve años; y con los indicadores de informalidad existentes en México, se identifica que el cambio a un trabajo mejor pagado, aún y cuando no se cuente con seguridad social es una práctica común. Al no contar con las semanas cotización, se puede optar por el Retiro total de los fondos en una sola exhibición, lo cual resulta tentador para el trabajador.
3. Al no contar con seguridad social, y, como consecuencia, derecho a una pensión otorgada por una institución, solo se podrá acceder a la pensión Universal otorgada por el Gobierno Federal llamada "Pensión para el Bienestar de las Pensiones Adultas Mayores" vigente en esta administración para los adultos mayores de 65 años que para el 2020 es por la cantidad de \$1,310.00 mensuales, mismos que se pagan de manera bimestral, a la fecha el programa cuenta con 7'702,889 beneficiarios. (SECRETARÍA DEL BIENESTAR, 2020)

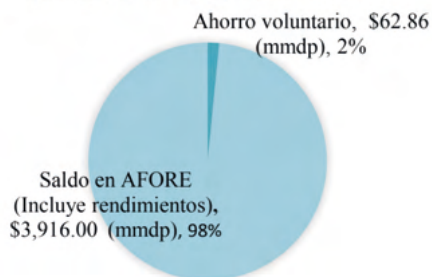
4. La informalidad es una de las grandes problemáticas de la economía mexicana, aunque según el INEGI “el subsector informal en México ha sido una alternativa de generación de un mayor ingreso familiar y/o forma de compensar un estatus de desempleo, entre otros fines, lo que le da una connotación específica en el ámbito nacional” (INEGI, 2020), sin embargo se deben considerar también aspectos negativos como, la competencia desleal al comercio establecido, impactos negativos en la recaudación fiscal y en el comercio interno.
5. Sin importar las semanas cotizadas ni el salario percibido, la pensión es determinada por el fondo constituido en la AFORE en la subcuenta de retiro, por lo que la única alternativa es incrementar el monto de ahorro, lo cual queda a decisión del propio trabajador, o incluso del patrón, ya que pudiera establecerse un programa de ahorro empresarial.

Después de analizar los esquemas existentes la alternativa por excelencia en ambos esquemas es el ahorro; sin embargo, ahorrar, hay que considerar que el ahorro aunque permite llevar a cabo proyectos específicos, en el largo plazo tiene el elemento en contra: “la inflación”, es decir la pérdida del valor adquisitivo, es por ello que lo que resulta una verdadera alternativa en el largo plazo es invertir en proyectos, o en su caso buscar opciones de inversión que no permitan el retiro de recursos sino hasta el fin del plazo contratado, es lo que conocemos como el interés compuesto.

Este último es el principal objetivo planteado por las AFORE, “ahorrar para invertir” y con ello mantener el poder adquisitivo del dinero existente en la cuenta individual, esperando no solo se mantengan los ahorros, sino que se incrementen y permitan al trabajador disfrutar de una pensión mayor.

La Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro (CONSAR), ha llevado a cabo diversas campañas, sin mucho éxito, para promover el Ahorro voluntario (IMSS) Ahorro Solidario (ISSSTE), si comparamos el periodo de agosto – diciembre del 2020 con el mismo periodo de 2019, se visualiza un incremento del 14%, representando para 2020 un importe de 11,852 millones de pesos (CONSAR, 2020b). Sin embargo, este monto sigue siendo bajo. Considerando el monto total acumulado en las AFORE a marzo del 2020 incluyendo los rendimientos, el ahorro voluntario (IMSS), solo representa el 2%. (CONSAR, 2020a), como se muestra en la Gráfica 1.

Gráfico 1. Aportaciones voluntarias saldos en AFORE, marzo 2020



Las AFORE invierten los recursos de los trabajadores con la finalidad de mantener el poder adquisitivo de los fondos, y aunque en los últimos años se han disminuido el monto de las comisiones y con ello el índice de rendimiento neto se ha visto incrementado a la fecha, aún faltan crear esquemas con la finalidad de que sea mas atractivo para el trabajador invertir sus ahorros en su AFORE; en algunos casos, por desconocimiento del tema, en otros casos por desconfianza.

Actualmente, el promedio del Índice de rendimiento neto generado por las AFORE es entre el 5.76% - 4.92% (Trabajadores próximos a jubilarse) (CONSAR, 2020).

El ahorro voluntario para quienes se pensionarán en el esquema de la Ley vigente es la mejor alternativa para incrementar el monto de la pensión; para quienes pertenecen a la generación de transición, representa solo el beneficio al retiro de sus cantidades ahorradas como aportaciones voluntarias, ya que podrá elegir retirarlas o conservarlas en la inversión y seguir ahorrando.

## COMENTARIOS FINALES

La reforma a la Ley del Seguro Social autorizada el 16 de diciembre del 2021 incrementa en parte las pensiones de quienes tienen las pensiones más bajas, sin embargo, el acceder a una pensión que permita mantener el nivel de vida que tenía durante la etapa laboral considero está en manos de cada trabajador y mientras más pronto se comience a ahorrar con el fin específico de crear un fondo para el retiro será mejor el nivel de vida que se espera.

Una de las opciones viables es la Continuación voluntaria al régimen obligatorio, establecido en el artículo 218 de la LSS, modalidad que beneficia en mayor medida a trabajadores que se pensionará bajo las disposiciones de la LSS de 1973, ya que permite incrementar semanas cotizadas y salario promedio base, ambos indispensables para fijar el monto de la pensión.

Sin embargo, para quienes se pensionen con las disposiciones de la LSS 1997, su opción para incrementar la misma solo será a través de la generación de ahorro voluntario en la AFORE, o en su caso, la contratación de un plan privado de ahorro para el retiro, donde pueda establecer la cantidad que desea recibir para completar la que recibirá por

parte del Instituto.

Otra alternativa sería que el Estado implementara políticas públicas que permitan absorber la carga pensionaria irreversible que se encuentra en puerta. Ya que estamos ante una generación de adultos mayores con indicadores de pobreza preocupantes, sea a través de estímulos a los patrones que creen sistemas de pensiones privados o a los trabajadores que ahorren en sus cuentas de retiro.

## CONCLUSIONES

Una alternativa para incrementar el monto de la pensión es, fortalecer el fondo de la subcuenta de retiro, a través del Ahorro voluntario, dando a conocer con mayor relevancia a los trabajadores, la importancia de incrementar dicho fondo y beneficios para de ahorrar para su retiro, en la deducción anual de ingresos y posible devolución de impuestos pagados.

Es indispensable la participación del estado, con la creación de políticas públicas que permitan a los patrones crear esquemas de retiro para sus trabajadores con estímulos fiscales para éstos y beneficios para los trabajadores en caso de que éstos también participen.

Por muchos años los grandes ganadores del esquema de la capitalización individual del retiro, fueron las AFORE, las comisiones excesivamente altas, en muchas ocasiones se vieron disminuidas por las comisiones altas cobradas. El aumento en las cuentas individuales deberá de ser apoyado por una disminución de las comisiones de las AFORE, esta fue una de las modificaciones aprobadas en diciembre de 2020, y a partir del 2021, serán de 0.807%, una disminución de 11.5 puntos base, respecto al año anterior. Sin embargo, creo que deberá disminuir en la medida de lo posible ya que a la fecha conforme a lo que reporta la CONSAR, el monto existente en dichas cuentas representa 20.4% del PIB.

## REFERENCIAS

CONSAR. (2020a). **INFORME AL CONGRESO**. 1er. Trimestre 2020. Recuperado de [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/554461/Informe\\_Trimestral\\_1T2020.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/554461/Informe_Trimestral_1T2020.pdf). 2020

CONSAR. (2020b). **RADIOGRAFÍA OPERATIVA DE LAS AFORE**. Recuperado de [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/581818/Factsheet\\_SAR.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/581818/Factsheet_SAR.pdf), 2020.

DOF (Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, D. (s/f). **LEY POR LA CUAL SE REFORMAN LOS ARTÍCULOS 73 Y 123 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA**.

DOF (Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, D. **LEY DEL SAR**. Recuperado de <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/52.pdf>, 2014.



FERNANDEZ SANTILLÁN, José Florencio. **POLÍTICA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN MÉXICO (1934-1978). CIUDAD DE MÉXICO.** Recuperado de [https://repositorio.tec.mx/bitstream/handle/11285/574348/DocsTec\\_1922.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.tec.mx/bitstream/handle/11285/574348/DocsTec_1922.pdf?sequence=1&isAllowed=y). 1980.

INFONAVIT. **INFORME ANUAL DE ACTIVIDADES.** Recuperado de [https://portalmx.infonavit.org.mx/wps/wcm/connect/7cf006d4-1466-48fe-88eb-78bc920a0624/Historia\\_del\\_Infonavit.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT\\_TO=url&CACHEID=ROOTWORKSPACE-7cf006d4-1466-48fe-88eb-78bc920a0624-naAruF](https://portalmx.infonavit.org.mx/wps/wcm/connect/7cf006d4-1466-48fe-88eb-78bc920a0624/Historia_del_Infonavit.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=ROOTWORKSPACE-7cf006d4-1466-48fe-88eb-78bc920a0624-naAruF). 1992.

JURÍDICAS, I. D. I. **LEY GENERAL DE PENSIONES CIVILES DE RETIRO.** Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2791/15.pdf>. 2010

OIT. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **HECHOS CONCRETOS SOBRE LA SEGURIDAD SOCIAL.** 2020

PALACIOS, María. **EFFECTOS DEL INCREMENTO EN LA ESPERANZA DE VIDA Y AÑOS DE COTIZACIÓN EN LOS SISTEMAS DE PENSIONES MEXICANO.** Universidad Autónoma de Coahuila. Recuperado de <http://www.economia.uadec.mx/pdfs/tesis/MariaPalacios.pdf>. 2019.

PEMEX. **LIBRO BLANCO. NUEVO ESQUEMA DE PENSIONES (2012-2018).** Recuperado de [https://www.pemex.com/etica\\_y\\_transparencia/transparencia/Documents/2018-mdy1b/5\\_LB\\_DCASPensiones.pdf](https://www.pemex.com/etica_y_transparencia/transparencia/Documents/2018-mdy1b/5_LB_DCASPensiones.pdf). 2018

RAMÍREZ LÓPEZ Berenice., ROSADO CEBRIÁN Beatriz, & DOMÍNGUEZ FABIÁN Inmaculada. **INFLUENCIA DEL MERCADO DE TRABAJO EN LAS PENSIONES DE MÉXICO Y ESPAÑA A PARTIR DE LA TASA INTERNA DE RENDIMIENTO.** Revista Mexicana de Economía y Finanzas, 13, 99–131. 2018

RUEZGA BARBA Antonio. **SEGURIDAD SOCIAL. UNA VISIÓN LATINOAMERICANA.** México, CIEES, 2019, 345p. 2009

RUIZ MORENO Angel Guillermo. **NUEVO DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL (Porrúa).** México. 2015

SERVICIOS, P. **CUADERNO DE APOYO. LEY DEL SEGURO SOCIAL.** Recuperado de <http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SAD-03-07.pdf> 2007

## **SOBRE A ORGANIZADORA:**

**Alessandra Knoll-** É advogada, graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), especialista em Gestão de Projetos e Responsabilidade Social pela Faculdade Municipal da Palhoça. Doutora, mestra e graduada em Administração de empresas pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), especialista em Gestão de Pessoas nas Organizações pela mesma instituição (UFSC), onde também foi monitora das disciplinas de Recursos Humanos I e II, tutora de Ensino (EaD), coordenadora de tutoria (no Núcleo Multiprojetos de Tecnologia Educacional - NUTE) e professora de Administração Pública (modalidade EaD). Lecionou as disciplinas de Teoria Geral das Organizações, Recursos Humanos e Projeto de Monografia na Universidade Barriga Verde (UNIBAVE) onde também foi coordenadora de pesquisa e extensão dos cursos de Administração e Contabilidade e orientadora de bolsas de Iniciação científica. Atuou como tutora na UFSC e no Instituto Federal de Santa Catarina (IFSC). Ganhou o prêmio ser humano como melhor artigo científico e apresentou artigos vinculados a áreas diversas, em vários Estados Brasileiros e na Europa. Atualmente é professora no SENAI e coordenadora do polo São José de ensino a distância da Unifil.

## ÍNDICE REMISSIVO

### A

Aborto 6, 145, 146, 147, 149, 150, 151, 152, 155

Aborto legal 6, 145, 149, 151, 152

América latina 5, 6, 29, 30, 31, 33, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 118, 136, 144, 151, 154, 168

Aposentadoria 7, 92, 93, 94, 96, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 105, 106, 110, 202, 203, 204, 205, 206, 209, 212, 213, 214

### B

Benefícios sociais 6, 91, 96

### C

Cidadania 8, 43, 44, 64, 69, 114, 150, 151, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 164, 165, 166, 167, 176, 177, 178, 179, 184, 194, 195, 196, 197, 198, 200

Conselhos gestores 156, 161

Conselhos Municipais 4, 6, 156, 157, 158, 161, 162, 164, 165, 167

Contratos administrativos 5, 15, 18, 22, 24, 25, 26, 27

Controle social 156, 158, 159, 160, 161, 164, 165, 166, 167, 168, 196

Coronavírus 1, 2, 3, 4, 10, 15, 16, 18, 20, 21, 28, 73, 74, 77, 78, 86, 90

Covid 4, 5, 1, 2, 3, 10, 12, 14, 15, 16, 18, 19, 21, 22, 23, 25, 26, 27, 38, 40, 42, 45, 46, 48, 50, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 62, 63, 68, 72, 73, 74, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 84, 85, 88, 90, 126, 129, 130, 145, 146, 147, 150

Covid-19 4, 5, 1, 2, 3, 10, 12, 14, 15, 16, 18, 19, 21, 22, 23, 25, 26, 27, 38, 40, 42, 45, 46, 48, 50, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 62, 63, 68, 72, 73, 74, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 84, 85, 88, 90, 126, 129, 130, 145, 146, 147, 150

### D

Dados pessoais 5, 62, 63, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 210

Desenvolvimento 11, 46, 47, 49, 51, 52, 58, 64, 65, 66, 67, 69, 72, 75, 79, 80, 82, 83, 84, 88, 92, 104, 110, 111, 114, 119, 122, 124, 137, 155, 157, 159, 165, 176, 177, 184, 192, 196, 203, 212

Direito 2, 4, 5, 6, 1, 2, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 36, 37, 38, 39, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 48, 49, 50, 51, 54, 55, 56, 58, 59, 61, 62, 63, 65, 66, 67, 68, 69, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 97, 98, 99, 101, 103, 104, 105, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 127, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 141, 146, 147, 148, 156, 157, 159, 163, 164, 165, 166, 176, 180, 183, 186, 187, 202, 204, 205, 206, 207, 208, 213, 214, 230

Direito à saúde 4, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 36, 41, 43, 45, 46, 48, 49, 50, 51, 54, 58, 73, 98, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 115, 116, 118, 119, 120, 121, 131, 132

Direitos fundamentais 5, 1, 2, 8, 9, 10, 12, 13, 20, 43, 45, 46, 48, 49, 61, 66, 67, 69, 71, 73, 75, 91, 93, 95, 104, 105, 107, 112, 113, 117, 118, 120, 123, 124, 125, 158, 163, 183

Direitos sociais 9, 11, 48, 50, 51, 63, 67, 75, 76, 93, 95, 96, 98, 104, 111, 119, 124, 162, 200

## **E**

Espaço público 168

Estado democrático 1, 2, 8, 11, 15, 18, 23, 27, 28, 48, 51, 71, 104, 148, 156, 163, 183

## **G**

Georges Gurvitch 6, 156, 157, 162, 163, 166, 167

## **J**

Judicialização da saúde 4, 6, 33, 42, 108, 112, 115, 116, 117, 118, 119, 121, 125, 130, 131

Jurisdição Constitucional 1, 2, 10, 12, 13

Justiça 5, 2, 8, 9, 10, 11, 13, 14, 20, 21, 25, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 51, 66, 67, 112, 114, 116, 117, 118, 119, 127, 130, 133, 135, 136, 137, 139, 143, 144, 181, 182, 183, 184, 190, 191, 197, 200

## **M**

Mediação 5, 6, 15, 18, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 108, 109, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 135, 136, 144

Mediação de conflitos 24, 28, 108, 113, 114, 115, 117

Medicamento 5, 29, 32, 34, 35, 36, 38, 40, 126, 128

Meio ambiente 5, 67, 79, 80, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 98, 119, 161

## **P**

Pandemia 4, 5, 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 20, 21, 22, 25, 26, 27, 38, 44, 45, 46, 48, 49, 50, 51, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 62, 63, 68, 71, 72, 73, 74, 75, 77, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 88, 89, 126, 129, 130, 145, 146, 147, 148, 149, 153, 154

Políticas públicas 4, 6, 8, 12, 13, 32, 46, 49, 71, 74, 78, 120, 121, 129, 145, 147, 148, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 164, 166, 167, 169, 170, 171, 173, 182, 183, 184, 191, 193, 200, 203, 228

## **R**

Regime previdenciário 105, 202, 204, 205, 210

Responsabilidade civil 5, 44, 45, 46, 47, 50, 53, 57, 58, 60, 61, 120

## S

Saúde 4, 6, 2, 5, 6, 13, 15, 16, 18, 21, 22, 26, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 38, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 63, 67, 68, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 81, 87, 88, 90, 91, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 101, 103, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 124, 125, 126, 127, 129, 130, 131, 132, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 154, 155, 158, 160, 161, 162, 176, 189, 203, 207, 208, 209

Saúde da mulher 4, 6, 145, 146

Saúde pública 6, 15, 16, 18, 21, 22, 28, 45, 48, 50, 51, 52, 53, 56, 57, 58, 72, 73, 77, 87, 88, 110, 111, 112, 118, 121, 122, 125, 126, 127, 130, 131

Saúde suplementar 6, 36, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 115, 117, 118

Seguridade social 4, 7, 32, 91, 92, 96, 97, 98, 107, 111, 148, 202, 203, 204, 207, 208, 209, 210, 211, 213

Sustentabilidade 5, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 72, 75, 76, 77, 82, 84, 85, 145, 166

## T

Trabalhador rural 7, 202, 203, 208, 210, 211, 212, 213, 214

Tutela de urgência 29, 37, 38, 41

## V

Vacinação 5, 44, 45, 46, 47, 49, 50, 51, 54, 55, 58, 60

Violência de gênero 7, 145, 147, 149, 152, 153, 154

Vírus 1, 2, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 16, 48, 57, 58, 68, 80, 81, 83, 84, 85, 87, 88, 126, 129, 146





Vulneráveis 5, 1, 2, 5, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 31, 67, 147, 150, 151

---

# FUNÇÃO POLÍTICA E SOCIAL DO DIREITO

e teorias da constituição

---





-  [www.atenaeditora.com.br](http://www.atenaeditora.com.br)
-  [contato@atenaeditora.com.br](mailto:contato@atenaeditora.com.br)
-  [@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora)
-  [www.facebook.com/atenaeditora.com.br](https://www.facebook.com/atenaeditora.com.br)

---

# FUNÇÃO POLÍTICA E SOCIAL DO DIREITO

e teorias da constituição

---

 [www.atenaeditora.com.br](http://www.atenaeditora.com.br)  
 [contato@atenaeditora.com.br](mailto:contato@atenaeditora.com.br)  
 @atenaeditora  
 [www.facebook.com/atenaeditora.com.br](https://www.facebook.com/atenaeditora.com.br)

  
Ano 2022

I