



Editora Fundação Fênix

DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA DA DEMOCRACIA INTERAMERICANA

Elena Alvites
Gina Marcilio Pompeu
Ingo Sarlet
Orgs

A obra coletiva que ora temos o prazer de apresentar, reúne as contribuições resultantes das pesquisas promovidas pela Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia, expostas e debatidas na 7ª Jornada de Direitos Fundamentais, realizada na Universidade de Fortaleza, Nordeste do Brasil, no ano de 2020, com a participação online de representantes (docentes e discentes de pós-graduação em Direito) de diversas Instituições de Ensino Superior brasileiras e de outros Estados latino-americanos, como é o caso da Argentina, Chile, Colômbia, Peru e México. Com a realização do 7º encontro da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais constata-se a consolidação da densidade acadêmica em favor dos grandes temas albergados na seara dos direitos humanos. É possível observar a inserção nacional e a inserção internacional, assim como o cumprimento dos objetivos de natureza científica (pesquisas em parceria, produção científica conjunta e integração acadêmica) seja pelo fato de a cada ano agregar, para além do grupo fundador, mais parceiros de outros Países. À vista do exposto, é possível verificar que o percurso da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia é significativo do ponto de vista quantitativo e qualitativo, demonstrando sua capacidade de contribuir para a consolidação de uma cultura e gramática integrada e consistente, do ponto de vista teórico-científico, bem como na formação de quadros humanos críticos e proativos, disposta a e capaz de enfrentar os desafios atinentes à efetividade dos direitos fundamentais e do Estado Democrático, Social e Ecológico de Direito nas Américas.

Boas leituras!



Editora Fundação Fênix



UNIFOR

PPGD

Programa de
Pós-Graduação em
Direito Constitucional



CAPES



**DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA
DA DEMOCRACIA INTERAMERICANA 2020/2021**

Série Direito

Conselho Editorial

Editor

Ingo Wolfgang Sarlet

Conselho Científico – PPG Direito PUCRS

Gilberto Stürmer

Ingo Wolfgang Sarlet

Marco Felix Jobim

Paulo Antonio Caliendo Velloso da Silveira

Regina Linden Ruaro

Ricardo Lupion Garcia

Conselho Editorial Nacional

Amanda Costa Thomé Travincas - Centro Universitário UNDB

Ana Elisa Liberatore Silva Bechara – USP

Ana Paula Gonçalves Pereira de Barcellos - UERJ

Angélica Lucía Carlini – UNIP

Carlos Bolonha – UFRJ

Claudia Mansani Queda de Toledo- Centro Universitário Toledo de Ensino de Bauru

Danielle Pamplona – PUCRS

Daniel Antônio de Moraes Sarmento - UERJ

Daniel Wunder Hachem - PUCPR e UFPR

Flavia Cristina Piovesan - PUC-SP

Gabriel de Jesus Tedesco Wedy – UNISINOS

Germano André Doederlein Schwartz – UNIRITTER

Gilmar Ferreira Mendes – Ministro do STF, Professor Titular do IDP e Professor aposentado da UNB

Gisele Cittadino - PUC-Rio

Gina Vidal Marcilio Pompeu – UNIFOR

Giovani Agostini Saavedra - Universidade Presbiteriana Mackenzie – SP

Guilherme Camargo Massaú – UFPel

Ivar Alberto Martins Hartmann - FGV Direito Rio

Jane Reis Gonçalves Pereira - UERJ

Juliana Neuenschwander Magalhães - UFRJ

Lilian Rose Lemos Rocha – Uniceub

Luís Roberto Barroso – Ministro do STF, Professor Titular da UERJ, UNICEUB, Sênior Fellow na Harvard Kennedy School,

Mônia Clarissa Hennig Leal – UNISC

Otavio Luiz Rodrigues Jr – USP

Patryck de Araújo Ayala – UFMT

Paulo Ricardo Schier - Unibrasil

Phillip Gil França - UNIVEL – PR

Teresa Arruda Alvim – PUC-SP

Conselho Editorial Internacional

Alexandra dos Santos Aragão - Universidade de Coimbra
Alvaro Avelino Sanchez Bravo - Universidade de Sevilha
Catarina Isabel Tomaz Santos Botelho - Universidade Católica Portuguesa
Carlos Blanco de Morais – Universidade de Lisboa
Cristina Maria de Gouveia Caldeira - Universidade Europeia
César Landa Arroyo - PUC de Lima, Peru
Elena Cecilia Alvites Alvites - Pontifícia Universidade Católica do Peru
Francisco Pereira Coutinho - Universidade NOVA de Lisboa
Francisco Ballaguer Callejón - Universidade de Granada - Espanha
Fernando Fita Ortega - Universidade de Valência
Giuseppe Ludovico - Universidade de Milão
Gonzalo Aguilar Cavallo – Universidade de Talca
Jorge Pereira da Silva - Universidade Católica Portuguesa
José João Abrantes – Universidade NOVA de Lisboa
José Maria Porras Ramirez - Universidade de Granada – Espanha
Manuel A Carneiro da Frada – Universidade do Porto
Paulo Mota Pinto – Universidade de Coimbra
Víctor Bazán - Universidade Católica de Cuyo
Pedro Paulino Grandez Castro - Pontificia Universidad Católica del Peru

Elena Alvites
Gina Marcilio Pompeu
Ingo Wolfgang Sarlet

(Organizadores)

**DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA
DA DEMOCRACIA INTERAMERICANA 2020/2021**



Editora Fundação Fênix

Porto Alegre, 2021

Direção editorial: Ingo Wolfgang Sarlet
Diagramação: Editora Fundação Fênix
Capa: ISMAEL NERY (1900-1934)
Casal, Circa 1926
óleo sobre cartão, 37x 29cm

O padrão ortográfico, o sistema de citações, as referências bibliográficas, o conteúdo e a revisão de cada capítulo são de inteira responsabilidade de seu respectivo autor.

Todas as obras publicadas pela Editora Fundação Fênix estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 –

[Http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR](http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)

Este livro foi editado com o apoio da CAPES/PROEX no âmbito do Projeto 23038.000972/2018-18



Série Direito – 25

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

ALVITES, Elena; POMPEU, Gina Marcilio; SARLET, Ingo Wolfgang. (Orgs).

Direitos fundamentais na perspectiva da democracia interamericana 2020/2021. ALVITES, Elena; POMPEU, Gina Marcilio; SARLET, Ingo Wolfgang. (Orgs). Porto Alegre, RS: Editora Fundação Fênix, 2021.

448p.

ISBN – 978-65-87424-94-1



<https://doi.org/10.36592/9786587424941>

Disponível em: <https://www.fundarfenix.com.br>

CDD – 340

1. Direitos Fundamentais. 2. Constitucionalidade. 3. Democracia. 4. Direitos Sociais. 5. Direitos de Personalidade.

Índice para catálogo sistemático – Direito – 340

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Os Organizadores.....13

DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROTEÇÃO DE GRUPOS VULNERÁVEIS

1. DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS E A LINDB NA PERSPECTIVA DO CONSEQUENCIALISMO – UM NORTE DE SEGURANÇA JURÍDICA NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Adriana da Costa Ricardo Schier; Marco Antonio Lima Berberi19

DIREITOS POLÍTICOS E DESAFIOS DA DEMOCRACIA

2. AS VIRTUDES DA POLÍTICA E O PRESIDENCIALISMO DE COALIZAÇÃO NO BRASIL

Paulo Ricardo Schier.....35

LIBERDADES FUNDAMENTAIS E DIREITOS DE PERSONALIDADE

3. PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO DIREITO FUNDAMENTAL AUTÔNOMO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Ingo Wolfgang Sarlet.....57

DIREITOS SOCIAIS, DESENVOLVIMENTO E SUSTENTABILIDADE

4. EL DERECHO HUMANO A UN MEDIO AMBIENTE SANO, EL ACCESO A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL Y EL *IUS COMMUNE*

Gonzalo Aguilar Cavallo.....77

5. TRIBUTAÇÃO E DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO: ENTRE FISCALIDADE E EXTRAFISCALIDADE

Natercia Sampaio Siqueira 113

DIREITOS FUNDAMENTAIS, CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE

6. LAS MEDIDAS DE REPARCIÓN EN LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y SUS EFECTOS EN EL ESTADO PARTE CONCERNIDO POR ELLAS

Humberto Nogueira Alcalá..... 137

7. APROXIMAÇÕES TEÓRICAS À NOÇÃO DE SOBERANIA ENQUANTO POTESTAS E SUA LIMITAÇÃO POR MEIO DA CONVENCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E DA ATUAÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Mônia Clarissa Hennig Leal 153

DIREITOS FUNDAMENTAIS E NOVAS TECNOLOGIAS

8. O PROBLEMA DO ALINHAMENTO DE VALOR: A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, AS NORMAS, E CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROGRAMAÇÃO DE VALORES NAS MÁQUINAS

Bruno Meneses Lorenzetto..... 183

DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS MIGRANTES

9. LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS EN AMÉRICA

DEL NORTE

José Ma. Serna de la Garza 201

10. ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN MATERIAS MIGRATORIAS DE LA POBLACIÓN MIGRANTE EN CHILE

María Ignacia Sandoval Gallardo..... 221

DIREITOS FUNDAMENTAIS, EMPRESAS E TRIBUTAÇÃO

11. PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD DURANTE LA PANDEMIA EN EL PERÚ

Elena Alvites..... 241

12. LIMITES E CONTROLE DOS GASTOS COM A DÍVIDA PÚBLICA: UMA QUESTÃO DE JUSTIÇA FISCAL E ORÇAMENTÁRIA

Marco Antonio Kurrle; Octavio Campos Fischer 263

DIREITOS FUNDAMENTAIS, ANTROPOCENTRISMO E ECOCENTRISMO DIANTE DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO AMBIENTAL

13. O EFEITO TEQUILA E A URGÊNCIA AMBIENTAL NO ESTADO NEOLIBERAL

Sophia Fernandes Ary; Gina Marcilio Pompeu..... 281

14. A PROTEÇÃO LEGAL DA VEGETAÇÃO NATIVA NO BRASIL – AVANÇOS E RETROCESSOS NO PERÍODO DE 1920 A 2020

Sheila Pitombeira..... 311

DIREITOS FUNDAMENTAIS E EMERGÊNCIA SANITÁRIA

15. EL CONSTITUCIONALISMO ANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19 EN EL PERÚ

César Landa 327

16. RESPOSTAS À PANDEMIA E A ESTRATÉGIA BRASILEIRA

Carlos Luiz Strapazzon..... 351

17. VIDA E MORTE DIANTE DO INIMIGO INVISÍVEL: EXAME DA CONSTITUCIONALIDADE DOS PROTOCOLOS DE ESCOLHA DOS PACIENTES DO CORONAVÍRUS QUE TERÃO PREFERÊNCIAS EM LEITOS ESCASSOS, À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA E À SAÚDE

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer; Horácio Augusto Mendes de Sousa..... 397

18. ESTRATÉGIAS PARA AMPLIAR A PROTEÇÃO SOCIAL DOS TRABALHADORES INFORMAIS NO BRASIL

Eduardo Rocha Dias..... 425

SOBRE OS AUTORES..... 443

APRESENTAÇÃO

A obra coletiva, que ora temos o prazer de apresentar, reúne as contribuições resultantes das pesquisas promovidas pela Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia, expostas e debatidas na 7ª Jornada de Direitos Fundamentais, realizada na Universidade de Fortaleza, Nordeste do Brasil, no ano de 2020, com a participação online de representantes (docentes e discentes de pós-graduação em Direito) de diversas Instituições de Ensino Superior brasileiras e de outros Estados latino-americanos, como é o caso da Argentina, Chile, Colômbia, Peru e México.

Com a realização do 7º encontro da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais constata-se a consolidação da densidade acadêmica em favor dos grandes temas albergados na seara dos direitos humanos. É possível observar a inserção nacional e a inserção internacional, assim como o cumprimento dos objetivos de natureza científica (pesquisas em parceria, produção científica conjunta e integração acadêmica) seja pelo fato de a cada ano agregar, para além do grupo fundador, mais parceiros de outros Países.

Vale lembrar que a primeira Jornada ocorreu no Brasil em 2014, mediante um circuito de eventos realizados em três universidades brasileiras, UNIBRASIL, Curitiba, Paraná, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUCRS, e UNOESC, Chapecó, Santa Catarina. A segunda Jornada teve lugar, em 2015, na cidade de Lima, Peru, promovida e organizada pela Pontifícia Universidade Católica. Já o terceiro evento ocorreu em São Paulo, Brasil, em 2016, organizado pelas Universidades 9 de Junho, UNINOVE, da Mackenzie e UNIFIEO, no período de 26 a 28 outubro de 2016. O quarto encontro foi novamente realizado em Lima (PUC), de 10 a 12 de outubro de 2017, ao passo que o quinto se deu no Chile, Santiago, de 16 a 18 de outubro de 2018, capitaneado pela Universidade de TALCA.

Em 2019, a Jornada promovida pela Red-IDD, formada por Programas de Pós-graduação em Direito do Brasil, Argentina, Peru, Chile, Colômbia e México aconteceu na Universidade de Fortaleza, no período de 9 a 11 de outubro. Foram apresentados e defendidos 66 artigos nas 9 (nove) sessões temáticas e 10 (dez) grupos de

trabalho. O evento dispôs com o apoio financeiro e institucional da CAPES, FUNCAP, Assembleia Legislativa do estado do Ceará e Prefeitura de Fortaleza.

O ano de 2020 foi marcado pelo combate à pandemia do Covid-19, e passou a exigir um severo enfrentamento na defesa dos direitos fundamentais, sobretudo, o direito à saúde. A América Latina revelou que a ausência de desenvolvimento humano constitui agravante diante da propagação e efeitos do Covid-19. Nesse diapasão a 7ª Jornada da Rede de Direitos Fundamentais e democracia ocorreu de maneira virtual, por intermédio da rede do Google Meet. Foram acrescentados à programação mais dois eixos temáticos:

1. Direitos fundamentais e emergência sanitária e 2. Direitos fundamentais, antropocentrismo e ecocentrismo diante da proibição de retrocesso ambiental. Assim a jornada comportou 11 (onze) sessões temáticas e apresentação de 143 artigos durante a realização dos 12 (doze) grupos de trabalho, representativos dos estudos realizados pelos grupos de pesquisa dos respectivos membros que compõem a Red-IDD, durante os períodos de 2019 e 2020.

O rigor científico, próprio das atividades da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia – REDIDD, resta evidenciado não apenas pela qualidade e prestígio dos seus integrantes (instituições e pesquisadores), mas também pela atualidade e relevância dos temas abordados e sua aderência aos grupos de pesquisas, linhas de pesquisa e áreas de concentração dos Programas de Mestrado e Doutorado de cada uma das instituições que a compõe.

Destaca-se, além disso, a perspectiva crítica e interdisciplinar das pesquisas e da produção técnica e bibliográfica, que traduz o propósito de lidar com os diversos problemas e desafios vinculados aos direitos fundamentais em suas múltiplas dimensões, articulando o sistema interamericano com uma metódica comparativa dos modelos jurídico-constitucionais dos Estados que integram a Rede.

Para ilustrar a transversalidade, atualidade e relevância dos temas que constituem o objeto das pesquisas e da produção científica da Rede, que, por sua vez, são discutidos nas sessões plenárias (conferências) e grupos de trabalho (comunicações científicas de discentes e docentes), segue a relação dos eixos temáticos da 7ª Jornada: Direitos fundamentais e emergência sanitária.

Direitos Fundamentais e proteção de grupos vulneráveis.

Direitos políticos fundamentais e os desafios da democracia.

Direitos fundamentais, antropocentrismo e ecocentrismo diante da proibição de retrocesso ambiental.

Direitos fundamentais e novas tecnologias.

Direitos fundamentais sociais, desenvolvimento, seguridade social, previdência, saúde e assistência social.

Direitos fundamentais, controle de constitucionalidade e de convencionalidade.

Liberdades fundamentais e direitos de personalidade.

Direitos fundamentais dos migrantes.

Direitos Fundamentais e empresas.

Direitos fundamentais, garantias judiciais, tutela jurisdicional e devido processo.

À vista do exposto, é possível verificar que o percurso da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia é significativo do ponto de vista quantitativo e qualitativo, demonstrando sua capacidade de contribuir para a consolidação de uma cultura e gramática integrada e consistente, do ponto de vista teórico-científico, bem como na formação de quadros humanos críticos e proativos, disposta a e capaz de enfrentar os desafios atinentes à efetividade dos direitos fundamentais e do Estado Democrático, Social e Ecológico de Direito nas Américas.

Profa. Dra. Elena Alvites.

Vice-Presidente da REDIDD.

Universidade Pontifícia Católica do Peru.

Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet.

Universidade Pontifícia Católica do Rio Grande do Sul.

Profa. Dra. Gina Marcilio Pompeu.

Coordenadora do PPGD da Universidade de Fortaleza.

DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROTEÇÃO DE GRUPOS VULNERÁVEIS

1. DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS E A LINDB NA PERSPECTIVA DO CONSEQUENCIALISMO – UM NORTE DE SEGURANÇA JURÍDICA NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS



<https://doi.org/10.36592/9786587424941-01>

Adriana da Costa Ricardo Schier¹

Marco Antonio Lima Berber²

INTRODUÇÃO

O Direito brasileiro, construído sobre as ruínas do Positivismo Jurídico e sobre os alicerces – quase líquidos – do Pós-positivismo, vem enfrentando dilemas cotidianos diante da proliferação de decisões – administrativas e judiciais – que diuturnamente vêm afastando a aplicação dos comandos normativos editados pelo legislador democrático. Tais circunstâncias decorrem de um sistema normativo que abrange regras e princípios, sendo estas normas de cunho bastante abstrato que, aplicados de forma equivocada, legitimam decisões contrárias aos valores estruturantes do Estado Democrático de Direito. Tal estado de coisas decorre tanto do desconhecimento na utilização dos métodos hermenêuticos compatíveis com tais espécies normativas, quanto da atuação de agentes decisórios desvinculados dos compromissos constitucionais.

Esse contexto vem gerando dificuldades especificamente no que tange à segurança jurídica e à isonomia de tratamento decorrente de decisões judiciais e administrativas. No âmbito jurisdicional, a matéria encontra reflexão no âmbito da

¹ Professora de Direito Administrativo do Centro Universitário do Brasil – UniBrasil. Pós-Doutora pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutora e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Presidente da Comissão de Serviços Públicos do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. Vice-Presidente do Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Membro do Conselho Científico do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Membro da Comissão de Gestão Pública da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná. Pesquisadora no Grupo de Estudos Direito Administrativo e Estado Sustentável (DAES). Advogada especializada em Direito Público.

² Professor de Direito Civil do Centro Universitário do Brasil – UniBrasil. Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Pesquisador no Núcleo de Pesquisa em Direito Civil-Constitucional da UFPR (Grupo “Virada de Copérnico”) e no Grupo de Pesquisa CNPQ Nupeconst, linha de pesquisa Direitos fundamentais e relações privadas do UniBrasil. Advogado e Procurador do Estado do Paraná. Foi Procurador Geral do Estado do Paraná e Presidente do Conselho de Administração da Companhia de Saneamento do Paraná – Sanepar.

análise crítica dos temas voltados ao ativismo judicial³ e do pan-principiologismo, expressão cunhada por Lenio Luiz Streck⁴. Já no âmbito do Direito Administrativo, a discussão gira em torno da formulação das políticas públicas⁵, dos limites de controle do ato administrativo discricionário⁶ e da possibilidade de decisões administrativas fundadas em juízo de ponderação que, por vezes, flexibilizam a aplicação do princípio da legalidade estrita.

O estabelecimento de balizas que permitam o enfrentamento de tais temas parece ser o mote que levou à edição da LINDB, a chamada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Lei n. 13.655, editada em 25 de abril de 2018. Tal lei, ao repaginar a antiga Lei de Introdução ao Código Civil, tratou igualmente de normas aplicáveis ao Direito Público. Tem-se, com tal tratativa, uma maior aposta em instrumentos eficazes de gestão e controle, na busca do aprimoramento da gestão pública⁷, em prol da boa administração⁸.

Tais desideratos parecem mais próximos de ser alcançados mediante dispositivos que impõem limites e ônus aos agentes administrativos, notadamente no que se refere à fundamentação de suas decisões, que deverão ser editadas em respeito à legislação, mas também conectadas ao chamado "Direito real"⁹. Permite-se, assim, uma maior sindicabilidade das decisões fundadas em juízos discricionários.

No presente ensaio pretende-se, então, analisar especialmente o art. 20, da referida legislação, que impõe que a aplicação do Direito – seja na esfera administrativa, seja na esfera judicial – considere as suas consequências práticas¹⁰,

³ Ver, sobre o tema, Schier, Adriana da Costa Ricardo; Freitas, Daniel Castanha de. "O protagonismo do órgão jurisdicional: uma pesquisa empírica da perspectiva dos magistrados do Tribunal de Justiça do Paraná sobre o ativismo judicial". In: Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 19, n. 101, p. 115-130, jan./fev. 2017.

⁴ Streck, Lenio Luiz. Verdade e consenso. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁵ Ver, sobre o tema, Valle, Vanice Regina Lírio do. Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

⁶ Freitas, Juarez. O controle dos atos administrativos. São Paulo: Malheiros, 2013.

⁷ Moraes, Fausto Santos de; Zolet, Lucas. "A nova LINDB e os problemas da argumentação consequencialista". In: Revista Jurídica, Curitiba, v. 4, n. 53, p. 497-523, 2018.

⁸ Freitas, Juarez. Sustentabilidade. Direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum. 2016.

⁹ Moraes, Fausto Santos de; Zolet, Lucas. Op. cit., p. 512.

¹⁰ Idem.

que deverão ser tomadas com base em ampla fundamentação empírica¹¹.

A partir de análise crítica busca-se apreciar o diálogo das opções consequencialistas no âmbito do Direito em cotejo com a proteção dos direitos fundamentais. Analisa-se, como caso paradigma, a decisão proferida pelo STF, no julgamento da ADI n. 1.923.

Das balizas impostas pela LINDB na aplicação do Direito com base em valores jurídicos abstratos

O art. 20, da LINDB, impõe o afastamento das decisões lastreadas em opiniões ou anseios dos julgadores, na medida em que determina a atenção não só aos pressupostos do julgamento – adequação jurídica dos fundamentos –, como na efetivação do resultado, com vistas à exequibilidade.

Nessa seara, despontam as previsões do art. 20, e seu parágrafo único:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

De acordo com Marçal Justen Filho, o principal objetivo de tal dispositivo é reduzir a indeterminação das decisões estatais, fundadas, por vezes, em princípios abstratos¹². Para Carlos Ari Sundfeld, o referido dispositivo visa conferir um ônus aos agentes públicos que, atualmente, se consideram autorizados a decidir com base em retórica, sobretudo para impor obrigações ao Estado. De acordo com o mesmo autor, a norma pretende reduzir o âmbito de interpretações casuísticas que negam

¹¹ Marques Neto, Floriano de Azevedo; Freitas, Rafael Vêras de. A nova LINDB e o consequencialismo jurídico como mínimo essencial. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/opiniaolindb-quadrantes-consequencialismo-juridico>>. Acesso em: 23 maio 2019.

¹² Justen Filho, Marçal. "Art. 20 da LINDB Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas". In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018.

coerência na aplicação do Direito. Já Floriano de Azevedo Marques e Rafael Vêras de Freitas sustentam que com a edição de tal preceito espera-se “interditar a utilização indiscriminada de abstrações nas razões de decidir – as quais, nos últimos anos, serviram para ampliar o espectro de poder de instituições”¹³.

A partir deste quadro, então, desponta a questão central suscitada para o presente ensaio: qual o sentido possível ao conceito normativo que se poderia extrair de *decisões administrativas, de controladoria e judiciais fundadas em “valores jurídicos abstratos”* e quais as suas consequências práticas, investigando-se, ainda, quais os juízos de motivação possíveis às decisões fundadas em tais termos.

Nos limites do presente trabalho, entende-se por valor jurídico abstrato aquele que não encontra sua definição explícita em norma jurídica concreta¹⁴, extraíndo-se sua expressão jurídica em termos como justiça, bem comum, liberdade, igualdade, interesse público, dignidade humana, por exemplo. Adotando-se a perspectiva de Marçal Justen Filho, tais referenciais correspondem a uma multiplicidade de sentidos e ingressam no mundo jurídico principalmente mediante normas de natureza principiológica. Trata-se da dimensão axiológica do ordenamento jurídico¹⁵.

Portanto, parece ser possível uma primeira aproximação no sentido de que o valor jurídico abstrato é o conteúdo que se depreende dos princípios que integram, explícita ou implicitamente, o ordenamento jurídico. Daí que a regra em comento visa, justamente, impedir que a autoridade omita o real *valor* que direciona sua atuação, reportando-se a valores abstratos destituídos de pertinência com a situação em pauta¹⁶. Além disso, visa impedir decisões que, fundadas em tais valores jurídicos abstratos escamoteiam qualquer juízo de concreção, admitindo os princípios como verdadeiras “cartas-coringas” que servem a legitimar qualquer decisão¹⁷. Ou, ainda, conforme adverte Irene Nohara, impede que se admita um *supertrunfo* “de um jogo de cartas marcadas, sem que os argumentos concretizados de ponderação sejam

¹³ Marques Neto, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Op. cit.

¹⁴ Idem.

¹⁵ Justen Filho, Marçal. Op. cit., p. 26.

¹⁶ Justen Filho, Marçal. Op. cit., p. 28.

¹⁷ Os valores, portanto, tornados jurídicos pelos princípios, não podem se prestar a um argumento de autoridade hermenêutica sem que o decisor tenha o dever (ônus) de perquirir os efeitos desta decisão. (Justen Filho, Marçal. Op. cit., p. 29.)

trazidos às claras"¹⁸.

Observa-se que não resta proibida, pelo dispositivo, a invocação a valores abstratos como fundamentos da decisão tomada¹⁹. O que se impõe, contudo, é que a autoridade que decide atenda o ônus argumentativo que possa demonstrar, a partir de juízos concretos, que a solução adotada é pertinente (i) ao ordenamento jurídico interpretado sistematicamente e (ii) às consequências concretas que serão produzidas²⁰. Exige-se, portanto, do agente, que se realize uma projeção, uma análise de causa-efeito que considere a relevância política, social e econômica das decisões adotadas²¹.

Ainda que os limites do presente ensaio não permitam maiores digressões, percebe-se que tal dispositivo só traduz, normativamente, as exigências que Robert Alexy há muito já impunha ao tratar da *norma de decisão*. Segundo ele, a solução dos casos concretos em que haja a incidência de princípios exige do intérprete um juízo de concreção que possa considerar as circunstâncias efetivas em que será aplicado o Direito²². Ou seja, exige-se que o intérprete procure, "à vista dos resultados da Ciência do Direito, assumir um compromisso efetivo com as reais aspirações das bases sociais"²³. Tal discussão remete ao cerne da questão do deslocamento do eixo da Teoria do Direito para a Teoria da Argumentação proposta pelo neoconstitucionalismo²⁴. Dado o caráter de abertura axiológica dos princípios consagrados na Constituição, várias respostas poderão ser consideradas corretas do ponto de vista normativo (correção normativa) e assim o problema se torna o de saber qual é a melhor decisão no plano da validade factual. Na perspectiva da LINDB,

¹⁸ Nohara, Irene Patrícia. LINDB. Lei de Introdução às normas do direito brasileiro. Hermenêutica e novos parâmetros ao direito público. Curitiba: Juruá, 2018, p. 28.

¹⁹ E nem poderia, afinal, pois são os princípios que permitem admitir "a Constituição como verdadeiro fundamento material de toda ordem jurídica, de modo que será possível sustentá-la como um Pacto dotado de verdadeira reserva de justiça". Com isso, "os princípios passam a caracterizar o próprio 'coração das constituições', iluminando a leitura de todas as questões da dogmática jurídica, que devem passar pelo necessário processo de filtragem constitucional axiológica" (Schier, Paulo Ricardo. Filtragem constitucional. Porto Alegre: SAFE, 1999, p. 3).

²⁰ Justen Filho, Marçal. Op. cit., p. 29.

²¹ Justen Filho, Marçal. Op. cit., p. 20.

²² Alexy, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993, p. 89 e ss.

²³ Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda. "O papel do novo juiz no processo penal". In: Direito alternativo. Seminário nacional sobre o uso alternativo do direito. Rio de Janeiro: 1993, pp. 33-43.

²⁴ Ver, por todos, Sanchis, Pietro Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: Miguel Carbonell Sánchez (coord). Neoconstitucionalismo(s). España: Editorial Trotta, 2003. p. 123-158.

parece ser possível afirmar que o legislador optou por estabelecer as balizas que irão definir a legitimidade das decisões em face da exigência de sua fundamentação/motivação, considerando-se os seus efeitos concretos.

Os autores que tratam do tema, em sua maioria, preocupam-se em afirmar que, apesar do teor do texto normativo, não se está admitindo a teoria consequencialista do Direito, fundada na doutrina de Posner, por exemplo²⁵. Sustentam que não há que se admitir o abandono dos referenciais normativos nas soluções propostas, mas tão somente buscar-se um *devido processo legal decisório*, interessado nos *fatos*, em que seja possível, através da motivação, verificar se a decisão foi necessária, se foi a mais adequada, considerando as alternativas possíveis, em face de suas consequências concretas. Como advertem Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas, exige-se do agente uma motivação que vai além do art. 50, da Lei n. 9.784/99, com o objetivo de permitir o controle de tais decisões²⁶. É a exigência, portanto, de uma rigorosa justificação diante da utilização dos valores jurídicos abstratos advindos dos princípios.

A partir daí, nesse âmbito de discussão propôs-se enfrentar o debate sobre quais os juízos de motivação possíveis às decisões públicas descritas no art. 20. Ou ainda, a identificação dos critérios de mensuração da necessidade e adequação das decisões tomadas.

Apesar da redundância da conclusão, parece que tais critérios deverão ser definidos a partir do caso concreto, a partir da incidência dos valores abstratos dos princípios incidentes concretizados em face dos efeitos produzidos pela decisão. A solução legítima será aquela, então, permitida pelo ordenamento jurídico que seja a mais adequada (que tenha aptidão para produzir os efeitos pretendidos), necessária (que seja a que impõe soluções menos intensas aos valores em jogo) e proporcional em sentido estrito (que não sacrifique valores protegidos constitucionalmente)²⁷.

²⁵ Posner, Richard. *Perspectivas filosóficas e econômicas. Para além do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009 e Posner, Richard. *A abordagem econômica do Direito. Problemas da filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007 e, ainda, Pogrebinski, Thamy. "A Normatividade dos Fatos, as Consequências Políticas das Decisões Judiciais e o Pragmatismo do Supremo Tribunal Federal (Comentários à ADI 2240-7/BA)". *In: Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 247, p. 181-193, 2008.

²⁶ Marques Neto, Floriano de Azevedo; Freitas, Rafael Vêras de. *Op. cit.*

²⁷ Justen Filho, Marçal. *Op. cit.*, p. 31.

Exige-se, portanto, como adverte Irene Nohara, que o agente examine as alternativas, as opções e os impactos de suas decisões, demonstrando sua motivação concreta e mais: que a solução adotada é superior às demais²⁸.

A interpretação consequencialista e o diálogo com os direitos fundamentais

A partir de tais aproximações, propõe-se o debate de duas questões bastante pontuais. A primeira, uma ponderação trazida por Irene Nohara que, de certa forma, traduz em linhas gerais as críticas feitas à adoção de argumentos consequencialistas: ainda que seja fundamental apreciar os efeitos produzidos pela decisão tomada, tal análise poderá se sobrepor à proteção dos direitos fundamentais?

Marçal Justen Filho, na seara nacional, parece resolver a questão, ao menos no âmbito administrativo, ao afirmar que a competência do agente público "não compreende o poder jurídico para promover uma solução qualquer, não compatível nem autorizada pelas normas objeto de aplicação"²⁹.

Parece ser necessário, mais uma vez, o socorro aos autores que tratam da teoria dos princípios para se admitir que a referência inicial para o intérprete é dada pelo catálogo normativo. Assim, a análise das circunstâncias fáticas e dos efeitos das decisões deverá ser relevante para formar a norma de decisão que não pode ser contrária ao preceito legislado³⁰. Partindo dessa premissa, por exemplo, jamais seria legítima uma decisão que negue a concessão de medicamentos (medicamento essencial para a concretização do núcleo essencial do direito fundamental à saúde) sob a justificativa de que a escassez de recursos implicaria, com a concessão do referido medicamento, a impossibilidade de atendimento de outras demandas (análise consequencialista).

Outra discussão que pode ser suscitada, que traz à tona a análise crítica da utilização dos efeitos concretos como critério (quase que único) a balizar o

²⁸ Nohara, Irene Patrícia. Op. cit., p. 28.

²⁹ Justen Filho, Marçal. Op. cit., p. 16.

³⁰ Canotilho, J. J. Gomes; Moreira, Vital. Fundamentos de direito constitucional. Coimbra: Coimbra, 1991.

entendimento do administrador em detrimento dos direitos fundamentais do catálogo refere-se à decisão do STF, exarada na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 1.923, julgada em 16 de abril de 2015³¹. Neste caso, autorizou-se o poder público a optar pela prestação direta dos serviços de saúde e educação ou a fomentar tais atividades mediante parcerias com o terceiro setor, a partir da análise de condições em concreto de cada ente federativo.

O STF, após calorosos debates, confirmou por maioria a constitucionalidade da Lei n. 9.637/98, que regulamenta as Organizações Sociais. Segundo o Relator para o Acórdão, Ministro Luiz Fux, a matéria tratada na referida ADI exige estabelecer o limite de atuação do Estado em áreas sensíveis à realização de direitos sociais, como também na busca do desenvolvimento, considerado como objetivo fundamental pelo art. 3º, II, da CF/88. Conforme consta no Acórdão, percebeu-se que os serviços sociais de saúde, educação, de proteção do meio ambiente, patrimônio histórico e acesso à ciência estariam inseridos no âmbito dos serviços não exclusivos do Estado. Por isso, sua titularidade pertence tanto ao Estado quanto à iniciativa privada.

Dessa forma, de acordo com o STF, a atuação do terceiro setor não configura prestação de serviço público, porque não há delegação, nos termos do art. 175, da Constituição. Trata-se, portanto, pelo entendimento da maioria dos Ministros, de modalidade de fomento³². Até aí nenhuma novidade. Ocorre que os argumentos consequencialistas utilizados pelo eminente Relator permitiram a conclusão de que

³¹ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.923, Relator Ministro Luiz Fux, julgada em 16 de abril de 2015, publicado em 02 de agosto de 2017. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 22 set. 2019. Sobre tal decisão, já há importante produção acadêmica no cenário nacional. Veja-se, exemplificativamente, defendendo as posições adotadas: Fux, Luiz; Modesto, Paulo; Martins, Humberto Falcão. Organizações sociais após a decisão do STF na ADI n. 1923/2015. Belo Horizonte: Fórum, 2017 e Binenbojm, Gustavo. "A era do direito administrativo como religião já era". In: Binenbojm, Gustavo. Estudos de direito público: artigos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 671-673. Em análise crítica à decisão: Violin, Tarso Cabral. Terceiro setor e as parcerias com a administração pública. 3. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2015 e Morettini, Felipe; Schier, Adriana da Costa Ricardo. "A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) Nº 1.923/DF e o papel do Estado e das Organizações Sociais na concretização dos direitos sociais". In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). São Leopoldo, v. 8, n. 3, p. 375-387, set./dez. 2016.

³² "O marco legal das Organizações Sociais inclina-se para a atividade de fomento público no domínio dos serviços sociais, entendida tal atividade como a disciplina não coercitiva da conduta dos particulares, cujo desempenho em atividades de interesse público é estimulado por sanções premiaias, em observância aos princípios da consensualidade e da participação na Administração Pública." Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.923, Op. cit.

o enfrentamento da matéria exige uma aproximação do tema “sem as amarras de uma pré-compreensão rígida de um modelo específico de Estado, supostamente avesso mesmo às manifestações de vontade que o povo, por seus representantes eleitos, traga a público diante da evolução provocada pelo passar dos anos”³³. Conclui-se então, no Acórdão, que ao firmar Contratos de Gestão com as Organizações Sociais, o Estado não deixa ao abandono seus deveres constitucionais. Isto porque, estaria atuando de forma indireta, por meio do fomento. Adotou-se, no Acórdão, portanto, decisão fundada na análise das consequências a serem identificadas pelo administrador, nos casos concretos. Isto porque restou firmado o entendimento de que cabe aos agentes públicos a escolha sobre a melhor maneira de garantir os direitos sociais plasmados no texto constitucional. Assim, caberia ao Poder Público uma escolha discricionária entre executar diretamente a atividade, como modalidade de serviço público, ou firmar parcerias com os particulares – no caso, as entidades do terceiro setor – para assegurar a realização dos direitos fundamentais³⁴.

Em livro publicado em comentários à decisão, o Min. Luiz Fux reforça seu entendimento: “a opção pelo atingimento dos resultados através do fomento, e não da intervenção direta, ficará a cargo, em cada setor, dos mandatários eleitos pelo povo, que assim refletirão, como é próprio às democracias constitucionais, a vontade prevalecente em dado momento histórico da sociedade”³⁵.

³³ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.923, Relator Ministro Luiz Fux, julgada em 16 de abril de 2015, publicado em 02 de agosto de 2017. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 22 set. 2019. Modesto, Paulo. “As organizações sociais no Brasil após a decisão do STF”. In: Fux, Luiz; Modesto, Paulo; Martins, Humberto Falcão. Organizações sociais após a decisão do STR na ADI n. 1.923/2015. Belo Horizonte: Fórum, 2017. Do ponto de vista teórico, portanto, essas são as premissas das quais se poderá partir em uma próxima pesquisa.

³⁴ “Disso se extrai que cabe aos agentes democraticamente eleitos a definição da proporção entre a atuação direta e a indireta, desde que, por qualquer modo, o resultado constitucionalmente fixado – a prestação dos serviços sociais – seja alcançado. Daí porque não há inconstitucionalidade na opção, manifestada pela Lei das OS’s, publicada em março de 1998, e posteriormente reiterada com a edição, em maio de 1999, da Lei nº 9.790/99, que trata das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, pelo foco no fomento para o atingimento de determinados deveres estatais.” (ADI n. 1.923/DF).

³⁵ Fux, Luiz. “Terceiro setor no Estado brasileiro: a decisão do Supremo Federal na ADI n. 1.923/DF e as organizações sociais”. In: Fux, Luiz; Modesto, Paulo; Martins, Humberto Falcão. Organizações sociais após a decisão do STR na ADI n. 1.923/2015. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 74.

O fomento passou a ser, nessa medida, uma forma de substituição da atuação direta do poder público na prestação de serviços públicos³⁶. Ou seja, em relação àqueles direitos que foram vinculados a serviços públicos, pelo constituinte ou pelo legislador, o Estado poderá utilizar-se de medidas de fomento como substituto da atuação do poder público, nas hipóteses em que a parceria com o particular se mostre como uma escolha mais oportuna e conveniente, de forma a garantir a fruição dos direitos sociais. Percebe-se, com isso, que o STF autoriza o administrador, em cada caso concreto, a partir das circunstâncias específicas e dos efeitos gerados, optar entre prestar serviços públicos de saúde e educação ou fomentar o terceiro setor a prestar tais atividades.

E tal solução, legitimada pela decisão referida, autoriza a opção pelos mecanismos de parceria com o terceiro setor pressupondo-se que há casos em que tal *solução* será a mais adequada/necessária e proporcional para atender os objetivos de redução do aparato administrativo e de contração das despesas com a máquina administrativa, aspirando-se reduzir os custos e aumentar a qualidade de serviços prestados³⁷. Ao que parece, tais efeitos foram considerados, pelo STF – e pelas administrações que vêm adotando tal solução – mais relevantes do que os efeitos que adviriam da solução pensada originalmente pelo Constituinte que garantia a prestação direta de tais atividades (art. 175, *caput*, CF/88).

³⁶ Desde a doutrina clássica, já pode ser feita uma certa identificação dos modelos de estado e da sua principal forma de intervenção na esfera privada. Nessa seara, desde Jordana de Pozas, que escreve seu trabalho de referência na década dos 40, do século passado, seria possível identificar a atividade de polícia como a modalidade de intervenção mais característica do Antigo Regime, já o serviço público seria a atuação típica dos estados de perfil mais intervencionista, enquanto o fomento, de acordo com o autor, seria a forma mais adequada de intervenção do Estado liberal. In: Jordana de Pozas, Luis. "Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo". In: Revista Estudios Políticos. Madrid, n. 48, pp. 41-54, 1949, p. 46. No mesmo sentido: Parada Vázquez, José Ramón. Derecho administrativo I, Parte General. 15. ed, Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas e Sociales, 2004, p. 43 e ss.

³⁷ Fernando Borges Manica ilustra perfeitamente a adoção de argumentos consequencialistas a orientar o agente: "A prestação de serviços públicos de assistência à saúde pelos Municípios pode ser realizada pela Administração Direta, pela Administração Indireta, por entidades privadas sem fins lucrativos parceiras e por entidades privadas com fins lucrativos parceiras ou contratadas. A opção por uma ou outra modalidade de prestação, em especial no que tange à celebração de parcerias, deve ser motivada, por meio da descrição dos pressupostos de Direito (previsão legal) e pressupostos de fato (realidade vivenciada pelo Município) que conduziram à decisão tomada." (Manica, Fernando Borges. "Parcerias público-privadas e judicialização no sistema nacional de saúde brasileiro". In: Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo LXVIII, n. 271, p. 319-335. p. 334).

A ameaça aos direitos fundamentais, com a adoção de tal modelagem, contudo, refere-se especificamente às garantias que decorrem do regime jurídico do serviço público, a partir do qual permite-se a todas e todos terem acesso aos bens protegidos por tal instituto mediante a garantia da prestação de serviços adequados, universais e contínuos³⁸.

CONCLUSÃO

O equilíbrio entre fundamentação adequada e resultado prático das decisões (administrativa ou judicial) é a essência do art. 20 da LINDB. Isto porque tal artigo diz respeito não só à fundamentação da decisão – que deve ser pautada no ordenamento jurídico, afastando-se a armadilha da fácil solução pelo emprego vago de valores jurídicos abstratos –, como também atentar para as consequências práticas da decisão. Impõe-se, portanto, a conjugação dos elementos “estruturação jurídica da argumentação” com “os aspectos práticos – e exequíveis” da decisão.

A análise do caso concreto é essencial para a efetivação do referido art. 20, uma vez que a solução encontrada, além de escorada no ordenamento jurídico, deve ser a mais adequada, sem que haja desrespeito aos direitos fundamentais. Outrossim, julgar apenas tendo como norte a consequência da decisão, pode conduzir a um cenário de negação de direitos. De outro lado, uma decisão pretensamente correta, que não atente para o seu resultado prático, igualmente não pode ser apontada como adequada. Longe de se pretender a exatidão nas decisões, quer-se a melhor solução dentre as possíveis.

Na decisão da ADI n. 1.923, em que se abriu a opção ao poder público de prestação direta de serviços de saúde e educação, ou o fomento a tais atividades, com parcerias com o terceiro setor, ficou clara a necessidade da decisão do administrador público ser pautada na análise das consequências da escolha entre uma possibilidade ou outra. Assim, o Estado pode lançar mão do fomento em substituição à sua atuação direta, desde que esta hipótese seja mais oportuna e conveniente, diante do caso concreto.

³⁸ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Serviço público. Curitiba: Ìthala, 2016.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alexy, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993.

Binenbojm, Gustavo. "A era do direito administrativo como religião já era". *In*: Binenbojm, Gustavo. Estudos de direito público: artigos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 671-673.

Canotilho, J. J. Gomes; Moreira, Vital. Fundamentos de direito constitucional. Coimbra: Coimbra, 1991.

Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda. "O papel do novo juiz no processo penal". *In*: Direito alternativo. Seminário nacional sobre o uso alternativo do direito. Rio de Janeiro: 1993, pp. 33-43.

Freitas, Juarez. O Controle dos atos administrativos. São Paulo: Malheiros, 2013.

Freitas, Juarez. Sustentabilidade. Direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum. 2016.

Fux, Luiz. "Terceiro setor no Estado brasileiro: a decisão do Supremo Federal na ADI n. 1.923/DF e as organizações sociais". *In*: Fux, Luiz; Modesto, Paulo; Martins, Humberto Falcão. Organizações sociais após a decisão do STR na ADI n. 1.923/2015. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 74.
Fux, Luiz; Modesto, Paulo; Martins, Humberto Falcão. Organizações sociais após a decisão do STF na ADI n. 1923/2015. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

Jordana de Pozas, Luis. "Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo". Revista Estudios Politicos. Madrid, n. 48, pp. 41 -54, 1949.

Justen Filho, Marçal. "Art. 20 da LINDB Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas". *In*: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13–41, nov. 2018.

Manica, Fernando Borges. "Parcerias público-privadas e judicialização no sistema nacional de saúde brasileiro". *In*: Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo LXVIII, n. 271, p. 319-335.

Marques Neto, Floriano de Azevedo; Freitas, Rafael Vêras de. A nova LINDB e o consequencialismo jurídico como mínimo essencial. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/opiniao-lindb-quadrantes-consequencialismo-juridico>>. Acesso em: 23 maio 2020.

Modesto, Paulo. "As organizações sociais no Brasil após a decisão do STF". *In: Fux, Luiz; Modesto, Paulo; Martins, Humberto Falcão. Organizações sociais após a decisão do STR na ADI n. 1.923/2015. Belo Horizonte: Fórum, 2017.*

Morais, Fausto Santos de; Zolet, Lucas. "A nova LINDB e os problemas da argumentação consequencialista". *In: Revista Jurídica, Curitiba, v. 4, n. 53, p. 497-523, 2018.*

Morettini, Felipe; Schier, Adriana da Costa Ricardo. "A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) Nº 1.923/DF e o papel do Estado e das Organizações Sociais na concretização dos direitos sociais". *In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). São Leopoldo, v. 8, n. 3, p. 375-387, set./dez. 2016.*

Nohara, Irene Patrícia. LINDB. Lei de Introdução às normas do direito brasileiro. Hermenêutica e novos parâmetros ao direito público. Curitiba: Juruá, 2018.

Parada Vázquez, José Ramón. Derecho administrativo I, Parte General. 15. ed, Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas e Sociales, 2004.

Pogrebinschi, Thamy. "A Normatividade dos Fatos, as Consequências Políticas das Decisões Judiciais e o Pragmatismo do Supremo Tribunal Federal (Comentários à ADI 2240-7/BA)". *In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 247, p. 181-193, 2008.*

Posner, Richard. A abordagem econômica do Direito. Problemas da filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Posner, Richard. Perspectivas filosóficas e econômicas. Para além do direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

Sanchis, Pietro Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. *In: Miguel Carbonell Sánchez (coord.). Neoconstitucionalismo(s). España: Editorial Trotta, 2003. p. 123-158.*

Schier, Adriana da Costa Ricardo; Freitas, Daniel Castanha de. "O protagonismo do órgão jurisdicional: uma pesquisa empírica da perspectiva dos magistrados do Tribunal de Justiça do Paraná sobre o ativismo judicial". *In: Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 19, n. 101, p. 115-130, jan./fev. 2017.*

Schier, Paulo Ricardo. Filtragem constitucional. Porto Alegre: SAFE, 1999.

Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.923, Relator Ministro Luiz Fux, julgada em 16 de abril de 2015, publicado em 02 de agosto de 2017. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 22 set. 2019.

Streck, Lenio Luiz. Verdade e consenso. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Valle, Vanice Regina Lírio do. Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

Violin, Tarso Cabral. Terceiro setor e as parcerias com a administração pública. 3. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2015.

DIREITOS POLÍTICOS E DESAFIOS DA DEMOCRACIA

2. AS VIRTUDES DA POLÍTICA E O PRESIDENCIALISMO DE COALIZAÇÃO NO BRASIL



<https://doi.org/10.36592/9786587424941-02>

Paulo Ricardo Schier¹

Introdução

O presente trabalho pretende apresentar o delineamento institucional do presidencialismo brasileiro, trazendo suas características gerais e elementos que permitem compreender como este sistema de governo se comporta no contexto da Constituição de 1988. O presidencialismo é um sistema de governo nascido a partir da experiência norte-americana (Constituição da Filadélfia, 1787). Caracteriza-se, primordialmente, pelo fato da chefia de governo e de Estado estarem centradas em uma única autoridade – o Presidente da República - e ainda na forma diferenciada como se estabelecem as relações entre os Poderes Executivo e Legislativo. O Poder Executivo e o governo, de forma geral, exercem as suas funções sem depender da manifestação de confiança do Poder Legislativo. Para que isso seja possível, ao contrário do que ocorre com o Primeiro-Ministro no parlamentarismo (onde o chefe de governo é escolhido pelo Poder Legislativo e exerce suas funções enquanto perdurar a confiança), o Presidente da República possui fonte de legitimação autônoma em face do Parlamento, exercendo mandato (governo por um prazo fixo) e só podendo ser derrubado em situações excepcionais que configurem crime de responsabilidade (mediante processo de *impeachment*).

O Brasil, seguindo longa tradição e com respaldo popular, adota esse sistema de governo desde a Constituição de 1891. No decorrer de seu desenvolvimento

¹ Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Paraná (Brasil). Estágio pós-doutoral pela Universidade de Coimbra (Portugal). Professor de Direito Constitucional, em nível de graduação e pós-graduação *stricto sensu* – mestrado e doutorado (PPGD Direitos Fundamentais e Democracia) da Escola de Direito do Centro Universitário Autônomo UniBrasil. Pesquisador vinculado ao NUPECONST – Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional (CNPq) e à Linha de Pesquisa "Constituição e Condições Materiais da Democracia". Professor do Instituto de Pós-Graduação em Direito Romeu Felipe Bacellar, da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDCONST e da Academia de Direito do Centro Europeu (Curitiba). Membro Honorário da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/Pr. Advogado militante. Email: pauloschier@uol.com.br . ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8236-2694>

institucional o presidencialismo brasileiro veio a combinar elementos (hiperpresidencialismo, multipartidarismo, federalismo, sistema eleitoral proporcional) que conduziram ao chamado presidencialismo de coalizão.

Esse modelo de presidencialismo de coalizão, de acordo com as pesquisas, apresenta virtudes, mas também sofre críticas, sendo que uma delas seria de a que o sistema, ao impor um constante processo de diálogo para fomentar a estabilidade da coalizão, fomentaria o clientelismo e a corrupção. Não poucos autores e atores políticos imputaram parte da culpa do fenômeno da corrupção brasileira no contexto pós-1988 exatamente a esse modelo de governo. Ocorre, todavia, que não se pode confundir coalizão com corrupção, diálogo político com negociações ilegítimas ou processos decisórios e deliberativos típicos da democracia com aquilo que a cultura popular designa como politicagem.

O atual Presidente da República, Jair Bolsonaro, em seu processo eleitoral e no início de sua gestão, atento a esse imaginário social que associa o diálogo natural da política com corrupção, declarou adotar a prática de uma “nova política”, consistente exatamente na negação de diálogo com os grupos tradicionais do cenário político brasileiro. O presente estudo, ainda em fase preliminar, pretende trabalhar a hipótese de que a referida “Nova Política”, menos do que incrementar a democracia, proporcionou um processo de desestabilização do quadro do Estado Democrático de Direito.

1 Presidencialismo e parlamentarismo

O que a Teoria Política usualmente designa como sistema de governo diz respeito ao estudo das formas de legitimação e mecanismos de relação entre os Poderes. Basicamente existem dois grandes modelos de sistema de governo que dominam a experiência mundial: o parlamentarismo (e suas diversas variações) e o presidencialismo. Duas são as principais notas distintivas entre esses sistemas.

A primeira delas diz respeito ao fato de que o sistema parlamentarista de governo, em seus diversos modelos, apresenta uma forma de legitimação popular indireta no plano do Poder Executivo. O povo elege o parlamento e este é o responsável pela nomeação do Chefe do Poder Executivo, titularizado pelo Primeiro

Ministro, que se torna o responsável pela nomeação do Gabinete e pela execução das leis e administração do interesse público sob a confiança do Legislativo². Há uma cisão entre Chefia de Governo e Chefia de Estado. O Primeiro Ministro é o Chefe de Governo. No presidencialismo, diferentemente, tanto o Poder Legislativo quanto o Executivo possuem legitimação popular sendo ambos eleitos pelo povo³.

Uma segunda nota distintiva diz respeito ao tempo de exercício do governo. No parlamentarismo não existe mandato para o Poder Executivo. Isso significa dizer que o Primeiro Ministro e seu Gabinete podem ficar no comando da administração pública de um dia até longos anos. Enquanto durar a confiança do parlamento o Gabinete permanece. No presidencialismo ocorre de forma diversa⁴. O Poder Executivo possui um mandato fixo - no Brasil, atualmente, de 4 anos -, sendo que o exercício da gestão independe da confiança do parlamento.

Por certo essas são características muito gerais. Há variações das mais diversas entre esses dois sistemas de governo.

Quando se reconhece essas notas distintivas é possível perceber que ambos os sistemas trabalham as crises e os problemas a partir de lógicas distintas⁵. No parlamentarismo as crises de governo, as crises políticas ou as crises econômicas em regra são resolvidas com a dissolução do Gabinete, retirando-se o voto de confiança conferido ao Primeiro Ministro para, então, nomear-se novo Gabinete através da abertura de negociações no Legislativo.

Em determinados modelos pode-se inclusive ocorrer a dissolução do Parlamento com a convocação de novas eleições. De uma forma ou de outra - dissolvendo-se o Gabinete ou o Parlamento - a ideia central que dirige o parlamentarismo é a de que o Legislativo consiga definir um nome para a Chefia de Gabinete através da formação de um amplo consenso ou de um compromisso

² STEPAN, Alfred; SKACH, Cindy. Constitutional frameworks and democratic consolidation: Parliamentarism versus presidentialism. In: **World Politics**, v. 46, n. 01, p. 1-22, Cambridge: Cambridge University Press, 1993. p. 10-22.

³ SHUGART, Matthew Sørberg. Semi-presidential systems: Dual executive and mixed authority patterns. In: **French Politics**, v. 3, n. 3, p. 323-351, London: Palgrave Macmillan, 2005. p. 324-325.

⁴ CHEIBUB, José Antonio; PRZEWORSKI, Adam & SAIEGH, Sebastian. Governos de coalizão nas democracias presidencialistas e parlamentaristas. In: *Dados – Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, Volume 45, n. 2, 2002, p. 187-218

⁵ Idem. *Ibidem*.

político relativamente estável, garantindo-se assim legitimidade e governabilidade⁶. Em parlamentos multipartidaristas, portanto, o regime de coalizão é da essência do sistema⁷.

O presidencialismo lida com as crises de forma diversa. A partir do momento em que se atribui legitimação popular direta ao chefe do Poder Executivo, atribuindo-lhe mandato fixo, só há duas formas institucionalizadas de se derrubar ou mudar o governo: realização de novas eleições após o término do mandato ou a condenação do Presidente da República em processo de *impeachment* por acusação de crime de responsabilidade. E desta forma, se não há crime cometido, nada pode derrubar o Chefe do Poder Executivo. O presidencialismo portanto é um sistema de governo tendencialmente gerador de mais tensões⁸. A legitimação popular do Presidente da República impede que ele seja derrubado em quaisquer momentos de crise. Neste sistema, ainda que o governo seja ruim, tome medidas impopulares, perca apoio político do parlamento, ou não enfrente as crises de forma adequada, ele não pode ser derrubado. Há, como se disse, um potencial conflitivo nas relações Executivo versus Legislativo maior no presidencialismo⁹.

Daí se extrai que no parlamentarismo o Poder Executivo normalmente desempenha as suas funções num quadro de estabilidade política sendo que a governabilidade é quase que pressuposta. Do contrário o ocorrerá a dissolução do Gabinete. No presidencialismo a estabilidade política não é um dado necessário. Ela depende de diversos fatores dentre eles (i) o fato do partido político do presidente da república possuir maioria no parlamento, sozinho ou através de coalizões, (ii) o desempenho político, social e econômico do governo ou (iii) até mesmo o prestígio pessoal do presidente. Estabilidade e governabilidade, no presidencialismo, decorrem de uma intrincada rede de fatores¹⁰. Mas um dado é certo no

⁶ SANTOS, Fabiano. Escolhas institucionais e transição por transação: sistemas políticos de Brasil e Espanha em perspectiva comparada. In: Dados, vol. 23, n. 04, Rio de Janeiro, 2000.

⁷ FIGUEIREDO, Argelina Cheibub. Coalizões governamentais na democracia brasileira. Revista Primeiros Estudos, vol. 6, Ano 4, São Paulo: USP, 2014. In: <http://www.revistas.usp.br/primeirosestudios/article/viewFile/52546/56512>.

⁸ ANDRADE, Régis De Castro. Presidencialismo e reforma institucional no Brasil. Lua Nova, São Paulo, n. 24, p. 5-26, Sept. 1991. In: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451991000200002&lng=en&nrm=iso.

⁹ Idem, *ibidem*.

¹⁰ DELGADO, Ignácio Godinho. Atores políticos e coalizões na trajetória da política social brasileira. Locus - Revista de História. In: <http://locus.ufjf.emnuvens.com.br/locus/article/viewFile/2492/2073>

presidencialismo: sem apoio do Legislativo pode até existir certa estabilidade, mas inexiste governabilidade.

2 O Presidencialismo brasileiro

O Brasil nem sempre adotou o sistema presidencialista de governo, sendo certo que o parlamentarismo foi praticado durante o período do Brasil Império - no Segundo Reinado entre 1840 e 1889¹¹ -, e, durante a república, entre 1961 e 1963. Apesar dessas experiências o país possui uma forte tradição presidencialista.

O presidencialismo se afirmou como sistema de governo desde a primeira Constituição republicana e, sempre que foi colocado sob teste popular, triunfou. Em 1963 a realização de plebiscito garantiu ampla vitória deste sistema de governo [9.457.448 de votos] em detrimento do parlamentarista [que recebeu 2.073.582 votos]¹². A Constituição de 1988 previu a realização de plebiscito após cinco anos de experiência constitucional para que o povo pudesse mais uma vez deliberar sobre sistema de governo e forma de governo. Nesta oportunidade o presidencialismo recebeu 69,2% dos votos válidos contra 30,8% do parlamentarista¹³.

Na Constituição de 1988 o tema dedicado ao Poder Executivo e ao sistema de governo está disciplinado em capítulo próprio, no título da separação dos poderes (título IV), entre os arts. 76 e 91.

De acordo com o sistema brasileiro o presidente da república é o chefe do Poder Executivo e exerce a sua função auxiliado pelos Ministros de Estado e pelo Vice-Presidente. O mandato do Presidente da República é de 4 anos, admitindo-se a recondução para o mandato imediatamente subsequente uma única vez. A eleição é direta, exigindo-se maioria absoluta que, se não for obtida em primeiro turno de votação, determina a realização de um segundo turno com os dois candidatos mais

¹¹ FERRAZ, Sérgio. A Dinâmica Política do Parlamentarismo do Império: Gabinetes, Câmara dos Deputados e Poder Moderador (1840-1889). In: http://www.fflch.usp.br/dcp/assets/docs/III_SD_2013/Mesa_11.1_-_Sergio_Ferraz_III_SD_2013.pdf

¹² KORNIS, Mônica Almeida. Parlamentarismo, sim ou não? In: http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/Jango/artigos/NaPresidenciaRepublica/Parlamentarismo_sim_ou_nao.

¹³ Tribunal Superior Eleitoral. In: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/plebiscito-de-1993>.

votados no primeiro turno. O Vice-Presidente é eleito junto com o Presidente sendo necessariamente o registrado por este último.

A Constituição de 1988 prevê o procedimento de *impeachment* para os casos de prática de crime de responsabilidade, considerando-se como tais aqueles que atentem contra (i) a existência da União, (ii) o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da federação, (iii) o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais, (iv) a segurança do país, (v) a probidade na administração, (vi) a lei orçamentária e (vii) o cumprimento das leis e das decisões judiciais. O processo demanda autorização da Câmara dos Deputados pela maioria qualificada de 2/3 (342 votos de um universo de 513) e julgamento perante o Senado Federal em caso de crime de responsabilidade ou perante o Supremo Tribunal Federal em caso de crime comum.

No que diz respeito com as funções o presidencialismo brasileiro se enquadra no modelo do que se designa como presidencialismo imperial, ou hiperpresidencialismo, tendo em vista o grande acúmulo de poderes concentrados no Poder Executivo¹⁴. Com efeito o presidente da república possui ampla atribuição de iniciativa, o que lhe confere grande poder agenda¹⁵.

Quase todas as matérias relevantes em termos de definição de políticas públicas, definição de prioridades orçamentárias e alocação de recursos é de iniciativa privativa do presidente da república, assim como quase toda matéria que diz respeito à organização administrativa.

O presidente da república, nesta seara, consegue manter um elevado grau de dominância das matérias discutidas no Congresso Federal¹⁶. A agenda política é primordialmente definida pelo presidente. Ademais, em todas as matérias de sua iniciativa chefe do Poder Executivo ainda possui a prerrogativa de solicitar urgência,

¹⁴ MACEDO, José Arthur Castillo de. Constitucionalismo, democracia e autogoverno. Dissertação de mestrado. Curitiba: UFPR, 2001, inédito. In: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/26574/Dissertacao%20biblioteca%20Jose%20Arthur%20C.%20M..pdf?sequence=1>.

¹⁵ LIMONGI, Fernando & FIGUEIREDO, Argelina. Poder de agenda e políticas substantivas. In: http://www.fflch.usp.br/dcp/assets/docs/Limongi/Poder_de_Agenda_e_Politiclas_Substantivas.pdf

¹⁶ SANTOS, Rafael Freitas dos. Poder de agenda e participação legislativa no presidencialismo de coalizão brasileiro. Dissertação de mestrado, inédito. In: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/.../2010_RafaelFreitasdosSantos.pdf.

obrigando com que os temas por ele proposto sejam obrigatoriamente enfrentados em prazo relativamente curto de até 90 dias. E nesta hipótese, caso as matérias encaminhadas pelo presidente não sejam apreciadas, ocorre o bloqueio da pauta. Se a matéria ainda não for aprovada de acordo com a definição ou na forma proposta do presidente cabe-lhe o exercício do veto, que devolve a matéria ao Congresso Nacional e só pode ser derrubado com a manifestação da maioria absoluta. Exceto em relação às Emendas Constitucionais e algumas matérias de competência de privativa da Câmara e do Senado e matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional, o veto sempre é admitido.

Se isso já não fosse suficiente para reconhecer a força do chefe do Poder Executivo, o presidente ainda possui competências legislativas seja através da possibilidade de edição de medidas provisórias ou através da edição de leis delegadas, além de ampla competência regulamentar no campo administrativo¹⁷. Ele também é responsável por indicar e nomear uma expressiva gama de cargos, tais como Ministros do Supremo Tribunal Federal, Ministros dos Tribunais Superiores, Procurador-Geral da República, presidente e diretores do Banco Central, Ministros do Tribunal de Contas da União, dentre outros, além de obviamente nomear e demitir *ad nutum* os Ministros de Estado. É de sua competência privativa decretar a intervenção federal e o estado de sítio. E a isso somam-se as funções inerentes à chefia de estado (representação do país, assinatura de tratados, declarar guerra e celebrar a paz etc.).

Apenas para dar uma ideia do que este quadro representa considere-se que desde a promulgação da Constituição de 1988 a taxa média de dominância¹⁸ do Presidente da República no Congresso Nacional oscila entre 75 e 90%, tendo uma

¹⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993; ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade. Coimbra: Almedina, 1987; ATALIBA, Geraldo. Decreto regulamentar no sistema brasileiro. RDA 97; CAMPOS, Francisco. Lei e regulamento: matéria reservada à competência do Poder Legislativo – limites do poder regulamentar – direitos e garantias individuais. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, 1953, nº146; CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes. RDA 219; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Conflito entre poderes. São Paulo: RT, 1994.

¹⁸ A taxa de dominância é definida pela quantidade de matérias em tramitação, discussão e deliberadas no parlamento a partir de propostas oriundas do Poder Executivo.

média de 76,6%. A taxa de sucesso¹⁹ do Presidente da República no Congresso Nacional gira em torno de 80%²⁰. E, nas matérias em que foi derrotado e o conteúdo de suas propostas foi alterado durante a votação no Congresso Nacional, o Presidente tem exercido sistematicamente o poder de veto. Em tais casos, embora o veto possa ser derrubado, na prática ele tem prevalecido - ao menos informalmente. Isto porque o prazo constitucional de 30 dias para a apreciação do veto presidencial pelo Congresso Nacional não é respeitado. Assim existem cerca de 4.000 vetos apostos pelo Presidente da República aguardando deliberação²¹. Enquanto isso a vontade do Presidente predomina.

Trata-se, portanto, de um modelo de presidencialismo em que, efetivamente, o presidente possui poderes imperiais. Ele tem capacidade de dominar a agenda política, retirar temas da pauta, vetar, produzir atos normativos independentemente de autorização legislativa e ainda, conforme será demonstrado adiante, consegue direcionar e aprovar a maioria de suas propostas no parlamento.

3 Presidencialismo de coalizão

O presidencialismo de coalizão decorre de um específico arranjo institucional que combina hiperpresidencialismo, multipartidarismo, eleições para o parlamento fundadas no critério proporcional com lista aberta e federalismo²². Não se trata de um fenômeno exclusivamente brasileiro²³ e tampouco uma novidade. Os teóricos da Ciência Política já o haviam identificado antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988, apontando inclusive algumas de suas manifestações

¹⁹ A taxa de sucesso é definida pela quantidade percentual de matérias de iniciativa do Poder Executivo que são aprovadas no parlamento.

²⁰ Banco de Dados Legislativos do Cebrap.

²¹ Dado do Senado Federal. In: <http://www12.senado.gov.br/jornal/edicoes/2013/02/06/lideres-buscam-solucao-para-vetos-pendentes-de-analise>.

²² ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. In: Dados – Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro, Volume 31, n. 1, 1988, p. 5-34.

²³ Paul Chaisty, Nic Cheeseman e Timothy Power, *por exemplo, identificam o presidencialismo de coalizão também no Equador, Chile, Benin, Quênia, Malawi, Armênia, Ucrânia e Rússia* (CHAISTY, Paul; CHEESEMAN, Nic & POWER, Timothy. *Rethinking the presidentialism debate: conceptualizing coalitional politics in cross-regional perspective*. In: <http://dx.doi.org/10.1080/13510347.2012.710604>).

já no contexto da Constituição de 1946²⁴.

A soma dos fatores hiperpresidencialismo, multipartidarismo, eleições para o parlamento fundadas no critério proporcional com lista aberta e federalismo é sempre apontada como problemática. Deveras, para se ter uma ideia, os cientistas políticos apontavam, já no contexto do processo constituinte de 1987, que haveria no Brasil pós-88 uma crise de governabilidade eis que dificilmente algum presidente da república, com fortes poderes constitucionais, conseguiria ser eleito com partido político que garantisse maioria no âmbito do parlamento. E, realmente, tal jamais ocorreu no país após a Constituição de 1988.

O arranjo institucional brasileiro naturalmente conseguiu arrumar solução para esse problema concreto e inevitável através do presidencialismo de coalizão (termo cunhado por Sérgio Abranches e amplamente divulgado e discutido)²⁵.

A ideia central do presidencialismo de coalizção sustenta que, para que haja governabilidade, demanda-se (i) coalizção na formação da aliança, (ii) coalizção na formação do governo e (iii) coalizção governante.

A categoria em princípio se pretende meramente descritiva: é assim que funciona o sistema brasileiro e esta foi a forma que o país encontrou para viabilizar governabilidade no processo de transição democrática.

A questão é que, mais que um arranjo institucional, o presidencialismo de coalizção se mostra como uma verdadeira ideologia que esconde o caráter de classe, o caráter clientelista e patrimonialista do Poder Público no Brasil²⁶.

As ideias de coalizção na formação da aliança, coalizção da formação do governo, coalizção governante e sua dinâmica, voto de liderança (através do qual o voto do líder do partido no parlamento é computado como o voto de todos os parlamentares da agremiação), fidelidade partidária, desvalorização - no parlamento - do chamado "baixo clero" (parlamentares - em grande quantidade - de pouca

²⁴ LIMONGI, Fernando. O poder executivo na constituição de 1988. In: http://www.fflch.usp.br/dcp/assets/docs/Limongi/O_Poder_Executivo_na_Constituicao_de_1988.pdf s/d.

²⁵ ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. *Presidencialismo de coalizção: o dilema institucional brasileiro*. In: Dados – Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro, Volume 31, n. 1, 1988, p. 5-34

²⁶ As ideias centrais do presidencialismo de coalizção como ideologia podem ser encontradas em: MARTUSCELLI, Danilo Enrico. *A ideologia do presidencialismo de coalizção*. In: Anais do IV Simpósio de Lutas Sociais na América Latina. Londrina, 2010, p. 62-71.

expressão política e eleitos por transferência de votos), a lógica de distribuição de cargos e funções estratégicos, o financiamento privado de campanha (em julgamento perante o Supremo Tribunal Federal), o papel forte do presidente e seu determinante poder de agenda e grande atividade legislativa pelas Medidas Provisórias orientam os mecanismos desse sistema.

No contexto de presidencialismo de coalizão, como afirmam alguns pesquisadores, a necessidade de formação de alianças políticas partidárias e regionais cria uma situação em que o Legislativo se torna refém do Executivo. Como a governabilidade depende da renovação da aliança no decorrer do mandato, o aparelho burocrático do Executivo, por conta de demandas partidárias ou regionais (a depender do tipo de coalizão), acaba sempre "cedendo" às pressões da aliança. Como as alianças normalmente não são homogêneas (é assim ao menos no Brasil), o Executivo acaba cedendo, no plano governamental, a interesses políticos e regionais que muitas vezes são contraditórios e que beneficiam "interesses setoriais".

O presidencialismo de coalizão, neste contexto, por um lado é apontado como a saída que a sociedade brasileira encontrou para a afirmação de uma democracia plural, no contexto de uma sociedade desigual e fragmentária, tendo proporcionado governos relativamente estáveis (exceção ao caso especial do governo Dilma Rousseff). Por outro lado, não tem permitido a construção de um projeto de Estado coerente e efetivamente republicano, principalmente porque não conseguiu proporcionar "consensos ou compromissos legítimos".

Por isso tem-se assistido, no Brasil, a uma emergência de leituras críticas em relação a este específico arranjo institucional, eis que se trata de um modelo tendencialmente (não necessariamente) antidemocrático, vulnerável e permissivo no que tange com a corrupção e ao patrimonialismo.

Com efeito, as coalizões tornam Legislativo e Executivo um bloco de poder único, com centralização forte na figura do Presidente (logo, do Executivo). Isso acaba relativizando o papel de fiscalização do Parlamento em relação ao Executivo (exceto quando existe quebra da aliança ou divergência interna na base da coalizão). Mais grave de tudo: o presidencialismo de coalizão tem favorecido historicamente a

continuidade do patrimonialismo e do clientelismo, tão presentes no setor público brasileiro.

Considere-se, nesta linha de argumentação, que a lógica das alianças só funciona na medida em que o Presidente da República negocia espaço, no aparelho de estado, com os “parceiros partidários e regionais” (e nem sempre os interesses são convergentes e coerentes). Esses, por sua vez, atuam dentro de uma lógica voltada aos interesses pessoais e de atendimento das demandas das bases, dos financiadores de campanha ou algum outro interesse particular não confessável. Vê-se, logo, que o arranjo institucional pode propiciar a corrupção sutil, invisível.

Aprofundando um pouco esta análise ainda é possível perceber que no sistema brasileiro o Presidente e o Executivo são fortes política e governamentalmente, mas a dinâmica da coalizão não dá à Presidente capacidade de “dispor” sobre o conteúdo das decisões tomadas “setorialmente”. Isso impossibilita a criação de políticas públicas globais e coerentes. É preciso aqui destacar, então, que não há coerência entre políticas no campo de saúde, portos, infraestrutura, moradia, políticas econômicas, meio ambiente, política internacional etc. Cada setor do Estado, no presidencialismo de coalizão, é ocupado por representantes de interesses diferentes da base de aliança. Isso tudo se agrava, pois, as alianças, no sistema brasileiro, não são exatamente alianças partidárias, mas sim “coligações eleitorais”, o que torna tudo pior.

Não fosse isso suficiente para gerar um quadro bastante problemático, a lógica de atuação parlamentar, no presidencialismo de coalizão, fortalece as lideranças que dão apoio à aliança, retirando “força” dos deputados de base, designados na linguagem política como “baixo clero”. Esse quadro permite a manutenção do clientelismo e da defesa dos “donos de determinadas pastas, partidos, secretarias e ministérios”.

De tudo o que foi afirmado até o momento, e partindo de Nicos Poulantzas²⁷, percebe-se que no Brasil, por conta desse arranjo institucional, não há mesmo que se falar em “poderes” ou “separação de poderes”. O poder é um só. O estatal. A máquina estatal representa algo único, incindível. O aparato de dominação é o

²⁷ POULANTZAS, Nicos. Poder político e classes sociais. Porto: Portucalense, 1971.

mesmo, como diria Althusser²⁸. O Estado atua em bloco, que é chamado por Poulantzas de Bloco de Poder²⁹.

O presidencialismo de coalizão, enquanto "realidade institucional", é também uma ideologia. Isso porque faz a sociedade crer que o "sistema" é necessário para a governabilidade e estabilidade democrática, faz crer que existe efetiva separação de poderes e controle inter-orgânico das funções políticas. Todavia o sistema, em verdade, esconde, como antecipado, o caráter de classe, mercadológico, clientelista, patrimonialista do aparelho de estado; o sistema impede que as decisões no âmbito do parlamento e do executivo sejam efetivamente deliberativas (exceto em relação a alguns campos neutros aos interesses das alianças).

Em suma, é preciso deixar claro que, no Brasil, políticas e decisões públicas são formadas, por decorrência dos governos de coalizões, a partir de um sistema que é todo voltado para a manutenção do clientelismo anti-republicano e da corrupção velada. Aquilo que Sérgio Abranches percebia como sendo a forma brasileira de reinventar a democracia, em verdade em muitas situações pode se manifestar como um modo de perpetuar uma determinada forma de dominação corrupta, clientelista e patrimonialista.

4 A solução da "nova política" e suas limitações estruturais

As críticas que foram acima esboçadas ao presidencialismo de coalizão precisam ser compreendidas com certa dose de cuidado. É verdade que existe um sentido ideológico no sistema de governo e, igualmente, não raro os partidos políticos e as elites atuam como bloco único. Esse fenômeno inclusive é que permite Domênico Losurdo³⁰ sustentar a sua tese de existência de um monopartidarismo concorrencial (ou monopartidarismo competitivo). Mas tais críticas, mais do que associadas ao sistema de governo, são direcionadas estruturalmente ao capitalismo e ao modo de funcionamento das democracias liberais.

²⁸ ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos de Estado*. Petrópolis: Vozes, 1999.

²⁹ POULANTZAS, Nicos. *State, Power, Socialism*. London : New Left, 1978.

³⁰ LOSURDO, Domenico. *Democracia ou bonapartismo – triunfo e decadência do sufrágio universal*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2004, p. 308-9.

Se partirmos do pressuposto, todavia, que a ossatura institucional da sociedade brasileira, no contexto da Constituição de 1988, assume a feição de uma democracia liberal, é preciso aceitar a igualdade moral entre todos, a necessidade do igual respeito e consideração³¹, a inclusão de todos os cidadãos e interesses³², o fato do pluralismo³³ e, logo, a inevitável existência de conflitos, de mundividências diferentes, de concorrência de interesses, de embates de ideias e de concepções de vida boa³⁴. É no contexto das democracias que tem sentido se falar em desacordos morais razoáveis.

A democracia, logo, é o espaço do conflito, e não da paz³⁵; é o espaço da pluralidade, e não do pensamento único³⁶. O papel do Estado, nas democracias, é criar os meios de decisão, de mediação dos conflitos, possibilitando o diálogo, a tolerância, a convivência nas diferenças. Mais que um governo que se funda na "vontade das maiorias", é o governo que se funda na "vontade dos diferentes".

É nesse contexto que, na perspectiva liberal, as democracias contemporâneas do pós-2ª Guerra Mundial tenderam ao modelo deliberativo. E nesse modelo a referência central de legitimidade se pauta na racionalidade argumentativa. Isso pode ser visto em John Rawls, Habermas, Robert Dahl, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Manuel Atienza, Klaus Gunter, MacCormick, Santiago Nino ou Roberto Gargarella. Todos, trazidos aqui exemplificativamente, são autores com pensamentos muito diferentes, mas que, ao fundo, compreendem o Estado e o Direito sob a ideia de "razão pública", controlabilidade das decisões, disputabilidade de interesses legítimos, exigência de ônus ou carga de argumentação nos processos decisórios, inclusão, participação de interessados e afetados pelas decisões, igualdade moral, responsabilidade das autoridades públicas, dentre outros valores.

Bem por isso, a despeito das limitações e dificuldades históricas das democracias liberais capitalistas, não é possível superar a ideia de que tais

³¹ DWORKIN, Ronald, *A matter of principle*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1985, p. 190.

³² DAHL, Robert. *On democracy*. New Haven: Yale University press, 1998, p. 84-85.

³³ RAWLS, John. *Justiça e Democracia*. Tradução de Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. XI.

³⁴ SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 259-286.

³⁵ MOUFFE, Chantal. *Democracia, cidadania e a questão do pluralismo*. In: *Política & Sociedade*, Vol. 2, n. 3, 2003, p. 11-26.

³⁶ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: SAFe, 1998, p. 30-1.

democracias só alcançam legitimidade substantiva na perspectiva deliberativa. E, apesar dos muitos modelos ideais que se possa imaginar para a deliberação ótima, falar em deliberação – e, portanto, democracia - sempre pressupõe a existência de diálogo racional mediado por algum tipo de procedimento (seja o procedimento legislativo, o procedimento judicial, o procedimento administrativo, o procedimento da formação de políticas públicas...). A legitimidade democrática vincula-se a esses dois fatores. Destarte, sem respeito aos procedimentos decisórios institucionalizados pelo Estado e sem diálogo racional, não há que se falar em democracia (liberal). Democracia exige diálogo, negociação, ponderação de interesses, oitiva de objeções e opiniões diferentes, consideração dos argumentos das minorias e afetados. Assim a democracia deliberativa não é a democracia da vontade da maioria, nem a democracia do governo dos melhores ou dos mais sábios, tampouco dos mais fortes, dos donos da melhor moralidade, da melhor religião ou dos representantes dos bons costumes.

Democracia deliberativa, destarte, é a que exige o diálogo e, no contexto do procedimento decisório, impõe controlabilidade das razões e argumentos e, como consequência, possibilita a mudança de opinião, a mudança de valores, a mudança das políticas e mudança de prioridades e agenda.

Então, se é verdade que o presidencialismo de coalizão apresenta uma série de limitações, nem por isso deve-se jogar o sistema na sarjeta. Os problemas do clientelismo, do coronelismo, da má conduta política, da improbidade, do subjetivismo, do cordialismo ou da pessoalidade precedem a adoção do presidencialismo no Brasil e precedem ao próprio presidencialismo de coalizão³⁷.

Parte da confusão que permite identificar a lógica da coalizão com a lógica da corrupção é cultural e se vincula com uma ideia leiga e distorcida na noção de representação política. Se é certo que o mandato confere aos agentes políticos um vínculo de representação de valores e interesses, também é verdade que confere, conjuntamente, uma carta de diálogo e negociação sem a qual a própria representação seria inócua. O representante político que não dialoga e nem negocia políticas, pautas e agendas, em sociedade plural e multipartidária, não consegue

³⁷ ABRANCHES, Sergio. Presidencialismo de coalizão – raízes e evolução do modelo político brasileiro. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, posição 164.

emplacar leis e políticas. Esse processo natural de negociação e diálogo não é nocivo e nem pode ser criminalizado.

Ademais, como se disse, o próprio senso comum, muitas vezes orientado por uma moralidade autocentrada, por uma racionalidade egocêntrica, acaba entendendo a negociação política e a própria ideia de consenso (como produto de diálogo) como algo distorcido, ruim, ilegítimo. Nessa linha, interessante pesquisa de Roseanna Sommers³⁸ aponta como essa ideia de consenso como algo negativo ou distorcido, como algo identificado com “politicagem”, integra o senso comum da política e, inclusive, do próprio processo de decisão no Tribunal de Júri.

Essa perspectiva do senso comum precisa ser superada, sob pena de se confundir, sempre, todo e qualquer processo de decisão política com corrupção e negociata. E esse processo é perigoso.

Na história recente do Brasil a eleição do Presidente Jair Bolsonaro, dentre muitas peculiaridades, foi marcada por esse traço. A negação absoluta do diálogo e da negociação. A negação daquilo que seu grupo político decidiu chamar de “velha política”, em contraposição à noção de uma “Nova Política”. Esse discurso veio ao encontro do senso comum da população que identifica diálogo e negociação com corrupção.

Na prática, isso implicou na formação de um corpo ministerial não negociado com outros grupos políticos. Ao passo em que isso se prestaria para preservar a coerência política, acabou em verdade proporcionando a emergência de “outsiders” despreparados e descompromissados com os valores da comunidade e da Constituição de 1988. Possibilitou que moralistas fundamentalistas tomassem o Ministério da Educação com uma bandeira de combate ao comunismo e ao que chamam de ideologia de gênero e cristofobia; mas sem, contudo, conseguirem aprovar quaisquer medidas importantes (salvo perseguições políticas e manipulações no processo de nomeação de reitores). Acometido por qualquer crítica de opositores, no lugar de apresentar argumentos racionais, a Nova Política ameaçou

³⁸ SOMMERS, Roseanna. *Commonsense consents*. In: Yale Law Journal, Vol. 129, 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2761801

com a aplicação da Lei de segurança Nacional, com o fechamento do Supremo Tribunal Federal, com a perseguição de anti-fascistas,

Também, na prática, a “nova política”, ao negar a lógica do diálogo e das coalizações, é que isola o Brasil no cenário internacional e se alinha com ditaduras na pauta dos direitos humanos. É a incapacidade de diálogo e de negociação da “nova política” que consegue impor decisões que desagradam até mesmo latifundiários vinculados ao agronegócio.

A chamada “nova política”, portanto, ao recusar o diálogo e os processos de negociação inerentes à democracia, não parece ser uma resposta aos problemas democráticos, mas, antes, uma negação da própria democracia. Quando não se negocia quem assumirá a chefia das mais importantes carreiras da polícia, por exemplo, fica fácil nomear alguém sem compromisso institucional e que não precisará responder perante seus pares, mas apenas perante “seu chefe”. Bem por isso a negação do diálogo e da lógica das coalizações representa uma instrumentalização autoritária do Estado.

Destarte a “Nova Política” possui limites estruturais sérios. Ela não se apresenta como uma resposta aos males e limitações do presidencialismo de coalizão. Ela se manifesta, propriamente, como uma negação da própria democracia. Não se trata de negar a “velha política”; o que a nova política nega é a própria política e, com ela, as virtudes do processo público e controlável de deliberação.

Referências

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. In: Dados – Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro, Volume 31, n. 1, 1988.

ABRANCHES, Sergio. Presidencialismo de coalizão – raízes e evolução do modelo político brasileiro. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade. Coimbra: Almedina, 1987.

ALTHUSSER, Louis. Aparelhos ideológicos de Estado. Petrópolis: Vozes, 1999.

ANDRADE, Régis De Castro. Presidencialismo e reforma institucional no Brasil. Lua Nova, São Paulo, n. 24, p. 5-26, Sept. 1991. In:
http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451991000200002&lng=en&nrm=iso.

ATALIBA, Geraldo. Decreto regulamentar no sistema brasileiro. RDA 97.

CAMPOS, Francisco. Lei e regulamento: matéria reservada à competência do Poder Legislativo – limites do poder regulamentar – direitos e garantias individuais. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, 1953, nº146.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes. RDA 219.

CHAISTY, Paul; CHEESEMAN, Nic & POWER, Timothy. Rethinking the presidentialism debate: conceptualizing coalitional politics in cross-regional perspective. In: <http://dx.doi.org/10.1080/13510347.2012.710604> .

CHEIBUB, José Antonio; PRZEWORSKI, Adam & SAIEGH, Sebastian. Governos de coalizão nas democracias presidencialistas e parlamentaristas. In: Dados – Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro, Volume 45, n. 2, 2002.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

DAHL, Robert. *On democracy*. New Haven: Yale University press, 1998.

DELGADO, Ignácio Godinho. Atores políticos e coalizões na trajetória da política social brasileira. Locus - Revista de História. In:
<http://locus.ufjf.emnuvens.com.br/locus/article/viewFile/2492/2073>.

DWORKIN, Ronald, *A matter of principle*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1985.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Conflito entre poderes. São Paulo: RT, 1994.

FERRAZ, Sérgio. A Dinâmica Política do Parlamentarismo do Império: Gabinetes, Câmara dos Deputados e Poder Moderador (1840- 1889). In:
http://www.fflch.usp.br/dcp/assets/docs/III_SD_2013/Mesa_11.1_-_Sergio_Ferraz_III_SD_2013.pdf

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub. Coalizões governamentais na democracia brasileira. Revista Primeiros Estudos, vol. 6, Ano 4, São Paulo: USP, 2014. In:
<http://www.revistas.usp.br/primeirosestudios/article/viewFile/52546/56512>.

HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: SAFe, 1998

KORNIS, Mônica Almeida. Parlamentarismo, sim ou não? In: http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/Jango/artigos/NaPresidenciaRepublica/Parlamentarismo_sim_ou_nao.

LIMONGI, Fernando & FIGUEIREDO, Argelina. Poder de agenda e políticas substantivas. In: http://www.fflch.usp.br/dcp/assets/docs/Limongi/Poder_de_Agenda_e_Politicas_Substantivas.pdf

LIMONGI, Fernando. O poder executivo na constituição de 1988. In: http://www.fflch.usp.br/dcp/assets/docs/Limongi/O_Poder_Executivo_na_Constituicao_de_1988.pdf s/d.

LOSURDO, Domenico. Democracia ou bonapartismo – triunfo e decadência do sufrágio universal. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2004.

MACEDO, José Arthur Castillo de. Constitucionalismo, democracia e autogoverno. Dissertação de mestrado. Curitiba: UFPR, 2001, inédito. In: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/26574/Dissertacao%20biblioteca%20Jose%20Arthur%20C.%20M..pdf?sequence=1>.

MARTUSCELLI, Danilo Enrico. *A ideologia do presidencialismo de coalizão*. In: Anais do IV Simpósio de Lutas Sociais na América Latina. Londrina, 2010.

MOUFFE, Chantal. Democracia, cidadania e a questão do pluralismo. In: Política & Sociedade, Vol. 2, n. 3, 2003, p. 11-26.

POULANTZAS, Nicos. Poder político e classes sociais. Porto: Portucalense, 1971.

_____. *State, Power, Socialism*. London : New Left, 1978.

SANTOS, Rafael Freitas dos. Poder de agenda e participação legislativa no presidencialismo de coalizão brasileiro. Dissertação de mestrado, inédito. In: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/.../2010_RafaelFreitasdosSantos.pdf.

SANTOS, Fabiano. Escolhas institucionais e transição por transação: sistemas políticos de Brasil e Espanha em perspectiva comparada. In: Dados, vol. 23, n. 04, Rio de Janeiro, 2000.

SEN, Amartya. A ideia de justiça. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

RAWLS, John. Justiça e Democracia. Tradução de Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SCHIER, Paulo Ricardo. Presidencialismo de coalizão. Curitiba: Juruá, 2017.

_____. Presidencialismo de coalizão: democracia e governabilidade no Brasil. In: Revista Eletrônica Direitos Fundamentais e Democracia, Vol. 20, n. 20, 2016.

SHUGART, Matthew Sørberg. Semi-presidential systems: Dual executive and mixed authority patterns. In: **French Politics**, v. 3, n. 3, p. 323-351, London: Palgrave Macmillan, 2005.

SOMMERS, Roseanna. *Commonsense consente*. In: Yale Law Journal, Vol. 129, 2016. Disponível em:
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2761801

STEPAN, Alfred; SKACH, Cindy. Constitutional frameworks and democratic consolidation: Parliamentarianism versus presidentialism. In: **World Politics**, v. 46, n. 01, p. 1-22, Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

LIBERDADES FUNDAMENTAIS E DIREITOS DE PERSONALIDADE

3. PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO DIREITO FUNDAMENTAL AUTÔNOMO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988¹



<https://doi.org/10.36592/9786587424941-03>

Ingo Wolfgang Sarlet²

1 Introdução

A proteção dos dados pessoais alcançou uma dimensão sem precedentes no âmbito da assim chamada sociedade tecnológica, notadamente a partir da introdução do uso da tecnologia da informática e da ampla digitalização que já assumiu um caráter onipresente e afeta todas as esferas da vida social, econômica, política, cultural contemporânea no Mundo.

No que diz respeito à esfera do Direito, que tem sido convocado a regular também essa matéria, a despeito de a instituição e subsequente ampliação em termos quantitativos e qualitativos da proteção jurídica de dados pessoais ter iniciado no limiar da Década de 1970, reconhecimento de um direito humano e fundamental à proteção dos dados pessoais, contudo, teve de esperar ainda um tempo considerável para ser incorporado de modo abrangente à gramática jurídico-constitucional, à exceção dos paradigmáticos exemplos da Constituição da República Portuguesa de 1976³ e da Constituição Espanhola de 1978⁴.

¹ O presente texto corresponde à versão reduzida e ajustada do artigo publicado sob o título Proteção de dados como direito fundamental na Constituição Federal Brasileira de 1988, Direitos Fundamentais & Justiça | Belo Horizonte, ano 14, n. 42, p. 175-214, jan./jun. 2020.

² Professor Titular de Direito Constitucional e Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) e Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, ambos da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Advogado e parecerista.

³ A proteção dos direitos fundamentais no campo da informática está detalhadamente previsto no artigo 35 da Constituição Portuguesa, aqui transcrito na sua versão inicial: "(utilização da informática) 1. Todos os cidadãos têm o direito de tomar conhecimento do que constar de registos mecanográficos a seu respeito e do fim a que se destinam as informações, podendo exigir a rectificação dos dados e a sua actualização. 2. A informática não pode ser usada para tratamento de dados referentes a convicções políticas, fé religiosa ou vida privada, salvo quando se trate do processamento de dados não identificáveis para fins estatísticos. 3. É proibida a atribuição de um número nacional único aos cidadãos". Note-se que tal dispositivo foi alterado três vezes por leis de revisão constitucional de 1982, 1989 e 1997, tendo sido substancialmente atualizado e ampliado.

⁴ Art. 18, nº 4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos. Cuida-se aqui, na versão original de 1978, de uma proteção indireta dos dados pessoais, visto que não há menção expressa aos mesmos.

Nesse sentido, note-se que mesmo já no limiar da terceira Década do Século XXI, ainda existem Estados constitucionais onde um direito fundamental à proteção de dados não é reconhecido, pelo menos na condição de direito expressamente positivado na Constituição, muito embora tal direito seja, em vários casos, tido como implicitamente positivado, sem prejuízo de uma mais ou menos ampla regulação legislativa e administrativa, ademais de significativo desenvolvimento na esfera jurisprudencial.

No caso do Brasil, como se verá com maior detalhamento mais adiante, inexistente, por ora, previsão expressa de direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais na CF, nada obstante a tramitação, no Congresso Nacional, de uma proposta de emenda à constituição (PEC nº 17/2019), com tal objetivo.

Todavia, como já amplamente difundido e sabido, também no Brasil um direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais foi objeto de reconhecimento pelo Poder Judiciário, designadamente pelo Supremo Tribunal Federal, na condição de um direito fundamental implicitamente positivado.

À vista disso, o que aqui se pretende, é precisamente tecer algumas considerações acerca dos fundamentos e do conteúdo, na condição de direito fundamental autônomo, do direito à proteção de dados pessoais na ordem constitucional brasileira, de modo a demonstrar o acerto da tese de que o âmbito de proteção de tal direito vai além da proteção à vida privada e mesmo da livre autodeterminação informacional.

2 O direito à proteção de dados pessoais como direito fundamental implícito na Constituição Federal de 1988 e seus fundamentos

Como já adiantado, um direito humano e fundamental autônomo na esfera do direito constitucional positivo e do direito internacional dos direitos humanos ainda não é de longe onipresente nos textos de boa parte das constituições (em especial as mais antigas) e dos tratados internacionais de direitos humanos.

Ao nível do direito internacional público, tanto no âmbito do sistema universal de proteção da ONU, quanto na esfera do direito europeu, um direito à proteção de dados tem sido deduzido em especial do direito à privacidade, embora com este não

se confunda. Nesse sentido, a orientação adotada pela Comissão da ONU para Direitos Humanos, interpretando o alcance do artigo 17 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, assim como a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) e do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), forte no artigo 8º da Convenção Europeia⁵.

Foi somente na Convenção nº 108 para a Proteção de Indivíduos com Respeito ao Processamento Automatizado de Dados Pessoais (1981)⁶, comumente intitulada de Convenção de Estrasburgo, bem como, quase vinte anos mais tarde, no artigo 8 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (doravante CDFUE), do ano 2000⁷ - que o direito à proteção de dados finalmente alçou a condição de direito fundamental de natureza autônoma, mas vinculando, como tal, apenas os estados integrantes da União Europeia, o que se deu apenas com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em 2009⁸.

No caso do Brasil, como já antecipado, a Constituição Federal de 1988 (CF), embora faça referência, no art. 5.º, XII, ao sigilo das comunicações de dados (além do sigilo da correspondência, das comunicações telefônicas e telegráficas), não contempla expressamente um direito fundamental à proteção e livre disposição dos dados pelo seu respectivo titular, sendo o reconhecimento de tal direito algo ainda relativamente recente na ordem jurídica brasileira.

A proteção dos dados pessoais, por outro lado – para além da referência ao sigilo da comunicação de dados – também encontra salvaguarda parcial e indireta mediante a previsão da ação de *habeas data* (art. 5.º, LXXII, da CF), ação constitucional, com *status* de direito-garantia fundamental autônomo, que precisamente busca assegurar ao indivíduo o conhecimento e mesmo a

⁵ Cf., por todos, SCHIEDERMAIR, Stephanie. Einleitung. In: SIMITIS, Spiros; HORNING, Gerrit; SPIECKER GENANT DÖHMANN, Indra (Coord.). *Datenschutzrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2019. p. 201.

⁶ CONSELHO DA EUROPA. *Convenção para a Proteção de Indivíduos com Respeito ao Processamento Automatizado de Dados Pessoais*, de 28 de janeiro de 1981. Disponível em: <https://www.cnpd.pt/bin/legis/internacional/Convencao108.htm>. Acesso em: 15 nov. 2019.

⁷ PARLAMENTO EUROPEU. *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, de 7 de dezembro de 2000. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=EN>. Acesso em: 15 nov. 2019.

⁸ DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Joaçaba, Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>. Acesso em: 15 nov. 2019.

possibilidade de buscar a retificação de dados constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, ao mesmo tempo em que se trata de uma garantia procedimental do exercício da autodeterminação informacional⁹.

Com relação ao sigilo da comunicação de dados, contudo, há que ter cautela, razão pela qual se impõe o registro, com base na lição de Danilo Doneda, de que não se trata, neste caso, do direito à proteção de dados pessoais em si e nem de seu fundamento direto. Para melhor compreensão da assertiva, valemo-nos aqui da própria fala do autor:

[Se,] por um lado, a privacidade é encarada como um direito fundamental, as informações pessoais em si parecem, a uma parte da doutrina, serem protegidas somente em relação à sua "comunicação", conforme art. 5, XII, que trata da inviolabilidade da comunicação de dados. Tal interpretação traz consigo o risco de sugerir uma grande permissividade em relação à utilização de informações pessoais. Nesse sentido, uma decisão do STF, relatada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, reconheceu expressamente a inexistência de uma garantia de inviolabilidade sobre dados armazenados em computador com fulcro em garantias constitucionais...O sigilo, no inciso XII do art. 5º, está referido à comunicação, no interesse da defesa da privacidade.... Obviamente o que se regula é comunicação por correspondência e telegrafia, comunicação de dados e telefônica... A distinção é decisiva: o objeto protegido no direito à inviolabilidade do sigilo não são os dados em si, mas a sua comunicação restringida (liberdade de negação). A troca de informações (comunicação) privativa é que não pode ser violada por sujeito estranho... A decisão tem sido, desde então, constantemente mencionada como precedente em julgados nos quais o STF identifica que a natureza fundamental da proteção aos dados está restrita ao momento de sua comunicação¹⁰.

À míngua, portanto, de expressa previsão de tal direito, pelo menos na

⁹ MENDES, Laura Schertel. Habeas Data e autodeterminação informativa: dois lados da mesma moeda. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, a. 12, n. 39, p. 185-216, jul./dez. 2018.

¹⁰ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção dos dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 262

condição de direito fundamental explicitamente autônomo, no texto da CF, e a exemplo do que ocorreu em outras ordens constitucionais, o direito à proteção dos dados pessoais pode (e mesmo deve!) ser associado e reconduzido a alguns princípios e direitos fundamentais de caráter geral e especial, como é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito fundamental (também implicitamente positivado) ao livre desenvolvimento da personalidade, do direito geral de liberdade, bem como dos direitos especiais de personalidade mais relevantes no contexto, quais sejam – aqui nos termos da CF – os direitos à privacidade e à intimidade¹¹, no sentido do que alguns também chamam de uma “intimidade informática”¹².

Mas, possivelmente, o fundamento constitucional direto mais próximo de um direito fundamental à proteção de dados seja mesmo o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, radicado diretamente no princípio da dignidade da pessoa humana e no direito geral de liberdade, o qual também assume a condição de uma cláusula geral de proteção de todas as dimensões da personalidade humana¹³, que, de acordo com tradição jurídica já consolidada no direito constitucional estrangeiro e no direito internacional (universal e regional) dos direitos humanos, inclui o (mas não se limita ao!) direito à livre disposição sobre os dados pessoais, o assim designado direito à livre autodeterminação informativa¹⁴.

À vista do exposto e como ponto de partida para os desenvolvimentos supervenientes, há, pois, como aderir ao entendimento – hoje consagrado na literatura jurídica brasileira – de que, mediante uma leitura harmônica e sistemática do texto constitucional, a CF consagrou um direito fundamental autônomo implicitamente positivado à proteção de dados pessoais¹⁵, o que veio a ser

¹¹ Cf. por todos DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

¹² Cf., por exemplo, entre nós, SAMPAIO, José Adércio Leite. A suprema inviolabilidade: a intimidade informática e o sigilo bancário. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal*: balanço e crítica, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 531 e ss.

¹³ Cf. por todos, MOTA PINTO, Paulo. *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais*: Estudos, Coimbra: Gestlegal, 2018, em especial, p. 33 e ss.

¹⁴ MOTA PINTO, Paulo. *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais*: Estudos, op. cit., p. 642 e ss.

¹⁵ Cf., em especial, o já referido DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção dos dados pessoais*, op. cit., 2006, mas também, na sequência, entre outros, LIMBERGER, Têmis. *O Direito à Intimidade na Era*

confirmado recentemente (maio de 2020) pelo Supremo Tribunal Federal, em histórico e paradigmático julgado.

Isso se deu em especial no julgamento da Medida Cautelar na ADI 6387, DF, Relatora Rosa Weber, onde se discute a constitucionalidade da Medida Provisória 954, de 17.04.20, da Presidência da República, que atribuiu às empresas de telecomunicações (fixas e móveis) o dever de disponibilizar os nomes completos, endereços e números de telefone dos usuários PN e PJ para o IBGE durante a pandemia do COVID 19 para efeitos de uso direto e exclusivo de produção de estatísticas oficiais mediante entrevistas domiciliares. No caso, a justificação de um direito fundamental à proteção de dados pessoais, na condição de direito autônomo implicitamente positivado, seguiu a linha geral protagonizada pela doutrina jurídica acima referida.

Além disso, é de sublinhar que apenas em 2020, o Supremo Tribunal Federal proferiu quatro decisões relevantes relativas à proteção de dados pessoais. Para além do caso do IBGE, o tema foi tratado na ADPF 695 (Caso Abin/Denatran), na ADI 656 (Cadastros de dependentes químicos) e na ADI 6.529 (Caso Sisbin). Nesse último caso, a Corte decidiu que os órgãos componentes do Sistema Brasileiro de Inteligência (Sisbin) somente podem fornecer dados e conhecimentos específicos à Agência Brasileira de Inteligência (Abin) quando for comprovado o interesse público da medida, afastando qualquer possibilidade desses dados atenderem a interesses pessoais ou privados

À vista disso, é de se acompanhar o entendimento de Carlos Alberto Molinaro e Gabrielle Bezerra S. Sarlet, de que a proteção de dados pessoais – e o reconhecimento de um direito fundamental correspondente –, de certo modo, “confere um novo e atual sentido à proteção da pessoa humana e da dignidade, da

da Informática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro. O direito à proteção de dados pessoais na sociedade de informação. *Direito, Estado Sociedade*, n. 36, jan/jun. 2010, MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, Proteção de Dados e Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2013, BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 90 e ss. Por último, v. SARLET, Proteção de dados como direito fundamental na Constituição Federal Brasileira de 1988, *Direitos Fundamentais & Justiça* | Belo Horizonte, ano 14, n. 42, p. 175-214, jan/jun. 2020.

autonomia e das esferas de liberdade que lhes são inerentes”¹⁶.

Ainda nesse contexto, embora ainda em fase de deliberação no Congresso Nacional, não há como deixar de destacar a proposta de inserção, tal como previsto na PEC nº 17/2019¹⁷, de um direito fundamental à proteção de dados pessoais no catálogo constitucional de direitos, mediante a inclusão de um inciso XII-A no artigo 5º, e o inciso XXX no artigo 22, estabelecendo, neste último caso, a competência privativa da União para legislar sobre a matéria.

Especificamente no concernente ao direito fundamental à proteção de dados, calha sublinhar que, a prevalecer a redação atual prevista no texto da PEC nº 17/19, aprovada na Câmara dos Deputados e que modificou a versão oriunda do Senado Federal, que acrescia um inciso XII-A ao artigo 5º sem alterar a redação original do inciso II, passará a ter o seguinte enunciado, inserindo o novo (?) direito no próprio texto do referido dispositivo:

Art. 5º

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, bem como é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais; (NR).

Outrossim, independentemente aqui de se aprofundar a discussão sobre a conveniência, necessidade e bondade intrínseca de uma consagração textual de um direito fundamental autônomo à proteção de dados na CF, ou mesmo adentrar a querela sobre se tratar, ou não, de um direito “novo”, o fato é que cerramos aqui fileiras com os que saúdam como benfezeja tal medida.

¹⁶ MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. *Questões tecnológicas, éticas e normativas da proteção de dados pessoais na área da saúde em um contexto de big data*. *Direitos Fundamentais & Justiça*, a. 13, n. 41, p. 183-212, jul./dez. 2019.

¹⁷ Proposta de Emenda à Constituição nº 17, de 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594>. Acesso em: 15 nov. 2019.

Acrescente-se, outrossim, que, a teor do artigo 5º, §§ 2º e 3º, CF, o marco normativo que concretiza e formata o âmbito de proteção e as funções e dimensões do direito (fundamental) à proteção de dados, é também integrado – embora tal circunstância seja usualmente negligenciada – pelos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil –, destacando-se, para o efeito da compreensão adequada e manejo correto em nível doméstico – a Convenção Americana de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, incluindo a sua interpretação pelas instâncias judiciárias e não judiciárias respectivas.

Tal fato assume uma dimensão particularmente relevante, à vista do atual posicionamento do STF sobre o tema, dada a atribuição, aos tratados de direitos humanos devidamente ratificados, hierarquia normativa supra legal, de modo que, ao menos assim o deveria ser, o marco normativo nacional infraconstitucional não apenas deve guardar consistência formal e material com a CF, mas também estar de acordo com os parâmetros de tais documentos internacionais, sendo passível do que se tem designado de um controle jurisdicional de convencionalidade. Além disso, convém lembrar que em se cuidando de tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo rito agravado previsto no § 3º do artigo 5º da CF o seu valor normativo na esfera nacional será equivalente ao das emendas constitucionais.

Nesse contexto, embora não exista (ainda) tratado internacional de direitos humanos específico sobre proteção de dados (ou mesmo tratado geral com referência direta e expressa a um direito humano correspondente) ratificado mediante tal procedimento, o fato é que tal circunstância não tem levado a um isolamento político-legislativo-jurídico do Brasil nessa matéria, do que dá conta, em caráter ilustrativo, a substancial recepção, pela nova LGPD, do Regulamento Geral Europeu, mas também, na esfera doutrinária e jurisprudencial, de parâmetros dogmáticos e interpretativos, como é o caso, já referido, de um direito à autodeterminação informativa, dentre tantos exemplos que poderiam ser colacionados.

Para encerrar essa primeira etapa do texto e dada a sua relevância não apenas para a compreensão do conteúdo e alcance do direito fundamental à proteção de dados na CF, mas também para efeitos de seu diálogo com a legislação,

jurisprudência e mesmo doutrina sobre o tema, importa sublinhar que diversos diplomas legais em vigor já dispõe sobre aspectos relevantes da proteção de dados, destacando-se aqui a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011) e o assim chamado Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) e o respectivo Decreto que o regulamentou (Decreto 8.771/2016), mas especialmente a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709, de 2018).

Assim, uma compreensão/interpretação/aplicação constitucionalmente adequada do direito fundamental à proteção de dados deverá sempre ser pautada por uma perspectiva sistemática, que, a despeito do caráter autônomo (sempre parcial), desse direito, não pode prescindir do diálogo e da interação (por vezes marcada por concorrências, tensões e colisões) com outros princípios e direitos fundamentais, que, dentre outros pontos a considerar, auxiliam a determinar o seu âmbito de proteção, inclusive mediante o estabelecimento de limites diretos e indiretos.

3 Âmbito de proteção do direito fundamental à proteção de dados pessoais - para além da privacidade e da autodeterminação informativa

Como já adiantado, o conteúdo (no sentido do âmbito de proteção normativo) de um direito fundamental à proteção de dados pessoais, embora fortemente articulado com o princípio da dignidade da pessoa humana e de outros direitos fundamentais, em especial o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e alguns direitos especiais de personalidade, como é o caso, entre outros, do direito à privacidade e do assim chamado direito à autodeterminação informativa, não se confunde com o do objeto da proteção de tais direitos.

É por tal razão, aliás, que a própria opção terminológica pela proteção de dados pessoais assume uma importância que vai muito além da mera novidade representada pela terminologia em si, porquanto, radica numa viragem concepcional, visto que parte do pressuposto de que dados, para efeitos de sua proteção jurídico-constitucional, devem ser compreendidos em sentido amplo, no sentido da inexistência de dados pessoais irrelevantes em face do processamento eletrônico na

sociedade de informação, notadamente pelo fato de que, sendo os dados projeções da personalidade, o seu tratamento, seja qual for, potencialmente pode violar direitos fundamentais¹⁸.

De todo modo, a compreensão do âmbito de proteção de um direito fundamental à proteção de dados pessoais envolve sempre um contraste com o de outros direitos, destacando-se, nesse contexto, o direito à privacidade e o direito à autodeterminação informativa, os quais, por seu turno, embora também autônomos entre si, também apresentam zonas de contato importantes.

Pela sua relevância para o desenvolvimento do direito à proteção de dados pessoais, calha retomar, em rápidas pinceladas, o caso da Alemanha, porquanto é lá que se costuma situar o reconhecimento, pela primeira vez, do assim chamado direito à autodeterminação informativa, não no texto constitucional, mas por conta de paradigmática decisão do Tribunal Constitucional Federal, de 15.12.1983, sobre a constitucionalidade de aspectos da lei do censo aprovado pelo Parlamento Federal, cuja realização foi suspensa liminarmente pela Corte em 13.04.1983, muito embora a existência de decisões anteriores envolvendo, ao fim e ao cabo, a proteção de dados pessoais¹⁹.

Na sua multicitada decisão, o Tribunal Constitucional Federal alemão, contudo, não reconheceu diretamente um direito fundamental à proteção de dados pessoais, mas sim, deduziu, numa leitura conjugada do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, um direito fundamental implícito à autodeterminação informativa, que, consiste, em suma e de acordo com o Tribunal, na prerrogativa de cada indivíduo decidir em princípio e substancialmente sobre a divulgação e utilização de seus dados pessoais²⁰.

O próprio Tribunal Constitucional, contudo, na mesma decisão, alertou para o fato de que o direito à autodeterminação informativa não assegura a cada cidadão

¹⁸ Cf., por todos, MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Comentário à Nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018): O Novo Paradigma da Proteção de Dados. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 120, nov./dez. 2018. p. 22. Para maior desenvolvimento, v., em especial, BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento*, op. cit., p. 59 e ss.

¹⁹ Aqui costuma ser referida, dentre outras, decisão de 16.07.1969 ("Mikrozensus-Entscheidung"), na qual o Tribunal Constitucional assentou que a Lei Fundamental proíbe que o ser humano tenha sua inteira personalidade registrada e catalogada compulsoriamente (v. *BVerfGE* 27, p. 6).

²⁰ Cf., *BVerfG* 65, p. 42 e ss.

um controle absoluto sobre os seus dados, visto que, dada a inserção e responsabilidade comunitária e social do ser humano, este deve tolerar eventuais limitações do direito quando em prol do interesse geral²¹.

De acordo com Hans-Peter Bull, primeiro encarregado da agência federal de proteção de dados alemã, o cerne moral e político das preocupações do Tribunal Constitucional foi (e é) o da garantia da liberdade dos cidadãos em face da repressão por parte do Estado, de modo que a argumentação deduzida na decisão foi orientada de acordo com o objetivo da proteção da liberdade de ação do ser humano, sendo a transparência da coleta de informações um meio para alcançar tal finalidade²².

Na condição de direito de defesa (direito à não intervenção arbitrária) o direito à autodeterminação informativa consiste em um direito individual de decisão, cujo objeto (da decisão) são dados e informações relacionados a determinada pessoa-indivíduo²³.

A relação do direito à autodeterminação informativa com o princípio da dignidade da pessoa humana, portanto, é, em certo sentido, dúplice, pois se manifesta, tanto pela sua vinculação com a noção de autonomia, quanto com a do livre desenvolvimento da personalidade e de direitos especiais de personalidade conexos, de tal sorte que a proteção dos dados pessoais envolve também a salvaguarda da possibilidade concreta de tal desenvolvimento, para o qual a garantia de uma esfera privada e íntima são indispensáveis.

Não há sobreposição, contudo, entre autodeterminação informativa e proteção de dados, nem privacidade e outros direitos de personalidade. Isso já se dá – mas não exclusivamente – pelo fato de o direito à autodeterminação informativa apresentar uma dupla dimensão individual e coletiva, no sentido de que garantida constitucionalmente não é apenas (embora possa ser, como direito subjetivo individual, o mais importante) a possibilidade de cada um decidir sobre o acesso, uso e difusão dos seus dados pessoais, mas também – e aqui a dimensão metaindividual

²¹ Cf. BVerfGE 65, p. 44.

²² Sobre a dedução interpretativa do direito pelo Tribunal Constitucional, v., por todos, a síntese de BULL, Hans-Peter. *Informationelle Selbstbestimmung – Vision oder Illusion?* Tübingen: Mohr Siebeck, 2009. p. 29 e ss.

²³ Cf. ALBERS, Marion. Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten. In: HOFMANN-RIEM, Wolfgang; SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard; VOSSKUHLE, Andrea (Coord.). *Grundlagen des Verwaltungsrechts*. 2. ed. München: C.H. Beck, 2012. v. 2. p. 146-47.

(coletiva) – se trata de destacar que a autodeterminação informativa constitui precondição para uma ordem comunicacional livre e democrática, distanciando-se, nessa medida, de uma concepção de privacidade individualista e mesmo isolacionista à feição de um direito a estar só (*right to be alone*)²⁴.

Dito de outro modo, “a proteção de dados é, enquanto proteção de direitos fundamentais, espinha dorsal de uma democracia liberal”²⁵.

No concernente às suas interfaces com o direito à privacidade, também inexistente, como já adiantado, superposição completa dos respectivos âmbitos de proteção. Proteção de dados pessoais e, da mesma forma, autodeterminação informativa, vão além da privacidade e de sua proteção, ao menos no sentido tradicional do termo, caracterizado por uma lógica de “recolhimento” e “exposição”²⁶.

Nessa perspectiva, é crucial que se tenha presente, que embora a proteção de dados tenha sido deduzida (associada), em diversos casos, do direito à privacidade (v.g., nos EUA, o conceito de *informational privacy*) ou, pelo menos, também do direito à privacidade, como no caso da Convenção Europeia de Direitos Humanos (nos termos da exegese do artigo 8º levada a efeito pela CEDH), o fato é que o objeto (âmbito de proteção) do direito à proteção de dados pessoais é mais amplo, porquanto, com base num conceito ampliado de informação, abarca todos os dados que dizem respeito a uma determinada pessoa natural, sendo irrelevante à qual esfera da vida pessoal se referem (íntima, privada, familiar, social), descabida qualquer tentativa de delimitação temática²⁷.

O que se pode afirmar, sem temor de incorrer em erro, é que seja na literatura jurídica, seja na legislação e jurisprudência, o direito à proteção de dados vai além da tutela da privacidade, cuidando-se, de tal sorte, de um direito fundamental autônomo, diretamente vinculado à proteção da personalidade. Aliás, não é à toa que Bruno Ricardo Bioni alertou para o fato de que o entendimento, hoje amplamente superado,

²⁴ Cf. HORNING, Gerrit; SCHNABEL, Christoph. Data protection in Germany I: The populational census decision and the right to informational self-determination. *Computer Law & Security Report*, v. 25, i. 1, 2009. p. 85-86.

²⁵ Cf. SPIECKER GENANNT DÖHMANN, Indra. Kontexte der Demokratie: Parteien, Medien und Sozialstrukturen (1. Referat). *VVDStRL*. Berlin: De Gruyter, 2018. v. 77. p. 55-56.

²⁶ RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro. O direito à proteção de dados pessoais na sociedade de informação, op. cit., p. 189.

²⁷ Cf., por todos, KARG, Moritz. Artikel 4, Nr. 1. In: SIMITIS, Spiros; HORNING, SPIECKER GENANNT DÖHMANN, Indra. *Datenschutzgesetz*. Baden-Baden: Nomos, 2019. p. 287-290.

de que o direito fundamental à proteção de dados consiste em mera evolução do direito à privacidade, é uma “construção dogmática falha”²⁸.

Considerações finais

Como se pode verificar ao longo do trabalho, venha – ou não – ocorrer a inserção de um direito à proteção de dados pessoais no texto da CF, a condição de direito fundamental autônomo não depende, em si, de tal expediente, porquanto sobejamente demonstrado que se trata de um direito implicitamente positivado, o que é objeto de amplo consenso doutrinário e mesmo acolhido na esfera jurisprudencial.

Seja na forma prevista no PEC 17, seja com outra formatação, é também correta a ponderação de que mediante a sua incorporação ao catálogo constitucional de direitos, um direito fundamental à proteção de dados pessoais daria maior sustentação ao marco regulatório infraconstitucional, bem como a sua aplicação pelos órgãos do poder judiciário, dentre outras vantagens apontadas.

Particularmente relevante é o fato de que a condição de direito fundamental vem acompanhada de um conjunto de prerrogativas traduzidas por um regime jurídico reforçado e uma dogmática sofisticada, mas que deve ser, em especial no caso brasileiro, desenvolvida e traduzida numa práxis que dê ao direito à proteção de dados pessoais a sua máxima eficácia e efetividade, notadamente na esfera da articulação da proteção de dados com outros direitos e garantias fundamentais e bens jurídicos e interesses de estatura constitucional.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. ed. Frankfurt a.M. Suhrkamp, 1994.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Notas sobre a aplicabilidade dos direitos da personalidade à pessoa jurídica como evolução da dogmática civil. *RJLB*, a. 4, n. 5, p. 806-837, 2018.

²⁸ Cf. BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento*, op. cit., p. 95.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

BILBAO UBILLOS, Juan Maria. *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*. La noção de "state action" en la jurisprudencia norteamericana. Madrid: McGraw-Hill, 1997.

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BULL, Hans-Peter. *Informationelle Selbstbestimmung – Vision oder Illusion?*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Considerações a respeito da posição de proibições de discriminação no Sistema de Direito Privado. *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*, a. 7, n. 22, jan./mar. 2013.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechte und Privatrecht*. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1999.

CONSELHO DA EUROPA. *Convenção para a Proteção de Indivíduos com Respeito ao Processamento Automatizado de Dados Pessoais*, de 28 de janeiro de 1981. Disponível em: <https://www.cnpd.pt/bin/legis/internacional/Convencao108.htm>. Acesso em: 15 nov. 2019.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2007.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Joaçaba, Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>. Acesso em: 15 nov. 2019.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção dos dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DREIER, Horst. Art. 2 I – allgemeines Persönlichkeitsrecht. In: DREIER, Horst (Coord.). *Grundgesetz Kommentar*. 3. Auf. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013.

DREIER, Horst. Subjektiv-rechtliche und objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte. *JURA*, 1994.

DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito Privado e Constituição*. Drittwirkung dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo código civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*, 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Omissões normativas e deveres de proteção. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Coord.). *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. v. II.

GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. *A Constitucionalização do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HARTMANN, Ivar. Liberdade de expressão e capacidade comunicativa: um novo critério para resolver conflitos entre direitos fundamentais informacionais. *Direitos Fundamentais & Justiça*, a. 12, n. 39, p. 145-183, jul./dez. 2018.

HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 1995.

HILGENDORF, Eric; FELDLE, Jochen (Ed.). *Digitalization and the Law*. Baden-Baden: Nomos, 2018.

HOFFMANN, Christian; LUCH, Anika; SCHULZ, Sönke E.; BORCHERS, Kim Corinna. *Die digitale Dimension der Grundrechte*. Das Grundgesetz im digitalen Zeitalter. Baden-Baden: Nomos, 2015.

HOFMANN-RIEM, Wolfgang. Reclaim Autonomy: Die Macht digitaler Konzerne. In: AUGSTEIN, Jakob (Coord.). *Reclaim Autonomy. Selbstermächtigung in der digitalen Weltordnung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2017.

HORNUNG, Gerrit; SCHNABEL, Christoph. Data protection in Germany I: The populational census decision and the right to informational self-determination. *Computer Law & Security Report*, v. 25, i. 1, 2009.

IPSEN, Jörn. *Staatsrecht II – Grundrechte*. 17. Auf. Vahlen, 2014.

JARASS, Hans; PIEROTH, Bodo. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar*. München: C. H. Beck. 13. Auf. 2014.

KARG, Moritz. Artikel 4, Nr. 1. In: SIMITIS, Spiros; HORNUNG, SPIECKER GENANNT DÖHMANN, Indra. *Datenschutzgesetz*. Baden-Baden: Nomos, 2019.

KLOEPFER, Michael. *Verfassungsrecht II*. München: C. H. Beck. 13. Auf. 2010.

KÜHLING, Jürgen. Datenschutz und die Rolle des Rechts. In: STIFTUNG FÜR DATENSCHUTZ (Ed). *Die Zukunft der informationellen Selbstbestimmung*. Berlin: Erich Schmidt Verlag, 2016.

LEONARDI, Marcel. *Fundamentos de Direito Digital*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

LIMBERGER, Têmis. *O Direito à Intimidade na Era da Informática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MANSSEN, Gerrit. *Staatsrecht I Grundrechtsdogmatik*. München: Verlag Franz Vahlen, 1995.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MENDES, Laura Schertel. Habeas Data e autodeterminação informativa: dois lados da mesma moeda. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, a. 12, n. 39, p. 185-216, jul./dez. 2018.

MENDES, Laura Schertel. Privacidade, Proteção de Dados e Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Comentário à Nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018): O Novo Paradigma da Proteção de Dados. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 120, nov./dez. 2018.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. *Questões tecnológicas, éticas e normativas da proteção de dados pessoais na área da saúde em um contexto de big data*. *Direitos Fundamentais & Justiça*, a. 13, n. 41, p. 183-212, jul./dez. 2019.

MOTA PINTO, Paulo. *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos*, Coimbra: Gestlegal, 2018.

MURSWIEK, Dietrich; RIXEN, Stephan. Persönliche Freiheitsrechte. In: SACHS, Michael. *Grundgesetz Kommentar*. 8. ed. München: C.H.Beck, 2018.

PARLAMENTO EUROPEU. *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, de 7 de dezembro de 2000. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=EN>. Acesso em: 15 nov. 2019.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte*. Staatsrecht II. 11. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 1995.

REINHARDT, Jörn. Conflitos de direitos fundamentais entre atores privados: "efeitos horizontais indiretos" e pressupostos de proteção de direitos fundamentais. *Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 13, n. 41, p. 59-91, jul./dez. 2019.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luís. *Direito Civil Contemporâneo: Estatuto Epistemológico, Constituição e Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: GEN, 2019.

ROSSNAGEL, Alexander; WEDDE, Peter; HAMMER, Volker; PORDESCH, Ulrich. *Digitalisierung der Grundrechte? Zur Verfassungsverträglichkeit der Informations- und Kommunikationstechnik*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1990.

RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro. O direito à proteção de dados pessoais na sociedade de informação. *Direito, Estado Sociedade*, n. 36, jan/jun. 2010.

RUFFERT, Matthias. Privatrechtswirkung der Grundrechte. Von Lüth zum Stadionverbot – und darüber hinaus?. n. 1, Jus 2020.

SAMPAIO, José Adércio Leite. A suprema inviolabilidade: a intimidade informática e o sigilo bancário. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado, algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *A Constituição Concretizada: Construindo Pontes para o Público e o Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proteção de dados como direito fundamental na Constituição Federal Brasileira de 1988, *Direitos Fundamentais & Justiça | Belo Horizonte*, ano 14, n. 42, p. 175-214, jan./jun. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. *O Direito ao "Esquecimento" na Sociedade de Informação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SCHIEDERMAIR, Stephanie. Einleitung. In: SIMITIS, Spiros; HORNUNG, Gerrit; SPIECKER GENANNT DÖHMANN, Indra (Coord.). *Datenschutzrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2019.

SCHLIESKY, Utz; HOFFMANN, Christian; LUCH, Anika D.; SCHULZ, Sönke E.; BORCHERS, Kim Corinna. *Schutzpflichten und Drittwirkung im Internet*. Das Grundgesetz im digitalen Zeitalter. Baden-Baden: Nomos, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito*. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

SPIECKER GENANNT DÖHMANN, Indra. Kontexte der Demokratie: Parteien, Medien und Sozialstrukturen (1. Referat). *VVDStRL*. Berlin: De Gruyter, 2018.

_____. O direito à proteção de dados na internet em casos de colisão, in: *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, a. 12, n. 38, p. 17-33, jan/jun. 2018.

STARCK, Christian. Art. 2 Abs. 1 – Schutz des Art. 2 Abs. 1 vor Eingriffen durch die öffentliche Gewalt. In: VON MANGOLDT; KLEIN; STARCK. *Grundgesetz Kommentar*, v. 1, 7. Auf. München: C.H.Beck, 2018.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

STERN, Klaus. Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte. In: KIRCHHOF, J. Isensee-P. (Coord.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C. F. Müller, 1992. v. 5.

WOLFF, Heinrich Amadeus. Schutz personenbezogener Daten. In: PECHSTEIN, Matthias; NOWAK, Carsten; HÄDE, Ulrich (Coord.). *Frankfurter Kommentar EUV – GRC – AEUV*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017. v. 1.

DIREITOS SOCIAIS, DESENVOLVIMENTO E SUSTENTABILIDADE

4. EL DERECHO HUMANO A UN MEDIO AMBIENTE SANO, EL ACCESO A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL Y EL *IUS COMMUNE*



<https://doi.org/10.36592/9786587424941-04>

Gonzalo Aguilar Cavallo¹

Introducción

El derecho humano a disfrutar de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable, y sostenible ha venido desarrollándose con fuerza desde la esfera de las Naciones Unidas, especialmente, gracias al trabajo realizado por los relatores especiales de las Naciones Unidas para el medio ambiente y los derechos humanos. A partir de los trabajos realizados por estos expertos, con el concurso de los Estados miembros de la Organización, el contenido, contornos y límites del derecho humano al medio ambiente se ha ido definiendo y concretizando.

También, desde la esfera internacional, la jurisprudencia internacional ha jugado un rol relevante en los últimos tiempos. Sólo para mencionar un ejemplo, entre varios, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) emitió una Opinión Consultiva sobre el medio ambiente, la cual contiene importantes principios y definiciones en materia de protección del medio ambiente y del derecho a vivir en un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. Sin duda, todas estas definiciones y principios contribuyen a llenar el *corpus iuris* internacional de los derechos humanos relacionados con el medio ambiente y con el derecho humano al medio ambiente en sí mismo considerado. Esta importante evolución que se está produciendo en el ámbito del derecho internacional podría generar un impacto

¹ Abogado (Chile), Doctor en Derecho (España), Magister en Relaciones Internacionales (España), Master en Derechos Humanos y Derecho Humanitario (Francia). Postdoctorado en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Alemania). Profesor de Derecho Constitucional, Internacional, Ambiental y Derechos Humanos, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca (Santiago, Chile). Director del Magister en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Constitucionales de Chile (Santiago, Chile). Este trabajo se enmarca en el Proyecto Fondecyt Regular N° 1190423: *Análisis de los estándares internacionales sobre el derecho de acceso a la información, a la participación y a la justicia ambiental y su concreción en el derecho interno*, del que el autor es investigador principal. E-mail: gaguilar@utalca.cl

decisivo en el desarrollo futuro del derecho constitucional de los derechos humanos al interior de los Estados. Esto es particularmente relevante, considerando la Opinión Consultiva de la Corte IDH, en los Estados miembros del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

Uno de los rasgos que se ha ido definiendo con mayor precisión en la evolución actual del derecho a un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable, y sostenible ha sido la cada vez más estrecha interdependencia entre los denominados derechos sustantivos ambientales y derechos procesales ambientales, tales como el derecho a la información ambiental.

El objetivo principal de este trabajo es determinar los fundamentos, el sentido y alcance y la relevancia del acceso a la información ambiental en la protección ambiental, así como el examen de las normas que lo apuntalan. En este contexto, la pregunta que orientaría el estudio sería ¿cuál sería el fundamento, sentido y alcance de la información ambiental en la protección ambiental y cuáles son las fuentes de la misma? El método utilizado será el del análisis dogmático y normativo, junto con la técnica de revisión documental.

En este trabajo abordaremos en primer lugar, las fuentes del derecho de acceso a la información ambiental, su contenido, sentido y alcance, conectando la protección del medio ambiente con el acceso a la información, y, posteriormente, analizaremos la relación entre el derecho humano a un medio ambiente sano y el *ius commune*.

1 La evolución del derecho internacional del medio ambiente

El acceso a la información ambiental es un derecho que cuenta con un reconocimiento reciente en la esfera del derecho internacional de los derechos humanos. Sin duda que su reconocimiento comienza, en el nivel de los principios, en el área del derecho internacional del medio ambiente, para luego, en el último tercio del siglo XX, comenzar su camino en el derecho internacional de los derechos humanos, fundamentalmente a través de tratados que no son propiamente denominados de derechos humanos. A continuación examinaremos esta evolución.

1.1 Soft law y hard law: el camino a Aarhus

El derecho de acceso a la información ambiental fue formalmente reconocido en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992. En efecto, el Principio 10 de esta Declaración señala:

“El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.”

Respecto del acceso a la información, el Principio 10 establece ciertos puntos cardinales, que seguirán evolucionando en las décadas posteriores. Algunos aspectos que fija son: ¿Quién puede acceder a la información ambiental? En general, se consagra un criterio amplio de acceso a la información ambiental, esto es, todas las personas. ¿La información que se encuentre en poder de quién? Se trata del derecho a acceder a la información que tengan las autoridades públicas. ¿Qué actitud debe asumir el Estado? El Estado debe poner la información a disposición de todos. ¿Cómo debe ser la modalidad de ejercicio de este derecho? El acceso a la información ambiental debe ser adecuado, seguro, pertinente, de calidad, fácil, veraz, completo y efectivo. ¿Qué información se debe incluir? Toda la información ambiental disponible, salvo que esté cubierta por una excepción, e incluso, la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, para poder ejercer el derecho a disfrutar de un medio ambiente sin riesgos.

El derecho internacional convencional ha desarrollado, al menos expresamente, en dos tratados regionales, el derecho al acceso a la información ambiental. En orden cronológico, el primer tratado en regular directamente el derecho a la información ambiental es el Convenio de Aarhus de 1998, mientras que el segundo tratado es el denominado Acuerdo de Escazú de 2018.

En esta parte, antes de explicar el Convenio de Aarhus, haremos una breve referencia a otros instrumentos internacionales relevantes y que fueron preparando el camino al Convenio de Aarhus de 1998, desde el momento en que se hace una referencia indirecta a la información ambiental.

1.1.1 El Convenio de Espoo de 1991

Nos estamos refiriendo al Convenio sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un contexto Transfronterizo, también llamado Convenio de Espoo, por el lugar donde fue adoptado, con fecha 25 de febrero de 1991². En efecto, en el contexto de la Comisión Económica para Europa, se adoptó en Espoo, Finlandia, en 1991, este Convenio que regula la evaluación del impacto ambiental en situaciones transfronterizas.

En este Convenio se abordan varias características del acceso a la información ambiental, tales como quién puede y debe acceder a la información ambiental, cuál es el contenido de esta información ambiental, el momento en que esta información ambiental debe estar disponible y qué pueden hacer los afectados en relación con esta información ambiental.

En efecto, en caso de que un proyecto o actividad pueda probablemente producir un impacto perjudicial y de magnitud apreciable, se deben realizar consultas apropiadas y efectivas, lo antes posible (art. 3 párrafo 1). Dentro de la información que se debe entregar, se señala la siguiente:

“a) La información pertinente sobre el procedimiento de evaluación del impacto medioambiental, con indicación de los plazos de remisión de observaciones, y

² Convenio sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un contexto Transfronterizo. Comisión Económica para Europa. Doc. N.U. ECE/ENHS/NONE/2003/25

b) La información pertinente sobre la actividad propuesta y su posible impacto transfronterizo de carácter perjudicial y magnitud apreciable." (Art. 3 párrafo 5)

Y, luego, en relación con la información que debe ser puesta a disposición del público (por público se entiende a una o más personas físicas o jurídicas (art. 1, número x), el Convenio señala:

"Las Partes interesadas velarán por que el público de la Parte afectada en las zonas que podrían verse afectadas reciba información sobre la actividad propuesta y tenga oportunidad de formular observaciones o plantear objeciones con respecto a la actividad propuesta y de transmitir estas observaciones y objeciones a la autoridad competente de la Parte de origen, bien sea directamente a la propia autoridad o, cuando proceda, por intermedio de la Parte de origen." (art. 3 párrafo 8)

En el apéndice II de este Convenio, se señala el contenido mínimo de la información que se debe disponer para el inicio del proceso de evaluación del impacto ambiental, tal como lo indica el artículo 4 párrafo 1 del Convenio de Espoo. Resulta esclarecedor revisar la información que el Convenio propone, al momento de tener en cuenta qué información un titular de un proyecto debe poner a disposición de los interesados. El apéndice II señala lo siguiente:

"De conformidad con el artículo 4, la documentación para la evaluación del impacto medioambiental incluirá, al menos, lo siguiente:

- a) La descripción de la actividad propuesta y su finalidad;
- b) La descripción, si procede, de las alternativas razonables de la actividad propuesta (en cuanto al emplazamiento o la tecnología, por ejemplo), incluida la alternativa de no realizar la actividad;
- c) La descripción del medio ambiente al que la actividad propuesta y sus alternativas pueden afectar de manera apreciable;
- d) La descripción del posible impacto medioambiental de la actividad propuesta y sus alternativas y la evaluación de su magnitud;
- e) La descripción de las medidas paliativas para reducir al mínimo el impacto medioambiental de carácter perjudicial;

- f) La indicación expresa de los métodos de predicción, las hipótesis fundamentales y los datos ambientales pertinentes utilizados;
- g) La relación de las lagunas de conocimiento y dudas surgidas al recopilar la información necesaria;
- h) Si procede, el esbozo de los programas de supervisión y gestión y de todo plan de análisis de proyectos a posteriori; e
- i) Un resumen de carácter no técnico que incluya una presentación visual apropiada (mapas, gráficos, etc.)."

1.1.2 Las Directrices de la CEPE de 1995

En cuanto a la información ambiental, el Convenio de Espoo viene a ser reforzado por el Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, hecho en Aarhus (Dinamarca) el 25 de junio de 1998. Antes de abordar el Convenio de Aarhus, conviene hacer referencia a los instrumentos que fueron cimentando su nacimiento. El Convenio de Aarhus de 1998 fue precedido de las Directrices sobre Acceso a la Información Ambiental y a la Participación Pública en la toma de decisiones ambientales aprobadas en el seno de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (CEPE), en 1995, y luego refrendadas por la Declaración Ministerial de la CEPE en 1995.

Como se ha señalado, el Convenio de Aarhus se basa en las Directrices de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa para el acceso a la información sobre el medio ambiente y la participación del público en la toma de decisiones en materia medioambiental, aprobadas en la Declaración Ministerial adoptada en la Tercera Conferencia Ministerial sobre el tema «Un medio ambiente para Europa» celebrada en Sofía, Bulgaria, el 25 de octubre de 1995.

En efecto, en dicha Declaración Ministerial se señala que:

“Creemos que es esencial que de acuerdo con el Principio 10 de la Declaración de Río, los Estados deberían dar al público la oportunidad de participar en todos los niveles de los procesos de toma de decisiones relativos al medio ambiente, y reconocemos que mucho queda por hacer a este respecto. Hacemos un llamado

a todos los países de la región para garantizar que tengan un marco jurídico y mecanismos efectivos y apropiados para asegurar el acceso público a la información medioambiental, para facilitar y estimular la participación pública, *inter alia*, a través de procedimientos de evaluación de impacto ambiental, y para proporcionar acceso público efectivo a los mecanismos judiciales y administrativos de reparación de daño ambiental. Invitamos a los países a garantizar que se introduzca en la legislación relevante la participación pública efectiva como un fundamento para las políticas ambientales exitosas.

Aprobamos las Directrices de la ECE sobre Acceso a la Información Ambiental y a la Participación Pública en la toma de decisiones ambientales e invitamos a la ECE a revisar su implementación en 1997 y a informar en la próxima Conferencia.³

Incluso, puede señalarse que las Instituciones europeas, antes de la Reunión Ministerial de la CEPE de 1995, emitieron una Resolución, en la que indicaron lo siguiente:

"8. Insta, en particular, a que se garantice que las obligaciones establecidas en las directrices sobre el acceso a la información medioambiental:

- incluyan la información sobre las repercusiones en la salud humana de la degradación del medio ambiente,
- se apliquen a todos los órganos públicos que dispongan de información medioambiental (y no sólo a los órganos responsables de la política para el medio ambiente),
- se apliquen a las entidades privadas con responsabilidades públicas,
- se apliquen también a los parlamentos,
- establezcan un plazo efectivo para proporcionar la información, o para comunicar las razones por las que se deniega el acceso a la misma;"⁴

³ Declaration by the Ministers of Environment of the region of the United Nations Economic Commission for Europe (UNECE), 25 October 1995, pars. 41-42.

⁴ Parlamento Europeo: Resolución sobre la Conferencia de Ministros de Medio Ambiente que se celebrará en Sofía en octubre de 1995. Resolución A4-0172/95. Diario Oficial N° C 249 de 25/09/1995 pág. 0227.

¿Qué es información ambiental?

Las Directrices de la Comisión Económica Europea fueron sometidas a la Conferencia de Ministros en 1995. Estas directrices sobre el Acceso a la información ambiental y la participación del público en el proceso de toma de decisiones ambientales, preparadas por un grupo de expertos, definen la información ambiental de la manera que sigue:

“Para el propósito de estas Directrices, información ambiental quiere decir cualquier información sobre el estado del agua, del aire, del suelo, de la fauna, de la flora, de la tierra y de los sitios naturales y sobre las actividades o medidas que afectan adversamente o pueden afectar adversamente, y sobre las actividades o medidas diseñadas para proteger el estado del agua, del aire, del suelo, de la fauna, de la flora, de la tierra y de los sitios naturales, incluyendo las medidas administrativas y los programas de gestión ambiental.”⁵

¿Quién puede acceder a la información ambiental?

En cuanto a la pregunta, ¿quién puede acceder a esta información? Las Directrices de la CEPE señalan que “cualquier persona natural o jurídica debería tener libre acceso a la información ambiental cuando lo soliciten, sujeto a los términos y condiciones establecidas en estas Directrices, sin considerar la ciudadanía, la nacionalidad o el domicilio, y sin tener que probar un interés jurídico o de otra naturaleza.”⁶

¿Quién está obligado a proporcionar la información ambiental?

Frente a la pregunta, ¿quién está obligado a proporcionar la información

⁵ Guidelines on Access to Environmental Information and Public Participation in Environmental Decision-Making as endorsed by the Third Ministerial Conference “Environment for Europe” (23-25 October 1995, Sofia, Bulgaria), Doc. N.U. ECE/CEP/24, par. 1.

⁶ Guidelines on Access to Environmental Information and Public Participation in Environmental Decision-Making as endorsed by the Third Ministerial Conference “Environment for Europe” (23-25 October 1995, Sofia, Bulgaria), Doc. N.U. ECE/CEP/24, par. 2.

ambiental solicitada? Las Directrices indican que “las autoridades públicas (a nivel nacional, regional, y local) y los órganos que tengan responsabilidad pública por el medio ambiente, excepto aquellos actuando en su capacidad judicial o legislativa, deben proporcionar información ambiental.”⁷

¿Cómo se debe entregar la información?

El sistema de información ambiental debería ser siempre transparente, indicando el tipo de información disponible, las condiciones bajo las cuales se puede obtener, el proceso para obtenerla, el establecimiento de registros y la designación de oficiales de información.⁸

¿Se puede rechazar la solicitud información?

Una solicitud de información podría rechazarse cuando afecta la seguridad nacional, las relaciones internacionales, materias bajo investigación o en juicio, por confidencialidad industrial o intelectual, por confidencialidad de datos personales, materiales cuya publicación podría poner en peligro el medio ambiente.⁹

Un elemento que es de mucha relevancia es que las Directrices señalan en esta parte un criterio de interpretación de los motivos de rechazo de acceso a la información ambiental, que es tradicional en el derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, nos referimos al principio *pro homine* aplicado concretamente en este caso al acceso a la información ambiental. Las Directrices señalan expresamente que “los motivos antes señalados para rechazar el acceso a la información deben ser interpretados de una manera restrictiva, considerando el

⁷ Guidelines on Access to Environmental Information and Public Participation in Environmental Decision-Making as endorsed by the Third Ministerial Conference “Environment for Europe” (23-25 October 1995, Sofia, Bulgaria), Doc. N.U. ECE/CEP/24, par. 3.

⁸ Guidelines on Access to Environmental Information and Public Participation in Environmental Decision-Making as endorsed by the Third Ministerial Conference “Environment for Europe” (23-25 October 1995, Sofia, Bulgaria), Doc. N.U. ECE/CEP/24, par. 5

⁹ Guidelines on Access to Environmental Information and Public Participation in Environmental Decision-Making as endorsed by the Third Ministerial Conference “Environment for Europe” (23-25 October 1995, Sofia, Bulgaria), Doc. N.U. ECE/CEP/24, par. 6

interés público atendido por la divulgación ponderado con el interés por no divulgar, en cada caso.”¹⁰

¿En qué plazo se debe responder a la solicitud de información?

Las autoridades públicas deberían responder la solicitud del interesado tan pronto como sea posible y, máximo, dentro de las seis semanas siguientes.¹¹

La información ambiental debe estar disponible para revisión libre de costos y cuando se solicita información esta debe proporcionarse dando las debidas facilidades en cuanto al costo de las copias de los documentos y en cuanto al formato del documento. Si el documento se encuentra en diversos formatos, se debe proporcionar el documento en el formato que el solicitante lo requiera.¹²

¿De qué medios dispone el solicitante cuando se le rechaza la solicitud de acceso a la información?

Toda persona que haya presentado una solicitud de información y que sienta que esa solicitud fue ignorada, erróneamente rechazada o inadecuadamente respondida, debe disponer de recursos administrativos y judiciales para buscar un remedio.¹³

1.1.3 Convenio de Aarhus de 1998

Las Directrices sobre el derecho de acceso a la información y a la participación

¹⁰ Guidelines on Access to Environmental Information and Public Participation in Environmental Decision-Making as endorsed by the Third Ministerial Conference “Environment for Europe” (23-25 October 1995, Sofia, Bulgaria), Doc. N.U. ECE/CEP/24, par. 6 (T. del A.)

¹¹ Guidelines on Access to Environmental Information and Public Participation in Environmental Decision-Making as endorsed by the Third Ministerial Conference “Environment for Europe” (23-25 October 1995, Sofia, Bulgaria), Doc. N.U. ECE/CEP/24, par. 7

¹² Guidelines on Access to Environmental Information and Public Participation in Environmental Decision-Making as endorsed by the Third Ministerial Conference “Environment for Europe” (23-25 October 1995, Sofia, Bulgaria), Doc. N.U. ECE/CEP/24, par. 8

¹³ Guidelines on Access to Environmental Information and Public Participation in Environmental Decision-Making as endorsed by the Third Ministerial Conference “Environment for Europe” (23-25 October 1995, Sofia, Bulgaria), Doc. N.U. ECE/CEP/24, par. 9

pública en el proceso de toma de decisiones ambientales de 1995, fueron recogidas en el Convenio de Aarhus de 1998, por lo que gran parte de las cuestiones allí planteadas fueron reiteradas en el Convenio e incluso mejoradas. Veamos los principales aspectos del Convenio de Aarhus en materia de acceso a la información ambiental.

¿Qué es información ambiental?

El Convenio de Aarhus define, en su artículo 2.3., lo que se entiende por información ambiental, señalando:

“3. Por «información(es) sobre el medio ambiente» se entiende toda información, disponible en forma escrita, visual, oral o electrónica o en cualquier otro soporte material y que se refiera a:

- a) el estado de los elementos del medio ambiente tales como el aire, la atmósfera, el agua, el suelo, las tierras, el paisaje y los parajes naturales, la diversidad biológica y sus componentes, incluidos los organismos genéticamente modificados, y la interacción entre estos elementos;
- b) factores tales como las sustancias, la energía, el ruido y las radiaciones y las actividades o medidas, en particular las medidas administrativas, los acuerdos relativos al medio ambiente, las políticas, leyes, planes y programas que tengan o puedan tener efectos sobre los elementos del medio ambiente a que hace referencia el apartado 1 anterior sobre el análisis de costos-beneficios y otros análisis e hipótesis económicos utilizados en la toma de decisiones en materia medioambiental;
- c) el estado de la salud, la seguridad y las condiciones de vida de los seres humanos, así como el estado de los emplazamientos culturales y de las construcciones en la medida en que sean o puedan ser alterados por el estado de los elementos del medio ambiente o, a través de estos elementos, por los factores, actividades o medidas a que hace referencia la letra b) anterior.”

Aquí es posible apreciar que la definición de información ambiental del Convenio de Aarhus es más extensa que aquella propuesta en las Directrices antes mencionadas.

¿Quién puede acceder a la información ambiental?

Las autoridades públicas deben poner a disposición del público las informaciones sobre el medio ambiente que les soliciten. El artículo 2 párrafo 4 del Convenio de Aarhus señala que "Por "público" se entiende una o varias personas físicas o jurídicas y, con arreglo a la legislación o la costumbre del país, las asociaciones, organizaciones o grupos constituidos por esas personas." El público puede solicitar y acceder a la información ambiental sin tener que invocar un interés particular (Art. 4 párrafo 1, letra a))

¿Quién está obligado a proporcionar la información ambiental?

Las autoridades públicas. El artículo 2 párrafo 2 del Convenio de Aarhus proporciona un concepto ampliado de autoridad pública, lo que a su vez, produce una expansión de la información ambiental que se puede solicitar. En efecto, esa disposición señala:

"Por "autoridad pública" se entiende:

- a) La administración pública a nivel nacional o regional o a cualquier otro nivel;
- b) Las personas físicas o jurídicas que ejercen, en virtud del derecho interno, funciones administrativas públicas, en particular tareas, actividades o servicios específicos relacionados con el medio ambiente;
- c) Cualquier otra persona física o jurídica que asuma responsabilidades o funciones públicas o preste servicios públicos relacionados con el medio ambiente bajo la autoridad de un órgano o de una persona comprendida dentro de las categorías mencionadas en las letras a) y b) supra;
- d) Las instituciones de cualquier organización de integración económica regional a que hace referencia el artículo 17 que sea Parte en el presente Convenio."

¿Se puede rechazar la solicitud información?

La solicitud de información sobre el medio ambiente puede ser rechazada si no se dispone de la información solicitada; si la solicitud es abusiva o formulada en términos generales; si la información está elaborándose; o cuando la divulgación tenga efectos adversos sobre la confidencialidad de las deliberaciones de las autoridades públicas o en la seguridad nacional o relaciones internacionales; si afecta la buena marcha de la justicia; si afecta los secretos industriales o la confidencialidad en propiedad comercial o intelectual; si afecta la confidencialidad de los datos personales, o si afecta la protección del medio ambiente, como las zonas de reproducción de especies raras. (Art. 4, párrafos 3 y 4)

¿Cuál debe ser el principio de interpretación de las restricciones al acceso a la información ambiental?

En este contexto, el Convenio de Aarhus no hace más que reiterar un principio propio del derecho internacional de los derechos humanos, cual es el *principio pro homine*, en este caso, aplicado a la protección de la naturaleza. Este artículo es el equivalente, por ejemplo, al artículo 29 b), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En efecto, en materia de los derechos de acceso ambiental, el Convenio de Aarhus señala:

“Las disposiciones del presente Convenio no menoscabarán el derecho de las Partes a seguir aplicando o a adoptar, en lugar de las medidas previstas por el presente Convenio, medidas que garanticen un acceso más amplio a la información, una mayor participación del público en la toma de decisiones y un acceso más amplio a la justicia en materia medioambiental.” (Art. 3, párrafo 5)

Luego, a propósito de la interpretación de las causales de rechazo de acceso a la información, considerando que el acceso debe ser la regla general, el Convenio de Aarhus reitera la regla de las Directrices antes mencionada. En efecto, el Convenio señala que los “motivos de denegación antes mencionados deberán interpretarse de

manera restrictiva teniendo en cuenta el interés que la divulgación de las informaciones solicitadas tendría para el público y según que esas informaciones guarden o no relación con las emisiones al medio ambiente." (Art. 4, párrafo 4, parte final)

¿En qué plazo se debe responder a la solicitud de información?

El artículo 4 párrafo 2 del Convenio de Aarhus establece un plazo bastante más restringido para la entrega de la información ambiental que el señalado por las Directrices. En efecto, se indica que "Las informaciones sobre el medio ambiente a que se refiere el apartado 1 supra serán puestas a disposición del público tan pronto como sea posible y a más tardar en el plazo de un mes a contar desde la fecha en que se haya presentado la solicitud, a menos que el volumen y la complejidad de los datos solicitados justifiquen una prórroga de ese plazo hasta un máximo de dos meses a partir de la solicitud. Se informará al solicitante de toda prórroga del plazo y de los motivos que la justifican."

¿Debe haber costos para el acceso a la información?

En términos generales, el Convenio de Aarhus consagra la misma regla que las Directrices antes mencionadas, en el sentido de que se debe facilitar lo más posible el acceso a la información ambiental, por lo que no debería haber costos en la obtención de la documentación pertinente, aun cuando los Estados pueden establecer un valor siempre que sea de "una cuantía razonable". Los Estados deben avisar con anticipación a los requirentes el monto de la documentación solicitada y los casos en que se puede reducir el monto o bien liberar del mismo. (Art. 4 párrafo 8)

¿De qué medios dispone el solicitante cuando se le rechaza la solicitud de acceso a la información?

El Convenio de Aarhus determina que los Estados deben asegurar medios de

recurso para el público en caso de rechazo de la solicitud, dando las condiciones para el acceso a la justicia. Así, prevé que el rechazo se haga por escrito, dando las razones de la negativa, y que esta se comuniquen en el más breve plazo posible, reiterando la regla del plazo del artículo 4 párrafo 1. En efecto, el Convenio señala que la "denegación de una solicitud de información se notificará por escrito si la solicitud se ha hecho por escrito o si su autor solicita una respuesta escrita. En la notificación de denegación, la autoridad pública expondrá los motivos de la denegación e informará al solicitante del recurso de que dispone en virtud del artículo 9. La denegación de la solicitud se notificará lo antes posible y en el plazo de un mes a más tardar, a menos que la complejidad de las informaciones solicitadas justifique una prórroga de ese plazo hasta un máximo de dos meses a partir de la solicitud. Se informará al solicitante de toda prórroga del plazo y de los motivos que la justifican." (Art. 4 párrafo 7).

Toda esta regulación, que es el resultado de una evolución en el tiempo acerca de los estándares europeos en materia de derecho de acceso a la información ambiental, ha servido de fuente de inspiración para la elaboración de las normas internacionales sobre la materia en la región de América Latina y el Caribe.

1.2 El Acuerdo de Escazú de 2018

El Acuerdo de Escazú fue adoptado el 4 de marzo de 2018, en Escazú, Costa Rica, luego de varios años de negociaciones acompañadas por la Cepal como Secretaría Técnica y liderado por varios países latinoamericanos, tales como Chile. El nombre completo de este tratado es el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe. La denominación de Acuerdo, y no de Tratado o Convención, tal vez sirva a demostrar una de las grandes cuestiones que se discutieron en estas negociaciones, esto es, si el instrumento sería vinculante o no vinculante para los Estados. Finalmente, los Estados decidieron que se trataría de un instrumento internacional jurídicamente vinculante.

Hasta la fecha de redacción de este artículo, el Acuerdo de Escazú había sido firmado por 22 Estados de la región y había sido ratificado por 5 Estados. Los Estados

que han firmado el Acuerdo son Antigua y Barbuda; Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia; Costa Rica; Ecuador; Granada, Guatemala; Guyana; Haití; Jamaica, México, Nicaragua; Panamá; Paraguay; Perú; República Dominicana; San Vicente y las Granadinas; San Kitts y Nevis, Santa Lucía y Uruguay. Los Estados que han ratificado el Acuerdo son Bolivia, Guyana, San Vicente y las Granadinas y Uruguay.

El derecho al acceso a la información ambiental se encuentra regulada en el artículo 5 del Acuerdo de Escazú de 2018. El artículo 2, letra a) señala, a este respecto, que "por "derechos de acceso" se entiende el derecho de acceso a la información ambiental, el derecho a la participación pública en los procesos de toma de decisiones en asuntos ambientales y el derecho al acceso a la justicia en asuntos ambientales." El Acuerdo de Escazú hace una vinculación evidente entre estos derechos de acceso ambiental y el derecho humano a vivir en un medio ambiente sano. La nomenclatura del derecho no se encuentra actualizada a aquella que es utilizada en nuestros días por el sistema de Naciones Unidas, pero, de todas maneras, es interesante el nexo que realiza. En efecto, el artículo 4 párrafo 1 reza como sigue:

"Cada Parte garantizará el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente sano, así como cualquier otro derecho humano universalmente reconocido que esté relacionado con el presente Acuerdo."

¿Qué es información ambiental?

El artículo 2, letra c) del Acuerdo de Escazú señala que "por "información ambiental" se entiende cualquier información escrita, visual, sonora, electrónica o registrada en cualquier otro formato, relativa al medio ambiente y sus elementos y a los recursos naturales, incluyendo aquella que esté relacionada con los riesgos ambientales y los posibles impactos adversos asociados que afecten o puedan afectar el medio ambiente y la salud, así como la relacionada con la protección y la gestión ambientales."

¿Quién puede acceder a la información ambiental?

El Acuerdo de Escazú señala que el acceso a la información ambiental es un derecho del público (Art. 5 párrafo 1). Este tratado contiene una definición amplia del público, a saber, "por "público" se entiende una o varias personas físicas o jurídicas y las asociaciones, organizaciones o grupos constituidos por esas personas, que son nacionales o que están sujetos a la jurisdicción nacional del Estado Parte." (Art. 2, letra d))

¿Sentido y alcance del derecho de acceso a la información pública?

El Acuerdo se refiere a dos variantes del derecho a la información ambiental.

Primero, el derecho a solicitar y recibir información ambiental. Segundo el derecho a ser informado si la autoridad se encuentra en poder de la información, o de los motivos de la negativa y las vías de recurso de que se dispone y los requisitos necesarios para ejercer ese derecho de acceso a la justicia (Art. 5, párrafo 2). Estas variaciones serían lo que la doctrina denomina derecho a la información activa y derecho a la información pasiva.¹⁴

¿Cuál es la situación de los grupos en situación de vulnerabilidad?

Las partes acordaron darle un tratamiento especial a las personas y los grupos en situación de vulnerabilidad, atendiendo su caso particular (Art. 5 párrafo 3 y 4). Este diseño coincide con el principio del derecho de los derechos humanos relativo al deber del Estado de proporcionar una protección reforzada para este tipo de grupos.¹⁵

¹⁴ "El derecho a la información es un derecho universal, inviolable e inalterable del hombre moderno, puesto que se funda en la naturaleza del hombre. Se trata de un derecho activo y pasivo: por una parte, la búsqueda de la información; y por la otra, la posibilidad de todos a recibirla". Fuenmayor Espina, Alejandro. El Derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública. Análisis jurídico y recomendaciones para una propuesta de ley modelo sobre el derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública. San José: Oficina de la UNESCO para América Central, 2004, pág.15

¹⁵ Beltrao, Jane Felipe; Monteiro, José Claudio; Gómez, Itziar et al. Derechos humanos de los grupos vulnerables. Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, 2014, pág. 312

¿Quién está obligado a proporcionar la información ambiental?

Los sujetos obligados a proporcionar la información ambiental es la autoridad competente. El Acuerdo de Escazú contiene una definición amplia de autoridad competente, que incluye a organizaciones privadas. En efecto, el artículo 2 letra b), señala que “por “autoridad competente” se entiende, para la aplicación de las disposiciones contenidas en los artículos 5 y 6 del presente Acuerdo, toda institución pública que ejerce los poderes, la autoridad y las funciones en materia de acceso a la información, incluyendo a los órganos, organismos o entidades independientes o autónomos de propiedad del Estado o controlados por él, que actúen por facultades otorgadas por la Constitución o por otras leyes, y, cuando corresponda, a las organizaciones privadas, en la medida en que reciban fondos o beneficios públicos directa o indirectamente o que desempeñen funciones y servicios públicos, pero exclusivamente en lo referido a los fondos o beneficios públicos recibidos o a las funciones y servicios públicos desempeñados.”

¿Cuáles son las obligaciones que recaen sobre los que tienen la información ambiental?

Las autoridades deben generar, mantener y actualizar la información ambiental relevante y velar porque esta información esté desagregada a nivel nacional, regional y local (Art. 6 párrafo 1). Se deben mantener y actualizar uno o más sistemas de información ambiental, que deberían incluir, por ejemplo, la siguiente información:

- a) los textos de tratados y acuerdos internacionales, así como las leyes, reglamentos y actos administrativos sobre el medio ambiente;
- b) los informes sobre el estado del medio ambiente;
- c) el listado de las entidades públicas con competencia en materia ambiental y, cuando fuera posible, sus respectivas áreas de actuación;
- d) el listado de zonas contaminadas, por tipo de contaminante y localización;
- e) información sobre el uso y la conservación de los recursos naturales y servicios ecosistémicos;

- f) informes, estudios e información científicos, técnicos o tecnológicos en asuntos ambientales elaborados por instituciones académicas y de investigación, públicas o privadas, nacionales o extranjeras;
- g) fuentes relativas a cambio climático que contribuyan a fortalecer las capacidades nacionales en esta materia;
- h) información de los procesos de evaluación de impacto ambiental y de otros instrumentos de gestión ambiental, cuando corresponda, y las licencias o permisos ambientales otorgados por las autoridades públicas;
- i) un listado estimado de residuos por tipo y, cuando sea posible, desagregado por volumen, localización y año; e
- j) información respecto de la imposición de sanciones administrativas en asuntos ambientales." (Art. 6 párrafo 3)

También, los Estados deben generar, mantener y actualizar un registro de emisiones transferencias de contaminantes del aire, agua, suelo y subsuelo y de materiales y residuos bajo su jurisdicción (Art. 6 párrafo 4).

Del mismo modo, los Estados deben mantener sistemas de alerta temprana usando los mecanismos disponibles, en casos de riesgo o amenaza inminente a la salud pública o al medio ambiente. Esto se encuentra íntimamente relacionado con los nuevos desarrollos acerca del contenido y alcance del derecho a disfrutar de un medio ambiente sin riesgos (seguro), limpio, saludable y sostenible que se vienen realizando en el sistema de Naciones Unidas (Art. 6 párrafo 5).¹⁶

El Estado debe además publicar periódicamente un Informe Nacional sobre el Estado del Medio Ambiente, y en todo caso cada 5 años, el cual podría contener:

¹⁶ "Sobre la base de esa experiencia, el Relator Especial recomienda al Consejo de Derechos Humanos que considere la posibilidad de apoyar el reconocimiento de ese derecho en un instrumento mundial. Podrían servir de modelo los derechos al agua y al saneamiento, que, al igual que el derecho a un medio ambiente saludable, no están expresamente reconocidos en tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas, pero son claramente necesarios para el pleno disfrute de tales derechos. En 2010, en su resolución 64/292, la Asamblea General reconoció que "el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos". La Asamblea General podría aprobar una resolución similar, en la que se reconociese que el derecho a un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible es también un derecho esencial para el pleno disfrute de todos los derechos humanos." Asamblea General. Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. Doc. N.U. A/HRC/37/59, de 24 de enero de 2018, par.14.

- a) información sobre el estado del medio ambiente y de los recursos naturales, incluidos datos cuantitativos, cuando ello sea posible;
- b) acciones nacionales para el cumplimiento de las obligaciones legales en materia ambiental;
- c) avances en la implementación de los derechos de acceso; y
- d) convenios de colaboración entre los sectores público, social y privado."

El Estado podría invitar al público a hacer aportes a este Informe Nacional (Art. 6 párrafo 7), lo cual sería deseable ya que ello fortalecería el principio de participación ambiental, y, por consecuencia, el principio de democracia ambiental en la generación colectiva de la información.

El Estado debería fomentar las Evaluaciones Independientes de Desempeño ambiental, que tomen en cuenta el cumplimiento y satisfacción de sus compromisos tanto nacionales como internacionales. Deberían considerar la participación de actores públicos, privados y la sociedad civil en la realización de esta Evaluación de Desempeño (Art. 6 párrafo 8).

Finalmente, todo acto que involucre bienes, servicios o recursos públicos, ya sean concesiones, contratos u otros, deberían asegurar el acceso a la información ambiental relacionados con ellos (Art. 6 párrafo 9).

¿Cuáles son los derechos de las personas o grupos en situación de vulnerabilidad?

El Estado debe garantizar el acceso a la información ambiental a las personas o grupos en situación de vulnerabilidad. El artículo 2 letra e), define este concepto señalando que "por "personas o grupos en situación de vulnerabilidad" se entiende aquellas personas o grupos que encuentran especiales dificultades para ejercer con plenitud los derechos de acceso reconocidos en el presente Acuerdo, por las circunstancias o condiciones que se entiendan en el contexto nacional de cada Parte y de conformidad con sus obligaciones internacionales." Además, el Estado debe asegurar la divulgación de la información ambiental en varios idiomas según se usen en el país, utilizar los formatos y los canales y vías de comunicación que sean culturalmente adecuados (Art. 6 párrafo 6).

En relación con el Informe Nacional sobre el Estado del Medio Ambiente a que se refiere el artículo 6 párrafo 7, el Estado debe garantizar que este informe sea accesible a todo el público, incluyendo a las personas y grupos en situación de vulnerabilidad, considerando sus idiomas y medios de difusión culturalmente apropiados, e incluso, considerar la posibilidad de su participación en la confección del mismo.

¿Cómo se debe entregar la información?

La información ambiental se debe entregar en el formato requerido por el solicitante, si este existe, o bien, en aquel que esté disponible. La autoridad debe garantizar total transparencia en el acceso a la información ambiental. Para ello se necesita establecer un órgano imparcial, autónomo e independiente encargado de velar por el cumplimiento de estos criterios en el acceso a la información ambiental (Art. 5 párrafo 11 y 18). Asimismo, la autoridad debe informar al solicitante, con la máxima celeridad posible, si no tiene la información ambiental solicitada, pero la posee otro órgano, o bien, informar si no existe o aún no está generada (Art. 5 párrafo 15 y 16).

¿Se puede rechazar la solicitud información?

En caso de denegación de la solicitud de acceso a la información, esta debe ser notificada por escrito al solicitante (Art. 5, párrafo 5). Esta misma regla ya se encontraba presente en las Directrices y en el Convenio de Aarhus.

Las causales de denegación, o el rechazo, total o parcial, de la solicitud, son establecidas, en forma excepcional por el derecho nacional y en su defecto por el derecho internacional. Estas razones, todas excepcionales, pueden ser el riesgo para la vida, seguridad o salud de una persona física; la seguridad o la defensa nacional; la afectación negativa al medio ambiente, por ejemplo, cuando la información se refiere a zonas de protección de especies amenazadas o en peligro de extinción; o cuando afecte la acción de la justicia (Art. 5 párrafo 6).

¿Cuál debe ser el principio de interpretación de las restricciones al acceso a la información ambiental?

El Acuerdo de Escazú reitera el principio de interpretación restrictiva que se retrotrae a las Directrices y es repetido en el Convenio de Aarhus. Esto quiere decir que las causales de denegación o rechazo son de derecho estricto. En efecto, los motivos de denegación deben ser interpretados conforme al principio de interpretación restrictiva (Art. 5 párrafo 8). Una vez más, es posible observar la influencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho internacional del medio ambiente, en este caso, en relación con los derechos de acceso. En efecto, el principio de interpretación restrictiva de las limitaciones a estos derechos humanos es una manifestación del principio *pro homine*. Y, desde el punto de vista procesal, el principio *pro homine* tiene una consecuencia en relación con la prueba y, especialmente, con la carga de la prueba u *onus probandi*. En efecto, el Acuerdo de Escazú señala que la carga de la prueba recaerá en la autoridad competente, lo que implica una inversión en el peso de la prueba (Art. 5 párrafo 8, parte final).

Las razones de la denegación o el rechazo a la solicitud y su interpretación deben ser una de las cuestiones más relevantes de todo el derecho de acceso a la información ambiental. En este contexto, el tratado latinoamericano nos proporciona una serie de principios y criterios que permiten guiar la acción de las partes involucradas.

Primeramente, el artículo 4 párrafo 4 consagra el principio de efectividad en materia de derechos de acceso ambiental. Esta es una regla consuetudinaria en el derecho internacional e informa todo el sistema del derecho internacional.¹⁷ Pero, además, el Acuerdo reitera en diversas ocasiones que los principios y reglas allí establecidas se encuentran regidas por el principio *pro homine*. En efecto, con diversa nomenclatura, el artículo 3 (Principios) letra k), menciona el principio *pro persona*. Y, a su turno, el artículo 4 párrafo 7, consagra el principio *pro homine* o de

¹⁷ De Visscher, C, « Observations sur l'effectivité en droit international public », en Revue Général de Droit International Public. Tome LXII, 1958, pág. 601-609.

favorabilidad de los derechos de acceso ambiental. Cabe reiterar que este es un principio clásico y transversal a los derechos humanos y encuentra su reconocimiento, *inter alia*, en el artículo 29 letra b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Incluso más, el artículo 4 párrafo 8 del Acuerdo consagra el principio de interpretación más favorable, como sigue:

“En la implementación del presente Acuerdo, cada Parte avanzará en la adopción de la interpretación más favorable al pleno goce y respeto de los derechos de acceso.”

Este principio de interpretación se conecta perfectamente con el gran principio regulado en el artículo 3, letra h), esto es, el principio de máxima publicidad, relacionado con el derecho de acceso a la información.

Por última en esta materia, el tratado establece que cuando se aplique la prueba del interés público, la autoridad o intérprete deberá ponderar el interés de no divulgar contra el beneficio público que se obtendría de divulgar la información, sobre la base de elementos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad (Art. 5 párrafo 9).

¿En qué plazo se debe responder a la solicitud de información?

La autoridad competente debe entregar la información ambiental solicitada con la máxima celeridad posible y en un plazo no superior a 30 días hábiles contados a partir de la fecha de recepción de la misma o en un plazo menor si así lo dispone la normativa interna. Si la autoridad competente requiere más tiempo, debe así notificarlo al solicitante, por escrito, expresando la justificación correspondiente, antes del vencimiento del plazo, no pudiendo exceder, el suplemento de tiempo, de 10 días hábiles (Art. 5 párrafo 12 y 13).

Como se puede apreciar, el Acuerdo de Escazú es bastante más preciso que las Directrices y el Convenio de Aarhus, y más acotado también, en términos de plazo. Contempla la posibilidad de la prórroga, pero por un tiempo limitado también.

Si la autoridad competente no responde dentro de plazo, se debe garantizar un recurso ante instancias judiciales y/o administrativas, como medio de asegurar el acceso a la justicia medioambiental (Art. 5 párrafo 14).

¿Debe haber costos para el acceso a la información?

La autoridad debe entregar la información ambiental solicitada sin costo, salvo en caso de reproducción o envío de antecedentes (Art. 5 párrafo 17). Aquí ya se percibe un cambio de enfoque en relación con el mismo criterio en el Convenio de Aarhus. El Acuerdo señala que los costos deben ser razonables, deben ser informados anticipadamente, y se podrá liberar al solicitante, en caso de personas o grupos vulnerables o causa justificada (Art. 5 párrafo 17).

¿Cuáles son los derechos de los consumidores y usuarios?

El Acuerdo de Escazú contempla también una disposición para los derechos de los consumidores y usuarios. En efecto, el Estado debe promover patrones de consumo y producción sostenibles garantizando el acceso a la información ambiental de los bienes y servicios producidos y consumidos y sus efectos en la salud (Art. 6 párrafo 10).

¿Cuáles son los deberes de los actores privados que tienen información ambiental?

El Acuerdo de Escazú contiene disposiciones relativas al acceso a la información ambiental en manos de privados. En efecto, el tratado señala que los Estados deben garantizar, a través de leyes y medidas administrativas o de otro carácter, el acceso a la información ambiental en manos de privados, en particular, aquella relativa a sus operaciones y posibles riesgos y efectos en la salud humana y el medio ambiente (Art. 6 párrafo 12). Nuevamente, aquí encontramos una íntima relación entre este deber de los actores privados con los desarrollos recientes en cuanto a contenido y alcance del derecho humano a disfrutar de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible.

Igualmente, el tratado establece el deber del Estado de incentivar la realización de Informes de Sostenibilidad de empresas –públicas y privadas- que reflejen su desempeño social y ambiental (Art. 6 párrafo 13).

Todos estos estándares han ido evolucionando en el tiempo. Los antecedentes que se han mencionado muestran como el derecho humano al acceso a la información ambiental encontró su primera concretización en una norma convencional en el Convenio de Aarhus. Aun así, cabe señalar que los primeros pasos que dio el acceso a la información ambiental en Europa no fueron desde el enfoque de los derechos humanos, sino más bien, desde el prisma ambiental. Esto significa que se le daba una consideración como derechos ambientales. Sólo tenuemente a partir de Aarhus y luego, más reforzadamente, desde el Acuerdo de Escazú, el derecho a la información ambiental es abordado desde una perspectiva de derechos humanos. Esta evolución se nutre en una relevante medida de la jurisprudencia, un poco dispersa, primero de la Corte Europea de Derechos Humanos y luego de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en materia de acceso a la información ambiental. Nosotros queremos enfocarnos en este texto, en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, haciendo un esbozo de los desarrollos recientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de medio ambiente. Gracias a esto quizás se pueda afirmar que los estándares sobre protección ambiental se han incorporado definitivamente en el *corpus iuris* interamericano.

2 Derecho humano a un medio ambiente sano y ius commune

En esta parte abordaremos el examen de las normas de derechos humanos como el nuevo derecho común, especialmente, singularizado en el derecho interamericano y en la naturaleza constitucional del rol de protección jurisdiccional de los derechos humanos, de modo de justificar que todo órgano jurisdiccional que protege los derechos humanos desempeña una función constitucional.

2.1 Derechos humanos y derecho común

Los derechos humanos se encontrarían a la base de un nuevo *ius commune*. En este sentido Serna de la Garza¹⁸ frente a la pregunta ¿Qué es el *ius commune*?, ha planteado la siguiente respuesta: "En primer lugar, podemos mencionar que los países del sistema interamericano de derechos humanos comparten en sus Constituciones una serie de valores comunes, centrados en la dignidad de la persona humana y los derechos que de ella irradian. En segundo lugar, existe un bloque normativo común a los Estados adscritos al sistema interamericano de protección de los derechos humanos: la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos."¹⁹

El gran jurista Jorge Carpizo definió claramente esta noción de *ius constitutionale commune latinoamericanum*, señalando lo siguiente:

"La Convención Americana y su interpretación de última instancia, realizada por la Corte Interamericana de Derechos humanos (Corte IDH), está creando un *ius commune* latinoamericano de derechos humanos, que implica que cualquier habitante de la región goza de un mínimo de derechos que la Constitución de cada país puede ampliar, pero nunca restringir, en virtud de las obligaciones internacionales que cada Estado contrajo al ratificar la propia Convención Americana y aceptar la jurisdicción obligatoria de la Corte IDH."²⁰

Este *ius commune* se construiría sobre la base de la noción de estándares mínimos comunes y compartidos, por los Estados partes del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Estos estándares comunes y compartidos vendrían determinados por el derecho positivo, por ejemplo, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, y por la interpretación que de ella se

¹⁸ Serna de la Gaza, J. "Jorge Carpizo y el proyecto Hacia un *Ius Commune Latinoamericano* en Derechos Humanos", en González, L. & Valadés, D. (Coord.): El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo. UNAM-IIJ, México, 2013, pág.36

¹⁹ Serna de la Gaza, J. "Jorge Carpizo y el proyecto Hacia un *Ius Commune Latinoamericano* en Derechos Humanos", en González, L. & Valadés, D. (Coord.): El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo. UNAM-IIJ, México, 2013, pág.36

²⁰ Bogdandy, A, "*Ius constitutionale commune latinoamericanum*. Una aclaración conceptual desde una perspectiva europea", en González, L. & Valadés, D. (Coord.): El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo. UNAM-IIJ, México, pág. 39-66. 2013

hace por el órgano autorizado para ello.²¹ El órgano autorizado para la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¿Por qué los derechos humanos constituyen un terreno fértil para el desarrollo de un *ius commune* en América Latina? Existirían, al menos, cuatro elementos que permitirían, eventualmente, el surgimiento de un *ius commune* en derechos humanos.

1. Una lengua común. La herencia de la colonización ibérica en América nos legó ya sea el español o bien el portugués. Esta comunidad lingüística, inexistente en Europa, facilita enormemente no sólo las comunicaciones, sino que sobre todo permite la existencia de una comunidad de pensamientos, de ideas, incluso una unión en torno a la expresión lingüística de valores.

2. Una base cultural común. En términos generales, América latina tiene el mismo origen étnico, una parte indígena y una parte resultado de olas de colonización, fundamentalmente de la península ibérica. América Latina es el resultado de un mismo proceso de colonización iniciado desde la época de Cristóbal Colón. Este hecho ha generado una marca indeleble en la región de la que dan cuenta sus poblaciones actuales. Fundamental, en este proceso de desarrollo cultural latinoamericano ha sido la religión católica la que ha convivido con restos aun presentes de creencias indígenas. A pesar de que los pueblos indígenas han bordeado la extinción en América, su capacidad de resistencia les ha permitido sobrevivir, fundamentalmente mezclados con las poblaciones de inmigrantes y esclavos, y en partes, sin mezclarse con otras poblaciones. Este último es un dato clave en América Latina, donde la cosmovisión indígena corre por la sangre de la región, y, por lo tanto, la visión de comunidad se encuentra fuertemente arraigada, del mismo modo que en África.

3. Una idiosincrasia común. Las características distintivas y propias de la colectividad americana justifica la presencia de una visión común frente a la posición

²¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: desarrollo y aplicación. Doc. OEA/Ser.L/V/II.143 Doc. 60, pág. 2, 2011

que juega el individuo y la comunidad. En este punto, la situación de América Latina es similar a la de África, donde el aspecto comunitario ocupa un lugar relevante en las relaciones humanas.

4. El elevado índice de desigualdad e inequidad existente en las sociedades latinoamericanas. En efecto, "América Latina sigue conformada por países en desarrollo, con grandes sectores sociales ubicados por debajo de la línea de pobreza, altos niveles de concentración del ingreso y con el nivel de desigualdad más pronunciado del mundo. Sin embargo es notorio que, a pesar de las dificultades existentes, por primera vez una región en desarrollo está -en su totalidad- organizada políticamente de forma democrática. Las democracias pobres de la región obligan a pensar la economía y la democracia en términos propios, para no caer en la equivocación de creer que la democracia tiene más resistencia de la que en realidad cuenta, o que las transformaciones económicas pueden hacerse independientemente de lo que siente y expresa una sociedad determinada."²²

Si aceptamos que comunidad implica la existencia de valores comunes y compartidos y que estos valores son los que le dan su identidad y la cohesión social a esta comunidad, entonces podríamos sostener que en América Latina existiría una comunidad de derechos humanos, en la medida que reconozcamos que los derechos humanos representan los valores centrales de una comunidad, a la luz de los cuales ésta es modelada. En esta línea, se ha sostenido que en los países de la región, en mayor o menor grado, las dinámicas modernizadoras y la secularización del Estado desplazan hacia otros ámbitos los sentidos de pertenencia y la comunidad de valores. "Uno de estos ámbitos que hoy determina la agenda y el debate, dado el avance de la democracia y del Estado de derecho, es el de la ciudadanía moderna. Indudablemente esto supone avanzar en la plena universalidad de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, lo que requiere conjugar el Estado de derecho, el respeto a las libertades, la representación política y el mayor acceso a oportunidades de bienestar, de uso productivo de capacidades y de protección

²² Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA (DDI). Las dimensiones de la democracia, 2016, pág. 519. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/afrodescendientes_Manual_Formacion_Lideres_anexos.pdf [fecha de consulta: 08/09/2020]

social. La titularidad de los derechos sociales encarna la efectiva pertenencia a la sociedad, pues implica que todos los ciudadanos estén incluidos en la dinámica del desarrollo y gocen del bienestar que este desarrollo promueve.”²³

Estos valores comunes y compartidos se ven expresados en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos adoptados en la región. En el nombre de sus pueblos, los Estados representados en la IX Conferencia Internacional Americana, señalan en el preámbulo de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) de 1948, que están seguros que “el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este Continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre.”

Al momento de aprobar la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) de 1948, la IX Conferencia Internacional Americana consideró que “los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y materialmente y alcanzar la felicidad”, y que “la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución.” Cabe resaltar la fórmula contenida al inicio del preámbulo de la Declaración, consistente en que “[t]odos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros.” Como se sabe, una retórica similar es contenida en el artículo 1° de la Constitución chilena.

Por su parte, los Estados signatarios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 reafirman su “propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de

²³ Ottone, E. (Dir.), *Cohesión social: inclusión y sentido de pertenencia en América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile: CEPAL, Naciones Unidas, 2007.

libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre."

La Carta Democrática Interamericana de 2001 señala en su preámbulo que "la solidaridad y la cooperación de los Estados americanos requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa y que el crecimiento económico y el desarrollo social basados en la justicia y la equidad y la democracia son interdependientes y se refuerzan mutuamente", y reafirma que "la lucha contra la pobreza, especialmente la eliminación de la pobreza crítica, es esencial para la promoción y consolidación de la democracia y constituye una responsabilidad común y compartida de los Estados americanos."

Y, recientemente, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2016, donde los Estados miembros de la OEA reafirman que "los pueblos indígenas son sociedades originarias, diversas y con identidad propia que forman parte integral de las Américas."

2.2 Derecho a un medio ambiente sano

La Corte IDH ha contribuido decisivamente a la construcción de un *corpus iuris interamericanum* en el ámbito del derecho humano a un medio ambiente sano con su Opinión Consultiva sobre medio ambiente y derechos humanos N°23/17, de fecha 15 de noviembre de 2017.

En efecto, en esta Opinión Consultiva, la Corte IDH (2017, pars. 62 y 63) ha afirmado, en el nivel internacional, el derecho a un medio ambiente sano como un derecho humano autónomo:

"Esta Corte considera importante resaltar que el derecho al medio ambiente sano como derecho autónomo, a diferencia de otros derechos, protege los componentes del medio ambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aún en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o

por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos. En este sentido, la Corte advierte una tendencia a reconocer personería jurídica y, por ende, derechos a la naturaleza no solo en sentencias judiciales sino incluso en ordenamientos constitucionales. De esta manera, el derecho a un medio ambiente sano como derecho autónomo es distinto al contenido ambiental que surge de la protección de otros derechos, tales como el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal."

Asimismo, la Corte IDH ha reiterado que el derecho humano a un medio ambiente sano presenta aspectos tanto individuales como colectivos:

"El derecho humano a un medio ambiente sano se ha entendido como un derecho con connotaciones tanto individuales como colectivas. En su dimensión colectiva, el derecho a un medio ambiente sano constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes y futuras. Ahora bien, el derecho al medio ambiente sano también tiene una dimensión individual, en la medida en que su vulneración puede tener repercusiones directas o indirectas sobre las personas debido a su conexidad con otros derechos, tales como el derecho a la salud, la integridad personal o la vida, entre otros. La degradación del medio ambiente puede causar daños irreparables en los seres humanos, por lo cual un medio ambiente sano es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad."²⁴

Por último, cabe destacar que los jueces interamericanos han resaltado que el derecho a un medio ambiente sano acarrear determinadas y precisas obligaciones para los Estados (aunque también alude a las obligaciones de las empresas). En efecto,

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Medio ambiente y Derechos Humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal- interpretación y alcance de los artículo 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1. y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No.23, par.59

“el derecho al medio ambiente sano, tal como está previsto en el Protocolo de San Salvador (sic), conlleva las siguientes cinco obligaciones para los Estados: a) garantizar a toda persona, sin discriminación alguna, un medio ambiente sano para vivir; b) garantizar a toda persona, sin discriminación alguna, servicios públicos básicos; c) promover la protección del medio ambiente; d) promover la preservación del medio ambiente, y e) promover el mejoramiento del medio ambiente. Asimismo, ha establecido que el ejercicio del derecho al medio ambiente sano debe guiarse por los criterios de disponibilidad, accesibilidad, sostenibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad, común a otros derechos económicos, sociales y culturales. A efectos de analizar los informes de los Estados bajo el Protocolo de San Salvador, en 2014 la Asamblea General de la OEA aprobó ciertos indicadores de progreso para evaluar el estado del medio ambiente en función de: a) las condiciones atmosféricas; b) la calidad y suficiencia de las fuentes hídricas; c) la calidad del aire; d) la calidad del suelo; e) la biodiversidad; f) la producción de residuos contaminantes y manejo de estos; g) los recursos energéticos, y h) el estado de los recursos forestales.”²⁵

Reflexiones finales

El derecho internacional de los derechos humanos se ha desarrollado en forma vertiginosa en las últimas décadas. Un impulso importante en este desarrollo se ha debido a la incorporación definitiva de las consecuencias y efectos del cambio climático en el goce efectivo de los derechos humanos, y más particularmente, en la naturaleza.

En este contexto, el Acuerdo de Escazú, sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, adoptado el 4 de marzo de 2018, viene a reforzar la protección ambiental pero también el derecho autónomo a disfrutar de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible.

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos: Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23, par. 60.

La pregunta que orientó esta breve investigación fue cuál es el sentido y alcance del derecho a acceder a la información ambiental de acuerdo con estas nuevas fuentes del derecho internacional del medio ambiente. Nuestra conclusión es que el Acuerdo de Escazú viene a reforzar, complementar y elevar los estándares sobre acceso a la información ambiental fijados en instrumentos de soft law y hard law anteriores. El nivel de precisión y especificidad de los estándares fijados en el Acuerdo de Escazú son mucho más elevados que los anteriores estudiados, sobre todo, en relación con el derecho de acceso a la información ambiental. Algunos elementos que vale la pena destacar es la ampliación en el concepto de público que puede acceder a la información ambiental, lo que permite una extensión en el ejercicio de este derecho. La precisión en materia de plazos, mucho más acotados, para la entrega de la información, es sumamente relevante vis-a-vis los Estados. Luego, la referencia a la información ambiental en poder de actores privados, quienes también serían sujetos pasivos de la obligación de proporcionar acceso a la información ambiental que manejen, según el caso, es sumamente relevante. Por último, la obligación que se impone al Estado de solicitar a las empresas – públicas y privadas- de levantar un Informe de Desempeño Sostenible en sus actividades, no es sino, un paso en la dirección correcta.

Bibliografía

Asamblea General (2018). Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. Doc. N.U. A/HRC/37/59, de 24 de enero de 2018.

Beltrao, Jane Felipe; Monteiro, José Claudio; Gómez, Itziar et al. Derechos humanos de los grupos vulnerables. Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, 2014.

Bogdandy, A, "Ius constitutionale comune latinoamericanum. Una aclaración conceptual desde una perspectiva europea", en González, L. & Valadés, D. (Coord.): El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo. UNAM-IIJ, México, 2013.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el Sistema Interamericano

de Derechos Humanos: desarrollo y aplicación. Doc. OEA/Ser.L/V/II.143 Doc. 60, 2011

Convenio sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un contexto Transfronterizo. *Comisión Económica para Europa*. (Doc. N.U. ECE/ENHS/NONE/2003/25).

Corte Interamericana de Derechos Humanos: Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23.

Declaration by the Ministers of Environment of the region of the United Nations Economic Commission for Europe (UNECE), 25 October 1995.

Declaración de Rio de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992). *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, Rio de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992.

Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA (DDI). Las dimensiones de la democracia, 2016. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/afrodescendientes_Manual_Formacion_Lideres_anexo_s.pdf [fecha de consulta: 08/09/2020]

De Visscher, C, « Observations sur l'effectivité en droit international public», en *Revue Général de Droit International Public*. Tome LXII, 1958, pág. 601-609.

Fuenmayor, A, *El Derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública. Análisis jurídico y recomendaciones para una propuesta de ley modelo sobre el derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública*. San José: Oficina de la UNESCO para América Central, 2004.

Guidelines on Access to Environmental Information and Public Participation in Environmental Decision-Making as endorsed by the Third Ministerial Conference "Environment for Europe" (23-25 October 1995, Sofia, Bulgaria), Doc. N.U. ECE/CEP/24.

Ottone, E. (Dir.), *Cohesión social: inclusión y sentido de pertenencia en América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile: CEPAL, Naciones Unidas, 2007.

Parlamento Europeo, Resolución sobre la Conferencia de Ministros de Medio Ambiente que se celebrará en Sofía en octubre de 1995. (Resolución A4-0172/95. Diario Oficial N° C 249 de 25/09/1995).

Serna de la Gaza, J. "Jorge Carpizo y el proyecto Hacia un *Ius Commune* Latinoamericano en Derechos Humanos", en González, L. & Valadés, D. (Coord.): El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo. UNAM-IIJ, México, 2013.

5. TRIBUTAÇÃO E DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO: ENTRE FISCALIDADE E EXTRAFISCALIDADE



<https://doi.org/10.36592/9786587424941-05>

Natercia Sampaio Siqueira¹

Introdução

No cenário de crise, avultam discursos intervencionistas, em que se buscam no Estado políticas socioeconômicas que minorem os efeitos da crise e propiciem a retomada do desenvolvimento socioeconômico. É o que se assiste no presente momento, no qual o Brasil se encontra atingido por uma grave crise: à crise financeira mundial que se iniciou em 2008 com a bolha imobiliária norte-americana, somou-se a crise política interna de 2013 e a crise sanitária de dimensão planetária, decorrente da Covid-19, em 2020. Neste quadro, sucedem-se falências, desemprego, redução da liquidez e do crédito, retração da economia, elevação da pobreza e, conseqüentemente, do custo assistencial estatal.

A presença simultânea da queda da atividade econômica e do aumento do custo estatal parece criar uma situação paradoxal desafiadora às finanças públicas, que põe em xeque a possibilidade de efetivas políticas estatais. Neste estado de urgência orçamentária, ganha destaque o debate sobre o financiamento público e sobre uma adequada política tributária, que equalize o custo do Estado de forma a conciliar justiça e eficiência.

Diante desta problemática, no presente capítulo se propõe a trabalhar o papel da política tributária na estruturação de uma dinâmica democrática bem ordenada, mediante a delimitação da área da atuação da fiscalidade e da extrafiscalidade. Para tanto, se inicia com o mapeamento da dogmática constitucional referente à extrafiscalidade, ressaltando o relevante papel que ela assume à União Federal.

¹ Natercia Sampaio Siqueira é Mestre em Direito Tributário pela UFMG, Doutora em Direito Constitucional pela UNIFOR, Professora do Programa de Pós-graduação – Mestrado e Doutorado – em direito público da Unifor, Pós doutoranda em Direito Econômico pela FDUL, Procuradora Fiscal do Município de Fortaleza e Pesquisadora do CELA.

Posteriormente, se leva o debate entre a fiscalidade e a extrafiscalidade ao embate mais amplo entre o virtuosismo do Indivíduo e o do Estado como agente promotor do desenvolvimento socioeconômico. Em um terceiro momento, ao trabalhar-se a relação entre mercado e democracia, se trata do modelo estratégico que a tributação deve adotar em uma sociedade democrática, sem desconsiderar as possibilidades de políticas tributárias contingenciais que sejam necessárias em momento de excepcionalidade.

Por conseguinte, e em uma última análise, se manifesta pela possibilidade e eficácia da extrafiscalidade como política intervencionista socioeconômica, a condicionando, entretanto, por determinados fatores: excepcionalidade, isonomia, concorrência, eficiência.

1.0 Extrafiscalidade na Constituição brasileira

A extrafiscalidade é pensada, justamente, como mecanismo de intervenção socioeconômico, mediante a crença de que o tributo pode servir, de maneira adequada, como instrumento de indução ou desestímulo de determinadas condutas e atividades. Sob esse argumento, cria-se um regime tributário especial à extrafiscalidade, muitas vezes mediante o afrouxamento dos princípios constitucionais tributários previstos no art. 150 da CF.

A título de exemplificação, importa, de início, considerar a competência tributária da União federal. Com exceção do imposto de renda, todos os demais possuem caráter extrafiscal, com o afrouxamento dos grilhões que controlam a tributação: o imposto de importação e o de exportação, por exemplo, foram constitucionalmente desenhados como instrumento à União Federal para a realização da sua política cambiária, de mercado exterior e de proteção à economia nacional. Ou seja, o II e o IE são estipulados mediante propósitos específicos que vagueiam entre: a) o equilíbrio de reservas cambiárias; b) o fomento das exportações; c) a proteção da produção nacional contra a concorrência estrangeira; d) o abastecimento do mercado consumidor interno. Por conseguinte, em relação a ambos se excepcionou a legalidade tributária quanto à alíquota, bem como as regras

da anterioridade anual e nonagesimal, uma vez que não ostentam o “normal” caráter “arrecadatório”, mas interventivo de urgência.

O IOF, por seu turno, incide sobre as mais relevantes operações financeiras: de crédito, câmbio, seguro e com valores mobiliários. A sua criação, mais do que propósito arrecadatório, possui por meta prioritária o controle dessas operações pelas quais se dá o endividamento público e privado, o investimento em atividades econômicas especulativas, a circulação de moeda estrangeira e a realocação de custos dos riscos, com alto impacto sobre: a) a solvabilidade das instituições financeiras estratégicas à economia; b) o grau eficiente de liquidez, do investimento e da poupança; c) a disponibilização do crédito, necessário à produção e ao consumo. Desta feita, o IOF foi também projetado, constitucionalmente, como instrumento da União para a elaboração e realização de políticas monetárias e cambiárias, que são vulneráveis às contingências econômicas de determinado momento, razão pela qual a si não se aplica a legalidade, referente à alíquota, assim com a anterioridade anual e nonagesimal.

Já o IPI é apêndice do ICMS, especialmente concentrado na indústria. Foi idealizado pela Constituição não, propriamente, como instrumento de arrecadação e custeio do Estado, embora também o seja largamente utilizado neste fim, em razão da sua liquidez e praticidade administrativa. Não se pode, entretanto, olvidar o que se disse acima: o IPI foi idealizado sob inspirações Keynesianas e entregue à União federal como instrumento de intervenção na economia, mais propriamente, sobre a indústria, que é agente econômico estratégico de produção e consumo e, por conseguinte, especialmente responsável pela criação e manutenção de postos de trabalho. Recente exemplo de sua utilização extrafiscal deu-se no Governo de Dilma Rousseff, quando, mediante o objetivo de manutenção de postos de trabalho pelo fomento ao consumo, reduziu-se a zero a alíquota incidente sobre produtos industriais que, na ocasião, foram compreendidos pelo governo como estratégicos à economia: carros zero quilômetro e eletrodomésticos da linha branca.

Também o imposto sobre a propriedade territorial rural possui função extrafiscal. Ou seja, é instrumento concedido à União Federal para desenvolver a política agrária de desestímulo ao latifúndio improdutivo: sob a referida meta deve-se estipular a progressividade da alíquota, ao passo em que a Constituição veda a

sua cobrança sobre pequenas glebas rurais. Mas é importante que se chame a atenção para o fato de que a extrafiscalidade do ITR não possui caráter emergencial, ou seja, integra-se a uma política que se pretende estratégica, mas não contingencial ao momento econômico e social vivenciado, razão pela qual não se o excepciona quanto às regras e aos princípios constantes do art. 150 da Constituição Federal.

Já o imposto sobre grandes fortunas não foi criado, apesar de também apresentar nítida feição extrafiscal, que consiste na desconcentração de grandes riquezas. Igualmente, ainda não foi instituído o imposto extraordinário de guerra, que é tributo finalístico da maior urgência e relevância, posto que direcionado ao custeio do conflito bélico. Por conseguinte, se o retirou do âmbito da competência privativa em matéria de impostos e se o excepcionou quanto à anterioridade anual e nonagesimal.

Mas não só os impostos se mostram especialmente sensíveis à contingência socioeconômica, financeira, monetária e cambial. As contribuições sociais direcionadas à seguridade social, embora de caráter arrecadatório e finalístico, também respondem às urgências orçamentárias da assistência, o suficiente para serem retiradas do âmbito da anterioridade anual, assim como se prestam à utilização extrafiscal: é o caso, por exemplo, em que se permite a variação da alíquota da Cofins em razão da atividade econômica, que nem sempre é um índice relacionado à capacidade contributiva. Esses são exemplos de como a competência tributária da União foi especialmente desenhada como modelo tributário de exceção, que se mostra moldável por políticas econômicas cambiantes – não estratégicas – em função dos eventos socioeconômicos contingenciais.

Já aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios se atribuíram impostos com caráter, especialmente, fiscal. Mas mesmos nestes, a extrafiscalidade é possível, ainda que se mantenha o normal regime jurídico previsto na ordem constitucional tributária. O interessante, entretanto, é que apesar de se está em momento de crise, no qual a extrafiscalidade mostra-se especialmente atraente, uma vez que o afrouxamento do regime tributário que por regra lhe acompanha permite a rápida adaptabilidade da tributação à realidade, se a está a fazer alvo de críticas concentradas. Prova disto é que as Propostas de Emenda à Constituição em matéria

tributária, tais quais a PEC 45 e 110, se propõem à expressiva redução da extrafiscalidade:

É interessante, entretanto, avaliar as razões que levam ao desprestígio da extrafiscalidade e verificar a sua pertinência no momento atual, em que a grave crise econômica decorrente da bolha imobiliária de 2008, acrescida da crise política brasileira e da sanitária mundial consistente na pandemia da COVID-19, tem demonstrado a necessidade de intervenções públicas para a retomada do desenvolvimento socioeconômico sustentável. Neste contexto, é pertinente que se invista, quase que exclusivamente, em uma tributação de caráter fiscal, uniforme e simplificada?

2.0 Virtuosismo do livre mercado ou do planejamento estatal?

A ideia do Estado como agente econômico não é nova: o mercantilismo, próprio da época das monarquias absolutas, pressupunha que o rei, como ministro de Deus, teria a necessária aptidão para direcionar a economia da maneira a se melhor atender os interesses econômicos do erário. É bem verdade que no primeiro momento, referida perspectiva não gerou estranhamentos, uma vez que o mercantilismo, como modelo econômico do absolutismo monárquico, foi vivenciado no contexto em que não se vislumbrava uma nítida separação entre o público e o privado. A nação era concebida como um "organismo econômico" (HUGON, 1995, p. 62); a atividade econômica era compreendida como de titularidade do Estado e não como própria à esfera privada.

As diversas formas de mercantilismo implicaram, por sua vez, estrito direcionamento das relações econômicas pelo Estado e para o benefício do erário (Coroa), que em grande parte dos países se dava mediante o propósito de estocagem de metais preciosos. Não obstante, o intervencionismo público nas atividades econômicas nem sempre se mostrou eficiente, pelo contrário, e a agricultura fora o segmento que mais sofreu, negativamente, os seus efeitos: não raro, em períodos de seca, de crise econômica ou de guerras, se tabulavam os preços de produtos agrícolas, com grande prejuízo aos produtores rurais. Contra essa prática do mercantilismo se insurgiram os fisiocratas, cujas ideias fomentam o germe do liberalismo econômico.

Os fisiocratas defendiam que a relação de produção deveria desenvolver-se “livre e independentemente de qualquer coação exterior, segundo uma ordem imposta pela natureza e regida por leis naturais”. (HUGON, 1995, p. 91). Eles reivindicavam a liberdade do produtor para fixar o preço dos seus produtos, o que lhe traria maior excedente financeiro e lhe permitiria ampliar o investimento na produção, com a diversificação dos produtos e o melhor abastecimento do mercado consumidor. Desta forma, os fisiocratas terminaram por harmonizar o interesse individual do produtor ao interesse geral da nação, noção que irá acompanhar o liberalismo econômico. (HUGON, 1995, p. 94-95).

Destarte, o liberalismo econômico fora inicialmente teorizado sob o pressuposto de uma dinâmica mecanicista inerente à natureza humana, da qual resultaria a alocação ótima dos recursos sociais: uma vez que se deixassem os agentes econômicos – capitalistas, proprietários e trabalhadores – livres para alcançar os seus interesses particulares, se teria o melhor desenvolvimento da economia e mesmo os inevitáveis conflitos entre eles seriam resolvidos de forma ótima, com a correção das ineficiências econômicas mediante a espontânea convergência do preço de mercado dos produtos, da terra e do trabalho ao preço natural. (SMITH, 2003). O liberalismo econômico guarda a crença no virtuosismo do indivíduo como agente econômico, de maneira a se lhe legar o mercado.

Mas a anarquia capitalista do livre mercado, que provavelmente atingiu o seu auge na no início da década de 20, encontrou o seu ocaso no Crash da Bolsa de Nova York, tanto porque referido evento resultou da ineficiência dos postulados do liberalismo econômico para promover o desenvolvimento sustentável da economia, como porque, para recuperar as economias nacionais seriamente combalidas, foram utilizadas medidas distintas das prescritas pelo liberalismo e que se mostraram – num primeiro momento – mais eficientes para a retomada do desenvolvimento econômico.

Tratando das causas do Crash da Bolsa de Nova York, observou Hobsbawm (1995, p. 104) que elas se deveram, em especial, ao grande acúmulo de riqueza, que tanto gerou a superprodução, como obstou a formação da demanda que lhe desse vazão. Não obstante, de início, se forjou um mercado consumidor que acompanhou a oferta através de concessões irresponsáveis de crédito. Mas quando os

empréstimos bancários, que camuflavam o poder de consumo, passaram a ser sistematicamente inadimplidos, assistiu-se à depressão em cadeia na produção nacional de diversos países, com a redução da atividade econômica e da liquidez, o acréscimo do desemprego, a elevação da inflação em alguns locais e a forte deflação em outros.

A desconfiança após o Crash da Bolsa de Nova York acerca da virtuosidade imanente à dinâmica do mercado, que se daria pela natural convergência do interesse individual ao geral, chamou a atenção da macroeconomia para a demanda e a moeda. O economista que se tornou celebridade por defender essas ideias foi Keynes. No início da década de 30, período no qual ainda se sofriam os ferozes efeitos do Crash de 29, Keynes, em um emissora de rádio londrina, instigava as donas de casa a gastarem: se todos resolvessem poupar ao invés de consumir, não haveria mais trabalho, ele afirmava. (WAPSHOTT, 2018, p. 95).

Keynes defendeu, abertamente, a ausência de frugalidade e modicidade durante a crise para superá-la. Ele sustentou a relevância de despesas adicionais, que manteriam empregos e impulsionariam a mais despesas adicionais, com a consequente criação de novos empregos. (WAPSHOTT, 2018, p. 156). Um ciclo virtuoso do bem. E o que estava a motivar Keynes era a compreensão, ao contrário de Smith e dos seus seguidores, de que a economia se mobilizaria, significativamente, pela procura e não pela oferta. (HUGON, 1995, p. 157-185). Por conseguinte, a demanda deveria ser tomada como objeto de políticas econômicas do Estado, o que se poderia dar tanto pela criação e manutenção de empregos por programas de governo, como pelo controle estatal do uso da moeda, de maneira a se assegurar que ela fosse empregada, preferencialmente, no investimento e consumo, ao invés de simplesmente entesourada. (HUGON, 1995, p. 410).

Em consonância com os postulados de Keynes, vários países desenvolveram políticas de intervenção na economia. O Estado, em países relevantes como a Alemanha e os EUA, assumiu o papel de agente econômico a instigar o desenvolvimento das atividades produtivas e a incentivar a criação de novos postos de trabalho. Referidas políticas intervencionistas, por sua vez, mostraram-se eficientes na superação da crise entre as grandes guerras, de maneira que infligiram forte abalo ao dogma liberal.

Mas em alguns países a intervenção estatal na economia deu-se na forma de Estados totalitários, o que levou à associação entre planejamento estatal e a ausência da liberdade. Referida relação fora teorizada por economistas relevantes o século XX, como Hayek (WAPSHOTT, 2018, P. 157), cético quanto ao virtuosismo do planejamento estatal: a) de primeiro, Hayek (1978, p. 2) se manifestava pela impossibilidade do conhecimento, seja por um homem ou por instituições, de tudo sobre o todo, o que comprometeria a eficácia do planejamento estatal; b) ademais, Hayek (1978, p. 75) negava valor intrínseco a produtos e serviços: o valor que teriam seria o atribuído por cada indivíduo; c) por conseguinte, o economista austríaco concluía que políticas estatais para a promoção do interesse público tenderia a refletir não a relevância intrínseca de um bem e serviço ou as preferências sociais, mas o interesse coletivo do grupo que está no poder, que não se confundiria com o interesse geral da coletividade como um todo. (HAYEK, 1978, p. 6). Ou seja: o planejamento não se justificaria na eficiência, no valor intrínseco de bens e serviços e muito menos no interesse da geral da coletividade.

Hayek insiste, ademais, na incomensurabilidade de fins pessoais. Cada pessoa possui fins personalíssimos que são, em não raras as ocasiões, incomensuráveis com as das outras, de maneira que

[...] there would exist not harmony but open conflict of interests should be given preference over others. What makes agreement and peace in such a society possible is that the individuals are not required to agree on ends but only on means which are capable of serving a great variety of purposes and which each hopes will assist him in the pursuit of his own purposes. (Hayek, 1978, p. 3).

Adverte-se, na cultura freudiana, que a incomensurabilidade não permite que em uma ordem espontânea se elejam fins comuns, passíveis de serem compartilhados pelos diferentes indivíduos. As pessoas são diferentes, valorizam bens, serviços e estilos de vida diversos e, abstraído que seja o enfoque axiológico da igualdade como ausência de hierarquia, restam ponderações referentes à eficiência e estabilidade social, em especial nas sociedades em que se tem sedimentado a cultura democrática informada pela equanimidade. A expectativa da

liberdade, assim como a crescente apropriação do sentimento de igualdade e de que todos possuem um mesmo sistema igual de direitos fundamentais, têm gerado uma cultura refratária à imposição de fins: não há mais docilidade na aceitação de políticas que imponham, estimulem e desestimulem modelos de vida específicos.

Por todas essas considerações, o virtuosismo do planejamento estatal também é posto em causa já no decorrer do século XX, o que divide não apenas a academia, como a política, o direito e a sociedade: de um lado, os cultores do planejamento estatal, que desconfiam do mercado e do virtuosismo do indivíduo como promotor do desenvolvimento socioeconômico; de outro, os que desconfiam do planejamento estatal, da sua eficácia e boas intenções, apostando no indivíduo como o mais eficiente agente econômico

2.1 Equilíbrio: normalidade e excepcionalidade

Não obstante, ambas as considerações são relevantes e devem ser levadas em consideração. É verdade que na contemporaneidade, a igualdade tem sido compreendida com a igual relevância de todos perante o Estado, de maneira que ele deve se guardar neutro quanto ao modelo de vida. (DWORKIN, 2000, p. 286). Por conseguinte, Dworkin (2000, p. 289) defende que o mercado é o instituto adequado para se realizar a distribuição econômica dos recursos sociais, que são escassos, por entre os cidadãos, que não obstante iguais em importância, são diferentes na sua individualidade. Isto, porque na dinâmica do mercado cada qual é igualmente livre para reunir o seu quinhão de bens de acordo com os seus gostos, desejos, necessidades e estratégias, e o faz mediante o custo definido pela soma das preferências pessoais. (DWORKIN, 2000, p. 290). Ou seja, a distribuição dos recursos sociais no mercado é função da soma das preferências pessoais e não do que o Estado considere relevante, seja por uma perspectiva de eficiência ou axiológica. O mercado, portanto, guarda a neutralidade axiológica do Estado na distribuição dos recursos sociais de natureza econômica, o que, por sua vez, é indispensável à igual relevância de todos perante o governo e à equanimidade que caracteriza elementarmente a sociedade democrática contemporânea.

Mas o mercado apresenta falhas decorrentes de ineficiências econômicas, como monopólio, abuso do poder econômico, concorrência desleal, desabastecimento, superprodução, manipulação de preço, reserva de demanda e ausência de liquidez. De outra sorte, ainda que funcionasse economicamente de forma ótima, refletiria e produziria desigualdades sociais que são iníquas. Mediante a analogia do mercado com um jogo, pode-se considerar que o resultado deste é considerado justo pelos participantes desde que: a) as regras sejam claras e igualmente aplicáveis a todos, b) os jogadores iniciem o jogo em posições equitativas (justas oportunidades iniciais para desenvolver as suas estratégias) e c) não haja uma séria incapacidade ou inabilidade do jogador, seja pessoal ou institucionalmente atribuída a si, que prejudique estruturalmente o seu desempenho para além da sua responsabilidade. Apenas mediante a observância desses critérios, os jogadores consideram o resultado final, independente de qual seja, justo.

Trazendo a referida analogia ao mercado, conclui-se que para além da preocupação de se estruturar e praticar um regime jurídico claro e isonômico, devem-se assegurar justas oportunidades iniciais e corrigir, o tanto quanto possível, as incapacidades estruturais; caso não seja possível, minorar os seus efeitos. Ocorre que a correção das falhas decorrentes de ineficiências econômicas ou que sejam da ordem social são complexas e demandam atuações diversas: regulamentações, fiscalizações, coações, estímulos, desestímulos, redistribuição de riqueza e de poder social, e tudo isso sem que se prejudique, de maneira essencial, a espontaneidade do mercado. Ou seja, as políticas corretivas não podem interferir elementarmente nas escolhas de produção e consumo, quando se assegure que elas se deem de forma essencialmente livre.

Diante deste amálgama de considerações, se deve buscar uma solução equilibrada de maneira que se assegure a espontaneidade do funcionamento do mercado, ao passo em que se lhes corrige as falhas econômicas e sociais. Para tanto, a tributação, que é o instrumento por excelência para a realização desses propósitos, uma vez que custeia as atividades públicas necessárias à garantia das diversas gerações de direito, deve ser realizada mediante o condicionamento de se observar na essência a liberdade das escolhas individuais de produção e consumo: é o que se chama de neutralidade tributária.

Uma tributação neutra não interfere na espontaneidade de funcionamento do mercado. E se também é efetiva pela perspectiva da arrecadação, ela possibilita os recursos financeiros necessários ao custeio das atuações públicas voltadas à correção das iniquidades sociais – educação, assistência, saúde, previdência, trabalho, lazer – e das ineficiências econômicas – monopólios, abuso do poder econômico, superprodução, escassez, concorrência, iliquidez, reservas de mercado consumidor. A situação aparenta resolver-se, otimamente, por este modelo: uma tributação neutra, mas elevada, que não interfira nas escolhas de mercado, mas possibilite o financiamento adequado das atuações públicas na ordem social e econômica. As correções econômicas e sociais se dariam pelas atuações públicas consubstanciadas na regulamentação, na prestação de serviços públicos ou no exercício do poder de política e não pelo impacto da tributação sobre o mercado.

Não obstante esta fórmula, que parece equilibrar igualdade, liberdade e oportunidades, as coisas não se resolvem de forma tão simples: de primeiro, porque a própria tributação, ao deixar de ser neutra e ao impactar as escolhas de produção e consumo, mostra-se como eficiente instrumento de intervenção socioeconômica. Tanto que a extrafiscalidade apresenta-se como a função primária de tributos tradicionalmente relevantes à economia e à soberania nacional, como os de importação e exportação, que de há tempos são praticados não com o propósito arrecadatório, mas de proteção da produção e do consumo internos. Em segundo, em razão de que o afrouxamento do rígido regime tributário, que geralmente decorre da extrafiscalidade, permite uma melhor resposta adaptativa da tributação às mudanças do cenário socioeconômico. De terceiro, porque a extrafiscalidade acolhe razões de ressarcimento que aparentam realizar uma distribuição justa do custo do Estado: o consumo de produto maléfico à saúde, como o cigarro, tende a onerar os gastos públicos com a saúde e a assistência. Por consequência, se aparenta justo que o consumo do referido produto seja tributado por uma alíquota mais elevada do que o de outros, que não causam mal à saúde e não tendem a onerar, em especial, o erário público.

Tudo isto, sem falar que a experiência fascista de um estado corporativo no caso do Brasil encontrou campo fértil, posto a experiência estatal e econômica brasileira ter ocorrido não só a partir, mas mediante o mercantilismo português, no

qual a exploração econômica se dá através da articulação do Estado. (FAORO, 2008, p. 80). Neste contexto, a utilização de tributos com caráter de intervenção na economia possui ares de naturalidade no Brasil, não obstante implique a coação pelo Estado à iniciativa privada para investir em determinada atividade econômica, o que significa, em verdade, a substituição desta por aquele na escolha de investimentos econômicos.

Por razões de cultura tributária, de eficiência interventiva, de adaptabilidade e de justiça na distribuição do custo do Estado, a extrafiscalidade assume caráter de normalidade, tanto e mais à medida que as políticas extrafiscais, para além de seus legítimos propósitos, não raro decorrem da influência do poder econômico e dos reclames sociais sobre o legislativo. Referido evento, de uma forma geral, é analisado pela Public choice, que adverte que os políticos e servidores públicos, no trato da coisa pública, agem no interesse privado de melhor atender os seus objetivos pessoais, os que os deixam susceptíveis a pressões de grupos, organizações e segmentos, mediante o qual ocorre a captura de recursos sociais: "*o rent-seeking* consiste no esforço de transformação de recursos comuns em recursos privados, individualmente apropriados – uma transformação não isenta de custos". (ARAÚJO, 2007, p. 57). Assim se dá, muitas vezes, com a extrafiscalidade: a redução do tributo – interesse público fundamental ao funcionamento do Estado – em prol de determinados agentes econômicos, que se apropriam daquilo que na normalidade dos casos é direcionado ao público.

Referido processo, por sua vez, é de difícil controle, posto que, em regra, a extrafiscalidade é de fácil justificação, apoiando-se em algum dos diversos interesses e direitos fundamentais resguardados na Constituição federal. Entretanto, o STF, ao julgar a constitucionalidade da alíquota a maior da Cofins e do Pis sobre as atividades bancárias (Informativo 905/STF), manifestou-se no sentido de que a tributação poderia ter caráter arrecadatário ou extrafiscal. No primeiro caso, se lhe aplicaria a capacidade contributiva. Já no segundo, outros parâmetros poderiam ser utilizados para modular o tributo, desde que se observasse a proporcionalidade: necessidade, adequação e razoabilidade no atingimento da finalidade extrafiscal.

No caso, é importante observar que a proporcionalidade aplicável à extrafiscalidade pressupõe que ela é um regime de exceção, tendo, à sua

constitucionalidade, de apurar a sua necessidade, adequação e razoabilidade. É algo importante, a se prestar atenção.

3 Mercado, neutralidade e extrafiscalidade

É importante a construção da ordem econômica e tributária de maneira que a normalidade tributária seja realizada na tributação de propósito arrecadatório, que preserve a espontaneidade de funcionamento do mercado. Para tanto, a tributação deve se realizar mediante os seus objetivos específicos, quais sejam: os de remuneração ou ressarcimento (tributação sinalagmática com tributo de fato gerador vinculado) ou de contribuição (tributação não sinalagmática com tributo de fato gerador não vinculado). Isto significa que os tributos devem ser estruturados, no primeiro caso, mediante o princípio comutativo ou da equivalência e, no segundo – que é o que verdadeiramente importa, posto a sua maior relevância –, pelo princípio da capacidade contributiva. A capacidade contributiva e os instrumentos que a aperfeiçoam, como a seletividade, a progressividade e a pessoalidade, devem, portanto, servir de matéria prima à fixação da carga tributária. Desta feita, para além da justiça tributária, se assegura a neutralidade, uma vez que a maior precisão na medição da capacidade contributiva, ao acomodar a carga tributária à aptidão econômica real e atual da pessoa, iguala os iguais e desiguala os desiguais na medida da desigualdade, não implicando, por conseguinte, tratamento tributário especialmente benéfico ou prejudicial que termine por interferir nas escolhas de produção e consumo.

A relação entre neutralidade, concorrência e tributação fora, em diversas ocasiões, ressaltada pelo STF:

EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Efeito suspensivo. Inadmissibilidade. Estabelecimento industrial. Interdição pela Secretaria da Receita Federal. Fabricação de cigarros. Cancelamento do registro especial para produção. Legalidade aparente. Inadimplemento sistemático e isolado da obrigação de pagar Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI. Comportamento ofensivo à livre concorrência. Singularidade do mercado e do caso. Liminar indeferida em

ação cautelar. Inexistência de razoabilidade jurídica da pretensão. Votos vencidos. Carece de razoabilidade jurídica, para efeito de emprestar efeito suspensivo a recurso extraordinário, a pretensão de indústria de cigarros que, deixando sistemática e isoladamente de recolher o Imposto sobre Produtos Industrializados, com conseqüente redução do preço de venda da mercadoria e ofensa à livre concorrência, viu cancelado o registro especial e interditados os estabelecimentos.

(AC 1657 MC, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 27/06/2007, DJe-092 DIVULG 30-08-2007 PUBLIC 31-08-2007 DJ 31-08-2007 PP-00028 EMENT VOL-02287-02 PP-00254 RTJ VOL-00204-01 PP-00099 RDDT n. 146, 2007, p. 231-232 RCJ v. 21, n. 137, 2007, p. 81)

Em conclusão, o Tribunal, por maioria, deu parcial provimento a recurso extraordinário interposto pela Companhia Docas do Estado de São Paulo - CODESP contra acórdão do extinto Tribunal de Alçada Civil do referido Estado que entendera serem devidos, pela recorrente, o IPTU e as taxas de conservação e limpeza de logradouro público, remoção de lixo e iluminação pública sobre imóveis que compõem o acervo do Porto de Santos – v. Informativos 405 e 441. Inicialmente, não se conheceu do recurso relativamente aos artigos 21, XII, f e 22, X, da CF, por falta de prequestionamento, nem no tocante às taxas, haja vista não se ter apontado o dispositivo constitucional que teria sido inobservado pelo Tribunal a quo, no que estabelecida a legalidade da exigência do tributo desde que os serviços sejam postos à disposição do contribuinte, ainda que não utilizados. No mérito, prevaleceu o voto do Min. Joaquim Barbosa que reputou necessária, para a aplicabilidade da imunidade recíproca à CODESP, a superação dos seguintes estágios: 1) a imunidade seria subjetiva, ou seja, se aplicaria à propriedade, bens e serviços utilizados na satisfação dos objetivos institucionais imanentes do ente federado, cuja tributação poderia colocar em risco a respectiva autonomia política. Em conseqüência, seria incorreto ler a cláusula de imunização de modo a reduzi-la a mero instrumento destinado a dar ao ente federado condições de contratar em circunstâncias mais vantajosas, independentemente do contexto; 2) atividades de exploração econômica, destinadas primordialmente a aumentar o patrimônio do Estado ou de

particulares, deveriam ser submetidas à tributação, por apresentarem-se como manifestações de riqueza e deixarem a salvo a autonomia política; 3) a desoneração não deveria ter como efeito colateral relevante a quebra dos princípios da livre concorrência e do exercício de atividade profissional ou econômica lícita.

RE 253472/SP, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, 25.8.2010. (RE-253472). (informativo 597/STF).

Mais recente, o mesmo Tribunal recusou-se à aplicação da imunidade recíproca sob o fundamento de que o ônus tributário é elevado e não pode ser dispensado a agentes na exploração de atividades que concorram pelo mesmo mercado consumidor:

Assentou que o IPTU representa relevante custo operacional, comum a todos que exercem a atividade econômica da recorrida. Afastar tal ônus de empresa que atua no setor econômico, a partir de extensão indevida da imunidade recíproca, implica desrespeito ao princípio da livre concorrência (CF, art. 170, IV) (3), por conferir ao particular uma vantagem inexistente para os concorrentes. Ademais, ressaltou que a hipótese de incidência do IPTU não se limita à propriedade do imóvel, pois inclui o domínio útil e a posse do bem. O mesmo entendimento vale para o contribuinte do tributo, que não se restringe ao proprietário do imóvel, mas alcança tanto o titular do domínio útil quanto o possuidor a qualquer título. Nesse sentido, o Colegiado ponderou que não há falar em ausência de legitimidade da empresa ora recorrida para figurar em polo passivo da relação jurídica tributária. (Informativo 861/STF).

A utilização da riqueza (capacidade contributiva) e de instrumentos de sua apuração e medição (seletividade, progressividade e pessoalidade) para distribuir a carga tributária por entre a sociedade, sob o propósito de se evitar que o tributo tenha peso diferente para iguais e igual para os desiguais, tende a manter a tributação neutra quanto às escolhas de produção e consumo. Com isto, se observam as exigências democráticas acerca do mercado, que deve se desenvolver livre de opções e preferências do Estado, em especial as que tenham caráter axiológico.

Ademais, a distribuição do custo tributário mediante a metodologia acima especificada realiza a distribuição de riqueza, o que é essencial à correção das inequidades socioeconômicas inadmissíveis em uma sociedade democrática, na qual todos têm igual relevância para o Estado. Por conseguinte, não apenas a tributação deve ser eficiente pelo parâmetro arrecadatório, fornecendo as divisas financeiras necessárias ao custeio da atuação pública adequada na ordem social (educação, saúde, trabalho, habitação, assistência, previdência, lazer), como ela deve realizar-se mediante uma sistemática redistributiva de riquezas.

Sem que se realize a redistribuição de riqueza, se prejudica, substancialmente, a equalização das oportunidades de participação na vida política e socioeconômica, a formação e manutenção de uma base média e sustentável de consumo, assim como a independência do contribuinte perante o governo. Quando a tributação incide com ênfase sobre a classe média, sem preservar, significativamente, a classe pobre e sem atingir, significativamente, a classe alta, o atingimento dos objetivos constitucionais da República Federativa do Brasil, de erradicar a pobreza e de reduzir as desigualdades sociais e regionais, encontra-se estrategicamente ameaçado: à redução da desigualdade é elementar a redistribuição.

Por esta miríade de razões, a tributação arrecadatória com base na capacidade contributiva deve responder pela normalidade da ordem tributária. Por conseguinte, a legitimidade da extrafiscalidade não se satisfaz com a sua fundamentação em interesses e direitos constitucionais de relevância, como o meio ambiente. Os tributos são políticas estratégicas de desenvolvimento socioeconômico, e o normal é o seu propósito de distribuição e redistribuição de riqueza para que se assegurem condições equitativas de participação na vida cultural, econômica e política. Como política estratégica com propósitos estratégicos, a sua normalidade deve ser preservada. Por conseguinte, a contingencialidade das crises não pode descaracterizar a natureza e o caráter estratégico da política tributária por um feixe de políticas de fins casuisticamente elaboradas e reunidas: a extrafiscalidade é instrumento de adaptação da tributação a demandas relevantes e urgentes do contingente, mas não um seu caráter elementar.

Isto não significa, entretanto, que a extrafiscalidade deva ser desconsiderada, o que se afirma pelas razões já enumeradas: eficiência das políticas interventivas, adaptabilidade ao contexto socioeconômico, justa alocação dos custos do Estado e propósitos interventivos incorporados e necessários à defesa da produção e da concorrência nacional. Apenas, deve-se ter em consideração que a extrafiscalidade é excepcional, de maneira que se deve fazer um estudo adequado e consciente sobre a sua necessidade, adequação e razoabilidade mediante os parâmetros há pouco considerados: eficiência e relevância interventiva, adaptabilidade ao contexto socioeconômico, justiça na alocação dos custos, defesa da ordem econômica nacional.

Para que se equilibrem as demandas da igualdade, liberdade e equanimidade de uma democracia, a exceção não pode ser vivenciada como hábito. Tampouco, deve ser desprezada como mecanismo de eficiência e justiça, em especial quando a sua utilização já se encontra testada, incorporada e sedimentada na cultura tributária e econômica.

Conclusões: tributação e desenvolvimento socioeconômico

Historicamente, assiste-se ao debate entre o virtuosismo do indivíduo e do Estado como agente econômico, reunindo-se argumentos relevantes tanto a favor, como ao contrário, de um e de outro. Mas para além de um debate de eficiência econômica, razões das mais relevantes, da ordem da justiça, são arguidas para fundamentar seja a agência do indivíduo, seja a agência do Estado, na ordem socioeconômica.

No contexto em que se inicia o liberalismo, em meados do sec. XVIII, a filosofia, a ética, a política, o direito e a economia incorporam a ideia da agência individual como elementar: o indivíduo é a fonte do poder, o agente da ética, o protagonista da economia e o direito, de vocação laica, deve se ater a regular o que seja necessário e suficiente para assegurar a igual liberdade de cada indivíduo. Mas o culto à individualidade, para a qual se compreendia como imprescindível a abstenção do Estado, levou a uma grave anarquia socioeconômica caracterizada pela superprodução, irresponsabilidade creditícia, grande acúmulo de riqueza e

fragilidade da demanda. Como resultado, o Crash da Bolsa de Nova York, que ocasionou a primeira grande – e talvez, a maior – crise mundial do capitalismo, tendo como consequência o desemprego, a inflação, a deflação, o inadimplemento sistemático, a falta de liquidez e do crédito, falências, com o crescimento da pobreza, da miséria e da fome.

Diante da necessidade de retomada do crescimento econômico se passou a teorizar a agência econômica do Estado: seja como regulador, investidor e criador de postos de trabalho. Por sua vez, a retomada do intervencionismo estatal fora, em alguns países, realizada por um Estado totalitário, o que lhe valeu a peja de política cerceadora da liberdade. À referida crítica, outras se juntaram: ineficiência do intervencionismo e patrimonialismo do interesse público. Mas conforme se antecipou no início dessas conclusões, ambas as considerações possuem o seu ponto de verdade e relevância e devem ser tomadas em consideração, de maneira que: se assegure a igual liberdade dos cidadãos, para o quê o mercado é instituto necessário e elementar, ao tempo em que se lhe corrijam as falhas socioeconômicas, de maneira a se realizar a equanimidade própria às democracias contemporâneas.

Aplicando referidas considerações ao direito tributário, tem-se o desafio de realizá-lo mediante uma tributação que, a) ao tempo que possibilite os recursos necessários ao custeio da atuação adequada do Estado na ordem socioeconômica, b) não interfira de forma substancial nas escolhas de produção e consumo e c) realize uma justa redistribuição de riqueza, de forma d) a se assegurar a justa oportunidade de participação na economia, na cultura e na política, e b) a se constituir uma base de consumo que acompanhe a produção e promova o desenvolvimento socioeconômico sustentável e contínuo. Essas são metas estratégicas, de maneira que a tributação deve, na sua base, ser estruturada de maneira a assegurá-las.

Para tanto, o custo do Estado deve, preferencialmente, ser distribuído por entre a sociedade mediante o critério da capacidade contributiva, à qual se devem aplicar os seus instrumentos de medição que asseguram maior precisão na sua apuração: pessoalidade, progressividade, seletividade. A tributação estratégica, com ênfase em tributos de fato gerador não vinculado que sejam modulados a partir da capacidade contributiva, revela-se como passível de: promover uma arrecadação tempestiva e

suficiente; manter-se neutra diante das escolhas de produção e consumo; redistribuir riqueza; assegurar (ou não prejudicar) a formação e sedimentação de uma base média de consumo apta a acompanhar o crescimento da produção. Isto significa, trocando em miúdos, que independente do contexto, a tributação deve, na sua normalidade, realizar-se no propósito arrecadatório mediante o critério ou o princípio da capacidade contributiva.

O que se disse é que a normalidade da tributação deve ser arrecadatória sob o princípio da capacidade contributiva, realizada nas suas funções de causa, de condição, de quantificação e de comparação. Não obstante, tal afirmação não é incompatível com a extrafiscalidade; ela não apenas é possível, como muitas vezes necessárias, auxiliando e aprimorando a política tributária para atingir os seus objetivos estratégicos: em especial, quando se está em momentos de excepcionalidade, como os caracterizados por graves crises.

Mas a extrafiscalidade deve ser vista com temperamentos e mediante o caráter de excepcionalidade. Por óbvio que alguns tributos, em especial os federais, têm na extrafiscalidade a sua normalidade. Mesmo porque, historicamente, são compreendidos como instrumentos de intervenção, cuja longa aplicabilidade - em especial, na implementação e realização de políticas cambiárias e monetárias - e o consequente mapeamento relativamente preciso dos seus efeitos, lhes permitem a compreensão social como regras do jogo e não como imposição de fins particulares ao todo social: é o caso do II, do IE, do IOF.

Mas a extrafiscalidade nem sempre apresenta o caráter acima delineado: seja porque não permite o mapeamento prévio de seus resultados, seja porque não se incorporou à normalidade do funcionamento da economia, seja porque carece de uniformidade. A extrafiscalidade, nesses casos, é susceptível dos vícios que se apontaram no decorrer deste capítulo: iniquidade, consequências imprevistas e idiossincráticas que prejudicam a sua eficácia, prejuízo à justa concorrência e indevida intervenção estatal nas decisões sobre a utilização e distribuição dos bens sociais.

Isto se dá, em especial, quando a extrafiscalidade é aplicada aos tributos de natureza fiscal arrecadatória, como o imposto de renda, o imposto sobre a circulação de bens e serviços, o imposto sobre as doações e as transmissões *causa mortis*, o

imposto sobre a propriedade de veículo automotor, o imposto sobre a prestação de serviços, o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana, o imposto sobre a transmissão imobiliária *inter vivos*. Nesses, a extrafiscalidade implica intervenção específica que escapa à uniformidade, que termina por beneficiar ou prejudicar, especialmente, determinados contribuintes ou atividades econômicas e cujo planejamento não se mostra apto à prévia catalogação dos efeitos. São políticas, por esses exatos motivos, que se mostram especialmente receptivas ao lobby organizado ou a projetos políticos arbitrários, e que, portanto, levantam o ceticismo – especialmente naqueles que compreendem e analisam as intervenções econômicas pelo parâmetro do livre mercado – sobre a sua equanimidade.

A extrafiscalidade, nesses casos, deve ser percebida como excepcional, ainda que em momentos de crise. Não se deve cultivar o pensamento de que, em função do caráter intervencionista do Estado Democrático de Direito, a extrafiscalidade do tributo é normal. O intervencionismo do Estado deve ser realizado mediante política estratégica de meios e não através de casuísmos finalísticos a serem alcançados por determinadas exações. Ademais, não apenas o caráter de excepcionalidade deve ser tomado em consideração: a extrafiscalidade, a ser aplicada a tributos fiscais, não deve ter feição individual e concreta e deve, a exemplo dos contratos de gestão, fixar metas e resultados atrelados aos benefícios, de maneira que se assegure a eficácia da extrafiscalidade, assim como a isonomia e a concorrência.

Bem utilizada, a extrafiscalidade pode revelar-se um importante instrumento, em especial quando se excepciona o seu regime jurídico e se permite uma adaptabilidade emergencial a um contexto específico de crise. Mas se a deve pensar, não obstante, sob as ressalvas da excepcionalidade, da necessidade, adequação e razoabilidade, da eficácia e da isonomia, de maneira que ela possa conciliar eficiência econômica com justiça fiscal, estimulando o justo desenvolvimento socioeconômico.

Referências

ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. 4ª ed. São Paulo: Globo, 2008.

HAYEK, Frederich. A. **Law, Legislation and Liberty**; the mirage of social justice. Vol. 2. Chicago: The University of Chicago press, 1978.

HOBBSAWM, Eric J. **A era dos extremos**; o breve século XX:1914-1991. Tradução de Marcos Santarrita. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

HUGON, Paul. **História das doutrinas econômicas**. São Paulo: Atlas, 1995.

SMITH, Adam. **The Wealth of Nations**. Nova York: Bantam Dell, 2003.

WAPSHOTT, Nicholas. **Kaynes Hayek**; o confronto que definiu a economia moderna. Tradução: Edgar Rocha. Códova: Dom quixote, 2018.

**DIREITOS FUNDAMENTAIS, CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E
CONSTITUCIONALIDADE**

6. LAS MEDIDAS DE REPARACIÓN EN LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y SUS EFECTOS EN EL ESTADO PARTE CONCERNIDO POR ELLAS



<https://doi.org/10.36592/9786587424941-06>

Humberto Nogueira Alcalá¹

Introducción

La *competencia de la Corte IDH* respecto de los estados partes, está expresamente determinada en el artículo 62 de la CADH, el cual en su párrafo 1° determina que: *"Todo Estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, las competencias de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención."*

A su vez, el párrafo 3° del artículo 62, precisa que *"La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como lo indica en los incisos anteriores, ora por convención especial"*.

Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), constituye una *jurisdicción vinculante para los Estados Parte*, cuyas sentencias constituyen *obligaciones de resultado*, conforme determina la Convención en su artículo 67 y 68, las cuales *no son objeto de recurso alguno y tienen el valor de cosa juzgada formal y material*.

¹ El autor es Doctor en Derecho por la Universidad Católica de Lovaina La Nueva. Profesor Titular de Derecho Constitucional y Director del Centro de Estudios Constitucionales de Chile de la Universidad de Talca, Chile.

La sentencia de la Corte IDH resulta "definitiva" e "inapelable" (Art. 67.1), de manera que *produce los efectos de cosa juzgada*, y el compromiso asumido de "*cumplir la decisión*" (Art. 68.1) entraña hacerlo *prontamente* y en forma *íntegra*.

Los Estados Parte de la CADH, deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y su efecto útil en el plano de sus respectivos derechos internos. Así lo precisa la Corte IDH al señalar "*Que los Estados Partes en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (effet utile) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos, sino también en relación con las normas procesales, tales como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones de la Corte. Estas obligaciones deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presente la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos*" (2).

La CADH se aplica de conformidad con la noción de "*garantía colectiva*", vinculada con el efecto útil de las sentencias de la Corte Interamericana, consagrando *un sistema que constituye un verdadero orden público regional, cuyo mantenimiento es de interés de todos y cada uno de los Estados Parte*. Así existe un interés de los Estados partes en el *mantenimiento del sistema de protección de los derechos humanos que ellos mismos han creado, por tanto como señala Gialdino "si un Estado viola su obligación de acatar lo resuelto por el único órgano jurisdiccional sobre la materia, se está quebrantando el compromiso asumido hacia los otros Estados de cumplir con las sentencias de la Corte"* (3).

Las sentencias de la Corte IDH precisan medidas de reparación que debe ejecutar el Estado parte, el cual si no las cumple esta desconociendo y negando el derecho de acceso a la justicia internacional; así, como ha determinado la Corte IDH,

(2) Corte IDH. *Caso Cinco Pensionistas*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 4 julio de 2006, Considerando octavo; *Caso Bámaca Velásquez*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 4 de julio de 2006, Considerando sexto; *Caso "Instituto de Reeducción del Menor"*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 4 de julio de 2006, Considerando sexto.

(3) GIALDINO, (2017). P. 497

el cumplimiento de las reparaciones ordenadas por el Tribunal en sus decisiones es la materialización de la justicia para el caso concreto y, por ende, de la jurisdicción.

Las *medidas generales* impuestas en las sentencias de la Corte IDH como *medidas de reparación integral*, determinadas por el artículo 63 de la CADH, *conectan con la obligación jurídica general de garantía determinada por el artículo 1° de la Convención, la que implica, entre otras acciones, remover defectos estructurales, prevenir las amenazas o factores de riesgo, en definitiva, adoptar medidas preventivas de las lesiones de derechos humanos*. La plena conexión de sentido entre interpretación vinculante y medidas generales de reparación es así muy estrecha.

La *obligación de reparar* establecida por los tribunales internacionales se rige, como ha sido aceptado universalmente, por el derecho internacional en todos sus aspectos: alcance, naturaleza, modalidades y la determinación de los beneficiarios, nada de lo cual puede ser modificado por el Estado obligado, invocando para ello disposiciones de su derecho interno.

Los Estados Parte de la CADH, tienen la obligación convencional de implementar tanto a nivel internacional como interno y de forma pronta e íntegra, lo dispuesto por el Tribunal en las sentencias que a ellos conciernan, obligación que, como lo señala el derecho internacional consuetudinario y lo ha recordado la Corte, vincula a todos los poderes y órganos estatales y que, de no cumplirse, se incurre en un ilícito internacional, lo cual incluye a todos los tribunales de justicia de los Estados partes.

Las objeciones o cualquier otra actuación del Estado parte realizada con el propósito de afectar la competencia de la Corte IDH es inconducente, pues en cualesquiera circunstancias la Corte retiene la *compétence de la compétence*, por ser maestra de su jurisdicción conforme con el artículo 33 de la CADH (4).

Los estados partes deben cumplir con la obligación estipulada por el artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados: *Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*. Asimismo el artículo 27 de la misma Convención determina que el Estado Parte no puede oponer su derecho

(4) Ver Corte IDH. Sentencia Caso *Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, reparación y costas, 21.6.2002, Serie C N° 94.

interno como un obstáculo para incumplir el tratado, conducta que genera el ilícito internacional y la responsabilidad internacional del Estado.

Como sostiene Schmalenbach, la libertad de implementación del derecho internacional de que disponen los Estados en su orden interno se encuentra delimitada y circunscrita por el principio de efectividad, el cual adquiere especial importancia en el contexto del derecho convencional humanitario y de los derechos humanos.⁵

Tal perspectiva es asumida también, con matices, por el sistema europeo de protección de derechos, la Convención Europea, en su artículo 46, determina que los Estados deben cumplir con las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los litigios en que son parte, además determina que cuando sus pronunciamiento comprueban una violación de la Convención, dichos Estados tienen el deber de poner término a la violación y borrar sus consecuencias, de manera de restablecer, en la medida de lo posible, la situación anterior a aquella. Así el artículo 41 de la Convención Europea debe ser interpretado en conjunto con el artículo 46 (anterior art. 53), que impone la obligación de la *restitutio in integrum* cuando la justa satisfacción no asegura *una reparación*, caso en el cual se imponen medidas individuales no pecuniarias de tipo casatorio (supresivas o modificatorias) (6).

Debe tenerse presente también que, el art. 63.1 de la CADH, *no establece una remisión al derecho interno, lo que posibilita que la Corte IDH proceda a fijar las medidas de reparación con base en la propia Convención Americana y en los principios generales del Derecho Internacional aplicables y, por otra parte, a diferencia del actual art. 41 de la Convención Europea de Derechos Humanos, "no se limita a disponer sólo una 'satisfacción equitativa' (just satisfaction/satisfaction équitable); sino que la CADH faculta a la Corte IDH para disponer no sólo sobre la 'justa indemnización' como medida de reparación, sino también, determinar el deber de garantizar el goce de los derechos protegidos.*

La reparación es así la consecuencia indispensable cuando se produce la vulneración de un derecho asegurada por la CADH u otra convención, sin que sea necesario que ella esté prevista expresamente en ella. Así se explicita en el

(5) DÖRR and SCHMALENBACH, K (2012), p. 463.

(6) LAMBERT. (2000), p. 223, cita N° 17. BÎRSAN (2007), pp. 19/20

precedente emanado de la Corte Permanente de Justicia Internacional, "*Factory at Chorzów (Jurisdiction)* (Germany v. Poland)", de 1927, el principio esencial que deriva de la noción misma de acto ilícito y que se desprende de la práctica internacional, "es que la reparación debe, de ser posible, borrar todas las consecuencias de dicho acto y restablecer la situación que verosímilmente habría existido si éste no hubiera sido cometido" ⁽⁷⁾.

En la sentencia de fondo que dictó la Corte Permanente en dicho caso, reiteró los conceptos sobre la *reparación* y determinó su condición de "*principio de derecho internacional*", y calificándola como una "*concepción general del derecho*". Asimismo, juzgó que el principio esencial que deriva de la noción de acto ilícito, y que se desprende de la práctica internacional, es que, de ser posible, se debe "*borrar todas las consecuencias* de dicho acto y restablecer la situación que verosímilmente habría existido si éste no hubiera sido cometido".

Tal perspectiva es asumida por los tribunales internacionales, tanto la Corte IDH, como la Corte Internacional de Justicia ⁽⁸⁾, y el TEDH ⁽⁹⁾.

Como determina *Zlata de Clément*, la Corte IDH "*hace presente que la obligación de reparar no sólo surge de la norma convencional, sino también de norma consuetudinaria y principio general de derecho, lo que le permite dar al art. 63.1 una amplia apertura interpretativa, que trasciende el significado literal de sus términos*" ⁽¹⁰⁾.

1. La Corte IDH, dispone de la facultad de adoptar como medida de reparación, la privación de efectos jurídicos de sentencias nacionales que hayan sido las causantes de vulneraciones de derechos humanos

Disponer por parte de la Corte IDH que el Estado deje sin efecto una sentencia de un Estado Parte violatoria de la CADH, constituye una forma de garantizar al lesionado en el goce del derecho o libertad que conculcó dicho fallo y constituye una forma de reparar las consecuencias del ilícito internacional emanado de la sentencia

⁽⁷⁾ "*Factory at Chorzów*", fondo, 13 de septiembre de 1928, Serie A, N° 17, párrafos 29 y 47.

⁽⁸⁾ Ver, "*Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*", de 31 de marzo de 2004, Rep. 2004, N° 34 y 119.

⁽⁹⁾ Ver, Gran Sala, "*Chypre v. Turquie*", reparaciones, 12/5/2014, N° 41.

⁽¹⁰⁾ *Zlata de Clément*. (2010).

local, ya que ellas restituyen los derechos de las víctimas a la situación anterior a su vulneración.

En apoyo de esta perspectiva se encuentran los *Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, los cuales, después de un proceso de elaboración de 16 años, fueron aprobados por la Asamblea General de la ONU. Como señalan dichos Principios, las reparaciones pueden asumir las formas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición. Es adecuado poner énfasis en que la primera modalidad mencionada es la de restitución, que es aquella consistente en “devolver a la víctima a la situación anterior a la violación” de sus derechos (principio 19).

Tales *Principios y Directrices Básicos*, como señala su preámbulo, están destinados a reafirmar y recoger el derecho y la práctica existentes, no a establecer un derecho nuevo.

El objetivo primario de las reparaciones en materia de derechos humanos, debe ser la *restitución o rectificación* más que la obtención de una compensación; esta última sólo proporciona a la víctima o a sus familiares algo equivalente a lo que fue perdido, mientras que la restitución y la rectificación posibilitan reponen precisamente lo que le fue sacado o quitado a la víctima. La compensación de violaciones de derechos humanos con dinero, entraña un conflicto con el carácter inalienable de los derechos, aun cuando no puede ser descartada cuando hay una pérdida irreparable de un derecho que no se puede restituir.

La restitución como modalidad de reparación puede tomar la forma, entre otras, de revocación de determinado acto jurídico, la anulación o reconsideración de una medida administrativa o la determinación de efectos jurídicos de una sentencia judicial nacional que haya sido la causa de vulneración de derechos humanos.

Así es correcto y apropiado que la Corte IDH determine, consistentemente con el criterio de reparación integral en sus sentencias, el privar de efectos jurídicos a sentencias de los órganos jurisdiccionales estatales en procesos con serios defectos que han sido la causa de la vulneración de derechos humanos, cuya reparación debe

implicar la *restitución* de derechos vulnerados, lo que implica necesariamente la *revisión* o la *determinación de carencia de efectos jurídicos* de dichas sentencias, como ha determinado la Corte IDH en diversos casos.

En el caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, la Corte IDH argumentó que la legitimidad de una sentencia descansa en la legitimidad del proceso en su totalidad y que, por lo tanto, si el proceso tiene serios defectos, la sentencia debe ser anulada⁽¹¹⁾. En *Loayza Tamayo vs. Perú* ordenó que la víctima fuese liberada, al tiempo de establecer como nulo e inválido el proceso penal al que aquélla había sido sometida. En *Almonacid Arellano vs. Chile*, la Corte IDH señaló que las resoluciones judiciales locales carecían de efectos jurídicos desde sus inicios, al haber vulnerado las garantías judiciales del artículo 8 de la Convención. En *el caso Maldonado Vargas y otros vs. Chile*, sentencia de 2 de septiembre de 2015⁽¹²⁾. La Corte IDH en su fallo determina que la sentencia de Consejo de Guerra, al privar a las víctimas del derecho a la nacionalidad y establecer su expulsión del país, con vulneración de las garantías judiciales (art. 8 de la CADH), obligaba al Estado chileno, como medida de reparación, entre otras, a dejar sin efecto las sentencias penales condenatorias emitidas contra las víctimas. La Corte Suprema de Chile, en fallo unánime, de 3 de octubre de 2016, Rol N° 27.543-16, acogió recurso de revisión presentado por el Fiscal Judicial de la Corte Suprema y anuló las sentencias dictadas el 30 de julio de 1974 y el 27 de enero de 1975, por el Consejo de Guerra de la Fuerza Aérea, por delitos de traición a la patria.

A su vez, en el caso *Norín Catrیمان y otros vs Chile*¹³, en sentencia de 29 de mayo de 2014, la Corte IDH declaró la responsabilidad internacional de la República de Chile por la violación del *principio de legalidad y el derecho a la presunción de*

(11) Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas, de 30 de mayo de 1999, Serie C N° 52, párrafo 219; caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, excepciones, fondo, reparaciones y costas, de 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 154, § 147, entre otras.

¹² La Sentencia fue notificada el 8 de octubre de 2015. Cfr. *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Serie C N°300. El texto íntegro de la Sentencia se encuentra disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_300_esp.pdf.

* El Juez Eduardo Vio Grossi, de nacionalidad chilena, no participó en la deliberación y firma de la Sentencia del presente caso, ni en el conocimiento y deliberación de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19.1 del Reglamento de la Corte.

¹³ La Sentencia fue notificada el 29 de julio de 2014. Cfr. *Caso Norín Catrیمان y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C N° 279. El texto íntegro se encuentra disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf.

inocencia, el principio de igualdad y no discriminación, el derecho a la igual protección de la ley y el derecho a la libertad personal, en perjuicio de las ocho víctimas de este caso¹⁴. Asimismo, la Corte IDH declaró que el Estado de Chile *violó el derecho de la defensa y a interrogar testigos*, en perjuicio de dos víctimas y *el derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior*, en perjuicio de siete de las víctimas¹⁵. Asimismo declaró la *violación del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en perjuicio de tres de las víctimas*¹⁶, *de los derechos políticos de las ocho víctimas*¹⁷ y *del derecho a la protección a la familia*, en perjuicio de una de ellas¹⁸. Todo ello determina que la sentencia de la Corte IDH, entre siete medidas de reparación, ordenara *dejar sin efecto las sentencias dictadas por los tribunales locales*, lo que fue cumplida por la Corte Suprema, en su fallo de de 16 de mayo 2019.

En tal perspectiva, es una medida reparadora idónea que la Corte IDH, como lo ha hecho, disponga que el Estado deje *sin efecto jurídico una sentencia local violatoria de la CADH*, ya que ello constituye una forma de *garantizar* a la víctima afectada en el goce del derecho vulnerado por la sentencia interna. También es una forma de *reparar* las consecuencias contrarias a derechos humanos del Estado/juez. Es abundante la doctrina al respecto (¹⁹). El privar de efecto las sentencias nacionales significa que las condenas establecidas en tales casos han perdido los efectos que le son propios.

Sin perjuicio de los fundamentos jurídicos ya establecidos para el cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH que determinan el dejar sin efecto sentencias nacionales por el hecho de ser las causantes de la vulneración de uno o más derechos humanos, tal perspectiva se encuentra también respaldada por **los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos**, adoptados por la *Comisión de Derecho Internacional, ONU*, cuyo artículo 31,1,

¹⁴ Cfr. *Caso Norín Catrimán y otros*, supra nota 1, párrafos. 74, 168 a 177, 223 a 228 y 230.

¹⁵ Las víctimas Segundo Aniceto Norín Catrimán, Pascual Huentequero Pichún Paillalao, Juan Patricio Marileo Saravia, Florencio Jaime Marileo Saravia, José Benicio Huenchunao Mariñán, Juan Ciriaco Millacheo Licán y la señora Patricia Roxana Troncoso Robles. Cfr. *Caso Norín Catrimán y otros*, supra nota, párrafos. 274 a 291.

¹⁶ Las víctimas Segundo Aniceto Norín Catrimán, Pascual Huentequero Pichún Paillalao y Víctor Manuel Ancalaf Llaupé. Cfr. *Caso Norín Catrimán y otros*, supra nota 1, párrafo 374.

¹⁷ Cfr. *Caso Norín Catrimán y otros*, supra nota 1, párrafo. 383.

¹⁸ La víctima Víctor Ancalaf LLaupé. Cfr. *Caso Norín Catrimán y otros*, supra nota, párrafos. 403 a 411. (¹⁹) PASQUALUCCI. (2003), p. 245, cita N° 61, pp. 250/251 y 338). AGUIAR, (1994) p. 143 cita N° 62.

determina que el *Estado responsable de tales ilícitos "está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito"*.

Hay así un número significativo de sentencias de la Corte IDH que ordenan al Estado Parte respectivo dejar sin efecto jurídico sentencias violatorias de derechos asegurados y garantizados por la CADH⁽²⁰⁾. La Corte IDH ha señalado a menudo que las sentencias y normas inconventionales "carecen de efectos jurídicos"⁽²¹⁾, "desde un inicio"⁽²²⁾ o que "carecen desde un principio de valor y eficacia jurídica"⁽²³⁾, u ordena "dejar sin efecto las sentencias penales condenatorias emitidas en contra de víctimas"²⁴

Tales pronunciamientos determinan la "inaplicación"²⁵ tanto de los fallos como también de normas jurídicas internas inconventionales, vale decir que vulneran derechos humanos asegurados por el corpus iuris interamericano y los estándares determinados en la materia por la Corte IDH. Los tribunales nacionales tienen un rol preponderante en el cumplimiento de los fallos de la Corte IDH²⁶, como ha ocurrido en el caso chileno.

Como lo hemos señalado en otra parte, "*Los jueces nacionales pueden y deben tener una actitud activa de cooperación y de coordinación voluntaria con la Corte IDH, donde el juez nacional no solamente buscará comprender el espíritu de las soluciones jurisprudenciales emitidas por la Corte IDH, sino que asume un rol activo de interpretación y aplicación de la Convención en derecho interno.*"²⁷

⁽²⁰⁾ Corte IDH. *Loayza Tamayo vs. Perú*. Reparación y costas, 27/11/1998, Serie C N° 42, párrafo 122; *Kimel vs. Argentina*. Fondo, reparación y costas, 25 de mayo de 2008, Serie C N° 177, párrafo 123 y punto resolutivo 7; *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, excepciones, fondo, reparación y costas, 2 de julio de 2004, Serie C N° 107, párrafo 195 y punto resolutivo 4; *Tristán Donoso vs. Panamá*, ídem, 27 de enero de 2009, Serie C N° 193, párrafo 195 y punto resolutivo 14; *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, excepciones, fondo, reparaciones. y costas, de 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 154, párrafo 147 y punto resolutivo 2. Caso *Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas, 29 de noviembre de 2011, Serie C N° 238, párrafos 42/75 y 103/105 y puntos declarativo 1 y dispositivo 2.

⁽²¹⁾ Entre otros muchos, abordan esto, FERRER MAC-GREGOR y PELAYO (2017), pp. 99 y 102; TORELLY (2017), pp. 445-446; FERRER MAC-GREGOR (2013), p. 651; AGUILAR (2016b), pp. 348-351; OLANO (2016), p. 67.

²² FERRER MAC-GREGOR (2010), p. 187; HITTERS (2015), p. 145; JIMÉNEZ GARCÍA (2010), p. 100; SAGÜÉS (2012), p. 22;

²³ NOGUEIRA (2012c), p. 68.

²⁴ Resolución de Supervisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* de 28 de noviembre de 2018, Caso Norin Catriman, Vs. Chile

²⁵ FERRER MAC-GREGOR (2011a), pp. 388-389, 390 y 395; GARCÍA PINO y CONTRERAS VÁSQUEZ (2014), pp. 217-218; BURGORGUE-LARSEN (2014), p. 435; GARCÍA RAMÍREZ (2015), p. 147 (nota 146).

²⁶ GARCÍA SAYÁN (2009), pp. 101-102; NOGUEIRA (2012a), p. 155; IBÁÑEZ RIVAS (2017), pp. 116-117.

²⁷ NOGUEIRA (2012c), p. 87.

En consecuencia, y siempre que tenga competencia para ello²⁸, el juez debe “*inaplicar*” las normas nacionales en cumplimiento de las medidas de reparación ordenadas por la sentencia de la Corte IDH, “*sin que ello signifique anular, derogar o expulsar la norma jurídica interna del ordenamiento jurídico, ya que eventualmente podría tener efectos jurídicos en hipótesis de aplicación distintas que no entraran en conflicto con los derechos asegurados convencionalmente*”²⁹.

2. El cumplimiento por Chile de las medidas de reparación de la Corte IDH que determinan privar de efectos jurídicos sentencias nacionales que vulneran derechos asegurados por la CADH

El Estado chileno ha cumplido las tres sentencias de la Corte IDH que han determinado dejar sin efectos jurídicos sentencias de tribunales internos por vulneración de derechos asegurados y garantizados por la CADH, como son las sentencias Almonacid Arellano v/s Chile (³⁰), Maldonado Vargas V7/s Chile (³¹) y Norín Catriman y otros v/s Chile (³²).

El fallo de la Corte Suprema chilena más reciente sobre la materia es de 2019, en cumplimiento del fallo Norín Catriman y otros v/s Chile, el cual determina:

"Resulta evidente que, al ser el dictamen de la Corte Interamericana una sentencia de carácter jurisdiccional dictada por un tribunal al cual el Estado de Chile ha reconocido soberanamente la competencia prevista en los artículos 63 y 68 de la Convención, la ejecución de lo juzgado por ella en lo pertinente a la actividad del Estado Juez es resorte únicamente de los tribunales de justicia".

²⁸ NOGUEIRA y AGUILAR (2016), pp. 18-19; FERRER MAC-GREGOR (2014), p. 239; FERRER MAC-GREGOR (2016b), p. 343; GARCÍA PINO (2014), pp. 343 y 356; NOGUEIRA (2012b), p. 1187; FERRER MAC-GREGOR (2011a), p. 395.

²⁹ NOGUEIRA (2012b), p. 1186. Ideas similares en GARCÍA PINO (2014), p. 372; SAGÜÉS (2009a), p. 3; SAGÜÉS (2010), p. 128; NOGUEIRA (2013b), p. 265.

³⁰ Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, excepciones, fondo, reparaciones. y costas, de 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 154,

³¹ Caso *Omar Humberto Maldonado Vargas y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Serie C N°300.

³² Caso *Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C N° 279.

Así, por resolución de veintiséis de abril de dos mil diecinueve, la Corte Suprema determina:

1° Que el inciso 2° del artículo 5° de la Constitución Política de la República prescribe que el ejercicio de la soberanía interna del Estado se encuentra limitado por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, constituyéndose en un deber de los órganos del Estado respetarlos y promoverlos, mandato que impone, junto al principio de inexcusabilidad consagrado en el artículo 76 de la Carta Fundamental y la competencia conservadora propia de esta Corte, adoptar una decisión en torno a lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por sentencia de 29 de mayo de 2014, y que fuera remitido por el Ministerio de Relaciones Exteriores a este tribunal;

(...).

3° Que como aparece de la comunicación remitida por el Ministerio de Relaciones Exteriores mediante Oficio Pub. N° 0011689, de 5 de febrero del año en curso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el procedimiento de supervisión de cumplimiento de la sentencia referida, declaró que el Estado de Chile ha dado cumplimiento parcial a las medidas de reparación dispuestas (...).

4° Que, en consecuencia, el Ministerio de Relaciones Exteriores ha solicitado a esta Corte Suprema, mediante el oficio citado, colaboración en el cumplimiento de la sentencia referida al haberse declarado el cumplimiento parcial de las medidas de reparación dispuestas, las que comprenden la obligación del Estado de Chile de adoptar, a la brevedad posible, todas las medidas judiciales, administrativas o de cualquiera otra índole para dejar sin efecto, en todos sus extremos, las sentencias penales condenatorias;

5° Que luego del debate correspondiente, el Tribunal Pleno constata que, dados los antecedentes y el análisis de vulneración de derechos fundamentales que ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que se ha verificado en los procedimientos que culminaron con las sentencias de instancia reseñadas precedentemente, se ha declarado la existencia de graves transgresiones a los tratados internacionales vigentes, los que coinciden con las garantías consagradas en los numerales 2°, 3° y 7° del artículo 19 de la Constitución Política de la República;

La sentencia del Pleno de la Corte Suprema de 16 de mayo 2019, priva de efecto a las sentencias nacionales que la Corte IDH había determinado que eran las causantes de vulneración de los derechos humanos respectivos. El Pleno señaló en su parte resolutive:

"que en razón de lo expuesto, lo previsto en los artículos 5° inciso 2° y 76 de la Constitución Política de la República y 63 N° 1 y 68 N° 1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, las referidas decisiones condenatorias no pueden permanecer vigentes, atendido que su subsistencia supone la de las conductas lesivas de las garantías fundamentales reseñadas y que han sido verificadas por el tribunal internacional competente, por lo que esta Corte Suprema declarará que los fallos condenatorios citados han perdido los efectos que les son propios".

Conclusiones

La medida de dejar sin efecto una sentencia nacional constituye una reparación adecuada ya que elimina una causa del perjuicio en los derechos de la víctima, y repara o restituye el derecho vulnerado, con ello se logra la equivalencia de la reparación con el perjuicio.

El Poder Judicial, debe asumir así que, como órgano integrante del Estado, está sometido al cumplimiento de los deberes determinados convencionalmente, ya que el no hacerlo o negarse a ello implicaría incumplir la CADH e incurrir en un nuevo ilícito internacional y por tanto en nueva responsabilidad internacional del Estado.

En tal perspectiva, existe el deber jurídico de actuar de parte de las autoridades nacionales para restablecer el respeto de los derechos humanos y para eliminar las normas inconvencionales, sin perjuicio de la actividad de los jueces para inaplicarlas mientras que el legislador o constituyente las elimina del ordenamiento jurídico.

Los tribunales nacionales tienen un rol preponderante en el cumplimiento de los fallos de la Corte IDH.

Bibliografía

AGUIAR, A. A.. "La responsabilidad internacional del Estado por violación de Derechos Humanos (Apreciaciones sobre el Pacto de San José)", en *Estudios Básicos*, 1994.

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (2016): "Los derechos humanos como límites a la democracia a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista da AJURIS*, Porto Alegre (Vol. 43 N° 141), pp. 337-365.

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa. Revista de Derecho Público N° 84, 2016, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. pp., 13-43.

BÍRSAN, C. (), "Les aspects nouveaux de l'application des articles 41 et 46 de la Convention dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme", en *Trente ans de droit européen des droits de l'homme. Etudes à la mémoire de Wolfgang Strasser* (H. Hartig, ed.), Bruselas, Nemesis - Bruylant, 2007.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. "La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Tribunal Constitucional", VON BOGDANDY, Armin; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (Coord.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, Potencialidades y Desafíos*. México, UNAM/Max-Planck-Institut Für Ausländisches/Öffentliches Recht Und Völkerrecht/Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional), 2014.

Dörr, Oliver y Schmalenbach, Kirsten (eds.) *Convention on the law of treaties. A commentary*. Viena, Springer, 2012.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (a): "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.), *Derechos humanos; un nuevo modelo constitucional*. México, Unam, 2011.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (b): "Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, Año XLIV, N° 131, mayo-agosto), 2011.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2013): "Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (sobre el cumplimiento del caso *Gelman vs. Uruguay*)", *Estudios Constitucionales* (Año 11 N°2), pp. 641-693.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo.: "Control de convencionalidad (sede interna)", en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MARTÍNEZ RAMÍREZ, Fabiola; FIGUEROA MEJÍA, Giovanni A. (Coords.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. México, Unam, segunda edición, 2014.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2016b): "El control de convencionalidad como un vehículo para el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales de América", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Año XXII, 2016, pp. 337-356.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; PELAYO MÖLLER, CARLOS MARÍA (): *Las obligaciones generales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Deber de respeto, garantía y adecuación de derecho interno)*. México, Unam, Instituto de Investigaciones Jurídicas / Comisión Nacional de los Derechos Humanos. 2017.

GARCÍA PINO, GONZALO (): "Preguntas esenciales sobre el control de convencionalidad difuso aplicables a Chile", en NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (Coord.), *La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Santiago, Librotecnia, 2014.

GARCÍA PINO, Gonzalo; CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo. *Diccionario Constitucional Chileno*, Santiago, Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 55, 2014.

GARCÍA SAYÁN, Diego. "La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; CASTAÑEDA HERNÁNDEZ, Mireya (coords.), *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia de la Corte Interamericana* (México, Unam/Secretaría de Relaciones Exteriores Corte Interamericana de Derechos Humanos), 2009, pp. 91-119.

GIALDINO, Rolando. "Incumplimiento de una sentencia de la corte interamericana de derechos humanos: Un acto internacionalmente ilícito de la Corte Suprema argentina", en *Revista Estudios Constitucionales*, año 15 N° 2, 2017, Santiago, Universidad de Talca, pp. 491-532

HITTERS, Juan Carlos (): "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* N° 10, julio-diciembre, 2008, pp. 131-156.

HITTERS, Juan Carlos. "Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos)", *Estudios Constitucionales*, Año 13 N°1, 2015, Santiago, Universidad de Talca, pp. 125-162.

IBÁÑEZ RIVAS, Juana María. *Control de convencionalidad*. México, UNAM/ Instituto de Investigaciones Jurídicas / Comisión Nacional de los Derechos Humanos. 2017

JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco. "Activismo judicial en la evolución del Derecho Internacional: hacia la configuración de un incipiente orden público internacional", *Agenda Internacional* Año XVII N° 28, 2010, pp. 75-102.

LAMBERT, E. (2000): "La pratique récente de réparation des violations de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales: plaidoyer pour la préservation d'un acquis remarquable", en *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, N° 42.

LAMBERT-ABDELGAWAD, E. *L'exécution des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Estrasburgo, C. de Europa, 2a ed. 2008

NASH ROJAS, C. *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*, Santiago, U. de Chile - Facultad de Derecho, 2a ed. 2010

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista de Derecho Constitucional Europeo* (Año 10 Núm. 19), 2013, pp. 221-270.

NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO). "El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2010", en *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 39 N° 1, 2012, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 149-187.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto "Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva serie. Año XLV, núm. 135, 2012. Ciudad de Mexico, Universidad Nacional Autónoma DE MÉXICO, pp. 1167-1220.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2012): "Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011", en *Estudios Constitucionales*. Año 10 N° 2, Santiago, Universidad de Talca, pp. 57-140.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto y AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. *Control de convencionalidad interno*. Santiago, Editorial Librotecnia Primera edición, abril 2018. 382 páginas

OLANO GARCÍA, Hernán. "Teoría del Control de Convencionalidad", *Estudios Constitucionales*. Año 14 N° 1, 2016, Santiago, Universidad de Talca, pp. 61-94.

PASQUALUCCI, J. M. *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press. 2003

SAGÜÉS, Néstor P. (2009): "El 'control de convencionalidad', en particular sobre las constituciones nacionales", *La Ley*, 19/02/2009, 1, Buenos Aires, pp. 1-7.

SAGÜÉS, Néstor P. "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad", *Estudios Constitucionales*. Año 8 N° 1, 2010, Santiago, Universidad de Talca, pp. 117-136.

SCHMALENBACH, K. "Article 27. internal law and observance of treaties", en *vienna convention on the law of treaties: a commentary* (O. Dörr y K. Schmalenbach, eds.), Springer, Heilderberg/dordrecht/ Londres/Nueva York, 2012

TORRELLY, Marcelo. "Controle de convencionalidade: ¿constitucionalismo regional dos direitos humanos?", *Revista Direito & Práxis*, Río de Janeiro .Vol. 8 N° 1, 2017, pp. 321-353.

ZLATA DE CLEMENT, D. "Claroscuros del aporte de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos al desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos", 2010. <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00531616/document>,

7. APROXIMAÇÕES TEÓRICAS À NOÇÃO DE SOBERANIA ENQUANTO POTESTAS E SUA LIMITAÇÃO POR MEIO DA CONVENCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E DA ATUAÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS¹



<https://doi.org/10.36592/9786587424941-07>

Mônia Clarissa Hennig Leal²

1 Introdução

A conformação de uma ordem jurídica internacional de proteção aos direitos humanos à qual estão submetidos os Estados (ainda que por meio de uma adesão voluntária) acaba por trazer o desafio de existência de uma pluralidade normativa, caracterizada por um Direito originado de múltiplas fontes, sendo que, no Brasil, este fenômeno se apresenta em razão da vinculação ao Sistema Interamericano e ao reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nesse cenário, o objetivo do presente artigo consiste em analisar as transformações que se operaram no conceito de soberania por meio da instituição do Estado de Direito e da

¹ Este artigo é resultante das atividades do projeto de pesquisa “Fórmulas de aferição da “margem de apreciação do legislador” (*Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers*) na conformação de políticas públicas de inclusão social e de proteção de minorias pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, financiado pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2017), e pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq (Edital Universal – Processo 403533/2018-0 e Bolsa de Produtividade em Pesquisa Pq – Processo 306417/2018-9). A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (ambos financiados pelo FINEP e ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC). Também se insere no âmbito do projeto de cooperação internacional “Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana: recepção da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua utilização como parâmetro para o controle jurisdicional de Políticas Públicas pelos Tribunais Constitucionais”, financiado pela Capes (Edital PGC 02/2015 – Processo 88881.1375114/2017-1 e Processo 88887.137513/2017-00).

² Com Pós-Doutorado na Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Alemanha) e Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, com pesquisas realizadas junto à Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, na Alemanha. Coordenadora e docente permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, onde ministra as disciplinas de Jurisdição Constitucional e de Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, respectivamente. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. Membro do Conselho Superior da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul – FAPERGS (2014-2019). moniah@unisc.br.

Constituição, buscando estabelecer um paralelo em relação ao fenômeno que se apresenta em face da conformação dos Sistemas Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos, com especial foco na atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Para tanto, abordam-se, num primeiro momento, alguns aspectos teóricos relacionados à noção de soberania para, então, num segundo momento, discorrer-se sobre a inversão da lógica que se opera em seu conceito no que concerne à sua dimensão externa, diante do fenômeno da internacionalização, reproduzindo, em certa medida, o processo verificado no âmbito interno.

O Estado, figura central da produção política e jurídica da Idade Moderna, se afigura, atualmente, permeado por transformações que vêm se operando em diversos âmbitos. Um desses aspectos, de natureza conceitual, atinge diretamente os seus elementos constitutivos (tais como a sua noção tradicional de soberania), especialmente em face do processo de supraestatalização que vem se operando no âmbito do direito internacional, que faz com que se opere um processo semelhante ao de restrição da soberania verificado na sua órbita interna em face da conformação do Estado de Direito.

Além disso, a conformação de uma ordem jurídica internacional de proteção aos direitos humanos à qual estão submetidos os Estados (ainda que por meio de uma adesão voluntária) acaba por trazer o desafio de existência de uma pluralidade normativa, caracterizada por um Direito originado de múltiplas fontes, sendo que, no Brasil, este fenômeno se apresenta em razão da vinculação ao Sistema Interamericano e ao reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Nesse cenário, o objetivo do presente artigo consiste em analisar as transformações que se operaram no conceito de soberania por meio da instituição do Estado de Direito e da Constituição, buscando estabelecer um paralelo em relação ao fenômeno que se apresenta em face da conformação dos Sistemas Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos, com especial foco na atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Para tanto, abordam-se, num primeiro momento, alguns aspectos teóricos relacionados à noção de soberania para, então, num segundo momento, discorrer-se sobre a inversão da lógica que se opera em seu conceito no que concerne à sua

dimensão externa, diante do fenômeno da internacionalização, reproduzindo, em certa medida, o processo verificado no âmbito interno.

O trabalho busca contribuir, desta forma, para a consolidação da vinculação dos Estados à proteção dos direitos humanos previstos na ordem jurídica internacional, a partir da compreensão de que este processo de limitação da soberania não é algo novo e que ele está associado, mais, à noção de soberania como *potestas* (exercício do poder).

2 A questão da soberania: demarcações teórico-aproximativas

A formação do Estado (Moderno) está estritamente associada à noção de soberania, independentemente dos modelos de evolução pelos quais passou desde a sua conformação³, sendo que, apesar das transformações experimentadas, ela permaneceu como um de seus atributos essenciais.

São estes referenciais e as mutações do conceito de soberania que se abordará na sequência, especialmente no que tange à inversão que se opera em sua compreensão em face de uma realidade pautada pelo desenvolvimento e avanço do direito internacional (em face de fenômenos como o surgimento e consolidação de sistemas globais e regionais de proteção dos direitos humanos, proteção multinível de direitos, dentre outros), rompendo as fronteiras tradicionalmente protegidas dos Estados e impondo a eles um novo *locus*⁴ na ordem internacional:

Resulta indudable que a comienzos del Siglo XXI se está produciendo una extraordinaria transformación de los ordenamientos jurídicos, tanto en su creación como en su aplicación, que ponen en tela de juicio la conformación

³ Quais sejam, Estado Absolutista, Estado Liberal, Estado de Bem-Estar Social e Estado Democrático de Direito.

⁴ Segundo Bolzan de Moraes, é possível falar de uma crise *conceitual* (que atinge diretamente os elementos constitutivos historicamente essenciais do Estado desde o contexto da Idade Moderna); de uma crise *estrutural* (que põe em xeque e questiona o próprio papel e os fins do Estado, tanto na órbita financeira como ideológica e filosófica); de uma crise *constitucional* (desconstitucionalização, flexibilização dos direitos); de uma crise *funcional* (associada às funções tradicionalmente atribuídas ao Estado) e de uma crise *política* (associada à própria democracia representativa, impondo que se pensem novas fórmulas de atuação no âmbito do político e das relações entre o Estado e a sociedade). MORAIS, José Luís Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

estatal nacional con sus paradigmas y principios, desde el concepto de soberanía hasta las fronteras territoriales materiales, desde la cultura nacional hasta la indeterminación de lo público y lo privado. (...) A ello se le suma la aparición de nuevos poderes públicos no estatales, como las empresas transnacionales, productoras de derecho, los fenómenos de la integración regional, con su sistema de derecho integrador de los distintos ordenamientos de los países miembros, y, muchas veces, modificadorio de sus propios ordenamientos.⁵

Tem-se demarcado, assim, um dos aspectos fundamentais que permeiam as discussões acerca do Estado, qual seja, a relativização da noção de soberania em face das formas de ocorrência supranacionais e internacionais.

Uma vez posta a questão nesta perspectiva, cabe analisar, primeiramente, a relativização do elemento soberania como atributo essencial e absoluto inerente ao Estado, podendo-se indicar, para tanto, como referencial explicativo, a ocorrência, na ordem internacional, de um processo de transformação que repete e se identifica com a tendência – verificada no âmbito interno – em que se parte de uma lógica contratual para uma lógica de limitação, (im)posta pela institucionalização do Estado de Direito.

Apesar desta estreita conexão com o imaginário próprio do Estado Moderno, a ideia de soberania é, em realidade, ainda pré-moderna, feudal. Conforme Capella⁶, ela “fue acuñada para designar un rasgo de los reinos medievales nuevos que nacían sin reconocer dependencia ninguna del papado o del Imperio romano-germánico.” Segundo o autor, ainda, se dizia que estes reinos eram soberanos como *non superiores recognoscentes*, por não admitirem poder algum superior a eles.

Assim, a soberania aparece, inicialmente, como uma prerrogativa inerente aos soberanos, consistindo, em verdade, em um poder indiferenciado, pois se refere tanto ao poder político como ao poder econômico e cultural, personificado na figura do monarca:

⁵ SALOMONI, Jorge Luis. *Estudio preliminar*. In: CASSESE, Sabino. *La crisis del Estado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003. p. 26.

⁶ CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta prohibida: una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del Estado*. Madrid: Trotta, 1997. p. 111.

El soberano nos es solamente lo que en el lenguaje moderno llamamos un poder *político*, sino que es también y al mismo tiempo, en el mundo feudal, un poder *económico* y un poder *cultural*, ideológico (generalmente religioso), en una sola pieza.⁷

Tratava-se, como se pode perceber, de um poder supremo, indiferenciado, pois a natureza do sistema feudal não permite separar – como mais tarde ocorre no sistema capitalista – os dados econômico, ideológico e político do poder. O senhorio ou domínio feudal – cuja máxima expressão é o soberano – conforma domínio político, econômico e ideológico em uma só e indiferenciada “substância”. Não é possível discernir, sequer metodologicamente, os aspectos políticos e econômicos do poder, uma vez que, no interior da ordem feudal, é impossível o desdobramento de um poder puramente econômico, isto é, carente de poder político e de influência ideológica.

Isto porque as prerrogativas de dizer as leis e de julgar eram inerentes ao direito de propriedade da terra, de maneira que o exercício do poder implicava, inexoravelmente, um domínio em todas estas abrangências.

Com o passar do tempo, contudo, especialmente com o desenvolvimento do capitalismo, a noção de soberania tendeu a se concentrar mais no âmbito político, ficando o poder econômico associado à esfera privada, de modo que

soberanía, pues, pasó de expresar da independencia o supremacía de los monarcas absolutos a referirse a la independencia o supremacía de los reinos o Estados. Con el predominio creciente del capitalismo la ‘soberanía’ empezó a predicarse exclusivamente del lado político del poder: el estatal. Y con las revoluciones políticas burguesas empezó a afirmarse, finalmente, que el titular de la ‘soberanía’ no es directamente el poder regio ni el poder del estado, sino el ‘pueblo’ (el conjunto de los ciudadanos).⁸

Dentro deste contexto, a incorporação do conceito (pré-moderno) de soberania ao relato político da modernidade exige que se o circunscreva, exclusivamente, à esfera pública. Neste sentido, o seu conceito serve para assentar

⁷ Idem. Ibidem. p. 112.

⁸ Idem. Ibidem, loc. cit.

o princípio de que não há poder político algum capaz de impor sua vontade à coletividade.

Dado o exposto, valem as palavras de Ferrajolli ao afirmar que, embora apareça já na Idade Média, é indubitável que a noção de soberania, tal como a compreendemos hoje, remonta ao nascimento dos grandes Estados nacionais europeus:

Embora apareça já na Idade Média em autores como Beaumanoir e Marino da Caramanico, é indubitável que a noção de soberania como *suprema potestas superiorem non recognoscens* (poder supremo que não reconhece outro acima de si) remonta ao nascimento dos grandes Estados nacionais europeus.⁹

Na mesma linha, Capella sustenta que o conceito de soberania é já um conceito da modernidade, mas de uma modernidade *in fieri*, dependendo do critério que se adota (político ou social), porque

Se seu nascimento se data desde um ponto de vista político, pode dizer-se que nasce com a construção das monarquias absolutistas, do Estado no sentido moderno da palavra. Mas se esse mesmo nascimento se contempla desde uma perspectiva social mais geral, que tome em consideração fatores de tipo econômico e cultural, o nascimento do conceito de soberania se produz quando o capitalismo como modo de produção não era sequer uma forma dominante; quando coexistia com amplas zonas de relações sociais de tipo feudal, que ainda tardariam séculos em ceder-lhe a hegemonia.¹⁰

Poder-se-ia falar, por conseguinte, em soberania como um conceito de transição, que é culturalmente feudal e politicamente mercantil.

É preciso diferenciar, pois, a noção lata de soberania, cuja origem remonta ainda ao período feudal, da noção moderna de soberania, focada exclusivamente no poder político. Para os efeitos do presente trabalho, adota-se como objeto de

⁹ FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. Tradução de Carlo Coccioli e de Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 01.

¹⁰ CAPELLA, Juan Ramón. *Os cidadãos servos*. Tradução de Lédio Rosa de Andrade e Têmis Correia Soares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 116.

reflexão a segunda acepção, pois é sobre ela que estão construídas todas as bases¹¹ da teoria acerca do Estado.

A soberania aparece, então, como uma supremacia, como um poder supremo que não se submete a qualquer outro, tanto no âmbito interno como no âmbito externo, nas relações com outros Estados, pois aí não há, historicamente, um poder superior (todos os entes soberanos são iguais em suas prerrogativas, não admitindo qualquer ingerência):

Com a ideia de poder soberano, atribuído aos monarcas absolutistas, significa-se a superioridade do poder régio sobre qualquer outro no território em que assenta seu domínio sobre as pessoas. Os monarcas são soberanos porque em seus reinos nenhuma força interior se lhes sobrepõe, e porque os conflitos externos entre soberania se resolvem pela força ou por recíproco consenso, isto é, também sem intervenção de poder 'superior' algum.¹²

Como bem assevera Ferrajolli, com a consolidação dos Estados nacionais e com sua plena autonomização dos vínculos ideológicos e religiosos, que haviam cimentado a *civitas christiana* (nação cristã) sob a égide da Igreja e do Império, cai todo e qualquer limite à soberania estatal e se completa, com sua plena secularização, sua total absolutização. Estes dois processos – secularização e absolutização – envolvem ambas as dimensões da soberania, a externa e a interna, e compõem um todo com a formação da idéia moderna do Estado como pessoa artificial, fonte exclusiva do direito e, ao mesmo tempo, livre do direito.¹³

Significa dizer que, ao mesmo tempo em que o discurso do Estado-Nação e da soberania produziram uma monopolização da força na ordem interna, produziram, na ordem externa, uma descentralização – marca do Direito Internacional desde então – eis que, com a uniformização em bases territoriais e o reforço das

¹¹ A soberania aparece, irremediavelmente, como elemento essencial do Estado em todas as teorizações acerca do Estado Moderno: "soberania é o conceito, ao mesmo tempo jurídico e político, em torno do qual se adensam todos os problemas e as aporias da teoria juspositivista do direito e do Estado." Ferrajolli, op. cit., p. 01.

¹² CAPELLA, Juan Ramón. *Os cidadãos servos*. Tradução de Lédio Rosa de Andrade e Têmis Correia Soares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 116.

¹³ FERRAJOLLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. Tradução de Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp. 16-17.

comunidades nacionais, rompe-se o ideal de hegemonia cultural da cristandade medieval, impondo-se a horizontalização das relações de poder entre Estados com igual soberania, porém com identidades diferentes entre si. Centralização e diferenciação afiguram-se, nesta perspectiva, como processos concomitantes e interdependentes:

La afirmación de los Estados-nación por la centralización del poder tuvo, ante todo, una dimensión interna: quien goza del poder soberano detenta el derecho a ejercer legítimamente el mando supremo, la autoridad final y absoluta sobre una comunidad política, lo que se reconduce, en último análisis, a la monopolización del uso legítimo de la fuerza por las autoridades centrales. En contrapartida, la soberanía vino a ser en el exterior la defensa de la inexistencia de cualquier poder políticamente superior al del Estado sobre el territorio respectivo. Así, pues, esta transfiguración de la comunidad de valores que había sido la Christandad medieval en la moderna red contractual consagrada en la *Paz de Westfalia* de 1648 trajo a la sociedad internacional un principio de *descentralización*.¹⁴

Pode-se depreender, daí, que a ordem internacional já surge conformada como sociedade¹⁵ (em oposição à noção de comunidade, baseada em valores comuns compartilhados), caracterizada pela ocorrência de relações de coordenação, de natureza contratual.

Cabe, aqui, relacionar, por sua vez, esta oposição entre a lógica comunitária e a lógica societal mencionada acima com a distinção, feita por Émile Durkheim, entre direito repressivo (assentado numa noção de solidariedade mecânica, que liga o

¹⁴ PUREZA, José Manuel. *El patrimonio común de la humanidad: ¿hacia un derecho internacional de la solidaridad?* Traducción de Joaquín Alcaide Fernández. Madrid: Trotta, 2002. pp. 31-32.

Segundo a historiografia internacionalista, remonta à Paz de Westfalia (1648), que concluiu a Guerra dos Trinta Anos, o surgimento da estrutura da comunidade internacional na forma que permaneceu até o surgimento da ONU, em 1945. CASSESE, Sabino. *La crisis del Estado*. Traducción de Pascual Caiella y Juan González Moras. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003.

¹⁵ Com base na obra de Pureza, é possível contrapor e diferenciar as noções de sociedade e de comunidade, nos seguintes termos: "a) la comunidad es natural y espontánea, la sociedad es en cierta manera artificial; b) la comunidad es una manera de ser (se es miembro de ella), la sociedad es una manera de estar (se es parte en ella); c) en la comunidad hay integración y jerarquía, en la sociedad hay suma convencional de elementos; d) en la comunidad priman los valores unitivos (*virtus*), en la sociedad predominan los valores divergentes (*necesitas*); en la comunidad prima lo ético, en la sociedad lo jurídico; f) predomina la justicia distributiva en la comunidad, la justicia conmutativa en la sociedad." Idem. Ibidem. p. 26.

indivíduo diretamente à sociedade, com base em sentimentos comuns¹⁶) e direito restitutivo (baseado numa noção de solidariedade orgânica, que tem como pressuposto a diferença entre os indivíduos), respectivamente.

Nas palavras do autor:

Tudo se passa de modo diferente com a solidariedade produzida pela divisão do trabalho. Enquanto que a precedente implica que os indivíduos se assemelhem, esta supõe que difiram uns dos outros. A primeira não é possível senão na medida em que a personalidade individual está absorvida na personalidade colectiva; a segunda não é possível senão quando cada um tem uma esfera de acção que lhe é própria, conseqüentemente, uma personalidade.¹⁷

E mais: neste último modelo, a individualidade do todo aumenta ao mesmo tempo que a das partes; a sociedade torna-se mais capaz de se mover em conjunto, ao tempo em que cada um dos seus elementos tem mais movimentos próprios – permitindo, desta forma, que se faça uma analogia com o funcionamento dos animais superiores, em que há uma especialização de funções:

Esta solidariedade assemelha-se à que se observa nos animais superiores. Cada órgão tem aí efectivamente a sua fisionomia especial, a sua autonomia e, deste modo, a unidade do organismo é tanto maior quanto mais acentuada for essa individuação das partes. Em virtude dessa analogia, propomos designar de orgânica a solidariedade devida à divisão do trabalho.¹⁸

Transportando-se esta análise para a órbita do direito internacional, percebe-se que é exatamente esta a característica adotada pela comunidade de Estados, na

¹⁶ Segundo Durkheim, o desenvolvimento desta forma de solidariedade é excluyente em relação ao desenvolvimento da individualidade: "A solidariedade, que deriva das semelhanças, encontra-se no seu *maximum* quando a consciência colectiva recobre exactamente a nossa consciência total e coincide em todos os pontos com ela: mas, nesse momento, a nossa individualidade é nula. Ela não pode nascer senão quando a comunidade tomar em nós menos lugar. Há nisso duas forças contrárias, uma centrípeta, outra centrífuga, que não podem crescer ao mesmo tempo." DURKHEIM, Émile. *A divisão do trabalho social*. 2. ed. Tradução de Eduardo Freitas e Maria Inês Mansinho. Lisboa: Presença, 1986. p. 151.

¹⁷ Idem. *Ibidem*. p. 152.

¹⁸ Idem. *Ibidem*. p. 153.

esfera externa, a partir da conformação de sua soberania interna, como demonstra Zagrebelsky:

Desde la perspectiva externa, los Estados se presentaban como fortalezas cerradas, protegidas por el principio de la no ingerencia. Podía darse, alternativamente, la lucha entre soberanías, es decir, la guerra (una eventualidad regulada, luego no prohibida, por el derecho internacional), o la coexistencia de soberanías mediante la creación de relaciones horizontales y paritarias disciplinadas por normas en cuya formación habrían participado libremente los propios Estados (los tratados internacionales y las costumbres). Estaba, en cambio, excluida – porque eso habría negado su naturaleza soberana – la posibilidad de un mandato sobre los Estados dimanante de una autoridad superior a cuya voluntad tuvieran estos que someterse (un gobierno supranacional o incluso mundial).¹⁹

Trata-se, pois, de um direito restitutivo (e não repressivo), de relações pautadas não por sentimentos comuns, mas sim pelo respeito à diferença e à autonomia de cada um dos sujeitos envolvidos, que se obrigam por meio de contratos e com base na autonomia da vontade (*pacta sunt servanda*) – no caso, os Tratados – em que ficam asseguradas as prerrogativas de cada um dos envolvidos:

Com efeito, não se deve esquecer que se a divisão do trabalho torna os interesses solidários, ela não os confunde. (...) Cada um dos contratantes, ainda que tendo necessidade do outro, procura obter aos menores custos aquilo de que necessita, quer dizer, adquirir o máximo de direitos possível em troca do mínimo de obrigações possível.²⁰

O principal escopo é, pois, garantir as esferas de atuação e de não-intervenção²¹ de cada um:

¹⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1999. pp. 10-11.

²⁰ DURKHEIM, Émile. *A divisão do trabalho social*. 2. ed. Tradução de Eduardo Freitas e Maria Inês Mansinho. Lisboa: Presença, 1986. p. 245.

²¹ Segundo esta perspectiva, fica um pouco diminuída a noção de *estado de natureza internacional* desenvolvida por Hobbes, para quem “a soberania interna, juntando-se à soberania paritária externa

A esfera da acção social ir-se-ia assim cada vez mais restringindo, pois ela não teria já outro objecto a não ser impedir os indivíduos de se intrometerem uns com os outros e de se prejudicarem reciprocamente, isto é, ela não seria já senão negativamente reguladora.²²

Para Durkheim, há uma precedência da solidariedade mecânica sobre a solidariedade orgânica, sendo que existe uma tendência a que a espontaneidade relacional da comunidade ceda seu lugar à construção consciente e contratual da sociedade.

No caso da ordem internacional, contudo, a ocorrência desta fase comunitária não chegou a se verificar, sendo suplantada, desde a sua origem, pela lógica de um direito assentado na regulação de sociedades diferenciadas e autônomas.

É possível asseverar, então, que a noção de soberania apresenta duas perspectivas distintas, que, historicamente, seguiram lógicas também distintas: uma de soberania interna, que tendeu a se restringir com o tempo, especialmente em face da noção de legalidade que pauta o Estado de Direito, e outra de soberania externa – em face dos demais Estados – que tendeu a se absolutizar²³:

Se soberania é poder absoluto, que não reconhece nenhum outro acima de si, historicamente o que se viu, nos últimos quatro séculos, foi, no interior dos Estados, a crescente dissolução da soberania e a afirmação dos Estados Democráticos e constitucionais e, externamente, a progressiva absolutização do conceito.²⁴

dos outros Estados, equivale a uma liberdade selvagem que reproduz, na comunidade internacional, o estado de natural desregramento" próprio do estado de natureza. HOBBS, Thomas. *De cive: elementos filosóficos a respeito do cidadão*. Tradução de Ingeborg Soler. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 35. Ainda sobre a noção de estado de natureza em Hobbes, conforme Bobbio, este pode se verificar em três situações determinadas e historicamente constatáveis: nas sociedades primitivas (pré-estatais), em caso de guerra civil e **na sociedade internacional**, onde as relações entre os Estados não são regulamentadas por um poder comum. BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991. p. 36.

²² DURKHEIM, Émile. *A divisão do trabalho social*. 2. ed. Tradução de Eduardo Freitas e Maria Inês Mansinho. Lisboa: Presença, 1986. p. 232.

²³ Embora hoje, em face do direito internacional, este conceito tenda a se relativizar, conforme se verá a seguir.

²⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *A soberania dividida*. In: FERRAJOLLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. Tradução de Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. VIII.

Esta é a posição sustentada por Ferrajolli ao abordar a questão da soberania moderna, aduzindo que a ideia de soberania como *potestas absoluta superiorem non recognoscens* corresponde a dois eventos paralelos e divergentes: aquele da soberania interna, que é a história de sua progressiva limitação e dissolução paralelamente à formação dos Estados constitucionais e democráticos de direito; e aquele da soberania externa, que é a história de sua progressiva absolutização, que alcançou seu ápice na primeira metade do Século XX, com as catástrofes das duas guerras mundiais.²⁵

A noção de soberania abarca, conseguintemente, acepções que consistem, em verdade, em processos que se dão em sentidos diferenciados, opostos.²⁶ Dentro deste contexto, tem-se que a primeira a ser teorizada, a partir deste pressuposto, foi a soberania externa, ainda no Século XVI²⁷ – antes mesmo das doutrinas de soberania interna propostas por Bodin e por Hobbes, pelos teólogos espanhóis, tais como Francisco de Vitória, que, visando a legitimar o direito de descoberta, acabou por reelaborar as velhas doutrinas sobre o tema, lançando os alicerces do direito internacional moderno e, simultaneamente, do conceito moderno de Estado como sujeito soberano. O fundamento de seu pensamento é a tese de que a ordem mundial é uma *communitas orbis*, ou seja, uma república de Estados soberanos, igualmente livres e independentes, portadores de determinados direitos naturais que devem ser respeitados pelos demais:

A antiga ideia universalista de *communitas* medieval, submetida ao domínio universal do imperador e do papa, é rechaçada e substituída por aquela de uma sociedade internacional de Estados nacionais, concebidos como sujeitos

²⁵ FERRAJOLLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. Tradução de Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 03.

²⁶ “Essa dúplici oposição entre estado civil e estado de natureza dá origem, a partir da Revolução Francesa, a duas histórias paralelas e opostas da soberania: a de uma progressiva limitação interna da soberania, no plano do direito estatal, e a de uma progressiva absolutização externa da soberania, no plano do direito internacional. (...) Soberania externa e soberania interna seguem nessa fase dois percursos inversos: aquela se limita tanto quanto esta se liberta.” Idem. *Ibidem*. p. 27.

²⁷ Alguns elementos históricos apontam, conforme entendimento de alguns autores, a necessidade de justificação da conquista e dominação do Novo Mundo, com as grandes navegações, como o fato propulsor destas teorias – dentre elas a de Francisco de Vitória –, que acabaram obtendo enorme reconhecimento.

jurídicos independentes uns dos outros, igualmente soberanos.²⁸

Já na esfera interna verifica-se, na via inversa, uma tendência de limitação do conceito, uma vez que, com a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789, e depois com sucessivas Cartas Constitucionais, muda a forma do Estado e, com ela, muda, também, o próprio princípio da soberania interna, que se relativiza. Conceitos como divisão dos poderes, princípio de legalidade e direitos fundamentais correspondem, em última análise, a limitações e a negações da soberania interna.²⁹

Nesta perspectiva existe, segundo Ferrajoli, uma antinomia irreduzível entre soberania e direito, eis que ambos são incompatíveis. Num Estado de Direito, em que todos se submetem à lei, não é possível falar-se em um poder livre das leis, dissolvendo-se, assim, a noção pura de soberania:

Ao menos no plano da teoria do direito, a soberania revelou-se, em suma, um pseudo-conceito ou, pior, uma categoria antijurídica. Sua crise – agora o podemos afirmar – começa justamente, tanto na sua dimensão interna quanto naquela externa, no mesmo momento em que a soberania entra em contato com o direito, dado que ela é a negação deste, assim como o direito é a sua negação. E isso, uma vez que a soberania é a ausência de limites e de regras, ou seja, é o contrário daquilo em que o direito consiste.³⁰

Na órbita internacional, este processo se dá, por sua vez, a partir do surgimento de inúmeras organizações e tratados internacionais³¹, que acabam por gerar uma verdadeira ordem supranacional. De um pacto associativo, o direito internacional se transforma em um pacto de sujeição:

²⁸ FERRAJOLLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. Tradução de Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 08.

²⁹ Idem. Ibidem. p. 28. Assim, ainda conforme o autor, "o modelo de Estado de Direito, por força do qual todos os poderes ficam subordinados à lei, equivale à negação da soberania, de forma que dele resultam excluídos os sujeitos ou os poderes *legibus soluti*."

³⁰ Idem. Ibidem. p. 44.

³¹ Especialmente a Organização das Nações Unidas (ONU), criada em 1945, após o término da II Guerra Mundial, e que possui uma certa função de supranacionalidade e de vinculação dos Estados. Não se pode negar, contudo, que houve, desde então, um progressivo processo de internacionalização do Direito, principalmente com base nos direitos humanos e fundamentais. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 111.

Tal carta equivale a um verdadeiro contrato social internacional – histórico e não metafórico, efetivo ato constituinte e não simples hipótese teórica ou filosófica – com o qual o direito internacional muda estruturalmente, transformando-se de sistema *pactício*, baseado em tratados bilaterais *inter partes* (entre partes homogêneas), num verdadeiro *ordenamento jurídico* supra-estatal: não mais um simples *pactum associationis* (pacto associativo), mas também *pactum subiectionis* (pacto de sujeição).³²

Ter-se-ia, assim, como aduz Pureza, um retorno ao direito repressivo de Durkheim, agora na esfera internacional:

La evolución normativa que se está registrando en el campo del Derecho internacional público pone el acento en aquello a lo que Durkheim llamaría Derecho represivo – particularmente por la consolidación de un orden público internacional – en detrimento de la horizontalidad indiferenciadora y contractualista que fue dominante en el Derecho internacional del pasado.³³

Diante do exposto, resta indubitável que o Estado, no contexto atual, perdeu muito das prerrogativas tradicionais sobre as quais se desenvolveram, historicamente, a Teoria do Direito e a Teoria do Estado no Ocidente³⁴ – especialmente as noções de soberania e de território, às quais se agregaram todas as demais, como a de “povo”.

Ao longo desse processo, o Estado perdeu, pois, a centralidade³⁵ que sempre lhe foi própria – pelo menos na perspectiva da lógica Moderna – estando, cada vez

³² FERRAJOLLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. Tradução de Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp. 40-41.

³³ PUREZA, José Manuel. El patrimonio común de la humanidad: ¿hacia un derecho internacional de la solidaridad? Traducción de Joaquín Alcaide Fernández. Madrid: Trotta, 2002. p. 25.

³⁴ Ver, para tanto, as obras de BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1980 e de DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria do Estado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

³⁵ Na leitura de Bolzan, o que se verifica atualmente é uma interdependência internacional, determinada por fatores políticos, econômicos e/ou militares, que leva a uma ideia de cooperação jurídica, mais do que a um recrudescimento das concepções tradicionais de soberania. Por mais que a sua noção persista, ela foi profundamente transformada, em razão de uma série de fatores, tais como: comunidades supranacionais; capitalismo financeiro (empresas transnacionais que não possuem qualquer vínculo com os países, impondo determinadas atitudes aos Estados, bem como afetando diretamente sua economia); ONGs (que atuam em setores variados, sendo que seus relatórios podem significar reconhecimento ou repúdio em nível internacional); novas relações sociais (grupos sociais, como sindicatos e organizações), que passaram a produzir e a forçar determinadas

mais, limitado em sua soberania, tanto interna como externa, especialmente em face de um cenário caracterizado por fenômenos como a proteção multinível de direitos, a complexidade de fontes e a vinculação à ordem jurídica internacional, inclusive pela via jurisdicional.

3 A conformação da ordem jurídica internacional e do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos: novas dimensões da soberania

A internacionalização dos direitos humanos é um fenômeno que, paralelamente à conformação da noção de Estado Democrático de Direito, no âmbito interno, se recrudescer no período posterior à II Guerra Mundial³⁶, tendo por escopo assegurar que as gravíssimas violações de direitos perpetradas pelos regimes totalitários não tornassem a se repetir, bem como garantir a dignidade da pessoa humana, mesmo contra maiorias eventuais³⁷.

Nesse aspecto, tem-se que os próprios Estados muitas vezes se afiguram como violadores de direitos, além de que podem falhar na sua proteção. Daí a necessidade de consolidação um sistema internacional para tutelá-los de forma eficaz³⁸.

Assim, logo após o final da II Guerra, foi instituída, em 1945, a Organização das Nações Unidas (ONU), que, já no preâmbulo de seu documento fundador (Carta de

decisões; organismos internacionais (que possuem casos de intervenção direta, além de atuações determinadas por alguns Estados dominantes). MORAIS, José Luís Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. pp. 23.

³⁶ Como bem observa Piovesan, o processo de internacionalização dos direitos humanos começa a se desenvolver um pouco antes, com a formação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a extinta Liga das Nações, criados no pós-Primeira Guerra Mundial. "Contudo, a verdadeira *consolidação* do Direito Internacional dos Direitos Humanos surge [apenas] em meados do século XX, em decorrência da Segunda Guerra Mundial". PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC* n. 19 – jan./jun. 2012. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067Artigo_Flavia_Piovesan_\(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067Artigo_Flavia_Piovesan_(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes).pdf)>. Acesso em: 11 out. 2019, p. 116-121.

³⁷ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional aberta*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 53.

³⁸ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC* n. 19 – jan./jun. 2012. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_\(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes).pdf)>. Acesso em: 11 out. 2019.

San Francisco, também denominada de Carta das Nações Unidas), salienta o seu propósito de tutela dos direitos humanos.³⁹

Não obstante a Carta da ONU não se referir textualmente à proteção dos “direitos humanos”, é indubitável sua pretensão de inaugurar uma nova ordem no Direito Internacional, vinculando os Estados a regras e a princípios internacionais.⁴⁰

Com o mesmo escopo, a ONU veio a proclamar – em 10 de dezembro de 1948, através de decisão unânime de sua Assembleia Geral – a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que representa um marco importante ao estabelecer uma tutela universal dos direitos humanos⁴¹, sendo o primeiro a reconhecer direitos de modo indistinto a todos os seres humanos⁴² ao estabelecer a condição humana como requisito único e exclusivo para a dignidade e a titularidade de direitos.⁴³

Assim, a DUDH evidencia uma alteração profunda no direito internacional

³⁹ “NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas.” ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Carta das Nações Unidas. 1945. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 15 out. 2015.

⁴⁰ GARCÍA, Hernán Alejandro Olano. Teoría del control de convencionalidad. *Revista Estudios Constitucionales*, Talca, ano 14, nº 1, pp. 61-94, 2016. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/0B44I5pHYhRzaeDFKYnZyYTdUSmM/view>>. Acesso em 19 set. 2019.

⁴¹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 47.

⁴² Arendt, contudo, traz uma reflexão que merece atenção. Ao analisar as diferenças na pretensão de alcance das declarações da Revolução Americana (Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia) e da Francesa (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão), a autora observa que esta última, já em 1789, também pareceu ter por intento alcançar, além do cidadão francês, todas as pessoas indistintamente. Em vista disso, poder-se-ia, em tese, falar em uma ambição universalista dos revolucionários franceses no reconhecimento dos direitos humanos. Com relação à Declaração Americana isso não ocorreu. Ela foi engendrada mais sob o enfoque do *Governo*, condicionando suas atividades aos direitos reconhecidos na aludida Declaração. Assim, de fato, é possível observar que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa prescreveu direitos independentes da estrutura política nacional, visando a reconhecer, destarte, direitos inerentes à natureza humana e, portanto, *universais*. Ainda assim, entende-se que a DUDH realmente se trata do primeiro instrumento a estender direitos humanos, de modo indistinto, a toda pessoa, uma vez que ela é resultado do consenso de diversos países, tendo sido engendrada no âmbito da Organização das Nações Unidas, a maior organização internacional existente, em um momento histórico que movimentou o mundo inteiro. De outra parte, no caso da Declaração Francesa, tratou-se de um documento elaborado exclusivamente pelos revolucionários franceses dentro de um contexto mais localizado, ainda que, posteriormente, tenha vindo a repercutir em todo o mundo ocidental. ARENDT, Hannah. *Sobre a revolução*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

⁴³ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional* – RBDC n. 19 – jan./jun. 2012. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_\(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes).pdf)>. Acesso em: 11 out. 2019, p. 142.

público, pois, até então, ele se limitava a regular relações entre Estados, não se preocupando, em princípio, em promover uma tutela dirigida às pessoas submetidas à soberania dos Estados envolvidos.

Sob esse aspecto, um elemento importante a ser considerado na mudança de conceito do Direito Internacional Público encontra-se, conforme já mencionado no tópico anterior, justamente na noção de soberania. Em síntese, a soberania do Estado frente aos seus cidadãos (soberania interna) abrange os poderes de "legislar, aplicar a lei e de adjudicar as disputas com relação a determinadas pessoas dentro de um determinado território."⁴⁴

Com relação à soberania interna, o que a história demonstrou, a partir da Revolução Francesa, foi sua progressiva limitação e dissolução, paralelamente à formação dos Estados Constitucionais e Democráticos de Direito, isto é, à medida que foram sendo reconhecidos, através da lei e da Constituição, direitos fundamentais aos cidadãos, a noção de soberania interna tendeu a limitar-se.⁴⁵

De outro lado, a manifestação da soberania externa tendeu a seguir em sentido contrário, numa linha de progressiva absolutização⁴⁶. Isto porque a ideia que imperava no cenário internacional, até então, era a de que os demais países não poderiam intervir nos assuntos internos dos Estados.

Essa concepção de soberania externa ilimitada encontrava-se em marcha desde a consolidação do Estado Nacional, no Século XVII, produzindo uma descentralização baseada na horizontalidade de relações entre Estados igualmente soberanos⁴⁷, sendo o Direito Internacional percebido a partir de uma lógica estritamente contratual.

⁴⁴ LEAL, Mônia Clarissa Hennig; BRUGGER, Winfried. Os direitos fundamentais nas modernas Constituições: análise comparativa entre as constituições alemã, norte-americana e brasileira. *Revista do Direito*. Santa Cruz do Sul, v. 28, p. 7-27, 2007.

⁴⁵ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? *Revista de Investigações Constitucionais*. Curitiba, v. 1, n. 3, p. 123-150, 2014. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/40518/26568>>. Acesso em: 20 ago. 2016, p. 132.

⁴⁶ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? *Revista de Investigações Constitucionais*. Curitiba, v. 1, n. 3, p. 123-150, 2014. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/40518/26568>>. Acesso em: 20 ago. 2016, p. 132.

⁴⁷ FERRAJOLLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. Tradução de Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Consequentemente, o reconhecimento universal dos direitos humanos encontrou resistência, sobretudo em face da noção de soberania estatal, já que até então somente os Estados eram reconhecidos como sujeitos do direito internacional público.⁴⁸

Assim, se, no âmbito interno, a limitação da soberania ocorreu na mudança do Estado Absolutista para o Estado de Direito, em que o poder passou a ser limitado pela lei, no âmbito externo esse processo se deu, por sua vez, a partir do surgimento de organizações e tratados internacionais, que acabaram por gerar uma verdadeira ordem supranacional.⁴⁹

Nesta perspectiva, é possível asseverar que a Declaração Universal dos Direitos do Homem consiste em um instrumento jurídico internacional de proteção marcado por uma lógica própria, voltada à salvaguarda dos direitos dos seres humanos, e não dos Estados.⁵⁰ Mais do que isso: os Estados possuem o dever de, juntamente com a ONU, proteger e promover os direitos nela previstos, obrigação esta que decorre do ato de ratificação à Carta das Nações Unidas e à Declaração Universal dos Direitos do Homem, em razão da lógica consubstanciada no princípio de que os Estados devem honrar, de boa-fé, os compromissos que assumem internacionalmente (*pacta sunt servanda*).

Esse processo influencia, por sua vez, também o surgimento dos chamados

⁴⁸ Embora algumas discussões a este respeito já tenham sido travadas no século XVI, por Francisco de Vitória, que, em suas prelações apresentadas na Universidade de Salamanca, contestou o direito de exploração dos índios aduzido pelos espanhóis à época do descobrimento do Novo Mundo. Suas doutrinas baseadas na ideia de uma sociedade de Estados igualmente soberanos, da sujeição destes aos direitos naturais e a teoria da guerra justa como sanção estão na base da teoria internacionalista moderna. FERRAJOLLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. Tradução de Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁴⁹ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? *Revista de Investigações Constitucionais*. Curitiba, v. 1, n. 3, p. 123-150, 2014. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/40518/26568>>. Acesso em: 20 ago. 2016, p. 132.

⁵⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Dilemas e desafios da Proteção Internacional dos Direitos Humanos no limiar do século XXI. *Revista Brasileira de Política Internacional*, vol. 40, no 1. Brasília, Jan/Jun, 1997, p. 20.

sistemas regionais⁵¹ de proteção dos direitos humanos⁵², havendo uma relação de complementaridade entre eles⁵³, de modo que a proteção desses direitos deve resultar de uma sinergia entre os Estados, os Sistemas Regionais e as Nações Unidas, do que resulta uma pluralidade de ordens jurídicas⁵⁴ e de fontes de aplicação do Direito.⁵⁵

O “Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos” é composto pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), com sede em Washington, nos Estados Unidos, e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), com sede em San José, na Costa Rica.

A Corte IDH, criada em 1969, teve sua competência reconhecida pelo Brasil por meio do Decreto nº 4.463/2002⁵⁶ e tem como função ser a “guardiã” da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), bem como dos demais tratados internacionais sobre direitos humanos provenientes da OEA, os quais, juntamente com a jurisprudência da Corte, formam o chamado *corpus iuris interamericano*⁵⁷, sendo sua “intérprete autêntica” (art. 29 e art. 67 da CADH).

⁵¹ Apesar de, inicialmente, a ONU ter se insurgido quanto à sua criação – temendo um desvirtuamento da noção de universalidade dos direitos humanos – atualmente observa-se sua ampla aceitação, consolidando-se o entendimento acerca da “importancia de fomentar la cooperación regional para la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales” ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Carta das Nações Unidas. 1945. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 15 out. 2015.

⁵² PRONER, Carol. *Os direitos humanos e seus paradoxos: análise do sistema americano de proteção*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 28-29.

⁵³ PIOVESAN, Flávia. Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos. Texto produzido para o I Colóquio Internacional de Direitos Humanos. São Paulo, 2001. Disponível em: <www.dhnet.org.br/direitos/sip/textos/a_pdf/piovesan_sip.pdf>. Acesso em: 12 out. 2015.

⁵⁴ Nesta linha, algumas teorias, como a da interconstitucionalidade, desenvolvida em Portugal a partir de estudos de Rangel, aprofundados por Canotilho, buscam pensar esta nova realidade, desde uma perspectiva da complexidade; sem afastar-se da teoria constitucional e sem abandonar a centralidade do conceito de Constituição, busca renová-lo, desligando-o da referência estrita ao modo político exclusivamente estatal (interno), abrindo-o ao “mundo-da-vida pós-vestfaliano. RANGEL, Paulo Castro. Uma teoria da «interconstitucionalidade»: pluralismo e constituição no pensamento de Francisco Lucas Pires. In: O estado do Estado: Ensaio de política constitucional sobre justiça e democracia. Alfragide: Dom Quixote, 2009.

⁵⁵ Em face dessa complexidade, em caso de eventual conflito entre normas nacionais, regionais e/ou internacionais, tem-se que deverá prevalecer a norma mais favorável aos direitos humanos, corolário do princípio *pro homine*.

⁵⁶ Apesar de a aprovação do referido Decreto, pelo Congresso Nacional, ter-se dado em 2002, ele prevê que a competência da Corte IDH se aplica a fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998.

⁵⁷ A expressão foi cunhada pelo juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor por ocasião do julgamento do Caso Cabrera García y Montiel Flores v. México, onde se lê que “al referirse a un ‘control de convencionalidad’ la Corte Interamericana ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Sin embargo, la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza,

Nesse sentido, um papel relevante é cumprido pela previsão, constante no artigo 2⁵⁸ da CADH, que determina aos Estados-parte a obrigação de adequar o seu direito interno às disposições da Convenção, no escopo de respeitar e de garantir os direitos por ela consagrados, o que significa dizer que

el Estado debe adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo determina el artículo 2 de la Convención. Dicho deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección y garantía de los derechos asegurados por la Convención, como ha precisado la CIDH en su jurisprudência⁵⁹.

Ou seja, diante do rol de direitos estabelecidos na CADH, o Estado-parte assume a obrigação de respeitar e de assegurar o livre exercício desses direitos, comprometendo-se, ainda, a adotar não só todas as medidas legislativas indispensáveis a esta finalidade, como também a adotar outras que se mostrem necessárias para garantir efetividade aos direitos e liberdades nela compreendidos.⁶⁰

Mas esta adesão ao Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos ainda é, em sua origem, um ato soberano e voluntário dos Estados, assim como o reconhecimento da competência da Corte IDH, preservando, assim, a característica do *pacta sunt servanda*, própria do Direito Internacional (concepção

integrantes del **corpus juris convencional** de los derechos humanos de los que es parte el Estado." CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Caso Cabrera García y Montiel Flores v. México. Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 26 de novembro de 2010. Disponível em: < https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf >. Acesso em: 20 nov. 2019.

⁵⁸ Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos (1969). Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 23 abr. 2020.

⁵⁹ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006-2011. Revista Estudios Constitucionales, Talca, ano 10, n. 2, p.57-140, 2012. Disponível em <<https://drive.google.com/file/d/0B44l5pHYhRzacam5OWEQ4UFZna2M/view>>. Acesso em: 13 out. 2015, p. 234

⁶⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

tradicional de soberania). Após, contudo, opera-se uma mudança na natureza jurídica dessa relação, que passa a ser vinculante e obrigatória.⁶¹

Não bastasse isso, tem-se que a Corte IDH, cumprindo com seu papel de “guardiã” da CADH⁶², progressivamente, por meio de sua jurisprudência, vem ampliando essa vinculação⁶³, notadamente por meio da incorporação de uma noção difusa da figura do “controle de convencionalidade”⁶⁴, tido como uma “prerrogativa” e como um “direito” de todos os tribunais e juízes nacionais, que devem exercê-lo *ex officio*, conforme restou assentado no julgamento do Caso Trabajadores Cesados del Congreso v. Perú⁶⁵:

los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones⁶⁶.

⁶¹ JARAMILLO, Leonardo García. Desafíos de la interamericanización del derecho: la contribución del *Ius Constitutionale Commune*. In: BOGDANDY, A. V. et al (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*. 1 ed., México: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017, p. 577-605.

⁶² Pode-se estabelecer uma correlação, aqui, entre a Corte IDH e a figura dos Tribunais Constitucionais, encarregados da “guarda” da Constituição, que, em última análise, também cumprem a função de limitação dos Poderes do Estado com fundamento na proteção aos direitos fundamentais. LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. Direitos Fundamentais como *res publica* e como fundamento para a atuação dos poderes no Estado Democrático de Direito. *Revista da Faculdade de Direito - Universidade Federal de Minas Gerais*, p. 373-392, 2020. Disponível em: <https://web.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/2074/0>. Acesso em: 21 set. 2020.

⁶³ HITTERS, Juan Carlos. Control de Convencionalidad (Adelantos y retrocesos). *Revista Estudios Constitucionales*, Talca, ano 13, n. 1, p. 123-162, 2015. Disponível em <www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_13_1_2015/4_control.pdf>. Acesso em: 18 out. 2019.

⁶⁴ ALBANESE, Susana. *El control de Convencionalidad*. Buenos Aires: Ediar, 2008.

⁶⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Trabajadores Cesados del Congreso v. Perú. Sentença de 24 de novembro de 2006. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019, p. 47.

⁶⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Trabajadores Cesados del Congreso v. Perú. Sentença de 24 de novembro de 2006. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019, p. 47.

Ao mesmo tempo, a Corte IDH reforça esta noção ao desenvolver a concepção – não expressamente prevista na CADH – de que os fundamentos de suas decisões, isto é, a *res interpretata*⁶⁷, possui eficácia *erga omnes*⁶⁸, obrigando todos os Estados signatários, ainda que não sejam parte na demanda, conforme se lê na sentença do Caso Gelman v. Uruguay⁶⁹:

en situaciones y **casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos**, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana.

Assim, limita-se, agora desde uma perspectiva internacional, com base no reconhecimento dos direitos humanos, a soberania, reproduzindo-se, em certa medida, o processo verificado no âmbito interno em razão da conformação do Estado de Direito e da Constituição, especialmente por meio da institucionalização dos direitos fundamentais.

⁶⁷ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los estados parte de la convención americana (*res interpretata*) (sobre el cumplimiento del Caso Gelman v. Uruguay). *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 11, n. 2, p. 641-694, 2013. Disponível em: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071852002013000200017&lng=es&nr m=iso>. Acesso em: 19 maio 2020.

⁶⁸ HITTERS, Juan Carlos. Un avance en el control de convencionalidad (el efecto “*erga omnes*” de las sentencias de la Corte Interamericana). *Revista Estudios Constitucionales*, Talca, año 11, n. 2, p. 695-710, 2013. Disponível em <www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_11_2_2013/unavance.pdf>. Acesso em: 18 out. 2019.

⁶⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gelman v. Uruguay. Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 20 de março de 2013. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019.

Entende-se, contudo, que esse processo se opera, mais, no que concerne à noção de soberania como *potestas*, isto é, em relação ao poder, estabelecendo-se parâmetros – por meio do Direito – ao seu exercício, sejam eles provenientes da ordem jurídica interna ou internacional.

Não se restringe, pois, a soberania do Estado em sua dimensão territorial (porque o direito de não-ingerência por parte de outros Estados permanece), mas sim o poder, que passa a estar obrigado e vinculado aos direitos humanos contidos na ordem internacional, tal qual está obrigado e vinculado aos direitos fundamentais previstos na ordem constitucional, resultando em uma ampliação da vinculação ao Direito, agora numa perspectiva multinível.

A partir dessa perspectiva, relativiza-se, por sua vez, o peso do argumento da soberania nas questões que envolvem discussões acerca de aspectos controvertidos e de temas sensíveis⁷⁰, reforçando-se as potencialidades de reconhecimento de um *ius constitutionale commune* na América Latina.⁷¹

Conclusão

A figura do Estado sempre esteve assentada, historicamente, na noção de soberania, cujo principal atributo residia na ocorrência de um poder absoluto dentro de um espaço físico delimitado, o território.

Esta característica pautou, por sua vez, ao longo do tempo, a sua forma de atuação tanto na esfera externa, marcada pelo respeito mútuo à soberania de cada Estado, resultando num modelo associativo assentado numa relação de horizontalidade, de coordenação, que não possui nenhum poder superior capaz de

⁷⁰ Tais como a “margem de apreciação nacional” e o próprio exercício do controle de convencionalidade por parte dos Tribunais nacionais.

⁷¹ O movimento do constitucionalismo transformador vislumbra, através da supraestatalidade, do pluralismo dialógico dos ordenamentos internacionais e nacionais e da atuação judicial, a alteração da realidade regional marcada por violações e desigualdade. É a partir desse bloco de ideias que o *ius constitutionale commune* na América Latina é pensado, sendo construído por “um corpo de direito comum latino-americano que expressa uma construção regional de *standards* em matéria de direitos humanos, democracia e Estado de Direito. BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale commune latinoamericanum*. Una aclaración conceptual. In: BOGDANDY, A. V.; FIX-FIERRO, H.; ANTONIAZZI, M. M. (Coords.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*. México: Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional; Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014. p. 4-23.

subjugar ou de se impor, juridicamente, aos demais. Nesta perspectiva, a soberania de cada Estado era absoluta, pois ele somente era submetido a determinadas obrigações em razão de sua própria manifestação de vontade, isto é, os seus deveres possuíam uma natureza contratual.

Já no âmbito interno, a *potestas* absoluta foi sendo restringida em face da progressiva constitucionalização e legalização imposta pelo Estado de Direito, processo este que tende a se reproduzir no cenário internacional em face do surgimento de ordenamentos jurídicos supranacionais, de caráter vinculante.

Mas esta adesão ainda é, em sua origem, um ato soberano e voluntário dos Estados, preservando, assim, a característica do *pacta sunt servanda*, própria do Direito Internacional (concepção tradicional de soberania). Após, contudo, opera-se uma mudança na natureza jurídica dessa relação, que passa a ser vinculante e obrigatória.

Especificamente no âmbito do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, tem-se que a Corte IDH, progressivamente, vem ampliando essa vinculação, por meio de elementos como a incorporação de uma noção difusa do “controle de convencionalidade” por parte dos tribunais e juízes nacionais, que devem exercê-lo *ex officio*, bem como da atribuição de eficácia *erga omnes* aos fundamentos de suas decisões, obrigando todos os Estados signatários, ainda que não sejam parte na demanda.

Entende-se, contudo, que essa limitação se opera, mais, no que concerne à noção de soberania como *potestas*, isto é, do poder, estabelecendo-se limites e parâmetros – por meio do Direito – ao seu exercício, sejam eles provenientes da ordem jurídica interna ou internacional, resultando em uma ampliação da vinculação ao Direito, agora numa perspectiva multinível.

Referências

ALBANESE, Susana. *El control de convencionalidad*. Buenos Aires: Ediar, 2008.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006-2011. *Revista Estudios Constitucionales*, Talca, ano 10, n. 2, p.57-140, 2012.

Disponível em

<<https://drive.google.com/file/d/0B44I5pHYhRzacm5OWEQ4UFZna2M/view>>.

Acesso em: 13 out. 2015.

ARENDR, Hannah. *Sobre a revolução*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Estado. Governo. Sociedade*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

_____. *Thomas Hobbes*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale commune latinoamericanum*. Una aclaración conceptual. In: BOGDANDY, A. V.; FIX-FIERRO, H.; ANTONIAZZI, M. M. (Coords.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*. México: Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional; Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014. p. 4-23.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *A soberania dividida*. In: FERRAJOLLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. Tradução de Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta prohibida: una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del Estado*. Madrid: Trotta, 1997.

_____. *Os cidadãos servos*. Tradução de Lédio Rosa de Andrade e Têmis Correia Soares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

CASSESE, Sabino. *La crisis del Estado*. Traducción de Pascual Caiella y Juan González Moras. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria do Estado*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 1979.

DURKHEIM, Émile. *A divisão do trabalho social*. 2. ed. Tradução de Eduardo Freitas e Maria Inês Mansinho. Lisboa: Presença, 1986.

FERRAJOLLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. Tradução de Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GARCÍA, Hernán Alejandro Olano. Teoría del control de convencionalidad. *Revista Estudios Constitucionales*, Talca, ano 14, nº 1, pp. 61-94, 2016. Disponível em:

<<https://drive.google.com/file/d/0B44l5pHYhRzaeDFKYnZyYTdUSmM/view>>. Acesso em 19 set. 2019.

HITTERS, Juan Carlos. Control de Convencionalidad (Adelantos y retrocesos). *Revista Estudios Constitucionales*, Talca, ano 13, n. 1, p. 123-162, 2015. Disponível em <www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_13_1_2015/4_control.pdf>. Acesso em: 18 out. 2019.

HITTERS, Juan Carlos. Un avance en el control de convencionalidad (el efecto "erga omnes" de las sentencias de la Corte Interamericana). *Revista Estudios Constitucionales*, Talca, ano 11, n. 2, p. 695-710, 2013. Disponível em <www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_11_2_2013/unavance.pdf>. Acesso em: 18 out. 2019.

HOBBS, Thomas. *De cive: elementos filosóficos a respeito do cidadão*. Tradução de Ingeborg Soler. Petrópolis: Vozes, 1993.

JARAMILLO, Leonardo García. Desafíos de la interamericanización del derecho: la contribución del *Ius Constitutionale Commune*. In: BOGDANDY, A. V. et al (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*. 1 ed., México: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017, p. 577-605.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Manole, 2003.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional aberta*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Derechos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? *Revista de Investigações Constitucionais*. Curitiba, v. 1, n. 3, p. 123-150, 2014. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/40518/26568>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; BRUGGER, Winfried. *Os direitos fundamentais nas modernas Constituições: análise comparativa entre as constituições alemã, norte-americana e brasileira*. *Revista do Direito*. Santa Cruz do Sul, v. 28, p. 7-27, 2007.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. Direitos Fundamentais como *res publica* e como fundamento para a atuação dos poderes no Estado Democrático de Direito. *Revista da Faculdade de Direito - Universidade Federal de Minas Gerais*, p. 373-392, 2020. Disponível em: <https://web.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/2074/0>. Acesso em: 21 set. 2020.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta

hacia los estados parte de la convención americana (*res interpretata*) (sobre el cumplimiento del Caso Gelman v. Uruguay). *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 11, n. 2, p. 641-694, 2013. Disponível em:

https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071852002013000200017&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 19 maio 2020.

MORAIS, José Luís Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Carta das Nações Unidas*. 1945. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 15 out. 2015.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e justiça internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flavia. *Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos*. Texto produzido para o I Colóquio Internacional de Direitos Humanos. São Paulo, 2001. Disponível em: <www.dhnet.org.br/direitos/sip/textos/a_pdf/piovesan_sip.pdf>. Acesso em: 12 out. 2015.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional* – RBDC n. 19 – jan./jun. 2012. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_\(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes).pdf)>. Acesso em: 11 out. 2019.

PRONER, Carol. *Os direitos humanos e seus paradoxos: análise do sistema americano de proteção*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

PUREZA, José Manuel. *El patrimonio común de la humanidad: ¿hacia un derecho internacional de la solidaridad?* Traducción de Joaquín Alcaide Fernández. Madrid: Trotta, 2002.

RANGEL, Paulo Castro. Uma teoria da «interconstitucionalidade»: pluralismo e constituição no pensamento de Francisco Lucas Pires. In: *O estado do Estado: Ensaios de política constitucional sobre justiça e democracia*. Alfragide: Dom Quixote, 2009.

SALOMONI, Jorge Luis. *Estudio preliminar*. In: CASSESE, Sabino. *La crisis del Estado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Dilemas e desafios da Proteção Internacional dos Direitos Humanos no limiar do século XXI*. Revista Brasileira de

Política Internacional, vol. 40, no 1. Brasília, Jan/Jun, 1997.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1999.

DIREITOS FUNDAMENTAIS E NOVAS TECNOLOGIAS

8. O PROBLEMA DO ALINHAMENTO DE VALOR: A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, AS NORMAS, E CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROGRAMAÇÃO DE VALORES NAS MÁQUINAS



<https://doi.org/10.36592/9786587424941-08>

Bruno Meneses Lorenzetto¹

INTRODUÇÃO

O presente artigo trata do problema do alinhamento de valor. Delimita a origem do problema bem como suas consequências potenciais para as relações entre pessoas e máquinas ao considerar a demanda pela inserção de valores na programação de algoritmos. Debate as questões sobre a dificuldade da definição dos valores e, também, busca analisar as consequências prejudiciais que podem decorrer da programação, ao que aponta para a necessidade de debates entre ética e inteligência artificial.

"A questão é que o xadrez não constitui uma representação da vida. É um sistema fechado. Suas regras não são desafiadas e prevalecem constantemente em todo o tabuleiro. Cada peça tem limitações bem definidas e aceita seu papel, a história do jogo é clara e incontestável a cada etapa, e o final, quando chega, nunca é objeto de dúvida. Um perfeito jogo de informação. Mas a vida, onde aplicamos a nossa inteligência, é um sistema aberto. Confuso, cheio de truques, dribles e ambiguidades, de falsos amigos." (MCEWAN, Ian. *Máquinas como eu: e gente como vocês*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 192.)

O princípio do alinhamento de valor trata do problema relacionado ao design de máquinas com inteligência artificial autônoma para que estas se comportem de maneira correspondente com valores humanos ao longo de seu funcionamento.

¹ Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito (Direitos Fundamentais e Democracia) e Professor da Graduação do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil. Professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Visiting Scholar na Columbia Law School, Columbia University, New York (2013-2014). Doutor em Direito pela UFPR na área de Direitos Humanos e Democracia.

Ainda que tal questão seja projetada em um campo especulativo futuro, podem ser observadas respostas no presente para o problema do alinhamento de valor.

Isso decorre do reconhecimento de que o momento adequado para a discussão sobre quais valores deverão ser estabelecidos para nortear o funcionamento de algoritmos é o presente, sob a pena de potencial catástrofe futura.

Isso nos conduz a ao menos três questões: i) o aumento exponencial de dispositivos com inteligência artificial que passaram a acompanhar os diferentes âmbitos da vida das pessoas, bem como a tecnologia passou a interferir na forma de conhecimento do mundo da vida, condicionando, em diversos momentos, a própria experiência que temos dele; ii) as preocupações de uma sociedade que procura planificar suas condutas e evitar riscos, portanto, esta se abre não apenas para o combate aos riscos existentes, mas, busca prospectar potenciais calamidades que podem advir das decisões que são tomadas e dos projetos de arquitetura de escolhas; iii) os desafios no sentido da definição de valores e sua respectiva escala de incidência, eis que, os dispositivos tecnológicos mudaram o mundo e as mediações linguísticas feitas dele de maneira acelerada nas últimas décadas, logo, avaliar tais transformações e discutir para quais caminhos o futuro pode nos conduzir se tornou um imperativo.

Um programa que possua inteligência artificial, não importa o quão elaborado este seja, não possui finalidades próprias e não é capaz de compreender nossos valores humanos. Cabe à inteligência artificial a execução de uma série de procedimentos previamente determinados que programadores definem com base em experiências anteriores de uso e interação.

A ideia de inteligência artificial possui em Alan Turing um dos seus principais genitores e ela abrangia, em seus primórdios, a mecanização da solução de problemas com a ideia de máquinas aprendendo a partir de suas experiências, como exemplo de tal prática Turing discutiu a mecanização do xadrez.²

Porém, o próprio Turing não entrou na discussão sobre quais seriam as condições para a definição de pensamento,³ ele estava mais preocupado com a

² COPELAND, Jack. Artificial Intelligence. In: COPELAND, Jack. *The essential Turing*. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 353.

³ TURING, Alan. Can automatic calculating machines be said to think?. In: COPELAND, Jack. *The essential Turing*. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 494.

questão de que os computadores não poderiam ser vistos como apenas máquinas de calcular mas eram capazes de comportamentos que poderiam ser percebidos como inteligentes.⁴

Ao invés do debate sobre a definição de máquinas e pensamento, Turing propôs o "jogo da imitação",⁵ que envolve três participantes: um homem, uma mulher e um interrogador que poderia ser de qualquer sexo. O interrogador precisa determinar, por meio de questões para os participantes qual deles é o computador e, a habilidade do computador jogar o jogo da imitação de forma a enganar o interrogador e fazer com que este acredite que ele é um ser humano é o objeto do jogo, a máquina fazer com que o interrogador erre a identificação usando a estratégia de fornecer respostas que seriam dadas naturalmente por uma pessoa.⁶

Isso levaria ao deslocamento da questão de se as máquinas podem pensar, para a de se existiriam computadores capazes de ter uma boa performance no jogo da imitação? Ao que Turing sugere em 1950 que, em 50 anos, seria possível programar computadores de maneira que eles se saíam tão bem no jogo da imitação que um interrogador comum teria não mais do que 70% de chance de fazer a identificação correta depois de cinco minutos de questionamento.

No processo de buscar imitar uma mente humana adulta, Turing afirma que estaríamos fadados a pensar sobre o processo que levou esta mente ao estágio que ela veio a se estabelecer. Para tanto, elenca três componentes: i) o estágio inicial da mente, seu nascimento; ii) a educação a qual ela foi submetida; iii) outras experiências para além da educação.⁷

Em razão disso, sugere que ao invés de simular uma mente de um adulto, deveria ser produzida uma que simulasse a de uma criança que viesse a ser submetida a um processo educacional adequado e poderia ser mais facilmente programável, ao passo que o trabalho de educação desta máquina seria equivalente ao destinado a uma criança humana.⁸

⁴ GANDY, Robin. Human versus mechanical intelligence. In: MILLICAN, P.; CLARK, A. *Machines and thought: the legacy of Alan Turing*. Oxford: Clarendon Press, 1996. p. 125.

⁵ TURING, Alan. Computing machinery and intelligence. In: COPELAND, Jack. *The essential Turing*. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 441.

⁶ TURING, Alan. Computing machinery and intelligence. p. 443.

⁷ TURING, Alan. Computing machinery and intelligence. p. 460.

⁸ TURING, Alan. Computing machinery and intelligence. p. 460.

Turing busca levantar argumentos contrários aos seus no campo da possibilidade do desenvolvimento da inteligência por máquinas, dentre eles, debate com Ada Lovelace a afirmação desta no sentido de que as máquinas não teriam a pretensão de originar qualquer coisa, elas poderiam fazer tudo aquilo que nós sabemos como determinar que elas executem.⁹

Perceba-se que aqui já pode ser referenciado um potencial início da discussão a respeito do alinhamento de valores das máquinas. Se, de fato, Ada Lovelace estivesse certa, não teríamos razões para nos preocuparmos com esta questão. Contudo, passados 70 anos da previsão de Turing, os desenvolvimentos tecnológicos alcançados até o momento parecem apontar mais para Turing do que para Lovelace, não ignorando que as anotações científicas desta já datavam de um século quando Turing apresenta seus argumentos.¹⁰

Eis um dos desafios do problema de alinhamento de valores, qual seja: como fazer com que as máquinas pensem como os seres humanos? No debate entre Turing e Lovelace em que esta dizia que as máquinas poderiam fazer apenas aquilo que nós a programássemos, Turing já tratava de como poderíamos "inserir" uma ideia em uma máquina.¹¹

Segundo Nick Bostrom, a superinteligência se caracteriza como "*qualquer intelecto que exceda em muito o desempenho cognitivo dos seres humanos em, virtualmente, todos os domínios de interesse*"¹², tal construção conceitual está voltada para tratar de seus antecedentes causais e das possíveis consequências decorrentes de um eventual advento da superinteligência e não procura se aprofundar em um debate sobre aspectos metafísicos da mente como as que tratam da intencionalidade proveniente de uma máquina.¹³

⁹ TURING, Alan. Computing machinery and intelligence. p. 455.

¹⁰ As "Memórias Científicas" de Ada Lovelace foram escritas em 1842. Ver: TAYLOR, Richard. *Scientific Memoirs: selected from the transactions of foreign academies of science and learned societies and from foreign journals*. London: Richard and John Taylor, 1843.

¹¹ TURING, Alan. Computing machinery and intelligence. p. 458.

¹² BOSTROM, Nick. *Superinteligência: caminhos, perigos e estratégias*. Rio de Janeiro: DarkSide Books, 2018. p. 55.

¹³ Ray Kurzweil também projeta no futuro um momento de superação das máquinas, com cores muito mais otimistas do que Bostrom. "O que, então, é a Singularidade? É um período futuro em que o ritmo da mudança tecnológica será tão rápido, seu impacto tão profundo, que a vida humana sofrerá mudanças irreversíveis. Embora nem utópica, nem distópica, essa época irá transformar os conceitos de que dependemos para dar sentido a nossas vidas, desde nossos modelos de negócio até o ciclo da vida humana, incluindo a própria morte. (...) A lista dos modos pelos quais agora os computadores

Ao trilhar caminhos para a sua "superinteligência", Bostrom afirma que um dos modelos utilizados é o cérebro humano. Ainda que não possamos prever quando a inteligência de máquina será alcançada, espera-se que neste século esta inteligência seja desenvolvida.¹⁴ Uma alternativa para a proposta de Turing de uma máquina criança seria a inteligência artificial embrionária, ainda mais sofisticada que aquela pois teria a capacidade de aprimorar a sua própria arquitetura.¹⁵

Em um cenário no qual a inteligência artificial embrionária florescesse, uma primeira versão poderia projetar uma segunda versão melhor de si mesma e, assim, sucessivamente, chegando a uma explosão de inteligência. Além disso, Bostrom pontua que a inteligência artificial não precisa mimetizar a estrutura da mente humana e que é provável que esta venha a possuir outras arquiteturas.¹⁶

Outro aspecto da superinteligência diz respeito ao grande centro de poder que esta pode se tornar. O projeto detentor do controle da primeira superinteligência teria uma vantagem estratégica significativa comparado com outros e a própria inteligência poderia se colocar contra quem a criou bem como contra o resto do mundo.¹⁷

Além disso, há também o problema sobre a definição de valores e sua introdução nas máquinas. Sob uma lógica utilitarista seria possível imaginar a programação de uma máquina que tivesse como objetivo a maximização da felicidade como valor humano a ser promovido.

Desconsiderando todos os problemas éticos e as críticas que o utilitarismo já enfrentou, há um desafio de compatibilidade entre as esferas do conhecimento. Isso

podem superar as capacidades humanas cresce rapidamente. Além disso, as aplicações da inteligência do computador, que antes eram poucas, gradativamente se ampliam de um tipo de atividade para outro. (...) A singularidade irá representar o ponto culminante da fusão entre nosso pensamento e nossa existência com nossa tecnologia, tendo como resultado um mundo que ainda é humano mas que transcende nossas raízes biológicas. Não haverá diferença, pós-Singularidade, entre homem e máquina ou entre a realidade física e a virtual." (KURZWIEL, Ray. *A singularidade está próxima: quando os humanos transcendem a biologia*. São Paulo: Itaú Cultural: Iluminuras, 2018. pp.23-26).

¹⁴ BOSTROM, Nick. *Superinteligência*. p. 65.

¹⁵ BOSTROM, Nick. *Superinteligência*. p. 66.

¹⁶ BOSTROM, Nick. *Superinteligência*. pp. 66-67.

¹⁷ BOSTROM, Nick. *Superinteligência*. p. 182.

pode ser evidenciado pelo fato de que as linguagens de programação não possuem a “felicidade” entre suas primitivas, logo, este termo demandará uma definição.¹⁸

E é neste ponto que há um trabalho a ser realizado de maneira conjunta entre programadores, filósofos e juristas, eis que, há a necessidade de tradução da complexidade dos objetivos humanos para que estes venham a ser operados pelas máquinas – caso isso venha a ser possível. Isso se deve não pelo fato de que os filósofos ou os juristas possuam qualquer tipo de superioridade epistemológica intrínseca a respeito da definição de quais valores seriam adequados, trata-se de apenas possuírem maior familiaridade com tais questões.

Em verdade, percebe-se que há um problema estabelecido antes mesmo da operação de eventual “tradução” dos valores para um algoritmo, a definição de quais valores devem constar e quais deverão ser promovidos, evidencia que os programadores poderão, no limite, definir os rumos da humanidade e é preferível que façam isso com o auxílio de outras áreas de conhecimento.

Dentre as hipóteses elencadas por Bostrom para tratar dessa questão, uma seria a utilização da própria inteligência da IA para que ela possa aprender os valores que nós queremos que ela possua, atendendo a um conjunto mínimo de valores.

Disso, desdobra-se ao menos dois problemas: o primeiro seria a compreensão da intenção dos comandos formulados; o segundo diz respeito ao meio de execução de determinada atividade, ou seja, trata da dimensão procedimental.¹⁹ Não seria suficiente que a máquina fosse norteadada por valores humanos, ela demandaria uma sofisticação interpretativa para compreender a finalidade, os objetivos que devem ser alcançados, assim como o caminho que deve ser trilhado na busca de tais objetivos.

Ainda que no atual estágio de desenvolvimento tecnológico as máquinas que desenvolvemos estejam pouco próximas da superinteligência,²⁰ Max Tegmark lembra da importância do alinhamento de valores em razão dos problemas que as

¹⁸ BOSTROM, Nick. *Superinteligência*. p. 337.

¹⁹ BOSTROM, Nick. *Superinteligência*. p. 355.

²⁰ “Até agora só há respostas e caminhos que reproduzem parcialmente a capacidade da inteligência humana. Objetivamente, IA será considerada como uma constelação de tecnologias – da *machine learning* para o processamento de linguagem natural, que permitem à máquina percepções, compreensões, ações e aprendizado.” (PEIXOTO, Fabiano H.; SILVA, Roberta Z. M. *Inteligência artificial e direito*. Curitiba: Alteridade, 2019. p. 20).

máquinas poderão causar no caminho até que o problema de alinhamento de valores seja resolvido,²¹ se é que ele possui uma solução. Explicam Fabiano Peixoto e Roberta Silva:

“Como fruto de programação, pode haver a projeção de elementos negativos da própria inteligência humana. Bright (2018) apresenta o contexto de um problema do funcionamento da IA pela métrica usada para a tomada de decisão refletir uma criação humana. Segundo ela, os preconceitos podem surgir muito facilmente em razão da necessidade de treinamento. Uma boa ideia sobre *human bias* pode vir da associação ao próprio conceito de *machine learning*, como um subconjunto da IA, em que algoritmos dirigidos por redes neurais complexas ensinam computadores a pensar de forma semelhante aos humanos, enquanto processam *big data* e executam cálculos com precisão, velocidade e supostamente protegidos de parcialidades (...).”²²

Percebe-se que os algoritmos de aprendizado de máquina podem acabar por reproduzir tantos problemas, assim como auxiliar nos processos decisórios e trazer soluções. Assim, evidencia-se a importância da definição de alinhamento de valores, pois, a construção das máquinas deveria se dar no sentido de que estas não venham a potencializar o racismo, discriminações, negacionismos, parcialidades e outras práticas que são combatidas pelo nosso ordenamento jurídico e que são tratadas como indesejáveis.

Cathy O’Neal alerta para os problemas derivados do uso de *big data* para a igualdade e para a democracia. Ela destaca a importância de modelos decisórios e alertar sobre como podem ser criados modelos tóxicos de armas de destruição matemática.²³ Para O’Neal, todos nós temos milhares de modelos em nossas cabeças para o exercício de uma série de atividades que guiam as nossas tomadas de decisão. Ela usa o modelo interno dela sobre como decidir aquilo que irá cozinhar para a própria família e como selecionar os dados para tomar a decisão sobre a

²¹ TEGMARK, Max. *Life 3.0: being human in the age of artificial intelligence*. New York: Vintage Books, 2017. p. 259.

²² PEIXOTO, Fabiano H.; SILVA, Roberta Z. M. *Inteligência artificial e direito*. p. 34.

²³ O’NEAL, Cathy. *Weapons of Math Destruction*. New York: Broadway Books, 2016. p. 17.

refeição. Os modelos nos permitem usar aquilo que sabemos para prever respostas em diversas situações.

Contudo, nenhum modelo pode incluir toda a complexidade e variáveis existentes no mundo da vida e, também, as nuances da própria comunicação humana. A questão é que o modelo reflete os valores daqueles que o programam, apesar de uma reputação de imparcialidade, reproduzem ideologias e objetivos e são elementos poderosos para conduzir o processo de escolhas.²⁴

Da mesma forma que nossos valores e desejos influenciam nossas escolhas, com base nos dados que coletamos para as questões que procuramos responder, as máquinas podem acabar por reproduzir, em ampla escala, tais valores. O racismo pode ser visto, por isso, como um modelo preditivo que se faz presente na mente de várias pessoas que reproduzem estes modelos preconceituosos sem uma reflexão profunda e opera como uma máquina de destruição matemática que O`Neil combate em sua obra.²⁵

Nesse âmbito, Tegmark afirma que o risco derivado da IA não está em algum elemento de maldade derivado desta, mas na sua competência,²⁶ ou seja, a superinteligência será muito boa na realização de seus objetivos e, se tais objetivos não estiverem de acordo com os valores que programamos ou que chamamos de "valores humanos", podemos estar enfrentando riscos ainda não imaginados.

Jaron Lanier ao criticar os aspectos nocivos das redes sociais aponta para uma direção similar: "O problema não é uma tecnologia específica, mas o uso da tecnologia para manipular pessoas, para concentrar poder de maneira tão insana e sinistra a ponto de se tornar uma ameaça à sobrevivência da civilização."²⁷

²⁴ O`NEAL, Cathy. *Weapons of Math Destruction*. p. 21. Ver também: WOJCIECHOWSKI, Paola B.; ROSA, Alexandre M. *Vieses da justiça: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva*. Florianópolis: EModara, 2018.

²⁵ O`NEAL, Cathy. *Weapons of Math Destruction*. p. 23.

²⁶ TEGMARK, Max. *Life 3.0*. p. 260.

²⁷ LANIER, Jaron. *Dez argumentos para você deletar agora suas redes sociais*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018. p. 56. Martin Ford faz seus questionamentos no sentido da adequação moral na acumulação de poder decorrente da tecnologia: "Beyond the basic moral question of whether a tiny elite should be able to, in effect, capture ownership of society's accumulated technological capital, there are also practical issues regarding the overall health of an economy in which income inequality becomes too extreme. Continued progress depends on a vibrant market for future innovations – and that, in turn, requires a reasonable distribution of purchasing power." (FORD, Martin. *Rise of the robots: technology and the threat of a jobless future*. New York: Basic Books, 2015. p. 81).

Para que possamos buscar a construção de uma IA que seja amigável, ou cujos objetivos estejam alinhados com os nossos precisamos fazer, de acordo com Tegmark, com que a IA entenda quais são nossos valores, que ela adote nossos valores e que ela retenha nossos valores.²⁸

Cabe aqui uma pequena lembrança no sentido da não especificidade de quais seriam estes valores ou qual seria a definição de “nossos” valores. Veja-se que o debate se volta para a questão em abstrato de valores humanos não identificando sua localização, seu período histórico ou seus fundamentos.

A lembrança aqui tem a função de expor a própria fragilidade de parte de premissas deste debate. Isso se deve ao fato de que temos grandes dificuldades na definição do próprio conceito de “nossos”, quem está dentro e quem está fora em um sentido geográfico, assim como quem está dentro e quem está fora do “humano”. Tais problematizações são importantes pois, uma eventual superinteligência desprovida de valores éticos poderia reproduzir campos de concentração e experimentos de laboratório do nazismo.

Tegmark ressalta que qualquer engenheiro, a partir do reconhecimento de tais problemas, precisa se perguntar se existem coisas que sua máquina pode fazer mas que ela não deveria e, a partir disso, considerar maneiras práticas de evitar que ela ou um usuário cause danos com a sua utilização.²⁹

Este é um questionamento que nos remete à velha questão do bisturi, em que o problema não é o artefato, mas “quem” está operando este. O novo desafio que se coloca está agora no fato de que podemos ter o auxílio para o aumento da precisão de técnicas que salvem vidas, mas, de igual sorte, pode-se aumentar sobremaneira o número de mortes.

O desafio da compreensão dos valores pelas máquinas se coloca não apenas no sentido de que elas entendam não apenas aquilo que as pessoas fazem, mas as suas motivações. Dois exemplos podem auxiliar a evidenciar a complexidade da questão.

Imagine-se uma ordem para que um carro que se dirige de maneira automática leve o seu passageiro a determinada destinação da maneira “mais rápida

²⁸ TEGMARK, Max. *Life 3.0*. p. 260.

²⁹ TEGMARK, Max. *Life 3.0*. p. 275.

possível". Quais são as dificuldades mais elementares na situação? Estaria na eventualidade de a inteligência artificial que dirige o carro interpretar literalmente o comando e acelerar o carro em sua máxima velocidade desconsiderando as normas de trânsito. Ele terá atingido seu objetivo, porém, além de causar uma série de acidentes poderá até mesmo matar o passageiro durante o trajeto.

Aquilo que resta implícito para qualquer pessoa, porém, no atual estágio de desenvolvimento da tecnologia, demandaria várias linhas de programação no sentido da observância das normas de trânsito, a preservação da própria estrutura do carro, da vida das pessoas fora do carro e do passageiro que está sendo transportado. Aquilo que não precisa ser dito, ou seja, está acordado de forma implícita para qualquer motorista humano é que ele deve conduzir seus passageiros e a si mesmo dentro da lei (ainda que nem sempre o faça) e que deve buscar preservar a todos envolvidos no trânsito, seguindo princípios abertos para a interpretação como o de direção defensiva. Basta considerar que alguém que dirige uma ambulância não observa as normas de trânsito padrão para salvar vidas em perigo.

O segundo exemplo seria o conhecido caso do Rei Midas que transformava tudo aquilo que tocava em ouro, mas se viu profundamente frustrado ao perceber que não poderia comer e que havia transformado sua filha em ouro.³⁰ As consequências derivadas da aquisição de um poder precisam sempre ser calculadas, se possível, antecipadamente. Midas queria ficar rico, não queria perder a sua vida. Uma inteligência artificial que fosse ótima em produzir determinado produto poderia eventualmente comprometer a vida na Terra a depender do seu grau de excelência em executar esta tarefa e transformar tudo que estivesse ao seu alcance no resultado para o qual havia sido programada.

O desafio da adoção de valores é também apresentado como "aprendizagem reforçada inversa",³¹ é ilustrada pelo caso de uma inteligência artificial que observa uma bombeira salvar uma criança de um prédio que está pegando fogo. Diversas inferências podem ser realizadas pela máquina a respeito de quais eram os objetivos por parte da bombeira, tais como: ela entrou no prédio em chamas pois estava com

³⁰ TEGMARK, Max. *Life 3.0*. pp. 260-261.

³¹ TEGMARK, Max. *Life 3.0*. p. 261.

frio ou, ela estava fazendo algum tipo de exercício, nada daquilo que, de maneira quase automática nos surge na mente quando imaginamos alguém salvando uma criança de um incêndio, que é o valor do altruísmo, arriscar a própria vida para salvar a de outros.

De certa maneira, Isaac Asimov ao estabelecer as três leis da robótica estava também colocando uma série de valores implícitos e meios de correção, ainda que reconhecidos pelo próprio autor como possivelmente contraditórias em situações inesperadas. A terceira lei, que trata da autopreservação do robô, que pode ser superada se conflitar com a primeira, que trata da preservação de seres humanos, habilitaria o robô a ser um bombeiro ou alguém que poderia sacrificar sua própria existência para salvar a das pessoas.

Faz-se importante perceber que, se o caminho para a educação de crianças já possui sua complexidade, e não é menos difícil e permeado por uma série de valores morais e princípios jurídicos, como a doutrina da proteção integral e o princípio do melhor interesse da criança, não será diferente de uma eventual educação e da construção dos valores morais para máquinas.

Aqui o problema de alinhamento de valores fica bastante nítido e a necessidade do debate a respeito da definição dos valores que serão adotados pelas máquinas se faz presente. Assim como as crianças que, com o passar do tempo, passam a estabelecer os seus próprios gostos e desenvolver a sua autonomia e manifestar sua personalidade, não se vê razão para que máquinas sonhadas por Turing possam também passar a estabelecer suas preferências e passem a desafiar os padrões morais que lhes foi legado como herança.

Na seara jurídica, o terceiro desafio, que trata da retenção de valores, nos remete a modelos de constituições rígidas e cláusulas pétreas. Como manter um conjunto de normas ao longo de gerações? Uma das melhores respostas para tal questão foi apresentada por Stephen Holmes em seu debate com Jon Elster a respeito da metáfora de Ulisses acorrentado apresentada por Elster.³²

³² Ver: HOLMES, S. *Passions and constraint: on the theory of liberal democracy*. Chicago: University of Chicago Press, 1995. ELSTER, Jon. *Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*. São Paulo: Unesp, 2009. LORENZETTO, Bruno Meneses. *Os caminhos do constitucionalismo para a democracia*. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

Não basta agrilhoar as gerações passadas com os valores daqueles que hoje habitam os túmulos, tais valores precisam fazer sentido para as gerações presentes e, a criação de uma nova Constituição, a partir do zero, é uma tarefa bastante trabalhosa para ser realizada a cada vinte anos. Ademais as gerações novas não são totalmente desvinculadas do passado e nem totalmente presas a este, isso se reflete na constatação de que, invariavelmente, as Constituições serão objeto de uma reconstrução interpretativa ao longo dos anos.

Mas qual o motivo da preocupação com a retenção de valores? Isso se deve ao fato de que, se formos capazes de programar as máquinas para que estas sejam amigáveis desde os seus primórdios, elas não irão trair seus criadores e irão seguir nossos objetivos. Com isso, todos problemas acabariam, pois as máquinas seriam amigáveis "para sempre".

Além da extrema indeterminação do que viria a ser uma IA "amigável", pois, novamente, nos falta a determinação consensual a respeito deste valor para que possamos traduzi-lo para as máquinas, na eventualidade do desenvolvimento do aprendizado de máquina de nível humano, qual deveria ser o resultado esperado, será que não estamos a esperar uma resposta antropomórfica de uma máquina?³³

A resposta para a questão apresenta dois caminhos. O primeiro trata justamente dos valores centrais da configuração da máquina, eis que, se no processo decisório for considerado apenas o modelo de um potencial "macho-alfa" que procura recursos e a autopreservação, ignorando outras tantas configurações possíveis, teremos uma IA que manteve os valores humanos, mas que, nas estratégias que venha a adotar para sua implementação, se torna limitada pois fica adstrita aos valores iniciais, ou seja, "agrilhoadas".

O segundo caminho parece ser mais interessante, eis que ele considera a tensão entre mudanças e permanências que constituem a nossa sociedade. Há uma série de valores que são preservados em sua estrutura, mas que são reinterpretados com o passar do tempo. A consideração dos aspectos intergeracionais pode servir de auxílio. Da mesma maneira que crianças mudam de interesses ao longo de seu desenvolvimento, também é de se esperar que, alcançados os desenvolvimentos

³³ TEGMARK, Max. *Life 3.0*. p. 365.

tecnológicos em debate, as máquinas pensantes criem suas próprias preferências e assim, elas estariam "libertas" para inclusive definirem sua reconfiguração.

Veja-se como acabamos, invariavelmente, presos aos modelos antropomórficos, mas, ao menos, no segundo caminho resta a abertura para aquilo que poderia ser imaginada como uma "cultura" das máquinas. Assim como não ficamos presos apenas aos nossos instintos básicos de sobrevivência, ainda que estes cumpram um papel estruturante de nossas subjetividades, com a "cultura" e a "civilização" as pessoas se libertaram da pura condição animal para o desenvolvimento de outras habilidades e artefatos, dentre eles, as tecnologias.

Talvez, o futuro nos reserve um lugar de pouca relevância em nossa relação com as máquinas, algo como a nossa atual relação com as formigas, que podem ser reconhecidas como importantes para o ecossistema, mas não são dotadas de uma dignidade intrínseca ao ponto de se configurar um crime alguém pisar em uma delas.³⁴ A superação da programação originária e a explosão da singularidade ou da superinteligência talvez nos conduza à condição de seres de menor importância que merecem ser preservados como pequenos antepassados.

Em um campo menos especulativo, podemos observar o aprendizado por máquinas como uma estrutura interessante da prática presente de tais questões. No aprendizado por máquina são observados geralmente dois passos: primeiro um algoritmo é programado com base nos dados conhecidos; na sequência este é liberto para resolver problemas análogos com as novas informações que se apresentam.³⁵

Uma forma disseminada de aprendizado de máquina está nos e-mails, mais especificamente, nos filtros de spam. O algoritmo se torna "inteligente" com o passar do tempo ao processar os dados, ou seja, ao classificar os e-mails que são considerados como spam e os que não são. Para programar o filtro de spam não se utiliza nem a definição conceitual de um "spam" nem mesmo aquilo que sabemos ser uma propaganda indesejada que ingressa em nossas caixas, o algoritmo aprende com o passar do tempo a diferenciar aquilo que é um e-mail adequado e aquilo que

³⁴ Ignora-se a existência de eventual culto religioso que coloque as formigas em patamar sagrado no qual elas não possam ser mortas.

³⁵ FORD, Martin. *Rise of the robots*. p. 89.

é lixo, ainda que nem sempre acerte e encaminhe para a caixa de spam e-mails que gostaríamos que estivessem na caixa de entrada.

O filtro de spam não é perfeito e pode ser burlado. Mas a questão aqui está na capacidade do sistema reconhecer uma boa regra e ser capaz de identificar parâmetros de adequação da informação que está sendo processada, a isso se denomina regulação algorítmica.³⁶

O ponto de partida para a programação do filtro de spam parte da premissa de que spam é algo indesejável, e se faz possível verificar se o algoritmo está agindo de maneira adequada ao analisarmos o grau de precisão deste na identificação dos e-mails legítimos como spam, ou seja, na proporção de acerto e errado do filtro. Evgeny Morozov relata que os bancos usam sistema semelhantes para detectar fraudes realizadas com cartões de crédito e propõe que a regulação algorítmica poderia aprimorar a administração das leis já existentes,³⁷ entendimento com o qual concordamos e entendemos como um caminho promissor para auxiliar na definição do problema de alinhamento de valor.

Distante da solução definitiva em face da já explicitada complexidade dos desafios apresentados, Stuart Russell, Daniel Dewey e Max Tegmark apresentaram algumas trilhas importantes no debate a respeito da IA robusta, em razão do desenvolvimento de um número cada vez maior de tecnologias autônomas.³⁸

As propostas tratam da verificação, da validação, da segurança e do controle e uma das premissas para a definição de tais parâmetros está na confiança que as pessoas precisam ter nas máquinas autônomas, sob pena de rejeição das mesmas pela sociedade. A verificação busca provar que um sistema é capaz de satisfazer certas propriedades formais desejadas, e permite verificar se o sistema é adequado. A validade trata de assegurar que um sistema que preencher os requisitos formais não venha a adotar um comportamento indesejado, e permite verificar se o sistema foi construído de maneira adequada. A segurança abrange a prevenção da manipulação intencional por pessoas não autorizadas. O controle permite habilitar o

³⁶ MOROZOV, Evgeny. *Big Tech: a ascensão dos dados e a morte da política*. São Paulo: Ubu, 2018. p. 85.

³⁷ MOROZOV, Evgeny. *Big Tech*. pp. 85-86.

³⁸ RUSSELL, Stuart; DEWEY, Daniel; TEGMARK, Max. Research priorities for robust and beneficial artificial intelligence. *AI Magazine*. 36, n. 4, 2015. p. 107.

controle humano significativo sobre um sistema de IA antes que este comece a operar, e permite corrigir eventuais falhas no sistema.³⁹

O debate sobre o alinhamento de valores deve prosseguir. A importância do *input* que pode ser dado pelos juristas é fundamental. Enquanto os codificadores irão se debruçar sobre os meios de implementar os valores nas máquinas, cabe aos filósofos, aos juristas e a quem mais queria participar do debate, a apresentação de argumentos para a definição de quais valores devem ser buscados, como poderão ser procedimentalizados e se haveria qualquer meio de os mesmos serem mantidos por gerações futuras das máquinas.

Referências bibliográficas

BOSTROM, Nick. *Superinteligência: caminhos, perigos e estratégias*. Rio de Janeiro: DarkSide Books, 2018.

COPELAND, Jack. Artificial Intelligence. In: COPELAND, Jack. *The essential Turing*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

ELSTER, Jon. *Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*. São Paulo: Unesp, 2009.

FORD, Martin. *Rise of the robots: technology and the threat of a jobless future*. New York: Basic Books, 2015.

HOLMES, S. *Passions and constraint: on the theory of liberal democracy*. Chicago: University of Chicago Press, 1995.

GANDY, Robin. Human versus mechanical intelligence. In: MILLICAN, P.; CLARK, A. *Machines and thought: the legacy of Alan Turing*. Oxford: Clarendon Press, 1996.

KURZWIEL, Ray. *A singularidade está próxima: quando os humanos transcendem a biologia*. São Paulo: Itaú Cultural: Iluminuras, 2018.

LANIER, Jaron. *Dez argumentos para você deletar agora suas redes sociais*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018.

.LORENZETTO, Bruno Meneses. *Os caminhos do constitucionalismo para a democracia*. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

³⁹ RUSSELL, Stuart; DEWEY, Daniel; TEGMARK, Max. Research priorities for robust and beneficial artificial intelligence. pp. 107-108.

MCEWAN, Ian. *Máquinas como eu: e gente como vocês*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

MOROZOV, Evgeny. *Big Tech: a ascensão dos dados e a morte da política*. São Paulo: Ubu, 2018.

O'NEAL, Cathy. *Weapons of Math Destruction*. New York: Broadway Books, 2016.

PEIXOTO, Fabiano H.; SILVA, Roberta Z. M. *Inteligência artificial e direito*. Curitiba: Alteridade, 2019.

RUSSELL, Stuart; DEWEY, Daniel; TEGMARK, Max. Research priorities for robust and beneficial artificial intelligence. *AI Magazine*. 36, n. 4, 2015.

TAYLOR, Richard. *Scientific Memoirs: selected from the transactions of foreign academies of science and learned societies and from foreign journals*. London: Richard and John Taylor, 1843.

TEGMARK, Max. *Life 3.0: being human in the age of artificial intelligence*. New York: Vintage Books, 2017.

TURING, Alan. Can automatic calculating machines be said to think?. In: COPELAND, Jack. *The essential Turing*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

TURING, Alan. Computing machinery and intelligence. In: COPELAND, Jack. *The essential Turing*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

WOJCIECHOWSKI, Paola B.; ROSA, Alexandre M. *Vieses da justiça: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva*. Florianópolis: EModara, 2018.

DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS MIGRANTES

9. LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS EN AMÉRICA DEL NORTE¹



<https://doi.org/10.36592/9786587424941-09>

José Ma. Serna de la Garza²

I Introducción

La defensa de los derechos de los trabajadores migratorios en Canadá, México y los EUA está determinada en gran parte por el hecho de que estos países se encuentran inmersos en un conjunto de regímenes normativos globales y regionales que incluyen instrumentos de derecho “duro” y derecho “blando”. Los tres países interactúan con esos regímenes de diferentes maneras y con diferentes niveles de intensidad. En el presente ensayo me propongo examinar dos regímenes internacionales que influyen la manera en que los derechos de los trabajadores migratorios son protegidos en América del Norte: el Sistema universal de derechos humanos (II); y el sistema interamericano de derechos humanos (III) Concluiré mi ensayo con algunas reflexiones sobre la protección de los trabajadores migratorios en América del Norte, en el contexto de la llamada gobernanza global.³

III El Sistema Universal para la protección de los derechos de los trabajadores migratorios

En la presente sección examinaré los instrumentos e instituciones del Sistema universal que han establecido principios, reglas y lineamientos en relación con los derechos de los trabajadores migratorios.

¹ El presente ensayo es una versión resumida, traducida al español y actualizada de mi trabajo: Serna de la Garza, José Ma., “Global Governance and the Protection of Migrant Workers’ Rights in North America: In Search of a Theoretical Framework, en Bada, Xóchitl and Gleeson, Shannon, *Accountability Across Borders, Migrant Rights in North America*, University of Texas Press, 2019.

² Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

³ Alexander Betts ha empleado el enfoque de la gobernanza global para examinar los regímenes normativos internacionales relativos a los refugiados. Ver Betts, Alexander, *Survival Migration, Failed Governance and the Crisis of Displacement*, Cornell University Press, Ithaca, 2013.

1 Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas e Informes del Secretario General

Un buen número de Resoluciones de la Asamblea General de la ONU y de Informes del Secretario General de ese organismo se refieren a los derechos de los trabajadores migratorios. Como ejemplos podemos mencionar: Resolución A/RES/69/167 sobre la protección de migrantes⁴ y el Informe A/70/259;⁵ Resolución A/RES/64/139 sobre la violencia contra las trabajadoras migratorias⁶ y el Informe A/66/212;⁷ Resolución A/RES/66/128 sobre violencia contra las trabajadoras migratorias⁸ y el Informe A/68/178;⁹ Resolución A/RES/68/179 sobre la protección de los migrantes¹⁰ y el Informe A/69/277;¹¹ Resoluciones A/RES/67/219¹² and A/RES/65/170¹³ sobre migración internacional y desarrollo y el A/68/190;¹⁴ Resolución A/RES/63/225 sobre migración internacional y desarrollo¹⁵ y el Informe A/65/203;¹⁶ y la Resolución 67/172 sobre la protección de migrantes¹⁷ y el Informe A/68/292.¹⁸ Además, las resoluciones de la Asamblea General también pueden requerir informes de Relatores Especiales. Un ejemplo de ellos es el Informe A/69/302 sobre los derechos humanos de los migrantes,¹⁹ elaborado de acuerdo a la ya citada Resolución de la Asamblea General de la A/RES/68/179.

⁴ Adoptada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 2014.

⁵ Su título en inglés: "Promotion and protection of human rights, including ways and means to promote the human rights of migrants." Fechado el 3 de Agosto de 2015.

⁶ Adoptada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 2009.

⁷ Sobre "Violencia contra las trabajadoras migratorias". Fechado el 29 de julio de 2011.

⁸ Adoptada por la Asamblea General el 19 de diciembre de 2011.

⁹ Sobre "Violencia contra las trabajadoras migratorias". Entre otros temas se enfoca en temas relativos a acceso a la justicia. Fechado el 23 de julio de 2013.

¹⁰ Adoptada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 2013.

¹¹ Fechado el 7 de Agosto de 2014. Su título en inglés: "Promotion and protection of human rights, including ways and means to promote the human rights of migrants".

¹² Adoptada por la Asamblea General el 21 de diciembre de 2012.

¹³ Adoptada por la Asamblea General el 20 de diciembre de 2010.

¹⁴ Fechado el 25 de julio de 2013.

¹⁵ Adoptada por la Asamblea General el 19 de diciembre de 2008.

¹⁶ Fechado el 2 de Agosto de 2010.

¹⁷ Adoptada por la Asamblea General el 20 de diciembre de 2012.

¹⁸ Fechado el 9 de Agosto de 2013. Este informe considera los componentes de un enfoque de derechos humanos respecto de los migrantes y el fenómeno de la migración. Analiza cómo es que una perspectiva de derechos humanos puede mejorar el diseño e implementación de políticas públicas para atender el tema de la migración.

¹⁹ Fechado el 11 de Agosto de 2014.

La Resolución A/RES/ 69/167 es muy relevante para los propósitos del presente ensayo, porque se refiere no solamente a los derechos de los migrantes en general, sino también a los derechos de los trabajadores migratorios en particular. Dicha Resolución:

“k) Solicita a todos los Estados que, de conformidad con la legislación nacional y los instrumentos jurídicos internacionales aplicables en que son partes, hagan cumplir de manera efectiva la legislación laboral, en particular que actúen cuando se infrinja dicha legislación con respecto a las relaciones laborales y condiciones de trabajo de los trabajadores migratorios, como las relativas a su remuneración y las condiciones de salud y seguridad en el trabajo, así como al derecho a la libertad de asociación;”

Y además:

“m) Alienta a todos los Estados a que eliminen los obstáculos ilegales existentes que puedan impedir la transferencia segura, transparente, sin restricciones y rápida de las remesas, los ingresos, los bienes y las pensiones de los migrantes a sus países de origen o a cualquier otro país, de conformidad con la legislación y los acuerdos aplicables, y a que consideren, cuando proceda, medidas para resolver otros problemas que puedan obstaculizar dichas transferencias”.²⁰

Vale la pena mencionar también que además de las resoluciones relacionadas directamente con los derechos de los trabajadores migratorios, la Asamblea General de la ONU ha aprobado otras resoluciones que benefician a los trabajadores migratorios, y que se refieren, por ejemplo al derecho a la salud y a la educación, como es el caso de las resoluciones A/RES/34/58,²¹ A/67/L.36,²² y A/RES/56/116.²³

La eficacia de las resoluciones de la Asamblea General de la ONU varía de acuerdo a varios factores;²⁴ sin embargo, independientemente de sus efectos

²⁰ Parágrafo 4, incisos (k) y (m).

²¹ Fechada el 29 November 1979. Su título en inglés: “Health as an integral part of development.”

²² Fechada el 6 de diciembre de 2012. Su título en inglés: “Global Health and foreign policy”. Reconoce la responsabilidad de los gobiernos en realizar esfuerzos para acelerar la transición al acceso universal a servicio de salud de calidad.

²³ Fechada el 18 de junio de 2002. Proclamó el inicio de un período de 10 años como la “Década de las Naciones Unidas para la alfabetización”.

²⁴ Factores como: el momento en que la resolución ha sido adoptada, los temas fundamentales en sobre los que versa la resolución, la manera en que se da el voto en favor de la resolución, y el lenguaje de la resolución. Ver Lande, Gabriella Rosner, ‘The Changing Effectiveness of General Assembly

jurídicos, pueden tener un impacto simbólico y/o político: simbólico, porque representan la opinión de la comunidad de Estados y por tanto pueden provocar la condena internacional (shame) contra aquellos Estados que no cumplen con sus principios; y política, porque generan legitimidad en las disputas de poder de carácter internacional.²⁵

2 La Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Consejo de Derechos Humanos de la ONU

Existen tres procedimientos de supervisión del Consejo de Derechos Humanos de la ONU (CDH):²⁶ la Revisión Periódica Universal, los Procedimientos Especiales y el el Procedimiento de Denuncia. En este ensayo nos referiremos a los primeros dos, porque el tercero no ha sido empleado en relación con los derechos de los trabajadores migratorios.

A Revisión Periódica Universal

Este procedimiento implica revisar la situación de los derechos humanos en cada país miembro y es de carácter cooperativo, como lo indica la Resolución de la Asamblea General de la ONU 60/251 de 15 de marzo de 2006. Los Estados miembro consienten en abrirse al escrutinio de la comunidad internacional, bajo los auspicios del CDH.

Algunas de las conclusiones de la Revisión Periódica Universal que se refieren a Canadá, México y los EUA tratan el tema de los migrantes en general, y otras se refieren a los trabajadores migratorios en particular. Por ejemplo, el Informe de 2013 recomendó a Canadá considerar ratificar la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y miembros de sus

Resolutions', *Proceedings of the American Society of International Law at its Annual Meeting (1921-1969)*, 1964, vol. 58, pp. 162-166.

²⁵ Ver Claude, Inis L., 'Collective Legitimization as a Political Function of the United Nations', *International Organization*, 1966, vol. 20, no.3, pp.367-379.

²⁶ El Consejo de Derechos Humanos de la ONU está formado por representantes de 47 Estados miembro, designados por la Asamblea General de la ONU.

familias, y también promover y proteger a los migrantes, particularmente a los indocumentados e irregulares. En cuanto a México, el Informe de 2009 recomendó asegurar la plena eficacia de los derechos de los migrantes dentro de su territorio, mediante la aprobación de legislación adecuada y la capacitación de los servidores públicos que tartan con migrantes; y sugirió dar prioridad a las recomendaciones hechas por el Relator Especial sobre derechos humanos de los migrantes.²⁷ Y respecto de EUA, en el Informe de 2011 se concluyó que debería considerar la ratificación sin reservas de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y los miembros de sus familias, así como evitar medidas represeivas respect de la comunidad migrante que violen sus derechos al aplicar estereotipos o caracterización raciales o la criminalización de la inmigración indocumentada.²⁸

B Los Procedimientos Especiales del CDH

Estos procedimientos implican que el CDH designe a un experto independiente en materia de derechos humanos, quien recibe el mandato de informar y dar recomendaciones respecto de un país o tema específicos. En 1999 la Comisión de Derechos Humanos designó a un Relator Especial sobre el tema de los derechos humanos de migrantes (Resolución E/CN.4/RES/1999/44); y más recientemente, el CDH aprobó la Resolución A/HRC/RES/26/19, por la cual otorgó al Relator Especial sobre migrantes responsabilidades adicionales.

En sus informes, la Relatora Especial sobre migrantes ha tratado los siguientes temas: la sistuación de las trabajadoras migratorias y la violencia contra ellas; menores no acompañados y migración irregular (E/CN.4/2002/94); la aprivación de la libertad en el context del manejo de la migración (E/CN.4/2003/85); los derechos humanos de los trabajadores domésticos migrantes (E/CN.4/2004/76); y racismo y discriminación contra los migrantes (E/CN.4/2005/85). En relación con

²⁷ Human Rights Council, Eleventh session, Universal Periodic Review, Report of the Working Group on the Universal Periodic Review, Mexico A/HRC/11/27 29 Mayo 2009, pp. 20-27.

²⁸ Human Rights Council, Sixteenth session, Universal Periodic Review, Report of the Working Group on the Universal Periodic Review, United States of America A/HRC/16/11, 4 de enero 2011, pp. 13-27.

el tema de los derechos de los migrantes y la frontera entre México y EUA, el informe E/CN.4/2003/85/Add.3²⁹ trata el tema de violaciones de los derechos humanos de los migrantes y el uso de violencia física y psicológica contra ellos, y hace una serie de recomendaciones para resolver esa situación.³⁰

3 Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y el Comité de Derechos Humanos

El Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (PIDCP del 16 de diciembre de 1966) es un tratado internacional multilateral clave que provee una serie de protecciones a los derechos civiles y políticos. El órgano que supervisa su implementación es el Comité de Derechos Humanos, integrado por expertos independientes que verifican el cumplimiento del referido instrumento por parte de los Estados que lo han firmado. Este Comité tiene facultades para emitir "Comentarios Generales" en relación con la interpretación de los derechos humanos contenidos en el PIDCP o sobre los métodos empleados para protegerlos.

Hasta ahora no ha habido un "Comentario General" que se refiera específicamente los trabajadores migratorios, pero algunos se refieren a ellos de manera indirecta, como es el caso del Comentario General No. 15, sobre "La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto (27o período de sesiones, 1986).

4 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDSEC) de 16 de diciembre de 1966, es el más importante tratado internacional multilateral que establece reconocimiento y protección a una amplia gama de

²⁹ Hay otro informe sobre la situación de los migrantes en México: E/CN.4/2003/85/Add.2E/CN.4/2003/85/Add.2, del 30 de octubre de 2002, "Specific Groups and Individuals: Migrant Workers", Informe elaborado por Gabriela Rodríguez Pizarro, Relatora Especial, de conformidad con la resolución 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos.

³⁰ E/CN.4/2003/85/Add.3, 30 October 2002, Specific Groups and Individuals: Migrant Workers, Report elaborado por Gabriela Rodríguez Pizarro, Relatora Especial, de conformidad con la resolución 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos, pp. 17-18.

derechos implicados en su título. El órgano que supervisa la implementación de este instrumento es el Comité de Derechos Económicos, Sociales, y Culturales, que también puede emitir "Comentarios Generales".

Un documento que es especialmente relevante para el presente ensayo sobre derechos de los migrantes es el Comentario General No. 23 (2016)), el cual trata sobre las condiciones de trabajo Justas y favorable y desarrolla una interpretación del artículo 7 de la PIDESC.³¹ Otros comentarios generales importantes son: el Comentario General No. 19 (2008) sobre el derecho a la seguridad social;³² y el Comentario General No. 14 (2000) sobre el derecho al disfrute del nivel más alto de salud).³³

5 Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares

*La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares entró en vigor el 1 de julio de 2003 (CIPDTMF). Para el 20 de Agosto de 2019, 55 Estados la habían ratificado. Este instrumento es un tratado internacional de alcance muy amplio, que se enfoca en la protección de los derechos de los trabajadores migratorios, y enfatiza el vínculo entre migración y derechos humanos.*³⁴ Asimismo, tiene el objetivo de establecer estándares mínimos para los trabajadores migratorios y los miembros de sus familias, independientemente de su estatus migratorio. En su preámbulo se reafirma la razón detrás del reconocimiento de los derechos de los trabajadores indocumentados, haciéndose notar cómo es que los trabajadores irregulares son frecuentemente explotados y enfrentan serias violaciones de derechos humanos. También enfatiza el hecho que acciones apropiadas deberían ser tomadas para

³¹ Referencias específicas a los trabajadores migratorios pueden encontrarse en el párrafo 47, incisos (e) y (f) del Comentario General No. 23 (2016).

³² Comentario General No. 19, El derecho a la seguridad social; (art. 9), Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Trigésimo novena session, 5-23 de noviembre de 2007. E/C.12/GC/19 (4 de febrero de 2008).

³³ Comentario General No. 14 (2000), El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional), E/C.12/2000/4, 11 de Agosto de 2000.

³⁴ Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, The International Convention on Migrant Workers and its Committee, Fact Sheet No. 24 (Rev.1), United Nations, New York and Geneva, 2005, p. 1.

prevenir y eliminar movimientos clandestinos y el tráfico de trabajadores migratorios (al mismo tiempo que insta a asegurar los derechos humanos de dichos trabajadores).³⁵

El Comité de Protección de los todos trabajadores migratorios y de sus familiares es el órgano compuesto por expertos independientes encargado de monitorear la implementación de la convención por parte de los Estados que la han ratificado. Se requiere que los Estados parte emitan informes con regularidad al Comité sobre cómo es que los derechos contenidos en la convención se implementan en sus países. Además, el Comité está facultado para elaborar observaciones con recomendaciones y expresiones de preocupación dirigidas a los Estados parte.

Canadá y los EUA no son parte de esta Convención. México sí lo es, habiendo ratificado el referido instrumento el 8 de marzo de 1999. En su último informe sobre México, el Comité resaltó los aspectos positivos de las políticas mexicanas hacia los trabajadores migratorios (sobre todo se refiere a cambios normativos), pero también hizo notar varios problemas en la sección "Principales motivos de preocupación, sugerencias y recomendaciones", relativos a la corrupción de agentes estatales en el trato a migrantes, abusos de poder e incluso daño físico amenazas e intimidación (CMW/C/MEX/CO/3 de 13 de septiembre de 2017).

5 Régimen normativo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

La OIT es una agencia especializada de la ONU, creada en 1919 como parte del Tratado de Versalles. En su seno, reúne a gobiernos y representantes de empleadores y trabajadores de 187 países, con el fin de definir principios fundamentales relacionados con los derechos de los trabajadores y estándares laborales internacionales. Estos estándares se establecen en docenas de instrumentos internacionales elaborados por la OIT y ratificados por muchos Estados.³⁶ Sin embargo, para los propósitos del presente ensayo, me enfocaré en dos

³⁵ Ibid., p. 4.

³⁶ Los trabajadores migratorios también se encuentran cubiertos por otros instrumentos de la OIT, referidos a los derechos laborales en el trabajo, al empleo, la inspección laboral, seguridad social, salario, seguridad y salud en el trabajo, así como los relativos a sectores específicos que

convenciones que son de particular relevancia para los trabajadores migratorios: el Convenio sobre los Trabajadores migratorios (revisado,) de 1949 (No. 97), que establece el principio de trato no menos favorable a los trabajadores migratorios en relación con el trato a los trabajadores nacionales en temas laborales; y el Convenio sobre los Trabajadores migratorios (Disposiciones Complementarias) de 1975,³⁷ el cual establece, entre otras cosas, el deber de los Estados miembro de adoptar todas las medidas necesarias y convenientes, tanto en el ámbito de su propia jurisdicción como en colaboración con otros Miembros: (a) para suprimir las migraciones clandestinas con fines de empleo y el empleo ilegal de migrantes; (b) contra los organizadores de movimientos ilegales o clandestinos de migrantes con fines de empleo, que procedan de su territorio, se dirijan a él o transiten por el mismo, y contra los que empleen a trabajadores que hayan inmigrado en condiciones ilegales, a fin de evitar y suprimir los abusos a que se refiere el artículo 2 del referido Convenio.³⁸

Los mecanismos de supervisión de la OIT operan sobre la base de la ratificación. En otras palabras, no son obligatorios para los Estados que no han ratificado el convenio correspondiente. Sin embargo, el 18 de junio de 1998, la esta agencia adoptó la "Declaración de la OIT sobre Principios y Derechos y Principios Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento", en Ginebra. Esta declaración contiene 2 innovaciones importantes: primero, reconoció que los miembros de la OIT, incluso si no han ratificado "los convenios que han sido reconocidos como fundamentales dentro y fuera de la Organización", tienen de todas maneras el deber de:

tradicionalmente emplean a gran número de trabajadores migratorios, como la agricultura, la industria de la construcción, trabajo en hoteles y en restaurant. De particular importancia son el Convenio relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicalización 1948 (No. 87) y el Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva 1949 (No. 98). El primero ha sido ratificado por Canadá y por México, pero no por EUA. El segundo no ha sido ratificado por ninguno de los tres Estados.

³⁷ Hasta enero de 2017 el Convenio sobre los trabajadores migratorios (Revisado) 1949 (No. 97) había sido reafirmado por 49 Estados; y el had been ratified by forty-nine states; y el Convenio sobre trabajadores migratorios (Disposiciones complementarias), 1975 (No. 143), por 23 Estados. Ninguno de estos instrumentos ha sido ratificado por Canadá, México ni EUA.

³⁸ Otros instrumentos internacionales de importancia directa para los migrantes son los llamados Protocolos de Palermo, que piden a los Estados criminalizar actos de tráfico de trabajadores, y establecen un marco para la cooperación internacional. Estos protocolos han sido ratificados por Canadá, México y EUA.

“respetar, promover y hacer realidad de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir:

- (a) a libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;
- (b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;
- (c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y
- (d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.”³⁹

En segundo lugar, para alcanzar este objetivo, estableció un procedimiento por el cual los Estados que no han ratificado los referidos convenios, serán requeridos para producir informes sobre el progreso realizado en la implementación de los principios consagrados en dichos instrumentos.

Por otra parte, la OIT también produce “derecho blando”, esto es, estándares que no son obligatorios para los Estados que establecen orientaciones y lineamientos para proteger los derechos de los trabajadores migratorios. Como ejemplo de estos instrumentos, podemos mencionar el “Marco Multilateral de la OIT para las Migraciones Laborales”.⁴⁰ Este instrumento, después de dar lineamientos sobre los medios por los que los Estados, los empleadores y las organizaciones de trabajadores debieran cooperar internacionalmente para promover una migración ordenada para efectos de empleo, la OIT orienta sobre formas de proteger a los trabajadores migratorios (mismas que por razones de espacio no explicamos en el presente ensayo).

Finalmente, debemos mencionar dos procedimientos de supervisión adicionales que existen en el marco de la OIT: el Comité sobre Libertad Sindical, creado en 1951 con el propósito de examinar los alegatos sobre violaciones a los

³⁹ Los derechos fundamentales protegidos por esta declaración son la libertad de asociación y el derecho a la negociación colectiva; la eliminación de toda forma de trabajo forzado; la abolición efectiva del trabajo infantil; y la eliminación de discriminación en relación al trabajo y el empleo.

⁴⁰ ILO Multilateral Framework on Labor Migration, Non-binding principles and guidelines for a rights-based approach to labor migration, International Labor Office, Geneva, International Labor Organization, 2006.

derechos de organización de trabajadores y empleadores (aún cuando el Estado involucrado no haya ratificado los convenios sobre este tema).⁴¹

Este Comité es relevante para el presente ensayo, porque en 2003 produjo un informe en relación con el caso conocido como *Hoffman Plastic Compounds v. National Labor Relations Board*. En este fallo emitido en marzo de 2002, la Corte Suprema de EUA dispuso que un trabajador «indocumentado», debido a su situación de inmigrante irregular, no tenía derecho al pago retroactivo de los salarios pendientes a partir del momento en que fue despedido ilegalmente por ejercer derechos protegidos por la Ley Nacional de Relaciones de Trabajo (NLRA, acrónimo inglés de National Labor Relations Act).

Los querellantes en este caso, la *American Federation of Labor and the Congress of Industrial Organizations*, (AFL-CIO), y la Confederación de Trabajadores de México (CTM) alegaron que con la decisión de la Corte Suprema de los EUA en el caso *Hoffman Plastic Compounds v. National Labor Relations Board*, millones de trabajadores en los EUA habían perdido la única protección que tenían para ejercer los derechos en materia de libertad de asociación, de sindicación y de negociación colectiva. Cabe señalar que con su fallo, dicha Corte anuló una decisión adoptada por la Junta Nacional de Relaciones del Trabajo (NLRB, acrónimo inglés de National Labor Relations Board) y por un tribunal federal de apelación, que habían acordado el pago retroactivo a este trabajador. La decisión *Hoffman* y el hecho de que ni el Gobierno de los Estados Unidos ni el Congreso de este país hubiesen promulgado aún disposiciones legislativas que corrijan tal situación de discriminación constituía para los querellantes una infracción evidente por los EUA de sus obligaciones en virtud de los Convenios núms. 87 y 98 de la OIT, así como de sus obligaciones de conformidad con la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, de 1998. Desde el punto de vista de los derechos humanos y de los derechos laborales, la condición jurídica del trabajador inmigrante

⁴¹ Las querellas contra los Estados se pueden presentar por organizaciones de empleadores o de trabajadores. El Comité está compuesto por un secretario y tres representantes, uno de los gobiernos, otro de los empleadores y otro de los trabajadores. Si después de establecer los hechos en diálogo con el gobierno, el Comité concluye que hubo una violación a los estándares y principios relativos a la libertad de asociación, emite un informe y hace recomendaciones al Estado en cuestión. Asimismo, se pide a los Estados que emitan informes sobre la implementación de las recomendaciones.

no menoscaba ni condiciona su condición de trabajador titular de derechos fundamentales.

Los antecedentes de este caso se refieren al conflicto entre la empresa *Hoffman Plastic Compounds* y José Castro, trabajador que dicha empresa contrató en mayo de 1988. En diciembre de ese año, el Sr. Castro y sus compañeros de trabajo emprendieron una campaña de organización sindical. En enero de 1989, la dirección de la empresa despidió al Sr. Castro y a otros tres trabajadores a raíz de los esfuerzos desplegados por éstos para constituir un sindicato y afiliarse a éste. En enero de 1992, la NLRB ordenó a la empresa *Hoffman* que ofreciera a estos cuatro trabajadores la posibilidad de reintegrarse y les pagara retroactivamente los salarios correspondientes al período en que habían estado despedidos. En junio de 1993, en el curso de una audiencia convocada para fijar la cuantía adeudada a cada trabajador, José Castro reconoció que no tenía la documentación necesaria para poder trabajar en los Estados Unidos. Por consiguiente, la reincorporación al puesto de trabajo no fue posible como medida de reparación en beneficio del Sr. Castro. No obstante, en las decisiones anteriores de la NLRB y los tribunales se había previsto la posibilidad de imponer la indemnización retroactiva ordenada por la NLRB. La empresa Hoffman se negó a acatar la orden de pago retroactivo y así el caso llegó hasta la Corte Suprema de EUA.

Dentro del procedimiento iniciado ante el Comité sobre Libertad Sindical de la OIT, en su comunicado de 9 de mayo de 2003, el gobierno de los EUA argumentó que no había ratificado los Convenios No. 87 y No. 98 de la OIT, y que por tanto no tenía obligación alguna de sujetarse a sus disposiciones. Además, dicho gobierno argumentó que la Declaración de la OIT no era un instrumento obligatorio y que no imponía ninguna obligación jurídica. Por su parte, el Comité sobre Libertad Sindical aceptó los argumentos de EUA, pero también hizo notar que el Comité tenía la encomienda de examinar quejas en las que se alegaran violaciones en contra de la libertad de asociación sindical, aún en el caso de que el Estado demandado no hubiese ratificado los convenios sobre el tema. Dijo además, que su mandato provenía directamente de los objetivos fundamentales establecidos en la Constitución de la OIT, y por tanto declare su intención de examinar y conocer de la querrela.

A final de cuentas, el Comité sobre Libertad Sindical concluyó que en la era post-*Hoffman*, las medidas de reparación de que aún dispone la NLRB para actuar en casos de despido ilegal de trabajadores indocumentados son inadecuadas para garantizar una protección efectiva contra los actos de discriminación antisindical.

Si bien el Comité se abstuvo de precisar qué medidas de reparación o sanciones específicas deberían facilitarse. Pero el Comité aclaró que dicha deficiencia debería remediarse por medio de la acción del Ejecutivo y por la vía legislativa, a fin de evitar todo posible abuso e intimidación de dichos trabajadores y cualquier restricción al ejercicio efectivo de los derechos fundamentales en materia de libertad sindical.

III El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y los derechos de los trabajadores migratorios

El Sistema Interamericano para la protección de los derechos humanos tiene dos instrumentos básicos: La Declaración Americana de Derechos Humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos. De 1969. También relevante para los derechos de los trabajadores migrantes es el Protocolo Adicional de la Convención de Derechos Humanos en el Área de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Mejor conocido como el "Protocolo de San Salvador").

Los órganos de supervisión de estos instrumentos son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CrIDH).

1 La CoIDH

La función más importante de la CoIDH es promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en las Américas (ver artículo 106 de la Carta de la Organización de Estados Americanos) Para realizar esta función, elabora varios tipos de informes: informes anuales, informes por país e informes temáticos.⁴²

⁴² Cinco de esos informes temáticos se refieren directa o indirectamente a los trabajadores migratorios: Progress Report on the Situation of Migrant Workers and their Families in the Hemisphere,

Asimismo, en 1996 la CoIDH creó la Relatoría sobre Derechos de los Migrantes, cuyo mandato fue promover los derechos de los migrantes y sus familias, asiliados, refugiados, personas sin Estado, víctimas de tráfico de personas, personas desplazadas internamente, así como otros grupos vulnerables. El Relator supervisa la situación de los derechos humanos de los migrantes y de sus familias; consulta a los Estados miembros de la OEA y les hace recomendaciones, y a los órganos políticos de la OEA; y elabora informes y estudios especializados.⁴³

Un ejemplo relativamente reciente de cómo el sistema interamericano, a través de la CoIDH, ha tratado el tema de los derechos de los trabajadores migratorios en América del Norte, lo encontramos en el Caso 12.834, relativo a los derechos de los trabajadores indocumentados en los EUA.⁴⁴ En este caso, los peticionarios⁴⁵ reclamaron que a un grupo de trabajadores indocumentados (Leopoldo Zumaya and Francisco Berumen, entre otros), se les habían negados los derechos y recursos propios del empleo que están al alcance de sus homólogos documentados. Supuestamente, las presuntas víctimas fueron afectadas de manera directa por la denegación por Estados Unidos de la igualdad de derechos debido a su situación migratoria en sus intentos de hacer valer sus derechos de empleo y laborales.⁴⁶ Los peticionarios agregaron que, con la decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Hoffman Plastic Compounds, Inc. c. Junta Nacional de Relaciones de Trabajo* el tema de la situación migratoria adquirió pertinencia para los derechos en el lugar de trabajo y los empleadores se animaron a afirmar que los trabajadores inmigrantes indocumentados carecen de derechos jurídicos en

OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 6 rev., del 16 de abril de 1999; Informe de Progreso de la Relatoría Especial sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias (2005); Report on Immigration in the United States: Detention and Due Process, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78/10, del 30 de diciembre de 2010; Human Rights of Migrants and Other Persons in the Context of Human Mobility In Mexico, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 48/13, del 30 de diciembre de 2013; and Human Rights Situation of Refugee and Migrant Families and Unaccompanied Children in the United States of America, OAS/Ser.L/V/II. 155 Doc. 16, del 24 de julio de 2015.

⁴³ Canadá, México y EUA han recibido visitas del Relator sobre derechos de los migrantes en varias ocasiones. Por ejemplo: http://www.oas.org/en/iachr/migrants/activities/visits.asp#US2014Sur_

⁴⁴ CrIDH, Informe No. 50/16, Caso 12.834 sobre derechos de los trabajadores indocumentados en Estados Unidos de América, del 30 de noviembre de 2016.

⁴⁵ Los peticionarios fueron la Escuela de Derecho de la Universidad de Pennsylvania, la *American Civil Liberties Union Foundation*, y el *National Employment Law Project*.

⁴⁶ A estos trabajadores se les habían negado el pago de indemnización por lesiones derivadas del trabajo, debido a su calidad migratoria.

contextos fuera de los abordados en *Hoffman*, que se relacionaban con la libertad de asociación de los trabajadores indocumentados. Según los peticionarios, estos otros contextos son el acceso a indemnización por accidentes de trabajo, la ausencia de discriminación en el lugar de trabajo y el derecho a exigir que un empleador asuma la responsabilidad por un accidente de trabajo. Afirmaron también los peticionarios que, en estos contextos, a las presuntas víctimas se les había negado la plena protección de sus derechos laborales y el debido proceso.

Por su parte, el gobierno de los EUA sostuvo los peticionarios no habían agotado los recursos internos, observando que existían recursos en los tribunales estatales y, por consiguiente, se debería desestimar el caso. De modo subsidiario, el gobierno de EUA afirmó que tiene el derecho soberano de negar el permiso de trabajo a aquellos que estén "presentes ilegalmente" en el país o a aquellos que no hayan obtenido autorización para trabajar. Por consiguiente, el Estado señaló que las leyes federales y estatales reconocen la dificultad para pagar retroactivamente un trabajo que no fue hecho cuando no podría haber sido hecho legalmente. Asimismo, el Estado afirmó que los peticionarios habían "exagerado" el efecto del caso *Hoffman* y que los trabajadores indocumentados siguen estando amparados por la Ley Nacional de Relaciones de Trabajo, incluso en lo que se refiere a los salarios y las prestaciones médicas.

En su Informe No. 50/16, la CoIDH hizo varias recomendaciones, concluyendo que:

"...el Estado es responsable de la violación de los derechos humanos de los señores Zumaya y Lizalde consagrados en los artículos II y XVI de la Declaración Americana al no reconocer plenamente los derechos de las víctimas a la no discriminación y la seguridad social. La Comisión concluye asimismo que, como el señor Lizalde no pudo continuar con su reclamo de indemnización por accidente de trabajo en el sistema judicial, el Estado ha violado también su derecho a la personalidad jurídica y a un juicio imparcial, consagrado en los artículos XVII y XVIII de la Declaración Americana."

Y recomendó:

"1. Que otorgue a los señores Zumaya y Lizalde una compensación pecuniaria adecuada para reparar las violaciones que se confirman en el presente informe;

2. Que todas las leyes y políticas federales y estatales, en sí mismas y en la práctica, prohíban toda distinción en el empleo y los derechos laborales basada en la situación migratoria y la autorización para trabajar después que una persona comienza a trabajar como empleado;

3. Que prohíba que el empleador haga averiguaciones sobre la situación migratoria de un trabajador que esté haciendo valer sus derechos de empleo y sus derechos laborales en un litigio o en reclamos administrativos;

4. Que asegure que a los trabajadores indocumentados se les otorgue los mismos derechos y recursos que a los trabajadores documentados frente a violaciones de sus derechos en el lugar de trabajo;

5. Que establezca un procedimiento para que los trabajadores indocumentados que participen en procedimientos para pedir indemnización por accidentes de trabajo, o sus representantes, puedan solicitar la suspensión de su deportación hasta que se resuelva el procedimiento y los trabajadores hayan recibido el tratamiento médico apropiado ordenado por los jueces ante los cuales tramiten los casos; y

6. Que mejore y refuerce la detección de empleadores que exploten a los trabajadores indocumentados y violen sus derechos laborales y les imponga sanciones adecuadas."

2 La CrTDH

La CrIDH es una institución judicial autónoma, cuya tarea es aplicar e interpretar la Convención Americana de Derechos Humanos.⁴⁷ Decide casos y resuelve consultas, por lo que sus decisiones pueden ser sentencias u opiniones consultivas.

A pesar de que algunas sentencias de la CrIDH han tratado temas relacionados

⁴⁷ Así lo define el artículo 1 del Estatuto de la CrIDH, adoptado por la Asamblea General de la OEA en su noveno período ordinario de sesiones, llevado a cabo en La Paz, Bolivia, en octubre de 1979 (Resolución No. 448).

con los derechos de los migrantes,⁴⁸ hasta ahora ninguna sentencia se ha referido a los derechos de los trabajadores migratorios en particular. En contraste, la CrIDH ha emitido una opinión consultiva muy relevante sobre este tema: la Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003 (solicitada por los Estados Unidos Mexicanos), sobre la "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados".⁴⁹

El 10 de mayo de 2002, y con base en el artículo 64.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el gobierno mexicano solicitó una opinión consultiva sobre "[...] privación del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales [a los trabajadores migratorios,] y su compatibilidad con la obligación de los Estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley consagrados en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos; así como con la subordinación o condicionamiento de la observancia de las obligaciones impuestas por el derecho internacional de los derechos humanos, incluidas aquellas oponibles erga omnes, frente a la consecución de ciertos objetivos de política interna de un Estado americano".

Además, la consulta trató sobre "el carácter que los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley han alcanzado en el contexto del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos y su codificación".

La pregunta central de la consulta fue la siguiente: "¿Puede un Estado americano, en relación con su legislación laboral, establecer un trato perjudicialmente distinto para los trabajadores migratorios indocumentados en cuanto al goce de sus derechos laborales respecto de los residentes legales o los ciudadanos, en el sentido de que dicha condición migratoria de los trabajadores

⁴⁸ Jesús Tranquilino Vélez Loo v. Panama, CrIDH, Sentencia del 23 de noviembre de 2003. of 23 November 2010; y Nadege Dorzema et al. v. Dominican Republic, CrIDH, Sentencia del 24 de octubre de 2012.

⁴⁹ Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants, Advisory Opinion OC-18/03, Inter-Am. Ct. H.R., (ser. A) No. 18, 17 September 2003. This opinion was requested in the context of the already cited United States Supreme Court decision in Hoffman Plastic Compounds v. National Labor Relations Board.

impide per se el goce de tales derechos?"

La CrIDH opinó, por unanimidad:

"4. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens.

5. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones erga omnes de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares.

6. Que la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas.

7. Que el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio. El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso comprende todas las materias y todas las personas, sin discriminación alguna.

8. Que la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral."

Reflexiones finales

Los Estados no definen sus políticas y prácticas hacia los trabajadores migratorios en un vacío. Al contrario, se encuentran inmersos en una serie de regímenes normativos globales y regionales que establecen estándares sobre cómo tratar a los trabajadores migratorios. De hecho, la etapa de globalización que vivimos, está caracterizada por la emergencia de nuevos actores en la política internacional, que hasta hace tan solo algunas décadas estaba dominada por los Estados-Nación.

Estos nuevos actores tienen gran poder e influencia, entre los que se encuentran instituciones intergubernamentales; tribunales internacionales; agencias financieras como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial; estructuras supranacionales como la Unión Europea; y Organizaciones No Gubernamentales de carácter transnacional que interactúan con organizaciones de la sociedad civil nacionales; instituciones académicas de gran influencia y hasta empresas globales como Microsoft y CNN. Los Estados-Nación, por tanto, no están solos en el escenario político internacional. En esta nueva estructura de poder policéntrica, los Estados comparten el escenario con un número creciente de jugadores globales.

Como consecuencia de lo anterior, la línea divisoria entre política doméstica y externa se ha ido borrando. A través de relaciones transnacionales, actores externos están cada vez más involucrados en los asuntos internos de los Estados. Debido a las interrelaciones económicas, las crisis ya no se limitan a un solo país. La densificación de las comunicaciones y el transporte ha unido a las economías y a las sociedades de una manera nunca antes vista, y las sociedades nacionales, las regiones y las localidades sienten el impacto de decisiones tomadas en lugares distantes.⁵⁰

En la actualidad, una cada vez más extensa red de instituciones y regímenes normativos ha venido formándose en respuesta a problemas que se perciben como globales. Uno de esos problemas es el que tiene que ver con la migración internacional y específicamente, la migración internacional de trabajadores. El presente ensayo ha tenido como fin identificar y describir los regímenes internacionales que se han creado para proteger los derechos de los trabajadores migratorios en América del Norte. Como hemos visto, esos regímenes están compuestos de "derecho duro" y de "derecho blando". Finalmente, y como se ha mostrado en el presente ensayo, los instrumentos internacionales y sus estructuras y procedimientos de monitoreo y supervisión, a pesar de sus limitaciones, son "estructuras de oportunidad política" relevantes. Pueden movilizar con eficacia a

⁵⁰ Messner, Dirk, "La Transformación del Estado y la política en el proceso de la globalización," *Nueva Sociedad*, no. 163, no. 163, Septiembre-Octubre 1999, pp. 73-74.

grupos nacionales y transnacionales de defensa de derechos para mejorar la protección de los trabajadores migratorios en América del Norte.

10. ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN MATERIAS MIGRATORIAS DE LA POBLACIÓN MIGRANTE EN CHILE

ACCESS TO PUBLIC INFORMATION ABOUT MIGRATION ISSUES OF THE MIGRANT POPULATION IN CHILE



<https://doi.org/10.36592/9786587424941-10>

María Ignacia Sandoval Gallardo¹

Introducción

Este trabajo tiene por objeto analizar el acceso a la información pública de la población migrante en Chile. Para ello, primero, entregaremos un concepto de migrante y justificaremos la utilización de esta terminología, igualmente, desarrollaremos una definición de vulnerabilidad de este grupo de personas. Una segunda parte de este trabajo, está destinada a tratar la consagración del derecho de acceso a la información, tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como a nivel nacional. En un tercer punto, trataremos la legislación migratoria y estableceremos si consagra o no el derecho de acceso a la información considerando las particularidades del migrante.

El derecho de acceso a la información es un derecho fundamental universal que toda persona puede ejercer sin discriminación², así está consagrado en diversos tratados internacionales. Esta facultad proviene de la libertad de expresión, que consiste en: "*la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole*"³. En Chile este derecho se desprende como una manifestación del artículo 19 N° 12 de la Constitución que consagra la libertad de emitir opinión y la de informar, en principio, nuestra Carta Fundamental no distingue entre chilenos y extranjeros, por lo que los migrantes indistintamente de su condición migratoria podrían ejercer este

¹ Abogada (Chile), Magíster en Derecho Constitucional de la Universidad de Talca. Profesora de Derechos Fundamentales Universidad Andrés Bello y Derecho Constitucional de la Universidad de Talca. E-mail: Ignaciasandoval.ga@gmail.com

² Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH/RELE/INF.7/12 30 diciembre 2011, p. 32, párr. 99.

³ Corte IDH, Cuadernillo de Jurisprudencia N° 16: Libertad de pensamiento y de expresión, 2018, p. 25. También Corte IDH, Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile, 2006, C. 76 y 77.

derecho, que a su vez, les permite recibir información respecto de los procesos migratorios y el ejercicio de sus derechos fundamentales. Podemos agregar que la Ley N° 20.285, sobre transparencia y acceso a la información pública, tampoco hace una distinción entre chilenos y extranjeros. Lo anterior, sustenta nuestra premisa de la titularidad de este derecho por los migrante en Chile, indistintamente de su situación migratoria regular o irregular.

Ahora bien, la actual legislación migratoria (DL N° 1904 de 1975) no contempla, dentro de su articulado, una perspectiva de derechos humanos, es más, no establece derechos para los migrantes y el espíritu de la norma es la protección del orden y seguridad nacional⁴. Si bien ya señalamos que en virtud de la Constitución y del derecho internacional de los derechos humanos podrán ejercer este derecho, esto no es tan así en la medida que existen ciertos obstáculos de facto que en la práctica dificultan el ejercicio de este derecho. Algunos de estos obstáculos son, por una parte, como migrante los derechos reconocidos no tienen un enfoque desde la perspectiva de la vulnerabilidad del migrante y, por otra, podemos mencionar la barrera idiomática que obstaculiza el ejercicio de derecho de acceso a la información.

Las preguntas que pretendemos responder son, ¿los migrantes, indistintamente de su condición migratoria, son titulares de este derecho?; ¿el actual proyecto de ley de migración y extranjería considera la vulnerabilidad del migrante, estableciendo medidas reforzadas de protección que permitan el efectivo ejercicio de este derecho de acceso a la información?

1 Concepto de migrates y enunciación como grupo vulnerable

En este punto se desarrollará un concepto de migrantes, partiendo de la base de que no existe una definición universalmente aceptada.

1.1 Concepto de migrantes

El término migrante hace alusión a un concepto genérico que contempla tanto la acepción de emigrante como inmigrante, la primera se refiere a una persona que

⁴ Aninat, Sierra (2019), p. 37 y 38.

deja un Estado para trasladarse a otro, con la finalidad de establecerse en él. El segundo término implica a una persona que se traslada a un Estado con el ánimo de residir en él. En cuanto al estatus migratorio, es decir, la situación jurídica en que se encuentra el migrante respecto de las normas internas de un estado, éste puede ser un migrante regular o irregular⁵.

No existe un concepto aceptado internacionalmente de migrantes señalaremos algunas definiciones. Primero se puede definir migrante como *"toda persona que se encuentra fuera del territorio del Estado del cual son ciudadanos o nacionales, y que no disfrutan de la condición de refugiado, de residente permanente ni de otra condición similar, ni tampoco de la protección legal que otorgan los acuerdos diplomáticos"*⁶. Se puede indicar, además, que es *"aquella persona que decide salir de su lugar de origen para trasladarse a otro, ya sea una comunidad, Estado o país por un intervalo de tiempo considerado"*⁷.

Asimismo podemos agregar como otra definición: *"Toda persona que se traslada fuera de su lugar de residencia habitual, ya sea dentro de un país o a través de una frontera internacional, de manera temporal o permanente, y por diversas razones. Este término comprende una serie de categorías jurídicas bien definidas de personas, como los trabajadores migrantes; las personas cuya forma particular de traslado está jurídicamente definida, como los migrantes objeto de tráfico; así como las personas cuya situación o medio de traslado no estén expresamente definidos en el derecho internacional, como los estudiantes internacionales"*⁸.

Consideramos que el término migrante sería el más adecuado al abarcar tanto la denominación de emigrante e inmigrante y por ser más dinámico y flexible, ya que considera diversos elementos que permiten un concepto no restrictivo a diferentes categorías de migrantes. Así las cosas, concordamos con lo sostenido por la Comisión Interamericana de Derechos humanos (CIDH), que indica que migrante: *"es alguien que se encuentra fuera del territorio del que es nacional, sin consideración de su*

⁵ Gómez (2014), p. 237. Ver también Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana N°2: migrantes, p.4.

⁶ Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, (2010), p. 15. Disponible en: http://www.ichrp.org/files/reports/56/122_report_en.pdf

⁷ Bueno Sánchez (2004), p. 8.

⁸ OIM (2019), p. 132.

situación migratoria, su intención y su temporalidad. También comprende a las personas apátridas migrantes y a las víctimas de la trata de personas según los definen las legislaciones nacionales y los convenios internacionales pertinentes”⁹.

Esta concepción permite evitar restricciones basadas en temporalidad o en las razones que llevan a migrar tales como, por razones de persecuciones políticas, factores ambientales o para escapar de zonas de conflicto. En definitiva, es un término inclusivo.

1.1 Vulnerabilidad del migrante

En términos generales, se entiende por grupo vulnerable aquellos individuos *“quienes tienen disminuidas, por distintas razones, sus capacidades para hacer frente a las eventuales lesiones de sus derechos básicos, de sus derechos humanos. Esa disminución de capacidades, esa vulnerabilidad va asociada a una condición determinada que permite identificar al individuo como integrante de un determinado colectivo que, como regla general, está en condiciones de clara desigualdad material con respecto al colectivo mayoritario”¹⁰.*

Los migrantes, como un colectivo de sujetos de derechos, se encuentran en una situación de vulnerabilidad ante la violación de sus derechos humanos, esta situación de vulnerabilidad se genera en atención a diversos elementos como lo son: la situación económica, diferencia de idioma, cultura y costumbres, dificultades de retorno a sus países de origen y la discriminación de la cual pueden ser objeto¹¹. También existen otros factores que pueden generar una situación de vulnerabilidad especial, esos elementos son el género, la edad, etnia, situación socioeconómica, situación migratoria en el Estado receptor¹².

Los migrantes constituyen un grupo vulnerable debido a su fragilidad nacional y social que los coloca en un estado de falta de poder en comparación con la

⁹ CIDH, Resolución 4/2019 aprobada el 7 de diciembre 2019.

¹⁰ Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables (2014), pp. 13 y 15. Disponible en: https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/DHGV_Manual.pdf

¹¹ Gómez (2014), p. 243. También Asamblea General Naciones Unidas, Resolución 60/169, de 18 diciembre 2005.

¹² Gómez (2014), p. 242.

población no migrante, esta situación específica de vulnerabilidad aumenta tratándose de migrantes irregulares, ya que se encuentran en un contexto de mayor fragilidad jurídica, lo que conlleva un deber de protección reforzado por parte del Estado¹³. En este sentido ante la existencia de alta vulnerabilidad por abusos de autoridades o particulares el Estado debe ser garante en el ejercicio de derechos humanos, viéndose en la necesidad de adoptar medidas positivas y concretas para cumplir con su obligación de proteger el ejercicio igualitario de los derechos¹⁴.

En lo concerniente al derecho de acceso a la información dentro del fenómeno migratorio (ingreso y egreso, residencia definitiva o temporal, expulsión y nacionalización) el migrante puede verse expuesto a situaciones de discriminación y vulnerabilidad debido a su condición migratoria, idioma, nacionalidad, situación socioeconómica, entre otras. Las situaciones de discriminación se producen debido a la alta discrecionalidad que tiene la autoridad administrativa encargada de garantizar el cumplimiento de la legislación migratoria vigente¹⁵. Asimismo, otra situación de vulnerabilidad que sufre el migrante al ejercer este derecho es que los organismos públicos, que intervienen en el fenómeno migratorio, no cumplen a cabalidad con su deber de entregar información lo que genera un desconocimiento de cómo ejercer este derecho¹⁶.

2 Acceso a la información pública como derecho fundamental

En este apartado nos referiremos brevemente a algunas normas internacionales que consagran este derecho, para referirnos a su contenido, para luego tratar su consagración en Chile.

¹³ Estupiñán-Silva (2014), pp. 212, 217 y 218. También Reyes (2014), p. 63.

¹⁴ Organización Internacional para las Migraciones (2010), p. 12. Disponible en: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/nuevo_sitio/2010/conferencia/3.%20Background%20Information%20on%20Mixed%20Migration/Migration%20Management%20and%20the%20Enhancement%20of%20Protection%20for%20Refugees%20and%20Other%20Vulnerable%20Groups/CSM-LO~1.PDF

¹⁵ Aninat, Sierra (2019) pp. 36 y 37.

¹⁶ Consejo para la Transparencia, Cuaderno de trabajo n°10, septiembre 2018, p. 18.

2.1 Consagración internacional

El acceso a la información se encuentra consagrado en diversos acuerdos internacionales que han permitido su reconocimiento como derecho fundamental. Así se establece en la Declaración Universal de Derechos Humanos: *"Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión."* (art. 19).

También se consagra en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: *"Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección."* (art. 13).

Asimismo, en el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos: *"Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección."* (art. 19).

A su vez, es necesario mencionar que en el año 2015 se incluyó este derecho como parte de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la ONU, que en su objetivo 16: Paz, justicia e instituciones sólidas, agrega: *"16.10 Garantizar el acceso público a la información y proteger las libertades fundamentales, de conformidad con las leyes nacionales y los acuerdos internacionales"*¹⁷.

Por otra parte cabe señalar que la Corte Interamericana se pronunciado sobre el contenido de este derecho indicado que tiene un contenido amplio que conlleva una dimensión individual y social¹⁸. Agrega que, *"de acuerdo a la protección que otorga la Convención Americana, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión comprende "no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio*

¹⁷ Naciones Unidas, Objetivos de Desarrollo Sostenible (2015), disponible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/peace-justice/>

¹⁸ Corte IDH, Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile, 2006, C.75.

pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de 73 toda índole" . Al igual que la Convención Americana, otros instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establecen un derecho positivo a buscar y a recibir información"¹⁹. Añade que "ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto"²⁰.

En definitiva, la obligación positiva del Estado es respetar el acceso a la información pública de toda persona y de tomar las medidas necesarias para asegurar su reconocimiento y aplicación efectiva²¹. Para lograr su efectivada se requiere: a) que las leyes que lo regulan aseguren la garantía de este derecho para todas las personas, sin discriminación y sin necesidad de manifestar interés alguno; b) que todos los órganos estatales de todas las ramas del poder y de todos los niveles de gobierno, así como quienes ejecuten recursos públicos o presten servicios públicos esenciales para la comunidad, se encuentren obligados; y finalmente, (c) el objeto del derecho debe ser regulado de manera adecuada de forma tal que no existan exclusiones arbitrarias o desproporcionadas²².

Es importante mencionar que durante el año 2019 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos adoptó los principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, reconociendo que hay un deber de protección diferenciada de sus derechos, entendiendo que esta protección y garantía es independiente de su situación migratoria, basándose en la igualdad y no discriminación para el pleno respeto de sus derechos.

¹⁹ Corte IDH, Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile, 2006, C.76.

²⁰ Corte IDH, Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile, 2006, C.77.

²¹ Asamblea General OEA, Resolución AG/RES. 2252 (XXXVI-O/06) de 6 de junio de 2006 sobre "Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia", punto resolutivo 2.

²² Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH/RELE/INF.7/12 30 diciembre 2011, pp. 31 y 32.

Así se señala en el principio 12 No discriminación e igualdad de protección: *"Todas las personas, incluidos los migrantes, son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley sin discriminación de ninguna clase ni por ningún motivo, incluida la condición de migrante"*. En lo que dice relación con el derecho en análisis, encontramos el Principio 29: Libertad de opinión, pensamiento y expresión: *"Todo migrante tiene derecho a libertad de pensamiento, opinión y expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de cualquier índole, sin consideración de fronteras, ya sea en forma verbal o escrita, en medios sociales, en forma impresa o artística o por cualquier otro medio de su elección.*

*Las restricciones a la libertad de expresión estarán claramente establecidas por la ley y se limitarán a las que sean necesarias para asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás, o para garantizar la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud pública"*²³.

A su vez, cabe mencionar que se consagra en el principio 75 el derecho a la información sobre y durante los procesos de repatriación, deportación y expulsión, estableciendo el deber del Estado de permitir el acceso a los canales consulares y la posibilidad de que la persona afectas a algunas de estas medidas pueda notificar a sus familiares.

Esta Resolución, que adopta estos principios, es de relevancia en la medida que reafirma que los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad ante la violación de sus derechos y que esto requiere de un deber reforzado de protección, por parte de los Estados, para lograr un pleno ejercicio de los mismos. Es destacable, además, que el documento considera esta vulnerabilidad y la discriminación y xenofobia a la que se ven expuestos por ser migrantes.

2.2 Consagración nacional

En nuestra actual Constitución el artículo 19 asegura a todas las personas una serie de derechos fundamentales, no distinguiendo entre chilenos y extranjeros. Específicamente, el derecho objeto de análisis, lo encontramos en el artículo 19 N°

²³ CIDH, Resolución 4/2019 aprobada el 7 de diciembre 2019.

12 que reconoce la Libertad de opinión y de información que indica en su inciso 1º: *"La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado"*. Asimismo, hay que agregar el artículo 8º, que consagra el principio de publicidad señalando que son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen.

Por otra parte, en rango legal tenemos la ley 20.285 sobre transparencia y acceso a la información pública, señala en su artículo 1º *"el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información"*. Añade en su artículo 5º: *"En virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado. Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas"*.

Por otra parte, el artículo 10 dice *"Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley. El acceso a la información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales"*.

Las disposiciones de esta ley son aplicables a los órganos y servicios de la administración central del Estado, dentro de los cuales se encuentran aquellos que velan por el cumplimiento de la normativa migratoria.

El acceso a la información pública es un derecho implícito, que se desprende de del artículo 19 N°12 y es una manifestación de la libertad de información²⁴. En virtud de que nuestra Carta Fundamental no distingue entre chilenos y extranjeros, los migrantes son titulares de este derecho, indistintamente de su condición migratoria, agregando, también como fundamento de lo dicho, el artículo 5° que señala como límite a la soberanía los derechos que emanen de la esencia humana y el respeto a los tratados internacionales ratificados y vigentes.

3 Legislación migratoria y acceso a la información pública

Ahora corresponde referirnos a la actual legislación migratoria y el proyecto de ley de migración y extranjería, desde la perspectiva del acceso a la información pública.

3.1 Legislación vigente

El Decreto Ley N° 1094, conocida como Ley de Extranjería nada dice respecto a derechos de los migrantes, por lo que al no existir normas específicas que hagan alusión de manera explícita a este derecho de los migrantes, hay que remitirse a las normas generales. El conjunto de normas aplicables parte, en primer lugar, con la Carta Fundamental que asegura a todas las personas la libertad de opinión y de información, sin distinción entre chilenos y extranjeros, en el artículo 19 N° 12, hay que agregar el artículo 5°, inciso segundo y el artículo 19 N° 2 que consagra el derecho fundamental de igualdad y no discriminación.

La realidad es que la normativas chilena que regulan esta materia insiste en mantener una perspectiva proteccionista de las fronteras y la seguridad nacional²⁵, no reconociendo el cambio de circunstancias de la primacía de la persona humana y su dignidad. Si bien se han regulado materias relevantes en este sentido como la tipificación del delito de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes²⁶ no se ha

²⁴ Nogueira (2015), p. 322 y 323.

²⁵ Bassa y Mercado (2015), p. 107.

²⁶ Ley N° 20.507 de 2011.

procedido a la modificación de los pilares normativos que sustentan el derecho de migración como lo son el Decreto Ley N° 1094, lo que lleva a sostener que Chile no ha evolucionado a la par del derecho internacional de los derechos humanos en esta área. Lo anterior se debe a las deficiencias de la legislación vigente en materia de migración, donde al migrante no se le trata como un sujeto de derechos, existiendo una evidente distancia entre nuestro ordenamiento interno y los estándares internacionales²⁷.

De lo dicho precedentemente podemos señalar que institucionalidad migratoria tiene falencias, la primera de ellas, es que cuenta con la capacidad para enfrentar el fenómeno complejo que es la migración y por otra parte, las autoridades administrativas, que intervienen en el proceso migratorio, actúan bajo parámetros de gran discricionalidad, que la misma legislación les entrega²⁸. Además, que la legislación vigente es preconstitucional y preconvenional y prioriza la seguridad del Estado.

Si bien ya establecimos que los migrantes son titulares del derecho de acceso a la información pública, independiente de su condición migratoria, veremos que la actual insitucionalidad migratoria presenta ciertos obstáculos para el ejercicio de este derecho.

En el año 2018 el Consejo para la Transparencia realizó recomendaciones en materia de acceso la información en materias migratorias, en el contexto del proyecto de ley en actual tramitación. Este documento pone de manifiesto diversos obstáculos para la población migrante. En materia de acceso a la información se recomendó disponibilizar información utilizando un lenguaje claro y de fácil comprensión, establecer mecanismos informativos sobre los trámites migratorios y cómo ejercer el derecho de acceso a la información pública y la capacitación órganos de la Administración del Estado que intervienen en el proceso migratorio²⁹.

Si consideramos, además, algunos datos del Consejo para la Transparencias sobre las materias consultadas vía solicitud de acceso a la información a pública, se

²⁷ Bassa y Mercado (2015), p. 108.

²⁸ Aninat, Sierra (2019) p. 36.

²⁹ Consejo para la Transparencia Oficio N° 3532, Formula recomendaciones en materia de transparencia, acceso a la información y protección de datos personales, respecto de materias migratorias, 4 de julio de 2018.

puede apreciar que las materias de interés público para los migrantes son: a) acceso a derechos como salud y educación, entre otras y b) Información sobre procedimiento de expulsiones³⁰.

Dentro de los obstáculos, que se han detectado para el ejercicio de este derecho, podemos mencionar: A) Una falta de información para acceder a información, esto se produce debido a que, dentro del proceso migratorio, intervienen diversas autoridades administrativas, ministerios y servicios, lo que deviene en una falta de coordinación interinstitucional, que en la práctica conlleva que no todos los intervinientes entreguen la misma información o en ciertos casos manejen información contradictoria³¹. B) Por otra parte, existe una falencia en la disponibilización de la información sobre trámites migratorios, requisitos de para acceder a beneficios sociales, procedencia de sanciones migratorias³². C) Ausencia de información en distintos idiomas y en un lenguaje comprensible, de acuerdo a las necesidades de la población migrante. D) Asimismo, es necesario capacitar a las autoridades que intervienen en el proceso migratorio, para que entreguen información de acuerdo a las necesidades idiomáticas y en un lenguaje comprensible. E) Además, en materia de acceso a la información, es necesario capacitar a los funcionarios de los organismos que tratan más frecuentemente con migrantes, para que, utilizando un lenguaje claro y de fácil comprensión, se les informe acerca del derecho que les asiste a solicitar información a los distintos órganos de la Administración del Estado y de la facultad de recurrir ante el Consejo para la Transparencia, en caso de ausencia de respuesta o de denegación del acceso a la información³³.

Aparece de manifiesto, la importancia que el acceso a la información tiene como derecho fundamental en sí mismo pero como también como un derecho llave que permite el ejercicio de otros derechos fundamentales. Ahora bien, la actual legislación migratoria dificulta en pleno ejercicio de este derecho, en base a lo dicho

³⁰ Consejo para la Transparencia, Cuaderno de trabajo n°10, septiembre 2018, pp. 35- 37.

³¹ Aninat, Sierra (2019) p. 37- 39.

³² Consejo para la Transparencia Oficio N° 3532, Formula recomendaciones en materia de transparencia, acceso a la información y protección de datos personales, respecto de materias migratorias, 4 de julio de 2018.

³³ Consejo para la Transparencia Oficio N° 3532, Formula recomendaciones en materia de transparencia, acceso a la información y protección de datos personales, respecto de materias migratorias, 4 de julio de 2018.

en este punto.

3.2 Proyecto de ley de migración y extranjería

El proyecto de ley de Extranjería y Migración, se encuentra en segundo trámite constitucional en el Senado. En su Artículo 5, hace referencia al acceso a la información indicando que *"es deber del Estado proporcionar a los extranjeros información íntegra, oportuna y eficaz acerca de sus derechos y deberes, los requisitos y procedimientos para su admisión, estadía y egreso del país, y cualquier otra información relevante en idiomas español, inglés y lenguaje de señas. La Política Nacional de Migración y Extranjería definirá los idiomas adicionales en que la información deba comunicarse, de forma transparente, suficiente y comprensible, atendiendo a los flujos migratorios, lo que se evaluará anualmente. Se establecerán canales de información accesibles, veraces y descentralizados, entre los que se encontrarán, a lo menos, las plataformas electrónicas del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, del Servicio Nacional de Migraciones, del Ministerio de Relaciones Exteriores, y de embajadas y consulados chilenos en el exterior. El Estado deberá disponer de mecanismos accesibles de reclamo para el extranjero afectado por falta de información íntegra, oportuna y eficaz por parte de la autoridad migratoria"*³⁴.

A pesar de que se hace cargo del deber del Estado de informar, el texto en discusión, si bien plantea soluciones a los obstáculos mencionados, no resuelve todos, una de las materias no resueltas es que no se consagra de forma expresa el derecho de acceso a la información del migrante, por lo que se estaría cumpliendo sólo con una cara de la moneda. Asimismo, la norma no considera la especial vulnerabilidad del migrante ni el deber reforzado de protección que tiene el Estado con este grupo vulnerable.

También, es destacable la creación de una institucionalidad migratoria fortalecida, creando un Servicio Nacional de Migraciones que permitirá la adecuada coherencia interinstitucional entre las diversas autoridades administrativas que intervienen en el proceso migratorio.

³⁴ Boletín N° 8970-06, Proyecto de Ley de Migración y Extranjería, artículo 5°.

Hubiese sido interesante entender que se requiere una perspectiva distinta cuando hablamos de población migrante, consagrando el acceso a la información considerando las especiales características que tiene la población migrante y establecerlo como un derecho en esta perspectiva.

Conclusiones

Los migrantes son titulares del derecho de acceso a la información pública, indistintamente de su condición migratoria, siendo un claro derecho consagrando por nuestra Constitución y ley. Ahora bien, al ejercer este derecho se han detectado impedimentos para su ejercicio por los migrantes. Destacamos dentro de estas dificultades la falta de información sobre cómo acceder a la información pública.

Es por esto que concluimos que la información pública disponible sobre la migración, derechos de los migrantes y acciones que pueden ejercer ante la vulneración de estos derechos es escasa y de difícil acceso, ya sea por razones idiomáticas o de lenguaje poco amigable. Igualmente, podemos añadir que, en los procedimientos migratorios intervienen muchas autoridades lo que lleva a una falta de coordinación en la entrega de información, lo anterior se debe a la falta de una coherencia interinstitucional de la actual institucionalidad migratoria. Las grandes falencias de la actual legislación migratoria, es que la regulación de la migración está vinculada a la seguridad del Estado, existiendo un alto nivel de discrecionalidad en el manejo de información de interés público.

Finalmente, si bien el actual Proyecto de Ley de Migración y Extranjería consagra un deber del Estado de entregar información, no lo consagra como un derecho especialmente relevante en la construcción de una política migratoria.

Bibliografía

Aninant, Isabel y Sierra Lucas (2019). "Regulación inmigratoria: Propuestas para una mejor reforma", en Isabel Aninat y Rodrigo Vergara (eds.): Inmigración en Chile. Una mirada multidimensional. Santiago de Chile, CEP, 2019.

- Asamblea General Naciones Unidas, Resolución 60/169, de 16 diciembre 2005.

-Bueno Sánchez, Eramis, "Definiciones y conceptos sobre la migración" en Apuntes sobre la migración internacional y su estudio. México, Universidad Autónoma de Zacatecas, pág. 6-36.

Bassa Mercado, Jaime y Torres Villarrubia, Fernanda, "Desafíos para el ordenamiento jurídico chileno ante el crecimiento sostenido de los flujos migratorios", en Estudios Constitucionales, (año 13, N°2, 2015), pág. 103-124.

Cámara de Diputados, Boletín N° 8970-06, Proyecto de Ley de Migración y Extranjería, ingreso 4 junio 2013, [fecha consulta: 25 de septiembre 2020]. [Disponible en: https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9377&prmBoletin=8970-06]

CIDH, Resolución 4/2019, Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas, aprobada el 7 de diciembre 2019.

Consejo para la Transparencia: Cuaderno de trabajo n°10, El derecho de acceso a la información pública como derecho llave para el acceso a otros derechos fundamentales, septiembre 2018.

Consejo para la Transparencia: Oficio N° 3532, Formula recomendaciones en materia de transparencia, acceso a la información y protección de datos personales, respecto de materias migratorias, 4 de julio de 2018.

Constitución Política de la República. Diario Oficial 22 septiembre de 2005.

Convención Americana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969. Diario Oficial 5 de enero de 1991.

Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile, sentencia de 19 de septiembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C N° 151.

Corte IDH. Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana N°2: migrantes, 2017, [fecha de consulta: 19 de septiembre 2020]. [Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo2.pdf>]

Corte IDH. Cuadernillo de Jurisprudencia N° 16: Libertad de pensamiento y de expresión, 2018, [fecha de consulta: 21 de septiembre 2020]. [Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo16.pdf>]

Decreto ley N° 1094, establece normas sobre extranjeros en Chile. Diario Oficial, 19 julio 1975.

Estupiñan-Silva, Rosmerlin. "La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología", en Laurence

Burgorgue-Larsen, Antonio Maués y Beatriz Eugenia Sánchez Mojica (Coord.): Derechos humanos y políticas públicas. Barcelona, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014. [fecha de consulta: 21 de septiembre de 2020]. [Disponible en: https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhpp_pdf/DHPP_Manual_v3.193-232.pdf]

Gómez Fernández, Itziar. "Las migraciones como objeto de interés de las políticas públicas: un enfoque de derechos humanos", en Jane Felipe Beltrão; Jose Claudio Monteiro de Brito Filho; Itziar Gómez; Emilio Pajares; Felipe Paredes y Yanira Zúñiga (coords.): Derechos humanos y políticas públicas. Barcelona, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014. , [fecha de consulta: 18 de septiembre de 2020]. [Disponible en: https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhpp_pdf/DHPP_Manual_v3.235-274.pdf]

International Council of Human Rights Policy. "Irregular Migration, migrant smuggling and human rights: towards coherence", 2010, [fecha de consulta: 12 de septiembre 2020]. [Disponible en: http://www.ichrp.org/files/reports/56/122_report_en.pdf]

International Organization for Migration (OIM). Glossary on migration, IML Series No. 34, 2019. [fecha de consulta: 22 de septiembre 2020]. [Disponible en: https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_34_glossary.pdf]

Ley Nº 20.285, sobre transparencia y acceso a la información pública de 11 de agosto de 2008. Diario Oficial 20 de agosto de 2008.

Manual Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables, Jane Felipe Beltrão; Jose Claudio Monteiro de Brito Filho; Itziar Gómez; Emilio Pajares; Felipe Paredes y Yanira Zúñiga (coords.), Barcelona, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014. [fecha de consulta 24 de septiembre 2020]. [Disponible en: https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/DHGV_Manual.pdf]

Naciones Unidas (ONU). Objetivos de Desarrollo Sostenible, 2015. [fecha de consulta: 20 de septiembre 2020]. [Disponible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/sustainable-development-goals/>]

Nogueira Alcalá, Humberto, "El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia ", en Estudios Constitucionales (Año 13, N°2, 2015),Santiago de Chile, Universidad de Talca, pág. 301-350.

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH/RELE/INF.7/12 30 diciembre 2011.

Reyes Valenzuela, Carlos, "Migrantes en permanencia irregular: hacia una constitucionalidad en derechos humanos", en Bajo Palabra Revista de Filosofía, (época II, N°9, 2014), Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, pág. 63-71.

Organización Internacional para las Migraciones (OIM). Séptima conferencia sudamericana de migraciones "estándares internacionales en materia de derechos humanos y políticas migratorias" 2010. [fecha de consulta 12 de abril de 2017].

[Disponible en:

http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/nuevo_sitio/2010/conferencia/3.%20Background%20Information%20on%20Mixed%20Migration/Migration%20Management%20and%20the%20Enhancement%20of%20Protection%20for%20Refugees%20%20and%20Other%20Vulnerable%20Groups/CSM-LO~1.PDF]

Organización de los Estados Americanos, Asamblea General, Resolución AG/RES. 2252 (XXXVI-O/06) de 6 de junio de 2006 sobre "Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia".

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966. Diario Oficial 29 de abril de 1989.

DIREITOS FUNDAMENTAIS, EMPRESAS E TRIBUTAÇÃO

11. PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD DURANTE LA PANDEMIA EN EL PERÚ



<https://doi.org/10.36592/9786587424941-11>

Elena Alvites¹

I Introducción²

La plena realización de derechos fundamentales, entre los que se encuentra el derecho fundamental a la salud, es el fin del Estado Constitucional que adopta la fórmula política de Estado Social y Democrático (Sarlet, 2019, pág. 81), de cara a garantizar la igual dignidad de las personas. Desde setiembre del año 2015, este fin encuentra un escenario de confluencia con los compromisos internacionales asumidos por el Estado Peruano con los Objetivos de Desarrollo Sostenible – ODS, dado que tienen como finalidad mejorar significativamente las condiciones de vida de las todas las personas en el planeta.

En esa medida, para el recuento de cuál era el estado de protección del derecho a la salud en el Perú al iniciarse la pandemia Covid 19, revisaremos cuál es el estado del ODS 3 - *Garantizar una vida saludable y promover el bienestar para todos para todas las edades* directamente relacionado a las dimensiones de dicho derecho fundamental. Ese viene siendo el escenario en el que se despliega la Pandemia Covid 19 y, por ende, el que permite identificar los retos que esta dramática situación plantea a la protección del derecho a la salud. Previamente nos ocuparemos del ámbito de protección el derecho a la salud en el Perú, en relación con la fórmula política Estado Social y Democrático.

¹ Doctora en Derecho por la Universidad de Alicante y abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesora ordinaria principal del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú – PUCP. Docente investigadora del Grupo de Investigación en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales (GIDCYDEF) del Vicerrectorado de Investigación de la PUCP

² Esta es una versión revisada y actualizada del texto *Acceso a la justicia y Objetivos de Desarrollo Sostenible. Los retos impuestos por la pandemia para el derecho a la salud*, que forma parte del e-book *Constitución y emergencia sanitaria*. V. II, Palestra, 2020.

II Estado social y democrático: Doble carácter y *estatus activus procesualis* de los derechos fundamentales

La Constitución peruana de 1993 incorpora la cláusula de Estado Social y Democrático, como mandato objetivo que vincula a todo el Estado y la sociedad³, con la finalidad de brindar no solo seguridad jurídica sino también material, es decir, de propiciar el bienestar. De ahí que acoja un amplio catálogo de derechos fundamentales que incluye derechos fundamentales sociales, como el derecho a la salud y establezca que los deberes primordiales del Estado peruano⁴ son garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y promover el bienestar general basado en la justicia, así como el desarrollo integral y equilibrado. Tal es el sentido de los artículos 43 y 44 de la Constitución de 1993.

La fórmula política del Estado Social y Democrático de Derecho es una síntesis de las facetas y funciones que debe cumplir el Estado. En esa medida, debe entenderse que existe unidad e interdependencia entre los elementos que integran dicha la fórmula política; así, *los principios de unidad (Einheit), coherencia o concordancia práctica (Praktischer Konkordanz) y fuerza integradora (Integrierender Wirkung) de la Constitución [...] se traducen en la necesidad de no contemplar las nociones de Estado de Derecho, Estado social y Estado democrático como tres categorías antinómicas, ni siquiera como tres fórmulas independientes susceptibles de interpretaciones o aplicaciones fragmentarias; sino como tres funciones, facetas o exigencias de una única definición constitucional* (Pérez Luño, 2001, pág. 234). El Estado Social y Democrático, en esa medida, no solo respeta ciertos límites y se abstiene de lesionar los derechos de las personas, sino que adquiere obligaciones que se orientan a brindar protección a los individuos frente a todo tipo de inseguridad, incluso la inseguridad material, haciendo posible la *procura existencial* de todas las personas y, particularmente, de los individuos que se hallan

³ **Constitución Peruana de 1993. Artículo 43.-** La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.

⁴ **Constitución Peruana de 1993. Artículo 44.-** Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población frente a las amenazas contra la seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y el desarrollo integral y equilibrado de la nación.

en situación de vulnerabilidad. La vocación universalista se debe a que en las sociedades contemporáneas todos tenemos –de alguna manera– incapacidad para dominar, por nosotros mismos, todas las condiciones y presupuestos necesarios para una existencia digna. De ahí que, a pesar de las diversas funciones que conserva el Estado, se afirme que la función esencial del *Estado social y democrático de derecho es la protección de las personas frente a los riesgos naturales y sociales* (Arango, 2001, pág. 154).

La fórmula política de Estado social y democrático, en ese marco, constituye una directriz de la actuación del Estado, así como para la interpretación y aplicación de las constituciones y los derechos fundamentales, para responder a las exigencias de la libertad, la igualdad de oportunidades y el propio concepto de dignidad humana (Sarlet, 2019, pág. 82). Así, la realización de los derechos fundamentales demanda la superación de su carácter negativo para convertirse en "*instrumentos jurídicos de control de la actividad positiva, que debe estar orientada a posibilitar la participación de los individuos y los grupos en el ejercicio del poder. Lo que trae como consecuencia la necesidad de incluir en el sistema de los derechos fundamentales no sólo a las libertades clásicas sino también a los derechos económicos, sociales y culturales como categorías accionables y no como meros postulados programáticos*" (Pérez Luño, 2001, pág. 228).

En ese marco, la comprensión de los derechos fundamentales no debe verse reducida a su dimensión individual, sino que debe considerar el doble carácter o dimensión de los derechos fundamentales; porque son a la vez derechos subjetivos –entendidos como posiciones jurídicas cuya titularidad pertenece a cada uno de los individuos, de las cuales se derivan obligaciones– y también normas objetivas o institucionales que –como mandatos generales de protección– deben dar origen a complejos marcos normativos, de procedimiento y de funciones institucionales que legitiman la actividad estatal (Häberle, La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn, 2003, pág. 97). La dimensión objetiva hace de cada derecho fundamental un mandato de acción y protección que compromete la actuación del Estado para la realización de los mandatos normativos que se desprenden de los dispositivos constitucionales que reconocen los derechos (Böckenförde, 1993, págs. 114 - 115).

A partir de la dimensión objetiva de cada derecho se diseñan marcos normativos, funcionales y procedimentales que debe garantizar la realización de los mandatos constitucionales. Estos marcos normativos y de procedimiento son el presupuesto de realización de los derechos fundamentales en el Estado social y democrático, son complejos y demandan la acción de los diferentes órganos del Estado. Asimismo, considerando el principio democrático que también forma parte de la fórmula política del Estado social y democrático, los procedimientos deben propiciar la participación de la ciudadanía, dado que la misma facilitará el acceso a los bienes básicos que forman parte de los derechos fundamentales sociales. No obstante, no hay que confundir estos procedimientos de participación en la protección de derechos con los procesos jurisdiccionales, puesto que se trata de procedimiento de protección o sentido amplio que incorpora, por ejemplo, instituciones como la defensoría del pueblo, o comisiones de reclamos públicos, etc. (Häberle, Recientes aportes sobre los derechos fundamentales en Alemania, 1994, pág. 52). Así, mediante la adopción de marcos normativos y de procedimiento se afirma el *status activus procesualis* de las personas en la realización de los derechos, particularmente de los derechos fundamentales sociales (Häberle, Los derechos fundamentales en el Estado prestacional, 2019, pág. 82ss), como lo es el derecho a la salud.

Precisamente, en esa línea, el Tribunal Constitucional (TC) peruano ha sostenido que el Estado Social y Democrático que supone una reforma al Estado liberal y, en tanto tal, *asume los fundamentos de éste, pero además imprime funciones de carácter social. Pretende que los principios que lo sustentan y justifican tengan una base y un contenido material* (Sentencia constitucional , 2003). Para el TC la concreción efectiva de la fórmula de Estado Social y Democrático pasa por asegurar condiciones básicas como son: la identificación del Estado con sus fines sociales; el aseguramiento de condiciones materiales mínimas para las personas, y; la determinación de las posibilidades reales del Estado para cumplir con sus fines sociales, con la participación de la ciudadanía, (Sentencia constitucional , 2003). De esa forma, el TC también considera el *status activus procesualis* de los titulares de los derechos fundamentales.

Asimismo, para el TC los derechos fundamentales son derechos subjetivos, pero también constituyen un conjunto de valores o instituciones que dan contenido material al Estado constitucional; se trata de un *orden valorativo objetivo que, en tanto decisión básica jurídico-constitucional, vale para todos los ámbitos del Derecho y proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y la justicia* (Sentencia Constitucional , 2009). De esa forma, acoge la doble dimensión de estos derechos en el ordenamiento constitucional peruano y afirma las obligaciones positivas que tiene el Estado en relación con los derechos fundamentales, para asegurar inicialmente su mínima satisfacción y, progresivamente, su plena realización (Setencia constitucional , 2004). Para medir esto último pueden incluso adoptarse metas cuantificables.

En efecto, la revisión de información observable, como metas cuantificables, para evaluar el estadio de realización de un derecho fundamental de carácter social ha sido asumida por el TC peruano en más de una sentencia; así lo ha hecho respecto a las condiciones de accesibilidad y disponibilidad del derecho a la salud mental para el caso de las personas que debían recibir medidas de seguridad de internamiento (Sentencia Constitucional , 2010). Con base en indicadores de política pública, el TC constató que el estado de los elementos de disponibilidad y accesibilidad de los derechos sociales fundamentales no era constitucional; la información cuantitativa le permitió valorar cómo, a pesar del mandato normativo que dimana del principio de progresividad, el Estado no estaba adoptando acciones concretas y constantes para la realización de los derechos a la salud y a la educación dentro de un plazo razonable. De ahí que haya declarado *“como un estado de cosas inconstitucional, la falta de una política de tratamiento y rehabilitación de la salud mental de personas que se encuentran sujetas a medidas de seguridad de internación por padecer de una enfermedad mental”* y haya ordenado, entre otras acciones, que el Ministerio de Economía y Finanzas adopte las medidas que sean necesarias para incrementar gradualmente el presupuesto destinado al Ministerio de Salud y, particularmente, a los hospitales que atienden la salud mental en el Perú (Sentencia Constitucional , 2010).

Ese es un ejemplo de como a través de datos mensurables es posible verificar cuánto se va avanzado en la realización de los derechos fundamentales o si se está

produciendo una lesión a los mismos debido a la insuficiente adopción de medidas destinadas garantizar su dimensión objetiva (Sentencia Constitucional , 2019). De igual modo, evidencian como esa insuficiente protección de la dimensión objetiva, en casos concretos, conllevan a lesionar la dimensión subjetiva o individual del derecho a la salud. La evidencia que se desprenden de la jurisprudencia del TC, constituye un escenario propicio para identificar el aporte de los ODS, como metas que se descomponen en indicadores cuantificables, a la realización de los derechos fundamentales; en particular, de los derechos sociales como la salud que se alinea con el ODS 3.

La Agenda 2030 y sus ODS –17 Objetivos con 169 metas o indicadores de desarrollo sostenible– constituyen metas adoptadas por los Estados que forman parte del sistema de Naciones Unidas para responder a los desafíos ambientales, políticos, sociales y económicos que enfrenta el mundo y que tendrían que haberse superado en el año 2030 (PNUD, 2015, pág. 3). Los ODS, en palabras del Secretario General de las Naciones Unidas, puede ser considerados un *plan mundial en favor de la dignidad, la paz y la prosperidad para las personas y el planeta, en la actualidad y en el futuro* (Naciones Unidas, 2018, pág. 3)

Los ODS se orientan a mejorar significativamente las condiciones de vida de las todas las personas en el planeta, partiendo del concepto de desarrollo sostenible que es multidimensional al estar conformado por objetivos económicos y sociales, como la lucha contra la pobreza y la sostenibilidad ambiental, pero también compuesto de elementos no materiales como los indicadores de progreso y justicia social vinculados a la igualdad, la paz, la institucionalidad. Los deberes que se derivan de la Agenda 2030 buscan la protección de las personas frente a todo tipo de inseguridad, particularmente la inseguridad material, que actualmente no es solo territorial, sino que se manifiesta a escala planetaria. Asimismo, si bien contemplan la especial atención que requieren las personas en situaciones de vulnerabilidad, los ODS son metas vinculadas a la generalidad de los seres humanos, pues a nivel planetario todos tenemos incapacidad para dominar por nosotros mismos todas las condiciones y prepuestos para una existencia digna (Arango, 2001, pág. 154ss) que garantice, precisamente, la autonomía y capacidad de cada persona. En esa medida, su finalidad coincide con los principios y valores de la Constitución peruana de 1993.

Vale decir, son compromisos asumidos por el Estado peruano que se alinean con su modelo de Estado Social y Democrático.

El Estado peruano, a través del Instituto Nacional de Estadísticas e Informática – INEI y a partir del marco global de indicadores desarrollado por la Comisión de Estadística de las Naciones Unidas, ha desarrollado para el país el *Sistema de Monitoreo y Seguimiento a los indicadores de los Objetivos de Desarrollo Sostenible* (Instituto Nacional de Estadísticas e Informática -INEI, 2020), pero vinculados a las metas que forman parte de la visión del Perú al 2030 (CEPLAN, Informe Nacional Voluntario sobre la implementación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, 2018, págs. 18-20). Sin embargo, como veremos en relación al ODS 3, los avances en cuanto al cumplimiento de los indicadores son limitados.

III El derecho a la salud y los indicadores del ODS 3. El escenario del COVID 19

Como se ha indicado antes, el ODS 3 tiene como finalidad garantizar una vida sana y promover el bienestar de todas las personas en todas las etapas del ciclo de la vida. En esa medida, coincide con el ámbito protegido del derecho fundamental a la salud reconocido en el artículo 7 la Constitución peruana.

En efecto, el mencionado artículo 7 reconoce el derecho a la protección de la salud, y dispone que el Estado cumpla obligaciones de defensa y promoción salud, mientras que el artículo 9 ordena al Estado adoptar política nacional de salud, a manera de correlato con derecho fundamental, que también se encuentra recogido en los artículos 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵ y el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o denominado también “Protocolo de San Salvador”⁶.

La política nacional de salud, a su vez, debe asegurar que el Estado garantice el acceso libre y equitativo a los servicios de salud, con prestaciones descentralizadas. Estas prestaciones, conforme al artículo 11 de la Constitución, puede ser brindadas por entidades públicas, privadas o mixtas. En esa medida, la

⁵ Adoptado el 16/12/1966 en el seno de Naciones Unidas. Ratificado por el Estado peruano el 28/04/1978.

⁶ Adoptado el 17/11/1988 en el seno de la Organización de Estados Americanos. Ratificado por el Estado peruano el 17/05/1995.

política nacional de salud forma parte del complejo marco normativo y de procedimiento para posible, día a día, la doble dimensión del derecho a la salud, dado que es un medio para garantizar las diversas posiciones *iusfundamentales* que se adscriben a dicho derecho. El marco normativo, la institucionalidad y procedimiento en torno al derecho a la salud son concretados también por la Ley 26842–Ley General de salud⁷, la Ley 29344–Ley Marco de aseguramiento universal en salud⁸, y la Ley 29414–Ley de derechos de los usuarios de los servicios de salud⁹.

De acuerdo a la Organización Mundial de la Salud -OMS, la salud debe considerarse como un completo estado de bienestar físico, mental y social y no debe ser considerado solo ausencia de enfermedades. En esa línea, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha considerado el derecho a la salud comprende *"una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano"* (Comité de Derechos Económicos, 2000, pág. parr. 4). De ahí que se le considere un derecho complejo que *"entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias (...) el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud"* (Comité de Derechos Económicos, 2000, pág. parr. 8). En esa medida, se trata de un derecho que exige al Estado que garantice tanto competencias y libertades a los individuos cuanto el acceso a servicio o prestaciones (ALEXY, 1993, pág. 186ss.).

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales también, considera que el derecho a la salud es indispensable para el ejercicio de los otros derechos humanos y que su protección no se debe restringir a la atención de la salud, sino que debe comprender factores básicos que determinan la salud, como son: la

⁷ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 20 de julio de 1997.

⁸ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 8 de abril de 2009.

⁹ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 2 de octubre de 2009.

alimentación, la vivienda, el acceso a agua limpia potable, condiciones de trabajo seguras y sanas, etc. (Comité de Derechos Económicos, 2000). De forma similar se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derecho Humanos, en el Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile, al estimar que se trata de un "derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio adecuado de los demás derechos humanos" (Corte, Sentencia de 8 de marzo de 2018, pág. parr. 118).

De acuerdo a lo sostenido por el TC, el derecho a la salud "comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento; acciones que el Estado debe efectuar tratando de que todas las personas, cada día, tengan una mejor calidad de vida" (Sentencia constitucional, 2004). Para garantizar este derecho el Estado debe invertir en el fortalecimiento y modernización de las entidades que brindan este servicio, así como adoptar e implementar políticas públicas orientadas al logro de dicho objetivo; en efecto, debe desarrollar un conjunto de acciones positivas para evitar que el derecho fundamental sea "un ideal, una entelequia platónica, ni una fórmula vaciada de contenido" (Sentencia Constitucional , 2019).

Para el TC la salud también debe ser considerada un servicio público que debe asegurar que las prestaciones "sean ofrecidas de modo ininterrumpido, constante e integral debido a que está de por medio la protección de derechos fundamentales, como la vida, la integridad y la dignidad humana. De este modo, la protección real y efectiva del derecho a la salud se garantiza mediante prestaciones eficaces, regulares, continuas, oportunas y de calidad, que también sean, simultáneamente universales e integrales" (STC 2480-2008-AA/TC , 2008, pág. f.j 8). En el caso los servicios sean prestados por tercero, el Estado debe prever mecanismos de supervisión y fiscalización estatal de las instituciones de salud, tanto públicas como privadas (Corte, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 28, 2020, pág. 17).

El TC, el Comité y la Corte Interamericana de Derecho humanos (Corte, Sentencia de 8 de marzo de 2018, pág. parr. 121) coinciden en sostener que el ámbito protegido del derecho a la salud supone los elementos esenciales de disponibilidad,

accesibilidad, aceptabilidad y calidad. El primero de ello, la **disponibilidad**, obligación al Estado a contar con un número suficiente de establecimientos, bienes, programas, servicios públicos con agua potable y condiciones sanitarias adecuadas, así como suficiente personal médico y sanitario capacitado y correctamente remunerado (Sentencia Constitucional , 2012). La **accesibilidad** a los establecimientos y servicios de salud exige que se ubiquen a una distancia geográfica razonable, que no haya discriminación y que los mismos estén al alcance económico de todas las personas (Sentencia Constitucional , 2008). La **aceptabilidad** exige que la prestación del servicio de salud respete la ética médica y guarde la confidencialidad; estos servicios, además deben ser adecuados culturalmente e incorporar las perspectivas de género y respeto de las diferentes etapas del ciclo vida. La calidad, finalmente, supone que los establecimientos, bienes, programas, servicios de salud sean apropiados desde la perspectiva científica; así, se requiere contar con personal sanitario capacitado, con instrumental científicamente aprobado y acceso a condiciones sanitarias adecuadas, de manera que el servicio sea inofensivo para la salud de los pacientes (Sentencia Constitucional , 2016).

Sin embargo, cuando la Pandemia Covid 19 empezó a desarrollarse en el Perú, el Estado peruano no necesariamente venía cumpliendo con garantizar, a todas las personas, el acceso a servicios, de calidad y suficiente, para la prevención y reparación de la salud. Un ejemplo de esta situación y de cuál era el nivel de protección del derecho a la salud buscó ser explícita de forma ostensible en el discurso del Presidente de la República ante el Congreso el 28 de julio de 2020 cuando indicó que en marzo de 2020, al declararse la emergencia sanitaria en el país, el Perú se contaba solo con 3 mil camas hospitalarias y 100 camas en Unidad de Cuidados Intensivo - UCI¹⁰ (Mensaje del Presidente a la República al Congreso de la República , s.f., pág. 3), para brindar la prestación del servicio hospitalario a los más de 32 millones habitantes que tiene el Perú (INEI, 2020). Actualmente, el Poder

¹⁰ En concreto el Presidente de la República señaló que "En un esfuerzo conjunto de las instituciones públicas de salud, los gobiernos regionales y el sector privado logramos multiplicar por 6 la disponibilidad de camas hospitalarias pasando de 3 mil a 18 mil camas para la atención de casos COVID-19. De igual forma, hemos logrado multiplicar la disponibilidad de camas UCI pasando de 100 al inicio de la pandemia a 1500 camas en la actualidad".

Ejecutivo ha reportado que se cuenta con 2020 camas UCI, asimismo ha reportado mejoras en cuando a la provisión de oxígeno, dado que hemos pasado de 63 plantas con capacidad de producir 40 toneladas diarias, a contar con 220 plantas en todo el país, más donaciones privadas e importaciones de Chile y Ecuador, obteniéndose 220 toneladas diarias (Gobierno del Perú, 2021, pág. 7).

Esas cifras pueden ser leídas en conjunto con los avances de los indicadores previstos para informar sobre el ODS 3; tal lectura conjunta, da cuenta del estado de protección que se daba en el Perú al derecho a la salud en marzo de 2020, cuando se inició la pandemia. El Sistema de Monitoreo y Seguimiento de los Indicadores de los ODS (Instituto Nacional de Estadísticas e Informática -INEI, 2020) incluye solo información hasta el año 2018 y es desigual en relación con los cuatro elementos esenciales del derecho a la salud –disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad– o, en el mejor de los casos, no es posible verificar una progresión significativa entre año y año. A manera de ejemplo se presenta algunos de ellos:

Cuadro 1

Meta 3.1 Reducir la tasa mundial de mortalidad materna a menos de 70 por cada 100000 nacidos vivos.

Indicador 3.1.2 Proporción de partos atendidos por personal sanitario especializado (en porcentaje)

	2000	2006	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
NACIONAL													
Nacional	59.3	71	79.4	82.5	83.8	85	86.7	89.1	90	91.6	92.4	93.6	93.7
ÁREA DE RESIDENCIA													
Urbana	85	91.9	94.6	94.4	95	96	95.7	97.3	97.1	97.7	98.2	98.4	98.5
Rural	28.7	44.9	56.5	61	63.7	64.4	69.6	71.3	73.1	75	76.9	80	79.8
REGIÓN NATURAL													
Lima													
Metropolitana	94.3	-	-	-	-	99	99.2	99.7	99	99.3	99.5	99.6	99.5
Resto Costa	77	-	-	-	-	93.9	93.2	94.5	96	96.1	97.3	98	97
Sierra	38.3	-	-	-	-	79.3	80.9	84.2	85.7	89.2	90.1	92.4	91
Selva	41.6	-	-	-	-	63.1	72.4	73	73.6	76.3	77.9	78.2	83.2

Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática - Encuesta Demográfica y de Salud Familiar (ENDES)

En relación al indicador del cuadro 1, la reducción de la mortalidad materna es constante y progresiva, desde el año 2000, y supone atención de los elementos de

accesibilidad y disponibilidad de los servicios de salud, y como la atención es a nivel nacional incluye servicios culturalmente adecuados, por lo que también es reflejo de la atención de la asequibilidad. Sin embargo, aunque el indicador es alto, el número es menor en relación con la accesibilidad en condiciones de igualdad para las mujeres que viven en las zonas rurales del país, así en relación con las mujeres que viven en la sierra y selva del Perú. El elemento calidad, podría también estar involucrado en este indicador porque la disminución de las muertes maternas también podría atribuirse a servicios de salud apropiados.

Cuadro 2

Meta 3.2 Poner fin a las muertes evitables de recién nacidos y niños menores de 5 años, logrando que todos los países intenten reducir la mortalidad neonatal al menos a 12 por cada mil nacidos vivos y la mortalidad de los niños menores de 5 años al menos a 25 por cada mil nacidos vivos.

Indicador 3.2.2 Tasa de mortalidad neonatal por cada mil nacidos vivos

	2000	2006	2007 / 2008	2009	2010	2011	2011 / 2012	2013	2014	2014 / 2015	2016 / 2017	2017 / 2018
NACIONAL												
Nacional	18	13	10	11	9	8	10	11	10	10	10	10
ÁREA DE RESIDENCIA												
Urbana	14	11	8	10	8	6	8	10	9	10	9	9
Rural	24	16	14	13	11	13	11	11	13	11	11	13

Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática - Encuesta Demográfica y de Salud Familiar (ENDES)

El cuadro 2, a diferencia del cuadro anterior, muestra un indicador que se ha mantenido sin cambios en los últimos ocho años. Se trata de una tasa que, considerando el área de residencia, no pone de manifiesto mayores diferencias en cuanto a los elementos de disponibilidad y accesibilidad a los servicios de salud neonatales.

Cuadro 3

Meta 3.3 Poner fin a las epidemias del Sida, la tuberculosis, la malaria y las enfermedades tropicales desatendidas y combatir la hepatitis, las enfermedades transmitidas por el agua y otras enfermedades transmisibles.

Indicador 3.3.2 Incidencia de la tuberculosis por cada 100 mil habitantes

2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
NACIONAL																		
154	145	139	122	120	94	86	82	86	82	79	90	83	79	76	73	71	69	68

Fuente: Ministerio de Salud (MINSA) - Dirección General de Intervenciones Estratégicas en Salud Pública - Elaboración: Instituto Nacional de Estadística e Informática.

La prestación de servicios de salud, que involucran la atención médica provisión de medicinas para el tratamiento de la tuberculosis, ciertamente ha tenido mejoras sostenidas durante la última década. Tal mejora está vinculada de la protección de los elementos de los cuatro elementos del derecho a la salud: la disponibilidad, accesibilidad, calidad -dado que la mejora podría deberse también a que los servicios son prestados de manera apropiada desde el punto de vista científico- y aceptabilidad.

Cuadro 4

Meta 3.3 Poner fin a las epidemias del Sida, la tuberculosis, la malaria y las enfermedades tropicales desatendidas y combatir la hepatitis, las enfermedades transmitidas por el agua y otras enfermedades transmisibles.

Indicador 3.3.3 Incidencia de la malaria por cada 100 mil habitantes

2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
NACIONAL																		
220	328	321	293	298	316	216	180	146	126	100	77	105	160	212	203	180	174	141

Fuente: Ministerio de Salud (MINSA) - Centro Nacional de Epidemiología, Prevención y Control de Enfermedades. Elaboración: Instituto Nacional de Estadística e Informática.

La prestación de servicios de salud, que involucran la prevención y atención médica de la malaria ha tenido una evolución irregular en torno a su prevalencia en la última década, aunque en los últimos dos años experimenta una ligera mejora. No obstante, tales tendencias no permiten identificar qué elementos esenciales del derecho a la salud se encuentran concernidos.

Cuadro 5

Meta 3.4 Reducir en un tercio la mortalidad prematura por enfermedades no transmisibles mediante su prevención, tratamiento, y promover la salud mental y el bienestar.

Indicador 3.4.1 Tasa de mortalidad atribuida a las enfermedades cardiovasculares, el cáncer, la diabetes o las enfermedades respiratorias crónicas (porcentaje de defunciones)

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
NACIONAL										
Nacional	54.4	55.3	55.2	55.7	56.6	56.4	58.7	58.9	58.5	51.8

Fuente: Ministerio de Salud (MINSA)- Oficina General de Tecnologías de la Información

El indicador descrito en el cuadro 5 no evidencia avances, es una tendencia irregular desde el año 2008 y en algunos años las muertes de las personas que padecen las enfermedades que describe, sobrepasa el 50%. En esa medida, estamos frente a una problemática que afecta el derecho a la salud, cuya mejora demanda del Estado peruano la protección conjunta de los cuatro elementos esenciales derecho a la salud, así como también de los factores sociales que determinan la salud.

Cabe mencionar que este indicador tiene especial relevancia en relación con la enfermedad Covid 19, porque se trata de enfermedades que pueden condicionar una mala evolución de la enfermedad, pudiendo llevar al fallecimiento. De ahí que hacia adelante sea importante el acceso y disponibilidad de medicina preventiva de este tipo de enfermedades.

Cuadro 6

Meta 3.8 Lograr la cobertura sanitaria universal, incluida la protección contra los riesgos financieros, el acceso a servicios de salud esenciales de calidad y el acceso a medicamentos y vacunas inocuos, eficaces, asequibles y de calidad para todos.

Indicador 3.8.1 Proporción de la población con seguro de salud (en porcentaje).

	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
NACIONAL															
Nacional	37.3	36.2	38.3	42.1	53.7	60.5	63.5	64.5	61.9	65.5	69	73	75.8	76.4	76.5
ÁREA DE RESIDENCIA															
Urbana	40.5	38.7	40.1	43.1	50.9	56.6	59	59.6	58.5	62.3	66.2	70.3	73.5	74.2	74
Rural	29.9	30.3	33.9	39.4	61	71.1	75.9	78.4	71.8	75.1	77.7	81.6	83.4	84	85.3

Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática - Encuesta Nacional de Hogares (ENAH0)

En relación con el indicador presentado en el cuadro 6, no cabe duda que el Estado peruano de prestado especial atención a los elementos de disponibilidad y accesibilidad del derecho a la salud, dado que el porcentaje de población que cuenta con un seguro de salud. Incluso, a diferencia de lo que sucede con otros indicadores, son las personas que residen en el área rural quienes progresivamente han experimentado avances. Sin embargo, no la pandemia ha desnudado los déficits de real disponibilidad, así como de la aceptabilidad y calidad de la prestación de los servicios. Considerando que al 22 de mayo de 2021 el Estado peruano sinceró la cifra total de fallecidos por covid-19, alcanzándose el número de 180 764.

Cuadro 7

Meta 3.C Aumentar considerablemente la financiación de la salud y la contratación, el perfeccionamiento, la capacitación y la retención del personal sanitario en los países en desarrollo especialmente en los países menos adelantados y los pequeños Estados insulares en desarrollo.

Indicador 3.C.1 Número de médicos colegiados por cada 10 mil habitantes

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
NACIONAL									
Nacional	17	16	17	21	21	22	22	23	26
DEPARTAMENTO									
Amazonas	6	6	6	6	6	6	6	6	6
Áncash	9	9	10	11	12	12	12	13	24
Apurímac	8	9	10	10	12	11	10	10	11
Arequipa	32	31	32	38	39	40	41	42	17
Ayacucho	6	6	6	6	6	6	6	6	8
Cajamarca	4	4	4	5	5	5	5	5	3
Prov. Const. del Callao	18	19	19	22	21	21	21	20	9
Cusco	12	12	13	14	15	16	17	18	45
Huancavelica	5	5	6	6	5	5	6	6	6
Huánuco	5	5	6	7	8	8	8	8	9
Ica	22	21	22	25	24	25	25	25	37
Junín	12	11	12	13	13	13	14	14	16
La Libertad	17	16	18	22	23	24	26	28	31
Lambayeque	14	13	14	17	17	19	19	21	18
Lima	28	27	29	38	37	38	39	40	44
Loreto	7	7	7	9	8	9	9	9	10
Madre de Dios	12	13	13	13	14	13	13	13	13
Moquegua	15	15	15	16	15	16	16	17	18
Pasco	7	7	8	7	7	7	7	7	9

Piura	7	7	7	9	9	10	10	11	14
Puno	7	7	7	8	8	8	9	10	11
San Martín	4	5	5	5	5	5	6	6	13
Tacna	24	23	25	28	28	30	30	31	33
Tumbes	8	8	8	9	8	8	8	8	9
Ucayali	6	6	6	7	7	8	8	9	10

Fuente: Colegio Médico del Perú.

Elaboración: Instituto Nacional de Estadística e Informática

Finalmente, el cuadro 7 se corresponde con el indicador que da cuenta tanto de la disponibilidad del derecho a la salud cuanto de la calidad, debido a que la prestación de servicios debe tener suficientes médicos para garantizar la prestación adecuada del servicio. Para la prestación de servicios esenciales de salud, la OMS señala que se requieren alrededor de 23 médicos por 10 mil habitantes, por lo que el Perú estaría dentro de lo esperado. Sin embargo, este promedio nacional encubre la desigual distribución de médicos en los diferentes departamentos del país, donde solo cuatro departamentos –Lima, Cusco, Ica y La Libertad– cuenta con más de 30 médicos por cada 10 mil habitantes, como puede apreciarse en el cuadro.

La revisión de alguno de los 27 indicadores del ODS 3 permite verificar que los niveles de avance son irregulares y limitados, como también lo es la protección del derecho a la salud. De ahí que no fuera extraño que, en relación con otros ODS 3, el Informe de Desarrollo Sostenible 2019, elaborado para Bertelsmann Stiftung y la Red de Soluciones de Desarrollo Sostenible, señale que el avance realizado por el Perú es moderado y que, de momento, es insuficiente para alcanzar la meta en el año 2030. (Sachs, 2019).

Dicha insuficiencia se agrava si se considera que los 27 indicadores previstos para el ODS3, diez de ellos, vinculados a la disponibilidad y calidad, no cuentan con información. Paradójicamente, esta falta de información también es relevante para entender la preparación del Estado peruano para enfrentar la actual pandemia; así, por ejemplo, no hay información sobre la asistencia oficial para el desarrollo de la investigación médica y la atención sanitaria básica (3.b.2), ni tampoco sobre la proporción de centros de salud que cuentan, de manera sostenible, con el conjunto básico de medicamentos esenciales asequibles (3.b.3) o sobre la capacidad del

sistema de salud peruano, caracterizado en el Reglamento Sanitario Internacional, para prepararse para emergencias de salud (3.d.1).

La actual pandemia ocasionada por el virus SARS-CoV-2, que ocasiona la enfermedad Covid 19, no es solo una crisis de carácter sanitario, como señala Ignacio Ramonet, se trata un hecho social total porque "convulsiona al conjunto de las relaciones sociales y conmociona a la totalidad de los actores, de las instituciones y de los valores" (Ramonet, 2020, pág. 1). Sin embargo, esta convulsión alcanza niveles dramáticos en sociedad como la peruana que es profundamente desigual (Villasante, 2020), donde el Estado desde hace varias décadas no ha venido asumiendo sus deberes en torno al derecho a la salud, muestra de ello es que actualmente el número de personas fallecidas en el Perú asciende a 180764. Esa cifra da cuenta del sufrimiento experimentado desde marzo de 2020, pero también hace que el Perú exhiba el mayor número de fallecimientos por covid-19 en el mundo. Así, considerando que tiene aproximadamente 32 millones de habitantes, se han producido alrededor de 500 fallecidos por cada 100.000 habitantes.

Tal nivel de expansión se debe también a los niveles de desigualdad y precariedad del sistema de salud. Ciertamente, en cuanto al contagio entre seres humanos el virus SARS-CoV-2 no distingue, pero su desarrollo en sociedades desiguales sí lo hace. La sociedad peruana, como sociedad latinoamericana, reproduce esta característica "histórica y estructural (...) y se ha mantenido y reproducido incluso en períodos de crecimiento y prosperidad económica" (Comisión Económica para América Latina y el Caribe - CEPAL, 2019, pág. 14), para agravar la vulnerabilidad de aquellas personas que, desde antes de la Pandemia, ya se encontraban en situación de desventaja.

Reflexiones finales

El ODS 3 se alinea con el ámbito de protección del derecho a la salud; en consecuencia, los déficits de cumplimiento de los indicadores de este ODS impactan directamente en dicho derecho fundamental. De ahí que el arribo de la pandemia Covid 19 el escenario de protección el derecho a la salud por parte del Estado peruano fuera limitado y esto ha contribuido a la forma dramática en la que se ha desplegado

la pandemia, afectando de manera desigual y de forma más grave a las personas en situación de vulnerabilidad.

Si al arribo de la pandemia, los avances en el cumplimiento del ODS 3 y de los otros componentes de la Agenda 2030 hubiesen sido mayores, el Perú habría estado en mejor posición para prevenir y en su caso afrontar la crisis sanitaria, social y económica que sufrimos. De ahí que habría tomar dicha agenda y sus ODS como una guía u hoja de ruta afrontar los retos sanitarios y la reformulación de los marcos normativos e institucionales para la realización de derechos fundamentales sociales y la construir una sociedad con mayor justicia material. De esa forma, a pesar del dolor ocasionado, la pandemia puede ser una oportunidad para el cambio.

Bibliografía

Abendroth, W. (1986). El Estado de Derecho democrático y social. En VV.AA, *El Estado social* . Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

ALEXY, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEC.

Arango, R. (2001). Protección Nacional e internacional de los derechos humanos sociales. En VV.AA, *Ciudadanía y derechos humanos sociales*. Medellín: Instituto Sindical de Cooperación al Desarrollo - Junta de Andalucía.

Böckenförde, E.-W. (1993). *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden - Baden : Nomos Verlagsgesellschaft.

CEPLAN, C. N. (2 de Mayo de 2017). Directiva N° 001-2017-CEPLAN/PCD. *Directiva para la Actualización del Plan Estratégico de Desarrollo Nacional (2 de mayo de 2017)*. Lima, Lima, Perú: CEPLAN.

CEPLAN, C. N. (2018). *Informe Nacional Voluntario sobre la implementación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Lima: CEPLAN.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe - CEPAL. (2019). *Panorama Social de América Latina* . Santiago: Naciones Unidas.

Comité de Derechos Económicos, s. y. (2000). *Observación General N° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*.

Corte, I. (2020). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 28*. San Jose de Costa Rica.

Corte, I. (Sentencia de 8 de marzo de 2018). *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. San José de Costa Rica.

Ferrajoli, L. (2001). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. 2da Ed. Madrid: Trotta.

Gobierno del Perú. (2021). *Informe a los seis meses de gestión del Gobierno de Transición y Emergencia*. Lima.

Häberle, P. (1994). Recientes aportes sobre los derechos fundamentales en Alemania. *Pensamiento Constitucional*, 45 - 60.

Häberle, P. (2003). *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Dykinson.

Häberle, P. (2019). *Los derechos fundamentales en el Estado prestacional*. Lima: Palestra.

INEI, I. N. (2020). *Perú tiene una población de 32 millones 131 mil 400 habitantes al 30 de junio del presente año*. Lima: INEI. Obtenido de

<http://m.inei.gov.pe/prensa/noticias/peru-tiene-una-poblacion-de-32-millones-131-mil-400-habitantes-al-30-de-junio-del-presente-ano-11659/>

Instituto Nacional de Estadísticas e Informática -INEI. (2020). *Sistema de monitoreo y seguimiento a los indicadores de los Objetivos de Desarrollo Sostenible*. Obtenido de <http://ods.inei.gov.pe/ods/objetivos-de-desarrollo-sostenible>

Landa, C. (1994). *Apuntes para una teoría democrática moderna en América Latina*. Lima: Fondo Editorial PUCP - Maestría en Derecho Constitucional .

Mensaje del Presidente a la República al Congreso de la República . (s.f.).

Presidencia de la República - Plataforma Digital Única del Estado Peruano.

Obtenido de

https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1057525/Mensaje_a_la_Nacion_28_de_Julio_2020.pdf

Naciones Unidas, O. (2018). *Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible*. Nueva York: Naciones Unidas.

Pérez Luño, A. (2001). *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*. Madrid: Tecnos 7ª ed.

PNUD, P. d. (2015). *Objetivos de Desarrollo Sostenible* . Obtenido de <http://www.undp.org/content/undp/es/home/librarypage/corporate/sustainable-development-goals-booklet.html>

Ramonet, I. (2020). La pandemia y el sistema-mundo. *Le Monde Diplomatique en Español*. <https://mondiplo.com/la-pandemia-y-el-sistema-mundo>, 1-33.

República, L. (agosto de 2020). Casos confirmados y muertes por coronavirus en Perú. *La República*. Obtenido de <https://data.larepublica.pe/envivo/1552578-casos-confirmados-muertes-coronavirus-peru>

Sachs, J. S.-T. (2019). *Informe de desarrollo sostenible*. Obtenido de Sustainable Development Report Dashboards 2019. Transformations to Achieve the Sustainable Development Goals: <https://dashboards.sdgindex.org/#/PER>

Sarlet, I. (2019). *La eficacia de los derechos fundamentales*. Lima: Palestra.

Sentencia constitucional , Expediente N° 0008-2003-AI/TC (Tribunal Constitucional del Perú 11 de noviembre de 2003).

Sentencia Constitucional , Expediente N° 976-2001 (Tribunal Constitucional del Perú 13 de marzo de 2003).

Sentencia Constitucional , Expediente N° 05842-2006-PHC/TC (Tribunal Constitucional Peruano 7 de Noviembre de 2008).

Sentencia Constitucional , Expediente N° 01412-2007-PA/TC (Tribunal Constitucional Peruano 11 de Febrero de 2009).

Sentencia Constitucional , Expediente N° 03426-2008-PHC/TC (Tribunal Constitucional Peruano 26 de Agosto de 2010).

Sentencia Constitucional , Expediente N° 003-2010-PI/TC (Tribunal Constitucional Peruano 10 de Abril de 2012).

Sentencia Constitucional , Expediente N° 00853-2015-PA/TC (Tribunal Constitucional Peruano 14 de Marzo de 2017).

Sentencia Constitucional , 00194-2014-PHC/TC (Tribunal Constitucional Peruano 30 de Abril de 2019).

Sentencia constitucional, Expediente N° 2916-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional Peruano 5 de Octubre de 2004).

Setencia constitucional , Expediente N° 2016-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional Peruano 5 de octubre de 2004).

Setenencia Constitucional , 03228 2012-PA/TC (Tribunal Constitucional Peruano 10 de Mayo de 2016).

STC 2480-2008-AA/TC (Tribunal Constitucional 11 de 07 de 2008).

Vázquez, R. (2019). *Teorías contemporáneas de la justicia. Introducción y notas críticas*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM - Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétalo.

Villasante, M. (18 de agosto de 2020). El epicentro del Covid 19 en las Américas y la recesión mundial. *Boletín IDEHPUCP*. Obtenido de https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/el-epicentro-del-covid-19-en-las-americas-y-la-recesion-mundial/?utm_source=IDEH+NOVEDADES+Instituto+de+Democracia+y+Derechos+Humanos&utm_campaign=c2b6eca0fd-EMAIL_CAMPAIGN_2018_07_02_10_31_COPY_01&utm_mediu

12. LIMITES E CONTROLE DOS GASTOS COM A DÍVIDA PÚBLICA: UMA QUESTÃO DE JUSTIÇA FISCAL E ORÇAMENTÁRIA

LIMITS AND CONTROL OF PUBLIC DEBT EXPENDITURE: A QUESTION OF FISCAL AND BUDGETARY JUSTICE



<https://doi.org/10.36592/9786587424941-12>

Marco Antonio Kurrle¹

Octavio Campos Fischer²

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O endividamento público sem um devido controle e limitações, em razão dos gastos financeiros com o pagamento de juros altos e amortizações da dívida, acarreta impactos diretos na contraprestação do Estado quanto à materialização dos direitos fundamentais.

Desde a implementação do Plano Real a partir da metade da década de 90 houve uma explosão do endividamento público gerando a necessidade de uma quantidade maior de recursos para o pagamento de juros avassaladores e amortização da dívida pública. Esse cenário além de acarretar um aumento significativo na carga tributária para os contribuintes também trouxe impactos em toda a vida socioeconômica do país, principalmente na qualidade da contraprestação estatal.

A atividade financeira do Estado é de fundamental importância para a concretização dos ideais da República, para cumprir com o compromisso assumido

¹ Bolsista PROSUP-CAPES - Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia (Linha 1 de Pesquisa: Constituição e Condições Materiais da Democracia) pelo Programa de Pós-graduação em Direito do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UNIBRASIL/PR. Membro do Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional - NUPECONST - UNIBRASIL/PR. Integrante do Projeto de Pesquisa: Direito Administrativo e Estado Sustentável: Administração Pública e inovação em prol da realização dos direitos fundamentais - UNIBRASIL/PR. Integrante do Projeto de Pesquisa Compras Públicas Inovadoras - UNICURITIBA/PR. Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar - IDRFB (2018/2019). Especialização em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar - IDRFB (2019/2020). Formação em Direito pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA (2018).

² Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. É Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre e Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (2002). É professor de Direito Tributário do PPGD (Mestrado e Doutorado) e da Graduação em direito do Unibrasil

na Constituição de 1988, que possibilite a população, através de uma política orçamentária bem estruturada o acesso a serviços públicos de qualidade e fruição de seus direitos fundamentais, especialmente os de cunho social. A arrecadação tributária tem por destinação cumprir com essa função social do tributo e possibilitar que com os recursos públicos o Estado consiga efetivamente atingir os anseios da sociedade de acordo com as determinações jurídico-constitucionais.

No entanto, a falta de maiores critérios e controle da dívida pública por parte do Poder Executivo e Legislativo, bem como frente à ampla autonomia do Banco Central que não está submetido à gestão fiscal da Lei de Responsabilidade Fiscal, acarreta sérios entraves na política pública fiscal e orçamentária. Nesse sentido a função de reguladora e de justiça distributiva do orçamento acaba por não conseguir dar conta de distribuir riqueza e renda e favorecer de modo significativo para a redução das desigualdades sociais e regionais.

Enquanto não houver a redução dos juros da dívida pública a patamares mais civilizados e algum modo de vincular o Banco Central a uma gestão fiscal de acordo com a Lei 101/2000. Enquanto não existirem critérios mais objetivos para definição dos limites globais da dívida pública e o uso do produto fiscal arrecadado nesse sentido. Os recursos públicos ficarão a margem da ampla discricionariedade administrativa. Submetendo-se as leis orçamentárias ao crivo de critérios de conveniência e oportunidade do Presidente da República e ao Senado Federal sem maior observância da função social do tributo. Dificilmente se conseguirá reverter essa situação em prol de uma justiça fiscal e orçamentária.

2 A POLÍTICA ORÇAMENTÁRIA NO CONTEXTO DOS OBJETIVOS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Em que pese à atividade financeira do Estado seja de suma importância para a consecução de seus fins e atingir os anseios e objetivos da República, os estudos do direito tributário não raro passam ao largo de informações concretas e empíricas quanto ao contexto global das finanças públicas. Sobretudo ao manto da ideia amplamente disseminada de que a carga tributária no Brasil é uma das mais elevadas do mundo, sem, contudo, se dar conta de como é distribuída esta carga

tributária, como são exatamente absorvidos os gastos públicos e de que modo se dá a destinação efetiva do produto fiscal arrecadado.

Nessa toada Marciano Seabra de Godoi apresenta a ideologia do "*libertarismo fiscal*" divulgada pelos meios de comunicação em geral, que num impulso midiático traz à tona de modo efervescente, no senso comum dos brasileiros, o pensamento de que "o tributo foi no passado e continua sendo no presente", "apenas um fantástico instrumento de domínio, por parte dos governantes", de modo a transformar o "tributo por excelência, veiculado por norma de rejeição" e que sua absorção se dá pela "ineficiência da máquina pública e pela voracidade dos políticos corruptos". Tratando-se tão somente de sanha arrecadatória contumaz³.

Mas a *contrario sensu*, a tese libertarista não se coaduna com a realidade, visto que desconsidera o fato de que os direitos fundamentais principalmente de cunho prestacional, necessitam de recursos advindos da arrecadação tributária para que possam ser materializados. De modo que à tese não se sustenta por andar na contramão dos princípios e fundamentos jurídico-constitucionais.

Perceba-se nesse ponto que a arrecadação tributária tem uma função social plasmada na Carta Constitucional, considerando-se que "a atividade financeira do Estado (da qual o tributo é o elemento central) deve ser vista como um instrumento de transformação social necessário para conferir e preservar a legitimidade do regime político e dar eficácia aos direitos constitucionais dos cidadãos". Outrossim, acentue-se que não devem ser vistos como "4.

Revela-se desse modo que para dar cumprimento ao compromisso assumido na CF/88, de assegurar o exercício dos direitos sociais como educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância (art. 6.º) e os direitos individuais (preâmbulo e art. 5.º e incisos) e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3.º), a bem da verdade, a atividade tributária precisa ser vista não como simples fonte arrecadatória de recursos para o Estado, mas compreendida como meio principal de atingimento dos objetivos

³ GODOI, Marciano Seabra de. "Finanças públicas brasileiras: diagnóstico e combate dos principais entraves à igualdade social e ao desenvolvimento econômico". RFPTD – Revista de Finanças Públicas Tributação e Desenvolvimento. v. 5, n. 5, 2017. p. 2. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfptd/article/view/25565>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

⁴ *Ibidem*, p. 5.

fundamentais da República, ou seja -, nos termos do art. 3.º e incisos da Constituição Federal – como instrumento apto a “construir uma sociedade livre, justa e solidária. Posto isso, deflagra-se a importância da atividade financeira do Estado, onde o orçamento público apresenta três funções principais: a política, a econômica e a reguladora. Por meio das quais a Política Orçamentária ganha corpo para atingir seus objetivos mais relevantes, quais sejam: “a) assegurar ajustamentos na alocação de recursos; b) conseguir ajustamentos na distribuição da renda e da riqueza e; c) garantir a estabilidade econômica”⁵.

Nesse prisma o orçamento realiza sua função política quando inserido na independência e harmonia entre os Poderes da União, que segundo dispõe o art. 2º da Constituição são independentes e harmônicos entre si, o que possibilita o controle entre os poderes por meio do sistema de freios e contrapesos:

“A condição primeira para a execução de uma despesa pública é a permissão na lei de meios ou na que autorize a abertura de créditos adicionais ao orçamento já em execução. Ao Poder Executivo compete elaborar a proposta orçamentária, sugerindo as ações governamentais a serem implementadas no ano subsequente; ao Legislativo, por seu turno, cabe atuar como freio e contrapeso, contendo a voracidade do fisco e autorizando, ou não, as despesas idealizadas pelo Executivo”⁶.

Por sua vez, quando o Estado age de maneira interventiva provocando alterações no cenário econômico do país, sob um aspecto econômico procura através do orçamento público à manutenção da estabilidade econômica – enquanto função estabilizadora, buscando neutralizar os efeitos dos ciclos econômicos, gerado pelo sistema capitalista.

Sendo que ao exercer este papel, por meio da política fiscal acaba visando também, o atingimento de quatro outros fins: a “manutenção de elevado nível de

⁵ FURTADO, José de Ribamar Caldas. “A função reguladora do orçamento”. Revista Interesse Público, v. 11, n. 54, 2009, Belo Horizonte, Fórum, p. 303-307. Disponível em: <<http://dspace.xmlui/bitstream/item/6219/PDllexibepdf.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 9 jul. 2013.

⁶ Ibidem, p. 303.

emprego, estabilidade nos níveis de preços, equilíbrio no balanço de pagamento e razoável taxa de crescimento"⁷.

Além disso, Furtado pontua que a função econômica se manifesta quando ocorre equilíbrio (receitas iguais às despesas) o que parece ser a técnica mais recomendada "em tempos de crescimento de endividamento público", "como meio de se chegar ao equilíbrio"⁸.

Com outro viés a técnica do "déficit (receitas menores que as despesas) é adotada em épocas de desemprego dos meios de produção, oportunidade em que o Estado deve injetar recursos extras na economia de forma a aquecê-la". Já no caso do "superávit (receitas maiores que as despesas) recomenda-se nos períodos de crescimento da renda nacional, possibilitando ao Poder Público efetuar poupança"⁹.

Para o autor no que tange a política orçamentária no Brasil, a função reguladora é a mais nobre posto que "através dela é que o orçamento faz a ponte entre os tributos pagos pelos cidadãos e as contraprestações oferecidas pelo Estado". Exercendo um papel de justiça distributiva, financiando serviços públicos aos menos favorecidos e visando a distribuição de riquezas¹⁰.

Pelo que se pode ver, trata-se de uma medida de isonomia e justiça social, da qual se extrai por consequência uma medida de justiça orçamentária. Igualdade esta que nas palavras de Rui Barbosa em sua Oração aos Moços representa tratar os iguais na medida da sua igualdade e os desiguais na medida de sua desigualdade, *ipsis litteris*:

"A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a

⁷ GIACOMONI, James. Orçamento Público. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 26.

⁸ FURTADO, José de Ribamar Caldas. Op. cit., p. 304.

⁹ Idem.

¹⁰ Idem.

norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem"¹¹.

Levando a cabo, então, o previsto no art. 165, § 7º da Constituição Federal, no qual ficou atribuído à função de redução das desigualdades inter-regionais às leis orçamentárias, José Maurício Conti vislumbra que o constituinte quis "fazer das leis orçamentárias instrumentos no sentido de buscar a aplicação do princípio da igualdade insculpido no art. 5º da Constituição relativamente ao aspecto espacial, para o fim de melhorar as condições de vida das regiões mais pobres do país"¹².

Mas acontece que a busca por se atingir esta igualdade e atingir os objetivos do Estado que possibilitem a plena fruição dos direitos fundamentais pela população, não se opera sem custos. Os recursos são escassos e as demandas da sociedade só se agigantam, sendo que os recursos oriundos das exações tributárias é que sustentam este arcabouço de prestações e obrigações estatais, os quais passarão a fazer parte das dotações orçamentárias.

É pela via do orçamento que função distributiva do Estado se opera, travando-se um debate na política orçamentária ao definir quais serão as prioridades a serem escolhidas e quais os segmentos sociais serão subsidiados prioritariamente, tendo em vista serem os mais carentes de recursos no seio de toda sociedade.

Por assim dizer, é nesse momento em que são tomadas as decisões políticas, tanto orçamentárias quanto fiscais, para definir a destinação dos recursos públicos, onde se configura o dever precípua do Estado de focar na redistribuição de riquezas entre os diversos segmentos da sociedade, de modo a atingir com o máximo de eficiência e da melhor maneira possível à justiça social e isonomia de tratamento entre os administrados.

Nessa toada, Ricardo Lobo Torres enaltece que a função distributiva do Estado pela via do orçamento transforma-se em instrumento de desfazimento do efeito

¹¹ BARBOSA, Rui. Oração aos Moços. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5 ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf>. Acesso em: 25 de jul. 2020.

¹² CONTI, José Maurício. O Direito Financeiro na Constituição de 1988. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 85.

capitalista de concentração de riquezas, o que no seu entendimento significa afirmar que “no Estado Democrático e Social de Direito a redistribuição de rendas encontra a sua mais expressiva fonte no orçamento público [...]”¹³.

Acerca do assunto Julio Cesar Santiago reforça a ideia de que “o Direito Tributário vai buscar fora de si o seu objetivo eis que visa permitir a implementação de políticas públicas e a atualização dos programas e do planejamento governamental”¹⁴.

Não é outro, senão esse o motivo pelo qual, Fernando Borges Mânica assevera em especial que os direitos fundamentais que requerem uma prestação em sentido *estricto*, ou seja, os denominados direitos fundamentais de cunho social, “dependem para sua efetivação de uma atuação material direta do Estado, a qual requer investimentos e previsão orçamentária”. Eis que se trata de um dever estatal, o princípio da supremacia do interesse público, um valor axiológico e ético a ser cumprido pelo Estado na busca de alcançar os objetivos republicanos, com isso almeja-se o atingimento da justiça social¹⁵.

Acontece que no Brasil o orçamento público não é impositivo. O que significa dizer que o Poder Executivo não fica a ele totalmente atrelado. De modo que, com base em critérios de conveniência e oportunidade, em que pese dentro do que ficar definido na lei orçamentária, poderá efetuar gastos “inclusive com a dívida pública”, e implementar outras políticas econômicas e sociais que vierem a ser delineadas pelo Poder Legislativo, o que não raro, conduz ao “atendimento de interesses circunstanciais contingenciando dotações e liberando recursos sem maiores critérios técnicos”¹⁶. Sem contar que o Banco Central, devido a sua autonomia administrativa não está adstrito à lei de responsabilidade fiscal, não havendo um controle efetivo sobre a sua atuação.

¹³ TORRES, Ricardo Lobo. Curso de direito financeiro e tributário. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 99.

¹⁴ SANTIAGO, Julio Cesar. “A importância do princípio da solidariedade no Direito Tributário Brasileiro”. Revista Tributária e de finanças públicas, ano 20, v. 106, 2012. p. 61.

¹⁵ MÂNICA, Fernando Borges. “Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas”. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, ano 5, n. 18, 2007, Belo Horizonte, Fórum, p. 176.

¹⁶ FURTADO, José de Ribamar Caldas. **Op. cit.**, p. 304.

3 LIMITES DA DÍVIDA PÚBLICA E A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

Após a promulgação da Constituição de 1988 houve significativa evolução nos gastos públicos em duas áreas específicas das despesas públicas. Em primeiro lugar nas despesas financeiras, relacionadas diretamente ao pagamento de juros e amortizações da dívida pública, e em segundo plano, com o gasto social relacionado à assistência e previdência social¹⁷.

Note-se que a dívida pública federal teve um aumento explosivo a partir do Plano Real e da segunda metade da década de 90, o que conseqüentemente gerou a “necessidade de aumentar os recursos públicos destinados ao pagamento dos juros e amortizações da dívida”. Assim é que, por ter aumentado sensivelmente as despesas em proporção do PIB nacional, acabou por motivar um forte aumento na carga tributária como um todo¹⁸.

Nos termos da Lei Complementar 101/2000 encontram-se estabelecidas as normas de finanças públicas voltadas à responsabilidade da gestão fiscal. Nela, a partir do Capítulo VII, na Seção II, encontram-se elencados os preceitos relativos aos limites da dívida pública e das operações de crédito. Ademais disso, nos termos do art. 52, incisos VI e IX da Constituição Federal, cabe ao Senado Federal, à competência privativa para “regular” a dívida pública, fixando, por proposta do Presidente da República (por questões de oportunidade e conveniência) “limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”. Na mesma esteira, também “estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

Além disso seria importante debater acerca da indisponibilidade da dívida, eis que “essas operações, como de resto todas aquelas de finanças públicas, encontram-se submetidas à plena legalidade, em face do princípio da indisponibilidade do patrimônio público”. Donde se questiona, se seria possível dispor do patrimônio negativo federal – da dívida pública? Quais seriam os limites da discricionariedade administrativa quanto a essa indisponibilidade do patrimônio

¹⁷ GODOL, Marciano Seabra de. Op. cit., p. 11.

¹⁸ Idem.

público? Do que resulta questionar também, onde está à vinculação dos atos e tomadas de decisões da Administração Pública a estrita legalidade? E a segurança jurídica? Previsibilidade? Há violação de direitos fundamentais na alteração orçamentária para pagamento da dívida pública?¹⁹.

Nesse compasso, em análise comparada, por exemplo, é que no Direito Tributário Octavio Campos Fischer defende a importância de se reconhecer a tipicidade tributária, isto é, o que garante a "defesa da segurança jurídica, em prol de estabilidade, transparência e, enfim, isonomia na tributação"²⁰. Pelo mesmo motivo defende o rigor na regra-matriz de incidência tributária, aduzindo que "maior será a segurança jurídica e, portanto, a garantia de igualdade, pois se evitará o quanto for possível, considerações valorativas da Administração Pública na aplicação da lei tributária"²¹.

Destaca-se que se o orçamento público assim como o direito tributário tem uma função social de assegurar a concretização dos direitos fundamentais, almejando o atingimento dos objetivos constitucionais, por evidente às deliberações acerca dos gastos públicos com o pagamento de juros e amortizações da dívida pública e possível ampliação de créditos no decorrer da execução orçamentária, também deveriam perpassar pelo crivo e observar os princípios da estrita legalidade e da segurança jurídica.

Humberto Ávila reforça que a segurança jurídica na qualidade de norma jurídica da espécie "princípio", é uma prescrição "dirigida aos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, que determina a busca de um estado de confiabilidade e de calculabilidade do ordenamento jurídico com base na sua cognoscibilidade"²².

Sendo assim, a bem da verdade, eventual aumento nos limites com gastos da dívida pública deveriam respeitar os princípios da legalidade e da segurança jurídica,

¹⁹ TORRES, Heleno Taveira. Direito Constitucional Financeiro: Teoria da Constituição Financeira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 443.

²⁰ FISCHER, Octavio Campos; MALISKA, Marcos Augusto. "Regra Matriz de Incidência Tributária – segurança jurídica e a base de cálculo do IPTU". Revista de Direitos Fundamentais & Democracia., v. 22, n. 3, 2017, Curitiba, Unibrasil, p. 272-293. Disponível em: <<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1212/527>>. Acesso em: 27 jul. 2020.

²¹ Idem.

²² ÁVILA, Humberto. Teoria a Segurança Jurídica. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 126.

garantindo-se a previsibilidade, consubstanciado principalmente nos primados da justiça social, tributária e orçamentária.

Contudo, Élide Graziane Pinto bem esclarece que o “ponto essencial é definir um limite a dívida pública”. Isso porque, segundo a autora:

“Constitucionalmente não é razoável que a dívida pública avance de forma ilimitada contra os direitos e garantias fundamentais, sob o fundamento de que a política monetária tem de ser mantida nos moldes atuais, ou seja, sem qualquer questionamento pelos demais Poderes da República”²³.

Para Élide Graziane Pinto existe preocupação do Estado com o pagamento da dívida pública, mas não raro omissão em relação aos direitos fundamentais. E dentre os múltiplos fatores que agravam a situação, um deles é a privatização da dívida pública, pois os particulares que compram os títulos da dívida podem inviabilizar a concretização dos diversos interesses sociais envolvidos²⁴.

Além do fato de que a própria independência do Banco Central enquanto autarquia não permite qualquer tipo de controle, que é deficitário em relação à política monetária. E por evidente, não há autonomia para o Banco Central comportar-se de forma alheia às limitações orçamentárias do governo federal”. Cabendo destacar ainda que “não pode haver – no ordenamento brasileiro – independência (verdadeira primazia) da política monetária, já que a possibilidade de o Banco Central gerar custos ilimitáveis pela política fiscal não é responsável nos termos da Lei Complementar n.º 101/2000”, ou seja, de acordo com a Lei de Responsabilidade Fiscal²⁵.

Com efeito, de todo exposto o que se observa com todas as propostas de possíveis soluções para o controle da dívida pública trazidas a baila pelo autor, é que o problema central do Estado não é o endividamento público em si, mas como é feita a composição desta dívida, a inexistência de limites para o endividamento em âmbito federal, como por exemplo existe na Alemanha que adota na própria Constituição

²³ PINTO, Élide Graziane. “Controle da Administração do Endividamento Público”. Belo Horizonte: UFMG (Tese de Doutorado), 2006, p. 321-391.

²⁴ Ibidem, p. 361-362.

²⁵ Ibidem, p. 329.

Federal limites em percentuais de acordo com o PIB nacional. No caso brasileiro, existe um evidente descontrole nos limites deste endividamento público.

4 CONTROLE NA DESTINAÇÃO DO PRODUTO FISCAL ARRECADADO: UMA QUESTÃO DE JUSTIÇA FISCAL E ORÇAMENTÁRIA

De acordo com a Constituição Federal é legítimo assegurar que o Brasil é um Estado Social Fiscal, cujo uso das finanças públicas serve para o atingimento dos objetivos fundamentais elencados no art. 3.º da Constituição Federal.

Mas com as atuais circunstâncias de crise econômica e política houve uma retração significativa nesse modelo de Estado que anteriormente visava à redução das desigualdades sociais e regionais:

“No atual cenário de crise econômica e política, uma peça central do mencionado modelo brasileiro de redução das desigualdades deixou de existir: a arrecadação tributária crescente ou, no mínimo estável, com a qual se podia manter uma política generosa de gastos sociais sem o ônus político de contrariar os interesses da elite econômica por meio de uma tributação progressiva sobre a renda e o patrimônio”²⁶.

Notadamente porque a partir de 2015 houve a implantação pelo Poder Executivo de um ajuste fiscal que manteve a lógica da qual revela um “modelo de conferir benefícios aos mais pobres sem impor o ônus aos mais ricos”. O que para o autor representa a “impossibilidade de manutenção das conquistas sociais sem impor maiores sacrifícios aos mais ricos em um cenário de baixo crescimento econômico [...]”²⁷. Com esse cenário de estagnação econômica internacional, com retração de receitas públicas e com um novo regime fiscal trazido à tona pela EC 95/2016, as finanças públicas não só não conseguiram controlar a dívida pública,

²⁶ GODOI, Marciano Seabra de. Op. cit., p. 13.

²⁷ RIBEIRO, Ricardo Lodi. “Piketty e a reforma tributária igualitária no Brasil”, Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento. vol. 3, Rio de Janeiro, 2015, 1-39. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfptd/article/view/15587/11798>>. Acesso em: 22 jul. 2020. p. 37.

como também não conseguiu obter a redução no pagamento de juros absurdo. Daí que Marciano Seabra de Godoi ressalta que:

“enquanto o país não conseguir reduzir a taxa de juros reais e o volume de juros pagos sobre a dívida pública a níveis “civilizados”, será muito difícil lograr um crescimento sustentado de longo prazo do PIB brasileiro, e igualmente muito difícil conseguir imprimir às finanças públicas nacionais um padrão efetivamente redistributivo e desconcentrador de renda e patrimônio”²⁸.

Note-se que o objetivo central da emenda constitucional foi “impedir que um possível aumento real da arrecadação tributária a partir 2017 fosse acompanhado de um correspondente aumento real nas despesas primárias da União”. Enfatizando que antes da EC 95/2016, nos termos do art. 198, § 2.º e art. 212 da Constituição havia uma regra de aplicação mínima nas áreas da saúde e educação, o que a partir da emenda deixou de existir²⁹.

Ao que tudo parece à emenda constitucional 95 de 2016 além de não ter cumprido seu papel de possibilitar a redução de gastos com a dívida pública e seus juros exorbitantes, também acarretou a redução de gastos sociais nas áreas da saúde e educação por parte do Poder Executivo. E ao contrário do que era de se esperar isso em nada favoreceu para o alcance dos objetivos da república, para a redução das desigualdades sociais e regionais, distribuição de riquezas, tratamento igualitário e justiça social, justiça tributária e orçamentária, muito pelo contrário.

Acontece que às políticas públicas tributárias “têm sido utilizadas com um caráter meramente impositivo, com o fim de arrecadas recursos para os cofres públicos a qualquer custo, sem se preocupar com os direitos do cidadão contribuinte”. Muito embora seja papel da política tributária “nortear a distribuição de recursos e ter como finalidade a concretização da justiça fiscal”³⁰.

²⁸ GODOI, Marciano Seabra de. Op. cit., p. 22.

²⁹ Ibidem, p. 18.

³⁰ RODRIGUES, Hugo Tthamir; KUNTZ, Tatiele Gisch. Políticas Públicas Tributárias: a justiça fiscal como instrumento de auxílio na viabilização da justiça social. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**. v. 38.2, jul/dez. 2018. Disponível em: <<http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/30908>>. Acesso em: 23 de jul. 2020. p. 160.

Na esteira de que as políticas públicas, em especial a tributária devem perpassar necessariamente por uma interação harmoniosa entre os Poderes Executivo e Legislativo é que o "princípio da democracia econômica e social" - assim intitulado por Canotilho traz consigo a baila a ideia de que este princípio "contém uma imposição obrigatória dirigida aos órgãos de direção política (legislativo, executivo) no sentido de desenvolverem uma atividade econômica e social conformadora, transformadora e planificadora das estruturas sócio econômicas"³¹.

Sendo assim, há de se ressaltar que se no campo da arrecadação tributária o Estado deve respeitar o princípio da capacidade contributiva como medida de justiça fiscal e de respeito a igualdade, do mesmo modo, no momento da tomada de decisões políticas quanto a destinação do produto fiscal arrecadado, não poderia ser diferente.

Uma melhor gestão na destinação dos recursos fiscais arrecadados faz-se necessária, na mesma medida em que uma Reforma Administrativa Tributária, onde deve ser colocado na balança o custo do endividamento público. É premente a necessidade para o desenvolvimento nacional sustentável, de uma revisão na gestão fiscal a despeito da dívida pública, da atuação do Banco Central que deveria atuar de acordo com a lei de responsabilidade fiscal e de um maior comprometimento dos Poderes Executivo e Legislativo no momento da execução da dotação orçamentária, visando sobremaneira a concretização da justiça tributária e orçamentária. Consubstanciado na função social do tributo para construção de uma sociedade mais justa, livre e solidária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se demonstrar a importância da atividade financeira do Estado para a concretização e materialização dos objetivos federativos. Desconstituindo-se a ideologia do estado mínimo e do "libertarismo fiscal" como fundamento de que a carga tributária no Brasil é uma das mais altas do mundo e que a arrecadação de tributos teria por finalidade tão somente suprir a ineficiência da máquina pública. O

³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 336.

orçamento público apresenta três funções importantes, dentre elas assegurar o ajustamento na alocação de recursos; conseguir o ajustamento na distribuição de renda e de riqueza e garantir a estabilidade econômica. Entre as funções política, econômica e reguladora, esta última se demonstra como sendo a mais nobre e mais importante, porque é por meio dela que o orçamento faz a ponte entre os tributos e as contraprestações oferecidas pelo Estado na materialização de direitos fundamentais, principalmente os de cunho social.

O avanço da dívida pública de forma ilimitada demonstra caminhar em desfavor de direitos e garantias fundamentais, sendo que a atuação do Banco Central anda na contramão de uma gestão e responsabilidade fiscal adequada aos moldes da LC 101/2000.

Há necessidade de uma interação harmônica entre os Poderes Executivo e Legislativo no sentido de elevar as políticas públicas tributárias enquanto mecanismo de desenvolvimento de uma atividade econômica e social transformadora das estruturas sócio econômicas.

O Estado não pode simplesmente arrecadar por arrecadar, é preciso que a Administração Pública leve a sério a função social do tributo como instrumento de concretização de direitos fundamentais.

É premente a necessidade de uma melhor gestão dos recursos fiscais arrecadados na mesma medida em que se faz necessária uma Reforma Administrativa Tributária, levando em conta o custo do endividamento público.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. Teoria a Segurança Jurídica. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARBOSA, Rui. Oração aos Moços. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 2002.

CONTI, José Maurício. O Direito Financeiro na Constituição de 1988. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

FISCHER, Octavio Campos; MALISKA, Marcos Augusto. "Regra Matriz de Incidência Tributária – segurança jurídica e a base de cálculo do IPTU", *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 22, n. 3, 2017, Curitiba, Unibrasil, p. 272-293.

FURTADO, José de Ribamar Caldas. "A função reguladora do orçamento". *Revista Interesse Público*, v. 11, n. 54, 2009, Belo Horizonte, Fórum, p. 303-307.

GIACOMONI, James. *Orçamento Público*. São Paulo: Atlas, 2012.

GODOI, Marciano Seabra de. "Finanças públicas brasileiras: diagnóstico e combate dos principais entraves à igualdade social e ao desenvolvimento econômico". *RFPTD – Revista de Finanças Públicas Tributação e Desenvolvimento*, v. 5, n. 5, 2017, Rio de Janeiro, UERJ, p. 1-41.

MÂNICA, Fernando Borges. "Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas". *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, ano 5, n. 18, 2007, Belo Horizonte, Fórum, p. 169-186.

PINTO, Élica Graziane. "Controle da Administração do Endividamento Público". Belo Horizonte: UFMG (Tese de Doutorado), 2006, p. 321-391.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. "Piketty e a reforma tributária igualitária no Brasil", *Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento*, vol. 3, 2015, Rio de Janeiro, 2015, 1-39.

RODRIGUES, Hugo Tthamir; KUNTZ, Tatiele Gisch. "Políticas Públicas Tributárias: a justiça fiscal como instrumento de auxílio na viabilização da justiça social". *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*. v. 38.2, 2018.

SANTIAGO, Julio Cesar. "A importância do princípio da solidariedade no Direito Tributário Brasileiro". *Revista Tributária e de finanças públicas*, ano 20, v. 106, 2012.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Financeiro: Teoria da Constituição Financeira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 442-452.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

**DIREITOS FUNDAMENTAIS, ANTROPOCENTRISMO E ECOCENTRISMO DIANTE DA
PROIBIÇÃO DE RETROCESSO AMBIENTAL**

13. O EFEITO TEQUILA E A URGÊNCIA AMBIENTAL NO ESTADO NEOLIBERAL

THE TEQUILA EFFECT AND ENVIRONMENTAL URGENCY IN THE NEOLIBERAL STATE



<https://doi.org/10.36592/9786587424941-13>

Sophia Fernandes Ary

Gina Marcilio Pompeu

INTRODUÇÃO

Por meio deste artigo, pretende-se analisar as dívidas da razão, da ecologia e de ordem financeira, envoltas em embriaguez de ideias, sob a ótica de Enrique Leff e Michele Carducci, no que consiste na busca por conciliação entre crescimento econômico e desenvolvimento humano, considerando as frustrações resultantes da incompatibilidade entre essas expressões diante das urgências ambientais, caracterizadas pela degradação e pelo desrespeito aos direitos da natureza. A metodologia envolve pesquisa interdisciplinar, com orientação epistemológica na teoria crítica, a congregar teoria e práxis na articulação do Direito Constitucional, Ambiental e da Economia com as técnicas de análise documental e de revisão bibliográfica, perante o estudo das dificuldades enfrentadas em face da visão antropocêntrica que mimetiza os processos para efetivar a dignidade humana e ao mesmo tempo esquece que essa dignidade deve incluir como pressuposto essencial o cuidado com o meio ambiente. Como resultados esperados, pretende-se apontar uma visão ecocêntrica que acrescente a destinação orçamentária à educação e à reparação dos danos ambientais, e no âmbito internacional inclua nos ordenamentos jurídicos a pauta da natureza como sujeito de direitos.

A pesquisa analisa a degradação ambiental agravada pela busca de crescimento econômico, que por vezes ignora ou age com imprudência e, por fim, causa danos irreparáveis ao meio ambiente. Outrossim, investiga o movimento que aponta para a revolução doutrinária e jurisprudencial que ultrapassa a visão antropocêntrica e ancora razões nas práticas ecocêntricas e *in dubio pro natura*.

Nesse viés, requer-se estudo apropriado para inclusão dos direitos da natureza nos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais.

Cumprir examinar com cautela o custo dos direitos, haja vista que em discurso retórico pela implementação dos direitos fundamentais humanos, constata-se, diante de dados estatísticos, a exclusão de 50 milhões de pessoas no Brasil que vivem abaixo da linha da pobreza e inúmeros danos ambientais causados em nome da geração de emprego e renda. Sabe-se, diante de estudo do pós-humanismo, que a palavra 'humano', originária do confronto entre os seres da terra (*humus*) e os seres divinos, resultou da defesa da dignidade humana nos ordenamentos jurídicos, na exclusão do 'humano' de boa parte da população mundial, assim como da terra e sua natureza.

A análise aponta para o custo da efetivação desses direitos, uma vez que cada concretização de direito social encontra-se atrelada à repercussão orçamentária, obrigatoriamente incluída nas Leis dos Planos Plurianuais, Leis de Diretrizes Orçamentárias e Orçamentárias Anuais. Impossível ignorar também as leis do mercado e a busca por lucro. Hoje já não importa onde se produz, mas a garantia de escoamento dos produtos e a logística de acesso aos centros de consumo, tendo em vista a possibilidade de menor custo na produção.

A perquirição objetiva demonstrar a necessidade de efetivar o *transconstitucionalismo*, no que concerne à pauta ambiental, sugerindo a ideia de constituição planetária para a universalização dos direitos da natureza. Com base na interdependência entre saúde humana e saúde da biosfera, evidenciada pela vivência pandêmica da Covid-19, são desnudadas a relevância do estudo e as razões que incluem a questão ambiental como quesito de efetivação do patamar mínimo civilizatório e da dignidade da pessoa humana, fulcros do Estado constitucional contemporâneo.

O escopo do artigo concretiza-se mediante pesquisa qualitativa, por intermédio de raciocínios indutivo e dedutivo, bem como com a utilização de técnicas de revisão bibliográfica, estatística e documental, com base nas contribuições de Enrique Leff e Michele Carducci em defesa do movimento que viceja para a afirmação da natureza como sujeito de direitos. Ademais, a pesquisa circunda interdisciplinaridade entre Estado, meio ambiente e economia, com o escopo de

reverberar sobre a retórica do sistema capitalista atual, como mecanismo ideológico que desnatura a dívida ecológica e que não inclui a maior parte dos seres humanos.

Destarte, verifica-se que o *status quo* anuncia a retórica do termo sustentabilidade como palavra de efetividade vazia de conteúdo. A premência da questão denuncia a necessidade de concretizar o Estado ecocêntrico, com a ponderação do tipo de Estado que melhor realiza as pautas ecológicas: os alicerçados no autoritarismo ou na democracia. A arguição ostenta a relevância da conciliação racional entre as questões ambientais e econômicas, de modo a auferir vantagens para o zelo ecossistêmico e a minorar as razões da apatia.

2 EFEITO TEQUILA

Enrique Leff em sua teoria externaliza as três dívidas que controlam a geopolítica mundial: a dívida financeira, a dívida ecológica e a dívida da razão, as quais são interdependentes e dominam as ações estatais expressas ou de forma maquiada. Acerca da questão, Leff (2001, p. 32) comenta:

Na perspectiva da sustentabilidade não há uma, mas três dívidas. Todas elas surgem do mesmo pecado original, mas levam a diferentes formas de redimi-lo, de saldar o endividamento como contrato assumido, e a diferentes formas de tomar posição como devedores do perdido. Isto abre um rombo que se bifurca entre a dor da morte e a luta pela vida, para recuperar o que não devia ter sido alienado – os recursos e as mentes – a via para deixar de ser devedores permanentes do sistema, para bater-se em duelo para recuperar o próprio.

Nesse diapasão, a dívida financeira é caracterizada pelo autor como pagável ou não pagável, mas sobretudo negociável. Nesse sentido, a dívida econômica, em teoria a mais simplista das três dívidas, é entendida como a principal, mimetizada como o 'motor imóvel' aristotélico do sistema e o fulcro de todos os problemas da geopolítica mundial. Em relação à dívida ecológica, Leff a conceitua como incomensurável, mas capaz de ser revalorizada.

Por fim, a dívida da razão acusa o mecanismo de sujeição ideológica e econômica, fundada na racionalidade capitalista-tecnológica, que dita uma ordem homogeneizante unipolar e controla os Estados, na medida em que a única dívida valorada pelo sistema é a financeira. Nesse panorama, a dívida da razão é a dívida moral que escraviza tacitamente o Estado, pois o obriga a se dobrar com fé cega às leis do mercado, sob pena de ficar fora do jogo político, conforme elucidação:

Capital has remained well and alive, expanding in the world order and invading the planet. Capital accumulation extends its arms to the whole biosphere, grounding its feet in the planet by dispossession of the livelihoods of traditional peoples, the peasants and indigenous peoples that inhabit the world resisting the techno-economic rationality that expands over their life-territories (LEFF, 2021, p. 141).

Desse modo, a busca incessante por saldar a dívida econômica, envolta pela dívida da razão, a qual age como a mão invisível do mercado smithiana, elevou substancialmente o fosso da dívida da ecologia. O imbróglio é multiplicado pelo fato de que, haja vista a dívida da razão, os países que se encontram quites no que se refere à questão econômica residem em posição vantajosa, ao passo que os endividados financeiramente são estereotipados como “devedores permanentes do sistema” e apêndices da ordem mundial.

Sob esse viés, o poder de barganha do Primeiro e Segundo Mundo denota a exploração não apenas econômica, mas sobretudo ambiental do Terceiro Mundo pelos Primeiros e o respectivo aumento da dívida ecológica em regiões emergentes e de subdesenvolvimento, motivada pelos papéis assumidos pelos países na Divisão Internacional do Trabalho (DIT). Leff (2001, p. 35-38) explica:

A origem se desvanece no horizonte do passado; na perda da memória histórica; no espólio dos saberes tradicionais, subjugados e dominados pela ciência e tecnologia modernas [...]. O que está em jogo não é a dívida financeira do Terceiro Mundo, mas a dívida oculta do Primeiro e Segundo Mundos: o hiperconsumo do Norte e a superexploração ecológica do Sul. [...] Trata-se de um espólio histórico, da pilhagem da natureza que se dissimula numa presumível superioridade nas

capacidades intelectuais e empresariais do Norte.

Nessa vertente, a teoria recai para o conceito do Efeito Tequila. Tal conceito exhibe a embriaguez de ideias que ocasiona a cegueira econômica. Dotados do único e absoluto objetivo de obter lucro e limitados pela urgência de mitigar as desigualdades sociais com o fito ulterior de satisfazer as necessidades básicas de sobrevivência de suas populações, os Estados são tentados a ignorar as pautas ecológicas. Uma vez que os efeitos da degradação ambiental, a despeito de gerar consequências nocivas, não são visíveis instantaneamente, há a aceitação da ideia falaciosa de que o Estado deve ter por primazia alocar recursos para buscar lucro incessantemente em qualquer circunstância. Leff (2001, p. 34) assinala:

Seduzidos pela ideia de eliminação da diferença, os países pobres foram arrasados pelos torvelinhos do capital mundial, pelas artimanhas do capital financeiro. Os países devedores se fascinaram com as miragens do progresso e perderam o jogo. Lançaram-se à perdição na embriaguez do crescimento. Trocaram a vida por tequila. O efeito tequila é justamente a desvalorização da vida como sentido e potência, além do erro de cálculo e da corrupção das finanças.

Dessa forma, a falha do Efeito Tequila é demonstrada por não sanar ao cabo de nenhuma das três dívidas. Nessa ótica, o objetivo final de saldar a dívida financeira que o cega não é atingido, na medida em que a exploração ambiental e a exportação de *commodities* para os países de Primeiro e Segundo Mundo simboliza a função do Estado no mercado mundial e aumenta o abismo da desigualdade entre os países, sobretudo no que se refere aos gastos vindouros que objetivem minorar os impactos ambientais ocasionados.

Nesse tocante, o cenário mundial não transcende uma repetição histórica maquiada do neocolonialismo vivenciado institucionalmente no século XIX, somado ao fato de que não se limita apenas às regiões africanas e asiáticas como outrora. No campo ideológico, o simulacro perpassa pelas teorias da dependência, ideologias da libertação e lutas de emancipação, com vistas a dotar de legitimidade a dívida moral atribuída e a presunção do direito de exploração dos países desenvolvidos.

Sob esse viés, a lógica do capital e as leis cegas do mercado norteiam de tal forma as ações estatais que os recursos naturais só não se esgotaram completamente ainda devido à característica da autolimitação do capital. Nesse sentido, a liberdade de atuação é tamanha que o único freio aos desmandos exploratórios dos países do Norte é a própria crise econômico-financeira e a ponderação de que outras regiões alocam mais benefícios econômicos em comparação.

Nessa perspectiva, o utilitarismo puro e a ideia de maximização dos lucros dominam as instituições. O fato de as questões ambientais não serem traduzíveis fria e objetivamente em valores matemáticos nos cálculos econômicos corrobora a perpetuação do paradigma de que a única dívida que deve alocar esforços para ser sanada é a dívida financeira, vez que "esta 'lavada de recursos' é legitimada pela exatidão do cálculo econômico que externaliza como lixo tudo aquilo que não se submete às suas medidas" (LEFF, 2001, p. 36), suscitando, assim, um abandono de tal teoria da justiça rumo à teoria kantiana, a qual soma valor às aferições utilitaristas.

Tal ideologia capitalista que visa exclusivamente a obtenção de vantagens, negligenciando as pautas socioambientais em relação aos direitos de fraternidade, é desnudada pela falácia da implementação conjunta e o cavalo de troia no Terceiro Mundo. Com um discurso retórico verborrágico e alegando uma suposta postura altruísta em prol da causa ambiental, os países desenvolvidos adentram as florestas do Terceiro Mundo com o objetivo oculto de pesquisar as riquezas subexploradas e se apropriar das descobertas atinentes à biodiversidade, camuflados pelos paradigmas de gratuidade e ajuda mútua.

Desse modo, a denúncia da racionalidade capitalista incide na ostentação de que a dívida incomensurável (ecológica), em um círculo vicioso que nutre seu alargamento, resultará no colapso do sistema, caso o Estado e a sociedade permaneçam inertes. Nesse sentido, o panorama aponta para o fato de que "é com a variável tempo que o direito climático deve levar em conta. Parece que a 'tragédia dos comuns' é corretamente convertida em tragédia do horizonte temporal" (CARDUCCI, 2020, p. 1.368).

Sob essa lógica, é patente a relevância da conciliação entre atividades economicamente úteis e a minoração das externalidades ambientais resultantes do exercício humano. É inegável o processo dificultoso, diante da premência de angariar dinheiro para subsistência em contexto de capitalismo selvagem, de hierarquizar a pauta ambiental como superior às questões econômicas, priorizando a preservação da natureza nas destinações orçamentárias, sobretudo no que concerne ao caos do apoio político e à repercussão negativa que tal atitude geraria diante do público eleitoral nas democracias representativas.

Contudo, alerta Andrei Cechin (2010, p. 7) que “os economistas estudam tudo que está dentro do processo (de produção), mas não percebem (talvez não queiram) que ele não seria possível sem a entrada dos recursos da natureza e a saída dos resíduos que lhe são devolvidos”. Pontua-se que a questão ambiental não reside em uma conveniência, uma sugestão para implantação nos ordenamentos jurídicos, mas sim em urgência de preservação da vida. Sob essa perspectiva, Fernanda Cavedon e Ricardo Vieira (2011, p. 69) exprimem que:

Pode se identificar uma forte relação entre degradação ambiental e injustiça social, pois justamente os grupos já fragilizados por questões socioeconômicas, raciais e informacionais e, portanto, com maiores dificuldades de defender seus interesses ambientais acabam sendo os principais afetados por decisões ambientais excludentes. Essa situação também se verifica na disputa pelo acesso aos recursos ambientais, nas quais acaba por prevalecer o poder econômico e a capacidade política de influenciar a tomada de decisão.

De fato, mediante análise estatística, observa-se que os países que menos contribuem para a emissão de gases estufa, presumindo-se os emergentes e em estado de subdesenvolvimento uma vez que menos atuantes no processo industrial mundial, são os que mais sofrem os efeitos das mudanças atmosféricas. Tendo em vista que tal informação aparenta ser paradoxal, Michele Carducci (2020, p. 1.351) explana a questão denotando as diferenças que transcendem as expressões “orçamento de carbono” e “intensidade de carbono”:

In particolare, essa ha inciso su due fronti: la distribuzione del c.d. "Carbon Budget", ossia della quantità di CO2 che può essere ancora emessa nell'atmosfera senza pregiudicare il riscaldamento climatico nei limiti (di 2°C o 1,5°C in più rispetto ai valori pre-industriali) (...) la considerazione della "intensità di carbonio" (ossia il quantitativo di carbonio emesso per unità di energia consumata pro capite), che risulta paradossalmente inferiore negli Stati a più alto consumo di energia, in quanto più ricchi e tecnologicamente più efficienti, rispetto a quelli a più basso consumo di energia ma meno efficienti perché più poveri e con meno tecnologie di contenimento delle emissioni (si emette più carbonio per produrre una maglietta in Bangladesh che nella UE o negli USA).

Nesse contexto, verifica-se a interdependência entre as dívidas financeira e ecológica, haja vista que a maior emissão de gases do efeito estufa (GEE) é realizada pelos países vetores da industrialização mundial, ou seja, no que se refere ao "orçamento de carbono" os países mais abastados economicamente se encontram em posição desfavorável. Todavia, tendo em vista que os países mais ricos detêm meios para instalação de tecnologias de contenção das emissões, as quais minoram os impactos ambientais provocados pela atividade industrial, uma vez analisada a "intensidade de carbono" emitido, os Estados pobres são mais impactados do que os ricos, de modo a gerar polêmicas relacionadas à justiça da questão.

Nesse horizonte, a urgência da degradação ambiental em um sistema subjugado pelo capitalismo selvagem e embriagado nas ideias de exploração econômica enseja a escolha de qual das dívidas será a revestida de primazia no dirigismo estatal, já que experimenta a falácia da equitativa conciliação entre Estado e meio ambiente. Aponta-se, assim, a teoria do decrescimento de Serge Latouche (2009, p.17) quanto à ideia dominante no sistema atual da busca por desenvolvimento econômico:

Fomos formatados pelo imaginário do 'sempre mais', da acumulação ilimitada, dessa mecânica que parece virtuosa e que agora se mostra infernal por seus efeitos destruidores sobre a humanidade e o planeta. A necessidade de mudar essa lógica é a de reinventar uma sociedade em uma escala humana, uma sociedade que reencontre seu sentido da medida e do limite que nos é imposto

porque, como dizia meu colega Nicholas Georgescu-Roegen, 'um crescimento infinito é incompatível com um mundo finito'.

Latouche considera 'desenvolvimento' uma palavra tóxica. Desse modo, a fuga da religião do crescimento e a formulação de uma sociedade que produza e consuma menos são as soluções apontadas para a crise ecológica, social e cultural. Cabe salientar que a teoria do decrescimento não se consubstancia em um crescimento negativo, mas sim indica o rompimento do paradigma de crescimento econômico ilimitado com base no Produto Interno Bruto (PIB).

Nosso crescimento econômico excessivo choca-se com os limites da finitude da biosfera. A capacidade de regeneração da Terra já não consegue acompanhar a demanda: o homem transforma os recursos em resíduos mais rápido do que a natureza consegue transformar esses resíduos em novos recursos. Se considerarmos como indicador do "peso" ambiental de nosso modo de vida sua "pegada" ecológica em superfície terrestre ou em espaço bioproductivo necessário, obteremos resultados insustentáveis tanto do ponto de vista da equidade de direitos de saque sobre a natureza quanto do ponto de vista da capacidade de carga da biosfera (LATOUCHE, 2009, p. 27).

Por fim, uma das medidas anunciadas por Latouche se refere à necessidade de diminuir o ritmo de trabalho, com o objetivo de aumentar a qualidade de vida em escala mundial. Haja vista a lei do mercado e o aumento da oferta de trabalho, somados à respectiva estagnação em relação à demanda, provoca-se a diminuição do preço salarial. Ademais, Latouche reflete a subversão da democracia mundial, ocasionada pelas oligarquias econômicas e financeiras que já se constituem nos reais Chefes de Estado dos países.

3 CUSTO DOS DIREITOS

Não obstante a globalização e a revolução da internet terem capacitado a dispersão da informação de que "para sobreviver como espécie, com os mesmos níveis atuais de liberdade de consumo individual e coletiva, toda a humanidade

precisaria de outro planeta para continuar vivendo" (CARDUCCI, 2020, p. 4), de modo que a ideia do esgotamento dos recursos naturais pode ser considerada de conhecimento geral, o impasse ambiental ainda não foi abarcado pelas políticas estatais.

A despeito da longa historicidade da pilhagem ecológica, os direitos ambientais somente foram concebidos em meados do séc. XX, no pós-Segunda Guerra Mundial. Inebriados pela ideia de angariar eticidade ao Direito, experimentados na falácia do positivismo jurídico desnudada pelos horrores da guerra, os direitos de proteção ambiental surgiram. Sob a égide do pós-positivismo, as Constituições principiológicas e dirigentes nasceram com o intuito de estabelecer normas programáticas que tomassem as rédeas do poder.

Nessa vertente, os direitos do meio ambiente se incluem consoante a teoria da geração de direitos, postulada por Karel Vasak, entre os direitos de terceira dimensão. Em contexto histórico assenhorado pela indústria cultural, conceito introduzido pela Escola de Frankfurt, o preservacionismo ambiental, avizinado pela proteção dos consumidores, eram notabilizados como pontos fracos do sistema. Desse modo, o surgimento dos direitos difusos, com fulcro na solidariedade e na fraternidade, ostentava o escopo de proteger todo o gênero humano. A visão metaindividual, influenciada pelo humanismo e universalismo, previa os direitos ao desenvolvimento e ao meio ambiente, bem como a função socioambiental da propriedade, materializada no ordenamento jurídico nacional no art. 1.228, §1º do Código Civil.

Apesar dos progressos constitucionais supracitados, a exemplo da reserva de capítulo específico, concentrado no art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil para abordar a questão ambiental, os dispositivos jurídicos utópicos, como denuncia Luis Alberto Warat (apud ROSA, 2002, p. 13-14):

[...] funcionam como se fossem promessas de amor. Aquelas que se formulam os amantes quando sabem que não poderão ser cumpridas. O mesmo acontece com as Constituições que incorporam, qual se fossem promessas de amor, a garantia de certos direitos de cumprimento impossível. As garantias além de sua expressão normativa, além das palavras de um texto, precisam de orçamento,

vontade política para cumpri-las e participação social, que produza o sentido dessas garantias, realizando sua cidadania. Faltando os requisitos aqui enumerados, limitando-nos as palavras dos textos legais, teremos garantias que funcionam como simples e impossíveis promessas de amor.

Logo, o mantra de que “um direito legal só existe quando e se tem custos orçamentários” (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 259), o qual iluminou o pioneirismo da obra de Stephen Holmes e Cass R. Sunstein nesse sentido, deve ser aplicado aos direitos da natureza concomitantemente. O fulcro da teoria abordada na obra “O custo dos direitos” cumpre denotar a similaridade entre os direitos negativos e positivos, com o objetivo de romper com o paradigma de que apenas os direitos sociais – os quais em teoria supostamente seriam os únicos que ensejam um status ativo por parte do Estado, substancialmente os enquadrados como “normas de eficácia limitada”, na classificação de José Afonso da Silva, dependentes de normas integrativas infraconstitucionais para produzir efeitos sociais – necessitam de destinação orçamentária para quitar as “obrigações de fazer” do Estado em prol de tais garantias.

Então esta questão se põe: as liberdades protegidas pelo *Bill of Rights* são apenas negativas? Por força delas está o Estado obrigado apenas a se abster, sem ter que agir? Alguns direitos constitucionais dependem, para sua existência, de condutas estatais positivas. Portanto, o Estado está sob um dever constitucional de agir, não de abster-se. Se deixar uma pessoa escravizar outra, nada fazendo para desfazer a situação que configura servidão involuntária, o Estado terá violado a Décima-terceira Emenda. Por força da proteção dada pela Primeira Emenda à liberdade de expressão, o Estado está obrigado a manter ruas e parques abertos para manifestações, muito embora isso seja caro e requeira uma conduta positiva (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 48).

Nesse encadeamento lógico, provada a ineficiência de um garantismo puro e a necessidade de previsão orçamentária inclusive para os direitos de liberdades negativas (primeira dimensão), a extensão da premência para os direitos de terceira dimensão é facilmente demonstrada pela similitude entre estes e os direitos sociais

no que concerne à necessidade do agir estatal para sua concretização. Desse modo, a ideia de que todos os direitos sem exceção precisam de ações do Estado para efetivação suscita empecilhos no que diz respeito à sua realização.

A ideia de que “todos os direitos têm custos porque todos pressupõem o custeio de uma estrutura de fiscalização para implementá-los”, nos dizeres de Gustavo Amaral (2001, p.73), põe no cerne da questão a problemática da escassez dos recursos. Na medida em que se constata a inexorabilidade do orçamento estatal, observa-se o limite dos meios e a necessidade da realização de uma seleção no que tange a quais direitos serão priorizados. Diferentemente das ponderações realizadas quando há choques de direitos fundamentais em casos concretos, tal escolha não objetiva maximizar a abrangência dos direitos em “mandados de otimizações”, como conceitua Robert Alexy, mas sim efetivar na prática certos direitos em vilipêndio de outros.

Por depender de recursos escassos, os direitos demandam ou implicam em escolhas disjuntivas de natureza financeira. Atentar para os custos ajuda a explicar porque direitos de propriedade colidem com direitos de propriedade, porque a polícia não pode proteger o casebre de João adequadamente se já tiver enviado todo seu pequeno efetivo para proteger a mansão de Antônio. Obviamente disso não resulta que os direitos devam ser jogados com tudo o mais numa gigantesca máquina de calcular a relação custo-benefício criada e operada por economistas. [...] quanto aos “direitos dependentes”, põe-se também um choque de outra ordem: a competição por recursos escassos. É o exemplo dos dois feridos à bala e um só centro cirúrgico: ambos têm o direito, mas só um pode ser assistido. Alguma solução precisa ser dada, pois a inação já é uma forma de solução: deixar ambos morrer. Há, portanto, uma escolha dramática, uma opção disjuntiva a ser feita. Essa decisão, diversamente da anterior, não será retroativa, pois não negará o direito daquele que não foi atendido. Bem, ao contrário, a decisão sequer será prospectiva, eis que surgindo meios para atender ao outro necessitado, ele o será. Será ela, pois, meramente relativa e circunstancial, muito embora possa significar a vida ou morte de alguém (AMARAL, 2001, p. 80).

Gustavo Amaral aponta, assim, a ideia do juízo de valor do Estado diante da carestia de recursos suficientes para concretizar todos os direitos com previsão legal. Sob tal perspectiva, uma vez que a escolha da alocação dos recursos estatais obedece à regra “tudo ou nada”, cumpre-se debruçar sobre o questionamento: por que a pauta ambiental deve ter primazia nos orçamentos estatais?

A teoria dos direitos fundamentais, postulada com o surgimento do Estado Democrático de Direito, previu a característica da “limitabilidade” das garantias. Nesse tocante, nenhum direito seria absoluto, cabendo à atividade jurisdicional a decisão de qual direito prevaleceria no caso concreto. Todavia, certa corrente doutrinária defende a ideia de que o direito à vida seria o único direito considerado absoluto, uma vez que é pressuposto para o exercício de todas as demais garantias positivadas.

Sob tal ótica, o intrínseco relacionamento entre o direito à vida e o direito ao meio ambiente aponta para a necessidade de priorizar a questão ambiental, com vistas à efetivação do principal direito (vida), transformando a preocupação ambiental em questão de sobrevivência humana, haja vista que conforme elucidação de Mumta Ito (2019, p. 9/30):

In the past few decades, science has moved away from seeing the world as a machine best understood by analysing its discrete parts – to seeing the world as a dynamic and fluid interconnected community of life best understood by thinking in terms of patterns and relationships. Science also acknowledges that Nature sustains life through ecological principles that are generative rather than extractive. [...] The Earth is a living being, a single Earth Community webbed together through interdependent relationships. All life is sacred, with inherent value, and the earth has her thresholds and limits. The well-being of each member of the Earth Community is dependent on the well-being of the Earth as a whole.

Nessa vertente, o paradigma do benefício coletivo gerado pela responsabilidade ecológica justifica plenamente a priorização orçamentária à pauta ambiental. Conforme pesquisa realizada pela Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), 94.910 pessoas foram afetadas por desastres ambientais

na última década, demonstrando o desequilíbrio ecológico que perdura nos ecossistemas planetários. A ideia do impacto gerado pelas tragédias ambientais para efetivação do patamar mínimo civilizatório, ilustrada pelos acidentes nos municípios mineiros de Mariana e Brumadinho, enseja a reflexão do direito relacionamento entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a concretização dos direitos sociais, em especial o direito à moradia e à saúde. Como pressuposto de certos direitos, a vertente da dignidade da pessoa humana atinente à natureza é defendida por Ingo Sarlet (2011, p. 31/49):

O reconhecimento da proteção do meio ambiente como valor fundamental indicia que não mais está em causa apenas a vida humana, mas a preservação de todos os recursos naturais, incluindo todas as formas de vida existentes no planeta, ainda que se possa argumentar que tal proteção da vida em geral constitua, em última análise, exigência da vida humana e de uma vida humana com dignidade, tudo a apontar para o reconhecimento do que se poderia designar de uma dimensão ecológica ou ambiental da dignidade da pessoa humana. [...] De outra parte, levando em conta o compromisso com uma noção inclusiva da dignidade da pessoa humana, que implica também, além da compatibilidade com uma concepção afinada com as diversidades culturais, considerarmos também, na formulação do conceito, a necessária dimensão ecológica da dignidade.

Outra justificativa que embasa a priorização do preservacionismo ambiental comunga com a ideia do “governo de 1%, por 1% e para um 1%”, comentada por Joseph Stieglitz (2016). Fundamentado no raciocínio utilitarista de maximizar os lucros, despojando a questão econômica da ideia de ‘lucros’, o Estado deve priorizar ações que impactem o máximo de cidadãos possível. Uma vez que é direito difuso e coletivo, o Direito Ambiental permitiria a supressão da exploração econômica perpetrada por um membro ou grupo econômico, em prol do direito à vida de todos os subordinados à soberania estatal, de modo a escoar vantagens para toda a comunidade internacional, como advertem Stephen Holmes e Cass R. Sunstein (2019, p. 176): “se os direitos supostamente imparciais só existissem para beneficiar os ricos, a pretensão do governo norte-americano de representar a sociedade como

um todo, e não ser somente um instrumento de interesses especiais, não seria somente manchada; ela cairia por terra”.

O contrato social, base da legitimidade da subordinação dos indivíduos à soberania estatal, revela que, nos dizeres de Cesare Beccaria (2013, p. 23), “fatigados de uma liberdade que a incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para gozar do restante com mais segurança”. Por corolário, a destinação orçamentária do capital público em benefício da melhora na qualidade de vida de toda a população demonstra o protecionismo estatal perante a sociedade. Logo, a notoriedade de que a contribuição financeira da população tem surtido efeitos estimula os cidadãos a continuar contribuindo, evitando a sonegação de impostos.

O panorama cria um círculo virtuoso, já que não há nada que melhor atenda aos anseios de justiça do que: receber tributos, aplicar em direitos difusos e coletivos (ambientais) e receber mais impostos ocasionados pela acepção da legitimidade da Administração Pública. Muito além de zerar a corrupção, adequar-se à estrita legalidade e atender aos princípios de impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, o cenário forja a relevância da legitimidade política no dirigismo estatal para a aquiescência voluntária à cidadania fiscal. Como explica Francis Fukuyama (2010, p. 261), em sua obra “Ficando para trás”:

Quanto maior a relação direta entre o pagamento de impostos e o recebimento de bens públicos fornecidos pelo Estado, menor será a propensão para rejeitar a legitimidade das provisões nesta área como uma estrutura alheia à vontade dos cidadãos; inversamente, quanto menos direta a relação entre pagar impostos e receber bens públicos, menor será a propensão de essa complexa estrutura normativa reger as obrigações que devem ser percebidas como um efeito necessário da vontade do cidadão de pagar impostos [...] muitas vezes a incapacidade de reação do Estado torna-se uma desculpa para a sonegação de impostos.

Em suma, é notável a interdependência entre os direitos da natureza e os direitos fundamentais, galgada na necessidade de priorizar na ponderação orçamentária as positivações que vicejam para afirmar o meio ambiente

ecologicamente equilibrado, já que o consumo consciente está associado a um instrumento “para o desenvolvimento da sustentabilidade [...], levando em conta, principalmente, os direitos humanos que englobam, também, o direito de terem, as próximas gerações, um ecossistema equilibrado e saudável” (MATTIA; BECKER, 2021, p. 237).

4 CONSTITUCIONALISMO PLANETÁRIO

A interdependência provada anteriormente entre o direito ao meio ambiente e o direito à vida encontra eco na atual pandemia de Covid-19. O entrelaçamento polêmico entre o dever de cuidar do planeta e a luta contra vírus mortíferos que podem, a exemplo do SARS-Cov-2, ceifar inúmeras vidas e colapsar os sistemas de saúde nacionais alerta para a grandiosidade da pauta ambiental, conforme é explicado por Enrique Leff (2020, p. 143):

O estresse ecológico desencadeado pelo desmatamento e redução da biodiversidade, bem como pela produção industrial de animais para consumo, tem provocado a expansão de vírus para além de seus *habitats* em busca de novos hospedeiros, contaminando, assim, outras espécies, dentre elas a humana. (...) A pandemia da COVID-19 põe em evidência a existência de milhares de vírus acondicionados nas células de uma multiplicidade de organismos vivos, capazes de sofrer mutações e ser transmitidos para os seres humanos, causando-lhes doenças em grau de malignidade imprevisíveis e impossíveis de controle imediato.

Posta a relação entre a dilapidação ambiental e o surgimento de eventuais pandemias, cumpre meditar sobre o artigo publicado por Luigi Ferrajoli em 2020 que analisa a situação pandêmica e a falta de solidariedade global. Com fundamento na proposta de uma “Constituição da Terra”, realizada durante convenção recente de escola italiana na cidade de Messina formada com esse fito, a cooperação internacional é apontada como a solução diante das controvérsias e conflitos nacionais. O constitucionalismo planetário trata-se de “um constitucionalismo e um garantismo a longo prazo, além de global, para além da lógica individualista dos

direitos e da miopia e do estreito localismo da política das democracias nacionais" (FERRAJOLI, 2011, p. 70); é indicado como o objetivo a ser perseguido, cabendo aplicabilidade na questão ambiental concomitantemente.

A ideia de que crises globais só serão combatidas mediante respostas globais resume a teoria do italiano, prevendo a urgência de garantias e instituições à altura dos desafios globais e da proteção da vida de todos (FERRAJOLI, 2020). A formação de entidades supranacionais com poder normativo vinculante que protegessem um "núcleo intangível" em escala mundial padronizaria a dignidade da pessoa humana, transcendendo os desafios e disputas locais. Entidades internacionais já existentes, como a ONU, são impedidas de atuar de forma eficaz devido ao diminuto poder real conferido a elas.

Nesse viés, o ilusório poder normativo da ONU é desnudado pelo caráter quase opinativo das medidas da entidade supranacional no que concerne à iniciativa dos 193 membros da ONU que se comprometeram a atingir os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) até 2030, tendo os objetivos 7 ("Energia acessível e limpa"), 11 ("Cidades e comunidades sustentáveis") e 13 ("Ação contra a mudança global do clima") direto relacionamento com o meio ambiente. Não obstante a importância dos ODS, os conceitos vagos e indeterminados abordados pela medida denotam a dificuldade em auferir a restrita observância da regra e a ideia muito mais encorajadora do que vinculante abordada pela organização.

Sob essa ótica, a unificação e a universalização de certos direitos não seriam interesses apenas dos países que se encontram em situação precária. Como explica Yuval Noah Harari (2020, p. 9), *"we are used to thinking about health in national terms, but providing better healthcare for Iranians and Chinese helps protect Israelis and Americans too from epidemics. This simple truth should be obvious to everyone"*. A ideia da solidariedade mundial remonta a questões filosóficas inerentes à natureza do homem hobbesiano egoísta e predador. Somado à lógica capitalista, a qual agregou à diplomacia internacional o paradigma de que a queda político-econômica de um país significa a ascensão de seu 'concorrente' econômico, a fraternidade mútua tornou-se inconcebível. Nos dizeres do iraniano, *"if this epidemic results in greater disunity and mistrust among humans, it will be the virus's greatest victory. When humans squabble – viruses double. In contrast, if the epidemic results in closer*

global cooperation, it will be a victory [...] against all future pathogens" (HARARI, 2020, p. 11).

No que concerne ao Direito Ambiental, o impasse para sua efetiva priorização é o jogo político interno dos países. A influência dos poderosos conglomerados econômicos e a falta de apoio eleitoral à bandeira ecológica são fatores decisivos para manter a ideia de ilogicidade em ascender ao poder com o discurso ambiental, corroborando a falta de representantes nesse sentido. A ideia "inconcebível" de sacrificar o rendimento econômico e se atrasar na corrida internacional, fornecendo benefícios ecológicos indiretos para os demais países da geopolítica mundial, não detém apoio popular. Ademais, os prejuízos financeiros, sentidos momentaneamente e que possivelmente acarretam o aumento do desemprego social, ao serem sopesados com a proteção da natureza, a qual não pode ser quantificada, nem apresenta muitas vezes resultados diretos das políticas visíveis, o que não deixa dúvidas para os administradores, como explica Jean Tirole (2020, p. 213-214):

Os benefícios ligados à atenuação da mudança climática permanecem essencialmente globais e distantes, enquanto os custos dessa atenuação são locais e imediatos [...]. A maioria dos benefícios ligados às medidas de atenuação tomadas por um dado país favorece, na realidade, outros países [...]. Além disso, a maior parte dos ganhos dessa política não beneficia os indivíduos hoje em idade de votar, e sim as gerações futuras [...]. Por conseguinte, os países não internalizam os benefícios de suas políticas para reduzir suas emissões; essas políticas continuam insuficientes, as taxas de emissão mantêm-se em níveis elevados e a mudança climática se acelera.

Nesse sentido, "as razões da apatia", como conceitua Jean Tirole, simbolizam empecilhos constantes que não trazem esperanças de mudanças, vez que os representantes mudam, mas as noções da governabilidade que imperam no sistema capitalista permanecem similares em todos os países. A presente situação que alarma a sobrevivência das gerações vindouras não pode depender de uma improvável revolução na eticidade e rompimento com o sistema capitalista que vigora há décadas. Crises socioambientais graves não devem ser tratadas

“condicionadas por interesses políticos ou econômicos contingentes, mas voltadas a garantir a vida de todos os seres humanos simplesmente por serem quem são” (FERRAJOLI, 2020, p.3).

Nessa vertente, a responsabilidade solidária dos países e a educação ambiental perpassam pela aceção de que a:

[...] “Consciência Planetária” se reporta à premissa de que a humanidade é uma espécie integrante desse planeta chamado Terra, coexistindo com organismos não vivos, outros seres biológicos (plantas, animais) e os elementos necessários à vida e à manutenção dos ecossistemas, componentes do grande conjunto harmonioso (água, oxigênio, luz solar e terra) chamado Terra (MOLIN; ARMADA, 2021, p. 230).

Nessa senda, o número assustador de mortes ocasionadas pelo vírus que surpreendeu os sistemas de saúde em todo o mundo desnudou a importância do Estado para a vida das pessoas, já que em países que souberam se organizar e adquirir vacinas as mortes foram significativamente menores. A anomalia e a falta de universalização das medidas adotadas, uma vez que as decisões da Organização Mundial da Saúde (OMS) têm caráter apenas opinativo e não vinculam os Estados, causaram desconforto no que se refere à justiça do fato de um brasileiro ter substancialmente mais chances de falecer do que um israelense. De Mais (2020, p.4) comenta: “talvez tenhamos aprendido que o caso agora é de vida ou morte e que ninguém pode enfrentar sozinho um vírus tão ardiloso e potente”, cabendo a tarefa a uma espécie de “cabine de comando”.

Ademais, a degradação ambiental, problema coletivo e que merece o sacrifício de todos os países, deve ser combatida de maneira coletiva. A bandeira ambiental foi nitidamente apropriada por ideologias políticas nas disputas eleitorais do jogo político interno, de modo a evitar de preconceito à causa ambiental, a qual deveria ser notabilizada de forma cética e alheia a posicionamentos políticos. Nos EUA, a mentalidade de que os indivíduos que são contra o desmatamento e a emissão de GEE apoiam necessariamente o partido democrata nas disputas eleitorais ilustra o preconceito agregado aos direitos da natureza. Além disso, Jean Tirole (2020, p. 217)

denuncia que “os países se dão conta de que, quanto mais mantiverem uma forte intensidade de carbono hoje, mais estarão em posição de força para exigir compensações caso amanhã firmem um acordo global”, situação que pode ser inferida às superpotências mundiais.

De fato, o constitucionalismo planetário, mediante a universalização e a definição de um “núcleo intangível” que não poderá ser abolido pelas políticas estatais, sob pena de severas sanções econômicas, bem como a emissão de direcionamentos com caráter vinculante, são as esperanças mundiais indicadas. Em descompasso com a tendência liberal do não intervencionismo estatal (quicá mundial), *“una efectiva limitación de la soberanía de los Estados mediante el establecimiento de garantías jurisdiccionales contra las violaciones de la paz en el exterior y de los derechos humanos en el interior”* (FERRAJOLI, 2010, p. 153) atingiria o ideal de justiça ambiental, no sentido da padronização das garantias em escala mundial e em combate efetivo diante da dimensão da urgência ecológica. Conforme Elisiane Dondé Dal Molin e Charles Alexandre Souza Armada (2021, p. 214), “essas transformações inauguraram o que Morin e Kern (1995) chamaram de era planetária, iniciada com a descoberta de que a Terra é um planeta interconectado em suas diversas partes, compondo a grande rede que se comunica e mantém trocas constantes”.

5 ESTADO ECOCÊNTRICO

O Estado, cujo conceito remonta a 1513 com a obra “O Príncipe”, não obstante a organização tenha surgido séculos antes, exerce substancial influência na sociedade. Na pós-modernidade, essa influência aumentou significativamente. Os indivíduos são cada vez mais dependentes de seus representantes, não sendo mais formas anárquicas de poder sequer imagináveis. De acordo com essa ideia, Bresser-Pereira (2005, p. 120) apregoa que o estudo das instituições ganhou “uma importância maior porque os homens perceberam com mais clareza que, através delas, podem alcançar resultados sociais e podem atingir os objetivos políticos fundamentais das sociedades modernas: a ordem pública, a liberdade, o bem-estar e a justiça”.

Nessa lógica, os poderes de direito e de fato se diferem. O neoliberalismo reintroduziu a tendência do não intervencionismo estatal e do diminuto escopo do Estado. O domínio das leis do mercado e da livre iniciativa sugerem que os novos titulares do poder são os donos das grandes empresas e conglomerados econômicos: "esse sacrifício em honra de um povo mítico e desencarnado é feito em proveito dos 'empreendedores do desenvolvimento'" (LATOUCHE, 2009, p. 39). Quando o poder se encontra vago, outro ente o ocupa, resultando na atual policracia do poder, em que a não institucionalidade dos desmandos dos detentores do capital desencadeia a supressão de direitos e a opressão da população. Lênio Streck e José Bolzan de Moraes (2006, p. 84) afirmam:

Em nosso país, as promessas da modernidade ainda não se realizaram. E, já que tais promessas não se realizaram, a solução que o *establishment* apresenta, por paradoxal que possa parecer, é o retorno ao Estado (neo)liberal. Daí que a pós-modernidade é vista como a visão neoliberal. Só que existe um imenso *déficit* social em nosso país, e, por isso, temos que defender as instituições da modernidade contra esse neoliberalismo pós-moderno.

O capitalismo selvagem cria um ciclo vicioso em que os donos do capital formam alianças corruptas com os representantes do Estado, forjando trocas de favores indébitas e corroborando para a dominação de um "Estado alternativo" em que o poder real é conferido aos donos das corporações econômicas. Carl Schmitt (2007, p. 136) explica que parte das forças da policracia "retira seu significado e sua resistência políticos de uma aliança com os sustentadores do pluralismo estatal que têm um interesse na policracia, desde que esta lhes ofereça, simultaneamente, posições de poder para suas organizações".

Além disso, a substituição do institucionalismo puro pela policracia encontra eco nas disparidades observadas pela não intervenção do Estado nas relações jurídicas não paritárias, com assimetrias informacionais, econômicas e sociais, bem como na exploração dos trabalhadores e supressão dos direitos dos consumidores. Dada a importância do Estado pós-moderno, é consenso a relevância de efetivar a capacidade estatal para efetivação dos direitos ambientais em sociedades

subdesenvolvidas, em que a omissão do Estado soma a dominação dos grupos econômicos com o império das facções criminosas. O conceito de capacidade é desnudado por Francis Fukuyama (2005, p. 21):

Em outras palavras, a essência da estatidade é sanção: a capacidade suprema de enviar alguém, com um uniforme e uma arma, para obrigar as pessoas a respeitar as leis do Estado. Nesse sentido, o Estado americano é extraordinariamente forte: ele possui uma pletera de agências nos níveis federal, estadual e municipal para forçar o cumprimento de tudo, de regras de trânsito à lei comercial e brechas fundamentais na Carta de Direitos.

Sob essa lógica, a efetivação dos direitos da natureza perpassa pela capacidade do Estado de cumprir e fazer cumprir os atos normativos que protejam o meio ambiente. Fukuyama (2005, p. 27) resume: “o melhor lugar para se estar combina [...] o escopo limitado das funções do Estado com a forte eficácia institucional”. Nada adianta concretizar um constitucionalismo planetário ou o Poder Legislativo nacional editar normas com vistas à preservação ambiental, caso o Estado não detenha capacidade para fiscalizar o cumprimento da norma editada, bem como para a aplicação eficaz das sanções destinadas aos perturbadores da ordem, em conformidade com o ciclo de polícia.

Sendo inegável que se precisa de “um Estado cada vez mais forte para garantir os direitos num contexto hostil de globalização neoliberal”, nos dizeres de Boaventura Santos (1998, p. 9). Diante da premência do conflito ambiental que alarma a sobrevivência humana, cumpre meditar: qual o tipo de Estado adequado para a efetivação dos direitos da natureza? “Questiona-se a democracia: seria útil ou um obstáculo? Ou o problema seria somente a democracia representativa? Quais outras formas de democracia seriam adequadas à governança ecológica do planeta?” (CARDUCCI, 2020, p. 15). Em paralelo, indaga-se ceticamente acerca do autoritarismo para a eficácia institucional: seria um mal necessário? Tais questionamentos encontram eco no objetivo de refletir o que seria o conceito de Estado ecocêntrico.

A defesa do regime autoritário, em detrimento da legitimidade democrática, repousa na dificuldade do cumprimento eficaz das normas ecológicas, mediante a democracia e o respeito aos direitos de autodeterminação. A não confiança na natureza humana e a improbabilidade de representantes ascenderem democraticamente ao poder com a bandeira ecológica ou dos membros que compõem o Poder Legislativo editarem normas rígidas às empresas em uma sociedade subjugada ao neoliberalismo contribui para o alinhamento ao ecoautoritarismo.

A desilusão com a falácia da preservação ambiental do sistema alicerçado no capitalismo e que esteve sob égide da democracia há décadas abriu espaço para discursos ecoautoritários, com base na ideia de que apenas governos fascistas garantiriam o cumprimento absoluto de normas ambientais. Carducci (2020, p. 6) analisa o movimento:

A primeira foi a do chamado "ecoautoritarismo" ou "ecofascismo" (baseado na observação de que decisões democrático-representativas nem sempre são as melhores em nível ecológico), cuja variável atual estaria precisamente na chamada "ditadura ambiental deliberativa", referindo-se à China. Essa abordagem é criticada por ser autoritária, mas abrange um problema: é a democracia representativa que alimenta o paradoxo da "tirania", baseada na contingência de interesses, no cálculo de maiorias, na mediação descendente de curto prazo de partidos e seus interesses, no espaço limitado de eficácia.

A periculosidade de tal teoria reside na questão de que a experiência negativa com a democracia atinente à pauta ambiental não significa necessariamente a ruptura contrastante com o sistema. A causalidade controversa entre o regime democrático e a degradação ambiental não pode ser cientificamente confirmada, na medida em que o procedimentalismo democrático não ruiu comprovadamente com a natureza. A coincidência entre o lapso temporal da consolidação da democracia, a qual cresceu substancialmente nas décadas de 1980 e 1990, atingindo seu ápice em 2005, e do firmamento do capitalismo no pós-Guerra Fria gerou a má interpretação

de que a democracia não assegurou a incumbência de evitar a degradação ambiental.

O fato de que nos regimes democráticos os representantes não se interessaram pela bandeira ecológica e se embriagaram com a possibilidade do crescimento econômico ilimitado não significa que nos regimes autoritários o panorama seria diverso. A falha da teoria é revelada, uma vez que a natureza humana egoísta de acumulação imoderada e de auferir vantagens econômicas nas políticas estatais permanece nos líderes fascistas, sendo, na verdade, agigantada pela dimensão dos poderes do autocrata e a possibilidade formal facilitada de editar atos normativos que atinjam os direitos positivados. Carducci (2020, p. 7) questiona: “esse ‘impasse’ diz respeito às instituições modernas [...] ou é próprio da natureza humana (o ser humano, como animal dotado de razão para sua própria liberdade, persegue seus próprios interesses e satisfações individuais mesmo antes daqueles comuns à espécie)?”.

A pauta ambiental foi apropriada pela bandeira esquerdista de forma retórica e interesseira e a materialização de governos de ideologia comunista sem sucesso ecológico estatisticamente comprova que a questão ambiental não se restringe à polêmica direita-esquerda, sendo questão de sobrevivência humana. Na realidade:

Todos os regimes modernos foram produtivistas: repúblicas, ditaduras, sistemas totalitários, fossem seus governos de direita ou de esquerda, liberais, socialistas, populistas, social-liberais, socialdemocratas, centristas, radicais, comunistas. Todos propuseram o crescimento econômico como urna pedra angular inquestionável de seu sistema. A mudança indispensável de rumo não é daquelas que uma simples eleição poderia resolver instituindo um novo governo ou votando a favor de outra maioria. O que é necessário é bem mais radical: uma revolução cultural, nem mais nem menos, que deveria culminar numa re-fundação do político (LATOUCHE, 2009, p. 40).

Romper com a ordem democrática e instaurar uma nova ordem jurídica fundada no autoritarismo não apenas não solucionaria a questão ambiental, mas geraria impasses institucionais que acarretariam o retrocesso em relação a todos os direitos conquistados pelo Estado Democrático de Direito. O retrocesso em prol da

urgência ambiental seria verborrágico e a retórica falaciosa de implantar o ecofascismo seria apropriada pela tentativa de realização de golpes descabidos. A esse respeito, assinala Carducci (2020, p. 14):

Pode o caminho do papel ativo, "corretivo" e "coercitivo" do Estado no atual contexto de globalização econômica e social de troca (de bens e de opiniões) ser concretizado? As perspectivas resumidas são realmente buscadas em algum país do mundo? Com base em quais ferramentas institucionais é possível legitimar as políticas "corretivas" dos Estados? A primeira pergunta deve ser respondida de forma negativa. Não é concretamente possível, pelo menos em contextos supranacionais como a União Europeia, imaginar um papel ativo, "corretivo" e "coercitivo" que seja realmente "soberano" do Estado, em nome da luta contra o "déficit ecológico" do planeta; isso porque o mundo atual do mercado e da sociedade (bens e opiniões) globalizados é caracterizado por uma condição que Dani Rodrik definiu como um "trilema": hoje, combinar democracia, globalização econômico-social e soberania decisória nacional é quase impossível.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sob as rédeas do capitalismo e embebedados pelo crescimento econômico, a negligência atinente à preservação ambiental tornou-se realidade. O "Efeito Tequila" gerado pela sedução da exploração econômica somado à dívida da razão negligenciaram as noções de dignidade e do objetivo do Estado. Inebriados pela racionalidade unipolar homogeneizante, a ideia de busca pelo lucro imoderado e a cegueira econômica tornaram insípido qualquer discurso protecionista em relação à natureza.

Ademais, simples positavações normativas com previsões ecológicas sem correspondência orçamentária residem em promessas insinceras. A mera positavação de normas programáticas sem destinação financeira ou administração de políticas públicas que intentam aplicabilidade real às postulações ludibria os direitos e as garantias constitucionais. Nesse viés, a justificativa da priorização dos direitos ambientais no orçamento público encontra fulcro na urgência ambiental e na

maximização do número absoluto de cidadãos contemplados pela política estatal, haja vista se notabilizar como direito difuso e coletivo.

Outrossim, a proteção ambiental sob égide do constitucionalismo planetário é apontada como a solução diante da exigibilidade de atos em escala global. As questões de justiça que angustiam os efeitos sofridos pelos indivíduos dos países subdesenvolvidos na geopolítica mundial, bem como a necessidade de padronizar a responsabilidade solidária dos Estados para o preservacionismo ambiental, de modo a evitar a consolidação de países que se usurpam da causa ambiental como poder de barganha nos acordos diplomáticos, colaboram para a necessidade de unificação das normas ambientais, com base na cooperação internacional.

Por fim, a construção de Estados ecocêntricos e a meditação acerca de qual tipo de Estado estaria em conformidade com as pautas ecológicas conduz para a lapidação da degradação ambiental. A afirmação do compromisso com um Estado forte, no sentido da capacidade estatal abordada por Fukuyama, dialoga com a relevância do cumprimento efetivo dos poderes fiscalizatórios e sancionatórios do Estado no que concerne à eficácia das normas que caminham para apontar a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana. Nessa senda, a ideia da exigibilidade de um ecofascismo é afastada, vislumbrada a importância da democracia para o Estado Democrático de Direito, e a falácia da tese de que a coercibilidade sanaria a incumbência da proteção ambiental.

Na pós-modernidade, fundada no neoliberalismo, o domínio da dívida financeira é irreversível. Seria ingênuo pregar o esquecimento da economia em prol das pautas ecológicas. Todavia, o freio no império econômico e a urgência de conciliação entre crescimento econômico, desenvolvimento humano e preservação ambiental reverberam para apontar o decrescimento como a única solução para a preservação da espécie humana, do planeta e do próprio sistema capitalista.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 5 de outubro de 1988.

BRASIL. **Lei nº 10.406, Código Civil**. 10 de janeiro de 2002.

CARDUCCI, di Michele. **La ricerca dei caratteri differenziali della "giustizia climatica"**. Saggi – DPCE online, 2020/2. The role of science in environmental and climate change adjudications.

CARDUCCI, Michele. Le premesse di una "ecologia costituzionale". **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 17, n. 37, p. 1-23, jan./abr. 2020. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1494>. Acesso em 17 abr. 2021.

CAVEDON, Fernanda de Salles; VIEIRA, Ricardo Stanziola. **A política jurídica e o Direito Socioambiental**: uma contribuição para a decidibilidade dos conflitos jurídico-ambientais. *Novos Estudos Jurídicos*, 2011.

CECHIN, Andrei. **A natureza como limite da economia**: a contribuição de Nicholas Georgescu-Roegen. São Paulo: Edusp, 2010.

DA SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

DE MASI, Domenico. **Coronavírus anuncia revolução no modo de vida que conhecemos**. Folha de São Paulo, 22 mar. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2020/03/coronavirus-anuncia-revolucao-nomodo-de-vida-que-conhecemos.shtml>. Acesso em: 22 mar. 2020.

DUM, William E. Environmental degradation and the tyranny of small decisions. **BioScience**, v. 32, n. 9, 1982, p. 728-729.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução de Alexander Araújo de Souza e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **O vírus põe a globalização de joelhos**. Tradução de Moisés Sbardelotto. Instituto Humanitas UNISINOS, 18 mar. 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/597204-o-virus-poe-a-globalizacao-de-joelhosartigo-de-luigi-ferrajoli>. Acesso em: 19 mar. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FUKUYAMA, Francis. **Construção de Estados: governo e organização no século XXI**. Tradução de Nivaldo Montingelli Jr. Rio de Janeiro: Rocco, 2005.

FUKUYAMA, Francis. **Ficando para trás: explicando a crescente distância entre América Latina e Estados Unidos**. Tradução de Nivaldo Montingelli Jr. Rio de Janeiro: Rocco, 2010.

HARARI, Yuval Noah. **In the battle against coronavirus, humanity lacks leadership**. Time, 15 mar. 2020. Disponível em: <https://time.com/5803225/yuval-noah-hararicoronavirus-humanity-leadership>. Acesso em: 20 mar. 2020.

HOLMES, Stephen. **O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

ITO, Mumta. Nature's rights: why the European Union needs a paradigm shift in law to achieve its 2050 vision. In: **Sustainability and the rights of nature in practice**. CRC, 2019.

LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. Tradução de Claudia Beliner. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LEFF, Enrique. Interdependência de impactos ambientais e a Covid: a cada quien su virus la pregunta por la vida y el porvenir de una democracia viral. HALAC – Historia Ambiental, Latinoamericana y Caribeña. **Revista de la SOLCHA**, maio, 2020.

LEFF, Enrique. **Political ecology: deconstructing capital and territorializing life**. London: Palgrave MacMillan, 2021.

LEFF, Enrique. **Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder**. Tradução de Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001.

MAQUIAVEL, Nicolau. **El príncipe**. Ediciones Ibéricas y LCL, 1971.

MATTIA, Adilene; BECKER, Lara Luiza Borges. Consumo consciente e sustentabilidade: impactos relacionados à educação ambiental e aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, v. 11, n. 1, jan./abr. 2021, p. 234-258.

MOLIN, Elisiane Dondé Dal; ARMADA, Charles Alexandre Souza. Interfaces entre o meio ambiente e os objetivos do desenvolvimento sustentável: o despertar de uma consciência planetária? **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, v. 11, n. 1, jan./abr. 2021, p. 209-233.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Instituições, bom Estado e Reforma da Gestão Pública. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, v. 1, n. 1, p. 1-17, 2005.

ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Florianópolis: Habitus, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SOUZA, Boaventura Santos. Boaventura defende o Estado forte. In: **Correio do Povo**. Secção Geral. Porto Alegre, 6 de abril de 1998, p. 9.

STIGLITZ, Joseph E. **O grande abismo** – sociedades desiguais e o que podemos fazer sobre isso. São Paulo: Alta Books, 2016.

STRECK, Lênio; MORAES, José Luis Bolzan de. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TIROLE, Jean. **Economia do bem comum**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

14. A PROTEÇÃO LEGAL DA VEGETAÇÃO NATIVA NO BRASIL – AVANÇOS E RETROCESSOS NO PERÍODO DE 1920 A 2020

LEGAL PROTECTION OF NATIVE VEGETATION IN BRAZIL – ADVANCES NA BACKWARDS IN THE PERIOD FROM 1920 TO 2020



<https://doi.org/10.36592/9786587424941-14>

Sheila Pitombeira¹

1 Introdução

A proteção legal da vegetação nativa no Brasil, no período de 1920 a 2020, não obstante tenha sido cultuada por nacionalista preservacionistas do século XVIII e nos primeiros anos do século XX, tem sido utilitária aos grupos econômicos de pressão e elaborada com viés nitidamente antropocentrista. Nessa perspectiva, no século XXI o problema vem se agravando, com alterações cada vez mais retrogradadas, seja nas leis em sentido estrito, bem como nas normas infralegais, evidenciando o distanciamento do ecocentrismo e ofensa ao direito humano ao ambiente sadio.

Não obstante a humanidade tenha avançado em conquistas e aprimoramentos técnico-científicos, considerando-se, por exemplo a diversidade do avanço tecnológico auferido no século passado, não resta claro, com a mesma percepção, o reconhecimento do direito fundamental ao meio ambiente sadio a todos, indistintamente. Também soa desarrazoado creditar que esse desconhecimento esteja relacionado ao aparente descompasso entre o salto tecnológico e o caminhar social.

De toda sorte, esse deslumbramento, que se observa em torno da velocidade tecnológica, parece ofuscar a finitude dos recursos ambientais e os efeitos desastrosos que o desequilíbrio ambiental pode promover a todos os seres habitantes do planeta. Por isso, a discussão relacionada ao direito fundamental ao ambiente sadio se faz tão necessária e relevante, merecendo reflexão sobre várias

¹ Professora e Pesquisadora da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Doutora em Desenvolvimento e Meio Ambiente pela Universidade Federal do Ceará (UFC), Mestre em Direito, Mestre em Ciências Marinhas Tropicais, ambos os Mestrados pela UFC, Procuradora de Justiça no Ceará (MPCE). E-mail: sheilapitombeira@gmail.com.

correntes de pensamento, de modo a aclarar o entendimento e a compreensão ao redor de algo tão caro para a humanidade.

Sob a perspectiva do senso comum da razoabilidade ou, tomando-se de empréstimo as proposições sobre a lógica do razoável², verifica-se que o ambiente sadio é o *locus* onde ocorre e abriga a vida em todas as suas formas. É a realidade concreta onde se vive, o cenário onde ocorrem as vivências e experiências dos indivíduos e populações que, para o homem, estão impregnados de valores e cumulativos em experiências. Então, não há como dissociar o direito à vida sem que esta ocorra em ambiente hígido para todos, sem qualquer distinção de raça, cor, sexo, religião, opinião ou profissão.

A par disso, ambos, direito à vida e ao ambiente sadio configuram o respeito à dignidade da pessoa. Não há como considerar digna uma condição compulsória de viver em local insalubre, poluído, sem acesso à água e esquecido do Poder Público, como se o ambiente sadio fosse um produto inacessível aos economicamente vulneráveis. a ser adquirido aos poucos, quando suas condições meritórias se estabelecerem. Não há razoabilidade nessa linha de pensamento.

Daí, oportuno lembrar das relações transversais e interdisciplinares decorrentes da compreensão desse direito fundamental. Primeiramente, se faz necessário uma alteração nas relações entre o homem e a natureza, atualmente em franca ascensão antropocêntrica, onde os recursos ambientais, sejam bióticos ou abióticos, são considerados com "indisfarçável conteúdo economicista e utilitarista"³, ou seja, a cada dia avançamos em retrocesso ambiental.

Assim, uma (re)consideração do ambiente em sentido contrário às modalidades de exploração dos recursos da natureza, admitindo-o como sujeito de direitos, reconhecendo-lhe as vulnerabilidades, solidarizando-se com sua resiliência, ensejaria uma sinalização ecocêntrica da realidade ambiental (ainda inexistente), denotando sentimento de respeito às futuras gerações. Outra questão relacionada à ideia ecocentrista, refere-se ao permanente desejo humano de progredir, a busca incessante do aprimoramento e viver melhor em seu ambiente configurando, em

² SICHES, Luis Recaséns, **Tratado general de Filosofía del Derecho**, 5 ed., México, Porrúa S.A., 1975.

³ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. **Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro**. Revista de Direito Ambiental, n.14. São Paulo: RT, 1999, p. 53.

tese, rejeição a todo tipo de regressão⁴. Todos almejam prosperidade no porvir, por isso, também, foge da lógica razoável o frequente retrocesso ao disciplinamento relacionado ao meio ambiente.

Dessa forma, a partir dessas considerações, o artigo objetiva demonstrar, adotando como fio condutor, a edição de leis destinadas à proteção da vegetação nativa, florestas e paisagens naturais brasileiras, no período compreendido entre 1920 a 2020, o retrocesso ambiental legislativo brasileiro na proteção desses espaços.

2 Histórico da Proteção Legal da Vegetação Nativa no Brasil – Avanços e Retrocessos

Alguns estudiosos apontam o século XVIII como marco relevante de interesses e expedições portuguesas destinadas a conhecer a flora e fauna brasileiras, com vistas ao levantamento dos recursos naturais e o direcionamento de sua exploração econômica⁵.

Outros, por sua vez, evidenciam que no mencionado século houve expressivo interesse dos próprios brasileiros em estudar Ciências Naturais, conhecer a natureza brasileira e os interesses europeus sobre esses recursos naturais havendo, a partir da chegada da família real portuguesa para o Brasil (1808), incentivos a essa postura. A criação do Jardim Botânico no Rio de Janeiro nesse mesmo ano e a do Museu Nacional, dez anos depois (1818), realçariam essa perspectiva⁶.

Em pesquisa realizada em torno da linha temporal sobre a proteção legal à vegetação nativa, após a Proclamação da República do Brasil (1889), identificou-se o Decreto Federal nº 8.841, de 26 de julho de 1911, que cria a reserva florestal no

⁴ PRIEUR, Michel, **Princípio da proibição do retrocesso**. In: Princípio da proibição do retrocesso. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle do Senado Federal (Org). Brasília. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242559/000940398.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em 10 jul. 2020.

⁵ DANTES, Maria Amélia Mascarenhas, **As ciências na História brasileira**. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/pdf/cic/v57n1/a14v57n1.pdf>. Acesso em 17 Set 2020.

⁶ DIAS, Maria Odila da Silva, "**Aspectos da ilustração no Brasil**", Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, v. 278 jan-mar, 1968, Rio de Janeiro, Departamento de Imprensa Nacional, p.105-170. Disponível em: <https://ihgb.org.br/publicacoes/revista-ihgb/itemlist/filter.html?searchword285=278&moduleId=150&ItemId=174>. Acesso em 17 Set 2020.

Território do Acre, com o objetivo de proteger e assegurar a navegação fluvial e obstar alterações ao regime hidrográfico da Amazônia⁷, como pioneiro na proteção de espaços protegidos no período republicano.

Referido texto legal também foi amparado nas informações do "Mapa Florestal do Brasil", Elaborado pelo Engenheiro mineiro Luiz Felipe Gonzaga de Campos, que considerava de fundamental importância a edição de um Código Florestal para o Brasil, cujo anteprojeto, à época, havia sido encaminhado ao Congresso Nacional⁸, pelo Ministro da Agricultura, Indústria e Comércio de então, Pedro de Toledo, como consta do relatório de aludido ministério⁹.

O registro das informações constantes no mencionado relatório evidencia a preocupação existente com o desmatamento indiscriminado já naquela época, a "salubridade pública e a pureza dos cursos d'água", envidando esforços voltados à proteção das matas e florestas brasileiras que ensejaram a criação do Serviço Florestal do Brasil (SFB) por meio do Decreto Federal nº 4.421, de 28 de dezembro de 1921¹⁰, regulamentado pelo Decreto nº 17.042, de 16 de setembro de 1925¹¹.

Ao Serviço Florestal, até sua extinção em 1933^{12 13}, incumbia, dentre outras atividades, promover e auxiliar na criação, guarda e conservação das florestas

⁷ BRASIL, **Decreto nº 8.841, de 26 de julho de 1911. Crêa a reserva florestal no Território do Acre.** Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/414773/publicacao/15687935>. Acesso em 20 set.2020.

⁸ VITAL, André Vasques (2018). "As "Florestas Sagradas" do impasse: a reserva florestal do território federal do Acre (1911)". História Ambiental Latinoamericana Y Caribeña (HALAC), v. 8, n.1, Revista de La Salcha, p.42-66. Disponível em: <https://doi.org/10.32991/2237-7171.2018v8i1.p42-66>. Acesso em 17 set.2020.

⁹ BRASIL, Governo do. **Relatório do Ministério da Agricultura, Indústria e Comercio**, Rio de Janeiro, 1890 – 1920, p.106,208. Disponível em: <http://memoria.bn.br/docreader/DocReader.aspx?bib=873730&Pesq=CODIGO%20FLORESTAL&pagfis=17962>. Acesso em 17 set.2020.

¹⁰ BRASIL, **Decreto nº 4.421, de 28 de dezembro de 1921.** Crêa o Serviço Florestal do Brasil. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4421-28-dezembro-1921-567912-publicacaooriginal-91264-pl.html>. Acesso em 17 set.2020.

¹¹ BRASIL, **Decreto nº 17.042, 16 de setembro de 1925,** Dá regulamento ao Serviço Florestal do Brasil. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-17042-16-setembro-1925-507806-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 20 set. 2020.

¹² O Serviço Florestal do Brasil, tal como foi criado, permaneceu na estrutura do Ministério da Agricultura mesmo após a alteração desse Ministério, promovida pelos Decretos nº 19.448/1930 e nº 22.338/1933, até sua extinção por meio do **Decreto nº 22.380**, de 02 de janeiro de 1933 (art. 4º, 5).

¹³ Em 1938, por meio do **Decreto-lei Nº 982**, de 23 de dezembro de 1938, o Serviço Florestal, 23 de dezembro do mesmo ano, foi criado o Serviço Florestal, junto ao Ministério da Agricultura, com Regimento aprovado por meio do Decreto Nº 4.439, em 26 de julho de 1939. Em 1962, com a nova reestruturação do Ministério da Agricultura, por meio da Lei Delegada Nº 9, de 11 de outubro de 1962,

protetoras, com vistas à garantia da pureza dos mananciais utilizados para alimentação e proteção contra efeitos naturais e erosão, sobre os rios; estabelecer e propagar os conhecimentos relativos à silvicultura; auxiliar na defesa das fronteiras; sugerir a criação de reservas florestais, organizar estatística florestal nacional, estudar e propor a criação de parques nacionais com florestas típicas das diversas regiões do país, que conservem as características da fauna e flora indígena.

Além disso, o SFB introduziu formalmente, no ambiente institucional, a ideia das florestas protetoras, precursoras das áreas de preservação permanente, reverenciadas em decorrência da atenção dispensada à importância da salubridade das fontes e dos cursos d'água, bem como a preocupação com a devastação das florestas nacionais, em face da expansão da atividade agrícola, ainda que houvesse interesse na exploração da madeira¹⁴.

Nos anos 30 do século XX, por fim, deu-se a edição do Código Florestal de 1934, Decreto Federal nº 23.793, de 23 de janeiro do mesmo ano¹⁵, classificando as florestas em protetoras, que, em face de sua localização, eram consideradas importantes na proteção do regime das águas e dos sítios de beleza singular, para evitar erosão das terras, decorrentes de eventos naturais, para fixar dunas, auxiliar na defesa das fronteiras, asilar espécimes raros da fauna indígena e assegurar as condições de salubridade pública, na fixação;

As florestas remanescentes, precursoras de algumas categorias de unidades de conservação, pois eram consideradas de interesse biológico ou estético, ou para formação de parques em quaisquer das unidades federativas, ou para pequenos bosques destinados ao lazer público. As florestas modelo, por sua vez, correspondiam às florestas, com possibilidade de uso de plantas exóticas, e as de rendimento, voltadas à atividade da exploração florestal, inclusive intensiva.

o Serviço Florestal deixou de existir. Em 2006, por meio da Lei Federal Nº 11.284, 03 de março do mesmo ano, foi criado o Serviço Florestal Brasileiro.

¹⁴ MEIRA, Roberta Barros, CARELLI, Mariluci Neis, **Árvores de boa semente: silvicultura, preservação da natureza e agricultura na Primeira República**. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5331139.pdf>. Acesso em 28 set. 2020.

¹⁵ BRASIL, **Decreto Nº 23.793**, de 23 de janeiro de 1934, Approva o código florestal que com este baixa. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-23793-23-janeiro-1934-498279-publicacaooriginal-78167-pe.html>. Acesso em 30 jan.2018.

Além do Código de Águas, Decreto Nº 24.643, de 10 de julho de 1934¹⁶, que aborda a água com um bem, à época, inclusive, com possibilidade de se constituir um bem privado e de obtenção de concessão das águas públicas para atividades agrícolas e industriais uso sem restrições, o Código de Minas, Decreto Nº 24.642¹⁷, editado no mesmo dia, compõe, juntamente com o Código Florestal de então, o conjunto institucional da época, voltado a assegurar o “desenvolvimento e a modernização” da atividade produtiva no País.

No período Vargas houve, também, uma preocupação com exportação de espécie florestal implicando a edição de lei federal com vistas à investigação do fato¹⁸, bem como a aprovação da Convenção para a proteção da Flora, da Fauna e das Belezas Naturais dos Países da América, aprovada pelo Decreto Legislativo Nº 3, de 14 de fevereiro de 1948, tendo sido assinada pelo Brasil em 27 de dezembro de 1940¹⁹.

Na década de sessenta do século XX tem-se a edição do segundo Código Florestal em 15 de setembro de 1965²⁰, com a classificação das florestas como de preservação permanente, com vistas à proteção da cobertura vegetal em decorrência da Geografia, como margens dos cursos d'água, topos de morro, bordas de tabuleiro, encostas, restingas fixadoras de dunas, altitudes superiores a 1.800 metros, encostas, ou partes delas, com declividade superior a 45º, florestas que integram o patrimônio indígena; Parques, florestas e reservas biológicas; florestas

¹⁶ BRASIL, **Decreto Nº 24.643**, de 10 de julho de 1934, Decreta o Código de Águas. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24643-10-julho-1934-498122-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 20 jul 2017.

¹⁷ BRASIL, **Decreto Nº 24.642**, de 10 de julho de 1934, Decreta o Código de Minas. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24642-10-julho-1934-526357-publicacaooriginal-79587-pe.html>. Acesso em 30. mai. | 2019.

¹⁸ BRASIL, **Lei Nº 117**, de 14 de novembro de 1935, Providencia sobre exportação de orquídea. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1930-1939/lei-117-14-novembro-1935-557448-publicacaooriginal-77845-pl.html>. Acesso em 20 set. 2020.

¹⁹ BRASIL, **Decreto Legislativo Nº 3**, de 14 de fevereiro de 1948, Aprova a Convenção para a proteção da Flora, da Fauna e das Belezas Naturais dos Países da América assinada pelo Brasil em 27 de dezembro de 1940. Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/legislacao/Decreto_Legislativo_n_3_de_13_de_fevereiro_de_1948.pdf. Acesso em 15 set. 2018.

²⁰ BRASIL, **Lei Nº 4.771**, de 15 de setembro de 1965, Institui o novo Código Florestal. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4771-15-setembro-1965-369026-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em 30 mar. 2017.

plantadas, relacionadas às florestas de florestamento e reflorestamento²¹; e a reserva legal, floresta localizada na propriedade privada cuja utilização era limitada, excluindo-se de sua utilização um percentual de terra com cobertura vegetal nativa estabelecido no código. Sofreu mais de dez alterações durante a vigência.

Após a promulgação da Constituição do Brasil de 1988, além de outras leis não relacionadas diretamente à demanda florestal, houve a criação do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais - IBAMA (1989); Política Agrícola (1991); criação do Ministério do Meio Ambiente - MMA (1992); Aprovação da Convenção sobre a Diversidade Biológica (1994); Política Nacional de Recursos Hídricos (1997); Lei dos Crimes Ambientais (1998); Ratificação da Convenção do Clima - Decreto Presidencial (1998); Criação o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (2000), Política nacional da Agricultura Familiar (2006); Gestão de Florestas Públicas (2006); Proteção da vegetação nativa do bioma Mata Atlântica (2006); Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - ICMBIO (2007); Proteção da Vegetação Nativa (revogação do código Florestal de 1965 – 2012); Alterações nas regras sobre apuração e aplicação sanções administrativas por dano ambiental (2019); desburocratização do processo de licenciamento (2019); Revogação das Resoluções CONAMA 302 e 303, ambas de 2002 (20200).

Na perspectiva da proteção das florestas, belezas naturais e vegetação nativa a revogação do Código Florestal de 1965, que se deu por meio da Lei Nº 12.651, de 25 de maio de 2012²², caracteriza-se um retrocesso ambiental, considerando-se as disposições constitucionais sobre meio ambiente, bem como o texto legal revogado. Em princípio, a própria lei se antecipa, na respectiva ementa, em anunciar que estabelece normas sobre a proteção da área de preservação permanente, reserva

²¹ PITOMBEIRA, Sheila Cavalcante, **Florestas Plantadas**, In: Código Florestal 40 Anos (I), v. 31, mai-jun. Revista de Direitos Difusos, São Paulo, p.59-80, 2005.

²² BRASIL, **Lei N 12.61**, de 25 de maio de 2012, Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/L12651compilado.htm. Acesso em 20 fev. 2018.

legal, sobre exploração florestal, o suprimento de matéria-prima florestal, prevendo instrumentos econômicos ao alcance de seus objetivos.

Em seguida, amplia bases conceituais relacionadas ao “interesse social”, “utilidade pública” e cria atividades de “baixo impacto ambiental”, todas permissivas, ampliando situações em que possa ocorrer a supressão da vegetação nativa, flexibilizando inúmeras hipóteses para o desmatamento. Algumas vezes sob o disfarce de interesse social ou utilidade pública. Em outras, em flagrante direcionamento ao interesse econômico-financeiro, transformando a Lei em instrumento desses interesses, como se observa na alteração da forma de medir as faixas marginais dos cursos d’água, redução da altura dos topos de morro, permissivo para supressão de vegetação nativa nas planícies pantaneiras, ampliação de uso de zonas de apicuns, com nítido viés de salvaguarda das atividades antropocêntricas.

Em relação às constituições brasileiras, a de 1934 (Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934),²³ foi a primeira, inclusive do período republicano, a dedicar atenção e proteção, de forma explícita e direta, às belezas naturais do País. Depois dela, somente a Constituição de 1988²⁴ apresenta disposições com preceitos diretamente relacionados à proteção das florestas, belezas naturais e ao meio ambiente em seus vários aspectos (natural, artificial e cultural)²⁵, como se observa no **Quadro 1**.

²³ CAMPANHOLE, Adriano, CAMPOHOLE, Hilton Lobo (Coord). **Constituições do Brasil, 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969** 9ª ed, São Paulo: Atlas, 1986.

²⁴ BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 15 set. 2020.

²⁵ CARVALHO, Délton, Winter de, **A formação do sentido jurídico de meio ambiente**. In: **Luíadas, Direito e Ambiental**, n.1, 2008, Lisboa. Revista Lusíadas, Direito e Ambiental, p. 55-70. Disponível em: <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/lda/article/view/2107/2227>. Acesso em 19 set.2020.

Quadro 1. Constituições Brasileiras e a proteção das florestas e paisagens naturais

Constituição/Ano de promulgação/ Presidente da República	Dispositivo Constitucional alusivo à proteção das florestas e paisagens naturais
Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 16/07/1934/Getúlio Vargas	Art. 5º legislar sobre: XIX, j) bens do domínio federal, riquezas do sub-solo, mineração, metalurgia, águas, energia, hydro-electrica, florestas, caça e pesca e a sua exploração; art. 10) – Compete concorrentemente à União, e aos Estados: III – proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte;
Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, decretada em 10/11/1937/Getúlio Vargas	art. 16) – Compete privativamente à União: XIV – os bens do domínio federal, minas, metalurgia, energia hidráulica, água, florestas, caça e pesca e sua exploração; Art. 18) Independentemente de autorização, os Estados podem legislar, no caso de haver lei federal sobre a matéria, para suprir-lhe as deficiências ou atender às peculiaridades locais, desde que não dispensem ou diminuam as exigências da lei federal, ou, em não havendo lei federal e até que esta os regule, sobre os seguintes assuntos: a) riquezas do sub-solo, mineração, metalurgia, águas, energia, hidro-elétrica, florestas, caça e pesca e sua exploração; art. 134. Os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens ou os locais particularmente dotados pela natureza, gozam da proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios. Atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional.
Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada a em 18/09/1946/Eurico Gaspar Dutra	Art. 5º Compete à União: XV – legislar sobre: l) riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia elétrica, florestas, caça e pesca; art. 6º – A competência federal para legislar sobre as matérias do art. 5º, XV, letras, b, c, d, f, h, j, l, o e r, não exclui a legislação estadual supletiva ou complementar; art. 175. As obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza, ficam sob a proteção do Poder Público.
Constituição do Brasil, decretada e promulgada em 14/01/1967/ Humberto Castelo Branco	Art. 8º Compete à União: XVII – legislar sobre: h) jazidas, minas e outros recursos minerais, metalurgia, florestas, caça e pesca; art. 180. Parágrafo único. Ficam sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico e artístico, os monumentos naturais e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas.
Constituição da República Federativa do Brasil, emenda constitucional nº 1 de 17/10/1969/ Junta Militar Provisória de 1969	Art. 8º Compete à União: XVII – legislar sobre: h) jazidas, minas e outros recursos minerais, metalurgia, florestas, caça e pesca; art. 172. A lei regulará, mediante prévio levantamento

	<p>ecológico, o aproveitamento agrícola de terras sujeitas a intempéries e calamidades. O mau uso da terra impedirá o proprietário de receber incentivos e auxílios do Governo. Art. 180. Parágrafo único. Ficam sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico e artístico, os monumentos naturais e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas.</p>
<p>Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, promulgada em 05/10/1988/José Sarney</p>	<p>Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII - preservar as florestas, a fauna e a flora; Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição; VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; § 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. § 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. § 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. § 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário. Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente. Art. 187. § 1º Incluem-se no planejamento agrícola as atividades agroindustriais, agropecuárias, pesqueiras e florestais. Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente</p>

	<p>protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. § 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.</p>
--	--

Fonte – Quadro elaborado pela Autora a partir das Constituições Brasileiras de 1934 a 1988.

Considerações Finais

Pelos registros constantes do Relatório do Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, período de 1890 a 1920, os vinte primeiros anos da República, no Brasil, as atividades produtoras rejeitaram e atuaram contra a ideia da criação de uma lei federal que viesse a coibir abusos e os excessos na exploração dos recursos florestais à época, fato que fica evidenciado com a criação do Serviço Florestal do Brasil em 1921, que, inclusive, classifica as tipologias de florestas à semelhança dos códigos posteriormente editados.

A Constituição de 1934 foi a primeira constituição brasileira a dispor sobre “belezas naturais”, prestigiando, inclusive, a aprovação da Convenção para a proteção da Flora, da Fauna e das Belezas Naturais dos Países da América pelo Brasil. Nesse ano, também, deu-se a promulgação do primeiro Código Florestal brasileiro, com classificação de florestas assemelhados às especificações posteriores.

O Código Florestal de 1965 apresenta linguagem mais moderna e disposições jurídicas mais compreensíveis ao cidadão comum da época, tendo recebido muitas alterações mais de dez alterações ao longo dos quarenta e sete anos de vigência.

A Constituição de 1988 apresenta expressivo número de artigos diretamente relacionados com a proteção das florestas e paisagens naturais, evidenciando

evolução no disciplinamento jurídico ambiental nacional e, conseqüentemente, ensejando aprimoramento na legislação ambiental, direta ou indiretamente, relacionada à proteção dos recursos naturais.

A partir da segunda década do século XXI vem se evidenciando um progressivo retrocesso ambiental na proteção das florestas, paisagens naturais e demais recursos naturais, notadamente nos anos de 2019 e 2020, não obstante o direito ao ambiente saído e equilibrado guarde *status* de direito fundamental e, no Brasil, os direitos e as garantias constitucionais fundamentais não são susceptíveis de alterações, sobretudo em retrocesso.

A proteção legal da vegetação nativa no Brasil, no período de 1920 a 2020 apresenta viés antropocentrista, posto que, historicamente, tem sido editada sob a pressão de grupos voltados ao patrimônio ambiental do País com interesses utilitários, que promovem degradação e poluição, devastação e miséria.

A revogação das Resoluções CONAMA 302 e 303, ambas de 2002, no final de setembro de 2020, demonstra o desrespeito das autoridades brasileiras em relação à vedação ao retrocesso na questão ambiental, com posturas incompatíveis ao alinhamento com as ideias ecocentrista, em franca ofensa ao direito fundamental do meio ambiente sadio.

Referências

SICHES, Luis Recaséns, **Tratado general de Filosofia del Derecho**, 5 ed., México, Porrúa S.A., 1975.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. **Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro**. Revista de Direito Ambiental, n.14. São Paulo: RT, 1999.

PRIEUR, Michel, **Princípio da proibição do retrocesso**. *In*: Princípio da proibição do retrocesso. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle do Senado Federal (Org). Brasília. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242559/000940398.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em 10 jul. 2020.

DANTES, Maria Amélia Mascarenhas, **As ciências na História brasileira**. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/pdf/cic/v57n1/a14v57n1.pdf>. Acesso em 17 Set 2020.

DIAS, Maria Odila da Silva, "**Aspectos da ilustração no Brasil**", Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, v. 278 jan-mar, 1968, Rio de Janeiro, Departamento de Imprensa Nacional, p.105-170. Disponível em: <https://ihgb.org.br/publicacoes/revista-ihgb/itemlist/filter.html?searchword285=278&moduleId=150&Itemid=174>. Acesso em 17 Set 2020.

BRASIL, **Decreto nº 278 jan 8.841, de 26 de julho de 1911. Crêa a reserva florestal no Território do Acre.** Disponível em:

<https://legis.senado.leg.br/norma/414773/publicacao/15687935>. Acesso em 20 set.2020.
VITAL, André Vasques (2018). "**As "Florestas Sagradas" do impasse: a reserva florestal do território federal do Acre (1911)**". História Ambiental Latinoamericana Y Caribeña (HALAC), v. 8, n.1, Revista de La Salcha, p.42-66. Disponível em: <https://doi.org./10.32991/2237-7171.2018v8i1.p42-66l>. Acesso em 17 set.2020.

BRASIL, Governo do. **Relatório do Ministério da Agricultura, Indústria e Comercio, Rio de Janeiro, 1890 – 1920**, p.106,208. Disponível em: <http://memoria.bn.br/docreader/DocReader.aspx?bib=873730&Pesq=CODIGO%20FLORESTAL&pagfis=17962>. Acesso em 17 set.2020.

BRASIL, **Decreto nº 4.421, de 28 de dezembro de 1921.** Crêa o Serviço Florestal do Brasil. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4421-28-dezembro-1921-567912-publicacaooriginal-91264-pl.html>. Acesso em 17 set.2020.

BRASIL, **Decreto nº 17.042, 16 de setembro de 1925,** Dá regulamento ao Serviço Florestal do Brasil. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-17042-16-setembro-1925-507806-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 20 set. 2020.

O Serviço Florestal do Brasil, tal como foi criado, permaneceu na estrutura do Ministério da Agricultura mesmo após a alteração desse Ministério, promovida pelos Decretos nº 19.448/1930 e nº 22.338/1933, até sua extinção por meio do **Decreto nº 22.380**, de 02 de janeiro de 1933 (art. 4º, 5).

Em 1938, por meio do **Decreto-lei Nº 982**, de 23 de dezembro de 1938, o Serviço Florestal, 23 de dezembro do mesmo ano, foi criado o Serviço Florestal, junto ao Ministério da Agricultura, com Regimento aprovado por meio do Decreto Nº 4.439, em 26 de julho de 1939. Em 1962, com a nova reestruturação do Ministério da Agricultura, por meio da Lei Delegada Nº 9, de 11 de outubro de 1962, o Serviço Florestal deixou de existir. Em 2006, por meio da Lei Federal Nº 11.284, 03 de março do mesmo ano, foi criado o Serviço Florestal Brasileiro.

MEIRA, Roberta Barros, CARELLI, Mariluci Neis, **Árvores de boa semente: silvicultura, preservação da natureza e agricultura na Primeira República.** Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5331139.pdf>. Acesso em 28 set. 2020.

BRASIL, **Decreto Nº 23.793**, de 23 de janeiro de 1934, Approva o código florestal que com esta baixa. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-23793-23-janeiro-1934-498279-publicacaooriginal-78167-pe.html>. Acesso em 30 jan.2018.

BRASIL, **Decreto Nº 24.643**, de 10 de julho de 1934, Decreta o Código de Águas. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24643-10-julho-1934-498122-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 20 jul 2017.

BRASIL, **Decreto Nº 24.642**, de 10 de julho de 1934, Decreta o Código de Minas. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24642-10-julho-1934-526357-publicacaooriginal-79587-pe.html>. Acesso em 30. mai. | 2019.

BRASIL, **Lei Nº 117**, de 14 de novembro de 1935, Providencia sobre exportação de orquídea. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1930-1939/lei-117-14-novembro-1935-557448-publicacaooriginal-77845-pl.html>. Acesso em 20 set. 2020.

BRASIL, **Decreto Legislativo Nº 3**, de 14 de fevereiro de 1948, Aprova a Convenção para a proteção da Flora, da Fauna e das Belezas Naturais dos Países da América assinada pelo Brasil em 27 de dezembro de 1940. Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/legislacao/Decreto_Legislativo_n_3_de_13_de_fevereiro_de_1948.pdf. Acesso em 15 set. 2018.

BRASIL, **Lei Nº 4.771**, de 15 de setembro de 1965, Institui o novo Código Florestal. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4771-15-setembro-1965-369026-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em 30 mar. 2017.

PITOMBEIRA, Sheila Cavalcante, **Florestas Plantadas**, In: Código Florestal 40 Anos (I), v. 31, mai-jun. Revista de Direitos Difusos, São Paulo, p.59-80, 2005.

BRASIL, **Lei N 12.61**, de 25 de maio de 2012, Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/L12651compilado.htm. Acesso em 20 fev. 2018.

CAMPANHOLE, Adriano, CAMPOHOLE, Hilton Lobo (Coord). **Constituições do Brasil, 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969** 9ª ed, São Paulo: Atlas, 1986.

(20) BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 15 set. 2020.

CARVALHO, Délton, Winter de, **A formação do sentido jurídico de meio ambiente**. In: **Luíadas, Direito e Ambiental**, n.1, 2008, Lisboa. Revista Lusíadas, Direito e Ambiental, p. 55-70. Disponível em: <http://revistas.lis.ulsiada.pt/index.php/lda/article/view/2107/2227>. Acesso em 19 set.2020.

DIREITOS FUNDAMENTAIS E EMERGÊNCIA SANITÁRIA

15. EL CONSTITUCIONALISMO ANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19 EN EL PERÚ



<https://doi.org/10.36592/9786587424941-15>

César Landa¹

Cicerón: "Salus populi, suprema lex"

Introducción

La pandemia del coronavirus (Covid-19) descubierta en la ciudad de Wuhan (China) en diciembre de 2019 ha tenido un desarrollo exponencial con sorprendentes efectos letales; debido a su veloz expansión por diversos países de Asia, Europa, Estados Unidos, América Latina, Oceanía, África y no contar con una vacuna; habiendo dejado hasta el momento en el mundo a más de treinta y dos millones de infectados y alrededor de un millón de muertos en nueve meses (Jhons Hopkins University, 2020). El impacto tanto en los sistemas de salud, como en el ámbito de la economía, el empleo y la educación, básicamente, ha dado lugar a distintas respuestas gubernamentales con matices entre: por un lado, la priorización de la salud pública, y; por otro lado, la protección del mercado y las inversiones.

Pero, desde un extremo a otro de las respuestas gubernamentales existe un objetivo mundial en común que es derrotar al coronavirus, para volver al estado de normalidad anterior; el mismo que para los olvidados del planeta que son los más afectados por el Covid-19 no sería lo natural. Por ello, desde una lógica universal de sobrevivencia de la especie humana, se requiere entender el problema del coronavirus en un contexto mayor, propio de los tiempos de grandes cambios que se han producido en la historia de la humanidad, que en la actualidad son regulares y permanentes, al punto que se vive en un sociedad del riesgo (Beck, 2015, pp. 52-54).

En ese entendido, la humanidad se encuentra ante un desastre mundial en la medida que el Covid-19 ha alterado de forma grave la vida de la sociedad, el funcionamiento del Estado y el tejido de la economía, superando la capacidad de

¹ Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ex Presidente del Tribunal Constitucional del Perú.

respuesta de los Estados ricos y pobres. El presente desastre sanitario, se debe asimilar a los desastres naturales, ambientales e industriales; por su alto costo para los derechos de las personas, las familias, empresas e instituciones públicas, pero sobre todo para las poblaciones más vulnerables.

Lo cual demanda afrontar los nuevos desafíos universales en clave global, pero sobretodo en clave nacional; mediante la reforma de las bases del actual Estado y su Derecho Constitucional e Internacional, que en este trabajo se perfila desde una perspectiva global, para luego presentar la respuesta gubernamental del Estado peruano al coronavirus, en particular a través del gobierno digital, para, finalmente, exponer algunas ideas sobre la necesidad de una reforma constitucional para la incorporación de un estado de emergencia sanitaria.

I El constitucionalismo global frente a la pandemia del Covid-19

A finales del siglo XVIII el Estado constitucional se fundó sobre supuestos históricos liberales universales, consensuados en base a pactos sociales y políticos nacionales, que fueron consagrados en constituciones estatales. Sin embargo, la utopía de un orden de valores basados en la persona humana y el control del poder, inicialmente se vio desfasado de las realidades nacionales durante el siglo XIX con la aparición de la llamada "cuestión social", que dio lugar en el mundo al surgimiento del constitucionalismo económico y social, a comienzos del siglo XX, que se desarrolló en la forma del Estado de bienestar hasta finales del siglo pasado.

Pero, con el advenimiento del Estado neoliberal entrado el siglo XXI, el Estado constitucional aún no es capaz de enfrentar los nuevos desafíos globales del cambio climático y de las pandemias como el actual coronavirus (Covid-19), que desde que apareció y se extendió por todos los continentes ha paralizado a los Estados y viene sacudiendo las bases socio-económicas y jurídico-políticas tanto de los Estados ricos del hemisferio norte, como de los Estados pobres del hemisferio sur.

Lo cual pone en evidencia la necesidad de repensar el Estado constitucional sobre nuevas bases históricas al largo plazo. Así, el primer cambio de paradigma del Estado constitucional es que no solo estamos viviendo una situación temporal de anomalía constitucional, que constituye una excepción al orden constitucional;

sino que, la crisis se ha convertido en una forma de vida de las sociedades a nivel local e internacional; para lo cual, los Estados en tanto garantes del interés general, no se encuentran concebidos ni preparados para afrontar estas nuevas situaciones. Es cierto que, el clásico Estado de Derecho concibió regímenes de excepción; pero, solo para las graves alteraciones del orden interno, la paz internacional y, apenas, las catástrofes, con una concepción belicista.

Sin embargo, la humanidad actualmente vive haciendo frente a los fenómenos regulares de la Tierra como los terremotos, las heladas, los incendios forestales, las erupciones volcánicas y eventuales maremotos; los accidentes ambientales provenientes de los derrames de petróleo, la contaminación minera de la tierra, el aire y los ríos, la contaminación pesquera del mar, la tala ilegal de bosques, la depredación de especies (World Economic Forum 2019)²; los 272 millones de migrantes internacionales en los hemisferios norte y sur del planeta (Oficina Internacional de Migración 2020); así como, la aparición de nuevas pandemias, la expansión de nuevas enfermedades y/o la reaparición de algunas que habían sido extinguidos (Organización Mundial de la Salud 2019) -entre otros males, como las permanentes guerras y conflictos locales-; todo ello pone en evidencia que vivimos en una sociedad en permanente crisis para lo cual el Estado, la sociedad, la economía, la tecnología y la política convencional no se encuentran preparadas para prevenirlas, controlarlas y superarlas.

La expansión universal de dichos desafíos no han podido ser resueltos por los estrechos marcos del Estado nacional, ni del Derecho Internacional (Público, de Derechos Humanos e incluso Humanitario); por cuanto, se han fundado en una noción limitada de la soberanía estatal; de allí que, los estados de excepción del constitucionalismo no hayan sido suficiente, o, solo estén desnudando las debilidades del Estado constitucional que con una visión local de sus líderes, muchas veces arbitrarias y discriminatorias, no han podido prevenir los graves daños ni garantizar el bienestar general de las víctimas y sobrevivientes; en la medida que, precisamente en períodos de graves crisis los más afectados son las poblaciones

² En la reunión anual del Foro Económico Mundial del año 2019 se destacó que tres de los cinco riesgos mundiales más probables para ese año eran el clima extremo ambiental, los desastres naturales y la incapacidad de mitigar el cambio climático.

más vulnerables, debido a su pobreza, o, porque son discriminados incluso en épocas de emergencia por ser refugiados y/o por género, edad, raza, o cualquier otra desventaja.

Por eso, los mencionados riesgos locales que también son mundiales debe llevarnos a concebir un nuevo Derecho Constitucional Mundial, que sobrepase la soberanía de los Estados, orientados a revertir dichos desafíos universales; pero, sobre nuevas bases de un pacto mundial y local. El mismo requiere partir de una idea de solidaridad internacional y nacional –ya no del individualismo, ni de la soberanía estatal absoluta-; donde la finalidad sea el bien común o bienestar general como fundamento de la felicidad humana, sin sacrificar las libertades políticas. Para lo cual, la economía debe estar al servicio de las personas, y no al servicio de las empresas y los gobiernos. En este entendido, los Estados deben ceder soberanamente competencias a instituciones internacionales de Naciones Unidas que asuman responsabilidades ejecutivas en la solución de los problemas locales que son universales.

Pero, la gobernanza constitucional mundial requiere no solo garantizar los viejos y nuevos derechos fundamentales universales, sino, también, financiarlos global y localmente. En ese entendido, existen suficientes recursos económicos no solo en los países industrializados; como para contar más allá de la filantropía de los multimillonarios, como para integrar un sistema internacional contributivo de una nueva agenda internacional. A efectos, de prevenir y combatir los desafíos contemporáneos que atraviesan los Estados constitucionales, a fin de proteger a los más vulnerables; en la medida que: "son apenas 26 los multimillonarios que poseen más dinero que los 3.800 millones de personas más pobres del planeta" (Sierra 2019).

El ciudadano del siglo XXI goza de una ciudadanía cosmopolita que contribuye con su producción al actual orden mundial desde sus localidades, frente al cual es necesario sentar las bases de una redistribución de las cargas públicas mundiales, entre los países ricos responsables de las catástrofes ambientales; porque terremotos, maremotos, contaminación ambiental, pandemias como el coronavirus que viene diezmando a la humanidad no conocen de fronteras, soberanías de los

Estados, como tampoco diferencian a los líderes locales y mundiales de los simples ciudadanos, ni a los dueños del mundo de los parias de la Tierra.

II El ensayo/error en el control de la expansión del Covid-19

Desde el 6 de marzo de 2020 que se tuvo conocimiento público en el Perú del "paciente cero" infectado con el coronavirus, proveniente de Europa, el gobierno del Perú estableció la emergencia sanitaria, a los pocos días que la Organización Mundial de la Salud declarara oficialmente al Covid-19 como una pandemia por su expansión mundial. Las siguientes medidas gubernamentales fueron la suspensión del reinicio de las clases escolares y universitarias, la prohibición de reuniones de más de 300 personas, y, la cuarentena para todas las personas que arribaran de los países de Asia y Europa con focos epidémicos.

Asimismo, ante el incremento exponencial de pacientes con los síntomas del Covid-19, el 15 de marzo, con el Decreto Supremo 044-2020-PCM, el gobierno declaró por quince días el estado de emergencia en todo el país, por catástrofe sanitaria, suspendiendo los derechos a la libertad personal, libertad de tránsito, inviolabilidad de domicilio y derecho de reunión, de conformidad con el artículo 137-1 de la Constitución. El mismo que se ha ido extendiendo sucesivamente hasta la fecha, aunque en los últimos meses de forma focalizada; en la medida que, si bien a la fecha aún no existe una vacuna, desde hace cinco semanas la expansión del coronavirus se ralentiza, sobre todo por la constante reducción de los decesos diarios, así como el uso de las camas en las unidades de cuidados intensivos de los hospitales.

Las medidas iniciales, que llevaron a que desde el 19 de marzo se cerraran las fronteras –aéreas, terrestres y marítimas- y el tránsito inter provincial, se ha ido reabriendo progresivamente a nivel nacional; con lo cual el aislamiento social inicial se está revirtiendo de forma relativa. Motivo por el cual, el aislamiento domiciliario nocturno obligatorio, conocido como el "toque de queda" haya flexibilizado su horario; esto es, la prohibición de circular por las vías públicas entre las 11:00 pm y 5:00 am –horarios que se han ido modificando, por regiones también-, salvo para aquellas personas y actividades esenciales para la contención de la expansión del

Covid-19. Durante todo este período, la vida cotidiana del país se ha transformado radicalmente; en la medida que, el ejercicio de los derechos no solo de libertad personal, sino, también, los sociales, se han visto limitados y restringidos colateralmente, por las decisiones para enfrentar la emergencia sanitaria de las autoridades, así como, por la acción de las fuerzas policiales y militares, como se analiza a continuación.

1.- Derechos de libertad.- La disposición del aislamiento domiciliario y la prohibición de la libertad de tránsito durante el “toque de queda” ha llevado a las fuerzas del orden a realizar advertencias y conminar al retorno a su domicilio a los paseantes, disponer el trabajo comunitario de los infractores, el castigo corporal dispuesto por algunas rondas campesinas del norte; así como la detención policial de más de 51 mil infractores – solo durante el primer mes de cuarentena-. Lo cual ha puesto en evidencia dos cosas: por un lado, el desacato de miles de ciudadanos que infringen las normas de aislamiento social necesario para romper la cadena de contagios, auto justificados la mayoría por necesidad de trabajar en las calles dada su actividad informal de sobrevivencia, y; por otro lado, la facilidad con que las fuerzas de seguridad llevan a cabo las intervenciones, detenciones, y, allanamientos domiciliarios, que en algunos casos se han realizado con el uso arbitrario y/o desproporcional de la fuerza.

No obstante, el Congreso promulgó el 28 de marzo la Ley N° 31012, Ley de Protección Policial, en virtud de la cual declara la irresponsabilidad penal de los miembros de la Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional que en el uso de sus armas de forma reglamentaria causen lesiones o muerte; en cuyo caso, no podrán ser detenidos ni el juez de la causa queda impedido de exigir un test de razonabilidad y proporcionalidad en el uso de la fuerza pública letal.

Si bien, los retenidos para su identificación y/o detenidos por 24 horas recobran su libertad, ahora se han añadido multas que van desde 86 a 430 soles por las infracciones al aislamiento social; no obstante, resulta dramática la reacción de la población que, frente al recorte de la libertad de tránsito, ha convertido la compra de alimentos en la forma de escape al cumplimiento del aislamiento social, generando potentes focos de transmisión del coronavirus, en muchos mercados populares del país apenas controlables. Asimismo, no siempre se ha visto bien

utilizados los permisos para ir a trabajar y circular en los vehículos privados o la concentración en los paraderos para el uso de la escasa disponibilidad de las unidades del transporte público; lo cual ha alimentado el desconcierto y el desorden social, y, foco de expansión de la pandemia.

A esta situación se sumó el caso de 28 mil peruanos que se encontraron varados en distintos países, debido a la cancelación de sus vuelos con la declaratoria de la emergencia nacional y el cierre de las fronteras; lo que llevó al gobierno a coordinar con las respectivas cancillerías "vuelos de Estado" o "vuelos humanitarios" para el intercambio de repatriados, lo que permitió el retorno de más de 12 mil peruanos del exterior, en ejercicio de su libertad de tránsito y residencia en nuestro país; pero, sometidos a cuarentena al llegar a la capital en hoteles a costo del Estado.

En el mismo sentido, miles de personas y familias que se encontraban en Lima procedentes de las ciudades del interior del país, ante las prórrogas sucesivas del estado de emergencia, y, al no contar con más recursos económicos ni poder trabajar para solventar su estadía –hospedaje y alimentación-, iniciaron marchas de retorno a sus lugares de origen, generando también focos de transmisión de la pandemia, en diversos puntos de salida de la ciudad de Lima. Ante ello, el Poder Ejecutivo organizó con los gobiernos regionales correspondientes el registro de más de 20 mil personas y procedieron a su traslado humanitario; previos controles del coronavirus a la salida de Lima y a la entrada a las ciudades del interior del país; los cuales no siempre han sido bien recibidos por el temor de ser portadores del Covid-19.

2.- Derechos sociales.- Los derechos afectados por la pandemia son de manera directa el derecho fundamental a la salud; debido a que, las dimensiones exponenciales del contagio del Covid-19 demanda un sistema de salud público que el Perú no tiene históricamente. Los esfuerzos gubernamentales de inyectar en el presupuesto público vigente fondos extraordinarios para la mejora, ampliación y reforzamiento de los hospitales, o, la compra de millones de pruebas del Covid-19, o, la contratación de personal sanitario, para evitar que sus efectos sean más letales ha sido encomiable; pero, no suficiente debido a la falta de solidaridad de unos y la imposibilidad de otros para no ser infectados ni ser sujetos de transmisión del coronavirus.

Si bien los derechos fundamentales restringidos en la declaratoria del estado de emergencia son los derechos a la libertad y seguridad personal, la libertad de tránsito, la inviolabilidad de domicilio y el derecho de reunión, a fin de detener la propagación del coronavirus; en la práctica dichas limitaciones por conexidad han incidido negativamente en el ejercicio de otros derechos fundamentales, como el derecho al trabajo que en el segundo trimestre más de seis millones perdieron el empleo; derechos que en épocas de crisis deben ser tutelados para los grupos vulnerables (Bilchiz, 2017, p. 15).

Así, el Estado ha reconocido el derecho al trabajo para las actividades productivas y de servicios en la cadena de abastecimiento necesaria para que el país no se paralice, ni la población se vea desabastecida y/o desprotegida; llegando a establecer la figura legal de la suspensión perfecta del vínculos laboral para las empresas que lo soliciten para no despedir a miles de trabajadores sin ninguna protección; es una licencia sin goce de remuneración a la cual se han acogido más de veintidós mil trabajadores que reciben un bono mensual (760 soles). Lo cual ha generado abusos de empleadores, que la autoridad de trabajo se encuentra controlando y en algunos casos clausurando actividades no permitidas; dado, que el trabajo domiciliario y el tele trabajo de ser posible también debe ser implementado.

En el caso de los trabajadores informales o emprendedores, quienes para no constituir un mayor foco de infección, dada su movilidad y concentración ambulatoria, el gobierno ha ido aprobando y otorgando cuatro bonos de 110 dólares aproximadamente para subsistir en el estado de emergencia: "Bono yo me quedo en casa" para personas en pobreza, "Bono independiente" para los informales, "Bono rural" para los campesinos, y, "Bono familiar universal 1 y 2", para quienes no hayan recibido los bonos anteriores; así como, el "Bono Electricidad" para que las familias más pobres pueden pagar dicho servicio. No obstante, el sistema público no cuenta con un sistema de registro universal de estas poblaciones vulnerables ni de gestión eficiente del reparto de los bonos; al punto que en un inicio solo se pudo ejecutar alrededor de un 75% de lo presupuestado.

El derecho a la educación también ha sido afectado por la pandemia, habiéndose suspendido de forma presencial en todos los niveles y movilidades; lo cual obligó en marzo a diferir el inicio de clases y luego implementarlo mediante un

sistema de educación a distancia a nivel escolar, a través del apoyo de los medios de comunicación del Estado y de una hora al día de la televisión privada. En las escuelas privadas de pago, el gobierno dispuso la posibilidad de modificar las pensiones escolares, dado la reducción de gastos en la educación virtual. No obstante, según el Ministerio de Educación se estima que unos 300.000 alumnos, que equivalen al 15% de la matrícula nacional –pública y privada-, a la fecha ya dejaron la escuela este año.

A nivel de las universidades públicas se vienen ofreciendo a sus alumnos educación virtual a distancia; mientras que las universidades privadas usando el mismo método vienen brindando facilidades de pago, mientras dure el estado de emergencia.

Motivo por lo cual, se puede señalar que si bien en estado de emergencia por catástrofe sanitaria pueden limitarse las libertades y los derechos conexos, estos no pueden ser anulados y mucho menos abusados. Dado que, toda aplicación restrictiva de libertades y derechos para ser constitucionales deben tener un fundamento normativo, con una finalidad legítima, asimismo, deben ser medidas necesarias, de no haber una de menor afectación para lograr el objetivo que persigue, y, ser estrictamente proporcional en su intensidad, en el grupo humano a impactar y en el tiempo que dure.

De lo contrario, frente a la violación y/o afectación desproporcionada de dichos derechos y libertades de la ciudadanía, en casos de estados de emergencia, son el hábeas corpus y la acción de amparo los medios procesales con que cuenta la ciudadanía, para un juez constitucional se pronuncie sobre cualquier acto lesivo, más no sobre los motivos de la declaratoria del recorte de las libertades y derechos, señala el artículo 200 *in fine* de la Constitución.

Ciertamente, el nuevo Congreso elegido el 26 de enero e instalado el 16 de marzo tiene la potestad democrática de legislar y realizar el control político que considere oportuno y necesario. Pero, luego de unos primeros meses de desorientación política ha pretendido intervenir directamente en el manejo gubernamental de la crisis sanitaria, mediante propuestas de interpelaciones ministeriales, así como de la aprobación de leyes, como la que anula el cobro del peaje de las vías concesionadas, que fue declarada inconstitucional por el Tribunal

Constitucional. Otra ley que faculta a los pensionistas del sistema privado y del sistema público a retirar sus fondos aportados para su jubilación; así como, el nombramiento automático de personal de los servicios de salud contratados, entre otras normas que han sido observadas por el Presidente de la República.

Sin embargo, desde que el Presidente de la República dispuso la convocatoria a elecciones generales –parlamentarias y Presidencial- para el 11 de abril del 2021, mayoría parlamentaria inició el pedido de vacancia presidencial por permanente incapacidad moral, debido a que con la difusión de unos audios el Presidente habría obstruido las tareas de investigación fiscal y parlamentaria, en relación a la investigación sobre el contrato de favor a un personaje de la farándula en el Ministerio de Cultura. Moción que fue admitida por el Pleno del Congreso, y, que llevó al Presidente a presentarse con su abogado ante el Pleno del Congreso, para finalmente la oposición parlamentaria no alcanzara los 87 votos para declarar la vacancia presidencial, apenas obtuvo 35 votos.

Sin perjuicio de ello, queda claramente establecido que si bien se va remontando la expansión del Covid-19, el progresivo el retorno al goce pleno de los derechos y libertades no puede ser inmediato, sino de acuerdo a las cuatro fases de apertura siempre dentro de la emergencia sanitaria y un relativizado estado de emergencia –que limita derechos y libertades-. Pero, que dada las fallas estructurales no solo del sistema de salud, sino del sistema económico y social ha hecho muy difícil afrontar rápidamente y con éxito la expansión de la pandemia y las consecuencias letales, al punto de haber sido hasta hace un mes el país con más muertos en el mundo en proporción de su población.

De allí que, en pleno proceso de des-confinamiento de la vida social y económica, no sea una utopía repensar de forma urgente el uso de las nuevas tecnologías para prevenir una segunda ola de la pandemia del Covid-19, y, cuando menos hacer un ejercicio del gobierno digital para la prevención y seguimiento del Covid-19, por ser necesario y además posible.

III Gobierno digital para controlar la expansión del Covid-19

En la lucha contra el Covid-19 en el Derecho comparado varios países

asiáticos han usado tempranamente las nuevas tecnologías para: 1.- La detección temprana de las personas contagiadas con el virus, antes que la pandemia se extendiera, evitando así una crisis sanitaria sin control. 2.- Realizar pruebas digitales –además de las presenciales- tempranas, seguras y rápidas, para aislar domiciliariamente a las personas de tener los síntomas, sin hospitalizarse. 3.- Rastrear mediante la geolocalización -GPS- la ubicación de las personas contactadas con un diagnóstico de Covid-19, para examinarlos, y, de ser su caso positivo aislarlos en cuarentena. 4.- Motivar a la responsabilidad y solidaridad de todas las personas a través de los operadores de telefonía móvil a quedarse en casa, lavarse las manos; así como, reclutar jóvenes voluntarios para realizar campañas informativas por las calles y redes sociales sobre las medidas sanitarias preventivas a tomar (CDC, 2020).

A la fecha, el Perú ha llegado a ocupar la sexta posición en el mundo de los países con la mayor población contagiada con el virus y en un momento el primer lugar de los países con más muertos por la pandemia en relación al total de su población. Lo cual ha puesto en cuestión el manejo gubernamental de la lucha contra el Covid-19 que inició en marzo el Presidente de forma rápida y oportunamente, adoptando medidas constitucionales al decretar el estado de emergencia: suspendiendo los derechos de libertad y seguridad personal, libertad de tránsito, derecho de reunión e inviolabilidad de domicilio, y; legales, al decretar la emergencia sanitaria. Además de un conjunto de decretos de urgencia, decretos legislativos y decretos supremos buscando combatir holísticamente la pandemia en el marco del Estado de Derecho; es decir no solo como un tema de salud, sino de empleo, alimentación, trabajo, educación, inversión, comercio internacional, seguridad, justicia, descentralización, infraestructura, etc.

Sin embargo, por los dramáticos resultados, todas estas medidas, además de las socio-económicas, no han sido suficientes e incluso en algunos casos han sido innecesarias o contraproducentes; por cuanto, las limitaciones de los derechos fundamentales mencionados han afectado colateralmente derechos no previstos de ser suspendidos en un estado de emergencia y/o emergencia sanitaria, como la libertad de trabajo, el derecho a la educación, el acceso a la justicia, la libertad de empresa, los derechos de los consumidores y usuarios, entre otros; con mayor

perjuicio a las poblaciones vulnerables: pobres, presos, migrantes nacionales y extranjeros, mujeres, personas de tercera edad, entre otros, a pesar de las importantes ayudas socio-económicas.

De modo que, corresponde esbozar algunas ideas constitucionales sobre el rol que en el Perú han cumplido las tecnologías digitales en la lucha contra el Covid-19.

3.1 Constitucionalización de la protección del derecho a la salud

La salud es un derecho fundamental de toda persona, su familia y la comunidad, pero también es un deber contribuir a su promoción y defensa, según el artículo 7 de la Constitución Política (CP). Para lo cual, el Estado está facultado a determinar la política nacional de salud; correspondiendo al Poder Ejecutivo normar y supervisar su aplicación, de forma plural y descentralizada para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud (Art. 9, CP). El derecho universal a la salud lo garantiza el Estado, mediante el libre acceso a las prestaciones de salud, a través de entidades públicas, privadas o mixtas (Art. 11, CP).

Asimismo, la Constitución reconoce como un derecho fundamental: 1.- Acceder a la información pública que detentan las entidades públicas, sin que se afecte la intimidad (Art. 2-5), y; 2.- A que los servicios informáticos públicos o privados no suministren información registrada que afecte la intimidad personal o familiar (Art. 2-6, CP).

Estas disposiciones constitucionales que reconocen derechos a todas las personas y disponen mandatos al Estado y a las instituciones privadas, en una situación de grave crisis sanitaria deberían conjugarse a través de la digitalización del sistema público y de los particulares para luchar contra el Covid-19, en aras de proteger la salud y sobre todo la vida, en mérito a que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad es el fin supremo de la sociedad y del Estado (Art. 1, CP). Por eso, a continuación, analizamos los avances realizados por el gobierno, en materia de transformación digital del gobierno, la identidad digital y la seguridad digital en la lucha contra el Covid-19.

3.2 Gobierno digital en materia de salud

Desde hace unas décadas vivimos en una sociedad de la información, que progresivamente se ha ido transformando en los últimos años hacia una sociedad digital; caracterizada porque en la actualidad hay más de 40 millones de líneas de móviles activas, el 89,9% de los hogares del país tiene al menos una tecnología de la información y comunicación (telefonía móvil, televisión por cable, computadora, internet y teléfono fijo).

De allí que, el gobierno aprobó el 2018 el Decreto Legislativo 1412, Ley del Gobierno Digital; que sienta las bases de un gobierno electrónico, a través del desarrollo de plataformas digitales, no solo para la gestión pública, sino también para los servicios digitales al público. Todo ello requiere de una arquitectura digital, interoperabilidad, identidad digital y protección de datos. Por ello, a inicios del presente año, se promulgaron el Decretos de Urgencia N° 006-2020 que creó el Sistema Nacional de Transformación Digital, y, el Decreto de Urgencia N° 007-2020, que aprobó el Marco de Confianza Digital para prevenir los riesgos digitales. Ambas normas buscaron impulsar lo digital en medio de esta emergencia y poner la tecnología al servicio de la población.

Así, frente a la pandemia del Covid-19 el 3 de abril de 2020 la Presidencia del Consejo de Ministros lanzó la plataforma digital "Perú en tus manos" -elaborado con el concurso de la academia, sector privado y la cooperación internacional- que buscaba advertir a los ciudadanos sobre las zonas de las ciudades con mayor probabilidad de contagio del nuevo coronavirus; como una suerte de alerta de los ciudadanos antes de salir a realizar actividades permitidas durante y después de la cuarentena.

Adicionalmente, la aplicación permitía a todos los ciudadanos la posibilidad de realizar un "triaje digital" orientado a la alerta epidemiológica para conocer si estaban en riesgo de haber contraído el nuevo coronavirus, y; de estar contagiado debían guardar aislamiento social obligatorio, reportar su estado de salud y actualizar sus síntomas para que el Ministerio de Salud (Minsa) pudiera atenderlos de manera oportuna.

Esta plataforma tenía previsto incluir el algoritmo 'Trazado de Contactos' para alertar a los ciudadanos sobre la posibilidad de que hayan compartido contacto directo con alguna persona afectada con el Covid-19, evaluando variables de cercanía y de tiempo con datos compartidos por los mismos ciudadanos. Asimismo, se proyectó registrar información de contacto sobre la emergencia, el mapa la ubicación de hospitales, centros de atención y otros servicios (relacionados con el covid-19).

Sin embargo, el Estado no ha tenido la capacidad de implementar de manera completa y sostenida el gobierno digital contra la pandemia, mediante la aplicación del programa informático "Perú en tus Manos"; de modo que, si bien inició su uso público de forma progresiva, apenas pudo actualizar la información básica de las zonas de posibles contagios, pese a los intentos de relanzarla; al punto que en la actualidad dicha aplicación se encuentra inactiva. Debido a que, el uso de los recursos tecnológicos no se basan únicamente en la dación de normas legales y la aprobación de una política para el gobierno digital; sino que, se requiere previa y/o simultáneamente de un período de maduración para la transformación digital.

La misma que abarca fortalecer y orientar una cultura digital de los usuarios, la adaptación organizacional y administrativa de las instituciones y funcionarios, el compromiso de las empresas de telecomunicación y proveedores de los equipos y programas informáticos, las inversiones público/privadas, y, la formación y capacitación permanente. Tareas que pese a las urgencias de atender la emergencia sanitaria demanda de madurar la conversión del Estado, la sociedad y las empresas hacia un gobierno digital de acuerdo a objetivos, metas, plazos y resultados esperados, no solo en corto plazo, sino también, en el mediano y largo plazo; donde ocupa un rol central la persona en tanto su defensa y el respeto de sus derechos es el fin supremo del Estado, la empresa y la sociedad. Por ello, cuando menos se debería avanzar en el proceso de identidad digital.

3.3 Identidad digital en la lucha contra el Covid-19

La identidad personal permite identificar formalmente a una persona, empezando objetivamente por el nombre propio, la imagen y el sexo; sin embargo,

también, se puede concebir elementos subjetivos como las costumbres, las creencias, datos de salud, que incluso pueden tener mayor relevancia en la vida social, como en época de pandemia.

Ello es así, también en la actual sociedad de la información digital, debido a que viene forjando la llamada identidad digital, través de la cual las personas se vinculan a las redes, que albergan cada vez más información de los usuarios; que no solo se interconectan por asuntos personales, sino también para, por ejemplo, el pago de impuestos, el cobro de salarios y bonos, autorizaciones administrativas, obtención de licencias y permisos, o, la tele-salud, el tele-trabajo, o la tele-educación, que el Estado ofrece a través del sistema digital.

Así, el Estado viene implementando el Documento Nacional de Identidad electrónico (DNle), en sustitución del tradicional. Este nuevo DNle es el documento para la identificación digital estática y, lleva un chip electrónico que no solo porta información personal y biométrica del titular, sino también que le permite firmar digitalmente en cualquier trámite administrativo y transacción comercial, así como, ejercer el voto electrónico, de acuerdo a ley.

Pero, la identidad digital dinámica se viene desarrollando a través del internet, en la medida que los usuarios de las redes y plataformas digitales al tener que registrarse brindan sus datos personales en los portales electrónicos, para poder acceder y/o beneficiarse de los servicios y/o productos que existen y/o brindan el Estado y/o el mercado. De modo que, el acceso a los distintos sistemas de registro de datos personales, para acceder a los servicios públicos y privados, viene generando una identidad digital a partir del registro de la frecuencia y preferencia de visitas no solo a distintas portales web y uso de plataformas, sino también, a la geo-referencia de la ubicación del dispositivo móvil de las personas.

Es así, como la aplicación "Perú en tus Manos" pedía llenar datos personales obrantes en el DNI o DNle, para identificar y localizar el domicilio de las personas; permitiendo su geolocalización espacial, mediante el GPS, de los teléfonos móviles inteligentes; a fin de mostrarle las zonas -manzanas- donde había registro de personas portadoras del virus (color rojo) y con síntomas del mismo (color naranja). En ningún caso, en principio, realizando una geo-referencia domiciliaria individualizada y menos aun ofreciendo datos personales del involucrado; por

cuanto, la protección de datos personales, garantiza la reserva de la información sensible, como son los datos de salud personal, conforme reconoce el artículo 2.5 de la Ley de Protección de Datos Personales, Ley N° 29733.

No obstante, si bien los datos personales solo pueden ser objeto de tratamiento con consentimiento de su titular, el artículo 14 de la Ley N° 29733, establece limitaciones al consentimiento para el tratamiento de datos personales, entre otros casos, cuando los datos personales se recopilen o transfieran para el ejercicio de las funciones de las entidades públicas en el ámbito de sus competencias, cuando sea de interés del titular del dato, o cuando medien razones de salud pública, ambas calificadas como tales por el Ministerio de Salud; y que la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, por competencia, debe realizar todas las acciones necesarias para el cumplimiento de la ley.

En ese entendido, el gobierno aprobó el Decreto Supremo N° 070-2020-PCM (17/4/20) ordenando en el artículo 3.2 que: "De modo excepcional y para fines estrictamente limitados a la identificación y seguimiento de casos sospechosos o confirmados de Covid-19, se dispone lo siguiente:

a) Únicamente en casos sospechosos o confirmados de Covid-19, las entidades administradoras de las centrales telefónicas de emergencia pueden acceder, además, al registro histórico de la localización o geolocalización del dispositivo desde el cual se realiza la llamada, inclusive, tres (03) días antes de su realización.

b) Los concesionarios de servicios públicos de telefonía fija y móvil están obligados a brindar el acceso a localización o geolocalización del dispositivo señalado en literal a) del presente numeral, de acuerdo con la capacidad y facilidades técnicas de cada operador, debidamente sustentadas".

Sin embargo, no obstante, las previsiones normativas propias de la Constitución y las leyes, en la lucha contra el Covid-19, la capacidad de la Administración Pública para liderar y gestionar el rastreo mediante la geolocalización -GPS- la ubicación de las personas contactadas por otra diagnosticada de Covid-19, para examinarlos, y, de ser su caso positivo aislarlos en cuarentena, y, hacer un trazado digital de las otras personas con quienes estas otras estuvieron en contacto

al menos en una semana anterior, ha sido una quimera. Debido a la histórica debilidad institucional del Estado en materia de salud y sobretodo de la atención preventiva de la salud, más aun incorporando un nuevo componente digital; motivo por el cual, la aplicación "Perú en tus Manos" no ha pasado de ser un ensayo/error; pero, es así como avanza no solo la ciencia, sino también los gobiernos, con las responsabilidades a que haya lugar.

3.4 Seguimiento digital al Covid-19

Si bien los países asiáticos con los más altos niveles tecnológicos pudieron al inicio evitar que la pandemia del Covid-19 se descontrolara en su expansión, no se ha debido solo a una cuestión de contar con un gobierno digital y el desarrollo de la identidad digital para revertir la expansión del virus; sino, sobre todo, a su tradición cultural de obediencia a la autoridad que mantiene un poderoso aparato estatal; ya sea Corea del Sur, Japón, China, Singapur o Vietnam, más aún, en situación de peligro de la salud pública.

De esa manera, han podido tener mejores resultados, incluso que los países occidentales de las economías más ricas del mundo; aunque dado el desconfiamiento progresivo en ambas regiones se viene produciendo una segunda ola de la pandemia, aunque de forma más focalizada; dado el aprendizaje de dichos Estados en la lucha contra el Covid-19, donde el seguimiento digital es un instrumento de gobierno valioso y necesario en los países asiáticos; mientras que es un instrumento de uso facultativo ciudadano entre los países europeos.

En el Perú ante el penoso fracaso de la lucha contra la pandemia en el marco del Estado de Derecho, debido a razones históricas y sociales, que se manifiestan en el modelo económico neoliberal de la Constitución que infravaloró los asuntos públicos, como la salud pública, se requiere diagnosticar claramente las causas y nodos de la ineficacia parcial de las medidas gubernamentales; para replantear objetivos, metas, indicadores de avances y medios adecuados para relanzar la lucha contra el Covid-19, en la etapas de des-confinamiento, para coadyuvar a prevenir, controlar y revertir una segunda ola de la pandemia. En la medida que ni el Estado ni

la sociedad puede solo esperar a que se desarrolle y llegue la vacuna anti virus al Perú el año 2021.

Porque, desde los orígenes de nuestra civilización occidental, Cicerón señaló que: *Salus populus suprema lex* –la salud del pueblo, suprema ley-; pero, además, porque la civilización humana ha llegado hasta nuestros días, Popper *dixit*, en razón del ensayo/error. Por eso, el ensayo gubernamental realizado si bien no ha tenido los resultados esperados, es indudable que de no haberlo hecho las consecuencias para los derechos fundamentales de todos hubieran sido peores, sobretodo de los más vulnerables, no solo en relación a la salud y vida de las personas,.

Por eso, ante la continuidad de la emergencia sanitaria y la extensión de la declaratoria del estado de emergencia, se debería relanzar el gobierno digital en materia de salud preventiva, mediante el fortalecimiento de la aplicación "Perú en tus Manos"; promoviendo la obligatoriedad de la identidad digital, por razones de salud pública, implementando el registro y el trazado de la pandemia, a efectos que las personas con registros de contagio tengan restringido salir debiendo estar en cuarentena, y, a las personas con síntomas se les limite razonablemente la movilidad.

El uso de las nuevas tecnologías no son neutrales, ni están exentas de su instrumentalización económica y/o política, en su diseño empresarial/institucional, implementación gubernamental y aplicación ciudadana; por eso, el relanzamiento del gobierno digital contra la pandemia debe basarse no solo en la protección del derecho a la salud personal, familiar y comunal, sino también incorporar la participación de la ciudadanía, sobre todo de la población más vulnerable, porque allí está en buena parte la razón del éxito o de un nuevo fracaso que ya no sería sostenible, humana ni políticamente. Lo cual requiere repensar el rol del Estado, la sociedad y las empresas, en término de una reforma constitucional.

IV Reforma constitucional ante la emergencia sanitaria

El Perú experimenta cada cierto tiempo crisis humanitarias por las pandemias de origen internacional o nacional, como el cólera que entre los años 1991 y 1995 dejó 4835 muertos (Mujica, 2011); en los último años (2014-2019) la enfermedad viral del dengue provocó 275 muertos, mientras que su rebrote entre enero y febrero

de 2020 arrojó 10.228 contagiados. De allí que, el Centro Nacional de Epidemiología, Prevención y Control de Enfermedades del Ministerio de Salud ante la amenaza del dengue, la malaria, el zika, la chikungunya y otras arbovirosis emita preventivamente "alertas epidemiológicas" (Centro Nacional de Estimación, Prevención y Reducción del Riesgo de Desastres del MINSA 2020). Lo cual pone en evidencia que hemos vivido y seguimos viviendo en una sociedad en permanente riesgo sanitario (Cassalino, 2017).

Antiguamente, las pandemias como las catástrofes fueron asumidas como eventos irresistibles, por lo imprevisible y ajenas a la voluntad humana, provenientes de la cólera divina (Descamps, 1972, pp. 376-377); pero, modernamente se considera que las pandemias en principio son producto: por un lado, del descuido humano – debido a la falta de una cultura de la salud preventiva y a la pobreza-, y; por otro lado, de la escasa prioridad presupuestal del gasto social del Estado en infraestructura y servicios de salud, no en cuanto a realizar alertas sino a brindar los medios presupuestales y materiales necesarios para asegurar una salud pública preventiva, antes que restauradora.

Con el crecimiento económico sostenido desde la transición democrática del año 2000, orientado al bienestar general de todas las personas, el Estado -como dispone la Constitución- tienen las condiciones de prevenir, combatir y mitigar las pandemias, si se contara con un sistema constitucional y presupuestal integral y especial que sienta las bases de la política de salud y la planificación administrativa del sistema hospitalario público y privado, así como, de los equipos médicos, técnicos y auxiliares de la salud, con los recursos, equipos y medicinas necesarias para afrontar las pandemias, mediante, también, la investigación, el apoyo a la ciencia y a la tecnología.

La actual Constitución dispone que todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa (artículo 7); en consecuencia, el Estado determina la política nacional de salud, el Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación, asimismo, es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizada para facilitar el acceso equitativo a todas las personas los servicios de salud (artículo 9).

Asimismo, la Constitución dispone que, son deberes especiales del Estado proteger a la población de las amenazas contra su seguridad, garantizar los derechos humanos, y, promover el bienestar general, entre otros (artículo 44); asimismo, que cuando lo requiera el interés nacional, el Presidente de la República puede dictar decretos de urgencia, en materia económica y financiera, (artículo 118-9), y; declarar el estado de emergencia en caso de catástrofe o de grave circunstancias que afecten la vida de la nación, en cuyo caso se pueden restringir o suspender la libertad personal, el libre tránsito, el derecho de reunión y la inviolabilidad del domicilio (artículo 137-1).

Sin embargo, dichas provisiones constitucionales han sido y son insuficientes e incompletas para atender las epidemias regulares y las pandemias del cólera antes y del coronavirus del Covid-19 en la actualidad que nos azota, aunque no solo al Perú. Lo cual nos lleva a pensar que si existiera entre los estados de excepción constitucionales, uno específico para declarar la emergencia sanitaria, la respuesta de las instituciones públicas y privadas tendría una mayor fuerza normativa y cobertura presupuestal y administrativa para atender oportunamente los derechos fundamentales de las poblaciones afectadas, en particular a las más vulnerables (Gonzales, 2015, p. 35).

En efecto, el actual sistema constitucional de los estados de excepción incluye la causal de catástrofe, pero no ha tenido un desarrollo legal ni práctico; por cuanto, se reduce a buscar asegurar el orden público limitando algunas libertades civiles ciudadanas –libertad personal, libertad de tránsito, derecho de reunión e inviolabilidad de domicilio- y por conexidad afecta otros derechos no restringidos –trabajo, educación- y libertades económicas –empresa, contratar-.

Sin embargo, el estado de emergencia en caso de las pandemias o epidemias epidemiológicas no habilita a dictar normas de emergencia, como decretos de urgencia que son normas con fuerza de ley, que atiendan a las poblaciones afectadas en sus derechos de bienestar; esto es asegurar el fortalecimiento de los servicios públicos de salud, la movilización del personal sanitario con los adecuados equipos de bio-protección a los focos de infección, la adquisición y distribución de bienes para la subsistencia de las poblaciones vulnerables en aislamiento social debido a la emergencia sanitaria, la cooperación necesaria de las clínicas privadas, la amplia

solidaridad de los medios de comunicación para una adecuada información sobre la pandemia respetando la intimidad de las personas y de la población contagiada y/o víctima de la misma, entre otras medidas urgentes y transitorias.

La implementación de un nuevo sistema constitucional de las emergencias por catástrofe sanitaria en general y epidemiológica en particular, debería contar con la declaración de dicho estado de excepción desde el más alto nivel del Poder Ejecutivo, con la decisión del Presidente y su Consejo de Ministros; lo cual le habilitaría a expedir decretos de urgencia no solo en materia económica y financiera, cuando lo requiere el interés nacional; sino también, para dictar decretos de urgencia en materia sanitaria, y, socio-económica de carácter presupuestal y tributaria, de acuerdo a la necesidad o interés regional y no solo nacional.

Ellos sería así, sobretodo, por cuanto algunas regiones son las más afectadas en función de la naturaleza de la epidemia o pandemia; por ejemplo, el dengue, la malaria, el zika o el chikunguya infectan más a las poblaciones de las zonas con climas tropicales de la selva y la costa norte, mientras que dichas pandemias no llegan a las zonas alto-andinas del Perú (Centro Nacional de Estimación, Prevención y Reducción del Riesgo de Desastres del MINSA 2017); en tanto que, el coronavirus del Covid-19 ha tenido un tardía y en principio menor impacto en las zonas alto-andinas, que serían menos vulnerables a dichas endemias.

Ello no las hace inmunes y menos aún a otras enfermedades como las pulmonares respiratorias por las heladas en las zonas alto-andinas (hasta menos de 10 grados) y también por el "friaje" en la selva tropical (hasta 0 grados) que producen neumonías, sobre todo a la población más vulnerable (niños, ancianos, embarazadas y personas con enfermedades crónicas) (Centro Nacional de Estimación, Prevención y Reducción del Riesgo de Desastres del MINSA 2018).

Con la declaración del estado de emergencia sanitaria se activaría un sistema de planificación del manejo de las crisis por las pandemias, facultando la movilización de la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas de ser el caso para la protección de la salud pública, al controlar el cumplimiento de las medidas de cuidado público ciudadano en las vías y espacios públicos; lo que requeriría legislar sobre el rol de la Policía Nacional y de las Fuerzas Armadas en materia de prevención y preparación frente a las crisis sanitarias; así como, para brindar respuestas de

emergencia, acorde a las políticas públicas del Poder Ejecutivo, en la recuperación de la salud pública, lo cual demandaría medidas presupuestales y financieras. Más aún, si las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional participan en el desarrollo económico y social del país, y en la defensa civil de acuerdo a ley, dispone al artículo 171 de la Constitución.

Todo ello es posible si se repiensen el rol del Estado democrático constitucional frente a las pandemias; ya que no son hechos de fuerza mayor repentinos e imprevistos que sobrepasan a la voluntad humana, sino que, en la actualidad el Estado puede y debe prevenir, controlar y mitigar los daños a la salud y a la vida de las personas, con una adecuada institucionalidad constitucional para emergencia sanitarias.

Conclusiones

La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad es el fin supremo de la sociedad, la economía y de los poderes públicos y privados; por eso, en la actual emergencia sanitaria debido al crecimiento exponencial del coronavirus y al no contar con una vacuna que permita su control, que ha colocado al Perú como el sexto país en el mundo con mayor número de contagiados con el Covid-19, el Estado debe reforzar la política de protección de la salud y de la vida, profundizando los esfuerzos inéditos realizados en la aplicación de una política de salud pública de emergencia.

La grave alteración que ha producido el Covid-19 en el mundo; pone en evidencia la necesidad de una mayor constitucionalización de las cuestiones internacionales, como una mayor internacionalización de los asuntos constitucionales. De modo que, cuando se distribuya la vacuna contra el Covid-19, los países del hemisferio sur esperamos que los países ricos del hemisferio norte demuestren los valores humanistas en los que se basa el actual orden mundial, y, no en el nacionalismo de algunas potencias garantes del lucro de grandes corporaciones químico-farmacéuticas.

De allí que, ante los intereses mundiales para la comercialización de la vacuna contra la pandemia del Covid-19, se ve a la cooperación internacional con escepticismo para constituirse en la fuente principal de apoyo a la implementación

de las medidas sanitarias para la contención del coronavirus el 2021; sino que esta debe basarse en la voluntad y la decisión gubernamental de las democracias constitucionales emergentes de liderar esfuerzos conjuntos en el marco de la cooperación internacional horizontal, para poder llegar a domeñar en el corto plazo la extensión de la pandemia.

A nivel nacional, con miras a que el año 2021 es el año del Bicentenario de la Independencia del Perú, las fuerzas políticas e institucionales nacionales deberían establecer las bases de una nueva institucionalidad constitucional nacional, no exenta de la promoción de los valores de la solidaridad y el bien común, que sienten las bases una nueva gobernanza constitucional para afrontar los desafíos contemporáneos, no solo en materia de salud universal, sino del bienestar general; en la medida que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad es el fin supremo de la sociedad, el Estado y la economía.

Lima, 30 de septiembre de 2020.

Referencias bibliográficas

AAVV (2012). *Seminario Derecho y catástrofe: lecciones del terremoto*. Santiago: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Beck, Ulrich (1998). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós.

Bilchitz, David (2017). *Pobreza y derechos fundamentales. La justificación y efectivización de los derechos socioeconómicos*. Madrid: Marcial Pons.

Cassalino C. (2017). Mortalidad por epidemias y endemia según causas y condiciones sanitarias a mediados del siglo XIX en Lima, Perú. *Rev Peru Med Exp*

Salud Publica. 2017;34(3):564-8.doi:10.17843/rpmesp.2017.343.2486. En <https://www.scielosp.org/pdf/rpmesp/2017.v34n3/564-568/es>. Fecha de consulta 8 de mayo de 2020.

Centro Nacional de Estimación, Prevención y Reducción del Riesgo de Desastres (CDC) - MINSA.

(2020) *Alertas Epidemiológicas*. Ver

https://www.dge.gob.pe/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=370.

(2017) *Norma Técnica De Salud Para La Vigilancia Epidemiológica Y Diagnóstico De Laboratorio de Dengue, Chikungunya, Zika y otras Arbovirosis en el Perú*. Lima, Norma Sanitaria N° 125 - MINSA/2016/CDC-INS. Ver <https://www.dge.gob.pe/portal/docs/tools/arbovirosis18.pdf>.

(2018) *Escenarios de Riesgo por Heladas y Frijoles en el marco del Plan Multisectorial 2018*. Ver https://www.cenepred.gob.pe/web/wpcontent/uploads/Escenarios/2018/Anual/Heladas_Frijoles/Noviembre_2017/ESCENARIO_RIESGOS_PMAHYF_2018.pdf.

Descamps, M. (1972). Catastrophe et responsabilité. *Revue Française De Sociologie*, 13(3), 376-391. doi:10.2307/3320531.

Gonzales, Horacio (2015). *Estado de no derecho. Emergencia y derechos fundamentales*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Johns Hopkins University (2020). COVID-19 Dashboard by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE). <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>

Mujica, Oscar (2011). A los 20 años de visitación del cólera en el Perú. Vieja epidemia, nueva epidemiología. En *Semana de la epidemiología peruana*. OPS/OMS. https://www.paho.org/per/images/stories/FtPage/2011/20110923_estudioepidemiologicos-colera-peru-2011.pdf. Fecha de consulta. 8 de mayo de 2020.

Center for Disease Control and Prevention – CDC (2020). *Emerging Infectious Diseases*. Volumen 26, Número 10 – Octubre de 2020. https://wwwnc.cdc.gov/eid/article/26/10/20-1315_article.

Oficina Internacional de Migración (2020). *Reporte Mundial Migratorio 2020*. Ver: https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2020.pdf.

Organización Mundial de Salud (2019). *Un mundo en peligro. Informe anual sobre preparación mundial para las emergencias sanitarias*. Junta de Vigilancia Mundial de la preparación. Setiembre de 2019. https://apps.who.int/gpmb/assets/annual_report/GPMB_Annual_Report_Spanish.pdf.

Sierra, Gustavo (2019). 26 personas tienen más riqueza que los 3800 millones más pobres. En *Infobae*, 2 de junio de 2019.

<https://www.infobae.com/america/mundo/2019/06/02/26-personas-tienen-mas-riqueza-que-los-3-800-millones-mas-pobres/>

World Economic Forum (2019). *Reunión Anual del Foro Económico Mundial. Informe de riesgos mundiales del 2019*. <https://es.weforum.org/events/world-economic-forum-annual-meeting-2019>.

16. RESPOSTAS À PANDEMIA E A ESTRATÉGIA BRASILEIRA

RESPONSES TO THE PANDEMIC AND THE BRAZILIAN STRATEGY



<https://doi.org/10.36592/9786587424941-16>

Carlos Luiz Strapazzon¹

Introdução

Uma das coisas aprendidas com a pandemia do coronavírus é que nenhum país pode negligenciar investimentos em políticas públicas e instituições aptas a ajudar governos e sociedade em situações emergenciais, não podem hesitar nos investimentos contínuos em ciência, tecnologia e conhecimento, orientações da ciência e da OMS – Organização Mundial da Saúde. O caso da resposta brasileira também ensina muito. Na primeira parte, este trabalho apresenta e discute as estratégias da Coreia do Sul, da Alemanha e da Suécia. Depois, são analisados atos normativos editados pela União Federal, na forma de Emendas à Constituição, Leis Complementares, Leis Ordinárias, Medidas Provisórias e Decretos em busca de compreensão quanto às principais linhas de ação adotadas pelo Brasil. Os dados e fatos analisados neste estudo mostram que o governo federal do Brasil tem uma estratégia de resposta à pandemia. As linhas gerais das ações adotadas pelo Ministério da Saúde mostram que a resposta brasileira é bem diferente das adotadas pela Coreia do Sul, pela Alemanha e pela Suécia. A estratégia brasileira de resposta à pandemia priorizou a segurança social de renda e não as ações de serviços e produtos de saúde.

As análises comparadas da evolução da pandemia da COVID19 mostram que algumas estratégias oferecem melhores resultados do que outras. No momento do fechamento da pesquisa que deu origem a este trabalho (30.07.2020) as evidências² conhecidas do primeiro semestre de 2020, baseadas em dados fornecidos pelos

¹ Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Doutorado e Mestrado) da UNOESC; Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) da Universidade Positivo. Strapazzon.carlos.luiz@gmail.com

² Ver End Coronavirus, <https://www.endcoronavirus.org/countries>, acesso em 30.07.2020

países, mostram que havia 36 países que mereciam atenção, pois durante a primeira onda adotaram medidas adequadas e sociedade respondeu bem.

Numa visão panorâmica, podemos dividi-los em dois grupos. Um é formado por 17 países que tiveram pleno êxito em lidar, rápida e consistentemente, com a crise. Todos apresentaram curvas com baixo índice de novas contaminações diárias e com indicação de tendência de estabilidade: Brunei, Dominica, Estônia, Finlândia, Hungria, Islândia, Irlanda, Jamaica, Latvia, Ilhas Mauricio, Nova Zelândia, Nigéria, Noruega, San Marino, Taiwan, Tailândia, Timor Leste.

Havia um segundo grupo³ formado por 19 países que deu sinais de controle da situação. A evolução de casos e óbitos respondeu muito bem, embora não tão rapidamente quanto o primeiro grupo. Destacaram-se: Bielorrússia, China, França, Alemanha, Itália, Paquistão, Catar, Coreia do Sul, Portugal e Suécia.

Todos os demais países estavam atrasados e tiveram dificuldades especiais para controlar a circulação do vírus e a taxa de mortalidade. Dentre estes, houve alguns casos extremos, mais preocupantes, por diferentes razões. O caso da Austrália, porque enfrentou antes uma grande segunda onda de novas contaminações; o do Brasil e dos EUA, pelo menosprezo presidencial e pelas crises políticas entre Presidência da República, agências de saúde e imprensa.

Dentre os países que merecem atenção e estudo, elegi a Coreia do Sul, a Alemanha e a Suécia. Parece-me que as diferentes respostas desses países, o contexto e também algumas semelhanças com o Brasil, podem ser úteis para pensar o modelo de resposta do Brasil. O critério que adotei para selecionar esses 3 países foi o seguinte: aprendizado com tragédias passadas, bom uso da tecnologia da informação, da ciência e de um sistema público de saúde e, por fim, competência para preparar um país inteiro para lidar eficientemente com uma grave crise de escala nacional, sem abrir mão de fundamentos da democracia e de liberdades individuais.

Antes da COVID19, a Coreia do Sul teve uma experiência traumática com a epidemia MERS, em 2005. E aprenderam muito com a tragédia. A resposta da Coreia do Sul à pandemia da COVID19 ensina a importância de adaptações e mudanças na

³ Idem

política pública de saúde. A Alemanha é outro país com aprendizado duríssimo de enfrentamento a emergências nacionais. Desde que se recuperou dos estragos monumentais da II Guerra, mantém protocolos nacionais de resposta a situações emergenciais. A resposta da Alemanha ensina que todos os países devem estar prontos para emergências de grande escala. A resposta da Suécia ensina a ver como uma resposta bem-sucedida pode depender – e muito – da cultura local, dos costumes e da forma como governo e sociedade dialogam e tentam evitar, a todo o custo, restrições a liberdades individuais.

Uma das coisas aprendidas na análise desses três casos é que todos eles assumem que um país não pode negligenciar investimentos em políticas públicas e instituições aptas a ajudar os governos e a sociedade em situações emergenciais; não podem hesitar nos investimentos contínuos em ciência, tecnologia e conhecimento, nem as orientações da ciência, e também que devem colaborar com a OMS – Organização Mundial da Saúde em momentos de crise global.

O caso da resposta brasileira também ensina muito. Na primeira parte deste trabalho, apresento e discuto as estratégias da Coreia do Sul, da Alemanha e da Suécia. Depois, analiso os atos normativos editados pela União Federal, na forma de Emendas à Constituição, Leis Complementares, Leis Ordinárias, Medidas Provisórias e Decretos em busca de compreensão quanto às principais linhas de ação adotadas pelo Brasil.

O problema principal da pesquisa que deu origem a este trabalho pode ser formulado com a seguinte pergunta: afinal, qual é a estratégia brasileira de enfrentamento à pandemia da COVID19? Não se trata, portanto, de um estudo da eficácia da estratégia. Antes é um esforço para entender se existe alguma estratégia por detrás das ações efetivamente tomadas pelo Ministério da Saúde do Brasil durante o primeiro semestre de 2020.

Toda a pesquisa deste trabalho baseia-se na coleta de dados e informações primárias disponíveis na internet. Trata-se do resultado parcial de um amplo estudo de mapeamento e comparação de estratégias de enfrentamento da pandemia. A explicação da estratégia brasileira decorre da análise direta das informações diárias disponibilizadas pela página oficial do Ministério da Saúde, particularmente notícias e discursos oficiais dos Ministros da Saúde. O estudo se apoia também em

informações disponibilizadas por *sites* especializados na observação nacional e internacional da pandemia, em análise de normas jurídicas editadas pelo Estado brasileira e em relatórios técnicos. A interpretação dos dados e informações é inédita e não coincide, necessariamente, com a versão oficial do Estado brasileiro.

1 Resposta à pandemia: modelo da Coreia do Sul

A OMS anunciou que havia epidemia na China, que era algo sério e o governo Coreano iniciou a tomada de decisões preventivas. Ativaram, imediatamente, a emergência para controle de entrada de turistas e cidadãos vindos da China. Além disso, ativaram o sistema público de saúde para o nível de emergência. A Coreia do Sul conta com um estruturado sistema nacional de saúde para ações preventivas e hospitais para acolher doentes de pandemias. Depois, incrementaram investimentos e cuidados com testes em larga escala, liberaram autorização e kit de testes coletivos assumindo que não adianta testar individualmente quem chega no hospital. A preocupação com esse tipo de testagens era entender, o mais rápido possível, o movimento das pessoas e a progressão das infecções. Até criaram um padrão próprio para testes e evitaram a dependência de dispositivos ou insumos importados.

Um outro aspecto destacado do modelo coreano de enfrentamento da pandemia diz respeito às liberdades individuais. Diminuíram as liberdades individuais, porém, sem *lockdown*. A política pública foi baseada em intensa orientação para manter distanciamento social, com apoio na tecnologia de informação produzida por empresas nacionais. Criaram e usaram *APPs* que foram baixados para aparelhos celulares e com isso conseguiram mapear, meticulosamente, a mobilidade humana. A política de distanciamento gerou conflitos, obviamente. Um deles foi com líderes de igrejas (especialmente da *River of Grace Community Church*) que insistiu em fazer cultos com aglomerações. Não houve proibição a cultos, mas as igrejas tiveram de informar quem os frequentava para que o rastreamento pudesse ser realizado como previsto. Depois o governo divulgou o número de infectados vinculados a essa igreja.

Assumiram também que uma epidemia precisa de informações precisas e bem difundidas, em larga escala. Para isso, cuidaram, muito, da liberdade de imprensa e da boa relação entre governo e imprensa.

Outro pilar da estratégia coreana foi estimular a solidariedade: pediram doações de máscaras para apoiar o trabalho dos profissionais da saúde e a sociedade respondeu. Um lema difundido na Coreia do Sul é que a saúde de todos vem em primeiro lugar.

Algumas particularidades da Coreia do Sul favorecem essa estratégia. A tolerância com o mapeamento meticuloso de dados pessoais e uma população dotada de habilidades e recursos para lidar com novas tecnologias. Além disso, um sistema de saúde dotado de poderosa capacidade de armazenar e analisar dados que orientam a tomada de decisões, em especial as decisões preventivas, mas também suficiente para orientar a reabertura e a retomada da normalidade, sem riscos graves de novas ondas de contaminação.

O número diário de óbitos por COVID19 nunca chegou a 15 num só dia. O máximo de óbitos diários registrados na Coreia do Sul foi de 13, no meio de dezembro. Nunca foi maior do que 11, de 01 de março a 13 de dezembro.

A Coreia do Sul venceu a epidemia da MERS e estão vencendo a da COVID19. Reconhecem, porém, que a luta contra epidemias não acabou. Estão se preparando para outras⁴.

2 Resposta à pandemia: modelo da Alemanha

O caso da Alemanha também é importante de ser analisado, sobretudo porque é um país que, como Brasil, adota a forma federativa de Estado, com 16 unidades subnacionais autônomas e aproximadamente 400 unidades locais de governo.

A Alemanha não tomou medidas extraordinárias para lidar com a pandemia da COVID19. Durante o primeiro semestre, revelou-se um país preparado para

⁴ Mais detalhes sobre a estratégia coreana, ver, Emerging COVID-19 success story: South Korea learned the lessons of MERS, Our World in Data, University of Oxford, disponível em: <https://ourworldindata.org/covid-exemplar-south-koreaver>, acesso em 15.07.2020; ver também, Korea's national response to COVID-19 outbreak, disponível em: <http://www.korea.net/Government/Current-Affairs/National-Affairs?affairId=2034>,

situações de emergências, com protocolos nacionais claros, com sistema hospitalar eficiente e com recursos financeiros, humanos e tecnológicos adequados. Apenas aplicou seu protocolo padrão, o Plano Nacional de enfrentamento a pandemias para lidar com emergências desse tipo. A estratégia de resposta foi baseada em alto nível de testagens⁵, o maior da Europa, com atenção especial a pessoas idosas – o que explica a baixa letalidade nesse público – e uso eficiente do sistema hospitalar. A gestão centralizada de dados e informações, a partir do *Robert Koch Institute*⁶ (RKI) e uma rede de instituições parceiras, favoreceu o processo de tomada de decisões, como, por exemplo, a mobilização de laboratórios públicos e privados para elevar o nível de testagens, particularmente a testagem do tipo PCR – que foi a mais importante na estratégia da Alemanha. Foi muito importante a comunicação eficiente com o público, seja dos diagnósticos, seja das medidas adotadas, que foram muito diferentes nas diferentes regiões do país.

Em abril a Alemanha viveu o pico de contaminação com mais de 100 óbitos por dia, chegando a 248 óbitos no dia 21 de abril. A partir maio os números foram reduzidos e em 18 de maio de 2020 começou a registrar menos de 50 óbitos por dia, e a partir de 08 de junho, menos de 20 óbitos por dia. Até 15 de outubro não houve mudanças. O quadro começou a piorar a partir 04 de novembro, quando os óbitos diários voltaram a superar a casa de 100, indicando a chegada de uma preocupante segunda onda. Esse quadro permitiu à Alemanha retornar à normalidade a partir de maio. O plano de volta foi estruturado em monitoramento de dados e informações epidemiológicas a partir do *RKI*, entidade frequentemente citada pela Chanceler Angela Merkl, a fim de controlar os riscos de segunda onda de contaminações. Muito embora a segunda onda tenha impactado mais gravemente do que o esperado, ainda assim o caso da Alemanha é exemplar⁷, dada a dimensão populacional

⁵ Ver, Eckner C. How Germany has managed to perform so many Covid-19 tests. *The Spectator*. April 6, 2020. <https://www.spectator.co.uk/article/how-germany-has-managed-to-perform-so-many-covid-19-tests>. Accessed June 1, 2020.

⁶ Ver Robert Koch Institute. Contribution to the COVID-19 response. Disponível em: https://www.rki.de/EN/Content/Institute/International/COVID_ZIG_en/COVID_ZIG_node_en.html, Acesso em 6 Jun 2020.

⁷ Emerging COVID-19 success story: Germany's strong enabling environment. Our World in Data, University of Oxford, disponível em: <https://ourworldindata.org/covid-exemplar-germany>, acesso em 25.07.2020

(aproximadamente 80 milhões de habitantes) e a complexidade do sistema político (democracia parlamentar e um estado federativo).

3 Resposta à pandemia: modelo da Suécia

Na Suécia os números⁸ de infecções e óbitos cresceram mais do que o esperado até fins de abril, começando a cair, lentamente, a partir de maio e junho. Os mais atingidos foram idosos. Para responder à evolução da pandemia, restrições importantes de mobilidade humana foram estabelecidas, como no caso de viagens de estrangeiros para a Suécia, com algumas exceções para países selecionados, junto com a proibição de visitas sociais a locais onde vivem pessoas em situação especial de risco, como lares de idosos e enfermarias. Foram proibidas aglomerações com mais de 500 pessoas e, em seguida, com mais de 50 pessoas⁹. Sempre com a lembrança de que “é crime espalhar doença”. O governo também intensificou advertências a idosos com mais de 70 anos, para que ficassem em casa e evitassem contatos sociais.

O caso das escolas é um dos mais controversos e interessantes. A Suécia considerou uma parte muito importante de sua estratégia a decisão de não interromper atividades de escolas infantis e de educação primária. Quanto ao ensino médio, determinou restrições de distanciamento nas escolas e fechamento parcial de universidades. No caso das escolas infantis e de educação primária, a razão para não impedir o funcionamento é o seguinte.

Muito cedo descobrimos que crianças na faixa etária de frequentar jardim da infância e ensino primário não são os agentes transmissores desta pandemia. Elas não ameaçam a saúde de seus pais ou de adultos que as cercam porque não expõem vírus como ocorre, por exemplo, no caso da influenza. É por isso que

⁸ Ver, University of Oxford. Our World in Data. Emerging COVID-19 success story: Sweden: Coronavirus Pandemic Country Profile, disponível em: <https://ourworldindata.org/coronavirus/country/sweden?country=~SWE>, Acesso em 28.07.2020

⁹ Polimap Covid19. Interventions to reduce virus transmissions (Flatten the curve): Sweden. Disponível em: <https://polimap.org/sweden/>, acesso em 27.07.2020

*decidimos orientar a educação infantil e a educação primária para permanecerem abertas*¹⁰.

Empresas permaneceram em funcionamento com os cuidados sanitários e – se possível – com trabalho remoto, particularmente nas áreas de maior nível de incidência do vírus. Todo o setor de alimentos e bebidas foi autorizado a operar, mas sem aglomerações, sob pena de serem fechados. Quanto aos cidadãos em geral, a recomendação foi para que permanecessem em casa, realizando os cuidados de higiene pessoal, mesmo no caso de sintomas leves.

Em avaliação mais recente, reconheceram que estavam falhando em relação às casas de asilo, mas não em relação à estratégia de reação lenta, flexível, de monitoramento preciso e de corresponsabilidade. A Suécia buscou, a todo custo, medidas que evitassem o *lockdown*. A legislação proíbe *lockdown* e aprovar leis que mudem isso, por lá, é mais difícil do que mudar a Constituição no Brasil.

De 02 de abril a 23 de maio, a Suécia registrou mais de 50 óbitos diários, chegando a 98 no dia 15 de abril. De 24 de maio até 29 de julho, os óbitos diários caíram progressivamente da casa dos 50 para 3. E até 10 de novembro não houve retrocessos. Só no início de dezembro, durante a segunda onda, os óbitos diários voltaram a subir, mas não chegaram a 70.

A Suécia tem uma tradição de responsabilidade individual, confiança nas agências de Estado e abundância de hospitais. Além disso, as autoridades sanitárias emitem comunicados diários sobre o comportamento social e os dados da pandemia.

4 O caso do Brasil: uma teia de fatos que indicam uma provável estratégia

A análise que ofereço a seguir é a primeira versão de um esforço interpretativo

¹⁰ Esta afirmação consta do vídeo **The Swedish strategy against Covid-19**, apresentado por Johan Carlson, Diretor Geral da Agência de Saúde Pública da Suécia, exibido em 12 de junho de 2020, durante a explicação da estratégia sueca de resposta à pandemia. O comunicado de Johan Carlson pode ser visto a partir do minuto 2:06, logo após a apresentação da Ministra da Saúde e assuntos sociais, Lena Hallengren. Ver em <https://www.krisinformation.se/en/hazards-and-risks/disasters-and-incidents/2020/official-information-on-the-new-coronavirus>. Pode ser visto no YouTube também, neste link: <https://www.youtube.com/watch?v=svlHD2mpk9k>, acessei em 01 de agosto de 2020.

progressivo de atos normativos e comunicados oficiais publicados pela União Federal em resposta à pandemia do coronavírus. Ainda não é uma análise detalhada de todos os aspectos jurídicos desses atos ou das informações disponíveis. O que foi possível apresentar aqui são os resultados parciais da pesquisa em andamento sobre Segurança Social e o direito na pandemia que desenvolvo no PPG da Unoesc e também no PPG da Universidade Positivo. Minha análise é baseada nos atos e decisões oficiais adotadas a partir de fevereiro de 2020 até 30 de julho de 2020.

04.01

OMS RECONHECE O NOVO CORONAVIRUS

Primeiro Comunicado¹¹ da Organização Mundial da Saúde (OMS) sobre o novo coronavírus.

10.01

ACIONADO O COMITÊ DE MONITORAMENTO

O Ministério da Saúde do Brasil acionou o Comitê de Monitoramento do novo coronavírus. Nessa mesma data a China divulga¹² o código genético do novo Coronavírus.

27.01

PRIMEIRO CASO SUSPEITO

Primeiro caso suspeito¹³ no Brasil é detectado no estado de Minas Gerais

30.01

OMS DECLARA EMERGENCIA INTERNACIONAL

¹¹ Ver WHO. #China relatou à OMS um grupo de #pneumonia casos —sem mortes— em Wuhan, província de Hubei Bandeira da China. As investigações estão em andamento para identificar a causa desta doença, 04.01.2020, disponível em: <https://twitter.com/WHO/status/1213523866703814656?s=20>, acesso em 06.07.2020

¹² Ver, Center for Infectious Disease Research and Policy. China releases genetic data on new coronavirus, now deadly. University of Minnesota, disponível em: <https://www.cidrap.umn.edu/news-perspective/2020/01/china-releases-genetic-data-new-coronavirus-now-deadly>, acesso em 26.07.2020

¹³ Ver Revista Veja. Ministério da Saúde investiga caso suspeito de coronavírus em Minas, 28 jan 2020, disponível em: <https://veja.abril.com.br/saude/ministerio-saude-investigacao-coronavirus/> acesso em 23.07.2020

A Organização Mundial da Saúde declarou¹⁴ situação de Emergência Internacional

03.02

BRASIL DECLARA EMERGÊNCIA

Portaria n. 188, de 3 de fevereiro de 2020¹⁵ do Ministério da Saúde declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV)

05.02

COMEÇAM REUNIÕES ENTRE MS, CONASS E CONASEMS

Ministério da Saúde se reúne com secretários estaduais de saúde para analisar primeiras ações sobre o novo coronavírus.

06.02

LEI GERAL DA PANDEMIA

Lei nº 13.979¹⁶, de 6 de fevereiro de 2020, dispôs sobre medidas que podem ser adotadas pela União, Estados e Municípios para enfrentamento da emergência de saúde pública

13.02

PLANO DE CONTINGÊNCIA

Ministério da Saúde publica o Plano¹⁷ de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo novo Coronavírus COVID

¹⁴ Ver https://www.who.int/diagnostics_laboratory/EUL/en/, acesso em 25.7.2020

¹⁵ Ver, União Federal. Ministério da Saúde. Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020. <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>, acesso em 25.7.2020

¹⁶ Ver, União Federal. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>, acesso em 28.7.2020

¹⁷ Ver, União Federal. Ministério da Saúde. Plano de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo novo Coronavírus COVID-19. Fev 2020. <https://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2020/fevereiro/13/plano-contingencia-coronavirus-COVID19.pdf>, acesso em 25.7.2020

25.02

PRIMEIRO CASO EM SÃO PAULO

Identificado o primeiro¹⁸ caso de coronavírus, em São Paulo, no Hospital Albert Einstein.

27.02

VACINAÇÃO INFLUENZA

Ministério da Saúde decide antecipar a Campanha Nacional de Vacinação contra a Influenza

28.02

COMEÇA A CAMPANHA PREVENTIVA COVID19

Inicia campanha publicitária de prevenção ao coronavírus

29.03

FLUXOGRAMA ESPECIAL NA REDE SUS

Foi criado um novo fluxo¹⁹ de dados sobre COVID, partindo de Municípios para Estados e Ministério da Saúde

02.03

COMEÇA A TESTAGEM

SUS anuncia distribuição de 30 mil kits para teste de COVID19.

10.03

REDE SUS CAPACIDA UNIDADES DE SAÚDE

SUS anuncia²⁰ 42 mil postos de saúde capacitados para atender COVID19, dentre as

¹⁸ União Federal. Ministério da Saúde. <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46435-brasil-confirma-primeiro-caso-de-novo-coronavirus>, acesso em 25.7.2020

¹⁹ União Federal. Ministério da Saúde. <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46459-ministerio-da-saude-adota-novo-fluxo-de-consolidacao-de-casos-de-coronavirus>, acesso em 25.7.2020

²⁰ Ver União Federal. Ministério da Saúde. <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46522-90-dos-casos-de-coronavirus-podem-ser-atendidos-nos-postos-de-saude>, acesso em 25.7.2020

quais, 6.700 seriam unidades com atendimento 24h.

11.03

OMS ANUNCIA A PANDEMIA

A OMS declarou²¹ que o surto de coronavírus era, a partir desta data, considerada uma pandemia. Havia registro de 118.000 casos em 114 países e 4.291 mortes.

5.000 MÉDICOS NO BRASIL

Ministério da Saúde anuncia²² que vai convocar 5.000 médicos para a atenção primária (preventiva) em saúde pública.

17.03

PRIMEIRO ÓBITO NO BRASIL

Nesta data foi registrado o 1o óbito²³ de Covid19 no Brasil, no município de São Paulo, SP. É o 22o dia desde a notícia do primeiro contágio. Para simplificar a análise progressiva de casos e óbitos, elaborei a Tabela 1, a seguir, que informa datas em que se verificaram dobradas de casos e óbitos, com algumas anotações sobre a crise sucessória de Ministros da Saúde.

²¹ Ver, WHO, <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 25.7.2020

²² Ver, <https://oglobo.globo.com/sociedade/ministerio-da-saude-vai-convocar-5-mil-medicos-para-atencao-basica-1-24298892>, 25.7.2020

²³ Ver Jornal "O GLOBO". <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-03/sao-paulo-registra-primeira-morte-por-covid-19>, acesso em 15.7.2020

TABELA 1. BRASIL. CASOS E ÓBITOS, mar-jul 2020			
DATA	CASOS	ÓBITOS	
17.03		1	
21.03	1.000		
24.03	2.000		
28.03		98	Começa a atualização de dados em plataforma on line do Ministério da Saúde
29.03	4.000	125	
02.04		250	
03.04	8.000		
06.04		500	Imprensa divulga ameaça de exoneração do Min. da Saúde, Luiz Henrique Mandetta
09.04	16.000		
10.04		1.000	
16.04			Exoneração de Luiz Henrique Mandetta do cargo de Ministro da Saúde
17.04	32.000	2.000	Nelson Teich toma posse como o Ministro da Saúde
25.04		4.000	
27.04	64.000		
06.05		8.000	
07.05	128.000		
09.05		10.000	
15.05			Nelson Teich pede exoneração do cargo de Ministro da Saúde
16.05			General Eduardo Pazuello assume, interinamente, as funções de Ministro da Saúde
18.05	256.000		
21.05		20.000	
31.05	512.000		
11.06		40.000	
19.06	1.024.000		
18.07	2.048.000		
20.07		80.000	
30.07	2.610.583	91.310	General Eduardo Pazuello permanece, interinamente, nas funções de Ministro da Saúde

Fonte: <https://www.dadostransparentes.com.br/index.php>, acesso em 30.7.2020, elaborado por CL Strapazzon

18.03

EXAMES RT-PCR EM 26 LACEN

Ministério da Saúde anuncia²⁴ que todos os laboratórios centrais (LACEN) do país estão aptos realizar exame para COVID19.

18.03

SITUAÇÃO DE CALAMIDADE E LIMITES PARA GASTOS PÚBLICOS (I)

Mensagem ²⁵ n.93 do Presidente da República ao Congresso Nacional pede reconhecimento da situação de Calamidade para fins de flexibilizar as regras fiscais que limitam as despesas correntes e de capital previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal (LCp 101, 04.5.2000)

20.03

TRANSMISSÃO COMUNITÁRIA

Portaria n. 454 do Ministério da Saúde declarou ²⁶ o estado de transmissão comunitária nacional.

SITUAÇÃO DE CALAMIDADE E LIMITES PARA GASTOS PÚBLICOS (II)

O Congresso Nacional reconheceu, nessa mesma data, a situação de calamidade para fins da Lei de Responsabilidade Fiscal e foi publicado o Decreto Legislativo n.6²⁷.

COMPRAS PÚBLICAS EMERGENCIAIS

Nessa data, o Presidente da República também editou a MP n. 926, que alterou a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos especiais de

²⁴ Ver União Federal. Ministério da Saúde. <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46555-todos-os-laboratorios-publicos-do-pais-podem-realizar-exame-para-coronavirus> , acesso em 24.7.2020

²⁵ Ver, União Federal. Câmara dos Deputados. <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2239602>, acesso em 22.7.2020

²⁶ Ver União Federal. Ministério da Saúde. Portaria 454, 20.03.2020 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/prt454-20-ms.htm, acesso em 21.7.2020

²⁷ Ver União Federal. Congresso Nacional. Decreto Legislativo n.6. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm, acesso em 21.7.2020

compras públicas de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública.

ATIVIDADES ESSENCIAIS

Editou também o Decreto Presidencial n.10.282²⁸, para definir serviços públicos e atividades essenciais.

23.03

INFLUENZA. INÍCIO DA VACINAÇÃO MASSIVA DE IDOSOS

Nesse dia foi publicada a Medida Provisória n. 928, que alterou a Lei de Transparência²⁹. Autorizou autoridades públicas a priorizar respostas a informações sobre COVID19, suspendeu prazos para respostas de outros temas e gerou grande polêmica.

26.03

PROTOCOLO DE VELÓRIOS E ENTERROS

Ministério da Saúde publicou o protocolo³⁰ de velórios e enterros em caso de COVID19

27.03

FIOCRUZ

Fiocruz recebeu R\$144 milhões para ampliar Centro Hospitalar com 200 leitos especializados para COVID19

28.03

BASES DE DADOS

²⁸ Ver União Federal. Presidência da República. Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.htm, acesso em 29.7.2020

²⁹ Ver União Federal. Presidência da República. Medida Provisória nº 928, de 23 de março de 2020 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv928.htm, acesso em 29.7.2020

³⁰ Ver União Federal. Ministério da Saúde. Manejo de corpos no contexto do novo coronavírus, Brasília/DF Versão 1. Publicada em 25/03/2020, <https://www.saude.gov.br/images/pdf/2020/marco/25/manejo-corpos-coronavirus-versao1-25mar20-rev5.pdf>, acesso em 29.7.2020

Começa a atualização de dados em plataforma on line, mantida pelo Ministério da Saúde. Número de óbitos: 98 confirmados

30.03

INFLUENZA

Ministério da saúde divulga que 8,7 milhões de idosos foram vacinados

02.04

MÁSCARAS

Ministério da Saúde recomenda fazer máscaras³¹ em casa e sair de máscara.

MAIS DE 5.000.000 DE PROFISSIONAIS DA SAUDE

Ministério da Saúde anuncia que 5 milhões³² de profissionais de saúde, de 14 áreas de atuação, seriam cadastrados e capacitados para enfrentar a pandemia. O Ministério da Saúde também publicou a Portaria nº 639³³, de 31 de março de 2020, que dispôs sobre a Ação Estratégica "O Brasil Conta Comigo - Profissionais da Saúde", voltada à capacitação e ao cadastramento de profissionais da área de saúde, para o enfrentamento à pandemia do coronavírus (COVID-19).

Em 30.7.2020, o número de profissionais da saúde oficialmente registrados na base "Covid19 – Profissionais da Saúde", do SUS/MS indicava a existência de 996.989 profissionais da saúde atuantes. Indicava também que foram efetuadas 476 contratações de profissionais pelos meios criados pela Portaria 639/2020. Constava do site também que existiam 366.834 profissionais da saúde à disposição. O site informava também que existiam 16.038 profissionais da saúde integrados ao programa "Mais Médicos" e 4.815 vinculados ao "Mais Médicos Covid19".

³¹ Ver União Federal. Ministério da Saúde. <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46645-mascaras-caseiras-podem-ajudar-na-prevencao-contra-o-coronavirus> , acesso em 25.7.2020

³² Ver Jornal O Estado de São Paulo. <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,ministerio-busca-cinco-milhoes-de-profissionais-de-saude-de-outras-areas-para-combate-ao-coronavirus,70003258614> , acesso em 28.7.2020

³³ União Federal. Ministério da Saúde. Portaria nº 639, de 31 de março de 2020, <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=02/04/2020&jornal=515&pagina=76&totalArquivos=167> , acesso em 28.7.2020

TABELA 2 – Brasil. Profissionais da saúde, 30.07.2020

PROFISSIONAIS DA SAÚDE - SUS	STATUS	SUL	SUDESTE	NORDESTE	CENTRO -OESTE	NORTE	TOTAL
Covid19 – Profissionais da Saúde		185.660	493.950	183.651	82.502	51.226	996.989
BR Conta Comigo	Contratados		-	-	-	476	476
BR Conta Comigo	à disposição	62.983	165.690	76.326	35.952	25.883	366.834
Mais Médicos - Profissionais da saúde		2.234	4.383	6.049	1.255	2.117	16.038
Mais Médicos - Profissionais da saúde	COVID19	756	1.485	1.722	450	402	4.815
Fonte: https://viz.saude.gov.br/extensions/DEMAS_C19Insumos_RH/DEMAS_C19Insumos_RH.html , elaborado por CL Strapazzon, 30.7.2020							

AUXÍLIO EMERGENCIAL

Nessa data foi publicada a Lei 13.982³⁴, que criou o Auxílio emergencial de R\$ 600,00 e alterou a política pública nacional da Assistência Social, prevista na Lei n. 8.742/1993.

AUXÍLIO FEDERATIVO

Começa a ajuda financeira a Estados e Municípios: Presidente da República edita MP 939³⁵ para liberar crédito extraordinário de R\$16 bi ao Fundo de Participação dos Municípios e ao Fundo de Participação dos Estados.

03.04

EMPREGOS

Publicada a Medida Provisória n. 944³⁶, criando o Programa Emergencial de suporte a empregos, com crédito a empresas a fim de manter a capacidade de pagar a folha de salários. Total de R\$34 bi foram liberados ao BNDES para repassar a bancos com projetos.

³⁴ Ver União Federal. Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L13982.htm, acesso em 27.6.2020

³⁵ Ver União Federal. Medida Provisória nº 939, de 2 de abril de 2020 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv939.htm, acesso em 30.6.2020

³⁶ Ver União Federal. Medida Provisória nº 944, de 3 de abril de 2020 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv944.htm, acesso em 30.6.2020

09.04

TESTAGEM

Até essa data, 1 milhão de testes rápidos foram distribuídos a Estados e Municípios, sendo que 451,4 mil eram testes RT-PCR

11.04

POVOS INDIGENAS

Publicado o Plano³⁷ de Contingência Nacional para Povos Indígenas

15.04

TELEMEDICINA

Entra em vigor a Lei 13.989³⁸, sobre o uso da telemedicina durante a crise.

16.04

CAI O MINISTRO DA SAÚDE

Exoneração³⁹ do Ministro da Saúde, Luiz Henrique Mandetta.

17.04

NOVO MINISTRO

Nelson Teich toma posse como o novo Ministro da Saúde⁴⁰

23.04

FLEXIBILIZA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA

Publicada a MP 927⁴¹, autorizando flexibilização do direito do trabalho, autorizando

³⁷ Ver, Plano de Contingência Nacional para Povos Indígenas, https://drive.google.com/drive/folders/1ti4y0weLDsJYdL-R3r2FuxDf8XWDn2O_, acesso em 30.6.2020

³⁸ Ver, Lei nº 13.989, de 15 de abril de 2020. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13989.htm, acesso em 30.6.2020

³⁹ Portal UOL, <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/04/16/exoneracao-de-mandetta-e-publicada-no-diario-oficial-e-teich-e-anunciado.htm>, acesso em 27.7.2020

⁴⁰ Ver União Federal, Ministério da Saúde. <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46747-nelson-teich-toma-posse-como-ministro-da-saude>, acesso em 27.7.2020

⁴¹ Ver, União Federal, Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm, acesso em 26.7.2020

negociações individuais entre empregadores e empregados, prorrogação do prazo para recolhimento do FGTS dos meses de março a maio, o teletrabalho e a prorrogação temporária de acordos coletivos e antecipação de férias. Gerou muita polêmica e recebeu 1.082 emendas na Câmara dos Deputados.

27.04

AUXÍLIO EMERGENCIAL⁴²

Primeiro dia de saques de R\$ 600,00

07.05

EMENDA CONSTITUCIONAL DO REGIME FISCAL DE GUERRA

Entra em vigor a Emenda à Constituição n.106⁴³, de iniciativa da Câmara de Deputados, que instituiu o regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia.

15.05

CAI O SEGUNDO MINISTRO

O Ministro da Saúde, Nelson Teich, pede exoneração

16.05

MINISTRO INTERINO – CARGO PROVISÓRIO

General Eduardo Pazuello assume, interinamente, as funções de Ministro da Saúde

29.05

COVID NAS FAVELAS

Ação em aglomerados subnormais (favelas). Portaria nº 1.444/GM/MS⁴⁴, institui os

⁴² Ver, Portal UOL, <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-brasil/2020/04/27/saque-de-auxilio-emergencial-comeca-a-ser-liberado-hoje.htm>, acesso em 28.7.2020

⁴³ Ver, União Federal. Congresso Nacional. Emenda Constitucional nº 106, de 7 de maio de 2020, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc106.htm, acesso em 30.7.2020

⁴⁴ Ver, União Federal, Ministério da Saúde. Portaria nº 1.742, de 13 de julho de 2020, <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-1.742-de-13-de-julho-de-2020-266574834>, acesso em 25.7.2020

Centros Comunitários de Referência para enfrentamento da Covid-19, no âmbito da Atenção Primária à Saúde (APS), e estabelece incentivo para custeio dos Centros Comunitário de Referência para enfrentamento à covid-19 e incentivo financeiro federal adicional per capita, em caráter excepcional e temporário, considerando o cenário emergencial de saúde pública de importância internacional

02.06

ORÇAMENTO ESPECIAL E COMITÊ DE SUPERVISÃO

Publicada a Lei nº 14.008⁴⁵, de 2.6.2020, por meio da qual o Congresso Nacional autoriza gastos de R\$343,6 bi para enfrentamento da COVID19, a ser utilizado pelo governo federal e transferido a Estados, Distrito Federal e Municípios.

Resolução nº 6. Comitê de crise para supervisão e monitoramento dos impactos da covid-19: Institui Grupo de Trabalho⁴⁶ para a Consolidação das Estratégias de Governança e Gestão de Riscos do Governo federal em resposta aos impactos relacionados ao coronavírus, no âmbito do Comitê de Crise da covid-19.

06.06

MUDANÇAS NO SITE COM DADOS DIÁRIOS DE CASOS E ÓBITOS

Ministério da Saúde retirou do site o número acumulado de óbitos e todos os demais gráficos de acompanhamento

08.06

MINISTÉRIO DA SAÚDE CORRIGE DADOS PUBLICADOS

Ministério da Saúde corrige⁴⁷ boletim sobre COVID-19

⁴⁵ Ver União Federal. Lei nº 14.008, de 2 de junho de 2020, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14008.htm, acesso em 26.7.2020

⁴⁶ Ver União Federal. Resolução nº 6, de 2 de junho de 2020. Comitê de crise para supervisão e monitoramento dos impactos da covid-19, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Portaria/RES/res-6-20-pr.htm, acesso em 28.7.2020

⁴⁷ Ver União Federal, Ministério da Saúde, <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/47026-ministerio-da-saude-corrige-boletim-sobre-covid-19>, acesso em 27.7.2020

09.06

OMISSÃO DE DADOS

O ministro interino da Saúde, Eduardo Pazuello, afirmou durante videoconferência com a Comissão Externa da Câmara dos Deputados, que “nunca houve, não há e nunca haverá omissão de dados”.

12.06

NOVA PLATAFORMA DE DADOS

O Ministério da Saúde anuncia nova plataforma para divulgar o cenário de casos e óbitos relacionados à Covid-19. O novo modelo permite acompanhar a análise de casos e mortes de forma regionalizada e por municípios, entre outras informações. O objetivo é ter uma ferramenta mais precisa sobre o cenário atual da doença e permitir ao Poder Público adequar ações e agir com mais efetividade na proteção e assistência à população

17.06

NOVAS ORIENTAÇÕES PARA PROFISSIONAIS DE SAÚDE DA REDE DO SUS

O novo protocolo⁴⁸ é para orientar no atendimento de pacientes com suspeita ou confirmação de COVID-19 nos diversos pontos da Rede de Atenção à Saúde. O documento traz informações básicas sobre diagnósticos (tipos), sobre sintomas típicos, fatores de risco, exames laboratoriais, fluxograma para atender pacientes de casos leves, moderados e sérios, atenção a crianças, gestantes, indígenas, prevenção e controle, classificação de imagens de pneumonia.

NOVAS ORIENTAÇÕES SOBRE CLOROQUINA NO TRATAMENTO PRECOCE

O Ministério da Saúde divulgou novas orientações⁴⁹ para uso de medicamentos, mantendo o uso da cloroquina ou da hidroxicloroquina, no tratamento precoce de

⁴⁸ Ver União Federal, Ministério da Saúde, <https://saude.gov.br/images/pdf/2020/June/17/Covid19-Orienta----esManejoPacientes.pdf>, acesso em 23.07.2020

⁴⁹ Ver União Federal, Ministério da Saúde, Orientações do Ministério da Saúde para manuseio medicamentoso precoce de pacientes com diagnóstico da covid-19, disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/centrais-de-conteudo/orientacoes-manuseio-medicamentoso-covid19-pdf>, acesso em 29.7.2020

pacientes com Covid-19, no Sistema Único de Saúde (SUS). A partir de agora, foi ampliado o uso desses medicamentos, inclusive para gestantes e crianças e adolescentes, que passaram a fazer parte dos grupos de risco. Transcrevo as partes das Considerações introdutórias, para que entendam os pressupostos que embasam a nova decisão do governo federal de recomendar, precocemente, um medicamento que a Sociedade Brasileira de Infectologia⁵⁰ orientou que fosse proibido para casos leves e tratamentos precoces.

Considerando que alguns estados, municípios e hospitais da rede privada já estabeleceram protocolos próprios de uso da cloroquina e da hidroxicloroquina para tratamento da COVID-19;

Considerando a necessidade de uniformização da informação para os profissionais da saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS);

Considerando a existência de diversos estudos sobre o uso da cloroquina e hidroxicloroquina no tratamento da COVID-19;

Considerando a larga experiência do uso da cloroquina e da hidroxicloroquina no tratamento de outras doenças infecciosas e de doenças crônicas no âmbito do SUS e a inexistência, até o momento, de outro tratamento eficaz disponível para a COVID-19;

⁵⁰ A SBI publicou o seguinte:

Diante dessas novas evidências científicas, É URGENTE E NECESSÁRIO que:

- a) a hidroxicloroquina seja abandonada no tratamento de qualquer fase da COVID-19;
- b) os agentes públicos, incluindo municípios, estados e Ministério da Saúde reavaliem suas orientações de tratamento, não gastando dinheiro público em tratamentos que são comprovadamente ineficazes e que podem causar efeitos colaterais;
- c) que o recurso público seja usado em medicamentos que comprovadamente são eficazes e seguros para pacientes com COVID-19 e que estão em falta, tais como anestésicos para intubação orotraqueal de pacientes que precisam ser submetidos à ventilação mecânica, bloqueadores neuromusculares para pacientes que estão em ventilação mecânica; em aparelhos que podem permitir o diagnóstico precoce de COVID grave, como oxímetros para o diagnóstico de hipóxia silenciosa; em testes diagnósticos de RT-PCR da nasofaringe para pacientes sintomáticos; leitos de Unidade de Terapia Intensiva, bem como seus recursos humanos (profissionais de saúde) e respiradores.

A Sociedade Brasileira de Infectologia é uma sociedade médica científica, sem fins lucrativos, que congrega médicos infectologistas de todo o país.

Para mais informações, ver em: https://www.infectologia.org.br/admin/zcloud/principal/2020/07/SBI_Informe_16_HCQ_precoce.pdf, acesso em 28.7.2020

Considerando a necessidade de orientar o uso de fármacos no tratamento precoce da COVID-19, incluindo a cloroquina ou a hidroxicloroquina, no âmbito do SUS pelos médicos;

Considerando que doses baixas de cloroquina são usadas para profilaxia da malária na gravidez;

Considerando que diversas instituições, tanto internacionais quanto nacionais, preconizam o uso da cloroquina ou da hidroxicloroquina em pacientes com diagnóstico de COVID-19;

Considerando que o artigo científico publicado pela Escola de Saúde Pública de Yale (New Haven, Connecticut, EUA), que avaliou cerca de 300.000 doentes infectados, através de 5 estudos, incluindo 2 ensaios clínicos controlados, demonstrou uma eficácia significativa no tratamento ambulatorial com uso de hidroxicloroquina e concluiu que a hidroxicloroquina deve estar amplamente disponível e distribuída imediatamente para prescrição médica;

Considerando que a hidroxicloroquina não apresenta contraindicações absolutas durante a gestação;

Considerando que o Conselho Federal de Medicina recentemente propôs a consideração da prescrição de cloroquina e hidroxicloroquina pelos médicos, em condições excepcionais, mediante o livre consentimento esclarecido do paciente, para o tratamento da COVID-19 (Processo-Consulta CFM nº 8/2020 – Parecer CFM nº 4/2020);

18.06

NOVO MODELO DE BOLETIM EPIDEMIOLÓGICO⁵¹

19.06

RETORNO SEGURO À NORMALIDADE

O Ministério da Saúde, publicou a Portaria nº 1.565, que estabelece orientações gerais à prevenção, o controle e à mitigação da transmissão da Covid-19. As orientações também são voltadas à promoção da saúde física e mental da população. O objetivo é apoiar as estratégias locais para retomada segura das

⁵¹ Ver em <https://saude.gov.br/images/pdf/2020/June/18/Boletim-epidemiologico-COVID-2.pdf> , acesso em 25.06.2020

atividades e do convívio social, respeitando as especificidades e características de cada setor ou ramo de atividade. Caberá às autoridades locais e aos órgãos de saúde locais decidir, após avaliação do cenário epidemiológico e capacidade de resposta da rede de atenção à saúde, quanto a retomadas das atividades.

A Portaria traz um anexo. Destaco, a seguir, um fragmento que é bastante indicativo de sua finalidade.

Retomar as atividades e o convívio social são também fatores de promoção da saúde mental das pessoas, uma vez que o confinamento, o medo do adoecimento e da perda de pessoas próximas, a incerteza sobre o futuro, o desemprego e a diminuição da renda, são efeitos colaterais da pandemia pelo SARS-COV-2 e têm produzido adoecimento mental em todo o mundo.

Porém, a retomada das atividades deve ocorrer de forma segura, gradativa, planejada, regionalizada, monitorada e dinâmica, considerando as especificidades de cada setor e dos territórios, de forma a preservar a saúde e a vida das pessoas. Para isso, é essencial a observação e a avaliação periódica, no âmbito loco-regional, do cenário epidemiológico da COVID-19, da capacidade de resposta da rede de atenção à saúde, dos aspectos socioeconômicos e culturais dos territórios e, principalmente, das orientações emitidas pelas autoridades locais e órgãos de saúde.

É importante que os setores de atividades elaborem e divulguem protocolos específicos de acordo com os riscos avaliados para o setor, considerando os ambientes e processos produtivos, os trabalhadores, os consumidores e usuários e a população em geral.

23.06

MAIS RECURSOS PARA O PROGRAMA SAÚDE DA FAMÍLIA

Ministério da Saúde anunciou que 105 milhões de brasileiros são atendidos pelos serviços das equipes de Saúde da Família, compostas por médicos, enfermeiros, técnicos de enfermagem e agentes comunitários de saúde, que atendem a população nos postos de saúde. O Governo federal disponibilizou para esta ação do programa

saúde da família, que foi denominado de Previne Brasil, mais de R\$ 400 milhões a todos os municípios brasileiros. São R\$ 8,9 mil para cada uma das cerca de 45 mil equipes de Saúde da Família e equipes de Atenção Primária. Anuncia que a busca por melhores resultados dos indicadores de saúde será feita a partir da avaliação das equipes de Saúde da Família e equipes de Atenção Primária, progressivamente, com base em 21 indicadores. Para este ano, são sete indicadores no âmbito da saúde da mulher, saúde da criança, doenças crônicas e gestantes. São avaliados, por exemplo, número de consultas de pré-natal e vacinação. A cada quatro meses, as equipes são avaliadas para definição dos valores de repasse aos municípios. Já o incentivo às ações e estratégias do Ministério da Saúde incluem os seguintes programas: Saúde na Hora; Informatização; Formação e residência médica e multiprofissional; Saúde Bucal; Centro de Especialidades Odontológicas (CEO); Laboratório de Prótese Dentária; Unidade Odontológica Móvel; Saúde na Escola; Academia de saúde; Consultório na Rua; Equipes Ribeirinhas; UBS Fluviais; Microscopistas; Equipes prisional e Saúde do Adolescente.

24.06

TESTAR 25% DA POPULAÇÃO, INCLUINDO CASOS LEVES - PCR

Cerca de um quarto (22%) da população brasileira será testada para a doença. Com a ampliação da doença para o interior do país, o Ministério da Saúde anunciou⁵² que começará a investir mais na Atenção Primária para a coleta e diagnóstico dos casos leves da doença. As unidades sentinelas, que apoiam a vigilância no país, passarão a realizar o teste RT-PCR (molecular) em 100% dos casos de Síndrome Gripal (SG). Antes, eram coletadas cinco amostras respiratórias por semana nessas unidades de monitoramento, além da rotina de coleta dos hospitais e outras unidades de saúde. Todos os Centros credenciados de Atendimento à Covid-19 também poderão coletar amostras de todos os casos leves.

26.06

FORÇA TAREFA PARA ORGANIZAR COMPRAS E DISTRIBUIÇÃO

⁵² Ver em, Ministério da Saúde <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/47113-saude-passa-a-testar-100-dos-casos-leves-de-covid-19>, acesso em 29.07. 2020

A Portaria nº 1.587, do Ministério da Saúde instituiu a Força Tarefa de Fundamentação que passa a coordenar todos os processos de aquisição e distribuição de equipamentos, insumos e medicamentos. A equipe deve organizar e administrar a infraestrutura e capacidade logística para recebimento de ventiladores pulmonares para pacientes graves da doença. O órgão também vai monitorar frequentemente a equipe profissional multidisciplinar habilitada para a operação em leitos.

27.06

VACINA – PARCERIA COM EMPRESA BRITÂNICA. R\$ 500 milhões

O governo federal anunciou⁵³ que enviou resposta à embaixada Britânica e ao presidente do laboratório AstraZeneca aceitando a proposta de acordo de cooperação no desenvolvimento tecnológico e acesso do Brasil à vacina para Covid-19. O anúncio informa que o “acordo prevê a compra de lotes da vacina e da transferência de tecnologia. Se demonstrada eficácia, serão 100 milhões de doses à disposição da população brasileira. O acordo, quando celebrado, prevê a transferência de tecnologia de formulação, o envase e o controle de qualidade. Será utilizada a previsão legal de encomenda tecnológica prevista na lei nº 10.973, de 2004, e amparada na lei de licitações, a 8.666, de 1.993”. Segundo o que foi noticiado, o acordo começa com uma encomenda em que o Brasil assume também os riscos da pesquisa. Efetua investimento na pesquisa, mesmo que não haja resultado efetivo. Caso a vacina se mostre eficaz e segura, será comprada. Na fase inicial, de risco, serão investidos U\$ 127 milhões, incluídos os custos de transferência da tecnologia e do processo produtivo da Fiocruz, estimados em U\$ 30 milhões.

04.07

COVID AFETA PROFISSIONAIS DA SAÚDE

Até o dia 4 de julho, 173.440 casos de Síndrome Gripal (SG) foram confirmados para a Covid-19 em profissionais da área da saúde de todo o país. Casos graves da doença de Covid-19, que necessitaram de internação hospitalar, foram 697 casos.

⁵³ Ver em Ministério da Saúde, <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/47132-brasil-entra-em-parceria-para-producao-de-vacina-contracovid-19>, acesso em 01.08.2020

Técnicos ou auxiliares de enfermagem: 248 casos,

Médicos: 150 casos

Enfermeiros: 130 casos.

Óbitos: 138 entre os profissionais de saúde.

PESSOAS RECUPERADAS E CURADAS

MINISTÉRIO DA SAÚDE ANUNCIA PELA ÚLTIMA VEZ O NÚMERO DE PESSOAS RECUPERADAS⁵⁴. A partir desta data, a comunicação institucional vai usar o termo "*peessoas curadas*", muito embora não haja, até 30.7.2020, cura para a COVID19.

06.07

TECNOLOGIA DE INFORMAÇÃO PARA A POLÍTICA DE SAÚDE

O Ministério da Saúde determinou a realização, até o dia 15 de julho, de Pregão Eletrônico 18/2020⁵⁵ para contratação de fábrica de software, para desenvolvimento de sistemas para o Sistema Único de Saúde (SUS). O objetivo é assegurar o desenvolvimento de tecnologias de informação e comunicação que possibilitem a disseminação de dados, informações e conhecimento.

02.07

RESULTADOS DE PESQUISA NACIONAL SOBRE COVID19

Nessa data foi anunciado o resultado do estudo sobre a Covid-19 no Brasil, "Evolução da Prevalência de Infecção por Covid-19 no Brasil: Estudo de Base Populacional", financiado pelo Ministério da Saúde. O estudo foi coordenado pelo Centro de Epidemiologia da Universidade Federal de Pelotas (UFPel). A coleta de dados foi feita por profissionais do Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística (Ibope) nos domicílios de 133 do Brasil. Houve três fases de coleta de dados (entrevistas e testes) entre maio e junho de 2020: a primeira com 25.025 (75,2%); a segunda com 31.165 (93,7%); e a terceira com 33.207 (99,9%).

⁵⁴ Ver em Ministério da Saúde, <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/47167-coronavirus-876-359-pessoas-estao-recuperadas-no-brasil> , acesso em 30.7.2020

⁵⁵ Ver em <http://www.comprasnet.gov.br/aceso.asp?url=/edital-250110-5-00018-2020> , acesso em 30.7.2020

07.07

PRESIDENTE DOENTE

Presidente Jair Bolsonaro declara ter COVID19

PESQUISA CIENTÍFICA SOBRE SUS E PANDEMIA

Anúncio de 90 projetos de pesquisa⁵⁶ selecionados, no valor total de R\$ 45,5 milhões, entre 2.219 propostas enviadas para avaliação por meio de parceria entre o Ministério da Saúde, o Ministério de Ciência, Tecnologia e Inovações e o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Na avaliação das propostas, analisou-se como as ideias poderiam ser aplicadas ao SUS. O conjunto temático mostra, igualmente, as fragilidades de conhecimentos da política pública de Saúde no Brasil. Chama a atenção que 50% dos temas não tem relação direta com a pandemia: são eles, a avaliação de modelos de vigilância em saúde, efetividade de intervenções farmacológicas, cumprimento de medidas de prevenção e controle, uso de EPI, avaliação da atenção em saúde e Comunicação e prevenção de notícias falsas.

Os 12 temas de interesse prioritário da chamada de projetos foram os seguintes:

1. Alternativas terapêuticas
2. Desenvolvimento de vacinas preventivas e/ou terapêuticas
3. Novos testes diagnósticos
4. Acurácia de testes diagnósticos
5. Avaliação da patogênese e história natural da doença
6. Avaliação da carga de doença
7. Avaliação da atenção à saúde nos três níveis de complexidade
8. Uso de EPI
9. Cumprimento de medidas de prevenção e controle
10. Comunicação e prevenção de notícias falsas
11. Avaliação dos modelos de vigilância em saúde

⁵⁶ Ver União Federal, Ministério da Saúde. <https://www.saude.gov.br/images/pdf/2020/July/07/Chamada-COVID-19-coletiva-resultado-final-07julho2020.pdf>, acesso em 30.7.2020

12. Efetividade de intervenções não farmacológicas

POVOS INDIGENAS

Publicado o Plano⁵⁷ Emergencial para Enfrentamento à Covid-19 nos territórios indígenas.

10.07

VACINAÇÃO CONTRA INFLUENZA

O Ministério da Saúde informou que a Campanha Nacional de Vacinação contra a Gripe alcançou 90,2% do público-alvo, ultrapassando a meta de 90%. Entre os grupos prioritários, os idosos foram os que tiveram melhor desempenho, com cobertura de 119,72%. Os estados e municípios receberam um total de 79,9 milhões de doses da vacina. Desse total, 81,18% foram aplicadas.

16.07

AÇÃO EM FAVELAS⁵⁸

O Ministério da Saúde credenciou 57 Centros Comunitários de Referência (CCR) para Enfrentamento da Covid-19 em 746 favelas (aglomerados urbanos subnormais, na classificação do IBGE) em 19 Municípios de 15 Estados. Os CCR reforçarão a assistência do Sistema Único de Saúde (SUS) durante a pandemia, com a identificação e tratamento precoce de casos leves da doença. A ação receberá R\$ 18 milhões de apoio financeiro.

A Tabela abaixo apresenta a distribuição das favelas de acordo com os Estados e Regiões. É notável, como se pode ver, a concentração de ações na região sudeste, particularmente no estado do Rio de Janeiro, que recebeu 2/3 de todas as

⁵⁷ Ver União Federal. Presidência da República. **Plano Emergencial para Enfrentamento à Covid-19 nos territórios indígenas**, disponível em: <https://www.gov.br/secretariageral/pt-br/noticias/2020/julho/governo-federal-cria-plano-emergencial-para-enfrentamento-a-covid-19-nos-territorios-indigenas-1>, acesso em 28.7.2020

⁵⁸ Ver União Federal. Ministério da Saúde. Portaria nº 1.742, de 13 de julho de 2020. Credencia temporariamente municípios a receberem incentivo financeiro referente aos Centros Comunitários de Referência para Enfrentamento da Covid-19 e incentivo financeiro federal adicional per capita, em caráter excepcional e temporário, considerando o cenário emergencial de saúde pública de importância nacional e internacional decorrente do coronavírus (Covid-19). Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-1.742-de-13-de-julho-de-2020-266574834>, acesso em 18.7.2020

ações. Quando somadas as ações nos Estados de Minas Gerais e Rio de Janeiro, nota-se que 85% das ações estão concentradas ali.

Chama a atenção que a região nordeste tenha recebido ações para, apenas, 5 dos 13 Estados. Além disso, com exceção de Pernambuco e Alagoas, todos os demais (Bahia, Ceará e Paraíba), receberão apoio especial em apenas 1 (um) desses aglomerados urbanos subnormais, popularmente conhecidos como favelas. Assim, vê-se que o Estado de Santa Catarina receberá mais ações em favelas do que a soma das ações destinadas aos Estados da Bahia, Ceará e Paraíba.

A Portaria 1.742 não explicita os critérios adotados para realizar a distribuição com essas importantes diferenças regionais.

TABELA 3 - BRASIL. FAVELAS COM POLÍTICA DE ATENÇÃO ESPECIAL EM SAÚDE - COVID19				
RS	1	0,13%	SUL	7
SC	6	0,80%		
				0,94%
SP	29	3,89%	SUDESTE	683
RJ	461	61,80%		
MG	181	24,26%		
ES	12	1,61%		
				91,55%
BA	1	0,13%	NORDESTE	24
CE	1	0,13%		
PE	11	1,47%		
PB	1	0,13%		
AL	10	1,34%		
				3,22%
PA	12	1,61%	NORTE	32
AM	4	0,54%		
AP	14	1,88%		
AC	2	0,27%		
				4,29%
746		100%		
Fonte. Ministério da Saúde. Portaria nº 1.742, de 13 de julho de 2020. Tabela elaborada por CL Strapazzon, 02.08.20				

21.07

TESTAGEM

O Ministério da Saúde publicou a Portaria Nº 1.792, que torna obrigatória a notificação à pasta de todos os resultados de testes diagnóstico para detecção da Covid-19. A partir dessa data, deverão ser notificados ao Ministério da Saúde todos os resultados de testes diagnóstico realizados, sejam positivos, negativos,

inconclusivos e correlatos, em qualquer que seja a metodologia de testagem utilizada. Os resultados de exames laboratoriais feitos pelos laboratórios públicos já adotavam essa prática. A mudança ocorre no caso dos laboratórios privados, que tem até 04 de agosto para se adequar para disponibilizar resultados aos gestores locais do Sistema Único de Saúde (SUS).

24.07

POVOS INDÍGENAS

O Ministério da Saúde apresentou as ações realizadas de enfrentamento à Covid-19 em comunidades indígenas. O plano emergencial foi publicado em 07.07.20 e as ações foram as seguintes:

- a) Reforço médico em todos os 34 Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEI),
- b) Investimento de R\$ 1,1 milhão em pesquisas com foco no enfrentamento da Covid-19 na população indígena
- c) Distribuição de medicamentos e insumos médicos.

O governo do Brasil informa a existência de 755.898 indígenas em 5.852 aldeias. São 305 povos indígenas, que falam 274 línguas. A política especial para povos indígenas os divide em 34 Distritos Sanitários especiais, com 367 Polos Bases, 67 Casas de Saúde Indígena (CASA) e 1.199 Unidades Básicas de Saúde Indígena (UBSI).

De acordo com os dados oficiais, há 14.200 profissionais integrando 800 Equipes Multidisciplinares de Saúde Indígena, em um território de 950.122 km²

O boletim epidemiológico atualizado até 30.07 informa a existência de 15.800 indígenas doentes (2,09%), 285 óbitos (1,8%) e 10.500 recuperações (66,4%).

30.07

TESTES

Ministério da saúde informa que o Brasil alcançou a marca de 17.871 testes realizados por dia para detectar a Covid-19. Em março eram efetuados 1.148 testes diários. De 5 de março até 25 de julho de 2020 foram distribuídas 5.015.252 de

reações de RT-PCR para os 27 Laboratórios Centrais de Saúde Pública (Lacen) em todo o país.

5 A ESTRATÉGIA BRASILEIRA DE RESPOSTA À COVID19

Observados os fatos acima, bem como a produção normativa selecionada, pode-se afirmar que o Ministério da Saúde adotou, sim, uma linha estratégica de ação. As certezas do atual ministro da Saúde interino, Eduardo Pazuello, são poucas. Ele tem declarado isso em muitas ocasiões. As linhas de ação, abaixo, foram reunidas a partir das decisões efetivamente adotadas e registradas na cronologia apresentada anteriormente. Tendo isso em conta, proponho a interpretação de que, até 30.07, as linhas estratégicas de ação do Ministério da Saúde podem ser assim organizadas.

5.1 A cura na linguagem formal da estratégia

A primeira medida que chama a atenção é a linguagem da cura. Muito embora não exista (até 30.7.2020) cura para a doença COVID19 causada pelo novo coronavírus, o Ministério da saúde afirma, constantemente em seus informativos diários, que os brasileiros estão sendo CURADOS⁵⁹ da referida doença. Ao proceder assim, deixa a impressão de que o Brasil tem a CURA para essa doença. Contudo, ao analisar os boletins epidemiológicos e o conjunto de outras informações divulgadas pelo Ministério da Saúde, nota-se que o próprio governo federal faz uso indevido desse termo, pois compara números de “curados” do Brasil com os de “recuperados” de outros países.

No informativo de 23 de julho o MS moderou a linguagem para explicar como calcula os índices de recuperação e evitou a palavra *curados*. O número de casos recuperados é estimado por um cálculo que considera os registros de casos e óbitos com confirmação de Covid-19, informados pelas Secretarias Estaduais de Saúde, e

⁵⁹ Ver União Federal, Ministério da Saúde. <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/47275-covid-19-brasil-registra-1-787-419-casos-de-pessoas-curadas> acesso em 30.7.2020

o número de pacientes hospitalizados registrados no Sistema de Vigilância Epidemiológica da Gripe (SIVEPGripe).

O verbo CURAR tem sido usado de modo exagerado⁶⁰ nos informativos do Ministério da Saúde. Nos painéis informativos de dados, porém, o verbo *curar* não é usado, exceto nos dados dos povos indígenas, onde aparece um indicador de quantidade de *cura clínica*⁶¹. Afora isso, a expressão corrente é *recuperados* ou... *em recuperação*. Nos últimos 60 dias, nas notícias publicadas no site do MS, predominam o verbo *curar* e o adjetivo *curados*. São os termos preferidos da comunicação oficial e, de longe, mais frequentes do que o adjetivo *recuperados*,

5.2 Conduta precoce dos cidadãos aos centros de atendimento do SUS

A conduta precoce é o modo como o Ministério da Saúde chama a orientação formal para que "qualquer brasileiro que apresente sintomas procure a unidade básica de saúde". A *conduta precoce*, diz ele, "é a melhor solução que podemos ter e a solução definitiva virá somente com a *vacina*". O Ministério da saúde informa que o SUS-Sistema Único de Saúde faz acompanhamento de todos os casos de Covid-19, sendo leves, moderados ou graves e recomenda que todas as pessoas com sintomas (até de gripe) procurem os serviços de saúde para diagnóstico e tratamento precoce⁶². No informativo de 21.07 (atualizado em 22.7), o Ministro afirmou o seguinte: "Nós avaliamos o que deu certo e o que não deu certo, mudamos várias orientações, alteramos protocolos e hoje podemos resumir da seguinte forma: o tratamento ideal é o tratamento precoce dos pacientes com Covid-19"⁶³.

Segundo Pazuello, o diagnóstico precoce pode salvar vidas. "É o médico que dará o diagnóstico para a Covid-19. Mesmo que o diagnóstico clínico possa ser aprofundado por exames laboratoriais ele será efetivado pelo médico. Essa

⁶⁰ Ver, por exemplo: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/47237-covid-19-brasil-ultrapassa-1-5-milhao-de-curados>, acesso em 30.7.2020

⁶¹ Ver o Federal, Ministério da Saúde, Secretaria Especial de Saúde Indígena. Disponível em: <https://saudeindigena.saude.gov.br/corona>, acesso em 29.7.2020

⁶² Ver o Federal, Ministério da Saúde, <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/47277-conduta-precoce-nos-casos-de-covid-19-evita-agravamento-e-mortes>, acesso em 29.7.2020

⁶³ Ver o Federal, Ministério da Saúde <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/47235-em-visita-a-porto-alegre-ministro-interino-da-saude-oferta-apoio-as-acoes-contra-a-covid-19-no-estado>, acesso em 29.7.2020

notificação é a base estatística que será usada. Essa é a orientação do Ministério da Saúde”

5.3 Relação seletiva com os Conselhos de Saúde

O SUS-Sistema Único de Saúde é uma complexa estrutura de órgãos, fundos e conselhos que envolvem sociedade e Estado na tomada de decisões.

Nesse semestre, e particularmente depois da exoneração de Nelson Teich, o Ministério da Saúde parece ter recorrido aos órgãos colegiados para tomar decisões. Adotou medidas que envolveram diálogos com secretários de saúde (de Estados e Municípios), sobretudo por via do CONASS e do CONASEMS, que são Conselhos de Secretários de Saúde (de Estados e de Municípios). Na estrutura orgânica do Ministério da Saúde existe também o Conselho Nacional de Saúde, órgão misto, formado por representantes de organizações da sociedade civil, não necessariamente vinculados às profissões da saúde. Esse Conselho, praticamente, tem sido deixado de lado na tomada de decisões pelo Ministério da Saúde. Ao contrário dos outros, o CNS não foi citado em nenhum dos informativos diários do Ministério da Saúde.

5.4 Intransparência de dados

A falta de transparência tem sido uma das mais importantes críticas da sociedade ao modo como a política de resposta à pandemia vem se realizando. Recentemente (julho) as informações básicas relacionadas à ajuda do Ministério da Saúde aos estados e municípios, bem como o cenário de transmissão da doença no país, passaram a ser disponibilizadas pelo site <https://localizasus.saude.gov.br/>

Consta do site do Ministério da Saúde que a Rede Nacional de Dados em Saúde (RNDS), plataforma nacional de integração de dados em saúde é um projeto estruturante do Conecte SUS, programa do Governo Federal para a transformação digital da saúde no Brasil. Ela foi criada com base nas diretrizes da Estratégia da

Saúde Digital, construída a partir da Política Nacional de Informática e Informações em Saúde (PNIIS) e no documento Estratégia e-Saúde para o Brasil⁶⁴.

5.5 Apoio a Estados e Municípios: dada a autonomia de Estados e Municípios para decidir como agir em razão das circunstâncias locais, conforme decisão do STF, o Ministério da Saúde posicionou-se para atuar como centro de apoio das decisões de Estados e Municípios. Para isso, vem mobilizando a estrutura orgânica do SUS e alguns dos programas da política pública em saúde, tais como o Fundo Nacional de Saúde e a transferência fundo a fundo de recursos, diálogo regular com CONASS e CONASEMS.

O estudo das decisões tomadas pelo Ministério da Saúde e pelo Governo Federal mostram que as ações de apoio se concentram no seguinte:

a) logística: atendendo demandas de movimentação de bens e pessoas, conforme os pedidos gerados pelas secretarias estaduais e municipais de saúde;

b) recursos financeiros: transferência de recursos via Fundo Nacional de Saúde (SUS) ou diretamente às Secretarias de Fazenda Estadual;

c) bases normativas: neste item, nota-se uma clara atuação diferenciada de parte do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Ambos tem produzido normas jurídicas importantes para a atuação da União Federal, todavia, a Presidência da República tem agido, prioritariamente, por meio de Medidas Provisórias e Decretos, enquanto as iniciativas de Emendas à Constituição e Leis têm sido predominantes entre a Câmara de Deputados e o Senado Federal.

d) compras centralizadas e fornecimento de insumos: atendendo demandas geradas pelas secretarias estaduais e municipais de saúde, o MS passou a realizar, excepcionalmente, a aquisição centralizada de alguns itens e insumos para

⁶⁴ Ver o Federal, Ministério da Saúde <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/47230-portaria-torna-obrigatoria-notificacao-de-resultados-de-testes-da-covid-19> , acesso em 29.07.2020

adequação da distribuição, de acordo com a evolução da doença. Assim, envia medicamentos, ventiladores pulmonares, Equipamentos de Proteção Individual (EPIs), testes de diagnóstico e outros insumos que são utilizados pelos profissionais de saúde nos hospitais, Unidade de Pronto-Atendimento (UPA) e Unidades Básicas de Saúde (UBS).

As Superintendências⁶⁵ Estaduais do Ministério da Saúde (SEMS) têm exercido papel de acompanhamento e controle. São elas que acompanham o cenário local e apoiam as ações e entregas do Governo Federal em auxílio aos estados e municípios.

5.6 Ações observadas de apoio a estados e municípios

As iniciativas e ações estratégicas são desenhadas conforme a realidade e necessidade de cada região, junto com estados e municípios⁶⁶. De acordo com o Ministro da Saúde interino, a decisão sobre as ações a serem adotadas no combate à doença cabe aos estados e municípios, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF).

5.6.1 Testagem

12,5 milhões de testes de diagnóstico para Covid-19

5.6.2 Compra centralizada de medicamentos em falta

O Ministério da Saúde informou na notícia de 23.07, que a compra de medicamentos

⁶⁵ Ver em Ministério da Saúde, <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/47200-superintendencias-estaduais-de-saude-reforcaram-combate-a-covid-19>, acesso em 27.7.2020

⁶⁶ Ver o relato das visitas aos Estados de Santa Catarina, Paraná e Rio Grande do Sul em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/47238-em-visita-a-santa-catarina-ministro-interino-da-saude-oferta-apoio-as-acoas-contra-a-covid-19-no-estado>, acesso em 28.7.20; e <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/47244-em-visita-ao-parana-ministro-interino-da-saude-oferta-apoio-as-acoas-contra-o-coronavirus>, acesso em 28.7.20; e <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/47235-em-visita-a-porto-alegre-ministro-interino-da-saude-oferta-apoio-as-acoas-contra-a-covid-19-no-estado>, acesso em 28.7.2020.

é feita pelos estados e municípios. A União Federal passou a realizar compras centralizadas quando os governos subnacionais começaram a apontar a falta de medicamentos. O Ministério da Saúde passou a coordenar as ações com produtores, CONASS (Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde) e CONASEMS (Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde) para prover estoque de emergência. A compra centralizada, com participação direta dos produtores e de estados e municípios pode garantir estabilidade de preços.

De acordo com o Ministério da Saúde, para a aquisição dos medicamentos em falta, o Ministério da Saúde implementou três ações simultâneas. A requisição imediata do estoque excedente da indústria farmacêutica, iniciada em 22 de junho. Iniciar o processo de licitação feito via Sistema de Registro de Preços (SRP). E a cotação para realizar compra internacional por meio da Organização Pan-americana de Saúde (OPAS/OMS). Realizou também a aquisição bilateral Brasil-Uruguai com intermédio da embaixada brasileira, em Montevideu⁶⁷.

Até 30.07, foram comprados 15,9 milhões de unidades de medicamentos e 79,9 milhões de doses da vacina contra a gripe

5.6.3 UTI

Até 30.07, 11.084 leitos de UTI habilitados para casos graves e gravíssimos,
8.449 ventiladores pulmonares
208,5 milhões de Equipamentos de Proteção Individual (EPIs).

5.6.4 Centros de atendimento

Até 30.07, 2.422 Centros de Atendimento em 2.069 municípios, em todos os estados.

Os Centros de Atendimento são estruturas complementares, que servem para identificação precoce dos casos, com atendimento adequado das pessoas com

⁶⁷ Ver <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/47217-brasil-compra-medicamentos-para-intubacao-do-uruguai>, acesso em 25.7.2020

síndrome gripal e Covid-19 com sintomas leves, e que recebem financiamento federal.

5.6.5 Transferência de dinheiro

O repasse de recursos financeiros a estados e municípios para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde, está indicado nas tabelas 4 e 5 abaixo. Algumas coisas chamam a atenção na execução orçamentária, como se pode ver. Em primeiro lugar, nota-se que o volume mais importante de pagamentos está concentrado na política de assistência social (Tab 4), especificamente, nas ações de pagamento do auxílio emergencial de R\$600,00 (Tab 5).

A transferência direta de recursos a Estados e Municípios não parece ter sido bem conduzida até 30.07. Das 6 ações previstas, há 4 com dotação orçamentária aprovada e ainda nada transferido. Só duas parecem ter tido execução orçamentária adequada ao momento. Todavia, faltam relatórios analíticos que expliquem as causas da realização parcial para 2 ações e da realização nula para 4.

Uma situação grave como da pandemia do coronavírus, com 91.000 óbitos até o final, deveria ser marcada pela resposta eficiente do Estado, notadamente quando tem recursos disponíveis e quanto tem os canais institucionais apropriados para transferi-los com segurança. A eficiência, nesse caso, tem dois lados: o do gasto eficiente (no tempo certo e para ações certas) e a comunicação eficiente, quando recursos aprovados pelo Congresso Nacional sequer são movimentados.

TABELA 4. 2020. Prioridades Orçamentárias da União Federal, por ação e dotação. Até 31 Jul

	Dotação Atual	Empenhado	Pago	%
Auxílio Emergencial de Proteção Social a Pessoas em Situação de Vulnerabilidade, Devido à Pandemia da COVID-19	254.240.000.000,00	197.895.029.947,00	167.415.345.728,00	65,8%
Auxílio Financeiro aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios relacionado ao Programa Federativo de Enfrentamento à Covid-19	60.189.488.452,00	60.189.488.453,00	30.074.457.129,00	50,0%
Benefício Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda	51.641.629.500,00	51.546.521.578,00	18.236.207.413,00	35,3%
Enfrentamento da Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional Decorrente do Coronavírus	44.785.793.107,00	32.567.198.623,00	21.652.187.367,00	48,3%
Concessão de Financiamentos para o Pagamento da Folha Salarial, devido à Pandemia do COVID-19	34.000.000.000,00	17.000.000.000,00	3.910.003.151,00	11,5%
Auxílio Financeiro aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para Compensação da Variação Nominal Negativa dos Recursos Repassados pelo Fundo de Participação	16.000.000.000,00	16.000.000.000,00	9.864.311.702,00	61,7%
Integralização de cotas do Fundo Garantidor para Investimentos - FGI para Pequenas e Médias Empresas no âmbito do Programa Emergencial de Acesso a Crédito	20.000.000.000,00	5.000.000.000,00	5.000.000.000,00	25,0%
Integralização de cotas no Fundo Garantidor de Operações (FGO) para o Programa Nacional de Apoio às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Pronampe)	15.900.000.000,00	15.900.000.000,00	15.900.000.000,00	100,0%
Financiamento da Infraestrutura Turística Nacional	5.000.000.000,00	787.434.059,00	388.467.676,00	7,8%
Transferência de Renda Diretamente às Famílias em Condição de Pobreza e Extrema Pobreza (Lei nº 10.836, de 2004)	3.037.598.000,00	3.037.598.000,00	369.285.445,00	12,2%
Auxílio Financeiro aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios relacionado ao Apoio Emergencial do Setor Cultural devido à Pandemia da Covid-19	3.000.000.000,00	-	-	0,0%
Transferência de Recursos para a Conta de Desenvolvimento Energético (Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002)	900.000.000,00	900.000.000,00	900.000.000,00	100,0%
Ativos Cíveis da União	320.112.746,00	320.112.746,00	4.739.149,00	1,5%
Auxílio Emergencial às Instituições de Longa Permanência para Idosos – ILPIs, Devido à Pandemia da COVID-19	160.000.000,00	-	-	0,0%
Incremento Temporário ao Custeio dos Serviços de Atenção Básica em Saúde para Cumprimento de Metas	43.059.135,00	-	-	0,0%
Incremento Temporário ao Custeio dos Serviços de Assistência Hospitalar	23.049.729,00	-	-	0,0%

e Ambulatorial para Cumprimento de Metas				
Benefícios Obrigatórios aos Servidores Civis, Empregados, Militares e seus Dependentes	18.147.908,00	18.147.908,00	-	0,0%
Manutenção de Contrato de Gestão com Organizações Sociais (Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998)	20.000.000,00	20.000.000,00	-	0,0%
	255.038.878.577,00	203.286.501.367,00	106.299.659.032,00	41,7%

Considerando o lado das dotações orçamentárias (Tab 4), nota-se que o orçamento da resposta à pandemia segue a seguinte ordem de prioridades:

a) em primeiro lugar, é uma política de segurança de renda das famílias (R\$ 257,4 bi),

b) depois, orienta-se para a segurança econômica das empresas (R\$127,4 bi) e,

c) em terceiro lugar, orienta-se para o financiamento de ações em saúde (R\$ 124 bi), seja pelo apoio financeiro a Estados e Municípios (R\$ 79,1 bi), seja por gastos diretos em bens e serviços de saúde (R\$44,8 bi).

Considerando agora os valores efetivamente pagos (Tab 5), isto é, aqueles para os quais o governo foi mais eficiente em liberar recursos, temos que a ordem de prioridades é a seguinte:

a) Segurança de renda de empresas

Integralização de cotas no Fundo Garantidor de Operações (FGO) para o Programa Nacional de Apoio às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Pronampe)

Transferência de Recursos para a Conta de Desenvolvimento Energético (Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002)

b) Segurança de renda de pessoas em situação de vulnerabilidade social

Auxílio Emergencial de Proteção Social a Pessoas em Situação de Vulnerabilidade, Devido à Pandemia da COVID-19.

c) Sistema de Saúde

d) Apoio financeiro a Estados e Municípios

Auxílio Financeiro aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para Compensação da Variação Nominal Negativa dos Recursos Repassados pelo Fundo de Participação

Auxílio Financeiro aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios relacionado ao Programa Federativo de Enfrentamento à Covid-19

e) Enfrentamento da Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional decorrente do Coronavírus

f) Benefício Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda

g) Integralização de cotas do Fundo Garantidor para Investimentos - FGI para Pequenas e Médias Empresas no âmbito do Programa Emergencial de Acesso a Crédito

TABELA 4. 2020. Prioridades Orçamentárias da União Federal, por ação e pagamento. Até 31 Jul				
	Dotação Atual	Empenhado	Pago	
Auxílio Emergencial de Proteção Social a Pessoas em Situação de Vulnerabilidade, Devido à Pandemia da COVID-19	254.240.000.000,00	197.895.029.947,00	167.415.345.728,00	65,8%
Auxílio Financeiro aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios relacionado ao Programa Federativo de Enfrentamento à Covid-19	60.189.488.452,00	60.189.488.453,00	30.074.457.129,00	50,0%
Enfrentamento da Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional Decorrente do Coronavírus	44.785.793.107,00	32.567.198.623,00	21.652.187.367,00	48,3%
Benefício Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda	51.641.629.500,00	51.546.521.578,00	18.236.207.413,00	35,3%
Integralização de cotas no Fundo Garantidor de Operações (FGO) para o Programa Nacional de Apoio às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Pronampe)	15.900.000.000,00	15.900.000.000,00	15.900.000.000,00	100,0%
Auxílio Financeiro aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para Compensação da Variação Nominal Negativa dos Recursos Repassados pelo Fundo de Participação	16.000.000.000,00	16.000.000.000,00	9.864.311.702,00	61,7%
Integralização de cotas do Fundo Garantidor para Investimentos - FGI para Pequenas e Médias Empresas no âmbito do Programa Emergencial de Acesso a Crédito	20.000.000.000,00	5.000.000.000,00	5.000.000.000,00	25,0%
Concessão de Financiamentos para o Pagamento da Folha Salarial, devido à Pandemia do COVID-19	34.000.000.000,00	17.000.000.000,00	3.910.003.151,00	11,5%
Transferência de Recursos para a Conta de Desenvolvimento Energético (Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002)	900.000.000,00	900.000.000,00	900.000.000,00	100,0%
Financiamento da Infraestrutura Turística Nacional	5.000.000.000,00	787.434.059,00	388.467.676,00	7,8%
Transferência de Renda Diretamente às Famílias em Condição de Pobreza e Extrema Pobreza (Lei nº 10.836, de 2004)	3.037.598.000,00	3.037.598.000,00	369.285.445,00	12,2%
Ativos Cíveis da União	320.112.746,00	320.112.746,00	4.739.149,00	1,5%
Auxílio Financeiro aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios relacionado ao Apoio Emergencial do Setor Cultural devido à Pandemia da Covid-19	3.000.000.000,00	-	-	0,0%
Auxílio Emergencial às Instituições de Longa Permanência para Idosos – ILPIs, Devido à Pandemia da COVID-19	160.000.000,00	-	-	0,0%

Incremento Temporário ao Custeio dos Serviços de Atenção Básica em Saúde para Cumprimento de Metas	43.059.135,00	-	-	0,0%
Incremento Temporário ao Custeio dos Serviços de Assistência Hospitalar e Ambulatorial para Cumprimento de Metas	23.049.729,00	-	-	0,0%
Benefícios Obrigatórios aos Servidores Cíveis, Empregados, Militares e seus Dependentes	18.147.908,00	18.147.908,00	-	0,0%
Manutenção de Contrato de Gestão com Organizações Sociais (Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998)	20.000.000,00	20.000.000,00	-	0,0%
	537.700.846.095,00	422.164.824.027,00	291.277.497.030,00	54,2%

Fonte: Senado Federal. IFI Brasil. Disponível em: <https://datastudio.google.com/reporting/12071674-bd8c-4949-af82-50>
 Não há destaques no original. Elaborada por CL Strapazon

Conclusões

O Art. 194⁶⁸ da Constituição do Brasil estabelece a obrigação do Estado de atuar de modo integrado nos temas de saúde, de seguro de renda e de assistência social. Durante os debates na Assembleia Nacional Constituinte emergiu um consenso quanto à necessidade de o Brasil mudar seu modelo anterior de direitos e políticas de segurança de renda e de cuidados médicos. O modelo anterior era de alcance restrito a trabalhadores formais urbanos. Tanto o seguro de renda (pensões e aposentadorias) quanto os serviços médicos prestados em unidades públicas de saúde. Por isso, a Constituição vigente ampliou as formas de proteção social da renda. A *segurança social* é modalidade de segurança dos meios de vida que se realiza com esforços de todos, sejam pessoas físicas ou jurídicas, e para benefício de cada um (por meio do seguro social de renda ou da assistência social de renda). Além disso, a Constituição universalizou os serviços de atenção médica preventiva e curativa. De 1988 em diante, todos os trabalhadores rurais e urbanos, de algum modo, passaram a ser cobertos por esse novo e complexo sistema *social* de segurança de renda e de saúde.

A *segurança social* da renda assumiu duas modalidades nesse novo sistema: contributiva e não contributiva. O regime geral de previdência foi a solução

⁶⁸ Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

encontrada para ampliar o *seguro social* da renda de trabalhadores urbanos e rurais. Dado que é um tipo de seguro, então cobre todas as pessoas físicas que contribuem de algum modo, muito embora o dever de contribuir não se restrinja aos beneficiários (pessoas jurídicas privadas e Estado também contribuem para sustentar o sistema). E a política de assistência social (não confundir com *assistencialismo populista*) foi instituída para, por um lado, assegurar renda básica de um salário mínimo a alguns grupos em situação de extrema vulnerabilidade social (caso de idosos e de pessoas com deficiência em situação de insuficiência de meios econômicos para prover a subsistência) e por outro, para prestar serviços, como os de acolhimento de pessoas em situação de exclusão social e de sua integração ao mercado de trabalho, de cuidados especiais de crianças e adolescentes em situação de pobreza econômica, de habilitação e reabilitação de pessoas com deficiência.

Os serviços de saúde foram universalizados e tornaram-se gratuitos. O claro propósito do Art. 194 foi introduzir no Brasil os padrões mínimos do direito a segurança social, reconhecidos pelo direito internacional desde 1952 (OIT, Convenção 102): cuidados médicos, segurança de renda em caso de doença, de desemprego, de idade avançada, de acidente de trabalho, de família e filhos, de maternidade, de invalidez, de morte, e de serviços assistenciais. O tripé saúde, assistência e previdência social correspondem, portanto, aos direitos que compõem o âmbito de proteção do direito humano a segurança social.

Em 05.04 o Brasil registrou o primeiro dia com 50 óbitos por COVID19. Em 27.04, foram 300 óbitos. Em 11.05, 600. Em 04.06, batemos a marca de 1.000. Só em 28.08 os óbitos diários começaram a cair para menos de 900. Em 11.10 caíram para menos de 600. Em 05.11, chegaram novamente a 300. A partir daí não reduziu mais. As mortes diárias voltaram a subir. Mais de 600, de novo, a partir de 07.12.20

Os dados e fatos analisados neste estudo mostram que o governo federal do Brasil adotou uma estratégia de resposta à pandemia já no primeiro semestre de 2020. As linhas gerais de ação analisadas anteriormente mostram que se trata de uma estratégia bem diferente das adotadas pela Coreia do Sul, pela Alemanha ou pela Suécia. A estratégia brasileira de resposta à pandemia priorizou a segurança de renda e o apoio logístico a estados e municípios. Serviços preventivos de difusão da doença não foram a prioridade na estratégia de ação do Ministério da Saúde.

Tudo indica, até aqui, que a estratégia brasileira de priorizar a segurança de renda poderia ter boas justificativas no contexto do modelo brasileiro de segurança social, particularmente em face dos efeitos desproporcionais que a recessão econômica provoca numa sociedade marcada pela desigualdade estrutural de renda. Todavia, toda escolha gera uma renúncia. E renunciar a prioridade de conter o avanço da epidemia em nome da segurança de renda é algo que deveria ser muito bem justificado do ponto de vista constitucional. É adequado dizer "deveria", porque nenhuma justificativa jurídico-política foi encontrada nos pronunciamentos institucionais que pudesse respaldar a estratégia efetivamente implementada e seus gravíssimos resultados em mortes.

Referências

Center for Infectious Disease Research and Policy. China releases genetic data on new coronavirus, now deadly. University of Minnesota, disponível em: <https://www.cidrap.umn.edu/news-perspective/2020/01/china-releases-genetic-data-new-coronavirus-now-deadly>, acesso em 26.07.2020

HOW, Eckner C. Germany has managed to perform so many Covid-19 tests. The Spectator. April 6, 2020. <https://www.spectator.co.uk/article/how-germany-has-managed-to-perform-so-many-covid-19-tests>. Acesso em 6 Jun 2020.

KOREA.NET. Korea's national response to COVID-19 outbreak. Disponível em: <http://www.korea.net/Government/Current-Affairs/National-Affairs?affairId=2034>

Polimap Covid19. Interventions to reduce virus transmissions (Flatten the curve): Sweden. Disponível em: <https://polimap.org/sweden/>, acesso em 27.07.2020

Revista Veja. Ministério da Saúde investiga caso suspeito de coronavírus em Minas, 28 jan 2020, disponível em: <https://veja.abril.com.br/saude/ministerio-saude-investigacao-coronavirus/> acesso em 23.07.2020

Robert Koch Institute. Contribution to the COVID-19 response. Disponível em: https://www.rki.de/EN/Content/Institute/International/COVID_ZIG_en/COVID_ZIG_node_en.html, Acesso em 6 Jun 2020.

União Federal. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>, acesso em 28.7.2020

União Federal. Ministério da Saúde. Plano de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo novo Coronavírus COVID-19. Fev 2020. <https://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2020/fevereiro/13/plano-contingencia-coronavirus-COVID19.pdf>, acesso em 25.7.2020

União Federal. Ministério da Saúde. Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020. <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>, acesso em 25.7.2020

University of Oxford. Our World in Data. Emerging COVID-19 success story: South Korea learned the lessons of MERS, disponível em: <https://ourworldindata.org/covid-exemplar-south-koreaver>, Acesso em 1 Jun 2020.

University of Oxford. Our World in Data. Emerging COVID-19 success story: Germany's strong enabling environment, disponível em: <https://ourworldindata.org/covid-exemplar-germany>, acesso em 25.07.2020

University of Oxford. Our World in Data. Emerging COVID-19 success story: Sweden: Coronavirus Pandemic Country Profile, disponível em: <https://ourworldindata.org/coronavirus/country/sweden?country=~SWE>, Acesso em 28.07.2020.

WHO. Regulation and Prequalification. Disponível em: <https://www.who.int/teams/regulation-prequalification/eul>, acesso em 28.07.2020

17.VIDA E MORTE DIANTE DO INIMIGO INVISÍVEL: EXAME DA CONSTITUCIONALIDADE DOS PROTOCOLOS DE ESCOLHA DOS PACIENTES DO CORONAVÍRUS QUE TERÃO PREFERÊNCIAS EM LEITOS ESCASSOS, À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA E À SAÚDE¹



<https://doi.org/10.36592/9786587424941-17>

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer²

Horácio Augusto Mendes de Sousa³

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende investigar a constitucionalidade da adoção dos protocolos indicativos de ocupação dos leitos escassos para os pacientes acometidos pela Covid-19, à luz da Recomendação nº 05/2020, do Conselho Regional de Medicina do Estado de Pernambuco, diante do paradigma de Estado Democrático de Direito. Essa análise se dará a partir da tensão estabelecida entre constitucionalismo e democracia, na visão de Menelick de Carvalho Netto, diante do modelo de governança por *standards* e indicadores técnicos e de gestão, na ótica de Benoit Frydman, de modo a se demonstrar que, com certas cautelas jurídicas, o estabelecimento de *standards* e indicadores científicos para a escolha médica na

¹ Trabalho desenvolvido no âmbito da **Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia (Red-IDD)**

² Livre Docente pela Universidade do Rio de Janeiro (UnRio). Pós-doutora em Saúde Coletiva pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Doutora em Bioética pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Coordenadora e professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Coordenadora de Pesquisa, Extensão e Relações Internacionais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Editora da Revista Direitos e Garantias Fundamentais (QUALIS A 1). Coordenadora do BIOGEPE- Grupo de Estudos, Pesquisa e Extensão em Políticas Públicas, Direito à Saúde e Bioética. Membro da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia (Red-IDD).

³ Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Candido Mendes (UCAM). Especialista em Economia e Direito do Consumidor pela *Universidad Castilla La Mancha* – Espanha. Membro do Grupo de Grupo de Pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais do PPGD/FDV. Membro do Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo PPGD/UFF/PUC-RJ. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDARJ). Professor de Direito Administrativo e Econômico da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo (ESPE) e Professor Convidado da Faculdade de Direito de Vitória (FDV) e da Fundação Getúlio Vargas (FGV-RJ).

utilização de leitos escassos é medida dotada de juridicidade, desde que esses critérios sejam compatíveis com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com vistas à efetivação dos direitos fundamentais à vida e à saúde.

A crise pandêmica decorrente do Coronavírus tem ensejado efeitos devastadores no mundo e no Brasil. No momento da elaboração do presente trabalho, já se somam muitíssimas mortes de cidadãos brasileiros, em razão da Covid-19. No complexo confronto entre a economia e a saúde, em um contexto permeado pela pobreza, impossibilidade material de isolamento digno, falta de habitação e saneamento básico adequados, bem como pela desinformação em massa, amplificada pelas redes sociais e pela *internet*, sobretudo em razão das *fake news*, apresenta-se um cenário desolador, em que muitos brasileiros vão morrendo e sendo enterrados coletivamente, sem direito à sepultamento por seus familiares, fazendo com que o Brasil seja excluído do resto do mundo, a revelar um País vítima da tragédia e do atraso.

Assim, e nada obstante os avanços, paradoxos e desafios diante das ciências, das tecnologias e das inovações na sociedade global digital do século XXI, na medida em que "a virtualidade se torna uma dimensão essencial da nossa realidade", como nos ensina Manuel Castells⁴, o cenário ainda é de grande perplexidade, medo e insegurança. Isto porque, ainda não somos capazes contratarmos uma *startup* que possa fazer um *upload* de nós mesmos, antes da morte do corpo físico, para um (nem tanto) "paraíso virtual", criado por meio de realidade (nem tanto) artificial, embora somente para os que possam pagar pela tecnologia, como nos sugere a série "*Upload: realidade artificial*", da *Amazon Prime*, que se passa no (não tão distante) ano de 2033, diante de um mundo (igualmente próximo) exponencialmente mais tecnológico, digital e disruptivo, com todas as ambiguidades e complexidades.

Diante desse grave cenário nacional, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio dos seus respectivos Poderes Executivo e Legislativo, têm adotado diversas medidas emergenciais, muitas delas restritivas dos direitos fundamentais dos cidadãos, especialmente àquelas relacionadas à liberdade de

⁴ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução de Roneide Venancio Majer. 6 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999, vol. 1, prefácio.

locomoção e ao exercício das atividades econômicas e profissionais, de modo a tentar conter a proliferação do Coronavírus no Brasil.

Dentre essas medidas, destaca-se o estabelecimento de protocolos indicativos das condutas dos profissionais da área da medicina, com vistas a orientar, diante do caso concreto, a decisão médica a respeito do encaminhamento de pacientes portadores da Covid-19 para os leitos escassos. A justificativa do estabelecimento desses protocolos, em síntese, residiria na escassez dos respiradores ou ventiladores para o atendimento de todos os cidadãos necessitados, em vista da desproporção entre o número de pacientes em estado grave de saúde, em razão da Covid-19, e o quantitativo de equipamentos disponibilizados para atender a essas demandas emergenciais.

Desse modo, ainda na linha de justificação da medida, a definição de parâmetros indicativos, por meio dos protocolos citados, além de conferir mais segurança para os profissionais médicos, diante de escolhas trágicas a respeito de quem deve e quem não deve ser direcionado aos leitos com respiradores, a partir dos indicadores e diagnósticos médico-científicos, conferiria maior transparência e racionalidade na indicação dos pacientes para o tratamento com o uso de equipamentos escassos.

A temática, portanto, é de grande relevância, atualidade e não é de fácil resolução, especialmente no que diz respeito à sua operacionalização, de modo que o assunto pode assumir grande complexidade diante da realidade e da necessidade de concretização de direitos fundamentais à vida e à saúde.

Nesse cenário, o presente artigo pretende analisar a constitucionalidade, diante do paradigma de Estado Democrático de Direito, adotado no artigo 1º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, dos protocolos indicativos de ocupação dos leitos escassos, nos termos acima mencionados, a partir do estudo de caso decorrente da recomendação nº 05/2020, do Conselho Regional de Medicina do Estado de Pernambuco⁵.

⁵ Embora o vertente estudo se dê sobre a Recomendação nº 05/2020, expedida pelo Conselho Regional de Medicina do Estado de Pernambuco, existem outros atos normativos tratando da questão, valendo destacar, por exemplo: BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 2271/2020**. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2020/2271>>. Acesso em 15 jun. 2020; BRASIL. Conselho Regional de Medicina do Estado de Pernambuco. **Recomendação**

Como problema da presente pesquisa, cabe verificar se é válida, à luz do modelo de Estado Democrático de Direito adotado no Brasil, a implementação dos protocolos mencionados, considerando o ato normativo citado, a partir de decisão dos entes políticos da Federação, por meio das suas respectivas Chefias dos Poderes Executivos, em parcerias técnicas com os Conselhos Regionais de Medicina, em vista dos direitos fundamentais à vida e à saúde.

Essa análise se dará a partir da tensão estabelecida entre constitucionalismo e democracia, na visão de Menelick de Carvalho Netto⁶, no caso em exame, diante do modelo de governança por *standards* e indicadores técnicos e de gestão, na perspectiva de Benoit Frydman⁷, de modo a se verificar como se estabelece e se resolve o tensionamento aludido, a partir de diretrizes da comunidade médico-científica, em vista da necessidade de concretização dos direitos fundamentais à vida e à saúde dos cidadãos, na situação concreta narrada.

Como hipótese do presente trabalho, admite-se, com certas cautelas jurídicas, a partir do diálogo com os marcos teóricos referenciais do vertente estudo, o estabelecimento de *standards*, critérios técnicos, científicos e indicadores para a escolha médica na utilização de equipamentos escassos, como no caso brasileiro de

nº 06/2020. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/recomendacao-n-6-de-30-de-abril-de-2020-255230201>>. Acesso em 15 jun.2020; BRASIL. Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro. **Recomendação nº 05/2020.** Disponível em:<https://www.cremerj.org.br/downloads/pdf/40_recomendacao_cremerj_052020.pdf?inline=inline>.

Acesso em 16 jun. 2020; BRASIL. Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro. **Recomendação nº 05/2020.** Disponível em:<https://www.cremerj.org.br/downloads/pdf/40_recomendacao_cremerj_052020.pdf?inline=inline>.

Acesso em 16 jun. 2020 e BRASIL. **Recomendações da AMIB (Associação de Medicina Intensiva Brasileira), ABRAMEDE (Associação Brasileira de Medicina de Emergência, SBGG (Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia) e ANCP (Academia Nacional de Cuidados Paliativos) de alocação de recursos em esgotamento durante a pandemia por COVID-19.** Disponível em: https://www.amib.org.br/fileadmin/user_upload/amib/2020/abril/24/VJS01_maio_-_Versa__o_2_-_Protocolo_AMIB_de_alocac__a__o_de_recursos_em_esgotamento_durante_a_pandemia_por_COVID.pdf>. Acesso em 14 jun. 2020 e BRASIL. Conselho Regional de Medicina do Estado de Pernambuco.

Recomendação nº 05/2020. Disponível em:< http://www.cremepe.org.br/wp-content/uploads/2020/04/RECOMENDA%C3%87%C3%83O-CREMEPE-N%C2%BA-05_v.final_.pdf>.

Acesso em 16 jun. 2020.

⁶ CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: **Revista de Direito Comparado**, vol. 3. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000 e CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, nº 88. Belo Horizonte: UFMG – Pós-graduação da Faculdade de Direito, dezembro de 2003, p. 81-108.

⁷ FRYDMAN, Benoit. **O Fim do Estado de Direito: governar por *standards* e indicadores.** Tradução de Mara Beatriz Krug e revisão de Jânia Maria Lopes Saldanha. 2 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

enfrentamento à crise decorrente do Coronavírus, desde que esses critérios médicos e científicos sejam compatíveis com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de modo a se concretizar os direitos fundamentais à vida e à saúde.

Diante da complexidade ético-jurídica que a temática envolve, é importante fixar algumas pré-compreensões para a análise que se fará adiante. Assim, vale frisar que toda vida e saúde humanas são igualmente importantes, sob qualquer ponto de vista em que se analise a questão, e não devem ser sacrificadas com base em argumentos meramente econômicos e utilitaristas, como ensina Michael Sandel⁸. Nada obstante, a impossibilidade material concretizada na escassez de leitos para atender a toda a população acometida do Coronavírus é uma realidade complexa e trágica no Brasil e, ao que tudo indica, de difícil superação, por uma série de fatores históricos, contemporâneos e gerenciais relacionados à administração pública da saúde no País, cuja análise, nesse momento, refugiria aos limites desse trabalho.

A utilização de *standards* técnicos e indicadores médicos e científicos para a escolha dos pacientes acometidos pela Covid-19 que terão acesso aos leitos escassos, embora admitida como hipótese no presente trabalho, tem sutilezas, complexidades e não é panaceia de todos os males⁹. Significa dizer, os recursos tecnológicos, indicadores técnicos, médicos e científicos, notadamente os algoritmos eventualmente utilizados, além da necessidade de serem dotados da maior razoabilidade, racionalidade e transparência possíveis, não se sobrepõem ou substituem o profissional médico que, diante do caso concreto, poderá, de maneira

⁸ Como afirma o autor: "Alguns estão perguntando se devemos enviar as pessoas de volta ao trabalho e à escola, mesmo que isso signifique que algumas delas vão morrer. Há uma discussão sobre se devemos sacrificar pessoas vulneráveis para que possamos retomar a atividade econômica e permitir o retorno ao trabalho. Eu não aceito essa escolha. Se concordarmos que a vida humana é preciosa, não podemos sacrificá-la. O ganho econômico não deve ser comprado com a perda de vidas". Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/paginas-amarelas/sandel-nao-devemos-sacrificar-a-vida-de-alguns-pelo-bem-da-economia/>>. Acesso em 16 jun. 2020.

⁹ A controvérsia é bem colocada por Marcela Mattiuzzo, em artigo jornalístico sobre o tema, ao asseverar que qualquer o uso de inteligência artificial para a decisão a respeito dos pacientes que utilização os leitos com respiradores é importante para afastar subjetividades e estabelecer padronizações para as decisões dos profissionais de saúde, mas depende de critérios transparentes e podem não ser adequados em situações de juízo moral, além do risco de serem utilizados para beneficiar grupos socioeconomicamente favorecidos. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2020/04/distribuicao-de-utis-a-pacientes-de-covid-19-por-algoritmo-nao-elimina-dilema-etico.shtml>>. Acesso em 10 jun. 2020.

justificada, afastar os parâmetros, *standards* e indicadores técnicos, médicos e científicos constantes dos protocolos e algoritmos utilizados.

Diante da crise sanitária emergencial brasileira, de proporções e consequências socioeconômicas incalculáveis, consagradora de um verdadeiro estado de necessidade administrativa, é importante que se estabeleçam critérios, na maior medida possível, seguros, técnicos, eficientes, racionais e transparentes para a tomada de decisões trágicas, como no caso presente.

Neste sentido, o presente estudo é dividido em três partes essenciais. Na primeira parte, investiga-se, à luz dos protocolos mencionados, como se estabelece a tensão entre constitucionalismo e democracia, no caso concreto em análise. Na segunda parte, verifica-se como a tensão entre constitucionalismo e democracia, estudada na parte anterior, pode ser equilibrada, em vista do modelo de governança por *standards* e indicadores, de modo a concretizar, da melhor maneira possível, os direitos fundamentais à vida e à saúde na situação concreta sob investigação.

Na terceira parte, analisa-se a constitucionalidade do protocolo mencionado e como o mesmo pode resolver a tensão existente entre constitucionalismo e democracia, diante do modelo de governança por *standards* e indicadores científicos, com vistas a efetivar, da melhor forma possível, no cenário drástico do Brasil, os direitos fundamentais à vida e à saúde na situação específica narrada e do combate brasileiro ao Coronavírus, de modo a sustentar a tese da validade constitucional e legal do protocolo indicativo analisado. Ao final, ofertam-se algumas considerações finais.

2 A TENSÃO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

Desde logo, cabe dizer que os protocolos indicativos dos pacientes que poderão se utilizar dos leitos escassos, na rede pública de saúde, revelam o acolhimento, por parte dos entes políticos da Federação, das diretrizes fixadas pela comunidade médico-científica, notadamente a partir das manifestações dos respectivos Conselhos Regionais de Medicina. Nada obstante, essas decisões estatais, acolhedoras dos citados protocolos indicativos para o uso dos leitos escassos, pelos pacientes acometidos pelo Coronavírus, indicam uma específica

tensão entre o constitucionalismo, consubstanciado na necessidade de preservação dos direitos fundamentais à vida e à saúde, e a democracia, densificada nas decisões das Chefias dos Poderes Executivos, no acolhimento dos protocolos mencionados.

Assim, cabe tecer algumas considerações a respeito do paradigma do Estado Democrático de Direito e das tensões subjacentes a esse modelo político-jurídico, inerentes ao constitucionalismo e à democracia, como pressupostos para a melhor compreensão da tensão examinada no presente trabalho. Neste passo, o paradigma do Estado Democrático de Direito adotado no Brasil, consoante o art. 1º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, diante de uma sociedade contemporânea complexa, plural, fortemente tecnológica e em crises, sendo a mais atual a decorrente da Covid-19, é marcado por uma tensão entre constitucionalismo e democracia, irradiando consequências na densificação dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Essa tensão, na lição de Nicola Abbagnano, significa um estado latente de conflito, no caso, entre o constitucionalismo e a democracia¹⁰. Destarte, consoante Maurizio Fioravanti, o constitucionalismo moderno é informado por uma permanente e inafastável tensão entre democracia, sintetizada na soberania popular, e o constitucionalismo, que se traduz pela existência de uma Constituição, de um governo limitado e da necessidade de proteção dos direitos individuais dos cidadãos¹¹.

Neste contexto, o constitucionalismo moderno, na lição de Adriano Sant'Ana Pedra, inaugurado com a Magna Carta de 1215 e intensificado com as revoluções inglesa no século XVII, e americana e francesa, as duas últimas no século XVIII, almejou estabelecer regimes constitucionais com governos moderados, limitados em seus poderes, submetidos às Constituições escritas, considerando-se, também, a supremacia da vontade popular e a preservação da liberdade e igualdade de direitos.¹²

¹⁰ Neste sentido, cf.: ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. 5 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 1118.

¹¹ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución. De la Antigüedad a Nuestros Días**. Traducción de Manuel Martínez Neira Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 71-142.

¹² PEDRA, Adriano Sant'Ana. **A Constituição Viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 269-272.

Bem por isso, afirma Menelick de Carvalho Netto que a democracia, para ser democrática, requer respeito às regras do jogo, aos direitos das minorias, inclusive com as garantias necessárias para que as minorias do presente possam ser a maioria de amanhã¹³. Ademais disso, nas lições de Vera Karam de Chueiri e Miguel Godoy, a democracia exerce um papel importante, na medida em que não deixa o constitucionalismo se acomodar em suas conquistas, tensionando-o a todo tempo, por meio da interpretação e aplicação da Constituição¹⁴.

Cuida-se, pois, consoante Menelick de Carvalho Netto, de se reconhecer a impossibilidade democrática do constitucionalismo autoritário e a inviabilidade constitucional da democracia totalitária, pois a Constituição e a democracia assumem papéis relevantes, ao se apresentarem como condição de possibilidade uma em relação a outra¹⁵. Por tais razões, pretender eliminar essa tensão entre constitucionalismo e democracia ensejaria graves riscos para os direitos fundamentais, pela flagrante possibilidade de vulneração dos mesmos, pela tirania da maioria do momento, vulnerando-se o próprio constitucionalismo, e ensejando, simultaneamente, manifesto risco à democracia, com o aniquilamento, em razão da maioria tirana e ocasional, das minorais.

Destarte, a partir das orientações doutrinárias acima mencionadas, bem se percebe que os aspectos centrais das noções inerentes ao constitucionalismo e à democracia, acima elucidados, são constitutivos do próprio paradigma do Estado Democrático de Direito, de modo que ambas as ideias se relacionam, embora não se confundam em seus conteúdos essenciais. Ainda segundo o ensinamento de Menelick de Carvalho Netto, o constitucionalismo e a democracia traduzem conceitos que se supõem mutuamente, dada a relação recíproca de primordialidade, razão pela qual são constitutivos um do outro, deflagrando uma tensão rica e

¹³ CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. In: ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS (Org.). **A consolidação das leis e o aperfeiçoamento da democracia**. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2003, p. 13-38.

¹⁴ CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel. **Constitucionalismo e Democracia – Soberania e Poder Constituinte**. Revista de Direito GV, vol. 6, n.1, 2010, p. 159-174.

¹⁵ CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. In: ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS (Org.). **A consolidação das leis e o aperfeiçoamento da democracia**. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2003, p. 13-38.

produtiva, sem a qual não se pode falar nem em constitucionalismo e, nem tampouco, em democracia, de modo que essa tensão permanente evita, ao mesmo tempo, o desgaste da Constituição e a ditadura¹⁶.

Assim, o constitucionalismo, a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, confere limites e possibilidades à realização prática da democracia, enquanto a democracia permite a constante atualização da Constituição e dos direitos fundamentais que ela, enquanto projeto em permanente construção, pretende proteger, promover e densificar, no plano da realidade.

No caso concreto objeto do presente trabalho, tem-se, de um lado, a manifestação democrática decisória das Chefias dos Poderes Executivos dos entes políticos da Federação, por meio do acolhimento dos protocolos aludidos, legitimadas originariamente pelo voto popular, mas, por outro lado, apresenta-se a necessidade, imposta pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de preservação e concretização dos direitos fundamentais à vida e à saúde dos pacientes acometidos pelo Coronavírus. Estabelece-se, pois, a tensão entre o constitucionalismo e democracia, o que é relevante para a permanente atualização da Constituição brasileira de 1988, notadamente dos direitos fundamentais e da democracia a ela inerentes, como se pretendeu demonstrar.

Destarte, se a tensão entre constitucionalismo e democracia é essencial, diante do modelo de Estado Democrático de Direito, na forma do já citado art. 1º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e se esse tensionamento é condição de possibilidade para a permanente atualização das conquistas civilizatórias decorrentes do paradigma mencionado, em especial da concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos, é relevante investigar como essa tensão se dá no caso concreto. Contudo, também é importante analisar como a mesma tensão pode ser resolvida, de modo a resguardar, simultaneamente, o princípio democrático e os direitos fundamentais envolvidos, protegendo-se a Constituição, enquanto instrumento estabelecedor das regras do jogo democrático,

¹⁶ CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. In: ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS (Org.). **A consolidação das leis e o aperfeiçoamento da democracia**. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2003, p. 13-38.

sem a qual não se pode falar nem democracia real e nem em constitucionalismo efetivo.

Daí porque, na próxima parte, verifica-se como a tensão existente entre constitucionalismo e democracia pode ser resolvida, no caso em análise, a partir do modelo de governança por *standards* e indicadores, consoante a perspectiva de Benoit Frydman.

3 O USO DO MODELO DE GOVERNANÇA POR *STANDARDS* E INDICADORES PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA E À SAÚDE

Diante da necessidade de preservação dos direitos fundamentais à vida e à saúde, em um contexto drástico de escassez de leitos, sem a possibilidade, portanto, de atendimento simultâneo de todas as pessoas que necessitem desses equipamentos, parece essencial se estabelecer, na maior medida possível, parâmetros indicativos e recomendatórios, dotados de segurança jurídica, racionalidade e transparência, para a escolha dos pacientes que poderão se utilizar dos leitos escassos.

Até porque, o não estabelecimento de parâmetros seguros, eficientes, racionais e transparentes, além de violar os princípios da impessoalidade, moralidade, eficiência e publicidade, inerentes às escolhas e decisões públicas, nos termos do art. 37, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, notadamente as complexas e trágicas, poderá ensejar o favorecimento arbitrário e injusto de alguns cidadãos, em detrimento de outros, especialmente diante da realidade paternalista, patrimonialista e personalista que, infelizmente, ainda existe no Brasil do século XXI.

Daí porque, dentre as alternativas reais, diante do trágico cenário brasileiro contemporâneo, parece possível e relevante a adoção, com as cautelas jurídicas necessárias, do modelo de governança por *standards* e indicadores, na perspectiva de Benoit Frydman, de modo a, simultaneamente, equilibrar a tensão existente entre o constitucionalismo e a democracia, estudada na parte anterior, e buscar densificar, da melhor maneira possível, os direitos fundamentais à vida e à saúde na situação em análise.

Assim, consoante Benoit Frydman, há uma relação complexa e delicada entre as fontes formais, convencionais e estatizadas do Direito, concretizadoras das regras jurídicas, e a normatividade técnica e de gestão, produzida fora das instituições clássicas e tradicionais do Estado, decorrentes da complexidade da vida e das relações sociais, no contexto de um mundo global transformado e fortemente tecnológico. Essas últimas, segundo o autor, são normas técnicas produzidas por órgãos públicos e privados, nacionais, internacionais, supranacionais e mesmo transnacionais, com âmbito aplicativo tão significativo quanto o campo das normas jurídicas¹⁷.

Neste sentido, essas normas técnicas e de gestão não são ignoradas pelo Direito, até porque vão funcionar, muitas vezes, como conteúdo substancial, complementar, suplementar e auxiliar, a partir de observações e evidências científicas, de uma regra jurídica editada nos moldes convencionais pelo Estado, no âmbito do devido processo legal normativo¹⁸.

Neste passo, na dicção do autor, com o crescimento da normatividade técnica, a partir da primeira grande guerra mundial, os Estados implementaram a criação de organismos internacionais públicos de normalização, com funcionamento autônomo e paralelo à formulação e execução das políticas públicas internas de normalização desenvolvidas pelos Estados¹⁹, em um processo que se intensificou após a segunda grande guerra mundial. A partir daí, concentram-se as preocupações, e com crescente intensidade, na busca de maior qualidade de produtos e serviços, transformando-se a normalização técnica em componente essencial ao funcionamento das sociedades e economias globais, contemporâneas, complexas e fortemente tecnológicas²⁰.

Em razão disso, segundo o autor, além do crescimento da importância da normatividade técnica e de gestão, há uma significativa concorrência das mesmas

¹⁷ FRYDMAN, Benoit. **O Fim do Estado de Direito**: governar por *standards* e indicadores. Tradução de Mara Beatriz Krug. 2 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 17-18.

¹⁸ FRYDMAN, Benoit. **O Fim do Estado de Direito**: governar por *standards* e indicadores. Tradução de Mara Beatriz Krug. 2 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 25.

¹⁹ FRYDMAN, Benoit. **O Fim do Estado de Direito**: governar por *standards* e indicadores. Tradução de Mara Beatriz Krug. 2 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 39-40.

²⁰ FRYDMAN, Benoit. **O Fim do Estado de Direito**: governar por *standards* e indicadores. Tradução de Mara Beatriz Krug. 2 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 40-43.

com as regras jurídicas e instituições políticas e jurídicas clássicas da modernidade, de modo que o Direito seria chamado a organizar e disciplinar essa normatividade técnica e de gestão²¹, por meio de uma relação que o autor denomina de "internormatividade", que se caracteriza pelo relacionamento complexo e delicado que se estabelece entre normatividade técnica e de gestão e o regramento jurídico convencional estatal.

Essa normatividade técnica e de gestão se torna exponencialmente relevante diante de um mundo global fortemente tecnológico, de modo a reforçar a importância do estudo, no âmbito da Teoria do Direito, como recomenda Benoit Frydman, acerca da relação entre normatividade técnica e regramento jurídico, inclusive diante do paradigma de Estado Democrático de Direito adotado no Brasil.

Destarte, esse modelo de governança por *standards* e indicadores, bem como o seu relacionamento com as regras jurídicas, encontra respaldo no Direito brasileiro, notadamente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por exemplo, ao se aludir ao princípio constitucional da eficiência administrativa²². Do mesmo modo, em sede infraconstitucional, por exemplo, no art. 3º, VI, da Lei nº 13.874/2019, conhecida como "declaração de direitos de liberdade econômica", ao asseverar que são direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, desenvolver, executar, operar ou comercializar novas modalidades de produtos e de serviços, quando as normas infralegais se tornarem desatualizadas por força de desenvolvimento tecnológico consolidado internacionalmente²³.

²¹ FRYDMAN, Benoit. **O Fim do Estado de Direito**: governar por *standards* e indicadores. Tradução de Mara Beatriz Krug. 2 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 51-53.

²² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 37, *caput*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc95.htm>. Acesso em: 25 mai. 2020.

²³ "Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal: [...] VI - desenvolver, executar, operar ou comercializar novas modalidades de produtos e de serviços quando as normas infralegais se tornarem desatualizadas por força de desenvolvimento tecnológico consolidado internacionalmente, nos termos estabelecidos em regulamento, que disciplinará os requisitos para aferição da situação concreta, os procedimentos, o momento e as condições dos efeitos; [...]". BRASIL. **Lei nº 13.874/2019**. Art. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm>. Acesso em 25 mai. 2020.

É certo, todavia, que a utilização dessa normatividade técnica e de gestão vai encontrar limites na própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de modo que a sua utilização deverá respeitar o modelo de Estado Democrático de Direito consagrado no art. 1º, *caput*, da Carta Política de 1988, a fim de observar, portanto, como assevera Rodrigo Francisco de Paula, os pressupostos do constitucionalismo democrático, eis que a legitimidade do poder político-jurídico deve ser a resultante do Direito democraticamente estabelecido²⁴.

Em outros termos, essa integração técnica e administrativa normativa, do conteúdo da regra jurídica, deverá ser voltada à promoção dos valores e objetivos constitucionais, direitos fundamentais e àqueles inerentes à democracia²⁵, enquanto aspectos essenciais do paradigma do constitucionalismo do Estado Democrático de Direito adotado no Brasil.

Nada obstante essas considerações, na próxima parte, e sob as luzes dos referenciais teóricos acima estudados, analisa-se a constitucionalidade dos protocolos mencionados, com o estudo de caso da Recomendação nº 05/2020, do Conselho Regional de Medicina do Estado de Pernambuco, e como a mesma pode resolver a tensão existente entre constitucionalismo e democracia, diante do modelo de governança por *standards* e indicadores científicos, com vistas a efetivar, da melhor forma possível, os direitos fundamentais à vida e à saúde diante da situação específica narrada e do combate brasileiro ao Coronavírus.

4 ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO PROTOCOLO DE UTILIZAÇÃO DOS LEITOS ESCASSOS EM RAZÃO DA COVID-19

Vale repetir, por relevantes, algumas advertências empreendidas no início desse trabalho, em especial, que toda vida e saúde humanas são igualmente

²⁴ PAULA, Rodrigo Francisco de. **Estado de emergência na saúde pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 203.

²⁵ Na lição de Nelson Camatta Moreira e Rodrigo Francisco de Paula, não se pode, por um lado, desconsiderar as exigências técnicas na formulação e implementação de políticas públicas concretizadoras de direitos fundamentais, embora também não seja admissível, igualmente, afastar a dimensão democrática na efetivação dos mesmos. MOREIRA, Nelson Camatta; PAULA, Rodrigo Francisco de. Direito e Política entre regras, princípios, indicadores e standards: fim do Estado de Direito? DE MORAIS, José Luis Bolzan (Org.). **Estado & Constituição: o "fim" do Estado de Direito**. 1 ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 75-84.

importantes, sob qualquer ponto de vista em que se analise a questão²⁶. Além disso, o uso de *standards*, recursos tecnológicos, indicadores técnicos, médicos e científicos, inclusive os algoritmos eventualmente utilizados, embora dotados de maior razoabilidade, racionalidade e transparência possíveis, não se sobrepõem ou se substituem ao profissional médico que, diante do caso concreto, poderá, de maneira justificada, afastá-los, dando a última palavra sobre o caso.

Neste sentido, aliás, verifica-se a tendência do Direito, notadamente no contexto da discussão a respeito de uma Carta de Direitos Fundamentais Digitais para a União Europeia, ao se estabelecer, como direito fundamental digital, a necessidade de as decisões envolvendo a integridade física, vida ou saúde das pessoas, embora fundamentadas em recursos tecnológicos, serem, ao final, submetidas à análise do médico, enquanto ser humano, consoante nos ensina José Joaquim Gomes Canotilho, ao comentar a proposta normativa mencionada, lecionando que o algoritmo, embora não seja uma norma jurídica, tem relevância para a expedição e execução das normas jurídicas, tal como previsto na proposta, nos seguintes termos:

“[...] 2. O uso de procedimentos automatizados não pode fazer com que seres humanos sejam excluídos do acesso a bens, serviços ou da participação na vida social. Isso vale especialmente nas áreas da saúde, proteção de riscos elementares à vida, ao direito ao trabalho, à moradia, à liberdade de ir e vir e frente à Justiça e à polícia. [...] Art. 5º/4 Quem estiver submetido a decisões automatizadas de importância significativa para a sua vida tem o direito à verificação e a decisões independentes por seres humanos. Decisões sobre a vida e a integridade física e a privação da liberdade só podem ser tomadas por

²⁶ Como assevera a doutrina: “[...] Deve-se destacar, no entanto, que o princípio ético primordial a ser considerado continua sendo o respeito à dignidade humana de todos os indivíduos. Para tanto, todos devem ter o direito à triagem, com critérios objetivos justos e transparentes, além de acesso a informações adequadas sobre seu estado de saúde, as condições do sistema de atendimento e dos próprios critérios estabelecidos. Devem também receber todo suporte necessário para seu quadro dentro do grupo para o qual foi triado”. Sobre o tema, cf.: SATOMI E, SOUZA PM, THOMÉ BC, REINGENHEIM C, WEREBE E, TROSTER EJ, et al. Alocação justa de recursos de saúde escassos diante da pandemia de COVID-19: considerações éticas. *Einstein* (São Paulo). 2020; 18:e AE5775. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.31744/einstein_journal/2020AE5775>. Acesso em 16 jun. 2020.

seres humanos".²⁷

Dito isso, e à título ilustrativo, passa-se a análise da constitucionalidade do protocolo médico-científico editado por Conselho Regional de Medicina do Estado de Pernambuco, concretizado na recomendação nº 05/2020, que, consoante a sua *ementa*:

"Recomenda a utilização do Escore Unificado para Priorização (EUP-UTI) de acesso a leitos de terapia intensiva, assistência ventilatória e paliação, como meio de hierarquização da gravidade dos pacientes, na ausência absoluta de leitos suficientes para atender a demanda terapêutica".²⁸

Sob o ponto de vista da constitucionalidade, a aludida recomendação, doravante chamada de protocolo, visa concretizar, na maior medida possível, os direitos fundamentais à vida e à saúde das pessoas humanas acometidas da Covid-19, todas merecedoras de igual respeito e consideração, de modo a buscar densificar o disposto nos arts. 1º, III, 5º, *caput* e 196, todos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Ademais disso, a recomendação examinada almeja concretizar, de maneira objetiva, técnica, científica²⁹, transparente e impessoal, a universalidade do acesso à

²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Sobre a indispensabilidade de uma Carta de Direitos Fundamentais Digitais da União Europeia. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. Brasília, DF, v. 31, n. 1, 2019, p. 70-75.

²⁸ Consoante o ato normativo em exame: "[...] RECOMENDA: Art. 1º. Utilização do fluxograma de atendimento ao paciente portador de SRAG (síndrome respiratória aguda grave), conforme anexo I. Art. 2º. Utilização do Escore Unificado para Priorização (EUP-UTI) de pacientes ao acesso a unidades de terapia intensiva e de assistência ventilatória, utilizando combinação do Sequential Organ Failure Assessment (SOFA) simplificado, Índice de Comorbidades de Charlson (ICC), Clinical Frailty Scale (CFS) e performance status de Karnofsky, conforme anexo I. Art. 3º. Caberá à autoridade sanitária definir o início, duração e gradação do ponto de corte de utilização do Escore Unificado para Priorização (EUP-UTI), conforme a necessidade de adequação dos quantitativos de leitos à demanda existente. Art. 4º. Esta Recomendação entra em vigor na data de sua publicação". BRASIL. Conselho Regional de Medicina do Estado de Pernambuco. **Recomendação nº 05/2020**. Disponível em: <http://www.cremepe.org.br/wp-content/uploads/2020/04/RECOMENDA%C3%87%C3%830-CREMEPE-N%C2%BA-05_v.final_.pdf>. Acesso em 16 jun. 2020.

²⁹ Consoante a motivação do ato normativo em exame: "[...] CONSIDERANDO que entre os princípios fundamentais do Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 2.217/2018) está estabelecido que a medicina será exercida com a utilização dos meios técnicos e científicos disponíveis que visem aos melhores resultados; CONSIDERANDO os artigos 32 e 34 do Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 2.217/2018), os quais vedam ao médico deixar de usar todos os meios disponíveis de promoção de saúde e de prevenção, diagnóstico e tratamento de doenças, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente e deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo,

saúde, nos termos do já citado art. 196 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 o que, infelizmente, ao menos diante da atual realidade brasileira, deve se dar forma razoável e proporcional, e em vista do triste e lamentável quadro de escassez de leitos para todas as pessoas acometidas pela Covid-19.

É dizer, diante de escolhas trágicas inevitáveis, como dito, o não estabelecimento de parâmetros seguros, eficientes, racionais e transparentes, além de violar os princípios da impessoalidade, moralidade, eficiência e publicidade, inerentes às escolhas e decisões públicas, previstos no art. 37, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, poderá ensejar o favorecimento arbitrário e injusto de alguns cidadãos, em detrimento de outros, especialmente diante da realidade paternalista, patrimonialista e personalista que, infelizmente, ainda existe no Brasil do século XXI.

Sob outra perspectiva, o acolhimento do protocolo em exame pelas Chefias dos Poderes Executivos brasileiros atende ao princípio da segurança das relações jurídicas, que deve reger todas as condutas, públicas e privadas, no modelo de Estado Democrático de Direito adotado no art. 1º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Na perspectiva dos médicos e dos gestores públicos, na medida em que terão parâmetros mais seguros e objetivos para a tomada das decisões trágicas, como as ora examinadas. Também se atende o princípio da segurança jurídica na ótica dos cidadãos, que terão mais clareza, transparência e controle das decisões públicas nas escolhas dos pacientes que utilizarão os leitos escassos.

Sob a perspectiva do princípio democrático, na adoção dos referidos protocolos médico-científicos, consagrado no já citado art. 1º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, verifica-se a legitimidade democrática originária decorrente da investidura pelo voto dos Chefes dos Poderes Executivos dos respectivos entes da Federação, reforçada pela legitimidade sucessiva em razão de motivação técnica, razoável e proporcional, dos protocolos aludidos, perfazendo a adequada relação internormatividade, tal como proposta por Benoit Frydman.

nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal; [...]." BRASIL. Conselho Regional de Medicina do Estado de Pernambuco. **Recomendação nº 05/2020**. Disponível em:< http://www.cremepe.org.br/wp-content/uploads/2020/04/RECOMENDA%C3%87%C3%83O-CREMEPE-N%C2%BA-05_v.final_.pdf>. Acesso em 16 jun. 2020.

Ademais disso, como será visto adiante, existe lei nacional, democraticamente aprovada no Congresso Nacional, que legitima a adoção do protocolo aqui estudado.

Significa dizer, a normalização técnica, no caso vertente, se destina a preencher, de maneira razoável, proporcional e transparente, os conteúdos das normas jurídicas consubstanciadas nos direitos fundamentais à vida e à saúde dos cidadãos, de modo a afastar, na maior medida possível, decisões dotadas de alto grau de subjetividade na escolha dos pacientes que terão acesso aos leitos com respiradores escassos.

Ainda que assim não fosse, sob a perspectiva da juridicidade administrativa, o acolhimento da norma em exame, por meio de Decretos dos Chefes dos Poderes Executivos dos entes da Federação, encontra respaldo na disciplina da organização e funcionamento das suas respectivas administrações públicas, para o enfrentamento à Covid-19, nos termos do art. 84, IV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Ademais disso, ainda sob a ótica da legalidade, a iniciativa pode se fundamentar na Lei nº 13.979/2020, que “dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus responsável pelo surto de 2019”. Destarte, a Lei nº 13.979/2020 estabelece, em seu art. 3º, *caput*, § 1º, em norma jurídica com enumeração aberta e exemplificativa, a autorização para a adoção de medidas, pelas autoridades públicas, no âmbito das suas competências, para o enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus, desde que as mesmas sejam amparadas em evidências científicas e em análises sobre informações estratégicas em saúde, com limitação temporal e especial mínimas indispensáveis à promoção e preservação da saúde pública³⁰.

Ainda que assim não fosse, eventuais Decretos das Chefias dos Poderes Executivos brasileiros, acolhedores dos protocolos técnicos aludidos, como o ora examinado, estariam amparados nos arts. 20, 22 e 30, todos da Lei nº 13.655/2018,

³⁰ BRASIL. Lei nº 13.979/2020. Art. 3º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/.htm>. Acesso em 10 jun. 2020.

conhecida como “Nova Lei de Introdução ao Direito Brasileiro”, que reafirmou e reforçou paradigmas importantes para a gestão e controle públicos³¹.

Neste passo, o art. 20 da Lei nº 13.655/2018 estabelece que, nas esferas administrativas, controladoras e judiciais, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos, sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão, o que foi feito pelo protocolo examinado. Em outros termos, diante da escassez de leitos para o atendimento de todas as pessoas acometidas pelo Coronavírus, a escolha trágica dos pacientes preferenciais deve se dar, na maior medida possível, a partir de parâmetros médico-científicos, técnicos e transparentes, como a melhor forma de densificar os direitos fundamentais à vida e à saúde dos cidadãos, no caso em exame³².

No mesmo contexto, o parágrafo único do art. 20 citado assevera que a motivação da decisão estatal deve demonstrar a adequação da medida imposta, o que também parece ter sido feito no protocolo examinado, à luz da motivação técnica, médica e científica apresentada. Isto porque, o meio utilizado (indicação de diretrizes médicas e científicas para a escolha dos pacientes que terão preferência no uso dos leitos com respiradores) parece adequado ao fim pretendido (disciplinar,

³¹ Sobre o tema, cf.: SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. Novos paradigmas para as decisões de gestão e controle públicos à luz da Lei nº 13.655/2018. **Interesse Público - Ip**, Belo Horizonte, n. 117, p. 195-216, out. 2019. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/172/41859/90688>. Acesso em: 11 maio 2020.

³² Consoante a motivação do ato normativo em exame: “[...]CONSIDERANDO a existência na literatura médica mundial de escores de priorização, garantindo o esforço para uso equitativo e eficiente dos recursos de cuidados intensivos, dentre eles o Sequential Organ Failure Assessment (SOFA) de avaliação de prognóstico a curto prazo e direcionamento de intervenções terapêuticas; CONSIDERANDO o uso de escores prognósticos para avaliação de chances de sobrevivência a longo prazo como o Índice de Comorbidades de Charlson (ICC) que gradua a gravidade das comorbidades, mas não contempla a fragilidade em idosos; CONSIDERANDO que a fragilidade representa um estado de vulnerabilidade fisiológica relacionada à idade, frequente entre os idosos, produzida pela reserva homeostática diminuída e pela capacidade reduzida do organismo de enfrentar um número variado de desfechos negativos de saúde, incluindo o aumento da probabilidade de morte; que dentre as ferramentas diagnósticas existentes, a Clinical Frailty Scale (CFS), está validada para uso em idosos no Brasil e tem mais rápida aplicação no contexto da urgência; CONSIDERANDO que pessoas acometidas por uma mesma doença podem apresentar funcionalidades completamente distintas e que esta deve ser fator prognóstico decisivo para tomada de decisão clínica e proporcionalidade terapêutica; que a funcionalidade do paciente, independentemente de sua faixa etária, deve ser verificada, sendo o Karnofsky performance status (KPS), um dos mais difundidos e pode ser adaptado a questões simples para o contexto da urgência; [...] [...]BRASIL. Conselho Regional de Medicina do Estado de Pernambuco. **Recomendação nº 05/2020**. Disponível em:< http://www.cremepe.org.br/wp-content/uploads/2020/04/RECOMENDA%C3%87%C3%83O-CREMEPE-N%C2%BA-05_v.final_.pdf>. Acesso em 16 jun. 2020.

de maneira objetiva e impessoal, o uso de bens escassos, quais sejam, os leitos com respiradores)³³.

Da mesma maneira, a medida parece necessária e exigível, pois se apresenta, ao que tudo indica, como a menos drástica para a maior proteção possível dos direitos fundamentais à vida e à saúde, diante dos leitos escassos.

Ademais, verifica-se que a adoção dos protocolos mencionados guarda proporcionalidade em sentido restrito, pois os benefícios alcançados na proteção aos direitos fundamentais à vida e à saúde, a partir da definição médica e científica de parâmetros objetivos, impessoais e transparentes, é maior do que os malefícios decorrentes da ausência de critérios seguros e dotados de ampla subjetividade ou mesmo arbítrio para as escolhas trágicas aqui aludidas.

Até porque, como asseveram Elda Coelho de Azevedo Bussinguer e Juliana Matias, os conflitos morais diante de decisões complexas e trágicas, no campo dos tratamentos e terapêuticas, colocam os profissionais de saúde, especialmente os médicos, sob forte tensão, notadamente quando não se tem protocolos definidos por seus pares para os casos semelhantes, criando um dilema ético, muitas vezes vivenciado de maneira isolada e insegura³⁴. Daí porque, por mais esses fundamentos, a definição de protocolos técnico-científicos, como no caso em exame, é medida jurídico-técnica que se recomenda.

Em outros termos, consoante assinalam Elda Coelho de Azevedo Bussinguer e Shayene Machado Salles, diante de situações complexas envolvendo a adoção de decisões terapêuticas, em face terminalidade da vida humana, o dilema ético pode adquirir dimensões superlativas, notadamente pela falta do conforto decorrente da existência de um protocolo estabelecido das diretrizes a serem seguidas³⁵.

³³ Consoante a motivação do ato normativo em exame: “[...]3. Se um paciente admitido na unidade de terapia intensiva com critérios limitados não responder ao tratamento prolongado e apresentar piora clínica, a adequação do esforço terapêutico e o encaminhamento da terapia intensiva para os cuidados paliativos podem ser reavaliados”. BRASIL. **Recomendação nº 05/2020**. Disponível em: <http://www.cremepe.org.br/wp-content/uploads/2020/04/RECOMENDA%C3%87%C3%830-CREMEPE-N%C2%BA-05_v.final_.pdf>. Acesso em 16 jun. 2020.

³⁴ BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo; MATIAS, Juliana. Distanásia, obstinação terapêutica e tratamento fútil: a ética e o cuidado como modo próprio do homem. In: **Direitos Humanos Fundamentais**. Elda Coelho de Azevedo Bussinger (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 105-114.

³⁵ BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo; SALLES, Shayene Machado. O contexto biopolítico do prolongamento artificial da vida de pacientes terminais à luz da perspectiva de Giorgio Agamben. In:

Avançando nas considerações, o art. 22 da Lei nº 13.655/2018, a seu turno, assevera que na interpretação das normas sobre gestão pública, devem ser considerados os obstáculos e dificuldades reais do gestor público, bem como as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos fundamentais dos administrados. Neste contexto, o protocolo aqui examinado, simultaneamente, considerou os obstáculos e dificuldades reais do sistema público de saúde, ao evidenciar a trágica realidade consubstanciada na ausência de leitos com respiradores para atender a todos os pacientes e, diante desse quadro real, buscou preservar, na maior medida possível, os direitos fundamentais à vida e à saúde dos pacientes, a partir do estabelecimento dos protocolos recomendatórios estabelecidos³⁶.

Ademais disso, a adoção dos protocolos recomendatórios mencionados pelos entes políticos da Federação, como o ora aqui examinado, dá cumprimento ao dever de atuação das autoridades públicas com vistas ao aumento da segurança jurídica na criação, interpretação e aplicação das normas editadas³⁷, nos termos do art. 30 da Lei nº 13.655/2018.

A mesma tendência na utilização de *standards* e indicadores técnicos da comunidade médico-científica, nacional e internacional, no preenchimento dos conteúdos substanciais do direito à vida e à saúde, no contexto da crise do

Direitos e Deveres Fundamentais. Elda Coelho de Azevedo Bussinger (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 163-177.

³⁶ Consoante a motivação do ato normativo em exame: “[...]CONSIDERANDO o aumento no número de casos de insuficiência respiratória grave que ameaça criar um desequilíbrio substancial entre as reais necessidades clínicas da população e a disponibilidade efetiva de recursos avançados de suporte à vida; [...] CONSIDERANDO a possibilidade do esgotamento absoluto na abertura de novos leitos e a necessidade de desenvolver ferramentas para atender a esta demanda no estado de Pernambuco; CONSIDERANDO que os princípios da ética, bioética e do direito internacional determinam que os protocolos de triagem sejam usados para orientar a alocação de recursos; CONSIDERANDO que os princípios do direito internacional, em situações de calamidade, exigem um plano de triagem que forneça equitativamente a todas as pessoas a “oportunidade” de sobreviver, porém observando que esses princípios não garantem tratamento ou sobrevivência a todos; [...].BRASIL. Conselho Regional de Medicina do Estado de Pernambuco. **Recomendação nº 05/2020**. Disponível em:< http://www.cremepe.org.br/wp-content/uploads/2020/04/RECOMENDA%C3%87%C3%83O-CREMEPE-N%C2%BA-05_v.final_.pdf>. Acesso em 16 jun. 2020.

³⁷ Consoante a motivação do ato normativo em exame: “[...] 4. A decisão de limitar os cuidados intensivos deve ser discutida e compartilhada pela equipe que trata o paciente e, na medida do possível, com o paciente e/ou familiares. É previsível que a necessidade de tomar decisões repetidas desse tipo torne o processo de tomada de decisão mais robusto e adaptável à disponibilidade de recursos em cada Unidade de Terapia Intensiva. **Recomendação nº 05/2020**. Disponível em:< http://www.cremepe.org.br/wp-content/uploads/2020/04/RECOMENDA%C3%87%C3%83O-CREMEPE-N%C2%BA-05_v.final_.pdf>. Acesso em 16 jun. 2020.

Coronavírus no Brasil, tem se relevado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Neste contexto, a Suprema Corte brasileira, nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 669-DF, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, proibiu que a União Federal, por meio da respectiva Chefia do Poder Executivo, venha a veicular qualquer propaganda ou publicidade institucional voltada a induzir a população brasileira ao retorno normal às suas atividades sociais e econômicas, paralisadas em razão da crise do Coronavírus, ao argumento de que essa iniciativa pública criaria riscos aos direitos fundamentais à saúde, à vida e à informação inerentes aos cidadãos brasileiros, riscos esses vislumbrados a partir de parâmetros científicos definidos no âmbito de entidades técnicas internacionais, como a Organização Mundial da Saúde – OMS, e nacionais, como a Associação Médica do Brasil – AMB e o Conselho Federal de Medicina – CFM³⁸.

No mesmo sentido, ao analisar a constitucionalidade da Medida Provisória nº 966/2020, que estabeleceu parâmetros para fins de responsabilização civil e administrativa dos agentes públicos, em razão do Coronavírus, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6421-DF, Relator Ministro Luis Roberto Barroso, a Suprema Corte brasileira asseverou a necessidade de interpretação conforme à Constituição do citado ato normativo, estabelecendo, para fins de configuração de erro grosseiro do gestor público, a inobservância de *standards*, normas e critérios científicos e técnicos, com especial destaque para as orientações da Organização Mundial de Saúde, bem como das orientações de organizações e autoridades médicas e sanitárias, nacionais e internacionais.³⁹

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 669-DF**. Relator Ministro Luis Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF669cautelar.pdf>>. Acesso em 15 mai. 2020.

³⁹ Na dicção da Suprema Corte: "1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde ou ao meio ambiente equilibrado, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. 2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades médicas e sanitárias, internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6421-DF**. Relator Ministro Luis Roberto Barroso.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Habeas Corpus nº 580653 – PE, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, ao apreciar a pretensão de Deputada Estadual da Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco, com impetração em favor de todos os cidadãos, residentes e em trânsito, no referido Estado, em face de Decreto expedido pela Chefia do Poder Executivo estadual, restringindo a liberdade de locomoção dos cidadãos, em razão da crise decorrente do Coronavírus, ao negar liminarmente a concessão da ordem de *habeas corpus*, o Tribunal asseverou a necessidade de observância dos parâmetros médico-científicos da comunidade nacional e internacional, por parte das autoridades públicas, para fins de proteção à vida e à saúde dos cidadãos em razão da crise pandêmica mundial e brasileira.⁴⁰

Nada obstante este complexo contexto brasileiro, e da constitucionalidade de protocolos médico-científicos, como o ora aqui examinado, talvez um outro parâmetro dotado de racionalidade e transparência possíveis, densificador dos aludidos princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade, eficiência e publicidade, inerentes à gestão pública, nos termos do já citado art. 37, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 seria, à semelhança do que já acontece com os cidadãos brasileiros à espera de transplantes de órgãos, se formar uma fila única⁴¹, também lastreada em *standards* técnicos e indicadores, nos termos acima explicitados⁴².

Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em 01 jun. 2020.

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 580653 - PE (2020/0111168-5)**. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, julgado em 20 de maio de 2020. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/HC580653%20PE.pdf>>. Acesso em 20 mai. 2020.

⁴¹ BRASIL. **Lei nº 9434/1997**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm> Acesso em 16 jun. 2020 e BRASIL. **Decreto nº 9175/2017**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9175.htm>. Acesso em 16 jun. 2020.

⁴² Em sentido semelhante, vale conferir a recomendação nº 06/2020, do Conselho Regional de Medicina do Estado de Pernambuco, que aconselha a instituição da regulação unificada de leitos e a hierarquização de disponibilidade das unidades de urgência e emergência no Estado de Pernambuco: "Art. 1º. Centralizar a regulação médica de leitos e atendimento pré-hospitalar no Estado de Pernambuco, integrando as regulações municipais, regionais e estadual. §1º A central deve ter competência estadual regulando toda a disponibilidade de leitos para a assistência durante a crise COVID-19. §2º Os servidores médicos e demais profissionais de saúde afastados de suas atividades habituais por estarem incluídos em grupo de alto risco, podem ser disponibilizados para atendimento na central de regulação ou em comitês de triagem para hierarquização de uso de leitos de assistência ventilatória ou UTI (unidade de terapia intensiva). §3º Todas unidades hospitalares devem manter a

Em qualquer caso, vale repetir, a última palavra caberá ao profissional médico, diante da situação emergencial concreta apresentada⁴³. Isto porque, como nos lembra Elda Coelho de Azevedo Bussinger e Igor Awad Barcellos, embora a relação médico-paciente seja dotada de sutilezas e complexidades, o médico é o detentor do conhecimento técnico de que o paciente necessita acerca dos melhores tratamentos e consequências da adoção ou não desses tratamentos⁴⁴, tudo à luz da realidade clínica subjacente concreta do paciente.

Do que foi exposto, e diante de um contexto de incertezas, como o ora provocado pela Covid-19, como assevera Elda Coelho de Azevedo Bussinger, ao invés de apresentação de respostas definitivas, é mais razoável a percepção no sentido de que as certezas são mais compatíveis com regimes autoritários e totalitários do que com o projeto plural inerente ao paradigma do Estado Democrático de Direito⁴⁵, o que não impede a adoção de medidas científicas e técnicas diante do estágio atual do conhecimento científico, que sempre apresenta as marcas da provisoriedade e da temporalidade.

central de regulação de leitos (CRL) informada sobre a ocupação e disponibilidade de leitos, além de recursos humanos. §4º O diretor técnico deverá garantir, através de sua equipe de plantão, a disponibilidade dessas informações à central de regulação de leitos nos termos das Resolução CFM nº 2.077/14 e nº 2.079/2014. §5º A regulação de leitos deve levar em consideração a Recomendação CREMEPE nº 05/2020, observando a hierarquização proposta pelo escore EUP-UTI, bem como evitando critérios com reserva municipal ou seleção exclusivamente etária[...]. BRASIL. Conselho Regional de Medicina do Estado de Pernambuco. **Recomendação nº 06/2020**. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/recomendacao-n-6-de-30-de-abril-de-2020-255230201>>. Acesso em 15 jun.2020.

⁴³ Neste sentido, vale conferir a resolução do Conselho Regional de Medicina nº 2271/2020: "Art. 5º Determinar que cabe ao médico a responsabilidade ética e técnica quanto às decisões concernentes ao diagnóstico e tratamento realizados nos pacientes internados nas UTI/UCI. § 1º A equipe multiprofissional deve ser adequadamente dimensionada e qualificada para a assistência aos pacientes críticos, e as atividades assistenciais prestadas devem ser integradas e discutidas conjuntamente entre os membros, a fim de atender às demandas dos pacientes, salvaguardando a liderança e responsabilidade médica pela decisão tomada. § 2º As decisões clínicas, sejam diagnósticas, terapêuticas ou prognósticas, relacionadas ao cuidado dispensado aos pacientes críticos devem ser devidamente registradas, datadas e assinadas pelo médico no prontuário do paciente". BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 2271/2020**. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2020/2271>>. Acesso em 15 jun. 2020.

⁴⁴ BUSSINGER, Elda Coelho de Azevedo; BARCELLOS, Igor Awad. O Direito concreto à morte em face à proteção do Direito à vida: uma reflexão sobre a constitucionalidade da resolução 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina. In: **Direitos Humanos Fundamentais**. Elda Coelho de Azevedo Bussinger (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 93-104.

⁴⁵ BUSSINGER, Elda Coelho de Azevedo. In: **Direito, Política e Constituição – Reflexões acerca da tensão entre constitucionalismo e democracia à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito**. Alexandre de Castro Coura e Elda Coelho de Azevedo Bussinger. Curitiba: Editora CRV, 2014, apresentação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A necessidade de realização de escolhas trágicas, no paradigma do Estado Democrático de Direito, adotado no art. 1º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, exige que as decisões estatais sejam constitucionais, democráticas, motivadas, transparentes, eficientes e concretizadoras, na maior medida possível, dos direitos fundamentais à vida e à saúde, mesmo diante de situações emergenciais, como àquelas decorrentes da crise sanitária brasileira proporcionada pelo Coronavírus.

A tensão entre a constitucionalismo e democracia, aqui examinada, enquanto condição de possibilidade de realização do próprio paradigma do Estado Democrático de Direito, consagrado no art. 1º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como ensina Menelick de Carvalho Netto, pode ser resolvida a partir da aplicação da ideia de internormatividade, na perspectiva de Benoit Frydman.

Significa dizer, a partir do preenchimento dos conteúdos substanciais dos direitos fundamentais à vida e à saúde dos pacientes portadores do Coronavírus, por meio de normatividade médica, técnica e científica, dotada de razoabilidade, proporcionalidade, transparência e eficiência, diante da escassez de leitos para atender a todos os cidadãos necessitados.

Realiza-se, assim, o constitucionalismo, com a maior proteção possível dos direitos fundamentais à vida e à saúde dos cidadãos acometidos do Coronavírus, ao passo que a democracia se efetiva a partir de decisões dos Chefes dos Poderes Executivos dos entes políticos da Federação, legitimadas pelo voto popular e pela adoção motivada, de *standards* técnicos definidos pela comunidade médico-científica, como no protocolo aqui examinado, amparada a iniciativa, ainda, em lei nacional sobre o tema.

Nada obstante este complexo contexto brasileiro, talvez um outro parâmetro também dotado de racionalidade e transparência possíveis, densificador dos aludidos princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade, eficiência e publicidade, inerentes à gestão pública, nos termos do já citado art. 37, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 seria, à semelhança do que

já acontece com os cidadãos brasileiros à espera de transplantes de órgãos, se formar uma fila única, também lastreada em *standards* técnicos e indicadores, nos termos acima explicitados.

Como lembrado na introdução do presente trabalho, mesmo considerando os avanços, paradoxos e desafios diante das ciências, das tecnologias e das inovações na sociedade global digital do século XXI, não podemos contratar uma *startup* para fazer um *upload* de nós mesmos, antes da morte do corpo físico, para um (nem tanto) "paraíso virtual", criado por meio de realidade (nem tanto) artificial, embora somente para os que possam pagar pela tecnologia, como nos sugere a série "*Upload: realidade artificial*", da *Amazon Prime*, que se passa no não tão distante ano de 2033, diante de um mundo cada vez mais tecnológico e digital, com todas as suas ambiguidades e complexidades daí decorrentes.

Diante dessa impossibilidade, e do dilema trágico de natureza, ética, humanitária e jurídica, de vida e morte, no confronto com o inimigo comum invisível da humanidade, a fixação de critérios racionais e transparentes para a escolha dos pacientes da Covid-19 que terão acesso aos leitos escassos, por meio do protocolo aqui examinado, no atual estágio científico, médico e tecnológico, parece ser o melhor parâmetro jurídico para a concretização, real e prática, dos direitos fundamentais à vida e à saúde diante do Coronavírus.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. 5 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BUSSINGER, Elda Coelho de Azevedo. In: **Direito, Política e Constituição – Reflexões acerca da tensão entre constitucionalismo e democracia à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito**. Alexandre de Castro Coura e Elda Coelho de Azevedo Bussinger. Curitiba: Editora CRV, 2014.

BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo; BARCELLOS, Igor Awad. O Direito concreto à morte em face à proteção do Direito à vida: uma reflexão sobre a constitucionalidade da resolução 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina. In: **Direitos Humanos Fundamentais**. Elda Coelho de Azevedo Bussinger (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 93-104.

BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo; MATIAS, Juliana. Distanásia, obstinação terapêutica e tratamento fútil: a ética e o cuidado como modo próprio do homem. In: **Direitos Humanos Fundamentais**. Elda Coelho de Azevedo Bussinger (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 105-114.

BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo; SALLES, Shayene Machado. O contexto biopolítico do prolongamento artificial da vida de pacientes terminais à luz da perspectiva de Giorgio Agamben. In: **Direitos e Deveres Fundamentais**. Elda Coelho de Azevedo Bussinger (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 163-177.

BRASIL. Conselho Regional de Medicina do Estado de Pernambuco. **Recomendação nº 05/2020**. Disponível em: <http://www.cremepe.org.br/wp-content/uploads/2020/04/RECOMENDA%C3%87%C3%83O-CREMEPE-N%C2%BA-05_v.final_.pdf>. Acesso em 16 jun. 2020.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 2271/2020**. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2020/2271>>. Acesso em 15 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.979/2020**. Art. 3º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm>. Acesso em 10 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.874/2019**. Art. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm>. Acesso em 25 mai. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9434/1997**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm> Acesso em 16 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 9175/2017**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9175.htm>. Acesso em 16 jun. 2020.

BRASIL. Conselho Regional de Medicina do Estado de Pernambuco. **Recomendação nº 05/2020**. Disponível em: <http://www.cremepe.org.br/wp-content/uploads/2020/04/RECOMENDA%C3%87%C3%83O-CREMEPE-N%C2%BA-05_v.final_.pdf>. Acesso em 16 jun. 2020.

BRASIL. Conselho Regional de Medicina do Estado de Pernambuco. **Recomendação nº 06/2020**. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/recomendacao-n-6-de-30-de-abril-de-2020-255230201>>. Acesso em 15 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 669-DF**. Relator Ministro Luis Roberto Barroso. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF669cautelar.pdf>>
. Acesso em 15 mai. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6421-DF**. Relator Ministro Luis Roberto Barroso. Disponível em
<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em 01 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 580653 - PE (2020/0111168-5)**. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, julgado em 20 de maio de 2020. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/HC580653%20PE.pdf>>. Acesso em 20 mai. 2020.

BRASIL. **Recomendações da AMIB (Associação de Medicina Intensiva Brasileira), ABRAMEDE (Associação Brasileira de Medicina de Emergência, SBGG (Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia) e ANCP (Academia Nacional de Cuidados Paliativos) de alocação de recursos em esgotamento durante a pandemia por COVID-19**. Disponível em:
https://www.amib.org.br/fileadmin/user_upload/amib/2020/abril/24/VJS01_maio_-_Versa__o_2_-_Protocolo_AMIB_de_alocac__a__o_de_recursos_em_esgotamento_durante_a_pandemia_por_COVID.pdf>. Acesso em 14 jun. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Sobre a indispensabilidade de uma Carta de Direitos Fundamentais Digitais da União Europeia. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. Brasília, DF, v. 31, n. 1, 2019, p. 70-75.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: **Revista de Direito Comparado**, vol. 3. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, nº 88. Belo Horizonte: UFMG – Pós-graduação da Faculdade de Direito, dezembro de 2003, p. 81-108.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução de Roneide Venancio Majer. 6 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999, vol. 1.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel Godoy. Constitucionalismo e Democracia – Soberania e Poder Constituinte. **Revista de Direito GV**, vol. 6, n.1, 2010, p. 159-174.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución. De la Antigüedad a Nuestros Días**. Traducción de Manuel Martinez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

FRYDMAN, Benoit. **O Fim do Estado de Direito: governar por standards e indicadores**. Tradução de Mara Beatriz Krug e revisão de Jânia Maria Lopes Saldanha. 2 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

MOREIRA, Nelson Camatta; PAULA, Rodrigo Francisco de. Direito e Política entre regras, princípios, indicadores e standards: fim do Estado de Direito? DE MORAIS, José Luis Bolzan (Org.). **Estado & Constituição: o "fim" do Estado de Direito**. 1 ed.. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 75-84.

PAULA, Rodrigo Francisco de. **Estado de emergência na saúde pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **A Constituição Viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Reformas Constitucionais em Tempos de Pandemia: Sobre a Observância das Limitações Circunstanciais Implícitas. BAHIA, Saulo José Casali (Coord.). **Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de Coronavírus**. 1 ed.. São Paulo: Editora IASP, 2020, p. 17-29.

SATOMI E, Souza PM, THOMÉ BC, Reingenheim C, WEREBE E, TROSTER EJ, et al. Alocação justa de recursos de saúde escassos diante da pandemia de COVID-19: considerações éticas. **Einstein** (São Paulo). 2020; 18:e AE5775. Disponível em:<http://dx.doi.org/10.31744/einstein_journal/2020AE5775>. Acesso em 16 jun. 2020.

SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. Novos paradigmas para as decisões de gestão e controle públicos à luz da Lei nº 13.655/2018. **Interesse Público - Ip**, Belo Horizonte, n. 117, p. 195-216, out. 2019. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/172/41859/90688>. Acesso em: 11 mai. 2020.

18. ESTRATÉGIAS PARA AMPLIAR A PROTEÇÃO SOCIAL DOS TRABALHADORES INFORMAIS NO BRASIL

STRATEGIES TO EXTEND SOCIAL PROTECTION TO INFORMAL WORKERS IN BRAZIL



<https://doi.org/10.36592/9786587424941-18>

Eduardo Rocha Dias¹

1 Introdução

A maioria dos trabalhadores no mundo se encontra na informalidade. No Brasil, antes da pandemia de COVID-19, em torno de 40% da força de trabalho estava em tal situação, havendo Estados da Federação com mais de 60% de trabalhadores informais. Tal quadro impõe considerar estratégias visando alcançar a formalização e a proteção social de tais trabalhadores. A partir de estudo realizado pela OIT e pela OCDE em 2019, examinam-se algumas medidas e se propõem outras visando assegurar referida proteção e segurança de renda para tais trabalhadores, incluindo simplificação de procedimentos, formação profissional e subsídios à contribuição para os trabalhadores de mais baixa renda, além da melhor maneira de financiar tais estratégias. Conclui-se que há programas no Brasil que podem ser aperfeiçoados visando alcançar maior proteção social dos trabalhadores informais e também sua formalização, o que impõe também assegurar proteção contra riscos ocupacionais, aumento de produtividade e de renda. Quanto ao financiamento, deve-se buscar o combate à evasão fiscal e a adoção de uma tributação progressiva sobre a renda em detrimento de uma tributação regressiva sobre o consumo, que pode diminuir as vantagens da formalização.

¹ Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza. Procurador Federal. E-mail: eduardorochadias@unifor.br

O advento da pandemia de COVID-19, reconhecida por declaração da Organização Mundial da Saúde no dia 11 de março de 2020², acarretou graves desafios para Estados e sociedades.

No Brasil, por meio da Portaria 188, de 3 de fevereiro de 2020³, foi declarada Emergência em Saúde Pública de importância nacional. As medidas que visam proteger a saúde das populações que foram adotadas, muitas vezes exigindo isolamento social e cessação do desempenho de atividades profissionais e econômicas, geraram outro problema, que é como garantir a renda das populações afetadas. No plano federal, as medidas de isolamento social foram previstas na Lei 13.979/2020, muito embora Estados, o Distrito Federal e os municípios tenham editado atos normativos próprios.

Some-se a isso um quadro preocupante, no caso brasileiro, que já era anterior à pandemia, de aumento da informalidade laboral. A taxa de informalidade, em fevereiro de 2020, alcançou 40,6% ou 38 milhões de trabalhadores⁴. Na última semana de julho de 2020, tal percentual havia baixado para 33,5%, ou 27,2 milhões de trabalhadores⁵. Mas tal circunstância se justifica em razão do afastamento do exercício de atividades laborais decorrente da pandemia, aumentando a desocupação no mercado de trabalho, tanto nos setores formal quanto informal.

A concessão do benefício emergencial, previsto pela Lei 13.982/2020, contribuiu para assegurar uma renda para aqueles que se viram sem poder trabalhar, incluindo trabalhadores informais. Entre 7 de abril e 15 de maio de 2020, 118.291.454

² WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). *WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 – 11 March 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 22 mai. 2020.

³ BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020*. Declara Emergência de Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Disponível em <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>. Acesso em 22 mai. 2020.

⁴ BRASIL. Agência Brasil. *Informalidade cai, mas atinge 38 milhões de trabalhadores*. Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-03/informalidade-cai-mas-atinge-38-milhoes-de-trabalhadores>. Acesso em 04 jun. 2020

⁵ BRASIL. AGÊNCIA IBGE NOTÍCIAS. *Devido à pandemia, pelo menos 3 milhões de pessoas ficam sem trabalho no país*. Disponível em <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/28613-em-quatro-meses-de-pandemia-3-milhoes-de-pessoas-ficam-sem-trabalho-no-pais>. Acesso em 29 ago. 2020.

requerimentos do auxílio foram formulados, dos quais 59.291.753 foram deferidos⁶. Em agosto de 2020, o número de beneficiários chegou a quase 67 milhões, com um gasto até então de R\$ 148 bilhões⁷. Considerando os familiares dos beneficiários, indiretamente afetados, mais da metade da população brasileira, ou em torno de 126,2 milhões de pessoas, foi alcançada pelo referido benefício, o que contribuiu para diminuir a extrema pobreza no país, que passou para 3,3% da população ou sete milhões de pessoas, o menor índice em quarenta anos.

Dois bilhões de trabalhadores, em torno de 61% da população ocupada no planeta, se encontravam na informalidade antes da pandemia. Visando enfrentar o problema, a Conferência Internacional do Trabalho adotou, em 2015, a Recomendação nº 204, referente à Transição da Economia Informal para a Formal. No mesmo ano, a ONU divulgou a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável, com dezessete objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS). O ODS 8 – trabalho decente e desenvolvimento econômico - inclui a formalização da força de trabalho como uma de suas metas (Meta 8.3).

A recentemente editada Emenda Constitucional 103, de 12 de novembro de 2019, publicada no Diário Oficial de 13 de novembro de 2019, referente à reforma da previdência, alterou a redação do § 12 do art. 201 da Constituição, passando a prever um "sistema especial de inclusão previdenciária", a ser instituído por lei, com alíquotas diferenciadas, destinado a atender "trabalhadores de baixa renda, inclusive os que se encontram em situação de informalidade, e àqueles sem renda própria que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencentes a famílias de baixa renda".

Referido contexto torna ainda mais necessário verificar como se pode efetivar a proteção social dos informais no país. Para esse fim, o presente estudo almeja verificar, inicialmente, o que se entende por informalidade e como ela está distribuída

⁶ BRASIL. AGÊNCIA BRASIL. *Dataprev aprova auxílio emergencial para 8,3 milhões de brasileiros*. Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-05/dataprev-aprova-auxilio-emergencial-para-83-milhoes-de-brasileiros>. Publicada em 15 mai. 2020. Acesso em 22 mai. 2020.

⁷ BRASIL. GOVERNO DO BRASIL. *Auxílio emergencial tem impacto positivo na vida de 126 milhões de brasileiros*. Disponível em <https://www.gov.br/pt-br/noticias/assistencia-social/2020/08/auxilio-emergencial-tem-impacto-positivo-na-vida-de-126-milhoes-de-brasileiros>. Acesso em 29 ago. 2020.

no Brasil. Em seguida, a partir de estudo recente da OIT e da OCDE⁸, se buscará examinar possíveis estratégias visando alcançar a formalização de tais trabalhadores – objetivo mediato – e, de forma mais imediata, sua proteção social, ainda que na informalidade.

O estudo de caráter crítico e analítico, irá se basear em pesquisa documental e bibliográfica, de caráter qualitativo, em que serão consultados repositórios oficiais de dados, do IBGE, da OCDE e da OIT.

2 Informalidade e suas várias facetas

Para a OIT⁹, a economia informal compreende as atividades econômicas desempenhadas por trabalhadores e unidades econômicas que, de direito ou de fato, não são cobertas, ou são cobertas insuficientemente, por arranjos formais. Atividades ilícitas são excluídas do conceito.

Entende-se setor informal como composto por unidades de produção para o mercado não constituídas como unidades separadas de seus proprietários, não registradas segundo a legislação nacional e/ou que não possuem contabilidade regular.

Por trabalhador informal (*employee*) se entende aquele que, de fato ou de direito, não está submetido à legislação laboral nacional, que está excluído da tributação sobre rendimentos e da proteção social e que também está excluído de certos benefícios (*employment benefits*) decorrentes da relação de emprego (aviso prévio no caso de dispensa, indenização por demissão, licença remunerada por doença, dentre outros). Assim se consideram todos os trabalhadores do setor informal e também trabalhadores com vínculos informais fora do setor informal (por exemplo, no setor formal ou trabalhando em casa).

⁸ OECD/ILO (2019), *Tackling Vulnerability in the Informal Economy*, Development Centre Studies, OECD Publishing, Paris.

⁹ INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION (ILO). Informality and non-standard forms of employment. International Labour Office – Geneva: ILO, 2018a. Disponível em http://www.g20.utoronto.ca/2018/g20_paper_on_nse_and_formalization_ilo.pdf. Acesso em 22 jul. 2019.

Mais recentemente, o nível individual e organizacional foi enriquecido com um terceiro elemento, a dimensão residencial e familiar (*household*)¹⁰, demonstrando como a informalidade afeta membros da família e crianças sobretudo, permitindo eventualmente novas estratégias de formalização ou de mitigação dos efeitos da informalidade.

Dentre tais efeitos, mencionem-se a insegurança de renda, o menor valor das remunerações e a falta de gerenciamento de riscos ligados à saúde e à segurança no trabalho. Tal quadro perfaz a vulnerabilidade a que estão expostos.

No mundo, como visto 61% dos trabalhadores, ou dois bilhões de pessoas, incluindo o setor da agricultura, e 50% dos trabalhadores, excluindo a agricultura, estão na informalidade. Esta abrange 4 de cada 5 trabalhadores por conta própria, 1 de cada 2 empregadores, 2 de cada 5 empregados e praticamente todos os membros das famílias que auxiliam nessas atividades. Há um componente rural muito forte na informalidade, já que 3 de cada 5 trabalhadores informais reside no campo. Além da agricultura, com 94%, a indústria, com 57%, são os setores com maior informalidade¹¹. Trabalhadores temporários, ou em tempo parcial, em micro e pequenas empresas, estão mais predispostos à informalidade, muito embora também se encontre o fenômeno em grandes empresas.

Em países emergentes e em desenvolvimento, a informalidade predomina (70%) contra 18% nos países desenvolvidos. É de 86% na África, 68% nos países árabes e na Ásia, 40% nas Américas e 25% na Europa e na Ásia Central¹².

Quanto aos aspectos demográficos, há uma grande variação no mundo. Muito embora predominem homens na atividade informal, há alguns países em que as mulheres são maioria. Ao longo do ciclo da vida, jovens e idosos tendem a estar mais expostos a ela. A baixa escolaridade é outro fator importante, sendo que 94% dos trabalhadores sem formação escolar são informais, contra 52% daqueles com

¹⁰ OECD/ILO (2019), *Tackling Vulnerability in the Informal Economy*, Development Centre Studies, OECD Publishing, Paris, p. 15.

¹¹ OECD/ILO (2019), *Tackling Vulnerability in the Informal Economy*, Development Centre Studies, OECD Publishing, Paris, p. 16.

¹² OECD/ILO (2019), *Tackling Vulnerability in the Informal Economy*, Development Centre Studies, OECD Publishing, Paris, p. 16.

segundo grau e 24% com ensino superior¹³. No tocante ao aspecto familiar e residencial, há residências com graus variados de informalidade, podendo haver membros no mercado formal e outros no informal. No Chile, apenas 3% das residências são completamente informais, contra 92% em Burkina Faso. Residências com trabalhadores mistos (formais e informais) variam de 5% na Tanzânia a 46% na Argentina. Crianças e idosos tendem a ser encontrados mais em residências informais. Em média, 60% de todas as crianças, menores de 15 anos, e idosos, acima de 60 anos, em países emergentes e em desenvolvimento, vivem em residências completamente informais. Em alguns países africanos, o percentual chega a 80% ou mais.¹⁴

Há uma tendência de, quanto menores o produto interno bruto, o índice de desenvolvimento humano (IDH) e a produtividade no trabalho, maior é a informalidade, bem como a pobreza. A redução da pobreza, com crescimento econômico, porém, nem sempre leva à redução da informalidade. Há países, como a África do Sul, que aumentaram a formalização, mas em que a pobreza aumentou, e outros, como Egito e Paquistão, em que a pobreza diminuiu mas a informalidade aumentou¹⁵.

No Brasil a informalidade se distribui de forma desigual, na perspectiva geográfica, de sexo e de raça.

Em 2019, a informalidade superou 50% da população ocupada em 11 Estados, com destaque para Amazonas (57,6%), Pará (62,4%), Maranhão (60,5%) e Piauí (59,5%)¹⁶.

No Maranhão e no Pará, dados de 2018 apontam para a existência de maior desvantagem para a população negra e parda em termos de informalidade,

¹³ OECD/ILO (2019), *Tackling Vulnerability in the Informal Economy*, Development Centre Studies, OECD Publishing, Paris, p. 17.

¹⁴ OECD/ILO (2019), *Tackling Vulnerability in the Informal Economy*, Development Centre Studies, OECD Publishing, Paris, p. 17.

¹⁵ OECD/ILO (2019), *Tackling Vulnerability in the Informal Economy*, Development Centre Studies, OECD Publishing, Paris, p. 17, com indicação das medidas adotadas na África do Sul para diminuição da informalidade.

¹⁶ BRASIL. AGÊNCIA IBGE NOTÍCIAS. *Desemprego cai em 16 Estados em 2019 mas 20 têm informalidade recorde*. Disponível em <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/26913-desemprego-cai-em-16-estados-em-2019-mas-20-tem-informalidade-recorde#:~:text=A%20taxa%20m%C3%A9dia%20nacional%20de,de%20informalidade%20abaixo%20de%2030%25>. Acesso em 31 ago 2020.

alcançando 66,3% e 66% respectivamente¹⁷. Quanto ao gênero, a proporção de homens e mulheres em trabalhos formais e informais mostra-se parecida, embora registre pesos distintos quando se analisam as diferentes categorias de trabalho informal. Enquanto os homens apresentam maior participação como empregados sem carteira, não registrados, e como trabalhadores por conta própria, as mulheres são mais numerosas em atividades de auxílio familiar e como trabalhadores domésticos não registrados.

Considerando por tipo de atividade econômica, o IBGE aponta, para o ano de 2018, que as atividades que mais concentraram trabalhadores informais foram os serviços domésticos (72,2%) e a Agropecuária (66,9%). Nos serviços domésticos houve um aumento do número de trabalhadores, diferentemente da agropecuária, onde tem havido uma redução. Em praticamente "todas as atividades houve crescimento da proporção de ocupações informais, sendo que Transporte, armazenagem e correio registrou a maior alta, em relação ao ano anterior"¹⁸.

Introduzindo uma consideração por sexo nas atividades econômicas, verifica-se que, em 2018, a participação das mulheres no trabalho informal é de 73,1% nos serviços domésticos e de 74,6% na agropecuária. No mesmo ano, os homens foram maioria também na agropecuária (65,0%) e na construção civil (64,8%). Já o recorte por cor ou raça indica que há maior participação da população preta ou parda em trabalhos informais (47,3%) quando comparada com os trabalhadores brancos (34,6%). Quanto ao nível de instrução, para pessoas ocupadas sem escolaridade ou com ensino fundamental incompleto, o percentual de informalidade foi de 60,8%, enquanto que para pessoas ocupadas com ensino superior completo foi de 22,1% em 2018¹⁹.

¹⁷ BRASIL. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Síntese de Indicadores Sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira. Rio de Janeiro: IBGE, 2019. Disponível em <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101678.pdf>. Acesso em 12 de novembro de 2019.

¹⁸ BRASIL. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Síntese de Indicadores Sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira. Rio de Janeiro: IBGE, 2019, p. 40. Disponível em <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101678.pdf>. Acesso em 12 de novembro de 2019.

¹⁹ BRASIL. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Síntese de Indicadores Sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira. Rio de Janeiro: IBGE, 2019, p. 41. Disponível em <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101678.pdf>. Acesso em 12 de novembro de 2019.

Diante desse quadro, cumpre examinar as medidas que podem ser adotadas para mitigar os danos decorrentes da informalidade. Evidentemente, a medida mais adequada a ser perseguida é a formalização dos trabalhadores. Mas como nem sempre ela é fácil e gera ainda dificuldades para os próprios trabalhadores, como no caso daqueles que têm renda mais baixa e para quem, por exemplo, o desconto de contribuição previdenciária pode se refletir negativamente na própria manutenção, medidas intermediárias também devem ser pensadas.

Dentro dessa perspectiva, a OIT e a OCDE propuseram o seguinte conjunto de medidas²⁰: a) estender a proteção social a trabalhadores informais; b) melhorar medidas de saúde e segurança ocupacional; c) aumentar a produtividade e por consequência os rendimentos dos trabalhadores informais; d) criar políticas equilibradas que incentivem a formalização de empresas e de trabalhadores, bem como removam barreiras à formalização e reforcem a conformidade com as regras vigentes; e) empoderar os trabalhadores e unidades econômicas informais, inclusive pela extensão de serviços de organizações de trabalhadores e de empresas e da promoção de negociação coletiva e de diálogo social, na forma preconizada pela Recomendação 204 da OIT.

Algumas das medidas visando alcançar o aumento de proteção devem combinar a facilitação da formalização de empresas com aumento da proteção social (como no caso brasileiro do SIMPLES e da figura do Microempreendedor Individual – MEI), aumento da cobertura para alcançar trabalhadores informais, adaptar os benefícios, as contribuições e os procedimentos administrativos à realidade dos trabalhadores informais e subsidiar as contribuições em especial para aqueles com rendimentos mais baixos.

Isso impõe aumentar a despesa pública e também considerar as fontes de financiamento, de maneira a evitar que uma tributação regressiva sobre o consumo anule o ganho em redistribuição de renda obtido com a formalização. Financiamento por meio de tributos progressivos, com ampliação da base contributiva, pode ajudar a aumentar a cobertura e promover justiça fiscal, além de gerar maiores rendimentos. Combate à sonegação também deve ser buscado, principalmente identificando

²⁰ OECD/ILO (2019), *Tackling Vulnerability in the Informal Economy*, Development Centre Studies, OECD Publishing, Paris, p. 21.

empregadores de fato que se beneficiam do trabalho dos informais, de forma a levá-los a contribuir em favor de seus empregados²¹. Aqui se pode referir as empresas que disponibilizam plataformas na chamada *gig economy*, mas também setores mais tradicionais, como indústria e empregadores domésticos.

O desenho dos modelos deve levar em conta ainda a diferença de gêneros e as vulnerabilidades que afetam mais as mulheres que os homens. Afastamento para cuidar de outros, como filhos e idosos, menores remunerações, trabalho a tempo parcial e menor participação no mercado de trabalho acabam se refletindo nos esquemas de proteção. As aposentadorias e benefícios por maternidade devem ser adequados à realidade das mulheres, portanto, reduzindo as diferenças existentes.

Também deve-se buscar articular a proteção formal com os esquemas informais de proteção existentes. A heterogeneidade das formas de trabalho informal também deve ser considerada, de maneira a levar em conta, por exemplo, a transição de atividades formais para informais, e vice-versa, de forma a haver uma portabilidade e uma comunicabilidade entre os direitos reconhecidos em ambos os tipos. Seria o caso, por exemplo, de reconhecer a possibilidade de somar tempo rural, em que não se contribui, a tempo urbano, como ocorre no Brasil com a denominada aposentadoria híbrida²².

Também se deve considerar a situação dos domicílios e das pessoas que nele residem, monitorando não apenas os indivíduos, mas também a situação das famílias e domiciliar, identificando se é melhor inseri-los na assistência social ou como dependentes de trabalhadores formalizados²³. No caso brasileiro, a distribuição é de aproximadamente 25% de domicílios com trabalhadores totalmente formalizados, um pouco menos de 30% de domicílios apenas com trabalhadores informais e o restante composto por domicílios mistos²⁴.

Cumpra detalhar a seguir como se poderia, no Brasil, ampliar a proteção social dos trabalhadores informais.

²¹ *Tackling Vulnerability in the Informal Economy*, Development Centre Studies, OECD Publishing, Paris, p. 21-22.

²² Art. 48, §§ 3º e 4º da Lei 8.213/1991.

²³ *Tackling Vulnerability in the Informal Economy*, Development Centre Studies, OECD Publishing, Paris, p. 22-23.

²⁴ *Tackling Vulnerability in the Informal Economy*, Development Centre Studies, OECD Publishing, Paris, p. 22-23

3 Ampliando a proteção social para os trabalhadores na informalidade

A proteção social é obtida por diferentes abordagens. Seguro social (previdência), de caráter contributivo, aliado à assistência social, que dispensa contribuições. No Brasil, além do benefício de um salário mínimo, devido à pessoa com deficiência e ao idoso, de que trata a Lei 8.742/1993, merece destaque, por sua importância no país, o programa Bolsa Família, tratado pela Lei 10.836/2004.

Caso não contribuam para a previdência, nem se enquadrem nos requisitos dos benefícios assistenciais, os trabalhadores informais são relegados a um limbo protetivo, um *missing middle*²⁵, que necessita ser incluído em algum esquema de proteção.

Estratégias de formalização devem considerar a inclusão dos trabalhadores informais na previdência social. Caso sejam trabalhadores subordinados, enquadráveis como empregados, devem descontar contribuições para a previdência, assim como seus empregadores. Caso sejam trabalhadores por conta própria, autônomos, se enquadram como contribuintes individuais e devem contribuir também por conta própria, com a possibilidade de alíquotas reduzidas, tal como previsto no art. 21 da Lei 8.212/1991. Ou seja, contribuintes individuais que optem por não se aposentar por tempo de contribuição podem recolher, em vez da alíquota de 20%, a alíquota de 11% sobre o salário mínimo. Caso sejam enquadrados como MEI – microempreendedores individuais, a alíquota cai para 5%.

Segurados facultativos, que são aqueles que não desenvolvem atividade laboral, desde que se dediquem apenas a atividades domésticas na residência e que sejam de baixa renda, podem contribuir também com alíquota reduzida, de 5% do salário mínimo, na forma do art. 21 da Lei 8.212/1991. Considera-se de baixa renda, conforme § 4º do art. 21 da Lei 8.212/1991, a família inscrita no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal - CadÚnico cuja renda mensal seja de até 2 (dois) salários mínimos.

²⁵ *Tackling Vulnerability in the Informal Economy*, Development Centre Studies, OECD Publishing, Paris, p. 90.

Aqui importa considerar a previsão § 12 do art. 201 da Constituição, de um "sistema especial de inclusão previdenciária", a ser instituído por lei, com alíquotas diferenciadas, destinado a atender "trabalhadores de baixa renda, inclusive os que se encontram em situação de informalidade, e àqueles sem renda própria que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencentes a famílias de baixa renda".

Já há, portanto, uma definição do que seja "baixa renda" e alíquotas reduzidas visando incentivar a formalização de trabalhadores e não trabalhadores (facultativos) no art. 21 da Lei 8.212/1991. Uma lei regulamentadora do § 12 do art. 201 da Constituição poderia aperfeiçoar tais dispositivos. Um ponto a ser ressaltado é que nem todo informal é de baixa renda. Nem por isso se deve deixar de buscar a formalização dos informais de renda mais elevada. Por isso que se deve pensar em medidas como campanhas informativas, divulgando os benefícios que decorrem da formalização, e simplificação de procedimentos.

Para micro e pequenas empresas, a formalização é facilitada pelo programa SIMPLES NACIONAL, disciplinado pela Lei Complementar 123/2006.

Reformas liberalizantes, que simplifiquem a contratação de trabalhadores, e prevejam pagamento apenas por horas trabalhadas, como é o caso do trabalhador intermitente, previsto no § 3º do art. 443 da CLT, introduzido pela Lei 13.467/2017, se, por um lado, facilitam a formalização, por outro introduzem uma precarização e uma ausência de garantia de remuneração mínima que pode não permitir a efetiva proteção social de tais trabalhadores. Caso o intermitente não receba ao menos um salário mínimo, a contribuição não será computada, conforme previsão do art. 195, § 14, da Constituição, com a redação da Emenda Constitucional 103/2019, e também do art. 29 desta última. Caberá ao trabalhador complementar a contribuição, para atingir o valor mínimo, agrupar contribuições de meses diversos e ainda aproveitar contribuições que excedam um salário mínimo em um mês em outro que não exceda. Sem dúvida que tal circunstância gera insegurança e não garantia de renda na inatividade.

No tocante à assistência social, muito embora não assegure ela a formalização, contribui para garantir uma segurança de renda que, caso associada a programas de qualificação profissional e inserção laboral, podem ajudar na

superação da informalidade. No caso do Bolsa Família, as condicionalidades impostas aos beneficiários, relacionadas à saúde e à educação, podem constituir etapa importante na superação da pobreza e também da informalidade. Mas uma das lições da pandemia de COVID-19 para o Brasil foi que havia trabalhadores informais não alcançados pelo Bolsa Família. Relatório de acompanhamento da implementação do auxílio emergencial, elaborado pelo TCU, identificou, no tocante ao mês de maio de 2020, a existência de 19,2 milhões de beneficiários inscritos no CadÚnico e que recebiam bolsa-família, 10,4 milhões de beneficiários que estavam no CadÚnico e não recebiam bolsa-família e 29,3 milhões de beneficiários que se cadastraram pelo aplicativo da Caixa Econômica Federal e não estavam no CadÚnico²⁶. O TCU considera que pode haver uma inclusão indevida nessa última categoria de pessoas que não teriam direito ao auxílio emergencial. Estima que deveria ser de 21,2 milhões de pessoas, tendo havido pagamento a 8,1 milhões de pessoas a mais. Mas de toda sorte, verifica-se que há pessoas não incluídas em programas de assistência social.

Fala-se em criar um novo programa que substitua o Bolsa Família, o chamado Renda Brasil, que buscaria incluir novos beneficiários. A preocupação com a transição da situação de beneficiário de uma prestação assistencial para a de trabalhador formalizado pode ser atendida caso se estabeleça uma ponte entre esses beneficiários e oportunidades de qualificação e (re)colocação profissional.

Programas adequados de qualificação profissional contribuem ainda para melhoria da produtividade e da renda da pessoa, garantindo que tenha condições de contribuir e permanecer na formalidade.

No caso dos trabalhadores rurais, a legislação brasileira é indicada como exemplo de facilitação de formalização²⁷. Simplificação, ao contar o tempo de trabalho rural sem exigência de contribuição, portabilidade, pela possibilidade de somar tempo rural com tempo urbano para fins de obtenção de aposentadoria

²⁶ BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Processo TC 016.827/2020-1. Disponível em https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/PROC%253A01682720201/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/1/%2520?uuid=023a2dd0-f372-11ea-b1cb-732e93a42653. Acesso em 06 set 2020.

²⁷ *Tackling Vulnerability in the Informal Economy*, Development Centre Studies, OECD Publishing, Paris, p. 91.

(aposentadoria híbrida) e possibilidade de obtenção de benefícios de maior valor caso o segurado contribua como facultativo.

Pode-se mencionar ainda as previsões da Lei 8.212/1991, em seus art. 12, §§ 9º, inciso VI, e 14, que permitem que esse trabalhador se organize seja em cooperativa de trabalho ou mesmo em sociedade empresária, desde que cumpridos determinados requisitos, como continuar exercendo a atividade rural. São exemplos de flexibilidade que permitem agregar valor ao trabalho, aumentar a renda e a produtividade.

O programa Bolsa Família e a ampliação de direitos dos trabalhadores domésticos, com simplificação de contribuições, também são referidos pela OIT e pela OCDE²⁸.

A ampliação da formalização no Brasil demanda ainda esforço de aprofundamento do diálogo social, sobretudo com sindicatos, associações e cooperativas e outras entidades que representem determinados segmentos de trabalhadores informais. Pode-se pensar, por exemplo, nos catadores de resíduos, nos próprios trabalhadores rurais e, conforme recentemente se assistiu no país, aos trabalhadores em plataforma por aplicativos de transporte.

A maior interlocução entre instâncias estatais e essas entidades pode levar a um maior esclarecimento sobre os direitos e obrigações existentes, alternativas de formalização e também à elaboração de novas regras que permitam levar em conta as suas peculiaridades. Por exemplo, pode ser prevista sistemática de recolhimento de contribuições por meio eletrônico, aproveitando o grande desenvolvimento do sistema bancário brasileiro. Assim, se poderia admitir a possibilidade de destinar um percentual do valor recebido por meio eletrônico para pagamento de contribuição à previdência social. Ou admitir recolhimentos sazonais ou em periodicidade que não fosse a mensal.

No caso dos catadores de resíduos, além de programas de qualificação, poderiam ser estabelecidas medidas de controle de riscos ocupacionais e à saúde associados ao desempenho da atividade, além da garantia de venda dos resíduos

²⁸ *Tackling Vulnerability in the Informal Economy*, Development Centre Studies, OECD Publishing, Paris, p. 92.

diretamente a quem paga por eles o preço justo, evitando intermediários²⁹. Assim, se garante aumento da renda e se viabiliza a formalização de tais trabalhadores.

O estudo da OIT e da OCDE destaca ainda o papel da proteção social informal, decorrente de esquemas familiares e comunitários, como, por exemplo, o cuidado com filhos ou idosos desempenhado por parentes ou vizinhos em uma comunidade mais carenciada³⁰. Trata-se de redes informais de proteção, que remetem às primeiras manifestações de proteção social, em que, antes da intervenção estatal, cabia à família, à tribo ou ao clã a proteção de seus membros. Mesmo que a urbanização e a globalização tenham contribuído para o fim dessas iniciativas de solidariedade comunitária, onde falta a atuação estatal elas ainda se encontram presentes e poderiam ser aproveitadas em processos de formalização. Por exemplo, disponibilizando informações e incentivando a formalização e a contribuição para a previdência ou encaminhando para cursos profissionalizantes.

Por fim, algumas referências ao financiamento desse processo de formalização. Trabalhadores com rendas mais baixas terão sem dúvidas dificuldades de contribuir o que deve levar a que se introduzam subsídios, sob a forma de alíquotas mais baixas de contribuição. Isso, no entanto, gera pressão fiscal e aumento de despesas, razão pela qual se deve buscar ampliar a base contributiva, fiscalizar as obrigações das empresas, introduzir uma tributação progressiva, sobre rendimentos mais altos e considerar a taxaço de quem se beneficia do serviço prestado por trabalhadores informais (por exemplo, as empresas de aplicativos de transporte e algumas cadeias produtivas)³¹.

O aumento da tributação sobre consumo pode não ser a via ideal de obtenção de recursos para o financiamento dessas despesas. No tocante à Renda Brasil, fala-se em extinção ou absorção de outros benefícios e programas também como forma

²⁹ Sobre as dificuldades e peculiaridades dos catadores de resíduos, a partir da realidade de Fortaleza, Ceará, examinar GOMES, Ana Virgínia Moreira, DIAS, Eduardo Rocha e MATIAS, Mariana López. População em situação de rua e catadores de resíduos: (in)visibilidades e cidadania nas ruas de Fortaleza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

³⁰ *Tackling Vulnerability in the Informal Economy*, Development Centre Studies, OECD Publishing, Paris, p. 95-96.

³¹ *Tackling Vulnerability in the Informal Economy*, Development Centre Studies, OECD Publishing, Paris, p. 100.

de obtenção de recursos³². Seria o caso do abono salarial, do seguro defesa e do salário família. O programa proposto teria quatro subprogramas: a) Primeira Infância, para mães de crianças de até três anos, para que possam matricular seus filhos em creches particulares; b) Renda Cidadã, que substituiria o Bolsa Família; c) Incentivo ao Mérito, para melhores alunos e atletas, permitindo receber valores em dinheiro pelos êxitos obtidos, e d) Emancipação Cidadã, com o oferecimento de cursos de capacitação e reforço em português e matemática, permitindo o aprendizado de um ofício.

Este último pode ser a porta de saída do programa e se bem conduzido pode levar também a uma diminuição da informalidade. O Primeira Infância pode auxiliar no retorno ou permanência das mulheres no mercado de trabalho, ao possibilitar a matrícula de seus filhos em creches.

Conclusões

A informalidade é uma realidade onipresente mas multifacetada. Em diferentes países e regiões de um mesmo país, como o Brasil, ela se manifesta de diversas formas o que atrai a necessidade de considerar também diferentes estratégias para combatê-la.

Muito embora o objetivo último seja passar da informalidade para a formalidade, não se pode esperar para proteger os trabalhadores, o que torna necessária alguma proteção mesmo na informalidade.

Os sistemas de previdência e de assistência social desempenham, nesse contexto, papel relevante. A garantia de uma renda a informais, associada a condicionalidades de participação em programas educacionais e de assistência à saúde, podem contribuir para a saída da informalidade. Importante é também assegurar formação profissional para inserção no mercado de trabalho e aumento da produtividade e da renda, de forma a tornar permanente a formalização. Muitos trabalhadores de baixa renda têm dificuldade de contribuir justamente em virtude

³² FDR. *Renda Brasil: como Guedes pretende financiar o novo programa*. Disponível em <https://fdr.com.br/2020/09/06/renda-brasil-como-guedes-pretende-financiar-o-novo-programa/>. Acesso em 07 set 2020.

dos baixos rendimentos recebidos e da pressão para atender sua necessidade de subsistência.

A previdência social pode também desempenhar papel importante na formalização, pelo oferecimento de procedimentos mais simplificados, alíquotas mais baixas e divulgação de informações. A associação com representações de trabalhadores informais e com redes informais de proteção pode auxiliar na divulgação das vantagens e meios para se formalizar e também para um maior conhecimento da realidade e das peculiaridades dos trabalhadores informais. A proteção contra riscos ocupacionais e à saúde também deve ser buscada na proteção dos informais, bem como considerar o impacto da informalidade sobre famílias e residências e em particular sobre as mulheres, de forma a se desenhar medidas de formalização que mitiguem as vulnerabilidades identificadas em tais grupos.

Quanto ao financiamento de tais medidas, deve-se buscar sua sustentabilidade, evitando tributação regressiva sobre o consumo e priorizando tributação progressiva sobre a renda, identificar cadeias produtivas em que há empresas se beneficiando do trabalho de informais que podem contribuir para sua proteção social, simplificação e facilitação da formalização e combate à evasão fiscal. Muito embora se deve buscar incentivos à formalização, como simplificação de procedimentos, há que se evitar medidas que gerem insegurança de renda, como é o caso do trabalho intermitente no Brasil, que não assegura previsibilidade para o valor das remunerações e por consequência das contribuições.

Referências

BRASIL. GOVERNO DO BRASIL. Auxílio emergencial tem impacto positivo na vida de 126 milhões de brasileiros. Disponível em <https://www.gov.br/pt-br/noticias/assistencia-social/2020/08/auxilio-emergencial-tem-impacto-positivo-na-vida-de-126-milhoes-de-brasileiros>. Acesso em 29 ago. 2020.

BRASIL. AGÊNCIA BRASIL. Dataprev aprova auxílio emergencial para 8,3 milhões de brasileiros. Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-05/dataprev-aprova-auxilio-emergencial-para-83-milhoes-de-brasileiros>. Publicada em 15 mai. 2020. Acesso em 22 mai. 2020.

BRASIL. AGÊNCIA IBGE NOTÍCIAS. Desemprego cai em 16 Estados em 2019 mas 20 têm informalidade recorde. Disponível em <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/26913-desemprego-cai-em-16-estados-em-2019-mas-20-tem-informalidade-recorde#:~:text=A%20taxa%20m%C3%A9dia%20nacional%20de,de%20informalidade%20abaixo%20de%2030%25>. Acesso em 31 ago 2020.

BRASIL. AGÊNCIA IBGE NOTÍCIAS. Devido à pandemia, pelo menos 3 milhões de pessoas ficam sem trabalho no país. Disponível em <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/28613-em-quatro-meses-de-pandemia-3-milhoes-de-pessoas-ficam-sem-trabalho-no-pais>. Acesso em 29 ago. 2020.

BRASIL. Agência Brasil. Informalidade cai, mas atinge 38 milhões de trabalhadores. Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-03/informalidade-cai-mas-atinge-38-milhoes-de-trabalhadores>. Acesso em 04 jun. 2020.

BRASIL. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Síntese de Indicadores Sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira. Rio de Janeiro: IBGE, 2019. Disponível em <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101678.pdf>. Acesso em 12 de novembro de 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020. Declara Emergência de Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Disponível em <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>. Acesso em 22 mai. 2020.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Processo TC 016.827/2020-1. Disponível em https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/PROC%253A01682720201/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/1/%2520?uuid=023a2dd0-f372-11ea-b1cb-732e93a42653. Acesso em 06 set 2020.

FDR. Renda Brasil: como Guedes pretende financiar o novo programa. Disponível em <https://fdr.com.br/2020/09/06/renda-brasil-como-guedes-pretende-financiar-o-novo-programa/>. Acesso em 07 set 2020.

GOMES, Ana Virgínia Moreira, DIAS, Eduardo Rocha e MATIAS, Mariana López. População em situação de rua e catadores de resíduos: (in)visibilidades e cidadania nas ruas de Fortaleza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION (ILO). Informality and non-standard forms of employment. International Labour Office – Geneva: ILO, 2018a. Disponível em http://www.g20.utoronto.ca/2018/g20_paper_on_nse_and_formalization_ilo.pdf. Acesso em 22 jul. 2019.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION – ILO. The informal economy: enabling transition to formalization. Geneva: ILO, 2007. Disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms_110324.pdf. Acesso em 08/06/2019.

OECD/ILO (2019), Tackling Vulnerability in the Informal Economy, Development Centre Studies, OECD Publishing, Paris.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). *WHO* Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 – 11 March 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 22 mai. 2020.

SOBRE OS AUTORES

ADRIANA DA COSTA RICARDO SCHIER

Estágio Pós-Doutoral em Direito Público pela PUC-Pr (2018). Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2009). Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2001), possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1998). Professora de Direito Administrativo do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil - na Graduação, no Mestrado e Doutorado em Direito e do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar - Curso de Pós-Graduação em Direito Administrativo. Pesquisadora do Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional - NUPECONST, líder da linha de pesquisa? Direito Administrativo e Estado Sustentável ? DAES?. Membro da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo. Presidente da Comissão de Serviços Públicos do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. Vice-Presidente do Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Membro da Comissão de Gestão Pública da OAB- Seccional Paraná. Advogada e Consultora.

BRUNO MENESES LORENZETTO

Doutor em Direito pela UFPR na área de Direitos Humanos e Democracia (2010-2014). Mestre em Direito pela UFPR na área do Direito das Relações Sociais (2008-2010). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2003-2007). Bolsista pela CAPES durante o Mestrado na UFPR. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito (Direitos Fundamentais e Democracia) e Professor da Graduação do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil. Professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Visiting Scholar na Columbia Law School, Columbia University, New York (2013-2014). Desenvolve suas pesquisas nas áreas de Teoria do Direito e Direito Constitucional.

CARLOS LUIZ STRAPAZZON

Estágio Pós-Doutoral na PUC-RS (2012-2014) sob a supervisão do Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet.

Doutorado em Direito (UFSC) (2008 – 2011). Mestrado em Direito (UFSC) (1998 – 2001). Graduação em Direito (1993 – 1997). Professor de Direito Constitucional. Doutor em Direito, UFSC. É professor da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC) e da Universidade Positivo (UP), Curitiba, PR. Na UNOESC (Doutorado e Mestrado em Direitos Fundamentais) desenvolve a linha de pesquisa em Teoria Constitucional e Segurança Social. Na UP (Mestrado em Direito, Desenvolvimento e Tecnologia) desenvolve a linha de pesquisa em direito e políticas sociais, com ênfase em políticas de seguridade social. Professor convidado do Programa de Doutorado em Direito da Universidad de Talca, Chile (edição 2018). Professor convidado da Pós-Graduação da ESMAFE-RS e ESMAFE-PR, Escola da Magistratura Federal (desde 2013) e da FEMPAR- Fundação Escola do Ministério Público do Paraná (desde 2019). Conselheiro Editorial e avaliador de várias revistas especializadas em direito constitucional no Brasil e no exterior. Avaliador da Revista Springer-Nature, da Revista de Direito da PUC-Lima, Peru, e de várias revistas brasileiras especializadas em Direitos Fundamentais. Editor adjunto da Espaço Jurídico Journal of Law EJJL (Qualis-CAPES A1), do PPG em Direito da UNOESC. Áreas de atuação e de pesquisa: Direito Constitucional, Políticas de Segurança Social, Desenvolvimento; Economia do bem-estar social; Finanças públicas; Direito da Educação (Educação básica e superior); Editoração Científica. PUBLICAÇÕES: ACADEMIA <http://cstrapazzon.academia.edu/research#papers>

RESEARCHGATE: <https://bit.ly/2XkhPMg> ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6595-548X>
CONTATOS: EMAIL: strapazzon.carlos.luiz@gmail.com FONE: 0055-41-9.9989-8078

CÉSAR RODRIGO LANDA ARROYO

Doctor en Derecho (Universidad Alcala De Henares). Concluiu os estudos superiores na Faculdade de Direito da Pontificia Universidad Católica del Perú (1984); Abogado (Pontificia Universidad Católica Del Peru) y Diploma de Estudios Superiores de Administración Pública (Universidad Alcala De Henares), Docente Ordinario – Principal. Docente a tiempo completo (DTC). Departamento Académico de Derecho - Sección Derecho. Email: clanda@pucp.edu.pe

EDUARDO ROCHA DIAS

Doutorado em Direito pela Universidade de Lisboa (2007). Mestrado em Direito - Ordem Jurídica e Constitucional - pela Universidade Federal do Ceará (1997). Possui graduação pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (1992). Atualmente é Procurador Federal - categoria especial - da Advocacia-Geral da União e Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Administrativo e Direito Previdenciário e da Seguridade Social, atuando principalmente nos seguintes temas: direitos fundamentais, previdência social, previdência do servidor público, administração pública e restrições a direitos, previdência privada e direito à saúde, sob as vertentes pública e privada. Integra o Grupo de Pesquisa Núcleo de Estudos sobre Direito do Trabalho e da Seguridade Social - NEDTS, na Universidade de Fortaleza, e também o Grupo Internacional de Pesquisa Desenvolvimento Humano e Segurança Social na América Latina.

ELENA CECILIA ALVITES ALVITES

Doctora en Derecho por la Universidad de Alicante (2004) y docente ordinaria principal de la PUCP. Es directora de la Maestría en Derecho Constitucional y Vice Pdta. de la RED Interamericana de Derechos Fundamentales y Democracia. Se ha desempeñado como Jefa del Programa de Descentralización y Buen Gobierno de la Defensoría del Pueblo del Perú y como Coordinadora de Políticas Públicas del Programa ProDescentralización del USAID/Perú. Sus principales líneas de investigación son derechos fundamentales, derechos sociales, descentralización. Ha prestado asistencia técnica a diversas entidades públicas en materia de descentralización, modernización del Estado y políticas públicas vinculadas al derecho a la educación, derechos de la mujeres, entre otros temas vinculados a la gestión del Estado. ealvites@pucp.edu.pe

GINA VIDAL MARCILIO POMPEU

Estágio Pós-Doutoral em Direito pela Universidade de Lisboa, Portugal (2017), Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2004), Mestrado em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (1994), possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará (1987). Advogada inscrita na OAB-CE sob o n. 6101. Atualmente é Coordenadora e Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza, Mestrado e Doutorado (DINTER) UNIFOR - CIESA. Analista Legislativo Advogada NSP 23 da Assembléia Legislativa do Estado do Ceará. Vice Presidente Nordeste do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação. Professor visitante - Università degli Studi di Palermo, Universidade do Havre. É coordenadora do grupo de pesquisas REPJAAL, Relações econômicas, Políticas, Jurídicas e Ambientais da América Latina cadastrado no CNPQ. Membro da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e

Democracia <http://red-idd.com/> . Membro da Academia Cearense de Letras Jurídicas. Email: ginapompeu@unifor.br

GONZALO AGUILAR CAVALLO

Doutor em Direito (Espanha), Mestrado em Relações Internacionais (Espanha), Mestrado em Direitos Humanos e Direito Humanitário (França). Pós-Doutorado no Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Alemanha). Professor de Direito, Diretor do Mestrado em Direito Constitucional e Sub-Diretor do Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidade de Talca (Santiago, Chile). Advogado (Chile). E-mail; gaguilar@utalca.cl

HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ

Doctor en Derecho Constitucional, Universidad Católica de Lovaina la Nueva, Bélgica (1983). Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile (1976). Licenciado en Ciencias del Desarrollo con mención en Ciencia Política (1978). Diplomado en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Universidad de Róterdam (Holanda) y Universidad Diego Portales (Chile) 1993. Profesor Titular (catedrático) de Derecho Constitucional, Director del Centro de Estudios Constitucionales de Chile y Director del Doctorado en Derecho de la Universidad de Talca. Es abogado. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Talca, Director del Centro de Estudios Constitucionales de Chile y Director del Programa del Doctorado en Derecho de la Universidad de Talca, Chile. Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional (2008-2016). Vice Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Sus temas de investigación versan sobre Derecho Constitucional; Derecho Procesal Constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

INGO WOLFGANG SARLET

Realizou estudos de Pós-Doutorado na Universidade de Munique (bolsista DAAD, 2005, com Prof. Claus-Wilhelm Canaris), como Bolsista e Pesquisador do Instituto Max-Planck de Direito Social, Estrangeiro e Internacional (Alemanha) (2001-2002 e 2003), bem como no Georgetown Law Center (Washington DC, 2004, com Mark Tushnet). Doutor em Direito pela Ludwig Maximilians-Universität- München (1997). Professor Titular da Escola de Direito e dos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito e em Ciências Criminais da Escola de Direito da PUCRS. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da PUCRS (desde 09.12.2006). Coordenador do GEDF (Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Fundamentais - CNPq) e Colíder do Grupo de Pesquisa em Governança Corporativa, Compliance & Proteção de Dados - CNPq. Curso de Direito Constitucional (com Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero), 10 ed., São Paulo: Saraiva, 2021; Princípios de Direito Ambiental (2 ed.) e Direito Ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral, ambos em coautoria com Tiago Fensterseifer, Ed.Saraiva, São Paulo. Constituição e Direito Penal, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016 (com Jayme Weingartner Neto); Curso de Direito Ambiental, 2 ed., Ed. GEN, Rio de Janeiro, 2021, em coautoria com Tiago Fensterseifer).

JOSÉ MARIA SERNA DE LA GARZA

Licenciado y Doctor en Derecho por la UNAM. Maestro y Doctor en Gobierno por la Universidad de Essex (Inglaterra). Licenciado y Doctor en Derecho por la UNAM (México). Profesor en la Facultad de Derecho de la UNAM, impartiendo las materias de garantías

constitucionales y teoría de la constitución. Como profesor visitante, impartió las materias de Derecho mexicano y Derecho latinoamericano en la Universidad de Texas (campus Austin) entre 1997 y 2001. Ha impartido el Seminario de "Globalización y Derecho" en diversas instituciones de educación superior. Actualmente es Profesor en la Facultad de Derecho e Investigador titular B en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Es Investigador Nacional Nivel III del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y de la Academia Mexicana de Ciencias.

MARCO ANTONIO KURRELE

Mestrando do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil/PR. Bolsista do Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições de Ensino Particulares (PROSUP), da CAPES. Membro do Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional - NUPECONST - UNIBRASIL/PR. Integrante do Projeto de Pesquisa: Direito Administrativo e Estado Sustentável: Administração Pública e inovação em prol da realização dos direitos fundamentais - UNIBRASIL/PR. Integrante do Projeto de Pesquisa Compras Públicas Inovadoras - UNICURITIBA/PR. Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar - IDRFB (2018/2019). Especialização em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar - IDRFB (2019/2020). Formação em Direito pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA (2018).

MARCO ANTONIO LIMA BERBERI

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR (2018). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR (2002). Graduado na Universidade Federal do Paraná - UFPR (1993). Pós-graduado pelo Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos - IBEJ (1994). Professor na graduação e no PPGD do Curso de Direito do Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil). Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, seccional Paraná, desde 1994. Procurador do Estado concursado, desde 1996. Foi Procurador Geral do Estado, Diretor Geral da Secretaria de Segurança Pública, Chefe da Coordenadoria Técnica-Jurídica da Casa Civil do Governo do Paraná, Presidente do Instituto de Pesos e Medidas do Paraná (IPEM, autarquia estadual), Presidente do Conselho Administrativo da Companhia de Saneamento do Paraná (Sanepar), Membro do Conselho Administrativo da Companhia de Habitação do Paraná (Cohapar). Atualmente é pesquisador (i) do Núcleo de Pesquisa em Direito Civil-Constitucional da UFPR (Grupo "Virada de Copérnico") e (ii) do Grupo de Pesquisa CNPQ NUPECONST, linha de pesquisa: Direitos fundamentais e relações privadas.

MARIA IGNACIA SANDOVAL GALLARDO

Abogada (Chile), Magíster en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. Asistente de Investigación del Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Profesora Derechos Fundamentales Universidad Andrés Bello, Profesora en Diplomado en Derechos Humanos del Centro de Estudios Constitucionales de Chile de Universidad de Talca (módulo migrantes como grupo en situación de vulnerabilidad).

MÔNIA CLARISSA HENNING LEAL

Pós-doutorado pela Universität Heidelberg (Ruprecht-Karls) (2007). Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2005) e doutorado sanduíche pela Universität

Heidelberg (Ruprecht-Karls) (2004), Mestrado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2001), graduação em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1999). Atualmente é professora concursada da Universidade de Santa Cruz do Sul, onde ministra as disciplinas de Controle Jurisdicional de Políticas Públicas (Doutorado em Direito), de Jurisdição Constitucional (Mestrado em Direito), de Ações Constitucionais e de Metodologia da Pesquisa (Pós-Graduação Lato Sensu) e de Teoria e de Direito Constitucional (Graduação em Direito). É bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq, coordenadora do grupo de pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta". Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, onde também atuou na criação do Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas - CIEPPP e do Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-americana, que contam com recursos do FINEP. Membro do Conselho Superior e do Comitê Assessor da Área de Ciências Humanas e Sociais da FAPERGS.

NATERCIA SAMPAIO SIQUEIRA

Pós-doutorado em Direito econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutorado em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (2011), Mestrado em Direito Tributário pela Universidade Federal de Minas Gerais (2002), Graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará (1998). Professora do curso de Pós-graduação (mestrado e doutorado) em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza e membro do REPJAL. Atua na área da Teoria da Justiça e Justiça Tributária. É procuradora Fiscal do Município de Fortaleza.

OCTAVIO CAMPOS FISCHER

Doutor em Direito Tributário pela Universidade Federal do Paraná (2002). Mestre em Direito Tributário pela Universidade Federal do Paraná (1999). É graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1993). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (Desde julho de 2013). É professor de Direito Tributário do Mestrado, da Especialização e da Graduação nas Faculdades Integradas do Brasil (Unibrasil). Foi professor colaborador do programa de mestrado em direito do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP/DF) em 2012 e 2013. Foi Vice-Coordenador do Programa de Mestrado em Direito da UniBrasil (2010-2011) Tem produção científica com ênfase no Direito Tributário e Direito Financeiro, atuando principalmente nos seguintes temas: Políticas Públicas e Tributação, Controle da Destinação dos Tributos, Direitos Fundamentais do contribuinte, Democracia e Tributação, Sistema Constitucional Tributário. Foi Conselheiro Estadual da OAB/PR. Foi Presidente do Instituto de Direito Tributário do Paraná/PR até junho de 2013.

PAULO RICARDO SCHIER

Realizou estágio pós-doutoral na Universidade de Coimbra (Centro de Democracia e Direito Humanos do IGC, *Ius Gentium Conimbrigae*). Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Paraná. Professor e Pesquisador do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário UniBrasil. Professor Convidado da Universidade de Wroclaw (Polônia). Professor de Direito Constitucional do UniBrasil. Professor de Direito Constitucional no Instituto de Pós-Graduação em Direito Romeu Felipe Bacellar, na Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDCONST) e na Academia de Direito do Centro Europeu. Pesquisador do NUPECONST (Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional), vinculado ao Diretório de Pesquisa do Conselho Nacional de Pesquisas (CNPq). É advogado militante (Sócio do Escritório Schier & Queiroz Barboza Sociedade de Advogados).

SHEILA CAVALCANTE PITOMBEIRA

Doutora em Desenvolvimento e Meio Ambiente (PRODEMA) - pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Mestre em Ciências Marinhas Tropicais, pelo Instituto de ciências do mar labomar-UFC (2007), e em Direito (Direito e Desenvolvimento), pela Universidade Federal do Ceará (2005). Especialização em Gestão Pública pela Universidade Estadual do Ceará - UECE (1996) e graduação em Direito pela UFC (1980). Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado do Ceará. Professora e Pesquisadora da Universidade de Fortaleza - UNIFOR, professora da Escola Superior do Ministério Público do Ceará - ESMP. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Ambiental, atuando principalmente nos seguintes temas: meio ambiente natural, bacias hidrográficas, semiárido e Ministério Público.

SOPHIA FERNANDES ARY

Graduação em andamento em Direito. Monitora Institucional de Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Pesquisadora Bolsista da Fundação Edson Queiroz (PROBIC). Pesquisadora bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq.

E-mail: sophiafernandesary@gmail.com

