

ORGANIZAÇÃO GERAL
Anna Candida da Cunha Ferraz

COORDENADORES
Débora Gozzo (UNIFIEO)
Rodrigo Garcia Schwartz (UNOESC)

III CONGRESSO INTERNACIONAL UNIFIEO

**MÉTODOS DE CASOS EM DIREITOS HUMANOS NOS
TRIBUNAIS: CONVERGÊNCIAS E CONTROVÉRSIAS**
Abril 2016

GT 2 – JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS INFRACONSTITUCIONAIS
EM MATÉRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: LEADING CASES





**III CONGRESSO INTERNACIONAL UNIFIEO
MÉTODOS DE CASOS EM DIREITOS HUMANOS NOS
TRIBUNAIS: CONVERGÊNCIAS E CONTROVÉRSIAS
Abril 2016**

**GT 2 – JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS
INFRACONSTITUCIONAIS EM MATÉRIA DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS: LEADING CASES**



Editor Responsável	Luiz Fernando da Costa e Silva
Reitor e Pró-Reitor Administrativo	Edmo Alves Menini
Pró-Reitor Acadêmico	Nivaldo Elias Pilão
Pró-Reitor de Extensão e Cultura	Fernando Pavan Baptista
Pró-Reitor de Desenvolvimento e Relações Comunitárias	Antônio Cláudio da Costa Machado
Coordenação Editorial	Luiz Rodolfo Ararigboia de Souza Dantas
Comissão Editorial	Ana Maria de Pinho
Projeto Gráfico / Técnico Editorial / Diagramação / Capa	Rodolfo Rodrigues Domingos

Direitos reservados à
EDIFIEO Editora da FIEO

Campus Vila Yara
Av. Franz Voegeli, 300 Bloco Branco
06020-190 Osasco SP Brasil
Fone 11 3651 9980
www.unifio.br
edifio@unifio.br

Ficha Catalográfica elaborada pela Biblioteca Prof. Dr. Luiz Carlos de Azevedo

Congresso Internacional (UNIFIEO/Osasco), 3. abril, 2016

Métodos de casos em direitos humanos nos tribunais: convergências e controvérsias – G2: jurisprudência dos tribunais infraconstitucionais em matéria de direitos fundamentais : leading cases/ organizado por Anna Candida da Cunha da Cunha Ferraz. – Osasco : EDIFIEO, 2016.

95p.

Disponível somente na versão digital

1. Direitos humanos fundamentais

CDU 342.722

Campus Vila Yara
Av. Franz Voegeli, 300
06020-190 Osasco SP Brasil

Campus Wilson
Av. Franz Voegeli, 1743
06020-190 Osasco SP Brasil

ORGANIZAÇÃO GERAL

Anna Candida da Cunha Ferraz

Coordenadores

Débora Gozzo (UNIFIEO)

Rodrigo Garcia Schwartz (UNOESC)



III CONGRESSO INTERNACIONAL UNIFIEO MÉTODOS DE CASOS EM DIREITOS HUMANOS NOS TRIBUNAIS: CONVERGÊNCIAS E CONTROVÉRSIAS

Abril 2016

GT 2 – JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS INFRACONSTITUCIONAIS EM MATÉRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: LEADING CASES



Osasco
EDIFIEO
2018



CONSELHO EDITORIAL / CIENTÍFICO

Ana Maria Viola de Sousa – UNISAL – SP
Anna Candida da Cunha Ferraz – UNIFIEO – SP
Carlos Luiz Strapazzon – UNOESC – SC
Fernando Pavan Baptista – UNIFIEO – SP
Daisy Rafaela da Silva – UNISAL – SP
Débora Gozzo – UNIFIEO – SP
Edson Saleme – UNISANTOS – SP
Eduardo Biacchi Gomes – UNIBRASIL – PR
Elda Coelho de Azevedo Bussinguer – FDV – ES
Ingo Wolfgang Sarlet – PUC – RS
Lucas Gonçalves da Silva – UFS – SE
Luis Rodolfo A. de Souza Dantas – UNIFIEO – SP
Márcia Cristina de Souza Alvim – UNIFIEO – SP
Margareth Anne Leister – UNIFIEO – SP
Natércia Sampaio Siqueira – UNIFOR – CE
Norma Sueli Padilha – UNISANTOS – SP
Regina Vera Villas Bôas – UNISAL – SP
Riva Sobrado de Freitas – UNOESC – SC
Samyra Napolini Sanches – CONPEDI – BR
Thais Novaes Cavalcanti – UNIFIEO – SP



ORGANIZADORES

Anna Candida da Cunha Ferraz (UNIFIEO/SP)

Possui graduação em Direito em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito Universidade de São Paulo (1956), mestrado em Direito pela Faculdade de Direito Universidade de São Paulo (1974) e doutorado em Direito pela Faculdade de Direito Universidade de São Paulo (1982). Tem o Título de Livre-Docente pela FD/USP (1994) e de Professora Associada da mesma Instituição. Atualmente é professor titular e coordenadora do Mestrado do Centro Universitário Fieo - UNIFIEO. Coordena a Revista Mestrado em Direito (UNIFIEO) - impressa e *on line*, e é co-organizadora da Revista Acadêmica de Direitos Fundamentais (digital) do corpo docente desta Instituição. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: direitos fundamentais, direito constitucional, jurisdição constitucional, controle de constitucionalidade e constituição de 1988.

Débora Gozzo (UNIFIEO/SP)

Pós doutora pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, em Hamburgo/Alemanha, com bolsa da Alexander von Humboldt-Stiftung. Doutora em Direito pela Universität Bremen/Alemanha (1995), Mestre em Direito pela Westfälische Wilhelms-Universität Münster/Alemanha (1992) e Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo (1989). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (1982). Professora Titular da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu. Ex-Professora Titular e Pesquisadora do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Fieo - UNIFIEO; Assessora *ad hoc* da FAPESP. Tem experiência na área do Direito Civil, Direito do Consumidor, Direitos Fundamentais e Bioética. Finalista do Prêmio Jabuti de 2013 (Bioética e Direitos Fundamentais).

Rodrigo Garcia Schwarz (UNOESC/SC)

Professor do PPGD da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC), com estágios pós-doutorais no *Ius Gentium Conimbrigae* - Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal), no Centro de Estudios Avanzados (CEA) da Universidad Nacional de Córdoba (Argentina) e na Fundación Centro Internacional de Educación y Desarrollo Humano (CINDE) - Universidad de Manizales (Colômbia), Doutor em Direito (Direito do Estado) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Doutor em Direito (Direito do Trabalho e da Seguridade Social) pela Universidad de Castilla-La Mancha (Espanha) e Doutor em História (História Social) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Juiz do Trabalho (Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região - São Paulo). Atua na área do Direito, com ênfase em Direitos Fundamentais Sociais (Relações de Trabalho e Seguridade Social), desenvolvendo especialmente os seguintes temas de pesquisa: morfologias das relações de trabalho e seguridade social e princípios e direitos fundamentais no trabalho (Declaração de 1998 da OIT) - a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; c) a abolição efetiva do trabalho infantil; e d) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.



AUTORES

Elda Conceição de Miranda Russo

Mestranda em Direito pelo Centro Universitário FIEO – UNIFIEO

Priscila Zinzynszyn

Advogada, Chefe de Escritório de Advocacia, Mestranda em Direito pelo Centro Universitário FIEO – UNIFIEO.

Maria Isabel Leite Silva de Lima

Possui graduação em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2012). Especialização lato sensu em Gestão Ambiental e Sustentabilidade pela Universidade Federal de São Carlos - UFSCAR (2015). Mestranda em Direito Ambiental na Universidade Católica de Santos - UNISANTOS. Advogada com experiência na área ambiental.

Marlene dos Santos Vilhena

Mestre e Doutoranda em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), especialista em Direito Matrimonial Canônico (2011), especialista em Mídia na Educação pela Universidade Federal do Amapá (2010), Graduada em Direito pelo Centro de Ensino Superior do Amapá (2010), Graduada em Letras pela Universidade Federal do Pará (1993). Exerce o cargo de Professora concursada do Estado do Amapá desde 1994, com atuação especializada em Mídias na Educação. Professora Assistente na Graduação e no Núcleo de Prática Jurídica (NPJ) em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Atuando nos seguintes temas: A Contemporaneidade do Instituto da Responsabilidade Civil e Direito Ambiental.

Regina Vera Villas Bôas

Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1980), mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1995), doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2002) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2009). Atualmente é professor titular da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, professor titular do Centro Universitário Salesiano de São Paulo, avaliadora do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, serviços técnicos especializados - Tribunal de Justiça de São Paulo, membro colaborador da comissão dos direitos d - OAB-SP e pesquisadora do Centro Universitário FIEO. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Interesses e Direitos Difusos e Coletivos, atuando principalmente nos seguintes temas: direito civil, dignidade da pessoa humana, responsabilidade civil, direitos humanos e direitos difusos e coletivos.



SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	10
Débora Gozzzo e Rodrigo Garcia Schwarz.	

GT 2 – JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS INFRACONSTITUCIONAIS EM MATÉRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: LEADING CASES.

DIREITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE IMPRENSA À LUZ DE DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	12
Elda Conceição de Miranda Russo	

O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS.....	33
Priscila Zinczynszyn	

UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO STF E O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE SADIO E ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO, QUE NÃO PODE SER CONSIDERADO SEM ÁGUA, BEM AMBIENTAL ESSENCIAL À VIDA SADIA.....	61
Regina Vera Villas Bôas Marlene dos Santos Vilhena	

UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA PAULISTA SOBRE A TUTELA AMBIENTAL E A RESPONSABILIDADE DOS MUNICÍPIOS.....	75
Maria Isabel Leite Silva de Lima	



APRESENTAÇÃO

Entre os dias 6 a 9 do mês de abril de 2016, o programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Fieo – UNIFIEO - realizou o “III Congresso Internacional Método do Caso em Direitos Humanos nos Tribunais,” que contou com a participação de professores nacionais e internacionais (Argentina e Portugal, especialmente), bem como de mestrandos de vários programas de Mestrado do país.

Fui convidada a presidir, juntamente com o Professor Doutor Rodrigo Garcia Schwarz do Mestrado da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC, o Grupo de Trabalho 2, que teve o seguinte tema: Jurisprudência dos Tribunais Infraconstitucionais em Matéria de Direitos Fundamentais: *leading cases*. Os trabalhos apresentados suscitaram enorme interesse e discussões muito profícuas, em razão da atualidade e da importância dos temas escolhidos pelos seus autores. Ouvir e trocar ideias sobre o direito fundamental à saúde, questionando, de certo modo, o papel do judiciário na garantia da obtenção de medicamentos de alto custo (Priscila Zinzynszyn); a tutela ambiental e a responsabilidade dos municípios perante o Judiciário paulista (Maria Isabel Leite Silva de Lima); a liberdade de expressão e de imprensa (Elda Conceição de Miranda Russo); e, por fim, o direito fundamental à água, elemento essencial para a manutenção da vida de todos os seres vivos (Regina Vera Villas Boas/Marlene dos Santos Vilhena).

A leitura do livro que ora se traz a lume, portanto, será não só agradável a todos aqueles que se interessam pelo tema dos direitos fundamentais e sua análise pelos Tribunais infraconstitucionais, mas igualmente instigante. Estou certa de que ao chegar ao seu final, o leitor quererá mais!

Abraço a todos!

Débora Gozzo

Rodrigo Garcia Schwarz



**GT 2 – JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS
INFRACONSTITUCIONAIS EM MATÉRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: *LEADING CASES***





DIREITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE IMPRENSA À LUZ DE DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988.

FREEDOM RIGHT OF EXPRESSION AND PRESS IN ACCORDANCE WITH THE SUPREME FEDERAL COURT DECISIONS AND THE BRAZILIAN CONSTITUTION OF 1988

Elda Conceição de Miranda Russo

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Conceito de liberdade. 2.1 Liberdade de pensamento e liberdade de expressão. 3 Breve conceito histórico de liberdade de pensamento e de expressão. 3.1 Breve conceito histórico de liberdade de pensamento e de expressão no brasil. 4 Liberdade de expressão e democracia. 5 Liberdade de expressão e ordem pública. 6 Liberdade de expressão e lei de imprensa no brasil. 7 Direito à informação. 8 Direito de liberdade de expressão e de imprensa no brasil à luz da Constituição de 1988. 9 Estudo de *leading case*. 10 Considerações finais. 11 Referências.

RESUMO: O homem é social e precisa-se comunicar-se. No pensamento de uma pessoa tudo pode acontecer. Liberdade de pensamento é a liberdade de ideias, pelo qual os indivíduos defendem suas posições, visões sobre um fato, ciência, religião, suas convicções. A democracia é essencial para o desenvolvimento de uma nação e sempre correspondeu a um processo histórico da humanidade, ligado a própria evolução da sociedade e à organização de um povo livre.

Palavras-Chave: Liberdade de Pensamento. Liberdade de Expressão. Democracia. Lei de Imprensa. Direito à Informação

ABSTRACT: Man is always a social kind of person and needs to communicate. In a person's thinking everything can happen. Freedom of thought is the freedom of ideas, by which individuals defend their positions and their visions about a fact, science, religion, convictions. Democracy is essential for the development of

a nation and has always corresponded to a historical process of humanity linked to the very evolution of society and the organization of a free people.

Keywords: Freedom of thought; Freedom of expression; Democracy; Press Law; Right to Information.

1. INTRODUÇÃO

Ninguém sai, por vontade própria, de um absolutismo para outro, nem de seu país livre para países sem liberdade. Nem de qualquer país para outro, onde lhe espera condição econômica inferior, igual ou pouco melhor. Pontes de Miranda.

O homem é um ser social e criador da sua própria história, de suas relações com a natureza, e de suas relações sociais.

A globalização mudou o modo das pessoas se relacionarem, por conta da intensificação da circulação de capital, de pessoas, de trabalho e informação. Com isso, houve um aumento exponencial das relações interpessoais, nos contextos diversos surgindo assim vários conflitos de ordem econômica, social, conflitos intersubjetivos caracterizados pela desproporção de forças entre indústrias, trabalhadores, consumidores, conflitos entre particulares.

A sociedade evolui concomitantemente com seus ideais de valores e surgem vários interesses tanto individuais quanto coletivos gerando uma crise de direitos que transcendem a esfera política obrigando aos Estados a tutela de direitos e garantias para por fim aos litígios.

É inerente à natureza humana a comunicação, ser social, e com a globalização, aos homens ficou mais fácil comunicarem-se, tornarem-se mais livres, pois ampliam seus conhecimentos, dominam suas necessidades, e quanto mais adquire conhecimento, mais alcançam a liberdade.

A Constituição Federal de 1988 prevê o direito de informação, devendo a comunidade receber as notícias, fatos de interesse e manifestações dos cidadãos através dos meios de comunicação.

Por isso que esse estudo se faz mostrar a importância da liberdade, pois parece que seu conteúdo vai se ampliando com a evolução humana, em cada momento histórico o que nos preocupamos aqui em realçar a liberdade de pensamento que está intimamente ligada à liberdade de expressão com fundamento de que o homem vai se libertando na história através do conhecimento, do domínio da natureza, no domínio de culturas e leis.

2. CONCEITO DE LIBERDADE

Os homens que quiseram ser livres, isto é, que quiseram poder dizer o que pensavam e poder fazer o que achavam certo, tinham alguma coisa que merecia ser dita, ou ser feita. Pontes de Miranda

A Liberdade é classificada pela filosofia, como a independência do ser humano, o poder de ter autonomia e espontaneidade, porém, de acordo com doutrinadores é muito difícil conceituar liberdade, pois cada qual tem sua concepção de liberdade, portanto, escolhemos algumas definições de alguns doutrinadores, vejamos:

O que é válido afirmar é que liberdade consiste na ausência de toda coação *anormal, ilegítima e imoral*. Daí se conclui que toda lei que limita a liberdade precisa ser lei normal, moral e legítima, no sentido de que seja consentida por aqueles cuja liberdade restringe. (SILVA, 2014, p. 324).

Para Pontes de Miranda (PONTES DE MIRANDA, 2012) “Ser livre significa não ser sujeito à outrem”.

Para Paulo Gustavo Gonet Branco:

As liberdades são proclamadas partindo-se da perspectiva da pessoa humana como ser em busca da autorrealização, responsável pela escolha dos meios aptos para realizar as suas potencialidades. (*apud* MENDES, 2012, p. 298).

Vários foram os filósofos que estudaram sobre a liberdade, como Marx, Descartes, Kant e outros. Mas para Descartes a liberdade é motivada pela decisão do próprio indivíduo, mas muitas vezes essa vontade depende de outros fatores, como dinheiro ou bens materiais.

Ao nosso pensar liberdade está ligada ao livre arbítrio do homem que decide o que vai ou não fazer, podendo agir de acordo com sua vontade, é a sensação de não depender de ninguém, de acordo o entendimento de Pontes de Miranda (PONTES DE MIRANDA, 2012).

2.1. LIBERDADE DE PENSAMENTO E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A humanidade submeteu a liberdade a experiência no vivo. Pontes de Miranda.

Liberdade de pensamento é a liberdade de ideias, pela qual os indivíduos defendem suas posições, visões sobre um fato, ciência, religião, e consta na Declaração Universal dos

Direitos Humanos em seu artigo XVIII, que expressa que “todas as pessoas têm direito à liberdade de pensamento, consciência e religião”.

Este, também, é o entendimento de Sampaio Dória assumido por José Afonso Da Silva:

A liberdade de pensamento – segundo Sampaio Dória- “é o direito de exprimir, por qualquer forma, o que pense da ciência, religião, arte, ou que for. Trata-se de liberdade de conteúdo intelectual e supões contacto do indivíduo com seus semelhantes, pela qual, “o homem tenda, por exemplo, a participar a outros suas crenças, seus conhecimentos, sua concepção do mundo, suas opiniões políticas ou religiosas, seus trabalhos científicos. (SILVA, 2012, p. 243)

A liberdade de pensamento abrange, também, a liberdade de consciência; é a capacidade dada a um indivíduo, que lhe permite expressar opiniões e crenças sem ser censurado.

Já a liberdade de expressão é a forma de como os pensamentos de cada indivíduo, suas concepções sobre determinados assuntos, como crença, religião, política, serão exteriorizados, por exemplo, como forma de opinião, comunicação, informação.

Sabemos que pensar é inerente da natureza humana, e expressar o pensamento é o que diferencia os seres humanos, portanto, a liberdade de expressão é ter o homem a liberdade de dizer, pensar, adotar uma posição, uma convicção sobre o que se crê.

O pensamento de cada ser está ligado à sua intimidade, em sua consciência e pode ser o mais absurdo possível, porém, ainda, não se descobriu como desvendar os pensamentos, não se podendo punir só pelo pensar, e isso é o mais incrível no ser humano, sua mente e seus infinitos pensamentos.

Esse, também é o entendimento de Nelson Oscar de Souza quando menciona que “o pensar, o raciocinar, o refletir são absolutamente livres, pois que a ninguém e a nenhum organismo é lícito invadir essa esfera da interioridade humana” (*apud* KRIEGER, acesso em agosto de 2015).

A liberdade de pensamento e a de expressão estão previstas na Constituição de 1988 em seu artigo 5º, incisos IV e IX, e artigo 220, §2º, que assim prescrevem:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e a propriedade, nos termos seguintes: (grifamos)
IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
(...)

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença

Art. 220 A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.
§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Como se anotou acima, a liberdade de pensamento e a de liberdade de expressão são, portanto, imprescindíveis para a realização plena do homem e estão garantidas na Constituição de 1988, no rol de direitos e garantias fundamentais, pois garantir o direito à liberdade de pensamento e de expressão é a base de uma sociedade justa.

3. BREVE CONTEXTO HISTÓRICO DE LIBERDADE, LIBERDADE DE PENSAMENTO E LIBERDADE DE EXPRESSÃO.

*As populações que afluíam queriam “viver”. Era, gente que não ia esperar a outra vida. E lá deparou com o que se lhe prometia: Tens de fazer o teu próprio caminho; as possibilidades estão aí- tenta!
Pontes de Miranda.*

A liberdade sempre foi de máxima importância para a humanidade. Desde os primórdios, antes de Cristo, no Egito, onde o poder era absoluto, a sociedade era massacrada pela violência, pois não havia evolução de ideias como liberdade, democracia, igualdade.

Os judeus eram governados pelos juizes e tiveram a liberdade por determinado período, pois quiseram imitar os povos vizinhos de serem governados por rei, mas não poderiam imaginar que essa escolha seria por fim às vossas liberdades pelo motivo de que quando eram governados pelos juizes suas liberdades eram baseadas na lei, ou seja, o que a lei não proibia era permitido, ao passo que quando escolheram ser governados por reis, o mal chegou aos judeus. (PONTES DE MIRANDA, 2012, p. 343)

O absolutismo nasceu entre os judeus quando Samuel corou Saul e este corou o filho Roboão, que era duro e dizia: “Meu pai bateu em vós com varas; eu vos espancarei com chicotes de pontas de ferro”, (Reis III, 12, 4 e 14). Então se viram os judeus desolados, sem direito à liberdade e sujeitos a condenações sem processos.

Na Grécia surgem os ideais políticos mais modernos, como justiça, liberdade e democracia, porém era comum aos gregos terem escravos para fazerem serviços manuais podendo tal escravo alcançar sua liberdade em face dos bons serviços prestados aos seus donos.

Aristóteles era a favor da escravatura, acreditava que era normal e válida a condição de escravo, pois se os trabalhos braçais se fossem executados pelos escravos os cidadãos teriam mais tempo de dedicar-se à política.

Era nas Ágoras (praças públicas) de Atenas que os cidadãos costumavam-se reunir-se para deliberar sobre assuntos do estado, direito dado a todos os cidadãos, o direito à voz, menos a escravos, mulheres e estrangeiros.

Uma série de documentos históricos foi ao longo dos séculos e da humanidade se formando e se concretizando para alcançar a plena realização do homem e assegurar a liberdade de pensamento e a liberdade de expressão, assim, como a Magna Carta de 1215, visto esta como um dos documentos mais importantes no desenvolvimento da democracia moderna, sendo considerada um ponto crucial na luta para estabelecer a liberdade.

Na Inglaterra documentos tais como a *Petition of Rights*, de 1628, asseguravam uma série de liberdades e de direitos e o *Habeas Corpus Act*, de 1679, assegurava a liberdade física como garantia frente ao rei.

Em 1787 surge uma das primeiras Constituições escritas, na Filadélfia, a Constituição dos Estados Unidos, inspirada em ideias jusnaturalistas, e que entre os anos de 1789 e 1791, recebeu 10 (dez) emendas que constituíram assim, como a declaração dos direitos nos EUA, o *Bill of Rights* federal.

Esta declaração dos direitos protege a liberdade de expressão, a liberdade de religião, a liberdade de petição. Ela, também, proíbe a busca e a apreensão sem razão jurídica adequada, proíbe que o Congresso faça qualquer lei em relação ao estabelecimento de religião e proíbe o governo federal de privar qualquer pessoa da vida, da liberdade ou da propriedade sem os devidos processos da lei.

A França promulgou a *Déclaration des Droits de l'Homme et Du Citoyen* em 1789, para por fim à monarquia absoluta, texto recepcionado pela Constituição em 1791, pelo qual se tratou de liberdade de pensamento, de opinião, livre comunicação de pensamentos, em seus artigos X e XI.

Devido à Segunda Guerra Mundial de 1939 até 1945, o mundo era outro, principalmente pelo grande massacre humano que se deu durante o período de guerra, durante o qual não foi respeitado nenhum direito fundamental, em especial a vida, o direito de pensamento, de expressar-se, de opinião. Milhões de pessoas foram mortas, outras ficaram sem lar e passando fome.

Por este motivo em abril de 1945, delegados de cinquenta países reuniram-se em San Francisco para a Conferência das Nações Unidas na Organização Internacional, cheios de esperança e seus objetivos maiores eram promover a paz e prevenir futuras guerras criando a Carta das Nações Unidas.

A Carta das Nações Unidas, em seu preâmbulo prescreve que:

“NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do

homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla” (BRASIL. DECRETO nº 19.841, de 22 de outubro de 1945).

A Carta da nova organização das Nações Unidas entrou em efeito no dia 24 de outubro de 1945, uma data que é comemorada todos os anos como o Dia das Nações Unidas.

Também, em 1948, sob a presidência Eleanor Roosevelt, a viúva do presidente Franklin Roosevelt, e delegada dos Estados Unidos nas Nações Unidas, foi elaborado um documento que viria a converter-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos, referindo-se Eleanor Roosevelt à Declaração como a Carta Magna Internacional para toda a Humanidade, e que foi adotada pelas Nações Unidas no dia 10 de dezembro de 1948.

Em seu preâmbulo e no Artigo 1.º, a Declaração proclama inequivocamente os direitos inerentes de todos os seres humanos: (...) “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos”.

Em seu artigo 4º preleciona: “Ninguém será mantido em escravidão ou em servidão; a escravidão e o trato dos escravos, sob todas as formas, são proibidos”. E em seu artigo 19 prescreve que:

Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão.

Foram através desses documentos históricos que a luta pelos direitos fundamentais passa a ser ponto crucial e os direitos humanos são incorporados nas Constituições de todos Estados com intuito de preservar a dignidade da pessoa humana.

3.1. BREVE CONTEXTO HISTÓRICO DA LIBERDADE DE PENSAMENTO E DE EXPRESSÃO NO BRASIL NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Convencer, em vez de vencer. Toda democracia sã tende a isso. Pontes de Miranda.

No Brasil, a Constituição do Império consagrava a garantia da liberdade de expressão, o que foi preservado até a Constituição de 1937. No período conhecido como Estado Novo durante o governo do Presidente Vargas, a liberdade de pensamento desaparece e

a censura toma conta do Brasil, reprimindo de todas as formas a liberdade de expressão, como livros, músicas, informações jornalísticas, como meio de impedir a publicação ou a reprodução de determinadas informações.

A Constituição de 1946 assegura, no novo ordenamento jurídico, a manifestação do pensamento. O texto constitucional dispunha a livre manifestação do pensamento, sem censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, por abusos cometidos, conforme disposição legal.

Getúlio Vargas, ao ocupar o poder novamente, se preocupou em editar a lei da imprensa (Lei 2083 de 1953) com a devida regulamentação dos crimes de imprensa.

A Constituição de 1967, outorgada nos governos militares, não aboliu de vez, o direito a liberdade de pensamento, mas impôs uma delimitação que restringia sua aplicação, restringindo ainda a liberdade de livre manifestação ao pensamento, ao impor sanções jurídicas a todo aquele que abusasse do direito individual com o objetivo de opor-se ao governo. Essa disposição ficou explícita nos artigos 15, parágrafo 8º e 151, vejamos:

Art. 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 8º É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe.

Art. 151 - Aquele que abusar dos direitos individuais previstos nos §§ 8º, 23. 27 e 28 do artigo anterior e dos direitos políticos, para atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção, incorrerá na suspensão destes últimos direitos pelo prazo de dois a dez anos, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação civil ou penal cabível, assegurada ao paciente a mais ampla, defesa.” (BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1967).

A atual Constituição Federal, promulgada em 5 de outubro de 1988, conhecida como Constituição cidadã, traz várias inovações em relação a liberdade de manifestação do pensamento, dando maior amplitude no rol de direitos e garantias individuais insculpidos nos artigos 5º, incisos IV, VIII, IX, 220, como mencionado acima.

4. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DEMOCRACIA

O homem ocidental dormia. Quando despertou, reencontrou Aristóteles. Pontes de Miranda.

A democracia, sempre foi um processo histórico na evolução da humanidade ligada e ligado a própria evolução da sociedade visando à organização de um povo.

A liberdade é inerente ao ser humano; cada indivíduo, por interesses pessoais individuais, aspira a liberdade, mas ao mesmo tempo a limita como veremos mais à frente no tópico da liberdade de expressão e ordem pública.

Para que uma democracia seja exercida a sociedade deve ser bem-educada e informada, pois o acesso à informação que é uma das várias formas de manifestação da liberdade de pensamento permite aos indivíduos de uma sociedade participar plenamente da vida pública podendo, inclusive, criticar o governo e/ou políticas insensatas.

O princípio da liberdade de expressão deve ser protegido pela Constituição de um Estado democrático, pois a liberdade de expressão sobre política, governo, religião, credo é essencial e vital para qualquer democracia. Um governo democrático, não censura opiniões contrárias, mas, ao contrário, debate livremente a melhor opção desejada e tem menos probabilidades de evitar injustas graves.

Um povo deve ser livre para exprimir suas ideias, críticas abertas, opiniões públicas a qualquer momento de forma oral ou escrita, através da arte, ou da música, pois quem gostaria de imigrar para um Estado onde não há liberdade, onde não há liberdade de expressão, não há liberdade de crença?

No Brasil, nos dizeres de Pontes de Miranda, a nossa história sempre foi de luta por liberdade, o povo sempre lutou, fomos infelizes, mas sempre lutamos, mas não foi insignificante, vejamos:

No Brasil, que nos abstemos de expor aqui, tão familiar é o assunto aos leitores, a luta pela liberdade começou cedo. É a nossa história, quase toda. Ainda não temos outra. Não se diga que o povo não lutou. Lutou. Foi infeliz. Perdeu sempre, ou venceu por pouco. Mas esse pouco tempo não foi insignificante. (PONTES DE MIRANDA, 2002, p. 371)

A liberdade de expressão, como direito fundamental deve ser protegida pelo Estado Democrático de Direito exigindo que o governo se abstenha de limitá-la, ou censurá-la, pois é a essência da democracia, pelo qual permite um debate caloroso entre os que estão em profundo desacordo, mas não o impede, mas convence ao invés de vencer. Sem a liberdade de expressão, só há força.

5. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E ORDEM PÚBLICA

Ora, a força é irracional, não admite análise moral e crítica. Pontes de Miranda.

Como já dito, a liberdade de expressão é um direito fundamental, mas será que numa sociedade livre pode o homem se expressar de qualquer maneira, sobre o quiser, sobre quem quiser, sem interferência?

Aqui se faz uma reflexão até onde pode ir a liberdade de pensamento e a liberdade de expressão, existem limites, existem penalidades?

Acreditamos que a resposta não seja tão simples, se pensarmos em tudo em que foi mencionado acima sobre democracia, pois se a democracia protege tais liberdades, para que um Estado de Democrático Direito exista ele tem em sua essência as mais diversas formas de liberdade.

E é ao lado disso que a ideia de um Estado Democrático de Direito nos faz pensar que para ter esta característica ele deve primordialmente ter uma Constituição que regulará todos os atos da sociedade, regulamentando o convívio social; respeitando a individualidade e a intimidade de cada um de seus membros e o bem coletivo, através do estabelecimento de limites expressos legalmente.

Dessa forma, o direito de liberdade de expressão não é absoluto e sim uma manifestação dentro de uma sociedade com regras para que haja um bom convívio social, com respeito ao próximo e a seus bens, mantendo-se, de certa forma, a ordem pública.

É necessário ressaltar que, para Pontes de Miranda, nunca ninguém conseguiu definir o que seria ordem pública e que o conceito nasceu antes de existir a liberdade, senão vejamos:

Que é ordem pública? Como preliminar, lembremos que conceito nasceu antes de existir realmente a liberdade- quando a liberdade era o estado resultante de abstenção voluntária, acidental, ocasional, do soberano. (PONTES DE MIRANDA, 2002, p. 384).

É difícil pensarmos em democracia, e que esta mesma democracia, que limita a liberdade de expressão, mas que possa incitar a violência, a caluniar a reputação de outros, para manter a ordem pública. Ao nosso pensar, sem querer conceituar, mas para tentar elucidar os nossos estudos, temos que a ordem pública é tudo que não causa desordem na sociedade, como atos que incitam o ódio racial ou étnico ou religioso.

De outro lado a democracia nos faz acreditar que quando se restringe a liberdade de expressão de um indivíduo, também, restringimos o de toda a sociedade de receber e debater as informações.

A liberdade serve como instrumento decisivo de controle de atividade governamental e do próprio exercício do poder. Como mencionado acima a liberdade de expressão está inserida numa democracia, mas existe contraposição a esse elemento, os limites dessa liberdade.

A divergência de ideias e o direito de expressar opiniões não podem colidir com os outros direitos fundamentais, respeitando a dignidade da pessoa humana, no caso de colisão de direitos fundamentais caberá o sopesamento dos valores inseridos em cada direito fundamental agredido, mas somente ser restringidos para que a verdadeira democracia possa ser vivenciada.

6. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E LEI DE IMPRENSA NO BRASIL.

Os abusos da liberdade de expressão devem ser reprimidos; mas a quem teríamos a coragem de delegar esse poder? Benjamin Franklin.

A Constituição de 1988 garante a liberdade de transmitir informações e ideias por quaisquer meios de veículos de comunicação. Assim, repete o já previsto no artigo 19, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948; todavia, nem sempre foi assim.

O Brasil passou pelo período da censura por muitos anos, durante o regime militar, com a Lei de Imprensa de 1953; porém o Brasil desde o Império, já dispunha de uma lei de imprensa, Lei de 2 de outubro de 1823. (LANER, 2000, acesso em ago. 2015).

A primeira Lei de Imprensa foi derogada pela Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, posta em prática no período autoritário da Ditadura Militar, mas com Constituição Federal de 1988 esta lei sofreu várias modificações como a legitimação das liberdades de expressão, informação e de imprensa, que se encontra no Título VII, Capítulo V, Da Comunicação Social, artigos 220 à 224.

Assim, o Brasil conheceu duas formas de realização do controle (ou limitação) à liberdade de expressão, a primeira como sendo a censura prévia e a segunda a chamada responsabilidade penal.

A censura prévia consiste em uma análise preliminar sobre a forma de expressão dos pensamentos e informações, indagando-se no caso de informações se estas são ou não verdadeiras, pois a comunicação social não pode distorcer a verdade.

A responsabilização penal consiste na aplicação de dispositivos legais que punem os indivíduos que nos casos de propaganda de guerra, de processos para subversão da ordem política ou social, preconceito de raça, de religião, calúnia, de classe, de informações falsas, ofendem “a moral pública e os bons costumes” (artigo 17 da Lei de Imprensa).

Indubitável é que o mais importante é que a liberdade de expressão garantida na lei de Imprensa também dá o direito de resposta, mesmo já na Lei de Imprensa de 1967, durante o regime militar, o que foi garantido pelo Pacto de San José da Costa Rica e é garantido até os dias atuais com a Constituição de 1988, sendo assegurado, à todos, pessoas físicas ou jurídicas, a retratação de fatos inverídicos.

Diante disso, a liberdade de expressão manifestada em forma de informação tem sua missão de informar, divulgar fatos, difundir conhecimento, transmitir cultura, orientar a opinião pública para a verdade e manter a ordem social.

7. DIREITO À INFORMAÇÃO

Importante demonstrar que existe uma diferença entre liberdade de informação em geral e do direito à informação jornalística, como explicam Marcos Augusto Maliska, Denian Couto Coelho (2013, p. 256), vejamos:

É necessário que, em primeiro lugar, distinga-se o direito à liberdade de informação em geral da liberdade de informação jornalística e, estas duas, do direito à informação. Este, segundo Silva, é coletivo, enquanto aquelas individuais. Sustenta o autor que a própria Constituição de 1988 acolheu essa diferenciação ao dispor no capítulo que trata da comunicação (arts. 220 a 224), a liberdade de informar completada com a liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º IV).

Como se sabe a atividade jornalística serve para informar a sociedade acerca de fatos cotidianos de interesse público, em observância ao princípio constitucional do Estado Democrático de Direito; contudo, ela precisa ser livre e deve sempre agir com a verdade, tendo em vista o direito de informação não ser absoluto, pois nos casos de notícias inverídicas ou que exponham indevidamente a intimidade dos indivíduos acarretando danos à sua honra e sua imagem, acaba por ferir o princípio constitucional da intimidade e o da dignidade da pessoa humana.

O direito à informação é o direito individual de cada pessoa de receber informação através dos veículos de comunicação como, jornais, revistas, internet, programas televisivos, sem censura, porém o direito à liberdade de informação jornalística tem de respeitar o direito ao interesse de todos.

Indubitável que a internet é um marco para a humanidade, pois o mundo se aproximou, pessoas do mundo inteiro se comunicam a todo instante em redes sociais, programas, entrevistas, etc. A internet foi um marco para o século XXI.

De outro lado os veículos de comunicação, principalmente, as matérias jornalísticas devem se ater a tecer críticas com prudência sem ofender com injúria, mas com o intuito de levar à sociedade críticas de interesse da sociedade exercendo a liberdade de pensamento e expressão pautada na democracia.

Como já foi dito acima, nos casos em que tal liberdade expressão extrapole os limites do razoável, causem desordem pública, como incitar o ódio, preconceito, agredir a moral, a honra das pessoas, o responsável poderia ser punido de acordo a Lei de Imprensa mesmo após a CF/1988 (hoje considerada inconstitucional) e ainda ser responsabilizado civilmente pelos danos cometidos.

Assim, o valor de uma sociedade livre está expresso como sendo um dos objetivos da República (CF, art. 3º, I) e pressupõe, certamente, o respeito ao direito de expressão.

8. DIREITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE IMPRENSA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

Como já dito a liberdade de expressão é tão importante num Estado Democrático de Direito que em nossa sociedade está prevista em vários artigos da Constituição consagrado no artigo 5º, inciso IV, estabelecendo que: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”, em seu inciso XIV, que prescreve: “é assegurado à todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao sigilo profissional”, também, pelo artigo 220 que preleciona que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão, e a informação, sob qualquer forma, processo veículo ou informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5, IV, V, X, XII, e XI, proibindo vedar toda e qualquer censura de natureza política. Ideológica e artística.

Pelos artigos supracitados, vê-se a importância com que a Constituição de 1988 se preocupou em garantir a liberdade de expressão de Imprensa, com conteúdo jornalístico com intuito de informar uma sociedade sobre fatos que ocorrem ou ocorreram, pois é direito do povo ter informações adequadas e corretas para saberem opinar e decidir sendo isto uma base fundamental para um Estado Democrático de Direito.

Temos ainda que o parágrafo segundo do mesmo artigo quinto que diz que

os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Por este dispositivo transcrito acima lembramos que o artigo 4º da CRFB, prevê que o Brasil incorpora na nossa Constituição os Tratados Internacionais de direitos humanos, que são equivalentes à Emenda Constitucional, também, descrito no parágrafo 3º da Carta Magna.

Nesse contexto temos o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, adotado em resolução pela XXI Sessão da Assembleia Geral da ONU, em 16 de dezembro de 1966 e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, que dispõe:

1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.
2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou qualquer outro meio de sua escolha.

3. O exercício do direito previsto no § 2º do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:
- a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
 - b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral pública. (TAVARES, 26/01/2010, acesso em ago. 2015)

Outro documento garantindo a liberdade de expressão e de pensamento foi o chamado Pacto de São José da Costa Rica, aprovado pelo decreto legislativo n. 27/92, sendo este documento adotado no âmbito da Organização dos Estados Americanos, a OEA, em 22 de novembro de 1969, que em seu artigo 13 preleciona:

- 1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.
- 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:
 - a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
 - b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. (TAVARES, 26/01/2010, acesso em ago. 2015)

Vale lembrar ainda que a Constituição mais uma vez em seu artigo 5º, inciso X, prescreve que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Pelo exposto no artigo 5º e inciso X, entendemos que em relação aos direitos resguardados todos são relacionados e inerentes à própria vida do homem, podemos dizer que a Constituição em relação à intimidade quer preservar o que é essencial à manutenção da dignidade da pessoa humana.

Esse também é o entendimento de José Afonso da Silva, vejamos:

a intimidade se caracteriza como “ a esfera da vida secreta da vida do indivíduo no qual este tem o poder legal de evitar os demais”, o que é semelhante ao conceito de Adriano de Cupis que define a intimidade (*riservatezza*) como o modo de ser da pessoa que consiste na exclusão do conhecimento de outrem de quando se refira à pessoa mesma. (SILVA, 2014, p. 234)

A par disso é interessante demonstrar aqui que no mesmo artigo supracitado está garantido o direito de indenização à honra, a imagem quando estas forem agredidas e ainda o direito à reposta, proporcional ao agravo, ou seja, a Constituição procura assegurar a todos a garantia dos direitos fundamentais.

Ainda, no tocante ao direito a uma indenização, quando ferida a honra e a imagem de uma pessoa, nem sempre foi assim, pois a Lei de Imprensa do governo militar de 1967 limitava o direito de expressão e pensamento, bem como a extensão da reparação. Isso foi modificado na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, interposta pelo Partido Democrático Trabalhista, conhecida como a ADPF 130 que visava suspender a eficácia de vários dispositivos contidos na Lei de Imprensa DE 1967, tendo em vista que, com a Constituição de 1988, tais dispositivos violavam os artigos 5º, incisos IV, V, IX, X, XIII e XIV e 220 a 223 da CF/88, tendo o STF que decidir como o fez nos termos ditados pelo Ministro Relator, vejamos:

É precisamente isto: no último dispositivo transcrito (o artigo 220), a Constituição radicaliza e alarga o regime de plena liberdade de atuação da imprensa, porquanto fala: a) que os mencionados direitos de personalidade (liberdade de pensamento, criação, expressão e informação) estão a salvo de qualquer restrição em seu exercício, seja qual for o suporte físico ou tecnológico de sua veiculação; b) que tal exercício não se sujeita a outras disposições que não sejam as figurantes dela própria, Constituição. Requite de proteção que bem espelha a proposição de que a imprensa é o espaço institucional que melhor se disponibiliza para o uso articulado do pensamento e do sentimento humanos como fatores de defesa e promoção do indivíduo, tanto quanto da organização do Estado e da sociedade.

(...) É de se perguntar, naturalmente: mas a que disposições constitucionais se refere o precitado art. 220 como de obrigatória observância no desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pela imprensa? Resposta: àquelas disposições do art. 5º, versantes sobre vedação do anonimato (parte final do inciso IV); direito de resposta (inciso V); direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e imagem das pessoas (inciso X); livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII); direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV).

(...) Mas o exercício de tais liberdades não implica uma fuga do dever de observar todos os incisos igualmente constitucionais que citamos no tópico anterior, relacionados com a liberdade de imprensa.

(...) Mas é claro que os dois blocos de dispositivos constitucionais só podem incidir mediante calibração temporal ou cronológica: primeiro, assegura-se o gozo dos sobre-direitos (falemos assim) de personalidade, que são a manifestação do pensamento, a criação, a informação, etc. (...) Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais sobre-situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios. (LOURENÇO, 2011, acesso em ago. 2015)

Diante disso, entendemos que a Constituição, que garante a liberdade de expressão, garante também outros direitos fundamentais, como os direitos à inviolabilidade, à privacidade, à honra e à dignidade humana. Para tanto, quando esses direitos estiverem em conflito, o Poder Judiciário deverá definir qual dos direitos deverá prevalecer, em cada caso, com base no princípio da proporcionalidade preservando assim ao máximo a dignidade da pessoa humana.

9. ESTUDO DE LEADING CASE

Passa-se a seguir ao estudo de um *leading case* relativo à matéria analisada neste texto.

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO
AGTE.(S) : ANSELMO FERREIRA CABA
ADV.(A/S) : MAYRA DE LIMA COKELY ZEN
AGDO.(A/S) : EMPRESA PAULISTA DE TELEVISÃO S/A
ADV.(A/S) : FERNANDO CORRÊA DA SILVA E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) : JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE RIBEIRÃO PRETO
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

EMENTA: RECLAMAÇÃO – ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO À AUTORIDADE DO JULGAMENTO PLENÁRIO DA ADPF 130/DF – EFICÁCIA VINCULANTE DESSA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – POSSIBILIDADE DE CONTROLE, MEDIANTE RECLAMAÇÃO, DE ATOS QUE TENHAM TRANSGRIDIDO TAL JULGAMENTO – LEGITIMIDADE ATIVA DE TERCEIROS QUE NÃO INTERVIERAM NO PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA – LIBERDADE DE EXPRESSÃO – JORNALISMO DIGITAL – PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL – DIREITO DE INFORMAR: PRERROGATIVA FUNDAMENTAL QUE SE COMPREENDE NA LIBERDADE

CONSTITUCIONAL DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO E DE COMUNICAÇÃO – INADMISSIBILIDADE DE CENSURA ESTATAL, INCLUSIVE DAQUELA IMPOSTA PELO PODER JUDICIÁRIO, À LIBERDADE DE EXPRESSÃO, NESTA COMPREENDIDA A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA – TEMA EFETIVAMENTE VERSADO NA ADPF 130/DE, CUJO JULGAMENTO FOI INVOCADO, DE MODO INTEIRAMENTE PERTINENTE, COMO PARÂMETRO DE CONFRONTO – PRECEDENTES – SIGILO DA FONTE COMO DIREITO BÁSICO DO JORNALISTA: RECONHECIMENTO, em “obiter dictum”, DE QUE SE TRATA DE PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL QUALIFICADA COMO GARANTIA INSTITUCIONAL DA PRÓPRIA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO – PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA PELA PROCEDÊNCIA DA RECLAMAÇÃO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (grifos originais)

Trata-se de Ação de Obrigação de Fazer cumulada com indenização por danos morais e materiais para que a Empresa Paulista de Televisão retirasse de circulação do seu site uma reportagem que mencionava abuso de atos praticados por uma Síndica que cometeu vários atos absurdos dentro do condomínio e que por várias vezes, ameaçava os condôminos com a ajuda de um policial e que após a matéria ser veiculada no site do jornal o policial sofreu punição disciplinar e ficou a cidade de Ribeirão Preto ciente dos atos da síndica e do policial.

Em razão de referido procedimento administrativo, impôs-se ao interessado, ora agravante, punição disciplinar cuja motivação foi assim exposta pela autoridade policial militar competente:

Aprovo o ato praticado pelo Cmt da 1ª Cia do 51º BPM/I, posto que, ao aplicar a sanção, considerou a natureza da falta, os motivos determinantes, os danos causados, a personalidade do agente, seus antecedentes e a intensidade do dolo/culpa.

Dê-se ciência ao interessado.

Publique-se em Boletim Interno, observando-se o contido no item 1 da publicação inserta no Bol G PM Nº 230, edição de 11DEZ09 (NotaCORREGPM-65/370/09).

Façam-se as anotações de estilo (Programa de punições, Programa de controle de Procedimentos e Planilha da Corregedoria PM).

Arquivem-se os autos no SJD do 51º BPM/I, depois de esgotados os prazos recursais.” (grifos originais)

Esse, pois, o contexto que motivou a concessão do provimento antecipatório que ordenou a exclusão da notícia questionada, que havia sido divulgada no “site” da empresa jornalística, em primeira Instância, e o Tribunal de Justiça de São Paulo manteve a decisão informando que não houve afronta à Liberdade de Expressão.

Assim, a Empresa Jornalística, reclamante, interpôs Recurso Extraordinário ao STF alegando que:

A parte reclamante, ora agravada, para justificar o alegado desrespeito à autoridade decisória do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 130/DF, afirma, em síntese, o que se segue:

Com efeito, ao determinar que a reclamante retirasse do seu ‘site’ a matéria jornalística, a r. decisão solapou a autoridade da decisão proferida pelo egrégio Supremo Tribunal Federal na ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, que declarou a não recepção da chamada ‘Lei de Imprensa’ (Lei nº 5.250/1967) pela Constituição de 1988, constituindo, assim, censura na forma mais direta que um veículo de comunicação pode sofrer.

A reportagem em questão foi embasada em diversos elementos de prova (testemunhal e documental) e não procurou denegrir deliberadamente a imagem daquele requerente, mas apenas relatar situação de extrema relevância e de interesse da população.

Diversas testemunhas corroboraram os fatos lá narrados, confirmando a atuação de Anselmo Ferreira Caba como segurança particular da síndica do Condomínio Jardim das Pedras – o que gerou a sanção disciplinar.

A reportagem, a bem de ver, **não se baseia exclusivamente na conduta daquele requerente** – que, na qualidade de policial, estava fora do expediente de trabalho portando arma de fogo, em descompasso com a legislação aplicável –, mas em diversas irregularidades que vêm ocorrendo dentro do condomínio em questão (vide reportagens que seguem acostadas).

Após várias denúncias dos moradores, entre as quais se destacam os crimes de ameaça, injúria e abuso de poder, a equipe de reportagem do reclamante houve por bem investigar os fatos, o que deu ensejo à matéria em questão.

As arbitrariedades expostas na aludida reportagem que ocorreram no Condomínio Jardim das Pedras, na cidade de Ribeirão Preto/SP, constituem fato público e notório, que inclusive motivaram a propositura de diversas demandas judiciais, tanto na esfera criminal, quanto na esfera civil, contra a então síndica, Vera de

Lourdes Ferreira, assim como procedimento administrativo contra aquele requerente, a culminar em sanção disciplinar.

Destarte, por não se tratar de divulgação deliberada de informação falsa, **mas, sim, obtida a partir de fontes jornalísticas**, a manutenção da r. decisão singular proferida pela autoridade reclamada **viola a autoridade da decisão proferida na mencionada ADPF 130**, constituindo evidente censura prévia. (STF, AG. REG. na RECL. 21.504 - SÃO PAULO, 2015)

Após, o Ministério Público Federal opinou pela procedência da presente reclamação em parecer assim ementado: “Reclamação. Censura a veículo de imprensa. Arguido desrespeito à autoridade da decisão proferida na ADPF 130. Parecer pela procedência.”

O STF julgou procedente a presente reclamação, por entender configurada ofensa à autoridade da decisão da Corte proferida, com efeito vinculante, na ADPF 130/DF, que levou a constatar a ocorrência, na espécie, de verdadeira censura judicial em matéria de liberdade de imprensa e direito à informação e liberdade de pensamento.

10. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Grande mal do público, no século XX, com a sua preocupação absorvedora do imediato e do prático, está em crer que as convicções filosóficas, metafísicas, ou as tendências emocionais, não são causa de atitudes decisivas, na vida e nas instituições. Surpreendente é que, no mesmo tempo em que se desceu à análise das almas e do comportamento, assim, dos indivíduos como das massas, seja tão discrepante da psicologia recente esse descrever de causação entre inferior e o exterior do homem. Pontes de Miranda.

Como dito, pensar é o que nós, humanos, fazemos. A comunicação é essencial para o homem se socializar expondo cada um suas ideias ou convicções em grupo.

A partir de todo explanado vislumbrou-se a luta da humanidade em busca da liberdade. A liberdade é a escolha que cada pessoa possui de fazer ou deixar de fazer algo e a liberdade de pensar é, portanto, totalmente livre, cabendo a cada pessoa controlar aquilo que pretende exteriorizar.

Já a liberdade de expressão é o momento em que o pensamento passa ser exteriorizado de forma escrita, oral, opiniões, informações ou qualquer outro modo de expressar-se. É tão importante para a democracia que existe na maioria dos países.

Em vários documentos históricos já constava o direito de liberdade, de liberdade de pensamento, mas foi após vários períodos de guerras, de massacres humanos que a humanidade buscou na democracia o direito de liberdade para que não sucumbisse.

De outro lado vimos que mesmo com a democracia tão em alta a manifestação do pensamento é passível de responsabilidades caso não mantenha um respeito à harmonia social, pois não seria cabível expor e desonrar a vida moral de seus semelhantes, cabendo, pois, ao Estado impor limites através de leis.

No Brasil, a liberdade de pensamento está contida na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso IV, considerada como um direito fundamental e ainda temos a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67) que, em quanto vigeu, parece totalmente inadequada diante da Constituição cidadã de 1988, pois ao mesmo tempo em que permite a liberdade de expressão, lhe impõe limites e penalidades ferindo vários dispositivos constitucionais.

O *leading case* proposto foi importante para a análise sob a ótica da liberdade de imprensa, do direito de informar e de esclarecer a sociedade, pois os cidadãos com acesso à informação têm melhores condições de atuar, de escolher seus candidatos, de articular suas ideias, de tomar parte nas decisões que lhe dizem respeito diariamente. Uma sociedade bem informada será uma sociedade educada e mais próspera.

Acredito que o mais incrível no ser humano é pensar e é impossível punir o pensamento ainda não exteriorizado.

11. REFERÊNCIAS

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 02 ago. 2015.

BRASIL. DECRETO nº 19.841, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm>. Acesso em: 02 ago. 2015.

COELHO, Couto Denian; MALISKA, Marcos Augusto. Reflexões sobre o direito à liberdade de expressão e o princípio da isonomia. In. ALEXY, Robert, et. al. (orgs). **Níveis de Efetivação Dos Direitos Fundamentais Cíveis e Sociais: um diálogo Brasil e Alemanha**. Joaçaba: UNOESC, 2013. p. 255-280.

KRIEGER, Mauricio Antonacci. O direito fundamental à liberdade de pensamento e de expressão. **Portal E-Gov**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-direito-fundamental-da-liberdade-de-pensamento-e-de-express%C3%A3o>>. Acesso em: 03 de ago. 2015.

LANER, Vinícius Ferreira. A Lei de Imprensa no Brasil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 48, 1 dez. 2000. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/146>>. Acesso em: 06 ago. 2015.

- LOURENÇO, Valéria Jabur Maluf Mavuchian. Colisão de direitos fundamentais. Análise de alguns casos concretos sob a ótica do STF. **Portal E-Gov**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/colis%C3%A3o-de-direitos-fundamentais-an%C3%A1lise-de-alguns-casos-concretos-sob-%C3%B3tica-do-stf>>. Acesso em: 6 ago. 2015.
- MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MIRANDA, Pontes de. **Democracia, Liberdade, Igualdade**. Atualizador: Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2002.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37.ed. rev. atual. até a Emenda Constitucional n. 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2014.
- TAVARES, Rogério Faria. Liberdade de expressão, a definição constitucional. **OBSERVATÓRIO DA IMPRENSA**. Disponível em: <<http://observatoriodaimprensa.com.br/caderno-da-cidadania/liberdade-de-expressao-a-definicao-constitucional/>>. Acesso em 14 dez. 2015.



DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

HEALTH FUNDAMENTAL RIGHT: MEDICAMENTS SUPPLY

PRISCILA ZINCZYNSZYN

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A eficácia dos direitos sociais. 2.1 A Importância dos direitos sociais na garantia do direito à saúde. 2.2 A Problemática da eficácia dos direitos sociais na Constituição. 2.3 O Princípio da reserva do possível. 2.4 O Mínimo existencial na garantia dos Direitos Sociais. 3 Responsabilidade solidária entre Estado, Município e a União em face do custeio dos remédios. 3.1 Orçamento público e separação dos poderes. 4 Considerações finais. 5 Referências

RESUMO: O presente artigo visa analisar o direito fundamental à saúde frente ao fornecimento de medicamentos e aos princípios do mínimo existencial e da reserva do possível, partindo-se pelas formas de normatização no Brasil até se chegar à sua consagração na Constituição Federativa do Brasil de 1988. Em seguida, expõe-se sobre a eficácia dos direitos sociais, como a importância e sua problemática. Trata-se ainda dos princípios da reserva do possível e do mínimo existencial. E finalmente chega-se a responsabilidade solidária entre Estado, Município e a União em face do custeio dos remédios e ao orçamento público, bem como a separação dos poderes promovendo uma interpretação mais ampla e democrática, dando voz a essas pessoas, que não podem mais esperar num campo de insegurança, a vinda do legislador para socorrê-las no amparo aos seus direitos e garantias fundamentais à saúde por um atendimento digno e que seja resguardado o mínimo existencial estudado.

Palavras-chave: Saúde. Mínimo Existencial. Reserva do Possível.

ABSTRACT: This article aims to analyze the fundamental right to health in the supply of drugs and the principles of the existential minimum and booking possible, starting with the forms of regulation in Brazil until arriving at his consecration in the Federal Constitution of 1988 Brazil. Then is exposed on the effectiveness of social rights, such as the importance and problematic. It is still the principles of booking is possible and existential minimum. And finally comes to joint responsibility between the State, the municipality and the government against the cost of medicines and the public budget as well as the separation of powers promoting a broader and democratic interpretation, giving voice to those people, who can no longer wait in uncertainty field, the legislature's coming to rescue them in the protection of their rights and guarantees for decent health care and is guarded existential least studied.

Key-words: Health; Existential Minimum; Reserve possible.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo desse artigo é aclarar o tema central do direito fundamental à saúde e o fornecimento de medicamentos, buscando-se a análise da relação ao direito à saúde de forma a garantir o mínimo existencial em contraposição ao princípio da reserva do possível tão alegado em sede contestações do Estado.

A Constituição Federativa do Brasil de 1988 em vários de seus artigos, dentre esses o art. 6^a, *caput*, e 196 *usque* 200, trazem referências aos direitos e deveres concernentes à saúde. Neles está positivado o direito à saúde como direito fundamental, e está cristalizado formalmente o dever do ente público em prove-la e garantir o seu acesso universal e igualitário.

A problemática aqui se destaca pelo fato de apesar de ser garantida constitucionalmente, a saúde enfrenta um grave problema que se refere à efetividade das prestações positivas pelo Estado, razão pela qual hoje se tem inúmeras ações judiciais pleiteando tal direito.

Reforçando o caráter de provedor do direito à saúde por parte do Estado, o artigo 200, que dispõe sobre a saúde pública, delimita, em rol não exaustivo, as atribuições do Sistema Único de Saúde (SUS), prevendo caber-lhe a participação na formulação de políticas de saúde e da execução de ações de saneamento básico, bem como o controle e fiscalização de procedimentos em produtos de interesse para a saúde. Tais dispositivos definem e asseveram o acesso igualitário à saúde como direito e dever fundamental positivado em nosso ordenamento jurídico, insculpido na lei maior como direito e dever do indivíduo e dever do estado, cabendo ao ente público a prestação de ações e serviços necessários à sua efetivação, sendo, pois, considerado como um direito fundamental da pessoa humana.

Para o desenvolvimento da pesquisa, o método a ser utilizado será o lógico-dedutivo, onde se traça, inicialmente, o sistema de referência bibliográfico adotado e delimita-se o objeto da pesquisa, desenvolvendo as premissas fundamentais, notadamente relativas à Constituição Federal, promovendo uma interpretação mais ampla e democrática.

2. A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS

2.1. A IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS SOCIAIS NA GARANTIA DO DIREITO A SAÚDE

Os direitos fundamentais podem ser definidos como um conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor condição econômica ou status social, tudo isso baseado no princípio da dignidade da pessoa humana.¹

No entanto, para José Afonso da Silva², se conceituar os direitos fundamentais torna-se uma difícil tarefa diante das diversas transformações no passar do tempo, veja-se:

A ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no envolver histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso.

Aumenta essa dificuldade a circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais e direitos fundamentais do homem.

Já os direitos sociais, são direitos fundamentais próprios do homem-social, conforme aduz Moraes³:

Os direitos sociais são direitos fundamentais próprios do homem-social, porque dizem respeito a um complexo de relações sociais, econômicas ou culturais que o indivíduo desenvolve para realização da vida em todas as suas potencialidades, sem as quais o seu titular não poderia alcançar e fruir dos bens que necessita.

1 BULOS, Uadi Lammego. **Direito Constitucional ao alcance de todos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

2 SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 179.

3 MORAES, Guilherme Pena de. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 595.

Ocorre que a principal dificuldade a ser enfrentada neste tópico refere-se a aplicabilidade e eficácia desses direitos, pois como se sabe, a saúde está positivada no rol dos direitos sociais.

Deste modo, é importante aqui mencionar o conceito do termo 'efetividade' como o desempenho concreto da função social do direito, conforme abaixo:

A noção de efetividade, ou seja, dessa específica eficácia, corresponde ao que Kelsen – distinguindo-a do conceito de vigência da norma, - retratou como sendo “o fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstancia de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos”. A efetividade significa, portanto, a realização do direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.⁴

Em relação a eficácia dos direitos sociais é necessário o entendimento não só da norma jurídica em sentido amplo, mas a abordagem da mesma com outros sistemas, tais como: político, econômico, social e histórico.

Faz-se necessário também a diferenciação de vigência e eficácia da norma, conforme abaixo:

O normativismo distingue, com precisão, a vigência da eficácia. A lição de Kelsen é bastante clara a esse respeito. A vigência da norma, para ele, pertence à ordem do dever-ser, e não à ordem do ser. Vigência significa a existência específica da norma; eficácia é o fato de que a norma é efetivamente aplicada e seguida; a circunstancia de que uma conduta humana conforme à norma se verifica na ordem dos fatos.⁵

Um dos problemas mais relevantes em torno da eficácia dos direitos fundamentais sociais diz respeito à forma como foram dispostos no texto constitucional, considerada por muitos autores confusa e até mesmo metodologicamente inadequada. Nesse sentido, afirma-se que:

Os direitos fundamentais sociais na Constituição Brasileira estão longe de formar um grupo homogêneo, pois, no que diz respeito

4 BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 6ª ed. São Paulo: Renovar, 2002, p. 236.

5 SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 64.

a seu conteúdo e a forma de sua positivação, o constituinte não seguiu na sua composição nenhuma linha ou teoria específica. Ao contrário, acabou criando um capítulo bastante contraditório no tocante a relação interna dos direitos e garantias. Isto, sem dúvidas, acarreta inúmeros inconvenientes interpretativos, afetando diretamente a eficácia dos preceitos contidos na constituição.⁶

Embora, haja essa confusão, para Ana Paula de Barcellos, a eficácia jurídica da norma está diretamente ligada com a fundamentalidade social, conforme afirma abaixo:

O primeiro critério que orienta a identificação das modalidades de eficácia jurídica aos enunciados normativos diz respeito ao que se pode denominar de fundamentalidade social da circunstância por ele regulada, que nada mais é que seu grau de importância ou relevância social. Esse é o parâmetro lógico que orienta a política legislativa de modo geral. Quanto mais fundamental para a sociedade for a matéria disciplinada pelo dispositivo e, conseqüentemente, os efeitos que ele pretende sejam produzidos, mais consistente deverá ser a modalidade de eficácia jurídica associada (...).⁷

Por eficácia jurídica, compreende-se a “capacidade (potencial) de uma norma constitucional para produzir efeitos jurídicos”⁸

Com relação à produção de efeitos jurídicos desejados, a eficácia jurídica dos direitos sociais é subdividida, pela doutrina, em normas de eficácia plena, eficácia contida e eficácia limitada, conforme explanado abaixo.

As normas de eficácia plena possuem aplicabilidade imediata e, portanto, independem de legislação posterior para sua plena execução. Afirma-se ainda que:

São aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou tem possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular.⁹

Já as normas constitucionais de eficácia contida são as que possuem caráter imperativo, mas também são limitadoras do poder público, conforme depreende-se:

As normas de eficácia contida são aquelas que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem a atuação

6 KRELL, Andrea Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002, p. 21.

7 BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 136.

8 KRELL, Andrea Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002, p. 39.

9 SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 101.

restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados.¹⁰

E por último, mas não menos importante, as normas de eficácia imitada que dependem de lei para regulamentá-las. São chamadas também de “normas de aplicação diferida, normas de eficácia mediata e normas de eficácia relativa”¹¹

Portanto, vê-se claramente que o regime de aplicabilidade dos direitos sociais é idêntico ao dos direitos e garantias fundamentais. Ou seja, possuem aplicabilidade imediata conforme dispõe o §1º do art. 5º da CF/1988, mas têm eficácia diferida, conforme o direito considerado.

Na tentativa de dar uma breve noção sobre esse tema seguem, no próximo item, algumas discussões sobre a eficácia dos direitos sociais na Constituição.

2.2. A PROBLEMÁTICA DA EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO

Muito se discute na doutrina sobre a eficácia e sobre a aplicabilidade dos direitos constitucionais. Porém, independente da forma de positivação, as normas de direitos fundamentais devem gerar um mínimo de efeitos jurídicos, pois como visto, toda norma possui eficácia e aplicabilidade.

No entanto, é o grau de eficácia dos direitos fundamentais sociais que será determinado pela forma de positivação na constituição e das peculiaridades do seu objeto.¹²

O maior problema atualmente não se refere à garantia dos direitos, mas se refere à falta de efetividade das normas constitucionais, veja-se:

O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los (...). Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro de garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações eles sejam continuamente violados.¹³

Deste modo, a eficácia reduzida dos direitos fundamentais sociais não se deve apenas a ausência de leis ordinárias que lhes dê cumprimento.

10 Ibidem, p. 116.

11 BULOS, Uadi Lammego. **Direito Constitucional ao alcance de todos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 146.

12 SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 237-238

13 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992, p. 24-25.

O problema maior é a não prestação real dos serviços sociais básicos pelo poder público, já que a grande maioria das normas para o exercício dos direitos sociais já existe. Vê-se que o problema certamente está na “formulação, implementação e manutenção das respectivas políticas públicas e na composição dos gastos nos orçamentos da União, dos Estados e dos Municípios”.¹⁴

Outro problema que se discute bastante na doutrina é sobre a determinação dos elementos constitutivos dos direitos fundamentais sociais que se liga ao fato de esses direitos apenas existirem “quando as leis e as políticas sociais o garantirem. Por outras palavras: é o legislador ordinário que cria e determina o conteúdo de um direito social”¹⁵

Sob esse enfoque a doutrina considera a maioria das disposições constitucionais referentes aos direitos sociais “como incapazes de apresentar qualquer outra eficácia jurídica além de vincular negativamente o legislador impedindo-o de agir explicitamente contra o objetivo indicado pela norma”.¹⁶

Dito isto, observa-se que boa parte da doutrina costuma classificar as normas definidoras dos direitos sociais como normas programáticas, uma vez que necessitam de uma concretização legislativa para que venham gerar plenitude de seus efeitos.

Nesse sentido, afirma-se que as normas programáticas são:

Aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelos quais se hão de orientar os Poderes Públicos. A legislação, a execução e a própria Justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados à sua função.¹⁷

Ainda, segundo Krell¹⁸, as normas programáticas servem de álibi para se criar uma imagem de que o Estado responde, normativamente, aos problemas da sociedade, veja-se:

Muitas normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, por não possuírem um mínimo de condições para a sua efetivação, servem somente de álibi para criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da

14 KRELL, Andrea Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002, p. 31-32.

15 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 481.

16 BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 162.

17 BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 6ª ed. São Paulo: Renovar, 2002, p. 115.

18 KRELL, Andrea Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002, p. 39.

sociedade, desempenhando assim, uma função preponderantemente ideológica em constituir uma forma de manipulação ou de ilusão que imuniza o sistema político contra outras alternativas.

Porém, esta não parece ser a tendência doutrinária atual sobre a eficácia dos direitos sociais, pois contra esses argumentos, basta se revelar o perigo em se deixar ao arbítrio do legislador ou do administrador a determinação total dos efeitos dos direitos fundamentais sociais.

Conforme afirma Barcellos¹⁹: “isto poderia provocar um verdadeiro esvaziamento da fundamentalidade do princípio da dignidade da pessoa humana como vetor na interpretação constitucional”.

Ressalte-se aqui, que a situação se torna mais complicada onde o Poder Público mantém-se inerte, ou seja, onde ainda não foram instalados os serviços necessários ou onde esses funcionam precariamente.

As prestações positivas dos direitos sociais deverão ser proporcionadas pelo Estado e suportadas pela sociedade, que irão arcar com essas despesas, arrecadadas por meio de tributos e outros aportes, conforme sustenta Barcellos:

Se definitivamente não houver recursos, as formas textuais mais claras e precisas não serão capazes de superar essa realidade fática, serão normas irrealizáveis. Luís Roberto Barroso já identificara essa situação, em que a manifesta ausência de condições materiais condena a norma desde o seu nascedouro, como uma forma de insinceridade normativa. O que se pretende enfatizar, portanto, é que, ao cuidar da interpretação do direito público em geral, e do constitucional em particular, é preciso ter em mente, além dos elementos puramente jurídicos, dados da realidade, sendo um deles as condições materiais e financeiras de realização dos comandos normativos.²⁰

Porém, diante do mau funcionamento ou mesmo da inexistência dos serviços essenciais para o bem-estar da população, impõe-se a “formulação de políticas públicas protetivas de determinadas categorias sociais marginalizadas e economicamente excluídas”, políticas estas que demandam principalmente o gerenciamento pelo Estado, sendo de suma importância para sua implementação, haver parcerias com a sociedade civil.²¹

19 BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 192.

20 Ibidem, p. 259-260.

21 KRELL, Andrea Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002, p. 34.

Logo, os direitos derivados a prestações positivas, decorrentes das regulamentações dos direitos sociais previstos na Constituição, implicam, onde já implantado o serviço público necessário para satisfação de um direito fundamental, que a sua não prestação em descumprimento da lei ordinária possa, no Brasil, ser atacada por meio de mandado de segurança, instrumento jurídico eficaz no controle judicial dos atos administrativos.

Deste modo, afirma-se que:

A modalidade de eficácia que deve acompanhar as normas de direitos fundamentais sociais – especialmente quando fundadas na dignidade da pessoa humana – deve ser a positiva ou simétrica, pois possibilita ao Judiciário, caso haja uma violação inconstitucional, intervir para efetivação do direito. As modalidades de eficácia interpretativa, negativa e vedativas do retrocesso, embora absolutamente relevantes e atuais, mostram-se insuficientes a proteção de determinadas variáveis fáticas decorrentes do imperativo de respeito ao núcleo essencial dos direitos sociais.²²

Por esta razão, ao enfrentarmos a problemática da eficácia dos direitos fundamentais sociais, não há como desconsiderar sua função precípua de direitos a uma prestação positiva do Estado, assim como a sua forma de normatização no texto constitucional, já que ambos os aspectos, a toda evidencia, constituem fatores intimamente vinculados ao grau de eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais, conforme já mencionado.

Outra questão que dificulta a eficácia dos direitos fundamentais é a chamada ‘reserva do possível’, que vem sendo utilizada para indicar a limitação dos recursos públicos diante da necessidade, sempre crescente, de aplicação dos mesmos para a garantia do exercício dos direitos fundamentais e sociais. Conforme demonstra Barcellos²³:

O debate em torno dessa questão tem sido identificado no Brasil por meio da expressão reserva do possível e popularizado, em boa parte, pelo empenho da Administração Pública em divulga-lo e argui-lo nas mais diversas demandas, a pretexto do sempre iminente apocalipse econômico.

Ocorre que a escassez de recursos orçamentários não podem ser obstáculos para a garantia dos direitos sociais, que significam condições essenciais da vida humana, pois desta forma, acaba-se por violar o preceito básico e fundamental da Constituição Federal: a dignidade da pessoa humana.

22 BOTELHO, Ramon Fagundes. **A Judicialização do Direito à Saúde**: A tensão entre o “mínimo existencial” e a “reserva do possível” na busca pela preservação da dignidade da pessoa humana. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 102-103.

23 BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 161.

Deste modo, a garantia a um mínimo existencial é requisito necessário para a sobrevivência do indivíduo, pois se esse não possui as condições necessárias para ter uma vida digna, os direitos sociais prestacionais não estarão sendo eficazes. E no que tange ao mínimo existencial destinado à saúde, viola-se também o direito à vida, pois sem saúde não se vive.

Feitas estas considerações, para não quebrar a metodologia do discurso, deslocando o pensar para ponto distante do núcleo da tese, será examinado o princípio da reserva do possível no tópico seguinte.

2.3. O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

Não se tem dúvidas de que a garantia jurídica dos direitos sociais não depende somente das prestações positivas do Estado, pois, a sua efetivação depende, também, de recursos públicos (União, Estado, Distrito Federal e Municípios); porém estes são limitados. Por esta razão, a efetividade desses direitos está também limitada aos recursos orçamentários disponíveis. Conforme aduz Sarlet²⁴:

A colocação dos direitos sociais a prestações sob o que se denominou de uma reserva do possível, que, compreendida em sentido amplo, abrange tanto a possibilidade, quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma.

Para discorrer sobre o assunto, é necessário primeiro se conceituar o princípio da reserva do possível. Na lição de Barcellos:

A expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante da necessidade quase sempre infinitas a serem por elas supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em ultima análise da sociedade, já que é esta que o sustenta – é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos.²⁵

Esta questão sobre a efetiva disponibilidade de recursos é vista pela doutrina como uma limitação fática para a efetivação dos direitos sociais. Porém, há também outra limitação que é a possibilidade jurídica para a disposição dos recursos.

24 SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 265.

25 BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 161-162.

Sobre o assunto, afirma ainda a autora²⁶:

Sob o título geral da reserva do possível convivem ao menos duas espécies diversas de fenômenos. O primeiro deles lida com a inexistência fática de recursos, algo próximo da exaustão orçamentária, e pode ser identificado como uma reserva do possível fática. É possível questionar a realidade dessa espécie de circunstância quando se trata do poder público, tendo em conta a forma de arrecadação de recursos e a natureza dos ingressos públicos. Seja como for, a inexistência absoluta de recursos descreveria situações em relação as quais se poderia falar de reservado possível fática.

Outro ponto relevante é o que identifica a reserva do possível jurídica não propriamente como um estado de exaustão de recursos, e sim a ausência de autorização orçamentária para determinado gasto em particular.

Logo, o princípio da reserva do possível é uma limitação fática e jurídica da qual o Estado se vale para deixar de prestar os direitos sociais a quem de direito. Este é o grande problema aqui suscitado, pois são inúmeras as alegações do Poder Público para se eximir do cumprimento dos direitos sociais fundadas na chamada reserva do possível.

Em relação a tal problema afirma-se:

O Brasil tem um dos piores quadros de distribuição de renda do mundo, e condicionar a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais à existência de recursos disponíveis no Estado, significa reduzir a sua eficácia a zero, relativizar sua universalidade, condenando-os a serem considerados direitos de menor importância.²⁷

Ou seja, grande parte da população brasileira, que é pobre, e que não tem meios próprios para exercer seus direitos sociais é quem mais sofre com essa sistemática recusa do Poder Público de possibilitar a efetivação dos direitos sociais ao alegar a indisponibilidade de recursos públicos para essa finalidade.

Portanto, ainda que a efetividade dos direitos sociais dependa da ponderação do Poder Público em suas escolhas diante da escassez de recursos, o mesmo não pode se furtar do seu dever constitucional de prestar e garantir os direitos mínimos à população para a obtenção de uma vida com dignidade. Diante da omissão do Poder Público cabe ao judiciário,

26 Ibidem, p. 162.

27 KRELL, Andrea Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002, p. 54.

mediante provocação, dirimir qualquer problema sobre o assunto e isso tem ocorrido com frequência o que mostra a problemática em análise.

A omissão do Poder Público não pode ser exercida diante o chamado mínimo existencial, fundamento que vem sendo alegado como garantia dos Direitos Sociais a ser examinado a seguir.

2.4. O Mínimo existencial na garantia dos Direitos Sociais

Partindo-se da ideia de que as necessidades da população são infinitas e os recursos limitados, deve-se ter em mente sobre como estabelecer as prioridades na alocação dos recursos de forma a garantir um “mínimo existencial” figura que se entende estabelecida na Constituição Federal para a proteção do exercício dos direitos sociais.

Primeiramente, aponte-se que a formulação do conceito de mínimo existencial teve origem na Corte Constitucional Alemã, que extraiu, do texto constitucional, o direito de a pessoa ter um mínimo de condições que lhe garanta uma existência digna. A dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a integridade física constituem os fundamentos do chamado mínimo existencial a partir da interpretação sistemática do disposto na Lei Fundamental, art. 1, I, juntamente com o princípio do estado social (LF, art. 20, I).²⁸

Complementando o entendimento:

Num primeiro momento, a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o art. 1º, inc. III, de nossa Lei fundamental não contém apenas uma declaração de conteúdo ético e moral (que ela, em última análise, não deixa de ter), mas que constitui norma jurídico-positiva com status constitucional e, como tal, dotada de eficácia, transformando-se de tal sorte, para além da dimensão ética já apontada, em valor jurídico fundamental da comunidade. Importa considerar neste contexto, que, na condição de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda ordem constitucional, razão pela qual se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa.²⁹ Ou seja, o mínimo existencial, fundado na dignidade da pessoa humana se propõe a assegurar a todos condições mínimas de vida considerada digna.

28 KRELL, Andrea Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002, p. 54.

29 SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 111-112.

Na tentativa de delimitar o conteúdo do mínimo existencial, uma solução possível é “a utilização do princípio da dignidade da pessoa humana para garantir as condições mínimas da população para uma vida saudável”, sugerindo-se como diretriz mínima os parâmetros estabelecidos pela Organização Mundial de Saúde.³⁰

Mesmo assim continua a haver largo espaço para a conformação política do legislador, visto não haver “uma medida certa nem uma forma única de cumprimento do imperativo constitucional”, ou seja: não há um conteúdo fixo do direito ao mínimo para assegurar uma existência condigna; esse conteúdo somente poderá ser delimitado no caso concreto.³¹

De toda sorte, o padrão mínimo social para sobrevivência deverá incluir sempre um atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso a uma alimentação básica e vestimentas, a educação de primeiro grau e a garantia de uma moradia, conforme abaixo:

Ora, se a sociedade não for capaz de reconhecer a partir de que ponto as pessoas se encontram em uma situação indigna, ou seja, se não houver consenso a respeito do conteúdo mínimo da dignidade, “estar-se-á diante de uma crise ética e moral de tais proporções que o princípio da dignidade da pessoa humana terá se transformado em uma fórmula totalmente vazia”.³²

Logo, o mínimo social garantido nas condições materiais de existência estaria baseado no conceito de dignidade da pessoa humana, e a retórica desse mínimo não depreciaria os direitos sociais, mas antes, os fortaleceria em sua dimensão essencial como expressão de uma cidadania reivindicatória.

Garantido constitucionalmente, o mínimo existencial deve ser atendido com prioridade, é o que diz Barcellos³³:

Se é assim, e os meios financeiros não são ilimitados, os recursos disponíveis deverão ser aplicados prioritariamente no atendimento dos fins considerados essenciais pela Constituição, até que eles sejam realizados.

Os recursos remanescentes deverão de ser destinados de acordo com as opções políticas que a deliberação democrática apurar em cada momento.

30 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 47-59.

31 ANDRADE, José Carlos Vieira de. **O Judiciário e os Direitos Fundamentais Sociais: Acesso à Saúde, questão polêmica**. Porto Alegre: Tribunal de Justiça, 2002, p. 27.

32 BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 197.

33 *Ibidem*, p. 268.

Assim considerando, o mínimo existencial, inerente às garantias constitucionais prioritárias (direitos básicos prestacionais), possui aplicabilidade imediata por se referir a direitos fundamentais independentemente se sociais ou não. Por outro lado, quando as prestações forem correspondentes aos direitos sociais vinculados ao mínimo existencial, aí se poderá admitir estarem elas condicionadas às limitações dos recursos orçamentários.

Porém, é do Poder Público o dever de cumprir o que a constituição garante, como afirma Krell³⁴:

Onde o Estado cria essas ofertas para a coletividade, ele deve assegurar a possibilidade da participação do cidadão. E caso a legislação não conceder um direito expresso ao indivíduo de receber uma prestação vital, o cidadão pode recorrer ao direito fundamental de igualdade em conexão com o princípio do Estado Social

Uma vez violado o mínimo existencial, pela omissão da efetividade dos direitos fundamentais sociais, surge o direito de o exigir judicialmente.

O motivo que justifica tal judicialização dos direitos sociais, inerentes ao mínimo existencial, se dá em virtude de que esses direitos são imprescindíveis para se ter uma vida com dignidade, razão pela qual a teoria da reserva do possível aqui não se submete. Embora, esta judicialização tentar diminuir o problema da falta de recursos, deve-se ter vista também sobre quais os fins essenciais previstos na Constituição, bem como se os recursos são suficientes para atender os fins previstos.³⁵

Mas é diante do mínimo existencial que irá se avaliar as prioridades para os gastos públicos, baseados na Constituição, e também poderá se delimitar a atuação jurisdicional de defesa dos direitos sociais.

Segundo Canotilho,³⁶ o Estado deve garantir a eficácia dos direitos sociais como já sabe, mas vale dizer, também, que o mesmo não pode reduzir, anular ou revogar o que hoje se entende como mínimo existencial devendo vedar todas as medidas legislativas tendentes a isso. Este é o princípio da proibição do retrocesso social.

Conceituando-se a vedação do retrocesso, afirma-se:

A vedação do retrocesso, por fim, é uma derivação da eficácia negativa, particularmente ligada aos princípios que envolvem

34 KRELL, Andrea Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002, p. 60.

35 BOTELHO, Ramon Fagundes. **A Judicialização do Direito à Saúde**: A tensão entre o “mínimo existencial” e a “reserva do possível” na busca pela preservação da dignidade da pessoa humana. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

36 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

os direitos fundamentais. Ela pressupõe que esses princípios sejam concretizados através de normas infraconstitucionais e que, com base no direito constitucional em vigor, um dos efeitos gerais pretendidos por tais princípios é a progressiva ampliação dos direitos fundamentais. Partindo desses pressupostos, o que a vedação do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de norma que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente.³⁷

Conclui-se que, portanto, esta vedação do retrocesso é uma maneira de impedir a revogação das leis que asseguram os direitos sociais, para que não se diminua o que já se foi conquistado através da evolução histórica, como o estabelecimento de padrões mínimos para se ter uma vida com dignidade.

Deste modo, a atuação do Judiciário nas questões de garantia dos direitos sociais é importante, pois lhe cabe o controle dos direitos fundamentais sociais, analisando a essencialidade da pretensão e o grau de necessidade de acordo com cada caso concreto. E essa judicialização desses direitos sociais, e principalmente da saúde, objeto do presente estudo, está sendo chamado o fenômeno de Judicialização da Saúde.

Para não adentrar demasiadamente no assunto da responsabilidade solidária entre os entes federativos, que não é o foco desse trabalho, partira-se, portanto, ao referido, onde se abordara a sua importância dentro de todo o ordenamento jurídico, como uma das garantias constitucionais, definindo o orçamento público e separação dos poderes é o que se passa a estudar no próximo e último capítulo.

3. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE ESTADO, MUNICÍPIO E A UNIÃO EM FACE DO CUSTEIO DOS REMÉDIOS

A participação solidária do Município é formada por intermédio do SUS, pelo fato de ser esse um sistema hierarquizado, portanto, quando o paciente for encaminhado ao Estado ou o Município requisite o medicamento para uma instância superior, as obrigações do Município ficam suspensas.

O Sistema Único de Saúde (SUS) foi criado pela lei n. 8.080/90, com observância ao regramento constitucional, integrado pelos entes federativos: (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

37 BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 6ª ed. São Paulo: Renovar, 2002, p. 379.

[...] da solidariedade imanente dos entes federativos no atendimento ao direito fundamental da saúde, colhe-se o entendimento uníssono dos Tribunais, inclusive do Supremo Tribunal Federal.³⁸

Nesse sentido, quando o indivíduo necessita de medicamentos ou tratamento médico ele procura o Sistema Único de Saúde (SUS) ou uma unidade de saúde municipal em alguns casos. A referida unidade tem o dever de prestar atendimento e fornecer medicamentos receitados. No entanto, caso o município não tenha como prestar o serviço solicitado e tendo em vista a obrigatoriedade assumida pelos entes públicos, bem como em relação à inserção ao SUS, deverá o município encaminhar o paciente ao Estado ou requisitar, do Estado, o medicamento, assim prestando assistência ao paciente.³⁹

Deste modo, mencionam Souza e Muraro⁴⁰:

Um dos principais problemas das ações judiciais é que não se observam os regimes de pactuação da assistência farmacêutica, o que pode resultar na responsabilização indevida de um ente federado, que terá de arcar com as despesas provenientes de liminar judicial até que o caso seja sentenciado.

A nossa Constituição Federal eleva o direito à saúde como sendo um dos direitos fundamentais do cidadão e um dever do Estado, pelo fato de estar diretamente ligado ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana, preceito norteador da nossa Lei Maior.

Doutro norte, cumpre ressaltar que a Carta maior de 1988, simbolizou um marco para o Estado Democrático de Direito, tornando-se uma constituição cidadã, intitulado direitos humanitários após o regime militar, ou seja, assegurando direitos e garantias fundamentais ao cidadão proporcionando condições mínimas para o gozo desses direitos, bem como assegurando o mínimo existencial “Dignidade da Pessoa Humana”.

Assim, Mallmann⁴¹, menciona que:

[...] os direitos sociais assegurados na Carta Magna de 1988, são classificados pela doutrina pátria como direitos de segunda di-

38 SLAIBI, Maria Cristina Barros Gutiérrez. **Direito Fundamental À Saúde** – Tutela De Urgência. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi-const/direito_fundamental_saude_tutela_urgencia.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2015, p. 5.

39 SOUZA, Ilca Silva de; MURARO, Celia Cristina. As medidas judiciais utilizadas para recebimento de medicamentos e tratamentos de alto custo. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10810&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: dez 2015.

40 Ibidem

41 MALLMANN, apud TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

menção, os quais exigem uma atuação ativa do Poder Público em prol dos menos favorecidos e dos setores economicamente debilitados da sociedade.

Nesse momento surge à legitimidade do cidadão em poder requerer o direito à saúde, o que é de responsabilidade do Estado em prestar a assistência ao indivíduo que necessita de remédios ou tratamento médico de alto custo.

De acordo com Slaibi⁴²

[...] o cidadão hipossuficiente poderá escolher qual dos entes federativos irá acionar para ver efetivado o seu direito fundamental à saúde e de nada adiantará, como sói acontecer, as arguições, pelo Estado e pelo Município, de ilegitimidade passiva ad causam ou mesmo os pedidos de chamamento ao processo dos demais entes federados.

Alude art. 196 da CF/88:

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

O direito à saúde tem como objetivo assegurar à pessoa humana condições de bem-estar e de desenvolvimento mental e social livre de doenças físicas e psíquicas, mais uma vez demonstrando a ligação com a dignidade da pessoa humana.

Ainda o art. 197 da CF/88 salienta que:

São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

A responsabilidade solidária dos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) para a concessão de serviços de saúde esta prevista na Carta Magna de 1988, art. 23 e art. 196. Portanto, tendo em vista a responsabilidade dos entes federados para a prestação de serviços de saúde no Brasil, verifica-se que cabe a esses o fornecimento de medicamentos de forma gratuita ao cidadão.

42 SLAIBI, Maria Cristina Barros Gutiérrez. **Direito Fundamental à Saúde** – Tutela De Urgência. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_const/direito_fundamental_saude_tutela_urgencia.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2015, p. 6.

Conforme decisão abaixo:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PODER JUDICIÁRIO

São Paulo

Registro: 2015.0000826002

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2115393-17.2015.8.26.0000, da Comarca de Lorena, em que é agravante ARTHUR DIAS RODRIGUES, é agravado SECRETARIO MUNICIPAL DE SAUDE DA PREFEITURA MUNICIPAL DE LORENA.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente) e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 3 de novembro de 2015.

MARREY UINT

RELATOR

Assinatura Eletrônica

TRIBUNAL DE JUSTIÇA PODER JUDICIÁRIO

São Paulo

Agravo de Instrumento nº 2115393-17.2015.8.26.0000

Agravo de Instrumento nº 2115393-17.2015.8.26.0000

Agravante: Arthur Dias Rodrigues

Agravado: Secretario Municipal de Saúde da Prefeitura Municipal de Lorena

Comarca: Lorena

Voto nº 29.016

Agravo de Instrumento - Mandado de Segurança - Fornecimento de medicamento - Admissibilidade - Configurada responsabilidade do Estado - Providências burocráticas não elidem a obrigação (arts. 6º, 196 e 203, IV, da CF/88 e art. 219 da Carta Paulista) - Direito fundamental à vida e à saúde que deve ser resguardado - Liminar indeferida - Insurgência - Decisão reformada. Recurso provido.

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra a r. decisão reproduzida às fls. 29, proferida pelo mm. Juiz Alexandre Conceição dos Santos, que, em mandado de segurança de fls. 15/28,

indeferiu pedido liminar voltada para o fornecimento do medicamento “Tegretol CR 400”, conforme prescrição médica de fls. 36. O Impetrante argumenta, em síntese, que a moléstia a que está acometido e o modo de efetivo tratamento foram delineados no relatório médico. Desta maneira, observada a vulnerabilidade econômica do Agravante, que inviabiliza a aquisição do medicamento a partir de seus próprios recursos, requereu a concessão de efeito suspensivo ao agravo e, ao fim, o seu provimento para que fosse reformada a r. decisão interlocutória, deferindo-se a liminar pleiteada.

O pedido de efeito suspensivo foi deferido (fls. 52/55).

Contraminuta às fls. 65/72.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PODER JUDICIÁRIO

São Paulo

A Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 85/97).

É o relatório.

Não obstante a impossibilidade de produzir provas em sede de “mandamus”, é pacífico o entendimento de que é cabível mandado de segurança para pedido de fornecimento de medicamento e insumo, levando-se em consideração a urgência e relevância do direito constitucional à saúde.

O mandado de segurança é remédio processual constitucional disponibilizado para a defesa de direito líquido e certo, sempre que não amparado por habeas corpus, quando por ilegalidade ou abuso de poder alguém sofrer violação ou houve justo receio de sofrê-la por parte de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (art. 5º, LXIX, CF).

O deferimento da liminar em sede de mandado de segurança, de acordo com o artigo 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/09, está condicionado à demonstração da verossimilhança das alegações (“fumus boni juris”) e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (“periculum in mora”).

A concessão da medida constitui faculdade atribuída ao Magistrado, prendendo-se ao seu prudente arbítrio e livre convencimento, dependendo o deferimento da relevância do fundamento do pedido e do risco da ineficácia da medida, na hipótese de se aguardar a providência final.

A necessidade da Agravante está atestada no receituário médico, com indicação do medicamento pleiteado (fls. 36/42), não se

questionando, na hipótese dos autos, as condições financeiras do Agravante (fls. 13), beneficiário da justiça gratuita.

Basta a leitura da Constituição Federal, em especial dos artigos 1º, inciso III (“a República Federativa do Brasil ... tem como fundamentos: a dignidade da pessoa humana”), 5º, caput (“... garantindo-se aos brasileiros o direito à vida”) e inciso XXXV (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), 6º (“são direitos sociais a educação, a saúde, ...”) e 196 e seguintes, para garantir aos que necessitam o adequado tratamento médico, em sede liminar.

Nos termos do § 1º do artigo 5º da Constituição Federal, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Nesse sentido: “Nos termos do § 1º do art. 5º da Constituição, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, inserindo-se o fornecimento de medicamentos aos carentes, na esfera de atuação obrigatória para a preservação da vida por parte do Poder Público, sustentado por uma escorchante carga tributária. Assegurar-se o direito à vida a uma pessoa, propiciando-lhe medicação específica que lhe alivia a dor de uma moléstia ou enfermidade irreversível, não é antecipar tutela jurisdicional através da medida cautelar, mas garantir-lhe o direito de sobrevivência” (TJRJ, ADV 39-01/611, n. 98713, Ap. 8.653/2000, Rel. Des. A. Pimentel).

E essa garantia fundamental não é um mero exercício de retórica e não tem teor programático, impõe-se ao Estado o dever de garanti-la dentre outros modos, assegurando o acesso à saúde pública. Há que se vê-la como norma impositiva e de eficácia plena.

Nenhuma regra de hermenêutica pode se sobrepor ao princípio mais importante estabelecido na Constituição de 1988, art. 196. Cabe interpretar a Lei de forma mais humana, buscando um fim justo, qual seja, a preservação da vida.

Não há que se apegar, rigidamente, à fria letra da Lei, mas considerá-la como um objetivo a ser alcançado, tal qual lançado pela Constituição assim garantidos o direito à saúde, à vida e à dignidade humana.

Por sua vez, os aludidos dispositivos da Carta Magna Federal refletiram na Constituição Estadual, sendo certo que, em sua Seção II, arts. 219 a 231, regula a questão da saúde no Estado, ficando estabelecido que tal serviço é de relevância pública sendo garantido o “acesso universal e igualitário às ações e ao serviço de saúde, em todos os níveis” (art. 219, Parágrafo único, 2) e a “gratuidade

dos serviços prestados, vedada a cobrança de despesas e taxas, sob qualquer título” (art. 222, V).

Como se vê, é possível verificar a existência de inúmeras normas legais a amparar o direito pleiteado pelo Agravante. Portanto, existe a obrigatoriedade do Estado em fornecer tratamento médico à população em igualdade de condições a todos. O Impetrante demonstrou o fundamento verossímil e relevante do direito deduzido em Juízo, bem como o risco de ineficácia da medida, ante o seu quadro clínico, sendo, ainda, inquestionável a sua situação de vulnerabilidade econômica para arcar com o custo do fármaco de que necessita para realizar o tratamento médico.

Em face do exposto, dá-se provimento ao agravo de instrumento.

MARREY UINT

Relator

A análise que se faz o texto constitucional é que não existe previsão expressa que menciona a obrigatoriedade do Estado fornecer medicamentos gratuitamente a toda população, mas partindo do pressuposto de que os medicamentos fazem parte do processo de prevenção e combate à doenças, ou seja, o direito à saúde esta ligado ao direito à vida e vice-versa, existe então a obrigação do Estado na concessão de fármacos necessário à vida.

3.1 ORÇAMENTO PÚBLICO E SEPARAÇÃO DOS PODERES

No entanto, há o que ressaltar que o Estado possui orçamento público, o qual muitas vezes não consegue suprir a necessidade da demanda, não tendo condições financeiras, ou por falta de arrecadação ou pela má administração dos recursos arrecadados para arcar com o ônus de medicamentos de alto custo.

O fato é que o Estado tem o dever da prestação de serviços de saúde à população, nesse sentido, destaca-se o voto do Relator Ministro Luiz Fux, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 607381, salientando a solidariedade passiva dos entes federativos na prestação desse serviço primordial para à saúde do ser humano.

A última *ratio* do art. 196 da CF é garantir a efetividade ao direito fundamental à saúde, de forma a orientar os gestores públicos na implementação de medidas que facilitem o acesso a quem necessite da tutela estatal à prestação de serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além de políticas públicas para a prevenção de doenças, principalmente quando se verificar ser, o tutelado, pessoa hipossuficiente, que não possui meios próprios para custear o próprio tratamento.

A fundamentação dos direitos fundamentais também está preceituada no art. 6º da Constituição Federal: “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência

social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desempregados, na forma desta Constituição”. (art. 6º, CF/88).

Sendo a saúde direito indeclinável do ser humano, deste modo, a Constituição Federal incumbe ao Estado prestar assistência a todos quando dela necessitarem, consonantemente aos menos favorecidos economicamente.

Assim o inciso II do artigo 23 da nossa Carta Magna estabelece a competência comum entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios para cuidar da saúde, dar assistência, proteção e garantia às pessoas portadoras de deficiência e necessidades. Também alude a Constituição em seu art. 9º, inciso II que o Estado exerça: “[...] com a União e os Municípios, as seguintes competências: [...] II- cuidar da saúde e assistência pública e da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”. Portanto, afirma-se que é dever do Estado o cumprimento da proteção à saúde para a sociedade, assegurando pela Constituição Federal e jurisprudências.

Nesse sentido, o recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o indivíduo requerer à qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada a necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Esses são os requisitos para a obtenção de medicamentos e tratamentos de alto custo, conferindo assim, ao ente federativo a responsabilidade solidária para a sua concessão, direito garantido pela Constituição Federal, bem como não impedir ou criar mecanismos para prolongar a prestação jurisdicional. (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 607381/2011).

A interposição da ação é realizada através do Ministério Público, o qual possui legitimidade ativa para proposição de Ação Civil Pública, por se tratar de direito indisponível como é o caso do direito à vida e a saúde, não podendo deixar de fazer parte da alçada do Ministério Público.

Assim, cabe ao Poder Público o dever de fornecer fármacos e tratamentos médicos, incluindo exames e cirurgias, que se fizerem necessários à efetivação do direito fundamental à saúde.

A doutrina não diverge acerca da exigibilidade em juízo do direito derivado a prestações materiais – serviços médicos/hospitais/farmacêuticos – em face do Estado. Nesse ponto sustenta-se que:

O direito aos serviços médicos e farmacológicos indispensáveis à manutenção da própria vida, e vida digna, gratuito no Brasil, sub-

jetiva-se diante de cada caso em concreto, em ordem a legitimar o acesso pronto e diretamente exercitável em juízo, de todos e cada um, em face dos poderes públicos.⁴³

Sendo assim, o aumento do que fosse conteúdo mínimo, na área da saúde, se caracterizaria como autêntico direito-garantida do direito à vida, por já estar sedimentado na consciência do povo, em direito análogo aos direitos, liberdades e garantias, porque defeso pelo princípio do não-retrocesso, e principalmente por já se constituir em direito adquirido, decorrente das concretizações legislativas já efetuadas.⁴⁴

Porém há, ainda, as objeções quanto o direito as prestações materiais do Estado, quando referidas ao direito à saúde por conta das já analisadas reservas do possível a que se sujeitam as normas constitucionais ditas meramente programáticas que orientam o tema. Quanto às asserções, afirma-se que:

Os direitos sociais e econômicos estremam-se da problemática dos direitos fundamentais porque dependem da concessão do legislador, estão despojados do status negativos, não geram por si sós a pretensão às prestações positivas do Estado, carecem de eficácia erga omnes e se subordinam à ideia de justiça social. Revestem eles, na Constituição, a forma de princípios de justiça, de normas programáticas ou de política, sujeitos sempre à interpositivo legatoris, especificamente na via do orçamento público.⁴⁵

São as situações que se depara o aplicador da norma diante da considerada escassez e a limitação dos recursos públicos.

Embora isso, como já demonstrado no capítulo anterior, não se discorda da ideia do denominado mínimo social ou de que há um direito às condições mínimas de existência humana digna ainda quando exija prestações estatais positivas, sob pena de se inviabilizar a própria sobrevivência humana e, mais que isso, as condições mais primárias de liberdade, sinalizando para uma distinção que faz entre direitos sociais e esse mínimo vital essencial, constituído de prestações básicas, como a prestação jurisdicional, a educação primária, a saúde pública preventiva, e os programas de assistência à população mais carente.⁴⁶

Já se sabe que o direito ao mínimo essencial, na verdade, já se encontra protegido como dever indeclinável dos poderes públicos de garantir a dignidade da pessoa humana e

43 LOPES, Mauricio Caldas. **Judicialização da Saúde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 88.

44 NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 2004.

45 TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na era dos Direitos. In: **Teoria dos Direitos Fundamentais**. TORRES, Ricardo Lobo (org). 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

46 TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na era dos Direitos. In: **Teoria dos Direitos Fundamentais**. TORRES, Ricardo Lobo (org). 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

que a reserva do possível é uma mera alegação para se eximir ou protelar o cumprimento das obrigações impostas pela Constituição, conforme afirma Canotilho.⁴⁷:

Os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos por todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica. Para atenuar esta desoladora conclusão adianta-se, por vezes, que a única vinculação razoável e possível do Estado em sede de direitos sociais, se reconduz à garantia do mínimo social. Segundo alguns autores, porém, esta garantia do mínimo social resulta já do dever indeclinável dos poderes públicos de garantir a dignidade da pessoa humana e não de qualquer densificação jurídico-constitucional de direito sociais.⁴⁸

O direito à medicina curativa, embora minimamente que seja, mas necessária à preservação da própria vida do ser humano, se já não se encontrasse contido no direito social à saúde, certamente estaria no relacionado ao direito à vida, pois com a saúde prejudicada o indivíduo pode não sobreviver, por isso lhe é assegurado, desde logo, a subjetivação necessária à respectiva exigibilidade judicial.

Mas do que isso, expressamente previsto na Constituição, o tratamento curativo é garantido e não pode sofrer intervenções no sentido de ser reduzido o seu núcleo mínimo ou essencial, em decorrência de eventual omissão do legislador ordinário em lhe definir o meio e/ou a extensão, pois sobrepor-se à constituição e ao declarado efeito desejado pela norma, o da cura.⁴⁹

Neste ponto, tem-se como exemplo um tratamento com medicamentos não padronizado pelo SUS e por essa razão o Estado não oferece ao paciente tal medicamento. Ocorre que isso não pode ser motivo para o Estado não oferecer o tratamento que a pessoa necessita, pois já são recorrentes das decisões, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal que o tratamento, ainda que não padronizado, deve ser disponibilizado ao paciente, devendo estar registrados na ANVISA. No entanto, dependendo do caso de cada paciente o STF já decidiu

47 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 481.

48 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 481.

49 TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na era dos Direitos. In: **Teoria dos Direitos Fundamentais**. TORRES, Ricardo Lobo (org). 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 243-342.

também por fornecer medicamentos não registrados na ANVISA para que o cidadão tenha garantido o seu tratamento de saúde, conforme decisão abaixo:

EMENTA Embargos de declaração no agravo de instrumento. Recebimento como agravo regimental, conforme a jurisprudência da Corte sobre o tema. Fornecimento de medicamento. Fármaco que não consta dos registros da Anvisa, mas que foi receitado ao paciente. Inclusão, ainda, na lista de medicamentos excepcionais que devem ser fornecidos pelo Estado do Rio Grande do Sul. Obrigatoriedade do fornecimento. Precedentes. 1. A jurisprudência da Corte pacificou o entendimento de que o implemento do direito à saúde impõe ao Estado o fornecimento dos meios necessários ao tratamento médico dos necessitados. 2. A controvérsia instaurada nos autos difere substancialmente da matéria em discussão no RE nº 657.718/MGRG, não havendo que se falar, portanto, no sobrestamento do processo enquanto se aguarda a conclusão daquele julgamento. 3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento. (AI 824946 ED / RS - RIO GRANDE DO SUL EMB.DECL. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO, Relator(a): Min. DIAS TOFFOL, Julgamento: 25/06/2013 Órgão Julgador: Primeira Turma)

Toda questão, em verdade, acaba por se resumir à extensão, quantidade ou intensidade do provimento jurisdicional, na medida em que o tratamento curativo é direito constitucionalmente assegurado às pessoas, de modo que a reserva do possível não pode assumir proporções tamanhas que transforme o direito à saúde numa “garantia jurídico-constitucional, equivalente praticamente a grau zero de garantia”, ou num direito social sob “reservas dos cofres cheios”, e então pura e simplesmente suprimível por omissão legislativa.⁵⁰

Na verdade, a reserva do possível, no que reveste o direito à saúde, deve ser entendida no sentido do que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, mas sem ter em contrapartida a ineficácia de seu direito, conforme aduz:

A reserva do possível pode ser tomada no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, mas não tem como consequência a ineficiência do direito; antes, expressa simplesmente a reserva geral de ponderação a que se submetem, de resto, todos os demais direitos fundamentais.⁵¹

50 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002.

51 ALEXY apud LOPES, Maurício Caldas. **Judicialização da Saúde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 91.

Desse modo, ainda que os direitos as prestações materiais se contraponham como o princípio da separação dos poderes e respectiva delimitação funcional e da reserva do possível, a ponderação a se fazer se refere entre, de um lado, a alegação de escassez de recursos e, de outro, os valores maiores da vida e da dignidade da pessoa humana – porque é isso, e nada menos, que efetivamente está em jogo quando se trata daquele mínimo necessário à garantia do direito à vida, que os cuidados médicos apenas buscam preservar ou garantir. É o que afirma Lopes⁵²:

Essa equação ponderativa sinaliza no sentido de que “o conflito não pode ser resolvido senão em favor da vida e da dignidade de que se reveste a pessoa na qual então se subjetiva o direito aos cuidados médicos de que necessita, legitimando-a a exigi-los em juízo” em atenção a certo e determinado trecho da realidade da vida.

Pois bem, feita aqui a exposição, embora resumidamente, a propósito da autonomia do direito de ação em relação ao direito subjetivo material que lhe fundamenta, passa-se a apresentar agora, sobre as condições para o respectivo exercício de tal direito, e da possibilidade jurídica do pedido imediato e do mediato, o que traz a debate as denominadas condições da ação, ou requisitos do provimento final, entre os quais, com algumas discussões, se situa o da possibilidade que tem o juiz, considerado o ordenamento jurídico vigente, de conceder ou negar a tutela solicitada pelo autor; ou, em outras palavras, a exigência de que exista, no ordenamento jurídico, o tipo de providência solicitada.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o intuito de encerrar o presente estudo e a concepção como um todo apresentada até o momento, serão em síntese expostas de maneira sucinta, ressaltando de forma englobada os temas abordados.

1. Restou-se claro, no estudo realizado, a categorização do direito à saúde como um direito fundamental da pessoa humana de forma a garantir o mínimo existencial. Tal direito integra o rol de tantos outros de há muito já positivados na Constituição Brasileira. Não se poderia imaginar o atendimento à igualdade, à proteção do direito à vida e à integridade física sem se vislumbrar, por motivo óbvio, seu vínculo ao direito à saúde.

2. O Estado é um provedor de igualdade social, cabendo-lhe o atendimento a direitos que lhe exigem condutas positivas. Cabe ao Estado, ainda, não apenas a não violação do direito à saúde, mas a obrigação de prove-la, seja através de políticas públicas, por parte do executivo, seja através da edição de leis constitucionais, que se enquadrem na órbita humana do Estado Social e do Estado Democrático de Direito.

3. Em nosso ordenamento maior, tal papel, pela sua importância, não há de ser reservado indistintamente a apenas alguns dos entes, mas distribuído a todos os componentes

52 LOPES, Mauricio Caldas. **Judicialização da Saúde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 91.

da Federação, incluindo-se, indubitavelmente, os municípios, posto serem os entes mais próximos da realidade social, devendo para tanto ocorrer um respeito às regras constitucionais relativas aos recursos públicos.

4. Estudou-se, também, o direito a saúde frente ao princípio do mínimo existencial para se garantir a dignidade da pessoa humana e da reserva do possível e que, hoje, a judicialização de tal direito torna-se necessária para dirimir os conflitos que assolam o caos que se encontra a saúde pública do Brasil, pois constantemente as pessoas se veem em situações que necessitam de atendimento médico diferenciado, e mesmo quanto ao atendimento médico padrão, e não conseguem obter o mínimo necessário para tal atendimento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **O Judiciário e os Direitos Fundamentais Sociais: Acesso à Saúde, questão polemica.** Porto Alegre: Tribunal de Justiça, 2002.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira.** 6ª ed. São Paulo: Renovar, 2002.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992.
- BOTELHO, Ramon Fagundes. **A Judicialização do Direito à Saúde: A tensão entre o “mínimo existencial” e a “reserva do possível” na busca pela preservação da dignidade da pessoa humana.** Curitiba: Juruá Editora, 2011.
- BULOS, Uadi Lammego. **Direito Constitucional ao alcance de todos.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- KRELL, Andrea Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.
- LOPES, Mauricio Caldas. **Judicialização da Saúde.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MORAES, Guilherme Pena de. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Atlas, 2014.
- NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa.** Coimbra: Coimbra, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

- SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SLAIBI, Maria Cristina Barros Gutiérrez. **Direito Fundamental À Saúde – Tutela De Urgência**. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_const/direito_fundamental_saude_tutela_urgencia.pdf>. Acesso em: 9 dez. 2015.
- SOUZA, Ilca Silva de; MURARO, Celia Cristina. As medidas judiciais utilizadas para recebimento de medicamentos e tratamentos de alto custo. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10810&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 9 dez 2015.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na era dos Direitos. In: **Teoria dos Direitos Fundamentais**. TORRES, Ricardo Lobo (org). 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 243-342.



UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE SADIO E ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO, QUE NÃO PODE SER CONSIDERADO SEM A ÁGUA, BEM AMBIENTAL ESSENCIAL À VIDA SADIA.

AN ANALYSIS OF THE JURISPRUDENCE OF THE SUPREME FEDERAL COURT AND THE FUNDAMENTAL RIGHT TO THE HEALTHY AND ECOLOGICALLY AND BALANCED ENVIRONMENT, WHICH CAN NOT BE CONSIDERED WITHOUT WATER, ENVIRONMENTAL ESSENTIAL TO A HEALTHY LIFE.

**REGINA VERA VILLAS BOAS
MARLENE DOS SANTOS VILHENA**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Água potável: bem ambiental essencial à vida sadia. 3 Valor econômico da água potável. 4 Conclusão. 5 Referências

RESUMO: A água potável é recurso ambiental prioritário à garantia da vida sadia, devendo ser considerada no contexto do meio ambiente ecologicamente equilibrado protegido pela CF, no artigo 225, razão pela qual ela deve ser respeitada e protegida pelo homem, sociedade, coletividade e Poderes da República, notadamente pelas Cortes Constitucionais, que proclamam o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental. Analisa-se a jurisprudência, doutrinas, legislações e CF, valendo-se do método dedutivo para se extrair conclusões destas fontes, e do método indutivo para apreciarem-se julgados e buscar a revelação das tendências dos julgamentos dos tribunais sobre a matéria.

PALAVRAS-CHAVE: Água Potável. Direito Fundamental Universal. Legislação. Dignidade Humana. Jurisprudência Nacional

ABSTRACT: Drinking water is a priority environmental resource to healthy life assurance, and should be considered in the context of ecologically balanced environment protected by the CF, in arti-

cle 225, reason why she should be respected and protected by the man, society, collective and powers of the Republic, notably by Constitutional Courts, which proclaim the ecologically balanced environment as a fundamental right. You do analysis of the jurisprudence, doctrine, legislation and CF, using deductive method to extract conclusions of investigations the initial sources and of the inductive method to the assessment of the trial, seeking revelation of trends on the subject.

Keywords: Drinking Water. Universal Fundamental Right. Legislation. Human Dignity

Aprender nunca é demais, mas aprender nunca, é demais. (Jessier Quirino)

O nosso corpo é constituído pelos elementos do planeta; o seu ar permite-nos respirar, e a sua água vivifica-nos e restaura-nos. (Laudato Si', 2015)

1. INTRODUÇÃO

As questões a serem enfrentadas na presente investigação dizem respeito à proteção do meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, compreendidos no presente contexto, os recursos hídricos, notadamente a água potável, nos planos constitucional e infraconstitucional. Investiga-se se referidos planos dão suporte aos Tribunais de Justiça nacionais, que decidem, de maneira a proteger referido ambiente - ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, mantendo a salvaguarda da água potável, às presentes e futuras gerações. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, existem julgados que vem consolidando jurisprudência constitucional ambiental, no sentido de compreender o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental.

A metodologia utilizada na presente investigação se refere principalmente à análise jurisprudencial, que procura evidenciar o conteúdo das decisões trazidas nos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, apreciando, também, doutrinas selecionadas, legislações pertinentes e a Constituição da República Federativa do Brasil. Para tanto, em um primeiro momento a pesquisa se vale de metodologia que utiliza o raciocínio dedutivo para extrair lições da doutrina, das legislações infraconstitucionais e do texto constitucional; e em um segundo momento, da metodologia que utiliza o raciocínio indutivo, apreciando, assim, decisões contidas nos julgamentos da suprema Corte de Justiça, para se concluir a respeito das tendências dos julgamentos proferidos pelos Tribunais a respeito da matéria.

O presente texto foi apresentado no Grupo de Trabalho que abrigou debates sobre “A Jurisprudência dos Tribunais Infraconstitucionais em matéria de Direitos Fundamentais: *Leading Cases*”, introduzindo temática atual, relevante e de interesse de todos, o fazendo pelo “método de casos”, estudando diversos casos concretos já decididos pelo Supremo Tribunal Federal, e apreciando a possibilidade de entendê-los como formadores da jurisprudência concernente aos Direitos Fundamentais, no caso o Direito Fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que traz ao seu bojo a “água potável”, como bem ambiental essencial à vida sadia.

2. ÁGUA POTÁVEL: BEM AMBIENTAL ESSENCIAL À VIDA SADIA

De acordo com o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), do volume total de água na Terra, somente cerca de dois e meio por cento (2,5 %) se refere à água doce. Estima-se que até 2.025, mais de um bilhão e oitocentos milhões de pessoas (1,8 bilhão) viverão em países ou regiões com escassez absoluta de água, 40 % das pessoas em nosso planeta serão submetidos a condições de estresse hídrico¹.

A gestão da água interessa a todos. Não existe vida sem água, o acesso à água potável é um direito humano fundamental. O reconhecimento do valor econômico da água não pode sobrepor ao princípio da dignidade humana, a água constitui-se em bem essencial à vida.

Os conceitos de patrimônio comum e de habitat são hoje utilizados em variados textos jurídicos e não jurídicos, no âmbito nacional e internacional, e são dirigidos muitas vezes às discussões sobre a proteção e conservação do meio ambiente. Tratar o meio ambiente a partir do vocábulo “Água potável” é chegar no bem essencial à vida do planeta, merecedor de proteção, conservação e respeito de todos: do Poder Público, da sociedade, da comunidade, da Família e de cada indivíduo.

O próprio Papa Francisco, em diálogo dirigido a todas as pessoas, lança um desafio à proteção do meio ambiente e da vida, que chama de “nossa casa comum”, afirmando que “o urgente desafio de proteger a nossa casa comum inclui a preocupação de unir toda a família humana na busca de um desenvolvimento sustentável e integral, pois sabemos que as coisas podem mudar”². Assim, prossegue Papa Francisco, “A água potável e limpa constitui

1 ONUBR. Nações Unidas no Brasil. **Alertando para escassez de água doce, ONU pede esforços globais para proteger recursos naturais**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/alertando-para-escassez-de-agua-doce-onu-pede-esforcos-globais-para-protoger-recursos-naturais/>>. Acesso em: 11 abr. 2016.

2 FRANCISCUS. Jorge Mario Bergoglio. **Carta Encíclica Laudato Si do Santo Padre Francisco sobre o cuidado da casa comum**. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html>. Acesso em 22 fev. 2016.

uma questão de primordial importância, porque é indispensável para a vida humana e para sustentar os ecossistemas terrestres e aquáticos”³.

A água sempre foi essencial à vida, sendo lembrada nos mais antigos Códigos de condutas. Ela sempre foi considerada patrimônio de todos, bem comum de todos. Aliás, no Código de Hamurabi (1792 a. C.) a água é lembrada como um bem especial, cujo uso é protegido, e as pessoas que a utilizam devem cumprir deveres entre os quais o de ter a consciência do valor do bem, que deve sempre ser poupado, protegendo, também terceiros de eventuais prejuízos oriundos da desproteção desse valioso bem. Também, mais tarde, o Código de Justiniano (529 d.C.) prescreve que a “água corrente é um bem de toda a humanidade”.

Atualmente, Guido Fernando Silva Soares⁴ assevera que para a visão contemporânea do Direito Internacional do Meio ambiente: os rios e todas as fontes de água doce (lago, lençóis freáticos, água de geleiras) são incluídos no conjunto dos “recursos naturais compartilhados”.

Para as Nações Unidas⁵ se os padrões de consumo continuarem, dois em cada três pessoas na Terra viverão em condições de escassez de água no ano de 2025. Desde 2009, a “ONU Água” e as vinte e seis agências da ONU, trabalhando em parceria com governos, organizações internacionais, organizações não governamentais e outras partes e grupos de peritos interessados, publicou a terceira edição do Relatório de Desenvolvimento Mundial da Água, desenvolvido a cada três anos pelas Nações Unidas para analisar os dados e tendências que afetam os recursos mundiais de água doce.

A água potável limpa, segura e adequada é vital para a sobrevivência de todos os organismos vivos e para o funcionamento dos ecossistemas, comunidades e economias. Mas a qualidade da água em todo o mundo é cada vez mais ameaçada à medida que as populações humanas crescem, atividades agrícolas e industriais se expandem e as mudanças climáticas ameaçam alterar o ciclo hidrológico global. (...)

A cada dia, milhões de toneladas de esgoto tratado inadequadamente e resíduos agrícolas e industriais são despejados nas águas de todo o mundo. (...) Todos os anos, morrem mais pessoas das consequências de água contaminada do que de todas as formas de violência, incluindo a guerra. (...)

3 FRANCISCUS. Jorge Mario Bergoglio. **Carta Encíclica Laudato Si do Santo Padre Francisco sobre o cuidado da casa comum.** Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html>. Acesso em 22 fev. 2016.

4 SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades.** São Paulo: Atlas, 2001.

5 ONUBR. Nações Unidas no Brasil. **A ONU e a água.** Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/agua/>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

A contaminação da *água* enfraquece ou destrói os ecossistemas naturais que sustentam a saúde humana, a produção alimentar e a biodiversidade. (...) A maioria da *água* doce poluída acaba nos oceanos, prejudicando *áreas* costeiras e a pesca. (...)

Há uma necessidade urgente para a comunidade global – setores público e privado – de unir-se para assumir o desafio de proteger e melhorar a qualidade da *água* nos nossos rios, lagos, aquíferos e torneiras⁶.

A *água* potável é um recurso hídrico, protegido por regras jurídicas, agrupadas em conjunto de normas que compõem o “direito à *água*”, instituído a partir de documentos internacionais extraídos de convenções e conferências, que são organizadas para discutir sobre a problemática da utilização sustentável desse recurso essencial à vida de todos do Planeta, sendo proclamada como meta a ser atingida pelo Direito Internacional do Meio Ambiente.

A comunidade científica e outras comunidades e institutos que investigam os recursos hídricos, alertam para o problema da escassez da *água* no planeta. Diante desse contexto a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, por meio da agenda 21, dispõe ser objetivo geral concernente à proteção da qualidade do abastecimento dos recursos hídricos a

manutenção da oferta adequada de *água* de boa qualidade à população do planeta e, também, a preservação das funções hidrológicas, biológicas e químicas dos ecossistemas, adequando atividades humanas aos limites da capacidade da natureza, e o combate de moléstias relacionados com a *água*.

A salvaguarda desse nobre recurso, indispensável à sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações, está vinculada à implementação de gestão sustentável dos recursos hídricos, imprescindível à garantia do acesso à *água* de boa qualidade.

Juliana Santilli⁷ explica a distinção entre os termos recursos hídricos e águas. Segundo a doutrinadora, para alguns especialistas, o termo “recursos hídricos” deve ser empregado apenas quando houver referências às questões atinentes ao uso da água, adotando-se o vocábulo águas quando se referir às águas em geral. Sobre a política ambiental constitucional leciona que devemos repensar e construir uma nova cultura da água, *in verbis*:

6 ONUBR. *Nações Unidas no Brasil. A ONU e a água*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/agua/>>. Acesso em: 12 abr. 2016

7 SANTILLI, Juliana. Política Nacional de Recursos Hídricos: Princípios Fundamentais. CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, 7., 2003, São Paulo, SP. **Direito, água e vida = Law, Water and the web of life**. São Paulo: Imprensa Oficial, 2003. p. 395; p. 647.

uma nova cultura da água parece ser o enfoque que a posiciona como um bem social, e patrimônio comum de toda a sociedade, sendo, portanto, um recurso que é comum a toda a coletividade de usuários, que não pode ser definido, seja como recurso público, seja como privado. Está-se diante de um bem global e comunitário, cuja proteção deve ser considerada no interesse de todos os membros da humanidade, para a satisfação das necessidades essenciais de toda a coletividade, em uma dimensão que relaciona presente e futuro, sempre a partir de condições democráticas de decisão. Estas dependem da otimização da capacidade das instituições e dos governos, de desenvolvimento de instrumentos de participação pública, plural e solidaria a todos os potenciais interessados e afetados pelos efeitos das decisões dessas instancias processuais de negociação de alternativas”⁸.

O enfoque dado ao bem ambiental como “bem social” e “bem global e comunitário” deve ser complementado com a doutrina de Paulo Affonso Leme Machado, que afirma não ser possível, à luz das normas internacionais de direitos humanos, violar-se direitos fundamentais, inerentes ao ser humano, afirmando que

O direito humano fundamental é aquele que a pessoa tem não pelo seu merecimento ou pelo seu esforço, mas o que entra em seu patrimônio simplesmente pelo fato de seu nascimento. Não importa onde nasce e como tenha nascido, de quem seja filho ou filha, não se levando em conta para o exercício do direito humano e nacionalidade, a etnia e sexo. Hoje o direito humano fundamental reconhece e valoriza a dignidade da pessoa humana. Chegaremos a uma época, em que haveremos de afirmar que tudo o que tem vida tem dignidade, ainda que não seja sujeito de direito, mas necessidade dos seres humanos para defenderem seus direitos⁹.

Nessa perspectiva, conclui-se que o acesso à água potável deve ser entendido como um direito fundamental universal do homem, porque a água potável é intrínseca à vida humana. Sem água potável o homem não sobrevive, não sendo possível, assim garantir-lhe a existência digna.

8 FERREIRA, Helini Sivini. Política Ambiental Constitucional. In. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 6ª ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 335

9 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 24ª ed. ver. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 513.

Assim, entendida a água como bem ambiental essencial à vida, tem-se que a “água potável” é recurso ambiental prioritário à garantia dessa vida sadia, devendo ser considerada no contexto do meio ambiente ecologicamente equilibrado, o qual desvinculado desse bem “água potável” não é vislumbrado como um bem ambiental pleno. A água é, pois, considerada como bem ambiental prioritário e está inserida no conceito do meio ambiente, que a Constituição da República Federativa do Brasil protege no seu artigo 225, razão pela qual a “água potável” deve ser respeitada e protegida por todos: pela sociedade, pela coletividade, pelo homem individualmente considerado, pelos Poderes da República, notadamente, para a presente pesquisa, pelas Cortes Constitucionais, que têm proclamado o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental.

3. VALOR ECONÔMICO DA ÁGUA POTÁVEL

A Lei n. 9.433/97 estabelece como um dos fundamentos da política nacional de recursos hídricos ser a água um recurso natural limitado e dotado de valor econômico. No entender de Édis Milaré o seu uso impõe a devida contraprestação. Trata-se de princípio indutor do uso racional do recurso, dado que serve de base à instituição da cobrança pela utilização da água. Hoje, o que se paga é apenas a prestação dos serviços de captação e respectivo tratamento, que, infelizmente, contribui para a cultura do desperdício¹⁰. Édis Milaré explica que “o preço do uso dos recursos hídricos não tem a natureza de imposto, pois este é pago genericamente, sem vinculação a um fim determinado. Não é taxa, porque não se relaciona com a prestação de serviço público. É um preço público, pago pelo uso de um bem público”¹¹.

No Brasil a evolução normativa do direito humano à água é reconhecida na lei 9.433 de 08/01/1997, institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. Determina que em situação de escassez, há de se priorizar o consumo humano e a dessedentação animais¹². A lei em questão ainda dispõe como objetivo “assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos”¹³.

Agência Nacional de Águas (ANA) explica que a cobrança não é um imposto, mas uma remuneração pelo uso de um bem público, cujo preço é fixado a partir da participação dos usuários da água, da sociedade civil e do poder público no âmbito dos Comitês de Bacia Hidrográfica – CBHs, a quem a Legislação Brasileira estabelece a competência de sugerir ao

10 MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. 7ª ed. ver., atual. reform. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 603.

11 Idem.

12 Vide Art. 1º, III da Lei 9.433 de 08/01/1997.

13 Vide Art. 2º, I da Lei 9.433 de 08/01/1997.

respectivo Conselho de Recursos Hídricos os mecanismos e valores de Cobrança a serem adotados na sua área de atuação¹⁴.

A seguir Carlos Teodoro José Hugueneu Irigaray¹⁵ deixa um legado dos mais profundos à água como um direito fundamental, assentado:

Enquanto direito fundamental, o direito à água é inalienável e irrenunciável, e o exercício da cidadania enseja, ao longo do tempo, uma ampliação desse direito, incompatibilizado seu exercício com a gestão meramente econômica da água. Acresça-se que não é possível a concretização da democracia dissociada da implementação dos direitos humanos.

O cerne do pensamento de Carlos Teodoro José Hugueneu Irigaray é reconhecer a dimensão histórica dos direitos humanos, entre os quais se insere o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado¹⁶ e por extensão o direito à água.

Vale ressaltar a importância do papel do Poder Judiciário nesse processo, para a efetividade do direito à água potável, ao tratar dos casos concretos. A interpretação da lei, nesse sentido, deve ser voltada à proteção da dignidade da pessoa humana ao direito fundamental aos recursos hídricos, como condição de ordem social.

Enfrentando a temática pela vertente jurisprudencial, tem-se que o Supremo Tribunal Federal (STF) considera prestação a incidência de imposto sobre operações relativas ao fornecimento de água tratada por concessionárias de serviço público. A questão, com repercussão geral, foi trazida ao Plenário do STF por meio do Recurso Extraordinário (RE) 607.056, interposto pelo Estado do Rio de Janeiro contra acórdão do Tribunal de Justiça daquele Estado, assim ementado:

Ementa:

“Tributário. ICMS incidente sobre água canalizada. Ação de rito ordinário objetivando a exoneração da cobrança e a restituição dos valores pagos a título de ICMS indevidamente incluídos pela CEDAE nas faturas referentes ao fornecimento de água encanada. Sentença que julgou improcedente o pedido inicial. Apelação do Autor. Água que não constitui mercadoria, mas sim serviço público essencial e específico. Inexistência da relação jurídico-tributária impugnada. En-

14 Agência Nacional de Água (ANA). Cobrança pelo Uso de Recursos Hídricos. Disponível em: <<http://www2.ana.gov.br/Paginas/servicos/cobrancaearrecadacao/cobrancaearrecadacao.aspx>>. Acesso em: 11 abr. 2016.

15 IRIGARAY, Carlos Teodoro José Hugueneu. CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, 7., 2003, São Paulo, SP. **Direito, água e vida = Law, Water and the web of life**. São Paulo: Imprensa Oficial, 2003. p. 398

16 Vide *Caput* do Artigo 225 da CF/88.

tendimento predominante neste Tribunal de Justiça. Incidente de Uniformização de Jurisprudência 2006.018.00005. Precedentes do STJ. Contribuinte que faz jus à restituição dos valores pagos indevidamente, corrigidos desde o desembolso e acrescido de juros de mora a contar do trânsito em julgado da decisão, observada a prescrição quinquenal. Súmula 188 do STJ. Reforma do julgado que enseja a imposição ao Réu dos ônus

O TJ/RJ observou em seus fundamentos que o fornecimento de água potável se refere a serviço essencial, afastando, assim, a cobrança do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS – art. 155, II da CF/88) no fornecimento de água tratada. Após a discussão, o STF nega provimento do Recurso extraordinário.

EMENTA

Tributário. ICMS. Fornecimento de água tratada por concessionárias de serviço público. Não incidência. Ausência de fato gerador.

1. O fornecimento de água potável por empresas concessionárias desse serviço público não é tributável por meio do ICMS.
2. As águas em estado natural são bens públicos e só podem ser exploradas por particulares mediante concessão, permissão ou autorização.
3. O fornecimento de água tratada à população por empresas concessionárias, permissionárias ou autorizadas não caracteriza uma operação de circulação de mercadoria.
4. Precedentes da Corte. Tema já analisado na liminar concedida na ADI nº 567, de relatoria do Ministro **Ilmar Galvão**, e na ADI nº 2.224-5- DF, Relator o Ministro **Néri da Silveira**.
5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

Segundo o Relator Ministro Dias Toffoli o ICMS não pode incidir no fornecimento de água tratada, pelo fato de ser considerado um serviço essencial à população, assim descrita a Ementa, *in verbis*:

entendo que a incidência do ICMS sobre água potável para o consumo da população - prevista na legislação do Rio de Janeiro - gera uma situação eivada de inconstitucionalidade, destoando da materialidade desse tributo, inserta no art. 155, inciso II da Constituição Federal”. Acrescenta o ministro Dias Toffoli, no que se refere à noção de mercadoria,

para fins de tributação do ICMS, consolidou-se, ao longo do tempo, o entendimento de que consiste em bem móvel sujeito à mercancia ou, se preferirmos, no objeto da atividade mercantil. Dessa forma, não é qualquer bem móvel que é mercadoria, mas tão somente aquele que se submete à mercancia, ou seja, que é passível de apropriação pelo promotor da operação que o destina ao processo econômico circulatório. O bem móvel é o gênero, do qual mercadoria é a espécie.

O ministro Dias Toffoli iniciou seu voto manifestando-se pela inconstitucionalidade da incidência do ICMS sobre o fornecimento de água potável, citando que o tema já foi objeto de análise, com decisão unânime desta Suprema Corte, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 567), do Estado de Minas Gerais que, de maneira oportuna, suspendeu a eficácia do Decreto n. 32.535, de 18 de fevereiro de 1991, do Estado de Minas Gerais, que preveem a incidência de ICMS sobre abastecimento de água às populações urbanas, transmudando-a de serviço público essencial para circulação de mercadoria, votando o Ministro Relator, Ilmar Galvão pela suspensão liminar do ICMS sobre o fornecimento de água, no Estado de Minas Gerais. A ADI 567, segundo o entendimento do Ministro, afirma que a incidência desse imposto sobre a água potável para o consumo da população prevista na legislação fluminense, gera uma infringência aos arts 150, I e VI, § 2º, e 155, I, “b”, da Constituição Federal.

O ministro Dias Toffoli explica que a fundamentação que vem ensejando a classificação da distribuição de água potável como atividade mercantil - para fins de imposição tributária pelos estados-membros e pelo Distrito Federal - é construída a partir de uma concepção segundo a qual a água canalizada é um bem dotado de valor econômico, diferente daquela encontrada em seu estado natural (água bruta), já que sofre tratamento químico necessário para o consumo. Em resumo, “o fornecimento de água potável caracteriza uma operação de circulação de mercadoria”, o que é explicado pelo ministro Dias Toffoli da seguinte maneira:

as águas públicas derivadas de rios ou mananciais são qualificadas juridicamente como bem de uso comum do povo, conforme os arts. 20, III, e 26, I, da Constituição Federal, não podendo ser equiparadas a uma espécie de mercadoria, sobre a qual incidiria o ICMS. O tratamento químico necessário ao consumo não tem o condão de descaracterizar a água como um bem público de uso comum de todos”. Assim prossegue “a água natural canalizada, ao contrário do que acontece com a água envasada, não é objeto de comercialização, e sim de prestação de serviço público. Inexiste,

portanto, uma operação relativa à circulação de água, como se essa fosse mercadoria.

Como se percebe, o relator votou no sentido de negar provimento ao Recurso Extraordinário, por considerar que a incidência do ICMS sobre o serviço de fornecimento de água tratada não atende ao interesse público, afirmando que “a tributação pode, inclusive, prejudicar políticas públicas de universalização do acesso a esse serviço”.

4. CONCLUSÃO

Em torno da compreensão escorreita do alcance e do conteúdo da cobrança pelo uso da água, lembra-se a lição de Paulo Affonso Leme Machado que explica ser de alta relevância ter a Assembleia Geral das Nações Unidas, pela Resolução 64/292, de 28.7.2010, reconhecido o *direito à água como um direito fundamental*, com a seguinte redação: “Reconhece que o direito à água potável e ao saneamento é um direito humano essencial para pleno aproveitamento da vida e de todos os direitos humanos”. A efetividade do acesso individual à água potável está ligada ao direito fundamental ao desenvolvimento humano.

Utilizando as lições de Canotilho¹⁷, entende-se que o Estado brasileiro não é somente constitucional, mas antes, um Estado Socioambiental ou Estado Constitucional Ecológico que respeita uma Democracia Sustentada. Explica Canotilho, que as dimensões jurídicas fundamentais do Estado Constitucional Ecológico passam pela ideia de ser o Estado Constitucional rígido, também, por princípios ecológicos, havendo novas e variadas maneiras de se participar deste Estado e de sua política que se condensa na expressão democracia sustentada. Essa explicação fornecida pelo autor permite atribuir-se direitos à fauna e à flora, e às gerações futuras, por meio do Direito intergeracional, que se compromete com as futuras gerações.

Revela a existência de quatro postulados jurídico-analíticos, que corroboram uma melhor compreensão jurídica do Estado Constitucional Ecológico e da Democracia Sustentada: o postulado globalista, a perspectiva individualista, a publicística e a perspectiva associativista, interessando ao presente texto o postulado globalista, que se refere à formação de uma espécie de “direito ambiental mundial”, buscando não somente uma construção jurídica limitada a determinadas áreas ou regiões, mas também, a busca de um nível planetário de abrangência, considerado o ambiente um bem global, sem, contudo desprezar as estruturas estatais e as instituições locais.

Explica o autor, no mesmo texto, que o postulado globalista corrobora a afirmação “(...) que o direito ao ambiente de cada um é também um dever de cidadania na defesa do ambiente”, lembrando que ele pode ser compreendido como patrimônio natural, comum a

17 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada. **Revista CEDOUA**, Coimbra, a. 4, n. 8, p. 9-15, 2001.

toda humanidade. Referido postulado encontra ação no seio de organizações supranacionais, buscando não o interesse de determinadas nações, mas o de toda a humanidade.

O raciocínio utilizado para o direito ao ambiente, trazido por Canotilho, conforme exposto acima, deve ser utilizado às reflexões sobre o direito à água potável, tendo em vista ser ela a essência maior do meio ambiente ecologicamente equilibrado, indispensável à satisfação e à concretização de todas as vidas do planeta. Assim, quem compreende que na defesa do ambiente, o direito ao meio ambiente de cada um é também o dever de cidadania, repete a lição à salvaguarda da água potável, cuja defesa, também está relacionada ao fato de ser o direito à água potável de cada um, correlato ao dever de cidadania.

Por derradeiro, observa-se pela análise dos julgados trazidos à discussão, pela interpretação do conteúdo do texto da Constituição da República Federativa do Brasil e pelos estudos doutrinários (doutrina clássica e doutrina contemporâneas selecionadas para a presente investigação), que o homem não pode deixar de, cada vez mais, levar em consideração o meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, valorando, conseqüentemente, a água potável, bem essencial à vida sadia e primordial à composição e à consideração do meio ambiente ecologicamente, protegido e salvaguardado pela Constituição da República Federativa do Brasil.

O respeito e consideração que o homem deve continuar a ter pelo “meio ambiente - água potável” implica o respeito e a consideração dos Estados, das Nações, da sociedade e das comunidades nacionais e internacionais, cujas vidas dependem da sobrevivência deste “ambiente”, que deve ser mantido e salvaguardado para as gerações presentes e futuras, razão pela qual, necessariamente, nas tendências das decisões trazidas nos julgamentos das Cortes e dos Tribunais Constitucionais devem espelhar: a preservação, a salvaguarda, a tutela e a proteção do “meio ambiente- água potável”, de maneira a mantê-lo sadio e ecologicamente equilibrado à garantia da subsistência de todos do planeta.

Afinal, “o nosso corpo é constituído pelos elementos do planeta; o seu ar permite-nos respirar, e a sua **água** vivifica-nos e restaura-nos”¹⁸.

5. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Ed. Malheiros, 2008.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 mar. 2016.

18 FRANCISCUS. Jorge Mario Bergoglio. **Carta Encíclica Laudato Si do Santo Padre Francisco sobre o cuidado da casa comum**. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html>. Acesso em 22 fev. 2016.

- BRASIL. **Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9433.htm>. Acesso em: 24 mar. 2016.
- BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. **Código de Águas**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d24643.htm>. Acesso em: 24 mar. 2016.
- BRASIL. Secretária Nacional de Recursos Hídricos. **Política Nacional de Recursos Hídricos**. In: Ministério do meio ambiente. Brasília. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/srh/politica/legislacao/lei9433.html>>. Acesso em: 24 mar. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 22.164**, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 30-10-1995, Plenário, DJ de 17 nov. 1995. Disponível em: <https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/direito_ambiental_2015-2.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2016.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada. **Revista CEDOUA**, Coimbra, a. 4, n. 8, p. 9-15, 2001.
- FERREIRA, Helini Sivini. Política Ambiental Constitucional. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 6ª ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2015.
- FRANCISCUS. Jorge Mario Bergoglio. **Carta Encíclica Laudato Sí do Santo Padre Francisco sobre o cuidado da casa comum**. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html>. Acesso em 22 fev. 2016.
- IRIGARAY, Carlos Teodoro José Huguency. Água: Um Direito Fundamental ou uma Mercadoria? In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, 7., 2003, São Paulo, SP. **Direito, água e vida = Law, Water and the web of life**. São Paulo: Imprensa Oficial, 2003.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 24ª ed. ver. ampl., atual. São Paulo: Malheiros., 2016.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito dos cursos de águas internacionais**. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Recursos hídricos: direito brasileiro e internacional**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- NERY JUNIOR, Nelson e NERY ANDRADE, Rosa Maria. **Constituição Federal Comentada**. 5ª. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- ONUBR. Nações Unidas no Brasil. **A ONU e a água**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/agua/>>. Acesso em: 12 abr. 2016.
- ONUBR. Nações Unidas no Brasil. **Alertando para escassez de água doce, ONU pede esforços globais para proteger recursos naturais**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/alertando-para-escassez-de-agua-doce-onu-pede-esforcos-globais-para-proteger-recursos-naturais/>>. Acesso em: 11 abr. 2016.

- SANTILLI, Juliana. Política Nacional de Recursos Hídricos: Princípios Fundamentais. CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, 7., 2003, São Paulo, SP. **Direito, água e vida = Law, Water and the web of life**. São Paulo: Imprensa Oficial, 2003.
- SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades**. São Paulo: Atlas, 2001.
- VILLAS BÔAS, Regina Vera. Perfis dos conceitos de bens jurídicos. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 10, n. 37, p. 209-241, jan./mar. 2009.
- VILLAS BÔAS, Regina Vera. Um Olhar Transverso e Difuso aos Direitos Humanos de Terceira Dimensão. A solidariedade concretizando o dever de respeito à ecologia e efetivando o postulado da dignidade da condição humana. **Revista de Direito Privado**. v. 13, n. 51, p. 11-34, jul./set. 2012.
- VILLAS BÔAS, Regina Vera. Violência Ética e Socioambiental. Macula a dignidade da condição humana e desafia a proteção dos interesses difusos e coletivos. In. YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato; RAMPAZZO, Lino (orgs.). **O direito e a dignidade humana aspectos éticos e socioambientais**. Vol. 1. Campinas: Editora Alínea, 2012, p. 103-122.
- YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. **Recursos hídricos: aspectos éticos, jurídicos, econômicos e socioambiental**. Campinas: Alínea, 2007.



UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA PAULISTA SOBRE A TUTELA AMBIENTAL E A RESPONSABILIDADE DOS MUNICÍPIOS

AN ANALYSIS OF SAO PAULO CASE-LAW ON ENVIRONMENTAL PROTECTION AND THE LIABILITY OF THE MUNICIPALITIES

Maria Isabel Leite Silva de Lima
m.isabelslima@gmail.com

Sumário: 1 Introdução. 2 O direito ao meio ambiente como condição à existência humana digna. 3 O papel do Poder Público na proteção ambiental. 4 A responsabilização ambiental dos Municípios sob a **ótica** da jurisprudência do TJ/SP. 5 Considerações finais. 6 Referências.

RESUMO: Este artigo tem como objetivo analisar a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo no que tange à proteção jurídica do meio ambiente a partir de um de seus transgressores, os Municípios. A partir da concepção do meio ambiente equilibrado como direito constitucional relacionado ao princípio fundamental da dignidade humana, a análise dos julgados visará avaliar a imputação da responsabilização ambiental ao Poder Público municipal e o seu papel na consecução da tutela ambiental, de modo a evitar a degradação ambiental e garantir o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, nos termos do artigo 225 da Constituição Federal.

Palavras-chave: Tutela ambiental. Meio ambiente equilibrado. Dignidade humana. Responsabilização dos Municípios. Jurisprudência ambiental.

ABSTRACT: This article aims to analyze the jurisprudence of the São Paulo Court of Justice regarding the legal protection of the environment from one of his violators, such as Municipalities. From the conception of balanced environment as a constitutional right related to the fundamental principle of human dignity, the analysis of the trials will aim to assess the allocation of environmental liability of the municipal government and its role in achie-

ving a effective environmental protection, to avoid environmental degradation and guarantee the right to an ecologically balanced environment, in accordance with article 225 of the Brazilian Constitution.

Keywords: Environmental protection. Balanced environment. Human dignity. Liability of municipalities. Environmental case-law.

1. INTRODUÇÃO

Na esfera internacional, o direito ao meio ambiente foi consagrado no Princípio 1º da Declaração de Estocolmo de 1972, ao considerar que o homem tem o direito fundamental ao

ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras¹.

Em 1972 foi realizada a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, em Estocolmo, que colocou o meio ambiente na agenda internacional. Como resultado da conferência, foi produzida uma declaração de 26 princípios e um plano de ação com 109 recomendações. Os princípios da Declaração de Estocolmo constituíram o primeiro conjunto de normas internacionais para as questões ambientais e foram elaboradas diretrizes de ação para políticas ambientais no âmbito internacional e nacional, estabelecendo-se padrões mínimos de proteção.

O conceito jurídico-legal da expressão meio ambiente vem à tona na Lei nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente em seu art. 3º, I, sendo este “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”².

Considerado como direito difuso, na medida em que o interesse de manter um meio ambiente sadio e equilibrado pertence a todos, o artigo 225, *caput*, da Constituição Federal, preconiza que

1 ONU. **Declaração de Estocolmo sobre o ambiente humano – 1972**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

2 BRASIL. **Lei nº 6.938**, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 10 fev. 2016.

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 gerações³.

Neste diapasão, o papel dos entes federativos é essencial na consecução dos preceitos constitucionais, possuindo o poder-dever de agir para a proteção do meio ambiente. Por tal razão, cabe no presente artigo analisar a jurisprudência paulista para verificar se este papel está sendo desempenhado a contento pelo Poder Público municipal e a forma como está sendo delimitada a sua responsabilização em matéria ambiental.

2. O DIREITO AO MEIO AMBIENTE COMO CONDIÇÃO À EXISTÊNCIA HUMANA DIGNA

Além do direito à vida, também são assegurados pela Constituição de 1988 a dignidade humana e o direito à sadia qualidade de vida. Logo, para que se tenha uma sadia qualidade de vida, é necessário que se tenha um meio ambiente equilibrado do ponto de vista ecológico.

Para Alves (2003, p. 9), a partir da Constituição de 1988, temos uma ordenação sistemática que: declara nossas liberdades e direitos, fixa competências e limites do poder público e nos mostra a maneira pela qual garantir, perante o poder constitucionalmente competente, os direitos fundamentais, dentre eles o de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, segundo princípios que antes de programáticos se revelam verdadeiros alicerces, fontes primárias de qualquer norma, inclusive e principalmente, da norma constitucional.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado consubstancia-se na conservação das propriedades e das funções naturais do meio, de forma a permitir a existência, a evolução e o desenvolvimento dos seres vivos. O estado de equilíbrio não visa à obtenção de uma situação de estabilidade absoluta, em que nada se altere, devendo-se ter noção que a estabilidade é relativa, pois todo ecossistema é evolutivo em função das grandes flutuações climáticas, as quais a biosfera está sujeita (MACHADO, 2015).

De acordo com o Supremo Tribunal Federal, no MS 22.164-0/SP, julgado em 30 de outubro de 1995, de relatoria do Ministro Celso de Mello⁴, ponderou-se que o direito à integridade do meio ambiente é típico direito de terceira geração e constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído à própria coletividade social.

3 BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 fev. 2016.

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 22.164**, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 30-10-1995, Plenário, DJ de 17 nov. 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691>>. Acesso em: 10 fev. 2016

Considerado um direito de terceira dimensão ou de solidariedade, o direito ao meio ambiente equilibrado tem uma natureza multifacetada, sendo ao mesmo tempo direitos individuais e coletivos em relação aos seus sujeitos ou beneficiários (TRINDADE apud SILVA, 2009).

Para Machado (2015) a universalização dos direitos individuais, sociais e coletivos é uma das características da Constituição de 1988. Segundo o autor, o *caput* do art. 225 é antropocêntrico e trata de direito fundamental, pois incumbe preservar a vida e na dignidade das pessoas. Fiorillo (apud ALVES, 2003) destaca a vida como o centro de preocupação do Direito Ambiental, como também é a vida humana, o núcleo de persecutoriedade da tutela de proteção aos direitos humanos.

Para Granziera (2015), o direito do homem evolui a medida que as sociedades se desenvolvem e, assim, incluem novos temas nesses róis de direitos, sendo que esses novos direitos são resultado de um processo histórico dinâmico. Segundo a autora (2015, p. 56), a evolução parte dos direitos fundamentais, denominados de primeira geração, para um contexto de direitos sociais, econômicos e culturais, de segunda geração, que, “vem desembocar em direitos relativos ao meio ambiente, à biodiversidade e ao desenvolvimento, abarcando um novo fator – as futuras gerações.”

Assim, considerando-se o direito ao meio ambiente sadio como sendo essencial para a existência humana de forma digna, a Constituição Federal de 1988 impõe o dever da tutela ambiental ao Poder Público e à coletividade, sob a ótica de um direito intergeracional.

3. O PAPEL DO PODER PÚBLICO NA PROTEÇÃO AMBIENTAL

O Poder Público passa a figurar não como proprietário de bens ambientais, mas como um gestor ou gerente que administra bens que não são dele e, por tal razão, deve explicar de modo convincente a sua gestão. Assim, o Estado deve ser conduzido a melhor informar, a alargar a participação da sociedade civil na gestão dos bens ambientais e a ter que prestar contas sobre a utilização dos bens de uso comum do povo, concretizando um Estado Democrático e Ecológico de Direito, conforme artigos 1º, 170, e 225 da Constituição Federal (MACHADO, 2015).

Com o novo quadro constitucional, a regulação estatal do ambiente dispensa justificação legitimadora e, pelo contrário, a ausência do Estado na proteção ambiental é o que demanda justificativa, sob pena de violação do poder inafastável de agir e tutelar (CANOTILHO et al., 2015).

Os preceitos constitucionais reduzem assim a discricionariedade da Administração Pública, pois impõem ao administrador o dever de levar em conta o meio ambiente e de, direta e positivamente, protegê-lo. Por tal razão, o desvio desse dever pode caracterizar improbidade administrativa e infrações penais e administrativas (CANOTILHO et al., 2015).

Alves (2003, p. 04), em sua obra O Estado Poluidor, tendo na expressão Estado a concepção generalista de Poder Público (federal, estadual ou municipal), assevera que

o que se pretende é reiterar que o Estado de Direito não suporta decisões parciais, violadoras de princípios e direitos fundamentais do cidadão brasileiro, principalmente quando o Estado assume a posição de maior poluidor.

O parágrafo 3º do art. 225 da Constituição dispõe que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão as pessoas físicas e jurídicas a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar o dano, consagrando a chamada tríplice responsabilidade. A responsabilidade objetiva prevista no parágrafo 1º do art. 14 da Lei Federal n.º 6.938/1981 impõe ao poluidor, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente. Por poluidor, nos termos do art. 3, inciso IV, da Lei Federal n.º 6.938/1981, entende-se a “a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável direta ou indiretamente por atividade causadora de degradação ambiental.”

Portanto, o texto legal não faz distinção entre pessoas jurídicas de direito público ou privadas na responsabilização por danos ao meio ambiente. Logo, por também estar sujeito às leis, o Estado tem responsabilidades tal como os particulares, de maneira que configurada a responsabilidade civil do Estado por dano ambiental, este deve responder por seus atos, sejam eles diretos ou indiretos.

Assim, em matéria ambiental é grande a importância da responsabilidade por omissão, pois quem tem o dever de evitar o dano, por uma ação de vigilância ou de fiscalização, por exemplo, e se omite fica responsável civilmente. Não basta o Estado não fazer o que não deve, ele é obrigado também a fazer o que deve (SEGUIN, 2000).

Por exemplo, no caso de omissão pelo não exercício do poder de polícia, seja pela falta de fiscalização ou não adoção de medidas administrativas necessárias à preservação do meio ambiente, a responsabilidade solidária do Estado decorre da interpretação do art. 3, IV da Lei Federal n.º 6.938/1981, além da não observância do poder-dever de agir para impedir a degradação por ser garantidor da preservação ambiental.

É competência comum de todos os entes federativos, de forma cooperada, a proteção e preservação do meio ambiente e o combate à poluição, nos termos do art. 23 da Constituição. Para as ações administrativas, a Lei Complementar n.º 140/2011 trouxe as normas de cooperação entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios e estabeleceu uma divisão de atribuições a cada ente da federação. A competência para fiscalizar permaneceu comum a todos os entes federativos, sob a premissa de que devem proteger o meio ambiente e combater a poluição em todas as suas formas.

No tocante à competência legislativa, o art. 24 da Constituição preceitua que é competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal legislar sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição, dentre outros assuntos.

Cabe à União estabelecer as normas gerais, ou seja, aquelas que serão aplicadas em todo o território nacional, e aos Estados e ao Distrito Federal o detalhamento das normas de acordo com as características e peculiaridades locais, tendo por limite as regras impostas

pela União. Inexistindo lei federal ambiental, competirá aos Estados o exercício da competência legislativa plena, de maneira que, com a superveniência de lei federal sobre normas gerais, fica suspensa a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrária (art. 24, §§3º e 4º, Constituição Federal).

Aos Municípios foi outorgada no art. 30, inciso I, a competência para legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e estadual no que couber (GRANZIERA, 2015). Também caberá aos Municípios, em competência executiva exclusiva, o adequado ordenamento territorial, mediante o planejamento e controle do uso, parcelamento e ocupação do solo urbano. (art. 30, VIII)

4. A RESPONSABILIZAÇÃO AMBIENTAL DOS MUNICÍPIOS SOB A ÓTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO TJ/SP

Em pesquisa jurisprudencial no site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em especial nas 1ª e 2ª Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente, foi possível encontrar diversos julgados em demandas ambientais que envolvem os Municípios, principalmente no tocante à sua responsabilidade indireta, ou seja, quando da omissão no seu poder dever de agir para garantir a tutela ambiental.

Em julgado recente, que trata de Ação Civil Pública (ACP) proposta pelo Ministério Público de São Paulo (MP/SP) em face da Prefeitura Municipal de Guarulhos em razão da existência de construção em Área de Preservação Permanente (APP), localizada às margens de córrego, foi dado parcial provimento ao recurso da Municipalidade apenas para dilatar o prazo para o cumprimento de algumas obrigações, mantida no mais a sentença. Veja-se a ementa:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. Área de preservação permanente. Inaplicabilidade da Lei Municipal nº 6.046/2006 e da Lei Federal nº 6.766/79. Adoção da lei mais protetiva ao meio ambiente, em consonância com os preceitos constitucionais. Não configurado o direito adquirido. Responsabilidade objetiva e solidária do artigo 14, §1º da Lei nº 6.938/81 e artigo 225 da Constituição Federal. Dever da Municipalidade de agir de forma eficiente, conforme artigo 37, “caput”, da Constituição Federal. Teoria do risco administrativo. Cabível a multa em face do ente público, na forma dos artigos 461 e 644 do Código de Processo Civil. Multa em patamar adequado. Dilatado o prazo para as obrigações de desimpermeabilização, descompactação do solo, demolição das construções e restauração da área. Dá-se parcial provimento ao apelo. (TJ/SP. 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente. Apelação nº 0054391-29.2011.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante Prefeitura Municipal de Guarulhos, e apelado Mi-

A sentença do juiz de 1ª Instância havia condenado os réus solidariamente a: a) cessarem a atividade degradadora do meio ambiente, com a paralisação imediata e integral de toda atividade de desmatamento, plantio, impermeabilização do solo, ou qualquer outra geradora de poluição, proibida qualquer ocupação nas APPs, sob pena de multa diária de R\$ 500,00; b) providenciar desimpermeabilização e descompactação do solo na APP e a demolição das edificações, restaurando integralmente as condições primitivas da vegetação, solo e corpo d'água, no prazo de 120 dias, sob pena de multa diária de R\$ 500,00; c) pagamento de indenização a ser quantificada em perícia, correspondente aos danos que se mostrarem irreversíveis.

A Municipalidade de Guarulhos recorreu alegando que a lei municipal (Lei nº 6.046/2006 - Código de Edificações) prevê faixa *non aedificandi* em proporção diversa da prevista no Código Florestal e que o local é área urbana consolidada e contou com autorização do órgão municipal, constituindo-se em ato jurídico perfeito.

Na decisão de 2ª Instância, a lei municipal de 2006 foi considerada inaplicável, pois contrariava a Lei nº 4.771/65 (antigo Código Florestal), que propunha área de APP maior, ou seja, mais protetiva. Segundo o ilustre relator, a preservação e recuperação das APPs “extrapola o interesse local, é interesse difuso que alcança toda a humanidade, pois fundamental não apenas para a manutenção das águas, essencial à existência humana e à sobrevivência de espécies da fauna e da flora.”

Desta forma, aos Municípios seria permitida a elaboração de suas normas ambientais, observados os padrões federais e estaduais, e desde que estas não sejam ambientalmente menos protetivas.

No tocante ao direito adquirido alegado pela Municipalidade, ponderou-se que não há direito adquirido à má utilização dos recursos naturais, de modo que este não se convalida por contrariar disposição de lei federal. Há ainda de se destacar o privilégio da tutela ambiental em detrimento da ocupação, conforme relatado pelo magistrado em sua fundamentação:

mesmo que se afirme a existência de conflito entre ocupação consolidada e meio ambiente, deve preponderar a legislação que busca preservar este último, até pela feição intergeracional e difusa do bem tutelado. Ora, sem meio ambiente equilibrado não é possível atingir a dignidade humana, o direito à vida, entre tantos outros direitos fundamentais. Por isso, o meio ambiente não pode ser negligenciado em favor de uma ou outra ocupação em desconformidade com os critérios legais de preservação ambiental. A questão aqui tratada é muito mais ampla do que parece, trata-se de viabilizar todas as formas de vida existentes no planeta.

A responsabilidade da Municipalidade também não foi afastada, visto que o artigo 14, § 1º, da Lei 6.938/81, recepcionado pelo artigo 225 da Constituição Federal, prevê responsabilidade objetiva e solidária e abrange o dever de indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente, de modo que, tanto é responsável a Municipalidade quanto o proprietário ou possuidor do imóvel, ausente subsidiariedade.

Assim, mesmo que sendo poluidor indireto, a Municipalidade é responsável pela intervenção irregular na APP, pois, a princípio, a área não seria passível de intervenção. Isto porque, consoante o art. 225 da Constituição Federal, as pessoas jurídicas de direito público devem ter “atuação sinérgica e preventiva em termos de meio ambiente, sendo evidente que o exercício do poder de polícia também se dá de forma preventiva.”

Logo, ausente a ação municipal preventiva, o Poder Público deve agir repressivamente, não havendo no caso mera discricionariedade, devendo agir de forma atendendo aos princípios do artigo 37, “caput”, da Constituição Federal.

Nesse sentido, no acórdão ficou consignado que:

embora a responsabilidade do ente público em seara ambiental constitua tema de grande controvérsia, há que se admitir que, via de regra, a responsabilidade da Municipalidade independe da existência de ato ilícito, podendo ser sustentada em situações de atos lícitos que resultem em dano a particulares, instando notar que é adotada a tese, hodiernamente, do risco administrativo, em que a demonstração do elemento subjetivo não é mais exigida. Portanto, não há que se falar em culpa exclusiva de terceiro, ausentes excludentes de responsabilidade. **Para que fique claro: a recorrente pode ser responsabilizada objetivamente na seara ambiental se for a direta causadora do dano (decorrente da implantação de obra sem os devidos estudos e cuidados tendentes a minimizar os impactos ambientais e a degradação correspondente), bem como na hipótese em que possui o dever de fiscalizar as atividades desenvolvidas pelos particulares, não somente quanto às atividades existentes, mas como no caso dos autos, previamente à realização de construção irregular. A própria omissão gera o nexo causal.** E nem se diga que todos os entes públicos devem ser responsabilizados. É verdade que todos eles devem defender o meio ambiente, mas pelo artigo 30, inciso VIII da Constituição Federal incumbe exclusivamente à municipalidade a promoção do adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso do solo. (grifamos)

Sobre a imposição de multa cominatória à Municipalidade em caso de atraso em obrigação de fazer, esta também foi considerada admissível, pois

os artigos 461 e 644 do Código de Processo Civil não fazem qualquer distinção entre os particulares e o Poder Público, motivo pelo qual devem ser aplicadas sempre que o devedor se mostrar renitente em cumprir a obrigação, sendo plenamente aplicável às rés.

Vale trazer à tona outro acórdão, da 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do TJ/SP, no qual restou caracterizada a responsabilidade do Município, ante a ausência de mera discricionariedade, por ser poder-dever do ente público assegurar os direitos transindividuais de urbanismo e meio ambiente, cuja ementa transcreve-se a seguir:

SENTENÇA. Julgamento “extra petita”. Parcial caracterização. Decisão que se encontra dentro dos limites da lide proposta. Exclusão da pessoa física do prefeito. Admissibilidade. Atuação ligada à Administração Pública (Prefeitura municipal) Preliminar acolhida em parte. Recurso parcialmente provido. AÇÃO CIVIL PÚBLICA Regularização de área verde pertencente ao poder público municipal. **Situação que perdura há anos. Responsabilidade do município. Ausência de mera discricionariedade no caso, tendo em vista o poder dever do ente público de assegurar os direitos transindividuais de urbanismo e meio ambiente.** Cominação de multa diária. Possibilidade. Inexistência de vedação apenas por se tratar de Poder Público. Medida que visa assegurar o cumprimento da ordem judicial. Necessidade de inserção da despesa em orçamento municipal, com a responsabilidade de criação de crédito adicional ou, em caso de impraticabilidade comprovada, inclusão do gasto na respectiva lei orçamentária, para posterior concretização dos deveres impostos. Recurso parcialmente provido. (TJ/SP. 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente. Apelação nº 0004231-37.2005.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante Prefeitura Municipal de Ribeirão Preto, e apelado Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Desembargador Alvaro Passos, julgado em 10 mar 2016 - grifamos)

O caso trata de área verde pública municipal não implantada que deveria ser regularizada, pois não estava cumprindo a sua função social e ambiental em face da recusa do Município em dar a devida finalidade à área. O recurso de apelação foi julgado parcialmente procedente, mantendo a condenação do Município e acolhendo a preliminar para exclusão da pessoa física do Prefeito na ordem judicial.

Para o magistrado, o caso “foge à mera atuação discricionária do poder público e ingressa na necessária obediência do dever legal de proteger direitos difusos e coletivos.” Assim, não haveria em que se falar em ato discricionário que não poderia ser objeto de apreciação do Poder Judiciário.

Baseando-se no art. 30, inciso VIII da Constituição e nos princípios da obrigatoriedade da intervenção estatal, da precaução e da prevenção, consignou-se que é dever do Município assegurar o respeito aos padrões urbanísticos, além de promover o bem-estar da população, inexistindo discricionariedade quando não atendidos os direitos.

A multa diária, em caso de descumprimento da decisão judicial, foi mantida para o incentivo no atendimento da ordem, tendo em vista inexistir qualquer vedação legal para que tal medida não seja adotada em face da Administração Pública. Ressalva interessante foi feita no tocante ao orçamento municipal, para a sua inclusão, “primeiro através de crédito adicional e, na hipótese de total inviabilidade, para o ano fiscal seguinte, e, partir de então, concluir as imposições constantes da sentença.”

Outro caso a ser analisado diz respeito à ACP, cujo acórdão condenou a Municipalidade de Guarulhos na obrigação de regularizar o uso e ocupação do solo por meio da remoção dos ocupantes e recuperação e urbanização. Reproduz-se a ementa do referido acórdão:

LEGITIMIDADE PASSIVA. Exercício do poder dever de impedir ocupações irregulares do solo, assim como danos ambientais. Preliminar rejeitada Recurso parcialmente provido. **CONDIÇÕES DA AÇÃO.** Interesse de agir. Adequação do procedimento escolhido para a finalidade pretendida. Termo de ajustamento de conduta anteriormente firmado que possui objeto inferior ao do pleiteado no processo Preliminar afastada Recurso parcialmente provido. **AÇÃO CIVIL PÚBLICA** Meio ambiente. **Ocupação irregular do solo. Responsabilidade objetiva do município. Competência comum dos entes federativos na defesa do meio ambiente Ausência de discricionariedade, tendo em vista o poder-dever da municipalidade** Necessidade de inserção da despesa em orçamento municipal. Prazo razoável para o cumprimento das obrigações impostas na condenação que devem ser objeto de análise exata em fase de liquidação de sentença. Recurso parcialmente provido. (TJ/SP. 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente. Apelação nº 0012359-43.2010.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante Prefeitura Municipal de Guarulhos, e apelado Ministério Público do Estado de São Paulo, Relator Desembargador Alvaro Passos, julgado em 10 mar 2016 - grifamos)

Infere-se do acórdão que a legitimidade do Município para figurar no polo passivo da demanda emergiu do poder de polícia de ente federativo e da atribuição de, nos termos dos arts. 30 e 191 da CF, promover o ordenamento territorial e controle do uso e solo, bem como de proteger o meio ambiente natural e artificial. A competência material, de acordo com o art. 23, VI e VIII, da CF, é comum, cabendo a todos (União, Estados e municípios) adotar medidas protetivas em igualdade. Além disso, a área pública objeto da lide pertence à Municipalidade.

Nas palavras do ilustre magistrado o fato de os atos administrativos serem discricionários “é inábil para permitir uma atuação que tenha a chance de reproduzir algum prejuízo aos recursos ambientais, de interesse coletivo, que pode afetar a vida de toda a sociedade e engloba uma obrigação protetiva do próprio poder público.” Desse modo, os atos administrativos de fiscalização, demolição, dentre outros, tratam-se no caso de atuação vinculada aos danos causados.

Tampouco prosperou a argumentação de que o Município não pode ser responsabilizado por uma omissão, tanto pelo poder-dever do ente federado quanto por se tratar de uma responsabilidade objetiva, de modo que

a falta de atuação do município permitiu o assentamento e, assim, concedeu uma autorização tácita de ocupação irregular, a qual, além do perigo de danos aos próprios moradores, afetou área de proteção ambiental (encosta de morro).

Em análise a outro julgado, foi determinada à Prefeitura Municipal da Estância de Atibaia, em caráter subsidiário, a regularização do loteamento, ante a ausência de fiscalização do Poder Público e a consequente omissão do Município no efetivo controle da ordenação e ocupação do espaço urbano, conforme a seguinte ementa:

RECURSOS DE APELAÇÃO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEIO AMBIENTE. LOTEAMENTO IRREGULAR. 1. PRELIMINAR. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. Provas dos autos que denotam a impossibilidade de identificação de todos os possíveis ocupantes da área ante as fortes evidências de ser uma população flutuante. Peculiaridade do caso concreto que demonstra a dificuldade de citar todos os interessados. Determinação de citação editalícia, visto que a citação pessoal inviabilizaria o direito de ação. Precedentes do STJ e do STF. 2. PRELIMINAR. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. Pretensão de regularizar loteamento possível na ordem jurídica, podendo ensejar tão somente a improcedência da demanda. 3. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Reconhecida ofensa a direito difuso e coletivo e degradação do meio ambiente a ação decorre dos fins institucionais do órgão ministerial. Ilegitimidade passiva - Agravo de Instrumento nº 650.515-5/4-00) que reconheceu a legitimidade da Municipalidade que, ademais, possui poder de polícia para impedir ocupação irregular. 4. PRELIMINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. Desnecessidade de realização de audiência de conciliação ante a possibilidade das partes transigirem, bem como desnecessária a complementação de laudo, visto que os esclarecimentos solicitados já estão expressos

em lei. Preliminares afastadas. 5. RESPONSABILIDADE PELO EVENTO DANOSO. Incontroverso nos autos ter sido realizado loteamento clandestino sem aprovação dos órgãos competentes, bem como realizada a venda de lotes sem o devido registro. **Ausência de fiscalização do Poder Público. Omissão do Município no efetivo controle da ordenação e ocupação do espaço urbano, sendo o exercício do poder de polícia, um poder-dever da Administração Pública, ou seja, é incabível a adoção de critério de oportunidade e conveniência a justificar a implantação de loteamento clandestino pela ausência de fiscalização. Possibilidade de regularização fundiária com base no interesse social ou interesse específico.** Provimento nº 21 da E. Corregedoria Geral de Justiça que dispôs em seus itens 216 e 217 sobre os procedimentos a serem adotados na regularização fundiária, inclusive, de imóveis situados em zona rural, mas que possuem características urbanas. Municipalidade que será obrigada a regularizar o loteamento, em caráter subsidiário, por meio de demanda administrativa e não está obrigada a indenizar os proprietários, pois não se trata de ocupação irregular, mas imóveis adquiridos com ciência das irregularidades. Multa regularmente fixada, pois razoável e proporcional ao caso concreto. Recurso do Ministério Público provido e recurso da Prefeitura Municipal parcialmente provido. (TJ/SP. 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente. Apelação nº 0001419-72.2004.8.26.0048, da Comarca de Atibaia, em que é apelante/apelado Ministério Público do Estado de São Paulo, e apelado/apelante Prefeitura Municipal da Estância de Atibaia, e apelados Francisco Caruso Filho, V. F. Empreendimentos Imobiliários Ltda, Vitor Augusto Rossi, Magali Pessoa Quatrini Caruso e Vitorio Rossi. Relator Desembargador Marcelo Berthe, julgado em 03 mar 2016 - grifamos)

No caso, o MP/SP propôs ACP contra a Prefeitura Municipal de Estância de Atibaia e os proprietários da área em questão, com o objetivo de regularizar loteamento irregular e, caso fosse inviável, a indenizar os adquirentes dos lotes. A Prefeitura Municipal alegou que a regularização do loteamento era impossível e o seu desfazimento inviável tecnicamente, e, ainda que, por se tratar de zona rural, são do INCRA as atribuições legais.

A sentença foi reformada tão somente para afastar o dever de indenizar do Município e determinar sua obrigação subsidiária pela regularização. No julgado reconheceu-se que a Municipalidade é parte legítima para figurar no polo passivo da demanda, pois possui poder de polícia para impedir ocupações irregulares.

Determinou-se no acórdão que a regularização fundiária do loteamento deveria ser realizada pelo Município, em caráter subsidiário, por meio de demanda administrativa, ten-

do sido excluída a obrigação de indenizar por parte do Município, tendo em vista que os proprietários adquiriram os lotes conscientes das irregularidades.

Em outra ACP, o MP/SP alegou que tão somente a remediação de área contaminada afrontaria o princípio da reparação integral do meio ambiente. A apelante, por sua vez, sustentou que a reparação integral não era exigida pela Lei Estadual nº 13.577/2009 e pela Resolução CONAMA nº 42/2009 e que havia cumprido as determinações do órgão ambiental. Sobreveio o acórdão com a seguinte ementa:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Contaminação de solo e remediação. A reparação integral da área e do meio ambiente ecologicamente equilibrado, quando em desacordo com os demais princípios e com os valores comunitários, pode gerar arbitrariedades que não devem ser permitidas. Ante a proibição de excesso e proibição de insuficiência, surge para o legislador ordinário possibilidades de variação em aberto. Em ponderação aos deveres e direitos fundamentais, a tutela posta na Lei Estadual nº 13.577/2009 e na Resolução CONAMA nº 42/2009, que impõem parâmetros para a remedição da área, mostra-se proporcional e não ofende a Constituição. Dá-se provimento ao apelo para julgar improcedente a ação civil pública. (TJ/SP. 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente. Apelação nº 1032789-75.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante Hesa Investimentos Imobiliários S/A, e apelado Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Desembargador Ruy Alberto Leme Cavalheiro, julgado em 03 mar 2016 - grifamos).

O acórdão julgou improcedente a ACP sob a fundamentação de que existe um dever do Estado em agir para proteger o meio ambiente, mas que, embora seja certa a vedação de tutela insuficiente do meio ambiente, por outro lado, há a proibição de intervenção excessiva, a fim de não gerar arbitrariedades. Cabe reproduzir a fundamentação do julgado:

Contudo, não se mostra razoável exigir a adoção de solução técnica distinta daquela imposta pelo órgão ambiental, notadamente sem a declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 13.577/09 e do Decreto nº 59.263/2013. (...) Há de se convir que existe um dever do Estado em agir para proteger o meio ambiente. Embora seja certa a vedação de tutela insuficiente do meio ambiente, por outro lado, há a proibição de intervenção excessiva. O exercício do dever de agir não deve levar em consideração apenas o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ou da reparação integral. Também deve ser considerado o desenvolvimento sustentável, o direito de propriedade e as normas

urbanísticas que permitem a ocupação do solo. Se partirmos do extremismo, toda ocupação humana causa impacto ambiental. Por isso a necessidade de atuação estatal, quer por meio da normatização, quer por meio do exercício de poder de polícia, em consonância com a razoabilidade e proporcionalidade. A defesa do direito à reparação integral e do meio ambiente ecologicamente equilibrado, quando em desacordo com os demais princípios e com os valores comunitários, pode gerar arbitrariedades que não devem ser permitidas. (grifamos)

O acórdão também traz à baila os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer (2011, p. 164), que afirmam que:

no domínio do Direito de Ambiente, não surgir assim, com grande frequência, fenômenos de ‘colisão de direitos’, tanto ‘entre vários titulares de direitos fundamentais’ como ‘entre direitos fundamentais e bens jurídicos da comunidade e do Estado’. Os quais deverão ser resolvidos de acordo com um ‘método de concordância prática’, ‘que impõe a ponderação de todos os valores constitucionais aplicáveis, para que não ignore algum deles, para que a Constituição (...) seja preservada na maior medida possível.

No caso, ao ponderar-se os deveres e os direitos fundamentais, bem como a proibição do excesso e da insuficiência, o julgador concluiu que a remediação da área se mostrou proporcional e que a tutela prevista na Lei Estadual nº 13.577/2009 e Resolução CONAMA nº 42/2009 não havia ofendido a Constituição.

Por fim, traz-se à análise Ação Popular cujo acórdão determinou a condenação, solidariamente, do Município de Guarujá e a da Sabesp a concluírem as obras de saneamento básico para assegurar os direitos fundamentais dos moradores. A seguir a ementa do acórdão:

RECURSO DE APELAÇÃO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADMINISTRATIVO. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO EM PROVIDENCIAR O ACESSO A REDE DE DISTRIBUIÇÃO DE ÁGUA E SANEAMENTO BÁSICO EM ÁREA DE OCUPAÇÃO CLANDESTINA CONSOLIDADA. MORRINHOS IV. 1. Ocupação clandestina consolidada por população de baixa renda sem acesso aos serviços de fornecimento de água e de saneamento básico. **Omissão do Poder Público e de Companhia responsável pelo fornecimento dos serviços caracterizada pela demora de quase uma década em fornecer os serviços essenciais à população.** 2. Serviço de fornecimento de água que foi regularizado

durante o curso do processo, de modo que, neste ponto, houve perda superveniente de objeto. 3. Execução de obras de saneamento básico iniciadas no curso dos autos, mas não concluídas até o presente momento. Obrigação de fazer consubstanciada na conclusão das obras de saneamento básico no prazo de 12 meses que se mostra razoável dentro da previsão da conclusão de obras apresentada e imprescindível a assegurar os direitos fundamentais à saúde, moradia digna da população de baixa renda do local. 4. Sentença reformada em parte. Recurso parcialmente provido. (TJ/SP. 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente. Apelação nº 0010844-10.2009.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, em que é apelante Associação do Bairro do Morrinhos Iv Deus Conosco, e apelados Prefeitura Municipal de Guarujá e Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - Sabesp. Relator Desembargador Marcelo Berthe, julgado em 04 fev 2016 - grifamos)

A Ação Popular foi julgada improcedente em 1ª Instância, tendo sido interposto recurso de apelação pela Associação do Bairro, sob a alegação de que a falta de fornecimento de água e acesso a rede de esgoto atenta contra a vida dos moradores, diante das inúmeras doenças a que ficam expostos, e nega o princípio da dignidade da pessoa humana, ante a omissão do Poder Público municipal e da SABESP.

Quanto ao fornecimento de água constatou-se que as obras foram concluídas, reconhecendo-se a perda de objeto superveniente quanto ao pedido, permanecendo, no entanto, a obrigação de fazer relacionada às obras de esgotamento sanitário, que ainda não haviam sido concluídas.

Segundo o ilustre magistrado, é “inegável ser o acesso ao saneamento básico meio imprescindível para assegurar o direito à saúde, a moradia digna, à vida em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana”. Assim, ficou clara a omissão do Poder Público, pois, passada quase uma década da regularização fundiária, a população local de baixa renda ainda não tinha até aquele momento acesso ao esgotamento sanitário.

A sentença foi parcialmente reformada para condenar solidariamente o Município de Guarujá e a Sabesp a concluírem as obras de saneamento básico no prazo de 12 meses, sob pena de multa de R\$ 2.500,00 por semana, em caso de descumprimento, para assegurar os direitos fundamentais dos moradores.

5. CONCLUSÃO

Ante todas as decisões mencionadas, conclui-se que a Municipalidade tem o poder dever e não a faculdade de agir de forma a proteger efetivamente os interesses difusos e coletivos, sendo responsabilizada tanto por sua ação direta na intervenção da qualidade ambiental quanto por sua omissão no dever de fiscalizar e proteger o meio ambiente. Neste

caso, havendo comprovação de que o Município não agiu com o zelo necessário à proteção dos direitos difusos e coletivos, não há como se afastar o seu dever, caracterizando-se a sua responsabilidade solidária com o causador direto do dano.

Para fins de responsabilidade, o texto legal não faz diferenciação quanto ao poluidor ser ente público ou privado e, assim, não isenta o Poder Público das consequências de seus atos comissivos ou omissivos em matéria ambiental.

Além de obrigações de fazer, a multa cominatória em caso de não cumprimento da decisão judicial é plenamente possível, seja porque a lei não veda a sua aplicação ao ente estatal, seja para não incentivar o descumprimento do mandamento. Deve-se, no entanto, atentar-se ao orçamento municipal, para que as despesas necessárias à satisfação das obrigações decorrentes das medidas judiciais sejam incluídas nas finanças públicas do exercício vigente ou, se impossível, para que seja incluído no subsequente.

Fato é que o Poder Público tem o dever precípuo de resguardar a ordem jurídica e proteger o meio ambiente, sendo essencial que este dê o exemplo para os cidadãos. Quando o Estado se distancia dos princípios constitucionais e das normas legais aos quais está sujeito, há violação do princípio da dignidade da pessoa humana e transgressão ao Estado Democrático, cujo objetivo é assegurar, dentre outros, os direitos difusos e coletivos, tal como o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado.

6. REFERÊNCIAS

ALVES, Sérgio Luis Mendonça. **O Estado poluidor**. 1ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 fev. 2016.

BRASIL. **Lei Complementar nº 140**, de 8 de dezembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/LCP/Lcp140.htm>. Acesso em: 10 fev. 2016.

BRASIL. **Lei nº 6.938**, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 10 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 22.164**, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 30-10-1995, Plenário, DJ de 17 nov. 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. (org). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **A ação civil pública e a defesa dos Direitos Constitucionais Difusos**. Caderno Especial da Escola dos Magistrados Federais. São Paulo: Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 1998. apud ALVES, Sérgio Luis Mendonça. **O Estado poluidor**. 1ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

- GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ONU. **Declaração de Estocolmo sobre o ambiente humano – 1972**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>>. Acesso em: 10 fev. 2016.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental. Estudos sobre a Constituição, os Direitos Fundamentais e a Proteção do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- SÉGUIN, Elida. **O Direito Ambiental: Nossa Casa Planetária**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- SILVA, Solange Teles da. **O Direito ambiental internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos Humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional**. Porto Alegre; Sergio Antonio Fabris, 1993. apud SILVA, Solange Teles da. **O Direito ambiental internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

PUBLICAÇÕES EDIFIEO

COLEÇÃO TEXTO

PASQUARELLI, Maria Luiza Rigo. **Normas para a apresentação de trabalhos acadêmicos** [ABNT/NBR-14724, agosto 2002, ementa 2006]. 3. ed. Osasco: EDIFIEO, 2006. 160 p. 4. ed. rev. e ampliada, 2009, 188 p.

MALUF, Clóvis Antônio; FARIA, William Marinho. **A lei das recuperações: comentada e comparada**. Osasco: EDIFIEO, 2007. 276 p. 2. ed., rev. e ampliada, 2008. 272 p. 3 ed. Comentada e comparada, 2012. 304 p.

CHAVES, Maria Deosdédite Giaretta. **Manual prático de redação empresarial**. Osasco: EDIFIEO, 2007, 158 p. 2.ed., 2011, 168p. 3. ed., 2012, 168 p. 4. ed., 2015, 180 p.

ARAÚJO, Marco César de. **Industrialização brasileira no século XX**. Osasco: EDIFIEO, 2008. 112p.

GALVÃO, Maria Elisa Esseves Lopes. **História da Matemática: dos números à geometria**. Osasco: EDIFIEO, 2008. 208p.

ABÍLIO, Romeu. **Noções de constitucionalismo**. Garantias, prisão processual e habeas corpus. Osasco: EDIFIEO, 2009. 264p.

SALIMENO, Carlos Roberto. **Administração técnica e financeira**. Osasco: EDIFIEO, 2011. 154p.

ANDRADE, Márcia Siqueira de. **Psicopedagogia clínica**. Manual para diagnóstico. Osasco: EDIFIEO, 2011. 184p.

MOURA, Rosângela Maria de. **Manual Básico de Língua Espanhola**. Osasco: EDIFIEO, 2012. 70p.

OHARA, Mauro Yuji. **Manual de Sistemas de Informação**. Osasco: EDIFIEO, 2012. 104p.

ABÍLIO, Romeu. **Manual básico de Processo Penal**. Osasco: EDIFIEO, 2013. 212p. 2.ed., 2015, 256p.

CORREIA, Germano Manuel. **Sistemas de Transporte de Cargas**. Osasco: EDIFIEO, 2013. 176p.

SILVA, Rodrigo Gabriel da. **Manual de matemática: conceitos básicos para nivelamento**. Osasco: EDIFIEO, 2014. 220p. 2. ed., 2015, 220p.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha; ALVIM, Márcia Cristina de Souza; LEISTER, Margaret Anne (Orgs.). **Evolução dos direitos da mulher no Brasil. A Lei Maria da Penha: comentários à Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Osasco: EDIFIEO, 2014. 268p.

Liquidato, Vera Lúcia Viegas. **Direito diplomático: a prática das imunidades dos agentes diplomáticos.** Osasco: EDIFIEO, 2014. 192p.

SCHMIDT, André de Barros. **Manual de técnicas de trabalhos acadêmicos.** Osasco: EDIFIEO, 2014. 140p.

Cripa, Ival de Assis. **História da filosofia e da ética.** Osasco: EDIFIEO, 2015. 120p.

Cavalcanti, Thais Novaes. **Direitos fundamentais e o princípio da subsidiariedade: por uma teoria sobre o desenvolvimento humano.** Osasco: EDIFIEO, 2015. 200p.

Maroni NETO, Ricardo. **Elementos de Macroeconomia.** Osasco: EDIFIEO, 2015. 276p.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha; PINTO FILHO, Ariovaldo de Souza; BAPTISTA, Fernando Pavan (Orgs.). **Comentários ao Estatuto do Idoso: efetivação legislativa, administrativa e jurisdicional.** Osasco: EDIFIEO, 2015. 504p.

PINHO, Ana Maria de. **Manual prático de redação forense.** Osasco: EDIFIEO, 2016. 348p.

DANTAS, Luís Rodolfo de Souza. **Cláusulas Pétreas e direitos humanos: o núcleo jusfundamental da constituição brasileira de 1998.** Osasco: EDIFIEO, 2016. 252p.

MACHADO, Antônio Cláudio da costa; et al. **Direitos e garantias no novo código de processo civil.** Osasco: EDIFIEO, 2016. 147p.

SOUZA, Ana Maria Viola de; et al. **Direitos das minorias na América Latina e no Caribe: perspectiva convencional e jurídico-constitucional.** Osasco: EDIFIEO, 2016. 520p.

Formato 180 x 260 mm

Mancha 148 x 222 mm

Tipologia Adobe Caslon Pro 9 / 11
Adobe Devanagari 10 / 11

www.unifieo.br
edifieo@unifieo.br

CENTRO UNIFIEO
UNIVERSITÁRIO FIEO

edifieo

Editora



FIEO

FUNDAÇÃO INSTITUTO DE ENSINO FIEO

ISBN 978-898366817-2



9

788983

668172