

PERSPECTIVAS DE DIREITOS HUMANOS

CONSELHO EDITORIAL SELO ÁGORA21

PRESIDÊNCIA	Felipe Dutra Asensi Marcio Caldas de Oliveira
CONSELHEIROS	Adriano Rosa (USU, Rio de Janeiro) Alfredo Freitas (AMBRA, Estados Unidos) André Guasti (TJES, Vitória) Arthur Bezerra Junior (UNINOVE, São Paulo) Bruno Zanotti (PCES, Vitória) Camila Jacobs (AMBRA, Estados Unidos) Camilo Zufelato (USP, São Paulo) Carolina Cyrillo (UFRJ, Rio de Janeiro) Claudia Pereira (UEA, Manaus) Claudia Nunes (UVA, Rio de Janeiro) Daniel Giotti de Paula (Intejur, Juiz de Fora) Eduardo Val (UFF, Niterói) Fernanda Fernandes (PCRJ, Rio de Janeiro) Gláucia Ribeiro (UEA, Manaus) Jeverson Quinteiro (TJMT, Cuiabá) José Maria Gomes (UERJ, Rio de Janeiro) Luiz Alberto Pereira Filho (FBT-INEJE, Porto Alegre) Paula Arevalo Mutiz (FULL, Colômbia) Paulo Ferreira da Cunha (UP, Portugal) Pedro Ivo de Sousa (UFES, Vitória) Raúl Gustavo Ferreyra (UBA, Argentina) Ramiro Santanna (DPDFT, Brasília) Raphael Carvalho de Vasconcelos (UERJ, Rio de Janeiro) Rogério Borba (UCAM, Rio de Janeiro) Santiago Polop (UNRC, Argentina) Siddharta Legale (UFRJ, Rio de Janeiro) Tatyane Oliveira (UFPB, João Pessoa) Tereza Cristina Pinto (CGE, Manaus) Thiago Pereira (UCP, Petrópolis) Vanessa Velasco Brito Reis (PGM, Petrópolis) Vania Marinho (UEA, Manaus) Victor Bartres (Guatemala) Yolanda Tito Puca (UNMSM, Peru)

REVISADO PELA COORDENAÇÃO DO SELO ÁGORA21

ORGANIZADORES

ARTHUR BEZERRA DE SOUZA JUNIOR

FELIPE DALENOGARE ALVES

FERNANDO AITH

SIDDHARTA LEGALE

PERSPECTIVAS DE DIREITOS HUMANOS



GRUPO MULTIFOCO

Rio de Janeiro, 2018

Copyright © 2018 Arthur Bezerra de Souza Junior, Felipe Dalenogare Alves, Fernando Aith e Siddharta Legale (org.).

DIREÇÃO EDITORIAL Felipe Dutra Asensi e Marcio Caldas de Oliveira

EDIÇÃO E PREPARAÇÃO Thiago França

REVISÃO Coordenação Selo Agora 21

PROJETO GRÁFICO E CAPA Carolinne de Oliveira

IMPRESSÃO E ACABAMENTO Gráfica Multifoco

DIREITOS RESERVADOS A

GRUPO MULTIFOCO

Av. Mem de Sá, 126 - Centro

20230-152 / Rio de Janeiro, RJ

Tel.: (21) 2222-3034

contato@editoramultifoco.com.br

www.editoramultifoco.com.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS.

Nenhuma parte deste livro pode ser utilizada ou reproduzida sob quaisquer meios existentes sem autorização por escrito dos editores e autores.

Perspectivas de direitos humanos

JUNIOR, Arthur Bezerra de Souza

ALVES, Felipe Dalenogare

AITH, Fernando

LEGALE, Siddharta

1ª Edição

Setembro de 2018

ISBN: 978-85-8273-536-7

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

P467

Perspectivas de direitos humanos / Organizadores
Arthur Bezerra de Souza Junior et al. – Rio de Janeiro:
Multifoco, 2018.
698 p. ; 21 cm.

Inclui bibliografia.
ISBN 978-85-8273-536-7

1. Direito humanos. I. Souza Junior, Arthur
Bezerra de. II. Alves, Felipe Dalenogare. III. Aith,
Fernando. IV. Legale, Siddharta.

CDD 341.4809

Sumário

Conselho científico do CAED-JUS	9
Sobre o CAED-JUS	11

Educação inclusiva: O núcleo escolar acompanha a legislação?	15
<i>Caio Silva de Sousa e Camila Alves da Silva</i>	

O princípio da dignidade da pessoa humana no estado democrático de direito.....	31
<i>Mariana Faria Filard e Júlio César Mendes Brasil</i>	

Proteção do direito à liberdade religiosa no ordenamento jurídico interno e internacional e as religiões afro-brasileiras.....	49
<i>Walkyria Chagas da Silva Santos</i>	

O direito fundamental à moradia digna e as políticas públicas estatais: Estudo do caso dos moradores de rua em Governador Valadares.	69
<i>Alexandra Gonçalves Cesário da Silva e Amanda Maria Martins</i>	

Participação paterna no nascimento: A realidade de

**um centro de parto normal no município do
Rio de Janeiro 89**

Geiza Martins Barros, Marcos Augusto Bastos Dias e Saint Clair Gomes Junior

**O direito à saúde no direito internacional dos
direitos humanos: Breve análise dos parâmetros
interamericanos de proteção à saúde103**

Felipe Tôres Pereira

**A Efetivação dos Direitos Sociais pelo Supremo
Tribunal Federal e a Morosidade Processual.123**

José Mendes Neto, Larissa dos Santos Paulo e Ronaldo de Oliveira Jarnyk

**Saneamento básico e suas características na cidade
de Manaus145**

Alessandra Valle Salino e Gláucia Maria de Araújo

**Assistência básica à saúde e seus limites
constitucionais179**

Elisabete Ramos Rocha

**A dignidade da criança frente aos casos de sequestro
internacional interparental197**

Mayra Thais Andrade Ribeiro

**O sigilo no âmbito das investigações criminais e o
princípio da publicidade.....215**

Beatriz dos Santos e Santos

**Saúde pública e direitos constitucionais
brasileiros: ativismo judicial e judicialização
da saúde brasileira..... 235**

Reinaldo Apolinário da Silva

Comportamentos desviantes dentro da sociedade de consumo 255

Catharina Maniaudet

O abuso do direito de recorrer como óbice ao desempenho da função jurisdicional do Estado271

Rubens Ferreira Junior e Priscila Cristina Ferreira

Só nos resta uma “única” escolha: A relação de travestis e transexuais com o mercado de trabalho e a necessidade de recorrer a prostituição291

Kaoanne Wolf Krawczak

Mais amor, por favor: O discurso de ódio nas redes sociais e a conseqüente violência contra transexuais315

Kaoanne Wolf Krawczak

O acesso à internet como direito fundamental..... 335

Leandro dos Anjos Figueiredo de Lima

Direito ao desenvolvimento nos âmbitos do desenvolvimento da nação e do desenvolvimento do indivíduo 349

Amanda Garcia de Oliveira e Gustavo Rocha Martins

Transplante de órgãos : o grande desafio da atualidade.....371

Alexsander Carreiro da Silva e Mônica Micaela de Paula

A violência como resultado da desigualdade social: o papel do estado e sua relação com os direitos humanos..... 393

Antônio Carlos Gomes Ferreira e Arthur Bezerra de Souza Junior

Vigiai e orai: uma análise do ensino religioso nas escolas públicas e a ação direta de inconstitucionalidade 4439.....413

Lais Flávia Gonçalves de Carvalho

A Liberdade de Expressão e o complexo mercado de ideias: notas sobre o caso *queer* museu..... 435

Thalles Furtado Leba e Felipe Barboza Pereira

Direitos humanos das mulheres e violência de gênero: a tutela do feminicídio pela Corte Interamericana de Direitos Humanos..... 453

Marcela Siqueira Miguens e Raisal Duarte da Silva Ribeiro

Regulamentação jurídica da assistência sexual para as pessoas com deficiência: efetividade dos direitos humanos ou legitimação da prostituição? 475

Flávio Romero Guimarães e Paulla Christianne da Costa Newton

Direito fundamental à alimentação: análise crítica das políticas sociais de combate à fome no Brasil 493

Cinthia da Silva Barros

Direito humano à saúde: concepção de espaço público, participação social e reivindicação de direitos 511

Thais Jeronimo Vidal, Bárbara Bulhões Lopes de Andrade, Aline do Nascimento Pereira e Felipe Dutra Asensi

O papel da defesa e suas dificuldades na área infracional no Estado do Rio de Janeiro: do ECA à prática527

Tatiana Lourenço Emmerich de Souza

Capacidade civil da pessoa com deficiência: análise do artigo 12 da convenção dos direitos da pessoa com deficiência..... 547

Solange Rosário da Silva e Sátina P. M Pimenta

O sistema de cotas como concretizador de direitos fundamentais.....567

Deuzalina Monteiro dos Santos

Democracia em tempos sombrios: reflexões 583

Gabriela Soares Balestero

Antecipação terapêutica do parto de um feto anencéfalo: o relato de caso de uma vivência feminina antes da súmula do STF..... 601

Iulia Bicu Fernandes, Rozânia Bicego Xavier, Paulo Alexandre de Souza São Bento e Aline de Carvalho Martins

Os refugiados venezuelanos no estado de Roraima e a ação civil originária n. 3121-Rr 623

João Paulo Marques dos Santos

The protection of individual identities: identity as a human right641

Fernando R. M. Bertonecello e Isabelle Dias Carneiro Santos

Os aspectos em que se submete o cidadão brasileiro em cárcere, análogo ao direito da dignidade da pessoa humana e fatores psicológicos657

Igor Labre de Oliveira Barros

A soft law como instrumento de efetividade dos Direitos Humanos..... 679

Guilherme Augusto Giovanoni da Silva

Conselho científico do **CAED-JUS**

Adriano Rosa (USU)

Alexandre Bahia (UFOP)

Alfredo Freitas (AMBRA, Estados Unidos)

Antonio Santoro (UFRJ/IBMEC/UCP)

Bruno Zanotti (PCES)

Claudia Nunes (UVA)

Daniel Giotti de Paula (PFN)

Denise Salles (UCP)

Edgar Contreras (Universidad Jorge Tadeo Lozano, Colômbia)

Eduardo Val (UFF/UNESA)

Felipe Asensi (UERJ/UCP/USU/Ambra)

Fernando Bentes (UFRRJ)

Glaucia Ribeiro (UEA)

Gunter Frankenberg (Johann Wolfgang Goethe-Universität -
Frankfurt am Main, Alemanha)

João Mendes (Universidade de Coimbra, Portugal)

Jose Buzanello (UNIRIO)

Klever Filpo (UCP)

Luciana Souza (FMC)

Marcello Mello (UFF)

Nikolas Rose (King's College London, Reino Unido)

Oton Vasconcelos (UPE/ALBCJ)

Paula Arévalo Mutiz (Fundación Universitaria Los Libertadores,
Colômbia)

Pedro Ivo Sousa (UFES)

Santiago Polop (Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina)

Siddharta Legale (UFRJ)

Saul Tourinho Leal (UNICEUB/IDP)

Sergio Salles (UCP)

Susanna Pozzolo ([Università degli Studi di Brescia, Itália](#))

Thiago Pereira (UNILASSALE)

Tiago Gagliano (PUC-PR)

Sobre o **CAED-JUS**

O **Conselho de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus)** é iniciativa de uma rede de acadêmicos brasileiros e internacionais para o desenvolvimento de pesquisas jurídicas e reflexões de alta qualidade.

O **CAED-Jus** desenvolve-se exclusivamente de maneira virtual, sendo a tecnologia parte importante para o sucesso das discussões e para a interação entre os participantes através de diversos recursos multimídia. Desde a sua criação, o **CAED-Jus** tornou-se um dos principais congressos do mundo com os seguintes diferenciais:

- Democratização da divulgação e produção científica
- Publicação dos artigos em livro impresso, cujo pdf é enviado aos participantes
- Galeria com os premiados de cada edição
- Interação efetiva entre os participantes através de ferramentas online
- Diversidade de eventos acadêmicos no **CAED-Jus**

- Exposição permanente do trabalho e do vídeo do autor no site para os participantes
- Coordenadores de GTs são organizadores dos livros publicados

O Conselho Científico do **CAED-Jus** é composto por acadêmicos de alta qualidade no campo do direito em nível nacional e internacional, tendo membros do Brasil, Estados Unidos, Colômbia, Argentina, Portugal, Reino Unido, Itália e Alemanha.

Em 2018, o evento ocorreu entre os dias 20 a 22 de junho de 2018 e contou com 12 Grupos de Trabalho e mais de 400 participantes. A seleção dos coordenadores de GTs e dos trabalhos apresentados ocorreu através do processo de *peer review*, o que resultou na publicação dos oito livros do evento. Os coordenadores de GTs foram convertidos em organizadores dos respectivos livros e, ao passo que os trabalhos apresentados em GTs que não formaram 10 artigos foram realocados noutro GT, conforme previsto em edital.

Os coordenadores de GTs indicaram trabalhos para concorrerem ao Prêmio CAED-Jus 2018. A Comissão Avaliadora foi composta pelos professores Thiago Rodrigues Pereira (UNILASALLE-RJ), Gláucia Maria de Araújo Ribeiro (Universidade do Estado do Amazonas) e Paula Lucia Arévalo Mutiz (Fundación Universitaria Los Libertadores, Colômbia). O trabalho premiado foi de autoria de Marconi do Ó Catão sob o título “A cidade em busca de uma gestão ambientalmente adequada para o destino final do lixo eletrônico”.

Educação inclusiva: O núcleo escolar acompanha a legislação?

Caio Silva de Sousa e Camila Alves da Silva

Introdução

A presente pesquisa tem como suporte, o direito à educação, positivado pelo artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil como um direito social. Trata-se de um direito de segunda geração, e para tanto, correspondente aos direitos coletivos.

Explora, por conseguinte a preocupação e o cuidado da sociedade no processo de desenvolvimento da democracia dentro dos parâmetros contemporâneos, ou até mesmo na reafirmação desta. Para tanto, a legislação pauta diante do contexto universal de proteção aos direitos humanos, com uma democracia baseada na igualdade e na liberdade, objetivando defender esses direitos, rejeitando as desigualdades sociais e todas as formas de exclusão.

No entanto, toda essa perspectiva pode ser percebida com um caráter peculiarmente utópico em sua prática, pois

diante dos olhares modernos e cheios de propostas inclusivas, ainda pode-se perceber que temos um corpo social com características marcadas pela opressão, pela discriminação e pela diferenciação.

Essas características são a verdadeira materialização da violação dos direitos e dos princípios adotados por nosso Estado Democrático de Direito. Práticas que burlam de forma sigilosa princípios de igualdade e ocasionam os estigmas, como o da imagem de que uma pessoa com deficiência é totalmente dependente, sendo incapaz de realizar suas tarefas sozinha.

Panorama esse que pode ser danoso em contextos bem superiores ao social, atrapalhando diretamente na relação biopsicossocial do indivíduo e desencadeando bloqueios muitas vezes irreversíveis.

Compete veicular que ainda há pessoas com deficiência excluídas do acesso e do usufruto da educação regular no ensino privado, que tecnicamente deveria atender a todos que se propõe a pagar. Fato este que comprova os olhares de discriminação dispensados à essas pessoas.

No entanto, o estranhamento se inicia através desse ponto, vez que o sistema educacional vem sendo alterado de forma que abarque as necessidades e peculiaridades de todos os alunos, sejam eles ditos “normais” ou “deficientes”. Essas mudanças vão desde a transmutação da convivência diária, até a acessibilidade que aquele meio escolar oferece, incluindo até uma alteração na organização do trabalho pedagógico da instituição.

Assim, emerge o questionamento quanto a colocação da palavra “deficiência”, pois segundo os dicionários essa palavra carrega tradução de “insuficiência ou ausência de funcionamentos”¹. Contudo, a insuficiência que capacita à inclu-

1. <<https://dicionarioaurelio.com/deficiencia>>. Acesso em: 29 Mar. 2017

são seria da pessoa ou das instituições de ensino privado que são dotadas da ausência de funcionamento?

Através dessa análise, objetiva-se encontrar o ponto que equilibra a inclusão de um estudante com deficiência na escola regular de ensino privado, bem como comparar a efetiva inclusão, com as praticas integralistas utilizadas pelas instituições em questão. Para tanto, apresenta-se a legislação que pauta a inclusão, com as possibilidades e limites entre o proposto, o objetivado e o realizado, através de pesquisa bibliográfica e empírica.

Diante da indispensabilidade de ampliar o conhecimento a respeito da temática e de conhecer o processo de inclusão da pessoa com deficiência na rede regular de ensino privado, é que surgiu motivação para a presente pesquisa, além de demonstrar os desafios por essas pessoas e seus familiares.

1. Considerações sobre o conceito de pessoa com deficiência e a inclusão escolar.

A educação inclusiva no Brasil tem políticas públicas idealizadas na convenção de pessoa com deficiência da ONU e, para tanto, carrega seus traços de defesa assídua pela vida, pelas liberdades e pela dignidade humana. No entanto, embora tenham sido desenvolvidas por meio de um discurso democrático que preza as diversidades e a solidariedade, não tem traduções proporcionais diante dos meios sociais.

É visível que as políticas educativas não se traduziram em ensino inclusivo de fato para as pessoas com deficiência, principalmente através do panorama evidenciado com pauta no discurso inclusivo elaborado sobre os mesmos princípios da cultura opressora que nossa sociedade carrega.

Implicitamente há exclusão de determinados segmentos da população educacional. FREIRE (2005, p.7) discorre so-

bre seu ponto de vista, em que a sociedade possui uma dinâmica estrutural capaz de conduzir à “dominação de consciências” e “a pedagogia dominante é a pedagogia das classes dominantes”. Assim, como a maioria é tecnicamente normal, tende instintivamente a repelir os outros, resistindo a inclusão.

Diante deste prisma, torna-se capaz a compreensão de necessidade da discussão sobre inclusão nas escolas regulares de ensino privado, vez que é de grande valia para sociedade cercar em todos os segmentos o efetivo ato de incluir, respeitando as características de cada um.

A Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência da ONU, sacramentada no Brasil através do Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008, pelo texto dado ao §3º do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, foi conseqüentemente ratificada, pela promulgação do Decreto federal nº 6.949/09. Ambos contextualizando um novo conceito de pessoa com deficiência. A qual segue a disposição do preâmbulo:

e) Reconhecendo que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas [...]

Este novo conceito verifica que a deficiência passa a ser não mais uma característica da pessoa, mas também uma dimensão social. Dessa forma, ao trazer essa concepção, a perspectiva aqui discorrida torna perceptível que o núcleo da definição é a interação dos impedimentos que as pessoas com deficiência tem diante das barreiras sociais e estruturais nas escolas regulares de ensino privado, tendo como resultado a obstrução da sua participação plena e efetiva nas

atividades do currículo escolar, em condição de igualdade com as demais pessoas.

Em concordância com Caio Silva de Sousa (2017), um dos aspectos mais claros do preconceito em torno da deficiência é o desconhecimento do significado e da abrangência do conceito, e até mesmo da palavra deficiência. Não sendo necessário buscar os mais complexos meandros dos contextos que perpassam a questão, para verificar a grande frequência de erros na utilização do conceito.

Houveram declarações internacionais, como a Declaração Mundial sobre Educação para Todos e a Declaração de Salamanca (1994), que reforça o movimento em prol da educação inclusiva, ratificando a igualdade de direitos entre os cidadãos conforme entendido por Ivanilde A. Oliveira (2004).

Mesmo que ainda sobre a visão clínica de deficiência, as referidas legislações trouxeram a pauta inclusiva para dentro das instituições escolares. Assim se faz por entender que as escolas particulares estão submetidas as mesmas bases inclusivas, por desempenharem em suas instituições, a função delegada de prover o ensino.

Aditando que a Constituição garante o direito à educação, é incontestável que esse direito seja traduzido como atendimento das especificidades de cada aluno, incluindo aqueles com deficiência, sem prejuízo da escolarização regular.

Assim, sabendo que o ensino fundamental, é uma etapa considerada obrigatória de maneira ampla a todos, com base na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBEN), em seus artigos 4º e 6º; tal como pela Constituição em seu artigo 208 (BRASIL, 2004).

De acordo com SASSAKI (2010, p. 40), “é um processo que contribui para um novo tipo de sociedade através de transformações, nos ambientes físicos”. Da mesma forma que posteriormente o autor menciona “na mentalidade de

todas as pessoas” como mecanismo essencial para transformação da sociedade.

Destarte, inclusão é a palavra que traduz igualdade, fraternidade, direitos humanos ou democracia, conforme a compreensão exemplar de John Wilson (2000). Conceitos que apesar de estarem extremamente popularizados, são difíceis de por em prática em razão da problemática social encontrada no cotidiano dentro das instituições.

Com esses valores presentes na sociedade; a assinatura da Declaração de Salamanca já mencionada, aderida por 92 países e 25 organizações internacionais, reafirma o compromisso de pôr em prática o princípio fundamental das escolas inclusivas.

Iniciando a partir deste evento a proposta de que a educação se deve processar em escolas regulares, escolas inclusivas, que proporcionam meios capazes de combater qualquer discriminação, de forma que se possa utilizar a escola como meio de construir uma sociedade inclusiva. Quanto ao princípio fundamental das escolas inclusiva:

O princípio fundamental das escolas inclusivas consiste em todos os alunos aprenderem juntos, sempre que possível, independentemente das dificuldades das diferenças que apresentem. Estas escolas devem reconhecer e satisfazer as necessidades diversas dos seus alunos, adaptando-se aos vários estilos e ritmos de aprendizagem, de modo a garantir um bom nível de educação para todos, através de currículos adequados, de uma boa organização escolar, de estratégias pedagógicas, de utilização de recursos e de uma cooperação com as respectivas comunidades. É preciso, portanto, um conjunto de apoios e de serviços para satisfazer o conjunto de necessidades especiais dentro da escola. (Declaração de Salamanca, 1994: 11-12).

No entanto, vista hoje através do novo ponto de vista que conceitua a pessoa com deficiência, a entender que tais conceitos se somam em todos os aspectos positivos que possuem, subtraindo tão somente o preconceito contido na visão de que todo o déficit esta contido na suposta insuficiência dessas pessoas e não no meio em que circulam.

2. Escolas Inclusivas

A integração escolar e toda a reflexão que a mesma gerou sobre a escola que exclui uma parte considerável dos seus alunos, conforme foi mencionado, ajudou a desencadear o movimento da inclusão que pretende promover o sucesso pessoal e acadêmico de todos os alunos, numa escola inclusiva.

Como por exemplo a fixação de modelos ideais, a normalização de perfis característicos de alunos e a seleção daqueles que se encaixam nos padrões tradicionalistas para frequentar as escolas, o que conseqüentemente fomenta as diferenças, a inserção ou a exclusão dos que não se encaixam.

Exemplo ratificado pela segregação efetuada através do poder institucional quando se tem a produção de identidades e de diferenças, assim como a definição escolar seguida pela nomenclatura de “normais e especiais”. Os alunos das escolas comuns são normais, aceitos, positivamente valorados. Enquanto os alunos das escolas especiais são os negativamente concebidos e diferenciados a medida de suas dificuldades.

Vale mencionar que escolas especiais, são instituições que acolhem as crianças e jovens que apresentam, durante o processo educacional, dificuldades acentuadas de aprendizagem, podendo ser elas vinculadas ou não á uma causa orgânica específica ou relacionadas a condições, disfunções, limitações ou deficiências, abrangendo dificuldades de comunicação e sinalização diferenciadas dos demais alunos e até mesmo superdotação de habilidades.

Entretanto, essas instituições tendem a segregação, por sua natureza dita “especial”, e no que se refere a interação social é imprescindível que exista pluralidade, inclusive no concernente à estruturação da personalidade de cada indivíduo.

Essas instituições de ensino especial dedicam-se apenas a um tipo de deficiência ou em algumas situações, se estendem a outras, mas sempre mantendo o convívio escolar restrito a alunos com deficiência. Logo, é incapaz de promover o convívio entre as crianças com deficiência e as demais crianças.

Esse modelo contemporâneo de escola inclusiva, moldado pelas legislações pátrias e internacionais, rompem o panorama exemplificado, moldando a unidade escolar como ponto central capaz de acolher especificidades. E para tanto adota a todas as vertentes que a acessibilidade engloba, rompendo barreiras das esferas arquitetônicas às atitudinais.

Destarte, o caminho para se atingir a inclusão exige que, primeiramente, se tenha consciência das dificuldades existentes dentro dessas unidades escolares. São estas dificuldades que, quando analisadas sob a ótica da inclusão são classificadas como “barreiras” capazes de impedir a acessibilidade garantida pela legislação.

Conforme observado através do contato com pais de crianças com deficiência, foram observadas diferentes barreiras encontradas nas instituições de ensino, sendo elas: barreiras arquitetônicas; barreiras comunicacionais; barreiras metodológicas; barreiras instrumentais e barreiras atitudinais.

As instituições tanto públicas quanto privadas, em sua maioria, ainda possuem enorme dificuldade de capacitar suas unidades de forma que contemple o requerido no capítulo IV da Lei Brasileira de Inclusão ao tratar do direito a educação. Para tal fim, as barreiras arquitetônicas são identificadas na falta de adequação do meio para permitir o livre acesso de cada um daqueles que ali transita, de forma autônoma e

segura. Barreiras comunicacionais, na dificuldade de interação de todos que integram aquele ambiente; lembrando que apesar de existirem diversas formas de comunicação, é primordial que a mensagem seja transmitida e compreendida.

Bem como as barreiras metodológicas são evidências através da metodologia precária de ensino, que demonstra mais inserção do que inclusão, não estando assim a contento do pretendido. As barreiras instrumentais que traduzem a ineficiência de instrumentos que auxiliam a inclusão para aqueles que possuem deficiências mais funcionais e a barreira atitudinal, que atualmente é a mais significativamente preocupante, pois tem como base o preconceito que fomenta a visão limitadora de capacidade da pessoa com deficiência.

A inclusão se apresenta na forma de alternativa, só que dessa vez, como um compromisso com a educação e com o ser humano. Porém, não é demais registrar que para atuar neste meio inclusivo não bastam somente títulos, mas também, muita dedicação e respeito a todos os alunos que participam daquele meio, de forma que a estes sejam garantidos direitos simples e essenciais, como carinho, atenção, dedicação e oportunidade de viver como um ser humano, aprendendo e evoluindo independente de suas personalidades.

Assim, é com base nesta meta que o processo inclusivo foi proposto e se fortifica a cada dia sendo preconizado por aqueles que acreditam na efetividade e nas possibilidades humanas e sociais que ele dirige.

3. Atendimento Educacional Especializado e as salas de recurso

O Atendimento Educacional Especializado – AEE, descrito na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 208, inciso III, dispõe que o mesmo deve acontecer preferencial-

mente na rede regular de ensino. E em subsequência, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional de n° 9394/96 (BRASIL, 1996), em seu parágrafo 2º do artigo 59, previu o atendimento educacional especializado, indicando que esse seria feito em classes, escolas ou serviços especializados, sempre que, em função das condições específicas dos alunos, não fosse possível a sua integração nas turmas regulares de ensino.

A Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva (2008) consiste no Atendimento Educacional Especializado, que é um serviço da educação especial que identifica, elabora e organiza recursos pedagógicos e de acessibilidade, que eliminem as barreiras para a plena participação dos alunos, considerando suas necessidades específicas (SEESP/MEC, 2008).

Dessa forma, é capaz de suplementar a formação do aluno com deficiência, visando a sua autonomia na escola e fora dela, constituindo um programa obrigatório pelos sistemas de ensino.

Essa proposta é realizada, de preferência, nas escolas comuns, em um espaço físico denominado *Sala de Recursos Multifuncionais* e, para tanto é parte integrante do projeto pedagógico da escola. Nessas salas, os alunos alvos do programa, são pessoas com deficiência, que anteriormente faziam parte da “educação especial”, mas que hoje primam pela inclusão. Sendo esse o primeiro passo da instituição de ensino para englobar e incluir esse aluno, contando que a matrícula no AEE é condicionado a matrícula no ensino regular. Conforme estabelecido na Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva e no Decreto Federal n° 6.571/2008.

A partir deste, a motivação do AEE ser realizado na mesma escola do aluno, está na possibilidade de que suas necessidades educacionais específicas serão atendidas, discutidas e

solucionadas no dia a dia escolar e com todos os que atuam no ensino regular, aproximando esses alunos com deficiência dos ambientes de formação comum a todos.

Mencionando que além dos alunos propriamente ditos, essa experiência proporciona aos pais viver em um ambiente inclusivo de desenvolvimento e de escolarização de seus filhos, sem ter de recorrer a atendimentos exteriores à escola, o que ajuda na própria relação familiar e na visão independente que aquela família passa a ter diante da pessoa com deficiência.

O AEE, então, se destina a garantia e a permanência do aluno na escola regular, promovendo primeiro lugar, o acesso ao currículo, por meios distintos que vão da acessibilidade física como adaptações arquitetônicas, oferta de transporte, adequação de mobiliário e de equipamentos, acesso a sistemas de comunicação, até o rompimento de barreiras que dificultam o aprendizado de um aluno com deficiência intelectual. Como favorecer a organização de materiais didáticos e pedagógicos, estratégias diferenciadas, instrumentos de avaliação adequados às necessidades de cada aluno para que, de fato, sua permanência na escola lhe proporcione desenvolvimento.

Para tal fim, é imprescindível mencionar a Resolução n.4/2009, que em seu artigo 5º aponta que o AEE é realizado, prioritariamente, na sala de recursos multifuncionais da própria escola ou em outra escola de ensino regular, no turno inverso da escolarização, não sendo substitutivo às classes comuns.

Nesses espaços são desenvolvidas atividades a partir de estratégias que visem favorecer a construção de conhecimentos dos alunos com deficiência e sua participação na vida escolar.

Destacando que a sala de recursos é multifuncional diante das suas possibilidades de intervenção, assim como precisa ser composta por uma equipe capaz de organizar e reger os recursos que nela forem construídos, observando individualmente as demandas dos alunos para ela direcionados.

Assim é promovida a articulação moderada entre o ensino regular e a educação especial, contemplando a organização flexível que valorizar o ritmo de cada aluno, avalia suas habilidades e necessidades e ainda oferta o atendimento educacional. Além de alcançar a expectativa do projeto, na viabilidade de promover a participação da família no processo educacional e a interface com as demais áreas, por meio da integração multidisciplinar de profissionais especializados.

Conclusão

À frente de todas as questões abordadas, conclui-se a importância de incluir a pessoa com deficiência na rede regular de ensino, para assim possibilitar à mesma o acesso ao conhecimento e à possibilidade de ser respeitada e ter seu potencial estimulado.

Pois a escola é o local onde o estudante extrai os recursos para atuar nas condutas diárias. E por isso, esse ambiente escolar deve ser planejado e estruturado, uma vez que é o meio de desenvolvimento do estudante.

Apesar das leis governamentais estarem incentivando as escolas a incluírem os alunos com deficiência, muitas destas não possuem o menor preparo em seu corpo docente ou em sua estrutura. E em consequência, levam estes alunos às salas comuns sem o acompanhamento do professor especializado ignorando assim as necessidades específicas dos alunos, fazendo com que eles sigam um processo único de desenvolvimento, ao mesmo tempo e para todas as idades, extinguindo o atendimento de educação especial antes do tempo e esperando que os professores de classe regular ensinem as crianças portadoras de deficiência qualquer suporte técnico.

A proposta de inclusão vem sendo estimulada em diversas escolas do Brasil e envolve desde a Educação Infantil até a Edu-

cação Superior. E para tanto, as transformações sociais e comportamentais, e até mesmo tecnológicas, nesse processo, possibilitam a ampliação das potencialidades de todos os alunos.

A construção da perspectiva inclusiva será possível se ela for mantida como um projeto da sociedade, sem que seja esquecida a importância da escola como propulsora, pois esta funciona como condutora de socialização e interação social.

Ratificando ainda, que o direito à educação se trata de uma necessidade humana natural, oponível aos sistemas de ensino privado, por sua dimensão civil, social e política. Contudo, para uma cidadania plena é fundamental diminuir as desigualdades, preconceitos e discriminação na sociedade e as medidas de inclusão social das pessoas com deficiência, no segmento educacional, são um caminho próspero para igualdade.

Diante disso, é possível entender que incluir não é uma ação impossível de ser concretizada, pois se apresenta como uma forma de garantir direitos, ampliar conhecimentos, quebrar paradigmas e principalmente de garantir as condições humanas.

Apesar de aparentemente ainda ser um projeto de difícil aquisição, não difere dos propósitos gerais da educação que giram em torno da formação integral dos estudantes, sendo somado apenas, que essa formação integral atinja a todos.

O desenvolvimento das potencialidades dos alunos é um fator crucial na educação e a escola, sendo o meio para tal obtenção, contribui de forma essencial para que isso aconteça. Deste modo, todos os estudantes são dignos de ações metodológicas que estimulem seu aprendizado, sejam esses estudantes, ditos normais ou pessoas com deficiência, como um direito inerente à todos.

Diante deste contexto, faz-se compreensível a necessidade de colocar em prática a Declaração dos Direitos Humanos que legitima e exige de cada ser humano que logo após seu

nascimento, já seja este incluído na sociedade e tenha o direito de ser tratado e viver com toda dignidade que lhe couber.

É entendido também, a título de conclusão, que toda proposta pedagógica que objetive desenvolver os alunos com deficiência nos campos sociais, devem ter como prioridade a valorização e a compreensão humana, visualizando as condições que todos possuem de aprender, se aprimorar, adquirir habilidades e competências.

A educação inclusiva pauta-se justamente nessa premissa. Um processo lento, com capacidade de implantar na sociedade a noção de humanidade que ainda não se é amplamente difundida.

Elencando conjuntamente, que após todo o exposto, resta incontestável a afirmação de que as instituições de ensino, em seus núcleos escolares, ainda não possuem o preparo adequado para receber e lidar com as diversidades de forma satisfatória e plena. E mesmo que exista um encaminhamento produzido pela legislação, ainda há um longo caminho de adaptação a ser percorrido.

Portanto, com a definição conceitual da palavra deficiência, é tangível a percepção de que o meio escolar ainda é deveras deficiente, quando falha no atendimento e na inclusão de seus alunos como um todo.

Referências Bibliográficas

BRASIL/MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Fundação Procurador Pedro Jorge de Melo e Silva organizadores. **O acesso de alunos com deficiência às escolas e classes comuns da rede regular**. Brasília: Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, 2004

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, São Paulo: Editora Saraiva, 1998.**Declaração**

de Salamanca. *Dicionário Interativo da Educação Brasileira - Educabrazil*. São Paulo: Midiamix, 2001. Disponível em: <<http://www.educabrazil.com.br/declaracao-de-salamanca/>>. Acesso em:

_____, Decreto N^o. 6094, de 24 de abril de 2007. Dispõe sobre a **implementação do Plano de Metas Compromisso Todos pela Educação**. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20072010/2007/Decreto/D6094.htm Acesso em: 02 de abril de 2010.20072010/2007/Decreto/D6094.htm

_____, Lei n^o 9394 de 20 de dezembro de 1996. **Estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. Diário Oficial da União. Brasília, n^o 248, 23/12/1996.

_____. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Especial. **Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva**. Inclusão: revista da educação especial, v. 4, n 1, janeiro/junho 2008. Brasília: MEC/SEESP, 2008.

_____. RESOLUÇÃO N^o 4, DE 2 DE OUTUBRO DE 2009. Institui **Diretrizes Operacionais para o Atendimento Educacional Especializado na Educação Básica**, modalidade Educação Especial. Brasília

Dicionário de Português Aurélio, disponível em : <<https://dicionariodoaurelio.com/deficiencia>>.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido**. 48^a ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO. LEI N^o 13.146, DE 6 DE JULHO DE 2015. Disponível no sitio <http://>

www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm

MENEZES, Ebenezer Takuno de; SANTOS, Thais Helena dos. Verbete MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Decreto No 6.571, de 17 de setembro de 2008. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6571.htm

Nacarato, A.M.; Varani, A & Carvalho, V. (1998). **O cotidiano do trabalho docente: Palco, bastidores e trabalho invisível... abrindo as cortinas.** In.: C. M. G. Geraldi; D. Fiorentini; E. M. A. Pereira (Orgs.), *Cartografia do trabalho docente*. Pag.73-104. Campinas: Mercados das Letras, ALB.

OLIVEIRA, I. A. (2004) **Saberes, imaginários e representações na educação especial.** Petrópolis: Ed. Vozes

SASSAKI, Romeu Kazumi. (2010) **Inclusão: construindo uma sociedade para todos.** 8ª ed. Rio de Janeiro: WVA.

SILVEIRA, F. F., & Neves, M. B. da J. (2006). **Inclusão escolar de crianças com deficiência múltipla: Concepções de pais e professores.** *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, 22(1), 79-86.

SOUSA, Caio Silva de. (2017). O Direito Atual e as Novas Fronteiras Jurídicas. Pag.484. Instituto Politécnico do Cávado e do Ave Barcelos, Portugal.

Wilson, J. (2000). **Doing justice to inclusion.** *European Journal of Special Needs Education*, Pag. 15, 3, 297-304. Traduzido pelo sítio www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742010000100002

O princípio da dignidade da pessoa humana no estado democrático de direito

Mariana Faria Filard e Júlio César Mendes Brasil

Introdução

O ordenamento jurídico brasileiro hodierno foi fortemente influenciado pelo movimento neoconstitucionalista, com notória repercussão pós 2ª guerra mundial. Um aspecto relevante, é a posição de destaque da Constituição, alçada ao topo do ordenamento jurídico, enquanto verdadeira norma de validação das normas infraconstitucionais (BARROSO, Luiz Roberto, 2009, p.1).

A Supremacia da Constituição destaca-se no processo de redemocratização brasileira, e esta, enquanto norma fundamental da nova ordem jurídica nacional, tem o papel de estruturar o Estado, estabelecendo princípios fundamentais e garantindo uma série de direitos a serem efetivados pelo Estado (ABBOUD, Georges, 2013, p. 2), estabelecendo ainda, parâmetros e diretrizes que devem ser observados na elaboração e interpretação das demais leis infraconstitucionais.

No que concerne aos princípios e valores constitucionais, a Carta Magna de 1988 possui como pilar, a dignidade da pessoa humana, elevando o ser humano ao epicentro do sistema jurídico-constitucional, sendo tal movimento fruto de um processo de despatrimonialização e descoisificação do ser humano, onde mais importa o ser, do que o ter (BARROSO, 2009, p.5).

Assim, é fato inconteste na doutrina e na própria legislação, pautado na normatização dos princípios constitucionais, (PIOVESAN, 2009, p. 339) uma supervalorização axiológica da dignidade da pessoa humana, valor essencial do sistema jurídico e objeto desse estudo.

Baseado nesse novo paradigma de interpretação hermenêutica da norma constitucional, verifica-se o Estado Democrático de Direito não apenas pela proclamação formal da igualdade entre todos os homens, mas pela imposição de metas e deveres quanto à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; pela garantia do desenvolvimento nacional; pela erradicação da pobreza e da marginalização; pela redução das desigualdades sociais e regionais; pela promoção do bem comum; pelo combate ao preconceito de raça, cor, origem, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º, I a IV); pelo pluralismo político e liberdade de expressão das idéias; pelo resgate da cidadania, pela afirmação do povo como fonte única do poder e pelo respeito inarredável da dignidade humana.

Daí advém o sentimento social de justiça, onde as leis devem ter conteúdo e adequação social e o Estado, conseqüentemente, deve estar à serviço do bem comum, ou seja, assegurar a dignidade da pessoa humana. Destarte, a pessoa prevalece sob o próprio Estado. “No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equi-

valente, mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade”, preceitua Immanuel Kant (2003, p. 77)

É relevante, preliminarmente, adentrar-se no conteúdo e consagração constitucional desse princípio, para concomitantemente, analisar sua aplicação no Estado Democrático de Direito.

1. Princípio da dignidade da pessoa humana

Ingo Sarlet (2001) concebeu a seguinte definição do princípio da dignidade da pessoa humana:

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

O Autor ao definir o princípio da dignidade da pessoa humana, associa ao reconhecimento de cada indivíduo como merecedor de consideração e respeito por parte do Estado e da comunidade, razão pela qual possui uma gama de direitos constitucionalmente garantidos.

Apesar dessa inicial constatação de conexão entre dignidade da pessoa humana e consideração e respeito, dada sua generalidade e dinâmica própria, resultante da própria

complexidade do constitucionalismo, pensamos que não há definição precisa nem delimitação de seu alcance na lei, na doutrina e jurisprudência. Na ordem jurídica estatal e internacional, de qualquer modo, tem se apresentado como princípio fundamental.

A concepção da dignidade da pessoa humana passou por um processo de racionalização e laicização, mas manteve o seu foco primordial que era o conhecimento fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade, bem como, liberdade, e esta por sua vez, seria a opção pelo modo de viver, pensar e agir conforme os seus próprios desejos.

Sobre esta concepção sabiamente afirma Immanuel Kant (2003) dizendo que esta dignidade parte da autonomia ética do ser humano, tendo ela como fundamento da dignidade do homem, ou seja, não podendo ele ser tratado como objeto nem por ele mesmo, e, que o:

Homem, e, de uma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim. Portanto, o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional. Os seres cuja existência depende não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, tem contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chama coisas, ao passo, que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não poder ser empregado como simples meio e

que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito).

A dignidade, como valor moral e, também espiritual, seria um mínimo indispensável e invulnerável de valores que devem ser respeitados pela comunidade, tendo o ser humano o direito à se autodeterminar e liberdade para conduzir sua própria existência, como reconhecimento de sua condição de ser humano.

O importante é que a nossa eterna busca deve ser no sentido da transposição do ideário de Justiça, para a nossa vida cotidiana, principalmente para a imensa massa de excluídos da sociedade e também das minorias discriminadas, pois ambos sofrem da falta efetiva de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, no campo material.

No dizer de Canotilho (1993), “a densificação dos direitos, liberdades e garantias seria mais fácil do que a determinação do sentido específico do enunciado Dignidade da Pessoa Humana”. E afirma ainda que a raiz antropológica reconduziria o homem como pessoa, cidadão, como trabalhador e como administrado. Adverte também, em sua análise, quanto à Dignidade da Pessoa Humana, que a literatura mais recente procuraria evitar um conceito mais “fixista”, filosoficamente sobrecarregado (Dignidade Humana em sentido “cristão e/ou cristológico”, em sentido “humanista-iluminista”, em sentido, “marxista”, em sentido “sistêmico”, em sentido “behaviorista”.

Ao se adotar o critério de interpretação ampla, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser concebido como direito abstrato. Ronald Dworkin (1999) justifica a denominação desses direitos “de *prima facie* ou abstratos”, na possibilidade “entrarem em conflito: o exercício de meu direito pode invadir ou restringir o seu, caso em que se coloca a

questão de saber qual de nós tem o direito real ou concreto de fazer o que quiser”.

Algumas teorias, como por exemplo o jusnaturalismo, buscam dar interpretação originária ao princípio. Os defensores desta teoria jusnaturalismo sustentam, por exemplo, que se trata de direito inerente à condição do ser humano, sendo antecedente até mesmo a positivação da norma em ordenamentos jurídicos propriamente ditos.

Não obstante o jusnaturalismo ter sido o combustível de diversas revoluções históricas, fundadas na ideia da existência de princípios de justiça universalmente válidos (BARROSO, 2005, p. 05), é certo que, admitindo-se o jusnaturalismo na sua amplitude intrínseca, importaria, contudo, defender que o juiz pode criar o direito, o que contraria a teoria da integridade de Dworkin e não se compatibiliza com os valores estabelecidos pelo Estado Democrático de Direito, que pressupõe a divisão dos poderes.

Em contraposição a concepções que procuram estabelecer um valor a priori para a própria compreensão do princípio da dignidade da pessoa humana, a premissa da integridade proposta por Dworkin (1999) pode ser aplicada na compreensão desse princípio “instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor –a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade”.

2. A constitucionalização do direito e o ser humano

O Direito, enquanto fruto da necessidade de ordenamento e adequação às demandas sociais, passou por diversos movimentos, pautados em paradigmas históricos e filosóficos, tendo evoluído e se adequado às necessidades da época.

Da era dos costumes, aos códigos, da era do jusnaturalismo à era do positivismo e ao neoconstitucionalismo, o Direito é pautado por mudanças paradigmáticas, alterando a hermenêutica e a dinâmica social (GAVAZZONI, 2002, p.11).

Dentre as mudanças mais importantes e influentes nas Constituições, o processo de Constitucionalização do Direito é, sem dúvida, o mais impactante. Com origem histórica na lei Fundamental de Bonn, datada de 1949 (PIOVESAN, 2009, p. 339) onde fora instituída a Constituição Alemã, deu ensejo à uma redemocratização e reconstitucionalização da Europa. Nos termos de Luiz Roberto Barroso:

A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das idéias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. Seria mau investimento de tempo e energia especular sobre sutilezas semânticas na matéria (2005, p. 03)

Seguindo em sua análise, o referido doutrinador indica que este movimento fora influenciado por três mudanças de paradigmas: I) histórica; II) filosófica e III) teórica. O marco histórico é decorrente do pós-guerra, onde o direito constitucional é alçado ao epicentro do sistema jurídico, com forte proteção ao ser humano frente ao Estado, (2003, p. 04), em razão dos horrores ocorridos na guerra, onde o ser humano fora subjogado ao mero status de coisa. Basta lembrar do

ocorrido com os judeus no histórico e lamentável episódio do Holocausto.

Logo, busca-se proteger o homem dos demandos de soberanos que possuem o poder (ABBOUD, 2015, p. 61-119), como bem observa a Ministra do Supremo Tribunal Federal Carmen Lúcia, sobre o pós-guerra:

A revivificação do antropocentrismo político e jurídico volta o foco das preocupações à dignidade humana, porque se constatou ser necessário, especialmente a partir da experiência do holocausto, proteger o homem, não apenas garantindo que ele permaneça vivo, mas que mantenha respeitado e garantido o ato de viver com dignidade (1999, p. 01)

Por sua vez, o marco filosófico se deu com o surgimento do pós-positivismo, onde:

A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia. (BARROSO, 2005, p. 05)

Por fim, têm-se o marco teórico, onde são estabelecidos três pilares, com o reconhecimento da força normativa da Constituição, expandindo a jurisdição constitucional e desenvolvendo uma nova dogmática de interpretação constitucional (2003, p. 06). Assim, a Constituição é alçada ao centro do ordenamento jurídico, sendo norma de validade das demais normas.

A contextualização histórica mostra-se extremamente necessária, pois, como bem observa Flávia Piovesan “ao cristalizar a lógica da barbárie, da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, a Segunda Guerra Mundial simbolizou a ruptura com relação aos direitos humanos, significando o Pós-Guerra a esperança de reconstrução destes mesmos direitos” (2009, p. 340).

Assim, é com o fim da 2ª grande guerra mundial e o retorno dos valores éticos e morais irradiando a Constituição, por meio dos movimentos filosóficos neoconstitucionalistas e pós-positivistas, com o alçar da Constituição ao epicentro dos sistemas jurídicos, onde se tem o estabelecimento de diversas garantias ao ser, onde o ser humano passa pelo processo de “reificação”.

Tal movimento de Constitucionalização chegou ao Brasil por meio da Constituição Federal de 1988, fruto de um processo de transição entre um Estado Totalitário, para um Estado Democrático de Direito, com o estabelecimento da Dignidade da Pessoa Humana enquanto fundamento da Constituição Federal - art. 1º, III -, irradiando todo o sistema jurídico nacional, que deve, por meio de positivação e efetivação de direitos, buscar a garantia da Dignidade do Ser Humano.

3. Dignidade da pessoa humana no estado democrático de direito

Tratar do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é tratar da sua inserção dentro de um Estado Democrático de

Direito, que constitui o fundamento do nosso sistema constitucional e de nossa organização como Estado Federativo, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais.

Canotilho (1993) muito bem explicita este conceito, ao tratar em sua obra, da revisão da Constituição Portuguesa de 1982, e da terminologia nela inserida sobre o Estado de Direito.

“A recusa da caracterização do Estado como um Estado de direito assentou no caráter ambivalente e equívoco da idéia de Estado de Direito. Uns, já notara Engels, pensavam no Estado de Direito como ‘expressão idealizada da sociedade burguesa’; outros julgavam que, através da idéia de Estado de Direito conseguiriam travar a tendência rasgadamente conformadora (social e econômica) do Estado; outros, ainda, não se afastavam muito de concepções místicas, vendo no Estado de Direito a manifestação da ‘idéia fundamental do direito, que está inscrita na alma.’”

Historicamente, o conceito de Estado Democrático de Direito, nas lições do mestre Canotilho (1993), seria oriundo da Teoria do Estado do liberalismo e fortemente influenciada pelas concepções jusracionalistas e, fortemente ligadas à idéia de legalidade e à idéia da realização da Justiça.

Podemos observar pelo pensamento de Canotilho e trazendo a discussão ao nosso ordenamento jurídico, é que o Estado Democrático de Direito traria em seu conceito todo o ideário de justiça, igualdade e dignidade, com um mínimo normativo capaz de fundamentar os direitos e pretensões da sociedade e também de princípios formais do Estado de Direito inerentes à soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana - elemento balizador do Estado Democrático de Direito, a Dignidade da Pessoa Humana, que seria o valor que

concederia unidade aos direitos e garantias fundamentais, inerente à personalidade humana. Segundo o autor citado, teríamos ainda que esse fundamento afastaria a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e nação, em detrimento da liberdade individual.

Dessa forma, Canotilho teria sugerido uma integração, a seu ver, pragmática, como teoria de cinco componentes: como a afirmação da integridade física e espiritual do homem como dimensão irrenunciável da sua individualidade autonomamente responsável, a garantia da identidade e integridade da pessoa através do livre desenvolvimento da personalidade, a libertação da “angústia da existência” da pessoa mediante mecanismos de socialidade, dentre os quais se incluem a possibilidade de trabalho, a garantia e defesa da autonomia individual através da vinculação dos poderes públicos a conteúdos, formas e procedimentos do Estado de Direito e a Igualdade dos cidadãos, expressa na mesma dignidade social e na igualdade de tratamento normativo, isto é, igualdade perante a Lei.

Importante salientar a importância da Dignidade da Pessoa Humana como princípio, posto que sendo um princípio maior, inerente da condição humana, agregando em si a mais alta carga valorativa, é dotado de máxima carga de normatividade, do qual se derivam os direitos e garantias fundamentais, que se tornam imprescindíveis à realização do Princípio.

Observamos que a Dignidade como Princípio absoluto resvala, inexoravelmente, como já afirmamos, na liberdade e autonomia do homem, na sua autodeterminação. Passemos à análise filosófica de Kant (2003), que achamos pertinente ao tema: “A autonomia é fundamental, porque a idéia de autonomia é a idéia de um imperativo racional querido por motivos puramente racionais...”

E ainda acentua Kant (2003) que podemos traduzir como uma máxima para se atingir a Dignidade Humana,

ou Igualdade de Respeito: “Age de tal maneira que trates a humanidade, em tua própria pessoa e na pessoa de outro ser humano, jamais meramente como um meio, porém sempre ao mesmo tempo como um fim.”

No tocante à Dignidade da Pessoa Humana como valor absoluto, agrega em si os valores de autodeterminação, autonomia e liberdade, por ser o comando central do sistema jurídico, preocupado com as questões sociais e diminuição das desigualdades. Logo, fundamentalmente, devemos respeitar o direito das minorias, respeitando o direito à sua cultura, sua diversidade, e o direito à diferença. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, como princípio maior e aglutinador dos demais, como a liberdade, igualdade e a autonomia, deve expressar para a sociedade a segurança e a realização de condições da igualização dos indivíduos em sociedade, de forma harmônica, e sem discriminação de qualquer ordem.

4. A práxis: O estado democrático brasileiro e a dignidade da pessoa humana

Como bem questiona Georges Abboud (2013. p. 1-6), nossa Constituição é, muitas das vezes, verdadeira Geni, eternizada pela obra de Chico Buarque, sendo utilizada somente quando é necessária aos interesses em jogo, todavia, quando utilizá-la se mostra uma medida impopular, suas garantias são pisoteadas e questionadas, sob uma suposição de exacerbação de direitos.

Dentro desse cenário, onde a realidade, a práxis, se afasta dos Direitos Fundamentais insculpidos na Constituição, onde todos buscam os bônus, mas sempre rejeitam os ônus da Carta Magna (SANTOS; BRASIL, 2018, p. 469), é que deve-se comemorar quando, numa aproximação entre o Di-

reito e a Realidade, têm-se efetivada a garantia de direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana.

Nesse passo, utilizar-se-á, a título ilustrativo e não se debruçando nos argumentos que excedam a temática abordada no presente trabalho, alguns posicionamento dos Tribunais Superiores, onde, ao visualizar a dignidade pessoa humana em conflito com outros direitos fundamentais e seus corolários, a manifestação do Tribunais Superiores tendeu à primar pela efetivação da dignidade da pessoa humana.

Exemplo expressivo disso foi o REsp 1.302.736/MG, com relatoria do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luis Felipe Salomão. Naquela oportunidade, o STJ foi instado a se manifestar em processo de reintegração de posse, derivado de esbulho possessório multitudinário, onde havia, de um lado, o proprietário de enorme gleba de terra, reivindicando a reintegração de posse de milhares de famílias que adentraram na área por meio de ocupações irregulares ocorridas no passar dos anos.

No referido caso concreto, o processo havia se arrastando por mais de dez anos, ocasionado a estabilização de vida no local, com a consolidação do bairro, o que, por conseguinte, tornaria à reintegração de posse - que afetaria milhares de famílias - medida extremamente gravosa às famílias.

Assim, após a ponderação de princípios fundamentais, o Ministro compreendeu que, em razão da consolidação de vida e da moradia - em seu contexto amplo - em confronto com o Direito à propriedade, logo, sendo tais aspectos observados sob à égide da Dignidade da Pessoa Humana, a reintegração de posse consistiria em meio extremamente gravoso àquelas famílias, de modo que fora declarada à impossibilidade de reintegração de posse, com a decisão de indenizar o proprietário requerente, por meio do instituto da Desapro-

priação Judicial por Posse-Trabalho, onde o município foi condenado a efetuar o pagamento.

Não obstante à existência de diversos pormenores na demanda discutida, é fato que, ao analisar o fato concreto, o Judiciário inclinou-se no sentido de efetivar a dignidade da pessoa humana, visto, ainda que houvesse a necessidade de defesa ao direito à propriedade, efetivar, naquelas circunstâncias, uma medida de reintegração, seria gravoso à milhares de famílias, que ficariam ao relento. Assim, privilegiou-se o Ser, ao invés do Ter.

O julgado referenciado é apenas um exemplo da repercussão da dignidade da pessoa humana num Estado Democrático de Direito, onde restará, não raras vezes, que se analisar e sopesar direitos fundamentais em conflito, tendo como bússola a dignidade da pessoa humana. Por mais notório que seja o fato de ainda estarmos distantes dos ideais imaginados pelo Constituinte Originário de 1988, sobretudo na disposição dos direitos sociais, estabelecidos no art. 6º da CF/88 - corolários e frutos da primazia pelo ser humano -, decisões como a mencionada refletem, com precisão, a repercussão dada com a revivificação do ser humano.

Considerações Finais

A história do homem nos apresenta diversos cenários de um mundo não-humano, onde a humanidade era relegada à conviver com a escravidão, onde homens eram assenhorados e catalogados em preços, de acordo com suas características físicas, com holocaustos praticados por tiranos em busca de uma suposta purificação de raças, por eras onde as mulheres eram subjugadas e tratadas como seres inferiores.

Assim, a revivificação do Ser Humano é, antes de tudo, uma conquista da humanidade. O ser humano, por vezes

bestializado e mercantilizado por àqueles que detinham o poder em suas épocas, tinham suas vidas assenhoradas, resignadas a servirem à um bem meramente patrimonial, servindo à vontade de tiranos, sem garantias ou direitos, sendo apenas meros servos.

Dentro desse contexto de horrores, surge o Constitucionalismo e a Dignidade da Pessoa Humana sendo posta como princípio fundamental das Constituições, onde o ser humano ganha novo escopo de proteção, com o estabelecimento de diversas garantias individuais e sociais, colocando o Ser enquanto epicentro das manifestações do Estado.

No contexto Constitucional brasileiro, os direitos e garantias fundamentais, dentre eles os positivados como Direitos Sociais, são decorrentes da dignidade humana. No ordenamento pátrio brasileiro, temos que a pessoa humana como valor e a dignidade humana como princípio absoluto, que deve prevalecer sob qualquer outro princípio, apesar de existirem na doutrina posicionamentos contrários, como o de Robert Alexy (1993).

A Dignidade da Pessoa Humana, enquanto verdadeiro postulado normativo, vincula toda a atuação dos três poderes estatais, criando obrigações positivas e negativas. Cabe ao Poder Legislativo, na formulação de leis, verificar se estas atendem aos preceitos fundamentais da Constituição, a fim de que não violem as garantias fundamentais, sob pena de declaração de inconstitucionalidade destas.

Por sua vez, o Executivo deve pautar sua atuação e seu planejamento estratégico a fim de efetivar os direitos fundamentais da sociedade, tal qual o Poder Judiciário que, por meio do controle judicial, deve verificar a Constitucionalidade das normas elaboradas pelo Poder Legislativo, ao passo que controla os atos administrativos - pautados em sua legalidade, razoabilidade e proporcionalidade.

Assim, o Ser Humano é, portanto, o valor máximo da democracia, sendo a Dignidade da Pessoa Humana decorrência do Estado Democrático de Direito. Não sem razão, alguns doutrinadores o consideram como um *superprincípio* ou um princípio fundamental, com valoração axiomática superior aos demais princípios Constitucionais, visto que, com a violação da Dignidade da Pessoa Humana, violam-se os demais princípios e garantias fundamentais.

Logo, percebe-se a importância real da dignidade humana, como princípio fundamental e fundamento estruturante da República Brasileira. Portanto, deve existir de maneira mais constante, uma luta para total aplicação e, conseqüentemente, efetivação desse princípio, onde as pessoas, detentoras desse direito, junto ao Poder Público em suas três esferas (Executivo, Legislativo e Judiciário) devem criar formas de sua garantia, promovendo também a efetivação de outros direitos inerentes a ele.

Referências das Fontes Citadas

ABBOUD, Georges. **25 anos da Constituição Federal: Parabéns à Geni.** *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 938/2013, dez., mensal, 2013.

ABBOUD, Georges. **O mito da supremacia do interesse público sobre o privado: A dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos fundamentais.** *Revista dos Tribunais*, v. 907, p. 61-119, Maio, mensal, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BARROSO, Luiz Roberto: **O novo Direito Constitucional e a Constitucionalização do Direito**, disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=0UiYczAzIf4>>. Acesso em: 23 mai. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6^a ed. Editora Almedina: Coimbra, 1993.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GAVAZZONI, Aluisio. **História do Direito - Dos Sumérios Até a Nossa Era**. 2^a Ed. Livraria Freitas Bastos Editora S.A: Rio de Janeiro, 2002.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Martins Claret: São Paulo, 2003

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social**. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 1, n. 4, out. 1999. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/30550>>. Acesso em: 29 maio. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3^o Ed. Editora Saraiva: São Paulo, 2009.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 11 ed. Florianópolis: Conceito Editorial; Editora Millennium, 2008.

SANTOS, João Paulo Marques dos; BRASIL, Júlio César Mendes. **A fazenda pública e a revelia: Uma relação de incompatibilidade mitigada**. In.: ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JÚNIOR, Fredie (Orgs.).

Doutrinas Essenciais: Novo Processo Civil. Vol. IV – Processo de Conhecimento. 2ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 461-476.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**, Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001 pag. 32

Proteção do direito à liberdade religiosa no ordenamento jurídico interno e internacional e as religiões afro-brasileiras²

Walkyria Chagas da Silva Santos

Introdução

O presente artigo tem como objetivo o estudo dos instrumentos nacionais e internacionais, que o Brasil é signatário, mais expressivos que abordam o direito à liberdade religiosa e as garantias trazidas por estes as religiões minoritárias do Brasil, especialmente, as religiões afro-brasileiras.

Este artigo se divide em três sessões. A primeira sessão apresenta o contexto de inserção do negro no Brasil e o di-

2. Artigo baseado no texto da dissertação intitulada “Políticas Públicas de Reafirmação: Tombamento dos Terreiros de Candomblé no Estado da Bahia” apresentada ao Mestrado Profissional em Gestão de Políticas Públicas e Segurança Social (UFRB), sob a orientação da professora Doutora Rosy de Oliveira. A pesquisa foi financiada pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado da Bahia (FABESB).

reito à liberdade religiosa nas Constituições brasileiras; a segunda sessão apresenta a discussão acerca dos documentos de Direito Internacional dos Direitos Humanos atinentes a liberdade religiosa, e que foram elaborados a partir de 1948, período de maior efervescência na produção de instrumentos para a garantia de direitos humanos, tal discussão será intermediada com dados empíricos. Por fim, na terceira sessão serão apresentadas as considerações finais.

1. A inserção do negro na sociedade brasileira e o direito à liberdade religiosa

O Estado brasileiro legalizou e legitimou as práticas discriminatórias, durante grande parte da história, impelidas contra os negros e os adeptos de religiões afro-brasileiras, no que concerne ao período do Brasil Colônia até o século XX, atuando como agente fundamental na segregação. Em vários momentos o Estado negou sua responsabilidade quanto à retirada forçada dos negros africanos para servirem como seres escravizados no Brasil e a marginalização impelida ao negro pelas estruturas sociais e estatais.

As religiões não hegemônicas, ou seja, as relacionadas aos povos indígenas e principalmente aos negros foram perseguidas e fortemente combatidas pelo Estado mesmo após a Constituição de 1891, que formalmente separou o Estado da Igreja Católica. Apesar do direito à liberdade de culto constar no texto constitucional de 1891 e nas Constituições subsequentes, ocorreu pouca ou nenhuma mudança quanto à perseguição dirigida aos praticantes de religiões afro-brasileiras, posto que, os Códigos de Postura disciplinavam o que era ou não permitido aos munícipes. Assim, os ajuntamentos de negros, batuques, lundos e candomblés eram proibidos pe-

los Códigos de Postura e denunciados pela imprensa local, a exemplo do que acontecia nos municípios de Salvador/BA e Cachoeira/BA. (SÁ, 2011; SANTOS, 2009).

As Constituições brasileiras de 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988 repetem a separação entre o Estado e a Igreja, garantindo o princípio da laicidade ou da secularidade estatal. A Constituição de 1934 consagrou a liberdade religiosa enquanto direito individual e inovou ao garantir constitucionalmente a liberdade de crença. (CHEHOUD, 2012). Ocorre que, a garantia formal do direito a liberdade religiosa mais uma vez não garantiu a sua observância pela sociedade, pela imprensa e pelos agentes estatais quanto aos direitos dos adeptos de religiões afro-brasileiras.

Assim, a caça aos candomblés continua durante o século XX, as perseguições, a diabolização, as discriminações e as batidas policiais continuaram a fazer parte do cotidiano dos adeptos de religiões afro-brasileiras apesar das garantias trazidas pelas Constituições. A perseguição antes explicada a partir da necessidade de salvação da alma e justificação da escravidão passa para o discurso civilizador e higienista em que era necessário “desafricanizar o Brasil”, livrar o país dos costumes primitivos. (SANTOS, 2009; SODRÉ, 2010).

A Constituição de 1946 possibilitava a colaboração recíproca entre Estado e Igreja em prol do interesse coletivo. No período seguinte, na Ditadura Militar, foi outorgada a Constituição do Brasil de 1967, que manteve a disciplina geral sobre o direito a liberdade religiosa dos textos anteriores, e inovou quanto à possibilidade de perda dos direitos incompatíveis com a escusa de consciência, ou seja, foi acrescentada mais uma possibilidade de interferência estatal no direito à liberdade religiosa. (CHEHOUD, 2012).

É a partir da Constituição de 1988 que o direito a liberdade religiosa é garantido sem as ressalvas que possibili-

tavam a ingerência estatal no exercício do direito individual do cidadão por questões relacionadas à ordem pública e aos bons costumes. A Constituição atual reafirma a separação entre o Estado e a Igreja e garante no art. 5º, VI, combinado com o art. 5º, VII, a liberdade religiosa em três dimensões: liberdade de crença, liberdade de culto e liberdade de organização religiosa. (SILVA NETO, 2013). Porém, apesar das garantias constitucionais, na prática, é possível verificar a partir de reportagens divulgadas na grande mídia³, a ausência de segurança social e de eficácia social do direito à liberdade religiosa para os adeptos de religiões afro-brasileiras, seja por ações praticadas por particulares, seja por ações praticadas por agentes e órgãos estatais.

Diante de tantas dificuldades para o exercício de seus direitos a África foi “utilizada” pelos negros como elemento subversivo, como elemento de resistência, assim, na reconstrução das estruturas na “África em miniatura” ou “Pequenas Áfricas”, nos terreiros, os negros em situação de diáspora conseguiram reconstruir e remodelar suas estruturas sociais.

A liberdade religiosa é um direito protegido tanto no âmbito internacional quanto no âmbito nacional. Nessa perspectiva, cabe observar que a atuação estatal de proteção ao direito à liberdade religiosa está pautada não só numa obrigação constitucional, mas também numa obrigação assumida internacionalmente a partir da assinatura de pactos, declarações e convenções que garantem o direito à liberdade religiosa e impõe aos Estados-Membros atuação positiva para assegurar o respeito às religiões minoritárias e o pleno exercício do direito.

Cabe ressaltar que, direitos humanos e direitos fundamentais, apesar de serem comumente utilizados como sinônimos possuem significados distintos. Os direitos humanos são as normas instituídas por órgãos internacionais em de-

3. BAHIAJÁ, 2008; GUIMARÃES, 2011; OXÓSSI, 2017; PIVA, 2011.

clarações, convenções e tratados, já os direitos fundamentais são os direitos assegurados nas Constituições de cada país. Quando os direitos humanos são inseridos no sistema normativo-constitucional de determinado país eles são denominados de direitos fundamentais. (SILVA NETO, 2013).

A partir da Constituição Federal de 1988, com a retirada do texto constitucional de ressalvas que possibilitavam ao Estado continuar a engendrar a perseguição às religiões minoritárias; e da assinatura de instrumentos de Direito Internacional dos Direitos Humanos, o movimento negro, os terreiros e demais coletivos de entidades negras passaram a dispor de garantias formais que possibilitam a luta pela realização material de direitos essenciais para uma vida digna. E são os instrumentos de Direito Internacional dos Direitos Humanos que serão analisados no item subsequente.

2. A proteção do direito à liberdade religiosa no ordenamento jurídico internacional e dados empíricos

Ao longo da história, desde a Grécia Antiga, pelo menos, é possível encontrar diversos documentos que fazem referência à necessidade de proteger os cidadãos dos atos tirânicos do Estado e garantir a dignidade humana. Cumpre citar documentos importantes para construção da noção de direitos humanos na contemporaneidade, são eles, entre outros: a Declaração do Bom Povo da Virgínia de 1766, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a Constituição Mexicana de 1917, a Constituição a República de Weimar de 1919 e a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918. (LEITE, 2012).

Porém, é a partir de 1948 que ocorre a juridicização⁴ dos direitos humanos, posto que, com o fim da Segunda Guerra Mundial os países compreendem que é necessário assegurar a toda e qualquer pessoa o pleno exercício de direitos que garantam uma existência digna e livre de opressão⁵. Isso tem refletido na elaboração de instrumentos que desde a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948 buscam proteger a pessoa humana em todos os âmbitos da vida, seja ela estatal, social, religiosa, econômica, ambiental, cultural, entre outros aspectos. (LEITE, 2012).

O direito à liberdade religiosa é disciplinado de forma específica no artigo XVIII, com a afirmação de que toda pessoa tem direito à liberdade de religião, e que tal direito inclui a liberdade de manifestação isolada ou coletivamente, em ambiente público ou particular, ademais, assegura a liberdade para modificação de religião. (BRASIL, 1948).

Porém, a DUDH não possui caráter de norma cogente, ou seja, os Estados-Membros possuem uma indicação de como agir e não uma obrigação. Diante do caráter meramente declaratório da DUDH, apesar da sua importância para a configuração atual dos direitos humanos, foi necessário a elaboração e promulgação de tratados, pactos e convenções com temas específicos para vincular os Estados-Membros. (LEITE, 2012).

4. A partir da promulgação de diversos documentos internacionais tornou-se possível requerer não só ao Poder Executivo e Poder Legislativo, mas também ao Poder Judiciário no âmbito nacional e internacional, a efetividade de direitos basilares, sem os quais não é possível viver com dignidade.

5. Apesar das críticas de Aimé Césaire (1978) quanto à ausência de sensibilidade da comunidade internacional quanto à escravidão dos negros. Segundo o autor foi apenas quando um branco atingiu a humanidade de outro que também é visto como branco, que a questão da dignidade ganhou força no cenário internacional resultando em documentos que garantem os direitos humanos inerentes a toda pessoa humana.

Para assegurar a garantia dos direitos humanos, após a DUDH os membros da Organização das Nações Unidas (ONU) elaboraram dois pactos importantes para a salvaguarda de direitos das pessoas que necessitam e devem ser resguardados pelo Estado e pela sociedade, são eles: Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC).

O PIDESC, disciplina sobre a não discriminação por questão religiosa; ressalta que a educação deve favorecer o pleno desenvolvimento humano, bem como, a compreensão entre grupos étnicos e religiosos. (BRASIL, 1966b).

Dos documentos que compõe a Carta Internacional de Direitos Humanos⁶ o PIDCP é o que efetivamente apresenta um amplo elenco de proteção ao direito à liberdade religiosa. São sete artigos que disciplinam o exercício dos direitos civis e políticos, e que ao mesmo tempo garantem que tais direitos sejam exercidos em igualdade por qualquer cidadão, sem distinção por motivo religioso.

Percebendo que os referidos Pactos Internacionais não eram suficientes para tratar e assegurar direitos sobre temáticas mais específicas, foram promulgados alguns documentos internacionais que tratam de maneira mais particular o direito à liberdade religiosa e as garantias para religiões minoritárias, tais como, a Declaração para Eliminação de todas as Formas de Intolerância e Discriminação com base em religião ou convicção (1981), a Declaração de Princípios sobre a Tolerância (1995), a Declaração Sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Lingüísticas (1992). (BRASIL, 2011).

O primeiro documento a ser destacado é a Declaração para Eliminação de todas as Formas de Intolerância e Dis-

6. A DUDH juntamente com o PIDCP e o PIDESC formam a chamada Carta Internacional de Direitos Humanos.

criminação com base em religião ou convicção (1981). A supracitada declaração afirma que a liberdade religiosa deve ser plenamente respeitada, posto que, a religião é elemento fundamental para a vida da pessoa que a professa. Ademais, garante a liberdade de crença e culto; direito de difusão da religião; proíbe discriminações por motivo religioso; e, disciplina que a discriminação baseada em religião ou nas convicções constitui grave ofensa à dignidade humana.

Em 1992 a ONU proclamou a Declaração Sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas com o objetivo de, entre outros, assegurar a efetiva aplicação de instrumentos de direitos humanos no que diz respeito aos direitos das minorias. Por fim, a Declaração de Princípios sobre a Tolerância (1995), traz o receio quanto ao crescimento da intolerância, do racismo, da violência, da marginalização e exclusão das minorias e outros fatores que ameaçam a paz e a democracia, portanto, a promoção dos princípios sobre a tolerância é condição necessária para a paz e desenvolvimento econômico e social.

Quanto à perseguição religiosa sofrida pelas religiões afro-brasileiras, se o açoite era empunhado anteriormente pelo Estado e pela Igreja Católica, na contemporaneidade quem estala os grillhões com mais força são as religiões Neopentecostais⁷. Tais religiões com atitudes que mesclam a obrigatoriedade de conversão e intolerância aos demais seguimentos religiosos tem realizado uma campanha que possui um inimigo certo, as religiões afro-brasileiras.

Assim, livros e vídeos que desrespeitam os fundamentos das religiões afro-brasileiras são propagados e a utilização de atitudes ofensivas é indicada para conversão, desde ofensas

7. Para mais informações consultar: SILVA, 2012; COELHO, 2017; e, OXÓSSI, 2017.

verbais, até agressões físicas e destruição de locais de culto. Como exemplo do desrespeito, o pastor da Igreja Universal do Reino de Deus, Edir Macedo, publicou em 1987 o livro “Orixás, Caboclos e guias: deuses ou demônios?”. No livro há a clara intenção de demonizar o panteão que compõe as religiões afro-brasileiras.

Ou seja, apesar dos documentos internacionais citados é possível encontrar atitudes discriminatórias, inclusive algumas executadas por agentes estatais. Temos como exemplo de grande repercussão a decisão proferida pelo Juízo da 17^a Vara Federal, nos autos da Ação Civil Pública, Processo n° 0004747-33.2014.4.02.5101. O Ministério Público Federal moveu a ação com o objetivo de condenar a ré, Google Brasil Internet Ltda, na obrigação de retirar conteúdos hospedados na internet que fomentam a intolerância e discriminação por motivos fundados em religião, que possuem como alvo as religiões afro-brasileiras. (BRASIL, 2014). Os discursos de ódio presente nos vídeos violam os direitos humanos do povo de santo⁸ e o Estado brasileiro, segundo o artigo 20, item 2, do PIDCP, possui a obrigação de proibir a apologia ao ódio religioso⁹.

Ocorre que, em sua decisão inicial, o juiz federal Eugênio Rosa de Araújo, indeferiu a antecipação dos efeitos por

8. Denominação utilizada para identificar os adeptos de religiões afro-brasileiras.

9. Vale ressaltar que, no Brasil há a prevalência da Constituição sobre as demais normas, porém, quando uma norma de Direito Internacional dos Direitos Humanos for aprovada em dois turnos, por três quintos dos votos, em cada Casa do Congresso Nacional será equivalente às emendas à Constituição. (BRASIL, 2010). Já os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos não aprovados na forma referida acima são considerados normas supralegais, ou seja, estão abaixo da Constituição, porém acima da legislação infraconstitucional, “determinando a eficácia paralisante de toda legislação infraconstitucional contrária”. (SILVA NETO, 2013, p. 85).

considerar que os cultos afro-brasileiros não constituem religião. Assim, a partir de uma definição pessoal do que é religião, o juiz considerou que os vídeos não violam os direitos humanos e fundamentais dos adeptos de religiões afro-brasileiras. Vale ressaltar que, a definição pessoal está pautada nos dogmas das religiões hegemônicas que estão baseadas num “texto base, estrutura hierárquica e um Deus a ser venerado”. (BRASIL, 2014). Nesse diapasão, fica claro que a garantia formal do direito à liberdade religiosa não assegurou o pleno exercício ao povo de santo. Segundo Adriano Pilatti,

Lenta foi a conquista da liberdade e do respeito. A rigor ainda não acabou. Novas e avassaladoras formas de genocídio cultural atingem desde as formas de expressão artística derivadas da matriz religiosa africana até a própria segurança física dos que professam as religiões nascidas dessa matriz comum. O autoritarismo primário dos que exploram o fanatismo sectário investe contra templos, símbolos, imagens, vestimentas, cantos, paramentos, flores. A incitação ao preconceito, ao desrespeito e à repressão privada raramente sofre as conseqüências que deve merecer num Estado Democrático de Direito. (PILATTI, 2012, p. 13).

O povo de santo, em repúdio à afirmação do juiz federal, realizou um manifesto no dia 20 de junho de 2014, que resultou na criação “GT de Segurança dos Terreiros”, que entre outras funções, busca acompanhar, relatar e combater os casos de intolerância religiosa em todo país.

Outro exemplo de desrespeito às garantias legais do direito à liberdade religiosa são as ações empreendidas pelo Estado brasileiro nos processos de tombamento de terreiros de candomblé, que visam resguardar o legado guardado dentro

dos Ilês Axés¹⁰. Apesar da proteção ao patrimônio ter iniciado no Brasil na década de 1930, apenas na década de 1980, após árduo processo, é tombado o primeiro terreiro de Candomblé, o Ilê Axé Iyá Nassô Oká (Terreiro da Casa Branca), em Salvador/BA, primeiro Monumento Negro do Brasil.

Apenas no ano 2000 ocorre o segundo tombamento, com a inscrição no Livro do Tombo do Ilê Axé Opô Afonjá, localizado em Salvador/BA, em todo Brasil há apenas onze terreiros tombados, dois deles com tombamento aprovado pelo Conselho Consultivo do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional no dia 17 de setembro de 2018.¹¹ Embora a Constituição Federal disponha que todos os grupos que participaram do processo de formação da sociedade brasileira devem ter sua cultura preservada e protegida pelo Estado, e que, os documentos internacionais citados disciplinem que os Estados-Membros deverão executar ações para garantir a igualdade entre religiões, no Brasil ainda impera a preservação do patrimônio de pedra e cal¹².

Mossab (2016) informa que dos quase mil bens culturais arquitetônicos protegidos pelo IPHAN, aproximadamente

10. Uma das denominações utilizada para designar o local de culto de algumas religiões afro-brasileiras, exemplo, candomblé da nação Ketu.

11. Tombados definitivamente, todos em Salvador/BA: Ilê Axé Iyá Nassô Oká (Terreiro da Casa Branca); Ilê Axé Opô Afonjá; Ilê iyá Omi Axé Iyamasê (Terreiro do Gantois); Manso Banduquenqué (Bate Folha); Ilê Maroiálaji Alakêto; Ilê Axé Oxumarê. O terreiro Zoogodo Bogum Malê Seja Undé (Terreiro Roça do Ventura), em Cachoeira/BA e Omo Ilê Agbôula, na Ilha de Itaparica/BA. Há, ainda, o terreiro denominado Casa Grande de Minas ou Casa das Minas Jeje ou Querebentã de Zomadonu, localizado no Estado do Maranhão. Além dos terreiros citados, no dia 17 de setembro de 2018, dois terreiros tiveram o tombamento aprovado, o Ilê Obá Ogunté Sítio de Pai Adão, localizado em Recife/PE, e o Tumba Junsara, em Salvador/BA.

12. Fonseca(2003) denominou de patrimônio de “pedra e cal”, os patrimônios tombados pelo órgão estatal brasileiro que prioriza essencialmente o patrimônio material, em estilo barroco, que rememora o período colonial e imperial da história do Brasil.

40% traz como referência estruturas religiosas de matriz católica, em contrapartida os bens arquitetônicos relacionados à memória dos afrodescendentes representa apenas 1% dos bens tombados. Portanto, o IPHAN continua priorizando a preservação de “edifícios de Estado e religiosos, de recorte colonial e elitista” (MOSSAB, 2016).

Outro exemplo claro de violação ocorreu em janeiro de 2017 quando prefeitos entregaram as cidades, que assumiam enquanto chefe do Poder Executivo Municipal, a Jesus. Os prefeitos de Sapezal (MT), Santo Antônio de Pádua (RJ), Alto Paraíso (RO) e Guanambi (BA), “em ações orquestradas, decidiram entregar as chaves de suas respectivas cidades às figuras centrais do Cristianismo”. (CORREIO NAGÔ, 2017). Tal ação demonstra claro desrespeito às normas internas e internacionais de proteção ao direito à liberdade religiosa e estimulam os crescentes casos de violência contra os adeptos de religiões afro-brasileiras. Para Samuel Vida, coordenador e pesquisador do Programa de Pesquisa e Extensão da UFBA sobre Direito e Relações Raciais,

O que nós assistimos é um processo de promiscuidade que tem se aprofundado nas últimas décadas com a organização das bancadas cristãs, tanto evangélicas quanto as católicas, que vêm disputando espaço político, lançando candidatos, participando da vida política institucional a partir de um prisma religioso. Isso não é uma novidade no Brasil, no sentido mais geral, porque há uma presença de padres na vida política do País desde a época do Império, mas há uma agudização com as organizações recentes de partidos neopentecostais, como PRB, PSC. Nós temos um grande problema a ser enfrentado, a ser estudado, a ser tratado, do ponto de vista político e jurídico. (CORREIO NAGÔ, 2017).

Tais ações resultam em crescentes casos de intolerância religiosa que são denunciadas em todo Brasil, como derubada de terreiros, a violação de locais de culto, violência física e psicológica, como por exemplo, a morte de Mãe Gilda, vítima de intolerância religiosa e Kailane Campos que foi atingida por pedradas ao retornar de celebração religiosa afro-brasileira. Ainda, como exemplo de violação aos direitos assegurados nos documentos nacionais e internacionais de direitos humanos, os adeptos de religiões afro-brasileiras sofrem discriminação nos Cartórios de Registros de Pessoas Jurídicas ao tentarem registrar a associação que representa o terreiro; em instituições bancárias ao tentarem abrir conta; em Delegacias quando registram ocorrência de discriminação, intolerância e violência física e moral; em órgãos municipais ao requisitarem a sua participação nos conselhos, apenas para trazer alguns exemplos. (BAHIAJÁ, 2008; GUIMARÃES, 2011; OXÓSSI, 2017; PIVA, 2011).

Nos órgãos citados, e em tantos outros, em que o servidor está a serviço do cidadão em nome do Estado, com o dever de tratar a todos com impessoalidade e igualdade, os adeptos de religiões afro-brasileiras têm seus pedidos negados, sofrem novas violências com o descaso estatal e alguns desistem de acessar direitos basilares para uma vida digna e garantidos pelo ordenamento jurídico nacional e internacional.

Considerações finais

A partir dos exemplos citados e dos instrumentos analisados, fica claro que o direito à liberdade religiosa não é plenamente exercido pelos adeptos de religiões afro-brasileiras e mesmo após a promulgação do novo Texto Constitucional e da adoção de documentos internacionais de direitos humanos que asseguram o direito à liberdade religiosa, a diversi-

dade e a tolerância, as estruturas estatais continuam atuando, em alguns momentos, nos mesmos moldes do Brasil Colônia, Brasil Império e grande parte da República, em que as religiões minoritárias eram perseguidas com o aval estatal.

As religiões afro-brasileiras ainda enfrentam o incômodo RE 494601, com repercussão geral, que tramita no Supremo Tribunal Federal desde 29 de setembro de 2006, que tem como relator o Ministro Marco Aurélio. O recurso foi interposto pelo Ministério Público contra a decisão do Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul, que declarou constitucional a Lei Estadual nº 12.131/04, que “permite o sacrifício de animais destinados à alimentação nos cultos das religiões africanas.” (STF, 2017).

Em 27 de maio de 2017 uma comissão com representantes e defensores de religiões afro-brasileiras foi recebida pela Ministra Cármen Lúcia. Além de requisitar prioridade no julgamento, a comissão entregou “um parecer doutrinário e um memorial técnico com histórico, legislação e fatores culturais e religiosos em todo o mundo relacionados à chamada sacralização de animais para fins religiosos”. (STF, 2017).

É possível observar uma clara diferença, para os que são contrários a utilização de animais no culto das religiões afro-brasileiras o nome utilizado é sacrifício, porém, para os adeptos a denominação é sacralização de animais, demonstrando o respeito que existe no ato de sacralizar os animais nos rituais sagrados e milenares, que não são exclusividade das religiões afro-brasileiras, mas que também é realizado por diversas religiões em todo o mundo.

Mas em meio a tantos desafios há uma comemoração parcial, o direito de resposta contra a Rede Record, confirmado mais uma vez no ano de 2018. São mais de 15 anos de luta para que a Record cumpra a decisão judicial que prevê que a emissora exiba durante a sua programação 16 horas de conteúdo

positivo e afirmativo sobre cultura e religiões afro-brasileiras. A relatora e os demais desembargadores 9ª Turma Recursal do Tribunal Regional Federal de São Paulo foram unânimes e julgaram improcedente o recurso, ratificando a sentença.

A intenção do artigo apresentado não foi esgotar a análise de textos jurídicos que garantem o direito à liberdade religiosa, mas sim, demonstrar exemplificativamente a existência de um cabedal jurídico que sustenta a garantia de tal direito e assegura o seu exercício para toda e qualquer pessoa humana.

Por fim, vale ressaltar que, a obrigação de proteção e salvaguarda da liberdade religiosa e dos direitos a ela relacionados não é apenas um dever do Estado brasileiro assumido no âmbito do direito nacional, os adeptos das religiões minoritárias possuem mais uma via de proteção, qual seja, o direito internacional a partir dos instrumentos de garantia dos direitos humanos.

Portanto, é necessário pensar em mecanismos eficazes de monitoramento e proteção para garantir que o direito à liberdade religiosa seja respeitado e efetivado pelo Estado brasileiro e pela sociedade, abrangendo não só as religiões hegemônicas, mas também as minoritárias, tais como, as religiões afro-brasileiras.

Bibliografia

BAHIAJÁ. **Caso Oyá Onipó**: povo-de-santo exige desculpas públicas do prefeito, 05 de março de 2008. Disponível em: < <http://www.bahiaja.com.br/salvador/noticia/2008/03/05/caso-oya-onipo-povo-de-santo-exige-desculpas-publicas-do-prefeito,6961,0.html>>. Acesso em: 27 de mai. de 2018.

BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em:< <http://portal.mj.gov.br/>

- sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 20 de mai. de 2018.
- _____. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**, 1966a. Disponível em:< http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_economicos.htm>. Acesso em: 20 de mai. de 2018.
- _____. **Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos**, 1966b. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 20 de mai. de 2018.
- _____. Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos. **Diversidade religiosa e direitos humanos: reconhecer as diferenças, superar a intolerância, promover a diversidade**. Marga Janete Ströher, Deise Benedito, Nadine Monteiro Borges (Orgs.). Brasília : Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2011.
- _____. Tribunal Regional Federal (2.Região). **Agravo de Instrumento na Ação Civil Pública com Pedido Liminar**. Processo Originário: 0004747-33.2014.4.02.5101. Agravante: Ministério Público Federal. Agravada: Google Brasil Internet Ltda. Juízo de Origem: 17ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Juiz Federal: Eugênio Rosa de Araújo. Procurador da República: Jaime Mitropoulos. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em:< <http://s.conjur.com.br/dl/agravo-instrumento-interposto-mpf-rj.pdf>>. Acesso em: 9 de mai. de 2018.
- _____. Supremo Tribunal Federal (STF). **A Constituição e o Supremo**. 3ª. ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2010.

CÉSAIRE, Aimé. **Discurso sobre o colonialismo**. Lisboa: Sá da Costa Editora, 1978.

CHEHOUD, Heloísa Sanches Querino. **A liberdade religiosa nos estados modernos**. São Paulo: Almedina, 2012.

COELHO, André. Criminosos obrigam mãe de santo a destruir próprio terreiro em Nova Iguaçu. Polícia, 13 de setembro de 2017. Disponível em: < <http://cbn.globoradio.globo.com/editorias/policia/2017/09/13/CRIMINOSOS-O-BRIGAM-MAE-DE-SANTO-A-DESTRUIR-PROPRIO-TERREIRO-EM-NOVA-IGUACU.htm>>. Acesso em: 10 de abr. de 2018.

CORREIO NAGÔ. Prefeito pode entregar chave da cidade à Jesus? Veja o que diz especialista em Direito, 2017. Disponível em: < <http://correionago.com.br/portal/prefeito-pode-entregar-chave-da-cidade-a-jesus/>>. Acesso em: 27 de mai. de 2018.

FONSECA, Maria C. Londres. Para além da pedra e cal: por uma concepção ampla de patrimônio. In: ABREU, Regina; CHAGAS, Mário (Org.). **Memória e patrimônio**: ensaios contemporâneos. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

GUIMARÃES, Tiago. **Destruição de terreiro de candomblé vai parar na Justiça na Bahia**, 29 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/ba/destruicao-de-terreiro-de-candomble-vai-parar-na-justica-na-bahia/n1597249128113.html>>. Acesso em: 09 de ago. de 2014.

LEITE, Rafael Soares. **Direitos Humanos**. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

MOASSAB, Andréia. **O patrimônio arquitetônico no século 21:** para além da preservação uníssona e do fetiche do objeto. *Revista Arquitectos*, ano 17, Nov. 2016. Disponível em: < <http://vitruvius.com.br/revistas/read/arquitectos/17.198/6307>>. Acesso em: 08 de mai. de 2018.

OXÓSSI, Pai Rodney de. **Traficantes e pastores unidos pelo preconceito?** *Diálogos da Fé*, 14 de setembro de 2017. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/blogs/dialogos-da-fe/traficantes-e-pastores-unidos-pelo-preconceito>>. Acesso em: 10 de abr. de 2018.

_____. A Rede Record e o direito de resposta às religiões de matriz africana. *Diálogos da Fé*, 06 de abril de 2018. Disponível em: < <https://www.cartacapital.com.br/blogs/dialogos-da-fe/a-rede-record-e-o-direito-de-respostas-as-religoes-de-matriz-africana>> . Acesso em: 10 de abr. de 2018.

PÉCHINÉ, Serge. **Intolerância religiosa em salvador da Bahia** —o vis-à-vis entre as igrejas neopentecostais e as religiões de matriz africana. *Revista Magistro*, v. 2, n. 1, 2011, p. 166-179. Disponível em: < <http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/magistro/article/viewFile/1499/768>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

PIVA, Juliana Dal; ALECRIM, Michel. **O avanço da rivalidade religiosa.** *ISTOÉ*. Ano 35. Número 2191. 09 nov. 2011, p. 76-78.

SÁ, Tânia Regina Braga Torreão. **Códigos de Posturas Municipais como instrumentos normativos da produção de novas lógicas territoriais:** estudo de caso do Centro Histórico de Salvador. *Percurso: So-*

cidade, Natureza e Cultura, v. 11, n. 1, p. 273-289, 2011. Disponível em: < <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/309/274> >. Acesso em: 09 de ago. De 2014.

SANTOS, Edmar Ferreira. **O poder dos candomblés: perseguição e resistência no Recôncavo da Bahia**. Salvador: EDUFBA, 2009.

SANTOS, Walkyria Chagas da Silva. **Políticas públicas de reafricanização: tombamento dos terreiros de candomblé no Estado da Bahia**. 2015. 236f. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas e Segurança Social). Universidade Federal do Recôncavo da Bahia, Cruz das Almas, 2015.

SILVA, Lizandra Santana da. As disputas de poder simbólico no campo religioso cachoeirano 1980-2000. In: XIII Simpósio Nacional da ABHR, São Luís, 2012. **Anais Eletrônicos do XIII Simpósio Nacional da ABHR**, São Luís: UFMA, 2012. Disponível em: <<http://www.abhr.org.br/plura/ojs/index.php/anais/article/viewFile/360/313>>. Acesso em: 10 de abr. de 2018.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Proteção constitucional à liberdade religiosa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SODRÉ, Jaime. **Da diabolização à divinização: a criação do senso comum**. Salvador: EDUFBA, 2010.

STF (Supremo Tribunal Federal). **Ministra Cármen Lúcia se reúne com representantes de religiões afro-brasileiras**, 24 de maio de 2017. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?id-Conteudo=344319> >. Acesso em: 10 de abr. de 2018.

O direito fundamental à moradia digna e as políticas públicas estatais: Estudo do caso dos moradores de rua em Governador Valadares.

Alexandra Gonçalves Cesário da Silva e Amanda Maria Martins

Introdução

O constituinte da Constituição Federal de 1988 teve como objetivo assegurar os direitos de todos os segmentos da sociedade, envolvendo todas as classes, etnias e culturas presentes no Brasil. Buscou-se assim, incluir todas as demandas dos grupos sociais, já que os anos precedentes foram marcados pela retirada e violação de direitos, principalmente, os denominados Direitos Fundamentais.

Os Direitos Fundamentais estão positivados na Constituição, com o objetivo de garantir aos cidadãos, perante o Estado e a terceiros, o mínimo para exercício da vida social. Esses direitos não podem ser retirados, havendo assim

uma vedação ao retrocesso, sendo de responsabilidade do Estado concretiza-los.

Dentre esse rol encontra-se o direito à moradia. Em relação a esse direito o Brasil possui um déficit de moradias em relação ao número de quantidade de pessoas que necessitam. A fundação João Pinheiro realizou um levantamento entre as unidades da federação com maior déficit absoluto em 2013 que se destacaram: São Paulo (1,254 milhão), Minas Gerais (494 mil), Bahia (417 mil), Maranhão (408 mil) e Rio de Janeiro (399 mil).

Diante do reconhecimento dessa realidade, criaram políticas públicas que buscam através de serviços públicos atenderem às questões de necessidade da sociedade. Na questão ao direito à moradia, as políticas públicas realizadas devem buscar não somente uma casa, mas uma moradia digna para se viver, concretizando assim, outros direitos fundamentais.

O presente trabalho busca, portanto, analisar o direito à moradia diante da perspectiva dos moradores de rua e das políticas públicas voltadas para cumprimento desse direito. Metodologicamente, utilizou-se a análise qualitativa da situação na cidade de Governador Valadares na efetivação do direito à moradia, buscando empiricamente dados através de entrevistas e visitas aos órgãos responsáveis pela concretização desse direito.

1. O direito à moradia digna

A Constituição Federal do Brasil, de 1988, é reconhecida por ter em seu texto implicitamente e explicitamente um extenso rol de direitos e garantias aos cidadãos. No capítulo II, em seu artigo 6º *caput*, estão previsto os direitos sociais, os quais são : “ a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia [...] ”, A inclusão do direito à moradia, no rol dos

direitos sociais, deu-se tardiamente através da EM nº 6 de 15/02/2000. O Estado tem o dever de prestar e concretizar esses direitos, porém, com a grande demanda e insuficiência na prestação, a efetivação dos direitos sociais ficam carentes para alguns grupos que estão em situação de vulnerabilidade, como os moradores em situação de rua.

Os moradores em situação de rua, segundo o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à fome (MDS), são:

Grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares fragilizados ou rompidos e a inexistência de moradia convencional regular. Caracteriza-se pela utilização de logradouros públicos (praças, jardins, canteiros, marquises, viadutos) e de áreas degradadas (prédios abandonados, ruínas, carcaças de veículos) como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como das unidades de serviços de acolhimento para pernoite temporário ou moradia provisória. (BRASIL, 2004)

Segundo Silva (2013, p.317), “o direitos à moradia significa ocupar um lugar como residência; ocupar uma casa, apartamento etc., para nele habitar”. A realidade de vários brasileiros, não condiz com o significado atribuído por José Afonso da Silva à moradia, já que muitos têm como “moradia” apenas viadutos, nos quais são espaços sem qualquer estrutura para vivência. Essa população sobrevive às várias violações dos seus direitos por parte do Estado que é omissos, muitas vezes, em nivelar essa situação.

O que se deve problematizar, após essa primeira definição de moradia é se o direito a moradia diz respeito a ter apenas um local ou se esse local tem que preservar e respeitar

a dignidade da pessoa humana. A discussão referente ao direito à moradia, não diz respeito apenas a um lugar e sim um lugar digno para que as pessoas tenham a capacidade de se desenvolver economicamente, socialmente e culturalmente.

O conceito de moradia é direcionado ao domicílio no qual a pessoa reside, mas vai muito além de somente uma casa física, e sim passa a ser um local íntimo de construção de personalidade, é o local onde desenvolvem suas particularidades e os primeiros aprendizados para uma vida em sociedade. Com isso, é necessário o mínimo para a existência humana como saneamento básico de água e esgoto, energia elétrica, boa pavimentação para locomoção, além de condições físicas que possibilitem uma moradia digna. Como Alexandre Clemente e Riva de Freitas enfoca:

Um modo de vida só pode surgir se existir condições mínimas para tanto. Isso implica dizer que para que a vida, possa seguir com seu curso natural é necessário um local ideal para se viver, o que traduzimos como moradia. Assegura-se assim que ela é requisito indispensável para a vida humana e as suas condições que vão determinar o bem estar daquelas pessoas que ali vivem, refletindo na formação e na sua integridade físicas e morais. (2011, p. 55-56)

Ainda, segundo Stefanick (2010, p. 240) o direito a moradia está estritamente ligado ao princípio constitucional da dignidade humana, por ser um direito humano e fundamental, não se resume a uma estrutura física apenas, mas sim outros aspectos que a torne digna.

Ademais, esse direito não pode se resumir em apenas ter uma habitação, mas sim uma habitação em condição espacial adequada, com fornecimento de água potável, saneamento bá-

sico e coleta de lixos, promovendo um local em que se tenha conforto e a preservação da privacidade e intimidade da família, para que assim tenham condições de exercer sua cidadania de forma mais plena o possível (SILVA, 2013, p. 317).

Um dos motivos que agrava a situação de exclusão dos moradores de rua é a dificuldade de acesso aos meios que propiciam a concretização dos outros direitos, já que quando se viola um direito do rol de direitos fundamentais, violam-se todos os outros direitos. Essa violação em massa de direitos é agravada em relação ao direito a saúde, alimentação saudável e segurança.

Quando não há a concretização dos direitos sociais tem-se uma exposição explícita da desigualdade social e da pobreza de forma mais intensa possível. A situação vivenciada pela população de rua e o déficit de moradias denunciam o quanto desigual e pobre ainda é o Brasil, apesar de tentativas de mudanças com implementação de políticas públicas.

O Brasil tem uma difícil tarefa que é conciliar o desenvolvimento econômico com uma redução gradual da desigualdade e da pobreza, em um país que a riqueza econômica encontra-se concentrada nas mãos de 1% da população, Boaventura de Santos faz uma reflexão sobre essa questão:

Cada vez mais e de forma mais insidiosa, temos convivido no interior de Estados Democráticos divididos por sociedades fascizantes em que o índice de desenvolvimento são acompanhados por indicadores gritantes de desigualdade, exclusão social e degradação ecológica (SANTOS, 2011, P. 6)

Outra consequência da desigualdade social é a migração para áreas inadequadas de habitação que possuem riscos ambientais. Essa forma de ocupação é normalmente em

áreas sem infraestrutura, saneamento básico, fornecimento de água potável, agravando a exclusão dessa população, pois como não estão em lugares que os dão visibilidades, muitas vezes, são esquecidas pelo Poder Público.

2. As políticas públicas e o direito à moradia digna

O direito à moradia, como um direito fundamental, foi incorporado às políticas públicas, a qual são programas do âmbito governamental que através de recursos buscam garantir serviços públicos ofertados pelo Estado como meio assegurar os direitos presentes na CF/88 a toda sociedade. Os programas estatais são realizados de acordo com as metas e prioridades frente aos problemas presentes na sociedade. Visto isso, as políticas públicas são um meio para garantir a efetivação dos direitos básicos de todo cidadão, pois esses programas desenvolvidos, são implantados na tentativa de solucionar diretamente o problema.

Com o intuito de se efetivar o direito da população ao acesso à moradia, devido ao fruto do crescimento desordenado, no qual é marcado por desigualdades, foi criado o Estatuto da Cidade pela Lei 10.257, de 10 de julho de 2011, que regulamenta o capítulo “Política Urbana” na CF/88, detalhando e desenvolvendo os artigos 182 e 183. O seu art. 2º fala que a política urbana tem por objetivo ordenar, o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, que em seu inciso I coloca que cidades sustentáveis tem o direito à terras urbanas, à moradia.

Algumas políticas públicas foram criadas para possibilitar o acesso à habitação. Para isso, foi lançado pelo governo do Presidente Luís Inácio da Silva o Programa “Minha Casa, Minha Vida”, o qual foi criado pela Medida Provisória nº

459, publicada em 25 de março de 2009, e depois convertida na Lei Federal nº 11.977, de 7 de julho de 2009, que foi regulamentada pelo Decreto 6.962 de 17 de setembro de 2009 (MONTEIRO e VERAS, 2015).

A principal meta do programa é reduzir o déficit habitacional brasileiro, um dos problemas mais crônico do país. O programa financia casas populares com prestações acessíveis, ou seja, abaixo das prestações que seriam cobradas pelos bancos em financiamento comum. É destinado a pessoas que tenha renda familiar (incluindo todas as pessoas que moram na mesma casa), de no máximo R\$ 5.000, com taxas de juros e prestações são diferenciados de acordo com cada faixa salarial. Também existe a modalidade rural do programa, sendo parecida com a modalidade urbana, mas diferencia-se porque tem a opção de financiar a reforma do imóvel rural.

Para o atendimento da população de rua e a garantia de seus direitos fundamentais, foram criados os Centros de Referências Especializados para População em Situação de Rua - Centro POP, que teve aprovação na Política Nacional para População em Situação de Rua, no dia 11 de novembro de 2009, pela Resolução nº109/2009.

O Centro POP é constituído de centros de referências especializados para atendimentos, com a finalidade de assegurar acompanhamento especializado, realizando atividades para o desenvolvimento de resgate, sociabilidade, volta a vínculos familiares ou interpessoais, fazendo com que saiam da situação de rua. É implantado pelas prefeituras, fazendo o planejamento da demanda e assim a organização de todo o funcionamento, como o espaço físico e os funcionários que irão atuar na área, definindo as etapas, metas, responsáveis e prazos.

Na realidade fática, enxergar-se que essas políticas não são suficientes para resolver um problema gravíssimo, a falta de moradia no Brasil. O programa de financiamento das

casas teve um resultado positivo, porém ainda não assegura quem realmente necessita dessa política, pois as burocracias presentes para participar do programa, o alto índice de procura e o baixo número de oferta de casas, faz com que ainda muitas pessoas não tenham um local adequado para morar, devendo esse, possuir serviços de saneamento básico, energia elétrica, coleta de lixo e serviços básicos de saúde (CLEMENTE e FREITAS, 2011).

Houve um avanço em relação à existência de um local que faça o encaminhamento para direitos como saúde e alimentação. Porém, os órgãos públicos não devem deixar de ter como objetivo a retirada deles da rua, pois é um problema social que leva a outros. As conquistas e os programas possuem um carácter renovador e de possíveis mudanças, mas devido ao descaso de muitos órgãos públicos e a falta de recursos, o problema ainda continua alarmante. Cabe a isso, ter um maior planejamento e efetivação nas implantações, além de responsabilidade do Estado em seu papel social.

3. Estudo de caso: as políticas de moradia e os moradores de rua em Governador Valadares

A cidade de Governador Valadares, em Minas Gerais, situada no leste do Estado, é pertencente à mesorregião do Vale do Rio Doce. Foi fundada em 1938 e atualmente possui uma estimativa populacional de 279.665 habitantes (IMPRENSA, 2015). Diante da estimativa populacional, é uma cidade de porte médio, e assim como muitas outras, é marcada pela presença em suas calçadas e nas praças principalmente, de pessoas em situação de rua.

À vista disso, foram criados com a ajuda do município para amenizar e atuar como intermediário para a efetivação dos direitos sociais, programas e centros de apoio para a população

que está em situação de vulnerabilidade na sociedade, sendo eles: Centro de Referência Especializada para População em Situação de Rua e Serviços Especializados; Abrigo Noturno; Assistência para passagens; Consultório na Rua; e Programa de Habitação, como Minha Casa, Minha vida.

O CREAS POP “Centro de Referência Especializada para População em Situação de Rua e Serviços Especializados” na cidade de Governador Valadares, surgiu em 2011, após dois anos da aprovação da Política Nacional para População em Situação de Rua, no qual foi reivindicado pelos próprios moradores que queriam uma referência para ter assistência à saúde, alimentação, higienização e informações gerais. No programa contém uma equipe técnica de dois assistentes sociais, uma psicóloga, um auxiliar administrativo, dois seguranças que atuam como mediador de conflitos e uma pessoa para serviços gerais. Essa casa de apoio é mantida pela prefeitura de Governador Valadares, através de uma filiação com a fraternidade Católica, na qual é uma Associação de Acolhimento de dependentes Químicos e Familiares que se mantêm por meio de doações de roupas, materiais de limpeza e higiene pessoal.

Esse local funciona com o intuito de ser a casa deles, há um local compartilhado para poder descansar e guardar seus pertences, é oferecido alimentação, material para higiene pessoal e de suas roupas. Os moradores em situação de rua devem nesse espaço seguir regras, possuindo a finalidade de ensiná-los a ter disciplina, como não falar alto, tomar banho, fazer a limpeza da casa e dos materiais que foram utilizados, não ficar sem camisa. O que na rua normalmente não possuem, e caso descumprem o indivíduo fica suspenso por três dias como forma de advertência.

As pessoas mais atendidas no CREAS POP, são usuários de drogas e de álcool que devido ao vício vão para as

ruas. Além do atendimento não só de andarilhos, nos quais são pessoas que ficam andando sem destino, auxilia também pessoas que querem estar em situação de rua por terem problemas psicológicos, ou por terem nascido na rua. Durante cinco anos de existência do centro, já foram cadastrados 2.400 pessoas, e mensalmente passam cerca de 60 pessoas por dia, fazendo um cadastro para cada morador, elaborando um relatório com seus dados e as atividades que já foram desenvolvidas por eles no centro.

Devido à falta de recursos orçamentários, o local oferece aos moradores em situação de rua somente café da manhã e da tarde. Apesar da limitação de recursos, são realizados internamente com o apoio de grupos próprios de Governador Valadares atividades complementares, como o SESC- Serviço Social do Comércio, que já propiciou banho de piscina, cinema, e passeio no parque Ibituruna. Além disso, são realizadas oficinas de artesanatos e roda de conversa, as atividades tem o intuito de fomentar uma interação social entre os que frequentam o centro. Na questão da educação o centro também contava com o EJA- Educação para os jovens e adultos.

O Centro de Referência também conta com o apoio do programa Consultório na Rua implantado em outubro de 2014, em Governador Valadares, três anos após a criação dessa política Nacional de Atenção Básica, que é uma ramificação do atendimento das unidades básicas de saúde (UBS), instalado por um programa estadual juntamente com a prefeitura.

O Consultório na Rua possui a colaboração de um médico que atende uma vez por semana, dois agentes comunitários de saúde para marcar consultas e fazer pedidos de exames laboratoriais e em áreas especializadas como ortopedista, um enfermeiro, dois assistentes sociais, uma psicóloga e um técnico em enfermagem. São divididos em três modalidades para fazer o atendimento durante a semana, e

na terceira modalidade é incluída a presença de um dentista. Esse programa funciona como uma “Escuta Social”, pois analisa as necessidades dos moradores em situação de rua e encaminha para os órgãos responsáveis, portanto, garantem um mínimo de saúde para essa população.

Durante dois anos de atuação foram aproximadamente, 505 cadastramentos de moradores em situação de rua, no qual consta todos os dados pessoais, se recebe algum benefício, se possuem vínculo com a família e também o seu histórico hospitalar. Depois de coletado todas as informações necessárias é realizado o cadastramento no Ministério da Saúde, fazendo o seu cadastro no sistema Nacional da Saúde. Cabe ressaltar, que esse registro é feito somente para controle, pois qualquer pessoa pode ter acesso à saúde pública, mesmo sem ter o cadastro ou sem portar qualquer documento, como assegurado pela Portaria n° 940 de 28 de abril de 2011, art. 23 § 1°.

Além do CREAS POP, tem-se o Abrigo Noturno, implantado no ano 2013 em Governador Valadares, como um centro de apoio no período da noite, podendo ingressar no local a partir das quatro horas da tarde. O Abrigo Noturno conta com a ajuda financeira da prefeitura da cidade, entretanto, possuem problemas relacionados à estrutura e a quantidade de recursos financeiros destinados para preservação do local e ampliação. Possui capacidade para 50 pessoas, o que é insuficiente pela quantidade da população em situação de vulnerabilidade de acordo com os dados registrados pelo CREAS POP. É oferecido o serviço de acolhimento e também a promoção de momentos que estimulam a autoestima dos abrigados, como o cuidado com a aparência, esses momentos oferecidos são resultados de parcerias realizadas pelo centro.

Estão também incluídos como moradores em situação de rua, os indivíduos que durante a viagem são roubados ou gastam todo o dinheiro não possuindo condição de voltar para casa,

e por algumas dessas razões ficam “morando” na rua. Com o fim de evitar essa situação, criou-se o **Serviço de Apoio ao Migrante, também conhecido como assistência de passagens. Esse serviço tem como objetivo possibilitar o retorno do indivíduo para a sua cidade de origem, no qual o município arcará com o valor da passagem.**

A Prefeitura através do Programa “Minha Casa, Minha Vida” oferta as unidades habitacionais ao Movimento dos “Sem Casa”, que define as famílias beneficiadas em processo de organização e participação. De acordo com o IBGE o município de Governador Valadares apresenta déficit de quase 7 mil moradias, o Plano Municipal de Redução de Risco localizou e registrou 1.800 famílias a residir em áreas de risco geológico.

Até o momento, todos os programas e centros de apoio em Governador Valadares, atuam conjuntamente para conseguirem garantir um mínimo do direito à saúde, lazer, educação, alimentação, apesar de não terem propriamente o direito à moradia, no qual é um fator relevante para a concretização dos outros direitos.

Verifica-se um problema de questão orçamentária em todos os programas prestados, como no CREAS POP, o qual o dinheiro repassado não é possível para oferta todas às alimentações necessárias, sendo preciso receber doações e ter parceira com outras entidades. O Consultório na Rua, o qual o atendimento é feito em várias localidades da cidade, necessita-se de um veículo que fique a disposição das equipes para caso precise levar algum morador ao centro de atendimento como no hospital. Na questão do Abrigo Noturno, que possui um número baixo de vagas para dormitório não comportando todos os moradores de rua, ademais as passagens que por falta de verba não atende a demanda

e com isso muitas pessoas que não possuem um local para se hospedar, acabam ficando a mercê nas ruas.

No dia 27 de outubro do ano de 2015, colocou-se em pauta para audiência pública na Câmara Municipal de Governador Valadares, os “Direitos Fundamentais das Pessoas em Situação de Rua: Rua do Respeito. Todos têm direito a ter direitos”. Assim em busca de tornar a situação da população de rua visível para toda a comunidade, o dia 19 de agosto, é marcado por um ato nacional que busca colocar em discussão as lutas constantes contra as violações dos direitos dos moradores em situação de rua, sendo denominado esse ato, como: O Dia Nacional de Luta da População em Situação de Rua.

Considerações Finais

Em vista de todas as questões apresentadas neste artigo, tem-se que o direito à moradia detém a mesma importância em relação aos outros direitos fundamentais, possuindo o mesmo grau de proteção pela CF/88, no rol dos direitos sociais. Verifica-se, a importância da efetivação desse direito na vida concreta dos cidadãos, pois o mesmo é responsável pela integridade física e psíquica.

Além disso, este artigo teve como objetivo defender que não se trata apenas do direito à moradia, mas sim um direito a moradia digna que possibilite aos indivíduos meios para o seu desenvolvimento na sociedade, em que preserve a dignidade da pessoa humana e respeite o mínimo existencial. Pelo fato, de ser um Estado Democrático de Direito, o papel do Estado perante aos cidadãos é de extrema responsabilidade para assegurar os direitos que lhe são devidos. Com isso, os investimentos estatais devem ser para a concretização destes.

Ademas, as políticas públicas devem ser realizadas, para que não seja somente garantido no papel, mas para que se concretize na vida fática. Na questão da moradia, o governo

busca por meio de construção de casas consideradas populares, com valores mais baixos e formas de pagamentos mais facilitadas, materializar uma moradia digna para as pessoas.

Contudo, ainda é um problema social, ao considerar o alto índice de pessoas em situação de rua, que sofrem diariamente com problemas de saúde, ausência de uma alimentação saudável, sem acesso a educação e condições de prosperação na vida, ficando inapto de exercer seus direitos de cidadãos. Assim, mesmo que tardio, são oferecidos a essa população um local com o intuito de que sejam utilizados por eles como um centro de referência, além de tentar ajudar para que saem da situação de rua.

Mediante aos dados levantados e a pesquisa realizada na cidade de Governador Valadares, é possível identificar que mesmo com a concretização dessas políticas públicas, o problema continua alarmante. Isso se dá, sobre à alegação da falta de orçamentos públicos, fazendo com que o programa e os centros não contemplem muitas pessoas, perpetuando o problema relacionado à moradia e assim violações de diversos direitos.

Neste sentido, têm-se duas justificativas para a ineficiência do Estado em sua função de concretizar esses direitos, sendo eles: A má administração dos recursos orçamentários que são arrecadados da população para essa finalidade, e a realocação das verbas para outras prestações. Um possível caminho para solucionar esse problema, seria o reconhecimento pelos órgãos da gestão pública sobre as violações, comprometendo-se a realizar melhores planejamentos sobre as demandas e dos recursos disponíveis, além de concretizar as políticas públicas já existentes.

Referências Bibliográficas

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO – SECOM, **Moradia Popular**. Disponível em: <<http://www.valadares.>

mg.gov.br/Materia_especifica/22497/Moradia-Popular>. Acesso em: 05 de setembro de 2016.

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO – SECOM, **Valadares terá ato para Dia de Luta da População em Situação de Rua**. Disponível em: <http://transparencia.valadares.mg.gov.br/Materia_especifica/22393/Valadares-tera-ato-para-Dia-de-Luta-da-Populacao-em-Situacao-de-Rua>. Acesso em: 02 de setembro de 2016.

BRASIL, Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **SUAS e População em Situação de Rua**. Disponível em: <http://www.desenvolvimentosocial.pr.gov.br/arquivos/File/Capacitacao/material_apoio/julianafernandes.pdf>. Acesso em : 02 de setembro de 2016

BRASIL, O Estatuto das Cidade. **Lei no 10.257, de 10 de julho de 2001**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em : 02 de setembro de 2016.

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. **Minha casa Minha vida**. Disponível em: <<http://www.minhavidaminha-casa.com/>>. Acesso em: 05 de setembro de 2016.

COSTA, Ana Paula Motta. **População em situação de rua: contextualização e caracterização**. Revista Virtual Textos e Contextos, 2005, ano IV, n° 4. Disponível em: revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/download/.../773. Acesso em: 05 de setembro de 2016.

CLEMENTE, Alexandre Shimizu e FREITAS Riva Sobrado de. **Políticas Públicas Habitacionais e os Desafios da Concretização do Direito à Moradia Ur-**

bana na Nova Ordem Constitucional Brasileira.

Dissertação de mestrado, Universidade Estadual Paulista, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, 2011. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/11449/98933>>. Acesso em : 05 de setembro de 2016.

EBC- Agência Brasil. **Migrantes são mais de 70% da população em situação de rua na capital paulista.** Disponível em : <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2016-04/migrantes-sao-mais-de-70-da-populacao-em-situacao-de-rua-na-capital>>. Acesso em: 02 de setembro de 2016.

ESPECIAL, Departamento de Proteção Social. **Orientações Técnicas: Centro de Referência Especializada para População em Situação de Rua – Centro POP** - Gráfica e Editara Brasil LTDA, , Brasília, 2011, vol. 3. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/orientacoes_centro_pop.pdf>. Acesso em : 05 de setembro de 2016.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. Centro de Estatística e Informações. **Déficit habitacional no brasil 2013: resultados preliminares.** Belo Horizonte: 2015. Disponível em: <<http://www.fjp.mg.gov.br/index.php/docman/cei/deficit-habitacional/596-nota-tecnica-deficit-habitacional-2013normalizadarevisada/file>>. Acesso em: 02 de setembro de 2016.

HABITA BRASÍLIA, **Minha casa Minha vida.** Disponível em: <<http://minhacasaminhavidapro.br/>>. Acesso em: 05 de setembro de 2016.

HANS, Kelsen. **Teoria Geral do Direito e do Estado** - Martins Fontes, São Paulo, 2000.

IBGE- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, **Mapa de pobreza e desigualdade – municípios brasileiros- 2003**. Disponível em: <<http://cidades.ibge.gov.br/xtras/temas.php?lang=&codmun=312770&idtema=19&search=minas-geraisgovernador-valadares-mapa-de-pobreza-e-desigualdade-municipios-brasileiros-2003>>. Acesso em: 02 de setembro de 2016.

IBGE- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, **Síntese das Informações**. Disponível em:<<http://cidades.ibge.gov.br/xtras/temas.php?lang=&codmun=312770&idtema=19&search=minas-gerais|governador-valadares|mapa-de-pobreza-e-desigualdade-municipios-brasileiros-2003>>. Acesso em: 02 de setembro de 2016.

IMPrensa, Aspectos Gerais. Matéria específica. Disponível em: <http://www.valadares.mg.gov.br/Materia_especifica/12083/Aspectos-Gerais> . Acesso em: 02 de setembro de 2016.

LÜDERS, Germano. **As 300 cidades mais populosas do Brasil em 2013**. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/as-300-cidades-mais-populosas-do-brasil-em-2013>>. Acesso em: 02 de setembro de 2016.

MONTEIRO, Adriana Roseno e VERAS, Antonio Tolrino de Rezende Veras. **O Programa Minha Casa, Minha Vida e a Produção do Espaço Urbano na Cidade de Boa Vista – RR**. Revista Minha Cidade, 2015, vol. 7, nº3. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/18844>>. Acesso em : 05 de setembro de 2016.

NASCIMENTO, Bruno Pereira. “**Direito fundamental à moradia digna e adequada como instrumento de redução da vulnerabilidade habitacional e promoção da emancipação social**”. Associação dos Defensores Públicos do Estado do Espírito Santo/ADEPES, 2013. Disponível em: <http://www.adepes.com.br/Arquivo/Documents/PUB/16_4_2013_Artigo%20-%20Direito%20Fundamental%20a%20Moradia%20Digna.pdf>. Acesso em: 02 de setembro de 2016. 07 p.

ROSENVALD, Nelson. **Do bem de família aos bens existenciais da pessoa humana**. In: Manual de direito das famílias e das sucessões / Coordenadores: Ana Carolina Brochado Teixeira, Gustavo Pereira Leite Ribeiro.- 2.ed.-Belo Horizonte: Del Rey, 2010. Cap.18, 376 p.

SANTOS, Boaventura de. **Para uma revolução democrática da justiça**. -3. ed. revista e ampliada-São Paulo, Cortez, 2011. 6 p.

SECRETARIA MUNICIPAL DE PLANEJAMENTO E COORDENAÇÃO, **Apresentação da Política Habitacional da Prefeitura de Governador Valadares em atendimento à Portaria nº 412 do Ministério das Cidades**. Disponível em: <http://www.valadares.mg.gov.br/abrir_arquivo.aspx/Criterios_e_Procedimentos__Moradia_Popular?cdLocal=2&arquivo=%7BAAC2CA3B-402C-E6DB-B8AE-BB8E7BB6C20D%7D.pdf>. Acesso em: 05 de setembro de 2016.

SENADO FEDERAL, **Estatuto da Cidade**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/programas/>>

estatutodacidade/oquee.htm>. Acesso em: 05 de setembro de 2016.

STEFANICK, João Luiz. **A Efetividade do Direito Humano e Fundamental à Moradia**. Revista Direitos Fundamentais, 2010, vol. 8, n° 8. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/24/23>>. Acesso em : 05 de setembro de 2016.

Participação paterna no nascimento: A realidade de um centro de parto normal no município do Rio de Janeiro

Geiza Martins Barros, Marcos Augusto Bastos Dias e Saint Clair Gomes Junior

Introdução

O parto para a nossa cultura sempre foi um evento feminino, onde a mulher decidia quais as demais iriam partilhar de sua experiência de parir. Os anos se passaram e ao se institucionalizar o nascimento, a mulher teve que dividir esse momento com os profissionais de saúde e foi separada dos familiares e amigas. Após a institucionalização do parto e por muito tempo, as mulheres ficaram sem seus familiares e em um ambiente desconhecido para parir. Até que em meados de 1980 os pais passaram a acompanhar os nascimentos nas unidades de saúde privadas do país (Motta, et al, 2005).

No Brasil, os serviços de saúde do SUS, rede própria ou conveniada, foram obrigados a permitir a presença de um

acompanhante durante todo o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato nos termos da lei nº 11.108 de 07/04/05. Este acompanhante deverá ser indicado pela mulher segundo sua livre escolha (Brasil, 2005).

A participação do companheiro/pai no nascimento reavivou as discussões acerca das questões de gênero que podem envolver este momento da vida das pessoas. O conceito de desigualdade de gênero que melhor se adequa a esta reflexão é o seguinte:

“...construção sócio-histórica das identidades masculina e feminina. A teoria afirma que entre todos os elementos que constituem o sistema de gênero – também denominado “patriarcado” por algumas correntes de pesquisa – existem discursos de legitimação sexual ou ideologia sexual” (Silveira, p.13,2004).

Há um intenso debate na atualidade acerca dos papéis sociais, dos atributos que devem ser do masculino ou do feminino. Sabemos que tais papéis sociais são construídos e que as políticas públicas de saúde possuem importante papel frente ao reconhecimento da paternidade como uma atividade social.

A presença do pai no nascimento de um filho é algo que caracteriza uma idealização distinta do ser pai até então presente na nossa sociedade. O pai que assiste ao nascimento de seu filho adquire a responsabilidade do cuidado familiar e fomento a equidade de gênero (Tarnowski, Própero & Elsey, 2005).

Com o objetivo de mudar os paradigmas que fazem diferenciação de papéis sociais diante do parto e nascimento, faz-se necessário que o pai ou o (a) companheiro (a) seja sensibilizado (a) pela mulher e pelos profissionais de saúde a participar de todo processo gravídico e puerperal, favorecendo a sua inclusão nos cuidados inerentes a esta eta-

pa, para que ele (ela) consiga reconhecer o seu espaço nessa tríade. A equipe de saúde tem um papel fundamental na conscientização da família.

O parto repercute na vida da mulher e da família. O pai ao se integrar terá a oportunidade de vivenciar momentos de intensas emoções, que lhe propicia o contato direto com o (a) filho (a) sem o intermédio da mulher. Esta participação facilita a formação de vínculos precoces entre pai e criança, fortalecendo os laços e a responsabilidade do pai como cuidador. Nesses casos, esse acontecimento é considerado uma medida preventiva a violência doméstica contra crianças, o abandono familiar e/ou a delinquência juvenil (Tomeleri, Pieri, Serafim & Marcon, 2007).

A experiência de ter um filho representa um importante momento no ciclo vital da família. Para tal, os profissionais responsáveis pela atenção e as rotinas hospitalares devem compreender os processos psíquicos que permeiam a concepção e que duram por toda a vida, para que haja promoção de cuidados que assegurem a vivência prazerosa deste momento (Brasil, 2011).

A presença do pai no momento do nascimento, além do apoio à parturiente, constitui uma possibilidade de crescimento emocional, uma vez que ele também passa por um processo de adaptação e reajuste emocional, para vivenciar a paternidade (Motta, 2005). Além do nascimento, a presença paterna faz-se importante em todas as fases do desenvolvimento da criança sendo um elemento imprescindível para o seu crescimento saudável (Motta, 2005).

Ao se realizar buscas bibliográficas acerca da importância da presença do pai no momento do nascimento, não se obteve resultados condizentes com tal critério. Os estudos majoritariamente tratam da importância da presença do pai no nascimento. No entanto, não podemos esquecer as diversas mo-

dalidades de se construir família, além disso, que a escolha de quem é a pessoa que melhor integra esta vivência é da mulher.

1. Método

O presente estudo integra a dissertação do mestrado intitulada os cuidados imediatos ao recém-nascido saudável de parto vaginal nos diferentes modelos de atenção ao nascimento, que teve como objetivo geral avaliar o grau de implementação das boas práticas de atenção/cuidados imediatos ao RN sadio, de parto vaginal em três unidades de saúde: um centro de parto normal (CPN), um centro obstétrico tradicional (CO) e uma casa de parto (CP). O projeto foi aprovado pelo Comitê de Ética em Pesquisa (CAAE: 52487915.7.3001.5279). Foi realizada uma pesquisa avaliativa normativa da dimensão processo.

Os dados foram coletados a partir da observação dos nascimentos em um centro de parto normal (CPN) do município do Rio de Janeiro. O município do Rio de Janeiro possui duas maternidades com Centros de Parto Normal (CPN) intra-hospitalares. O CPN, o qual foi escolhido por conveniência do cronograma do estudo, foi inaugurado em maio de 2012, com 9 mil metros quadrados e quatro pavimentos, a maternidade abriga 88 leitos de internação, sendo 8 leitos canguru, 34 de terapia intensiva neonatal, três salas de cirurgia e seis para partos humanizados. Neste CPN a assistência ao parto é realizada por médico (a)s obstetras, enfermeiro (a)s obstetras, residentes de medicina e enfermagem, e os recém-nascidos assistidos por pediatras.

A estrutura do CPN conta com seis quartos destinados a mulher e seu (sua) acompanhante para o momento do parir e nascer. Neste quarto, a mulher fica em trabalho de par-

to, parto e pós-parto imediato. Há uma cama (modelo ppp), UCR, banheiro (sem banheira), poltrona para acompanhante e acesso a luz natural. O espaço dos quartos é amplo. Nesse trabalho também nos referiremos ao paradigma desta unidade como “modelo colaborativo”.

Os profissionais de saúde que atuam no CPN são contratados sob regime de CLT (consolidação das leis de trabalho) e são submetidos a um processo seletivo prévio.

Os sujeitos desta pesquisa foram os neonatos sadios nascidos de parto vaginal, filho (a)s das mulheres que consentiram previamente em participar do estudo e assinaram o TCLE ou o TALE e que atendiam aos critérios de seleção. A coleta dos dados foi efetivada no período de junho a dezembro de 2016.

Os critérios de inclusão dos participantes da pesquisa compreenderam: RN a termo, de parto vaginal em gravidez única, ausência de mecônio, com peso maior ou igual a 2.500kg, Apgar (avalia frequência cardíaca e respiratória, tônus muscular, coloração, irritabilidade) do primeiro e quinto minutos maior ou igual a 7. Como critérios de exclusão: malformação fetal; filho (a)s de gestantes que deram entrada na unidade em período expulsivo, filho (a)s de mulheres com menos de 15 anos, filho (a)s de mães HIV positivas.

Para o cálculo foram utilizados os seguintes critérios: nível de confiança de 95%, poder de teste de 80% e valor do desfecho no grupo exposto (CP) de 90% e do não exposto de 60% (CPN) e 50% (CO).

Os dados foram coletados nos diferentes dias da semana e finais de semana, todos os turnos de trabalho foram contemplados, objetivando incluir todos os profissionais que prestavam atenção imediata ao neonato.

A leitura prévia do prontuário materno foi necessária para o conhecimento da história pessoal, obstétrica e confir-

mação dos critérios de participação no estudo. Após a leitura do prontuário, a mulher foi apresentada à pesquisa e convidada a participar do estudo. No caso de resposta positiva se procedeu á assinatura do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) ou do Termo de Assentimento Livre e Esclarecido (TALE) quando menores de idade.

A ordem de inclusão dos neonatos se deu de acordo com a sequência de seus nascimentos, em gravidezes de risco habitual que ocorreram nas unidades selecionadas durante o período da observação.

O cálculo que definiu o número de neonatos que deveriam ser sujeitos/participantes do estudo foi baseado em dados observacionais da diferença entre as rotinas das unidades, sua composição profissional e modelo de atenção.

A duração do trabalho de campo em cada unidade variou de acordo com o número de partos observados dentro dos critérios de seleção até que se conseguisse alcançar os 40 nascimentos calculados previamente.

Os dados obtidos foram digitados em planilhas do excel 2010 e transferidos posteriormente para o banco de dados construído em SPSS versão 17, para proceder a análise destes.

Os dados foram armazenadas em planilha excel especialmente desenhada para o estudo, categorizados e agrupados conforme os itens de avaliação dos cuidados imediatos. Os cuidados neonatais imediatos executados nas unidades do estudo foram comparados com as normas e recomendações pré estabelecidas, sendo as diferenças entre as proposições verificadas pelo teste qui-quadrado de Pearson.

Além do relato da mulher da presença do (a) acompanhante do momento do parto, este foi observado sua efetiva presença e participação pela pesquisadora. O grau de parentesco do acompanhante com a mulher e neonato também foi objeto de investigação e registro.

2. Aspectos éticos

O trabalho respeitou todos os princípios éticos inerentes às pesquisas com seres humanos. E está em conformidade com a Resolução CNS 466/2012, do Conselho Nacional de Saúde (Brasil, 2012).

O estudo foi aprovado pelos comitês de Ética em Pesquisa de todas as instituições envolvidas, cujos Certificados de Apresentações para Apreciação Ética foram: CCAE 52487915.7.0000.5269 e 52487915.7.3001.5279.

3. Resultados

3.1 Aspectos pessoais e sócios demográficos

Dentre as mulheres que tiveram os seus neonatos sujeitos do estudo, a idade mínima encontrada foi de 15 anos e máxima de 34 anos. A escolaridade mínima foi o nível fundamental completo e a máxima o superior. Com relação a situação conjugal se tinham ou não companheiro (a) a grande maioria (85%) referiram ter companheiro (a). A cor da pele auto referida predominante entre as mulheres foi a branca com 45%, seguida da parda com 40% e preta 15%. Quando indagadas acerca de possuírem ou não um trabalho remunerado, 55% responderam possuir trabalho remunerado e 45% não possuir.

3.2 Aspectos obstétricos e neonatais

A maioria das mulheres estava grávida pela primeira vez (62,50%) e a paridade máxima encontrada foi de quatro filhos (as). A idade gestacional mínima foi de 37 semanas e máxima

de 42 semanas. O número de consultas de pré-natal obteve como intervalo mínimo 1- 4 consultas e máximo 11 ou mais. O Apgar (A Escala ou **Índice de Apgar** é um teste desenvolvido pela Dra. Virginia Apgar - tendo como sinais avaliados: frequência cardíaca, respiração, tônus muscular, irritabilidade reflexa e cor da pele) estabelecido pelos profissionais que atenderam os neonatos no primeiro minuto de vida foi 7 (mínimo encontrado) e no quinto minuto 8 (mínimo encontrado), o que sugere que estes neonatos nasceram com boa vitalidade.

4. Pais presentes no nascimento

Os pais foram os escolhidos pelas mulheres em 60% dos nascimentos, para assistirem aos seus partos, conforme dados da tabela 1 abaixo.

TABELA 1. Proporção de pais presentes no nascimento de suas (seus) filhas (os) em um CPN do município do Rio de Janeiro (06/2016 a 11/16).

Cuidado	CPN		PAI		OUTRO	
	n	%	n	%	n	%
Presença do acompanhante	40	100	24	60	16	40

5. Discussão

O nascimento ocorre na maioria das vezes a partir de um processo fisiológico e representa para o bebê a mudança do meio intrauterino, onde ele tem um papel passivo, para um ambiente externo em que o seu organismo precisará realizar funções vitais como a respiração, nutrição, manutenção da

temperatura corpórea, dentre outras. Para a sua adaptação, o neonato terá que responder adequadamente ao contato com o novo meio. Os elementos do ambiente externo onde chega o recém-nascido devem tentar assegurar condições ideais para a sua adaptação e o desenvolvimento de suas competências, tentando minimizar as diferenças entre os ambientes intra e extrauterino (Gaiva & Tavares, 2002).

A compreensão pela equipe multiprofissional das diferentes dimensões dos cuidados imediatos que envolvem o nascimento, do seu contexto social e cultural, possibilita melhor entendimento das necessidades que integram a adaptação do neonato em sua primeira hora de vida, propiciando subsídios para uma atuação com qualidade.

No Brasil, nascem cerca de três milhões de crianças ao ano, sendo que 98% dos nascimentos ocorrem em hospitais e, os neonatos majoritariamente apresentam boa vitalidade (Brasil, 2014). A maioria das crianças faz a transição da vida fetal para a neonatal com sucesso (Gaiva & Tavares, 2002).

Neste estudo, todas as mulheres estavam acompanhadas em seus partos por alguém de sua escolha, tais dados revelam que a unidade de saúde do estudo está resguardando o direito garantido pela lei do acompanhante n° 11. 108 de 20052, além do desejo das mulheres em permanecer acompanhadas por pessoas que lhes são importantes neste instante. Esta proporção está acima da encontrada na pesquisa *Nascer no Brasil* que revelou que naquele estudo apenas 75,5% das mulheres puderam ter acompanhante no momento do parto (Diniz, et al, 2014).

A presença do acompanhante, mas especificamente do pai no nascimento, além de trazer benefícios para as mulheres tais como, apoio emocional e segurança, também integra os cuidados imediatos aos neonatos ao se possibilitar o contato precoce e os benefícios subjacentes a este. O pai por sua

vez, terá a possibilidade de fortalecer os laços com o bebê e construir vínculos afetivos saudáveis.

De modo geral, o ambiente do nascimento no hospital é estranho para a mulher, causa medo e ansiedade porque possui características que não lhe são familiares. Um dos aspectos que colaboram para a ambiência adequada nestes espaços além da presença do acompanhante, são os modelos de cuidados e estes, têm sido objetos de mudanças consideráveis nos últimos anos. A importância disto está no fato de ser o ambiente físico adequado capaz de facilitar a liberação hormonal necessária para a evolução favorável do trabalho de parto e nascimento, temos como exemplo a ocitocina, que dentre outros, é necessária também para fomentar o apego mãe-bebê (Jenkinson, Josey & Kreske, 2013).

Um estudo realizado em 2014 e que utilizou a base de dados da pesquisa Nascer no Brasil revelou que as práticas de recepção do neonato a termo no Brasil, possuíram grande variações. Os resultados demonstraram que, práticas consideradas inadequadas como, uso de oxigênio inalatório (9,5%), aspiração de vias aéreas (71,1%), gástrica (39,7%) e uso de incubadora (8,8%) foram excessivamente empregadas. A proporção de colocação do RN ao seio materno na sala de parto foi considerada baixa (16,1%), mesmo nos hospitais com título de hospital Amigo da Criança (24%). (Moreira, et al, 2014).

A mais recente política no âmbito da saúde materno-infantil está regulamentada pela portaria nº 1.459 de 2011 que instituiu no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS - a Rede Cegonha (RC). Em seu artigo primeiro refere que a RC, consiste numa rede de cuidados que visa assegurar à mulher o direito ao planejamento reprodutivo e à atenção humanizada na gravidez, parto e puerpério, bem como à criança o direito ao nascimento seguro e ao crescimento e ao desenvol-

vimento saudáveis. Trata da garantia das boas práticas e segurança na atenção ao parto e nascimento (Brasil, 2011).

Com a RC se reafirmam os princípios do SUS e da PNH (Política Nacional de Humanização) resultando na necessidade de mudança de modelos de atenção, de envolvimento entre gestão, profissionais e usuários.

Ao se integrar os preceitos da RC com o objeto deste estudo, tem-se que a atenção imediata aos neonatos deve priorizar não somente a garantia da sobrevivência como também a sua qualidade de vida, através do respeito a todas as dimensões da vida da criança-mulher-acompanhante e implementação das boas práticas de cuidados.

Frente as diversas iniciativas governamentais, mais precisamente as ocorridas a partir do século XX que procuraram contemplar a saúde da criança de forma integral e não somente ao período perinatal, importantes conquistas foram alcançadas, tais como: incremento de um novo modelo de atenção à mulher grávida e ao RN, redução da mortalidade infantil, estímulo ao aleitamento materno e as boas práticas de atenção ao neonato.

Conclusão

De um modo geral, a presença do acompanhante traz inúmeros benefícios para a mulher, neonato e para o próprio acompanhante e, também integra as chamadas boas práticas de atenção. As boas práticas são ações que possibilitam a qualificação da atenção e que requerem menor custo-benefício.

Como exemplos de benefícios deste importante cuidado têm-se: o fomento ao vínculo familiar, a possibilidade de diminuir as distinções de gênero, ponderar os papéis sociais e a paternidade, estimular melhor adaptação extrauterina e o apego, dentre outros.

Cabe aos profissionais de saúde mais envolvimento e maior reflexão acerca das vantagens provenientes da adesão as boas práticas de atenção imediata aos neonatos, assim como reorganização das práticas e rotinas institucionais existentes.

Podemos citar como importantes ferramentas de adesão às boas práticas de atenção neonatal, em nível institucional, o cuidado compartilhado entre a equipe de saúde, as mulheres e seus acompanhantes/familiares. Além disso, é necessário maior participação dos gestores, dos usuários do SUS e dos profissionais na articulação de rotinas dinâmicas e baseadas em evidências científicas atuais.

Além das políticas já existentes, talvez seja necessário também, o monitoramento permanente destes cuidados em todas as unidades de saúde do país.

Referências

Motta CCL et al. O pai no parto e apoio emocional: A Perspectiva da Parturiente. *Paidéia*, 2005, 15(30), 105-118. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/paideia/v15n30/12.pdf>. Acesso em 13/01/16.

Brasil. Ministério da Saúde. Lei nº 11.108, de 7 de abril de 2005, que dispõe sobre a garantia das parturientes quanto à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS.

Coordenadoria Especial da Mulher; Secretaria do Governo Municipal. Políticas públicas e igualdade de gênero / Tatau Godinho (org.). Maria Lúcia da Silveira (org.). – São Paulo: Coordenadoria Especial da Mulher, 2004 188 p. (Cadernos da Coordenadoria Especial da Mulher, 8)p 13.

- Tarnowski KS; Próspero ENS ; Elsen I. A participação paterna no processo de humanização do nascimento: uma questão a ser repensada. Texto contexto - enferm. vol.14 no.spe Florianópolis 2005.
- Tomeleri KR; Pieri FM; Violin MR; Serafim D; Marcon SS. “Eu vi meu filho nascer”: vivência dos pais na sala de parto. Rev Gaúcha Enferm, Porto alegre (RS) 2007 dez; 28(4):497-504.
- Brasil. Ministério da saúde. Atenção Humanizada ao Recém-nascido de baixo peso. Método canguru. Manual técnico. 2 ed. Brasília-DF. 2011.
- Motta CCL. Pai no parto e apoio emocional: a perspectiva da parturiente. Paidéia.2005.15(30).105-118.
- Brasil. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. Resolução número 466, de 12 de dezembro de 2012. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saude-legis/cns/2013/res0466_12_12_2012.html. Acesso em 06/10/16.
- Gaíva MAM; Tavares CMA. O nascimento: um ato de violência ao recém-nascido? R. gaúcha Enferm, Porto Alegre, v.23, n.1, p.132-145, jan. 2002.
- Brasil. Ministério da saúde. Portaria n° 371, de 7 de maio de 2014. Institui diretrizes para a organização da atenção integral e humanizada ao recém-nascido (RN) no Sistema Único de Saúde (SUS).
- Diniz CSG. et al. Implementação da presença de acompanhantes durante a internação para o parto: dados da pesquisa nacional Nascer no BrasilCad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 30 Sup:S140-S153, 2014.

Disponível em: <http://www.scielo.org/pdf/csp/v30s1/0102-311X-csp-30-s1-0140.pdf> . Acesso em 16/02/2017.

Jenkinson, B., Josey, N., Kruske, S. (2013). BirthSpace: An evidence-based guide to birth environment design. Queensland Centre for Mothers & Babies, The University of Queensland.

Moreira MEL et al. Práticas de atenção hospitalar ao recém-nascido saudável no Brasil. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 30 Sup: S128-S139, 2014. Disponível em: www.scielo.br/pdf/csp/v30s1/0102-311x-csp-30-s1-0128.pdf. Último acesso em 31/10/2015.

Brasil. Ministério da saúde. Portaria nº 1.459, de 24 de junho de 2011. Institui no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS - a Rede Cegonha.

O direito à saúde no direito internacional dos direitos humanos: Breve análise dos parâmetros interamericanos de proteção à saúde

Felipe Tôrres Pereira

Introdução

O direito à saúde, enquanto indispensável para que a pessoa possa alcançar bem-estar individual e o pleno exercício da cidadania, compõe o rol de direitos previstos em diversos instrumentos internacionais¹³. É compreendido como direito econômico, social e cultural (doravante desc), todavia,

13. Por exemplo, citam-se o art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 7º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, art.12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, art. V da Convenção para eliminação de todas as formas de discriminação racial, art. 24 da Convenção sobre os direitos das crianças e art. 25 da Convenção no. 169 da Organização Internacional do Trabalho.

considerando o caráter indivisível e complementar dos direitos humanos, a sua satisfação requer não apenas que o Estado promova conjunto de atividades comissivas a fim de assegurar a saúde dos seus jurisdicionados, mas também é necessário, por exemplo, que se abstenha de praticar condutas que possam vulnerá-la.

É previsto em sede de mecanismos regionais de proteção como o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (doravante SIDH). Neste, destacam-se as disposições do art. 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante CADH) e do art. 10 do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou Protocolo de San Salvador. Contudo, a previsão normativa não necessariamente implica a satisfação do direito tampouco afasta-o de debates sobre a sua exigibilidade.

Se em âmbito interno, tanto o direito à saúde quanto outros desc estão sujeitos ao dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível, internacionalmente, destacando-se o SIDH, discute-se o caráter progressivo da efetivação dos desc e sua justiciabilidade perante os órgãos regionais de proteção, ou seja, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante CtIDH). Além disso, a aplicação do direito à saúde às demandas apreciadas pelas instâncias regionais permite o estabelecimento de parâmetros, ao indicar o sentido e o alcance do direito e as suas peculiaridades.

Nesse sentido, a atuação da CtIDH, órgão responsável pelo julgamento dos Estados e por atribuir a última interpretação à CADH, vem consolidando série de fatores e circunstâncias norteadoras das ações do Estado com relação ao aludido direito. Dessa forma, tendo em vista que o Estado brasileiro é plenamente vinculado¹⁴ ao SIDH e que os trata-

14. O Brasil ratificou a CADH em 07 de setembro de 1992 (Decreto

dos de direitos humanos possuem *status* supralegal¹⁵, estando acima da ordem jurídica infraconstitucional, neste estudo, analisam-se alguns posicionamentos da CtIDH quanto à proteção do direito à saúde.

Com o auxílio do método interpretativo aplicado a fontes bibliográficas e documentais, inicialmente, abordam-se as principais disposições acerca do direito à saúde constantes em tratados no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), da qual o SIDH faz parte, e o debate acerca da progressividade e da justiciabilidade do referido direito, para, em seguida, apresentar parâmetros da CtIDH quanto ao direito à saúde, especificamente sobre o acesso aos serviços de saúde e à atividade médica.

1. O direito à saúde nos tratados em âmbito da Organização dos Estados Americanos

A OEA surgiu em setembro de 1945 a partir da Carta da OEA, sendo que entrou em vigor em 1951 e, atualmente, é composta por 35 Estados-partes. A Carta da OEA trata-se do documento fundamental da organização e estabelece a regulamentação de aspectos estruturais e de funcionamento de seus órgãos. Em seu título IV, dispõe os direitos e deveres dos Estados, todavia, não possui disposições substanciais quantos aos direitos das pessoas. Em relação ao direito à saúde, em tom bastante abstrato, no art. 34, alínea “i” e “j”, preconiza, respectivamente, que a “[d]efesa do potencial humano mediante extensão e aplicação dos modernos conhecimentos da

nº678/1992), mas apenas aceitou a competência contenciosa da CtIDH em 10 de dezembro de 1998 (Decreto 4463/2002).

15. Entendimento do Supremo Tribunal Federal constante no Recurso Extraordinário no. 466.343 (2008).

ciência médica” e “[a]limentação adequada, especialmente por meio da aceleração dos esforços nacionais no sentido de aumentar a produção e disponibilidade de alimentos” são metas da OEA, já em seu art. 45, alínea b, inclui entres os fitos do salário do trabalhador a garantia da saúde.

Com o ímpeto de preencher a falta de reconhecimento de direitos do tratado anterior, o que, em certo grau, se justifica, ante o seu escopo precípua ser a constituição de organização, logo, maior atenção é atribuída a assuntos procedimentais, em 1948, elaborou-se a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADH). Esse documento traz diversos direitos dos indivíduos e, em seu art. XI, consagra o direito à preservação da saúde e do bem-estar e estabelece que “[t]oda pessoa tem direito a que sua saúde seja resguardada por medidas sanitárias e sociais relativas à alimentação, roupas, habitação e cuidados médicos correspondentes ao nível permitido pelos recursos públicos e os da coletividade”.

Em regra, as declarações não criam obrigações jurídicas, porém, quanto à DADH, segundo Peterke (2009, p. 97), ao menos parcialmente, entende-se que o seu conteúdo compõe o direito positivo e, portanto, são vinculantes. O artigo alude à multidimensionalidade da saúde, a qual vai além da atenção médica, ao abranger outros aspectos para a sua garantia, contudo, os termos carecem de vigor, porque não especificam as obrigações atribuídas ao Estado. Além disso, destaca o caráter preventivo do direito, que é relevante, mas não suficiente, e condiciona a satisfação à disponibilidade financeira.

Lado outro, considerado como o principal documento do SIDH, a CADH¹⁶ possui extenso rol de direitos civis e políticos. Entrementes, restringe-se, em seu art. 26, a con-

16. Esse tratado foi celebrado em 1969, porém entrou em vigor em 1978 e, atualmente, conta com a vinculação de 23 Estados-partes.

solidar a obrigação dos Estados de adotar, pela cooperação internacional e em âmbito interno, medidas destinadas a alcançar, progressivamente, a plena efetividade dos direitos decorrentes das normas econômicas, sociais, de educação, cultura e ciência da Carta da OEA, na medida de seus recursos disponíveis.

As disposições são pouco esclarecedoras. Demandam dupla atuação hermenêutica: (i) a identificação das normas econômicas, sociais, educativas, culturais e científicas no documento e (ii) encontrar, por derivação, os direitos contidos nas normas; assim, a partir de objetivos ou medidas de políticas públicas, devem-se identificar os direitos materiais (COURTIS, 2008, p. 366 – 367). Ademais, atribui caráter progressivo à sua realização e a vincula aos recursos disponíveis.

Em relação ao primeiro desafio, ante as incipientes determinações da Carta da OEA, torna-se imprescindível o auxílio de outros instrumentos sobre a temática e, dentre eles, insere o Protocolo de San Salvador (doravante PSS) (COURTIS, 2008, p. 368). Criado em 1988 e vigente em 1999, o PSS visa a expandir o rol de direitos da CADH e, teologicamente, busca a progressiva inserção, no regime da CADH, de novos direitos e liberdades que são reconhecidos (INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS -IIDH, 2008, p. 169).

Dentre os direitos consagrados, destaca-se o direito à saúde, expresso no art. 10, consoante o qual “[t]oda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bemestar físico, mental e social”. Imputa, ainda, obrigações ao Estado, destacando-se: a extensão dos benefícios de saúde a todas as pessoas sob sua jurisdição; o acesso à assistência médica essencial a todos; e a satisfação das necessidades de saúde dos grupos de maior risco, e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis.

O PSS, em seu art. 1º, determina que o Estado desenvolva medidas para a plena efetivação dos direitos, qualificando essa obrigação como progressiva, e atribui o máximo da disponibilidade econômica e o grau de desenvolvimento como condicionantes. Isso leva a certa tensão entre a necessidade de efetivar os direitos, o desenvolvimento do Estado e o seu aporte financeiro, o que pode ensejar ilações acerca da impossibilidade de chegar à sua plena efetivação.

O art. 19.6 do PSS estabelece que os órgãos do SIDH atuam diante do descumprimento dos direitos do art. 8, alínea “a” (direito à liberdade sindical) e art. 13 (direito à educação). Apesar de seu reconhecimento, o direito à saúde não pode ser diretamente judicializado perante o SIDH, ou seja, a princípio, inexistem meios que lhe atribuam instrumentalidade e que permitam contestar a atuação estatal.

Interpretando-se conjuntamente a Carta da OEA com as disposições da DADH e do PSS e de outros tratados, como o art. 12 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, deflui-se que o direito à saúde é abrangido pela Carta da OEA, cumprindo-se a exigência do art. 26 da CADH (COURTIS, 2008, p. 384- 385; MAC-GREGOR, 2013, p. 02-04). Contudo, a progressividade e a justiciabilidade dos direitos são controvertidas. Na seção seguinte, abordam-se, breve e criticamente, essas questões, a partir da doutrina e de posicionamentos da CtIDH.

2. Progressividade e justiciabilidade dos direitos à luz do art. 26 da CADH

O caráter progressivo da efetivação dos direitos (art. 26 da CADH), em primeira análise, diminuiria a proteção conferida pela CADH, porque denota que a sua realização deve ocorrer de forma paulatina, de acordo com as ações em-

preendidas pelo Estado no ritmo designado por este. Nesse contexto, por sua natureza essencialmente programática, qualquer avanço obtido na concretização, considerando a capacidade e limitações indicadas pelo Estado, representaria o cumprimento da obrigação internacional, já que não se exige sua imediata implementação.

Essa visão se baseia em interpretação literal do texto normativo e não prospera. Em primeiro lugar, deve-se compreender que a progressividade não significa liberdade para o Estado adotar as medidas, mas a incumbência de agir da forma mais transparente e efetiva possível com escopo de obter plena satisfação dos desc, a qual se relaciona, sim, à gradualidade (VERA, 2003, p. 60). Inobstante não se possa desvencilhar os desc da realidade econômica, política, social, o Estado deve comprovar que envida todos os esforços possíveis para cumprir as obrigações alusivas aos desc.

Na mesma direção, o Comitê DESC da Organização das Nações Unidas, em sua Observação Geral nº 03, estipula que a progressividade implica que a plena implementação dos desc não pode ser obtida em curto período de tempo, representando a necessidade de flexibilidade, aproximando o dever das dificuldades que os Estados possuem para satisfazê-lo. Outrossim, indica que o Estado tem de garantir o conteúdo mínimo dos desc, como atenção primária e essencial à saúde, e intervir rápida e efetivamente almejando a plena materialização, e mesmo que alegue indisponibilidade financeira, é necessário comprovar que se esforçou para aplicar os meios existentes no atendimento prioritário das obrigações mínimas (COMITÊ DESC, 1990, p. 03 – 04)¹⁷.

17. Essa é a mesma visão da CtIDH, a qual se reportou expressamente ao referido entendimento no caso *Acevedo Buendía e outros vs. Peru* (CtIDH, 2009, p. 32).

A progressividade não suprime o conteúdo da obrigação do Estado de garantir o direito à saúde, apenas ressalta a impossibilidade de, rapidamente, chegar a estágio de sua máxima expressão, ante o envolvimento de diversos fatores ou limitações, cuja comprovação é exigida para a legitimidade das escusas. Entrementes, em certa medida, também é notada nos direitos civis e políticos, vez que a sua execução exige programa e políticas governamentais, a exemplo de campanhas de capacitação, reformas legislativas, fornecimento de recursos a entidades estatais etc. (IIDH, 2008, p. 178).

Em segundo lugar, os desc apresentam obrigações de efeito imediato, ou seja, consequências diretas e exigíveis dos Estados. Por exemplo, há: a proibição de discriminação na sua garantia, a proteção de grupos vulneráveis, a presença de níveis mínimos de realização, elaboração de programas e estratégias para sua promoção, reformas legislativas, oferta de recursos judiciais em destaque, a vedação do retrocesso (COMITÊ DESC, 1990, p. 02 – 04).

Nesse sentido, a regressividade em matéria de desc possui duas compreensões: (i) a nível de resultados, porque dada política é regressiva quando os efeitos são piorados em relação ao ponto de partida eleito como parâmetro, exigindo-se, pois, indicadores empíricos, os quais são avaliados individual ou conjuntamente; (ii) em âmbito normativo, no qual se investiga a extensão dos direitos previstos normativamente pela comparação entre o novo texto normativo e o anterior que fora substituído ou modificado e, assim, constata-se se aquele retirou, limitou ou restringiu direito reconhecido por este (COURTIS, 2006, p. 03-04).

A não regressividade é consequência da natureza progressiva. Ainda que gradualmente, é indispensável que o Estado, considerando as possibilidades existentes, mantenha atividades e programas voltados a obter evoluções significa-

tivas na concretização dos desc. As conquistas em matéria de direitos humanos, em geral, são alcançadas a duras penas, agregam-se ao patrimônio jurídico dos cidadãos e, em regra, não podem ser suprimidas.

A CtIDH, com base em postura do Comitê DESC, compreende que o dever de não regredir é condicionado e não necessariamente é óbice às restrições, porém, ocorrendo-as, requer-se detida consideração e devem ser justificadas com base em todos os direitos constantes no tratado e em cenário de aplicação máxima dos recursos que os Estados possuem e, ademais, a vedação da regressividade é protegida pela CADH em seu art. 26 (CtIDH, 2009, p. 33). A progressividade significa reforço da garantia dos desc, mas não representa ausência de responsabilidade do Estado quanto a sua implementação, no entanto, a justiciabilidade do art. 26 da CADH perante o SIDH e a sua efetividade não são consensuais.

No caso Cinco Pensionistas Vs. Peru, a CtIDH estabeleceu que a progressividade é aferida pela evolução da cobertura dos desc quanto ao conjunto da população, com fulcro na equidade social e a partir de casos representativos da situação geral do Estado, dessa forma, julgou não ser possível, na demanda, obter conclusões sobre o art. 26 (CtIDH, 2003, p. 64). Essa postura é pertinentemente criticada por Abramovich e Rossi (2009, p. 45), pois o art. 26 não traz determinação nesse sentido, a violação aos desc pode ocorrer individual, coletiva ou generalizadamente, sendo que os casos particulares podem revelar as outras dimensões; além disso, por esse entendimento, grupos e indivíduos estariam desprotegidos e, principalmente, a CtIDH não pode, a partir de situação específica, supervisionar contextos gerais.

Abramovich e Rossi (2007, p. 39 – 42) entendem que o art. 26 impõe aos Estados obrigações de adotar medidas para efetivar desc, nos moldes já explanados, e esse dever estatal

é justificável. A atividade é descortinar quais os desc presentes no art.26, o que exige interpretação apenas da Carta da OEA¹⁸ para identificar os direitos implícitos ou na zona de penumbra. Esses direitos são plenamente justificáveis com base no art. 26, mesmo que, pelo art. 19.6 do PSS não o sejam, pois este tratado não obsta a instrumentalização de qualquer direito da CADH (ABRAMOVICH; ROSSI, 2009, p.46- 50).

Todavia, ante a relutância da CtIDH em reconhecer violações ao art. 26, Cavallaro e Brewer (2008, p. 86 - 87) pugnam que se mostra mais eficaz alegar os desc protegidos pela CADH perante a Comissão Interamericana e, quanto à CtIDH, é necessário, além de destacar a obrigação de não-discriminação ou alegar apenas os direitos justificáveis do PSS, utilizar estratégias que vinculem os desc aos direitos civis e políticos.

Entre as razões para essas alternativas, salienta-se o restrito acesso ao SIDH, a limitação estrutural e a pressão das forças políticas atuantes no sistema, as quais podem utilizar de precedente indevidamente formulado para legitimar o descumprimento das sentenças e afetar o já escasso financiamento do SIDH. Igualmente, os peticionários devem preferir interpretação ampliativa dos direitos civis e políticos, abrangendo os desc e aumentando as garantias para as vítimas, a forçar pronunciamentos diretos sobre os desc sem base suficiente para tanto e apenas para garantir direitos no papel; e conceber o litígio internacional como subsidiário, atuando conjuntamente com movimentos sociais e a mídia, fatores indispensáveis para produção de resultado efetivo (CAVALLARO; SCHAFFER, 2004, p. 275 – 276).

18. Compreendem que a DADH e outros tratados auxiliam apenas na determinação do conteúdo e da extensão do direito (ABRAMOVICH; ROSSI, 2007, p. 48).

A CtIDH, no caso *Acevedo Buendía e outros vs. Peru* (CtIDH, 2009, p. 32 -33), compreendendo a interdependência entre os direitos civis e políticos e os desc, evoluiu ao reconhecer que a progressividade do art. 26 pode ser verificada pelas instâncias competentes, devendo o Estado respeitar proteger e garantir os desc constantes nesse artigo, porém, no caso, não o considerou violado. Entretanto, na prática, os pronunciamentos do Tribunal acerca dos desc ocorreram a partir de direitos civis e políticos, não se reconhecendo a justiciabilidade do art. 26 da CADH. Vozes dissonantes à postura são encontradas nos votos separados de juízes, como os prolatados por Margarete Macaulay no caso *Furlan e Familiares vs. Argentina* (2012) e Mac-Gregor no caso *Suárez Peralta vs. Equador* (2013), em ambos, defenderam a justiciabilidade do art. 26 e do direito à saúde.

Em recentes sentenças, nos casos *Lagos del Campo vs. Peru* (CtIDH, 2017a, p. 46 – 51) e *Trabalhadores Aposentados de Petróperú vs Peru* (CtIDH, 2017b, p. 69 – 72), a CtIDH apresentou substancial evolução. Considerando que as disposições da Carta da OEA e da DADH abrangem o direito ao trabalho, as quais são corroboradas por outros dispositivos internos e internacionais, e ante as particularidades da demanda, declarou violado o art. 26 da CADH. Essas decisões representam significativos avanços em direção à judicialização direta dos desc e do art. 26 da CADH. Todavia, a composição do Tribunal foi determinante para a postura, a qual se refere ao direito ao trabalho, que explicitamente é encontrado na Carta da OEA. Assim, torna-se necessário verificar como a CtIDH se pronunciará diante de demandas que versam sobre outros desc, a fim de constatar se, de fato, houve alteração do posicionamento ou apenas entendimento tópico.

3. Breves apontamentos sobre os parâmetros interamericanos acerca do direito à saúde

As manifestações da CtIDH quanto aos desc aconteceram pela sua proximidade com direitos civis e políticos. Por meio dessa estratégia, número considerável de parâmetros foram estabelecidos em relação ao direito à saúde e, malgrado as decisões se referirem a demandas individuais, a aplicação do entendimento não se restringe a esses casos, pois a *ratio decidendi* é diretriz da conduta dos Estados. A fim de delimitar a análise deste trabalho, investigam-se parâmetros quanto a duas temáticas: (i) o acesso aos serviços de saúde e (ii) a sua prestação pela atividade médica.

Quanto ao primeiro aspecto, casos indígenas são explicativos. A CtIDH compreende o acesso aos serviços de saúde de forma ampla, pois, por exemplo, consoante o exposto no caso da Comunidade Yakyé Axa vs. Paraguai (CtIDH, 2005, p. 90) as afetações a esse direito relacionam-se ao direito à alimentação e o acesso à água limpa, o que abarca o direito à existência digna e as condições básicas para o exercício de outros direitos. Aclarando o dever estatal, em Comunidade Sawhoyamaxa vs. Paraguai (CtIDH, 2006, p. 84) reconheceu-se a obrigação de fornecer serviços de qualidade e de forma plena, incluindo a garantia do acesso físico e econômico à assistência à saúde, suplantando dificuldades de deslocamento e obstáculos financeiros, como ausência de dinheiro para comprar medicamentos.

Esse entendimento é ratificado por outros julgados, como o caso Comunidade Xákmok Kásek. vs. Paraguai (CtIDH, 2005, p. 48-49) no qual, explicitamente, a Corte analisou a vulneração do direito à saúde dos membros da comunidade, os quais não tinham acesso aos serviços por causa da falta de

transporte, e muitos padeceram em virtude da insuficiência de medicamentos, raramente fornecidos pelo Estado. Sem deixar de mencionar a ausência de aporte financeiro para ir aos centros de saúde e manter-se pelo período necessário.

Com base nas considerações acima, de forma específica, a CtIDH vem consolidando parâmetros quanto ao acesso à saúde de pessoas privadas de liberdade. Conforme Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguai (CtIDH, 2004a, p. 96), o Estado, garante dos direitos das pessoas sob sua custódia, deve adotar medidas para salvaguardar a saúde e o bem-estar dos reclusos, fornecendo-lhes assistência médica, com vistas a impedir a majoração dos sofrimentos ínsitos à detenção, sendo que a sua ação ou omissão pode ensejar tratamentos desumanos, cruéis ou degradantes.

Outrossim, no caso Vélez Loor vs. Panamá (CtIDH, 2010, p. 71) estabeleceu que é obrigação estatal proporcionar revisão médica regular e tratamento adequado, quando assim for necessário. Como ressalvado no caso Montero Aranguren vs. Venezuela (CtIDH, p.45-48) o Estado não pode alegar condições econômicas como justificativa do descumprimento de suas obrigações, e o gratuito atendimento deve ser feito por um médico de confiança do preso, sem significar submissão a sua escolha, mas tal profissional não deve ter vínculos com as autoridades penitenciárias, a fim de salvaguardar os detentos da tortura e de maus tratos.

Os deveres acima ressaltam que a oferta de serviços de saúde não é suficiente, posto ser indispensável possibilitar reais condições de acessá-los, o que engloba atuação na seara social, econômica etc., e a garantia da sua qualidade. Contudo, a principal questão é a efetividade dessas determinações, pois se a disponibilização de serviços de saúde já é problemática, a eliminação de obstáculos ou a escolha de médico de confiança da pessoa reclusa apresentam maiores dificuldades de realização.

Já quanto ao segundo ponto, a CtIDH, no caso Albán Cornejo e outros vs. Equador (CtIDH, 2007, p.34) assentou que o direito à vida (art. 4º da CADH) e à integridade (art. 5º da CADH) são imediatamente vinculados à atenção à saúde. Em consequência, o Estado detém a obrigação de regular e fiscalizar a prestação dos serviços de saúde públicos ou privados, os quais são de interesse público e requerem ordem normativa e supervisão eficaz e constante.

Apesar da intervenção estatal, como bem salientou o juiz Sergio Garcia Ramirez, no caso De La Cruz Flores vs. Perú (CtIDH, 2004b, p. 02-03), é fundamental a garantia aos profissionais de saúde das condições para agirem de maneira “livre” e, caso o Estado extrapole suas competências, impondo ou autorizando exercerem suas funções em arrepio de seus deveres, ou impedindo-os de cumprir com suas incumbências éticas e jurídicas, violará o direito à vida e à saúde. Igualmente, é mister a garantia do pleno desenvolvimento da relação médico-paciente, máxime quanto à manutenção das confidências e à desvinculação da atividade de ideias políticas, religiosas e filosóficas.

A CtIDH, levando em consideração o papel primordial exercido pelos médicos e os dispositivos internacionais que versam sobre seus deveres éticos e jurídicos, consolidou a obrigação dos Estados disporem de estrutura normativa eficaz para garantir aos usuários dos serviços de saúde efetiva investigação das condutas que vulneram seus direitos (CtIDH, 2007, p. 34), sobretudo com o desenvolvimento da ciência e da técnica, o que recrudescer a responsabilidade médica (RAMIREZ, 2007, p. 01). Dentre essas medidas, inserem-se a emissão de normas penais e a criação de sistema de justiça para evitar e sancionar a violação aos direitos, mas, em relação às medidas penais, o Estado é livre para decidir as necessidades da punição, desde que respeite os direitos e garantias fundamentais (CtIDH, 2007, p. 38).

Ainda, teve a oportunidade de estabelecer parâmetros acerca da atuação dos conselhos de classe ao disciplinar que, no desempenho dessas atividades, devem agir de forma imparcial, objetiva e diligente, pautando-se pelas diretrizes geralmente aceitas pela ética, pela técnica, pela bioética e pela ciência. Reconheceu que suas decisões não condicionam ou substituem os posicionamentos de órgãos administrativos ou judiciais, no entanto, podem influir significativamente na postura a ser adotada (CtIDH, 2007, p. 23).

Já no caso *I.V. vs. Bolívia*, mais recente demanda sobre a temática, a CtIDH decidiu que os pacientes possuem o direito ao acesso e à valoração da informação sobre sua saúde e o Estado apresenta o dever de fornecê-la, independente de solicitação do cidadão. Tal obrigação denomina-se “transparência ativa” sendo imprescindível para a acessibilidade aos serviços de saúde e para que o indivíduo decida livre, informada e plenamente no controle da saúde e de seu corpo, escolha que, se responsável, deve ser respeitada (CtIDH, 2016, p. 47).

As diretrizes acerca desse assunto demonstram o cuidado a ser atribuído à prestação dos serviços de saúde e à atividade médica. Além da responsabilidade individual, o Estado, mesmo quando o serviço é realizado por particulares, possui o dever de normatizar e acompanhar diretamente a sua prestação, aspecto mais dificultoso, porém, independentemente de qualquer dificuldade interna, tem de ser devidamente implementado.

Conclusão

A interpretação sistemática da Carta da OEA e de outros documentos denota o reconhecimento do direito à saúde por esse tratado, contudo, a redação do art. 26 da CADH dificulta a sua exigibilidade e dos demais desc, mais ainda quando se considera o art. 19.6 do PSS e a postura majori-

tária da CtIDH. Demonstrou-se, ainda, que não há óbices à justiciabilidade dos desc com base no art. 26 da CADH e que as recentes decisões da CtDIH reforçam esse aspecto, no entanto, não se pode afirmar que a judicialização do direito ao trabalho será aplicada ao direito à saúde e a outros desc.

Em relação aos indicadores da CtIDH quanto ao direito à saúde, os do acesso aos serviços de saúde revelam a multidimensionalidade e complexidade da garantia desse direito e quanto à prestação da atividade médica indicam a intrínseca responsabilidade dos profissionais e do Estado, enquanto garante de bem jurídico de interesse público. Os parâmetros derivam da vinculação do direito à saúde a direitos civis e políticos, destacando-se o direito à vida e à integridade pessoal. Essa estratégia permite a inserção do debate sobre o direito na prática da CtIDH, porém, a justiciabilidade direta permitiria a fixação de melhores e específicas diretrizes, além de contribuir para a sua consolidação ao atribuir-lhe instrumentalidade. Espera-se, pois, que a evolução jurisprudencial continue ao reconhecer os desc do art. 26 da CADH e sua justiciabilidade, conseqüentemente, do direito à saúde.

Referências

ABRAMOVICH, Víctor; ROSSI, Julieta. LA TUTELA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN EL ARTÍCULO 26 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. **Revista Estudios Socio-Jurídicos**, Bogotá, ano 09, vol. 09, p. 34-53, abr. 2007. Disponível em: < <https://bit.ly/2IJAluR> > Acesso em: 21 maio 2018.

CAVALLARO, James L.; SCHAFFER, Emily J. Less as More: Rethinking Supernational Litigation of Econo-

mic and Social Rights in the Americas. **Hasting Law Journal**, vol. 56, p. 217-282, dez. 2004. Disponível em:< <https://bit.ly/2Lv2t2u> > Acesso em: 23 maio 2018.

_____; BREWER, Stephanie Erin. O papel da litigância para a justiça social no Sistema Interamericano. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**, ano. 05, no. 08, p. 85-99, jun. 2008. Disponível em:< <https://bit.ly/2IHQDUM>> Acesso em: 24 maio 2018.

COMITÊ DE DE DIREITOS ECONÔMICOS SOCIAIS E CULTURAIS. **Observação geral no. 03**. Disponível em<<https://bit.ly/1nh8g7H>>. Acesso em 26 abr. 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Acevedo Buendía e outros vs. Peru**. Sentença 01 jul. 2009. Disponível em:< <https://bit.ly/2IK9WJ5>>. Acesso em: 22 maio 2018.

_____. **Caso Albán Cornejo e outros vs. Equador**. Sentença 22 nov. 2007. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_171_esp.pdf> Acesso em: 25 abr. 2014.

_____. **Caso Cinco Pensionistas vs. Peru**. Sentença 28 fev. 2003. Disponível em:< http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_98_esp.pdf>. Acesso em: 23 maio 2018.

_____. **Caso Comunidade Sawhoyamaxa vs.Paraguai**, Sentença 29 mar.2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2014.

_____. **Caso Comunidade Xákmok Kásek. vs. Paraguai** . Sentença. 24 ago 2010. Série C. No. 214. Dis-

- ponível em: <<https://bit.ly/2satVJT>> Acesso em: 26 abr. 2014.
- _____. **Caso da Comunidade Yakye Axa vs. Paraguai.** Sentença 17 jun. 2005. Série C. No. 125. Disponível em: <<https://bit.ly/2aHysyI>>. Acesso em: 23 abr. 2014.
- _____. **Caso Instituto de Reeducação del Menor vs. Paraguai.** Sentença 02 set. 2004. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf. Acesso em: 25 abr. 2014.
- _____. **Caso I.V. vs. Bolívia.** Sentença 30 nov. 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2i5KhkX>>. Acesso em: 25 maio. 2018.
- _____. **Caso Lagos del Campo vs. Peru.** Sentença de 31 ago. 2017a. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf>. Acesso em: 22 maio 2018.
- _____. **Caso Montero Aranguren vs. Venezuela.** Sentença 05 jul. 2006. Disponível em: <https://bit.ly/2IH-Kjg6>>. Acesso em: 26 abr. 2014.
- _____. **Caso Trabalhadores Aposentados de Petropé-
rú vs. Peru.** Sentença 23 nov. 2017b. Disponível em: <<https://bit.ly/2IIQFfe>> Acesso em: 22 maio. 2018.
- _____. **Caso Suárez Peralta vs. Equador.** Sentença 21 maio 2013. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_261_esp.pdf. Acesso em: 25 abr. 2014.
- _____. **Caso Vélez Lóor Vs. Panamá.** Sentença 23 nov 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/>

docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf. Acesso em:
27 abr. 2014.

COURTIS, Christian. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. In: COURTIS, Chrstian (Org.), **Ni um paso atrás:** la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. 1 ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

_____. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES A TRAVÉS DEL ARTÍCULO 26 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; DE LARREA, Arturo Zaldívar Lelo (Coords.). **LA CIENCIA DEL DERECHO PROCESAL.** México, D.F: Universidade Nacional Autónoma de México, 2008. Disponível em:< <https://bit.ly/2sbjLp>> Acesso em: 22 maio 2018.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. **La justicia directa de los derechos económicos, Sociales y culturales.** São José, Costa Rica, 2008.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Voto separado no Caso Suárez Peralta vs. Equador.** Sentença 21 maio 2013. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_261_esp.pdf.> Acesso em: 25 maio 2018.

PETERKE, Sven. O DIDH como direito positivo. In: PETERKE, Sven (coord.). Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais. Brasília: ESMPU, 2010.

RAMIREZ, Sérgio García. **Voto separado no Caso Alban Cornejo vs. Ecuador**. Sentença 22 nov. 2007. Disponível em: <<https://bit.ly/2J9glvH>>. Acesso em: 22 maio 2018.

_____. **Voto separado no Caso De La Cruz Flores vs. Perú**. Sentença 18 nov. 2004. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_115_esp.pdf. Acesso em: 26 abr. 2014.

VERA, Oscar Parra. **El Derecho a la Salud en la Constitución, la Jurisprudencia y los Instrumentos Internacionales**. Bogotá: Defensoria del Pueblo, 2003.

A Efetivação dos Direitos Sociais pelo Supremo Tribunal Federal e a Morosidade Processual.

José Mendes Neto, Larissa dos Santos Paulo e Ronaldo de Oliveira Jarnyk

Introdução

Como normas programáticas, os direitos sociais exigem prestações positivas do Poder Público. A omissão deste na promoção de tais direitos, vem implicando na atuação recorrente do Poder Judiciário, isso porque os administrados, muitas vezes, para garantir a eficácia mínima dos direitos constitucionais prestacionais, precisam ter suas demandas apreciadas pela Suprema Corte.

O objetivo deste artigo é analisar a efetivação dos direitos sociais pelo Supremo Tribunal Federal, promovendo algumas críticas a respeito do desvirtuamento da teoria da reserva do possível e da morosidade processual. Para tanto, foram

examinadas a jurisprudência e alguns dados referentes a tramitação dos processos na mais alta Corte brasileira.

1. Os direitos sociais na Constituição Federal brasileira.

A categorização dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões é pacificada na doutrina. Assim, são dispostos da seguinte forma: direitos de primeira geração, diante dos quais o Estado deve permanecer passivo, sendo também denominados de “direitos negativos ou liberdades negativas” (PAULO e ALEXANDRINO, 2015, p. 103). Os direitos de segunda geração correspondem a liberdades positivas, sobre as quais o indivíduo deve exigir a atuação do Estado. Os direitos de terceira geração consagram princípios de solidariedade, protegendo direitos coletivos e difusos, levando o indivíduo a participar ativamente do Estado.

Esta influência está presente na estrutura do texto da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, na qual os direitos fundamentais estão classificados da seguinte forma: direitos e garantias individuais (Art. 5º), direitos sociais (Arts. 6º a 11), direitos de nacionalidade (Arts. 12 e 13), direitos políticos (Arts. 14 a 16) e direitos políticos coletivos (Art. 17).

Os direitos sociais estão expressos no *caput* do Art. 6º:

Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Diferentemente do que ocorreu ao longo da história das constituições brasileiras, o texto atual foi pioneiro ao se valer

do princípio da indivisibilidade dos direitos humanos, para integrar os direitos fundamentais, sociais e econômicos.

Esta indivisibilidade está presente também como elemento basilar da Declaração e Programa da Ação de Viena, da Conferência Mundial de Direitos Humanos em junho de 1993. Nesta, os Estados participantes se comprometeram em atuar para a proteção dos direitos humanos e fundamentais, conforme Art. 5º da DPAV:

Art. 5º - Todos os Direitos Humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. (...) **compete aos Estados, independentemente dos seus sistemas políticos, econômicos e culturais, promover e proteger todos os Direitos Humanos e liberdades fundamentais** (grifo nosso).

O texto da conferência é claro em responsabilizar os Estados como promovedores e protetores por excelência dos Direitos Humanos e liberdades fundamentais, incluindo-se nestes, os Direitos Sociais.

Valendo-se deste raciocínio, o Ministro Gilmar Mendes destaca a necessidade de manutenção dos direitos fundamentais, sim, em todas as categorias, mas há que se atentar também para a parcimônia estatal para os atender:

Notem-se, nesse sentido, as contribuições de Stephen Holmes e Cass Sunstein para o reconhecimento de que todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, dando significativo relevo ao tema da “reserva do possível”, especialmente ao evidenciar a “escassez dos recursos” e a necessidade de se fazer escolhas alocativas. Concluem que, a partir da perspectiva das finanças públicas, “levar a sério

os direitos significa levar a sério a escassez”. (MENDES, 2011, p. 464)

Desta forma, em muitas vezes ocorre o embate entre o direito social como direito fundamental positivo exigido pelo cidadão ou a população, em outro polo, o Estado, procurando valer-se da parcimônia através da teoria da reserva do possível, seja para não macular outros direitos a este relacionados, como os princípios da administração pública, ou para não demonstrar sua ineficiência administrativa.

2. A efetivação dos Direitos Sociais.

Os direitos sociais, vale dizer, a segunda dimensão dos direitos fundamentais, são considerados, na reconhecida classificação do Mestre José Afonso da Silva, como normas constitucionais de princípio programático.

Segundo o jurista, as normas programáticas norteiam a atuação do Estado, apresentando-se como diretrizes ao exercício das funções legislativa, administrativa e jurisdicional. Elas “traduzem os elementos socioideológicos da Constituição” (SILVA, 2012, p.136), razão pela qual devem ser definidas como os fins e objetivos do Estado.

Nesse sentido é o seguinte ensinamento do constitucionalista:

Podemos conceber como programáticas aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à

realização dos fins sociais do Estado (SILVA, 2012, p.135, itálicos do original).

Pelo que se depreende da referida concepção, os direitos sociais como normas programáticas possuem, em regra, eficácia limitada. Isto é, exigem prestações positivas do Estado para a sua aplicação plena.

Neste diapasão, o Ministro Gilmar Mendes ainda enfatiza que, estando os direitos sociais relacionados às normas programáticas, são “dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis” (MENDES, 2011, p. 465). Por sua vez, as políticas públicas fazem parte do planejamento econômico-financeiro do Estado, sendo este o meio pelo qual cumprem sua dimensão prestacional.

O Mestre José Afonso da Silva complementa este raciocínio, destacando que as normas programáticas “procuram dizer para onde e como se vai, buscando atribuir fins ao Estado, esvaziado pelo liberalismo econômico” (SILVA, 2012, p.138). Por essa razão, devem gozar de um mínimo de eficácia. Sendo assim, os princípios fundamentais constitucionais vinculam o Poder Público, impondo-lhe a sua imediata efetivação. É o que se extrai do art. 5º, § 1º da Constituição Federal, que estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

No entanto, essa aplicação, de acordo com José Afonso da Silva, está muito mais vinculada ao entendimento de que as normas programáticas “são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para o seu atendimento” (SILVA, 2012, p.161).

Importante registrar que os direitos sociais constroem a essência do Estado de Bem-Estar (*Welfare State*), consagrado pela Carta Magna de 1988. Eles impõem comportamentos estatais voltados para a garantia de direitos como educação, saúde, alimentação, moradia entre outros.

Registre-se, ainda, que a dignidade da pessoa humana se materializa com a efetivação dos direitos sociais. É princípio fundamental que consagra o valor da pessoa humana, devendo guiar o Estado no exercício de suas funções. Por isso, pode-se dizer que garantir os direitos sociais é transcender a dignidade da pessoa humana como um dos valores supremos da República Federativa do Brasil.

Os direitos sociais pressupõem, portanto, a intervenção progressiva do Estado na sociedade, o que se promove com políticas públicas. Estas, nas lições de Felipe de Melo Fonte (2013, p.49), “compreendem o conjunto de atos e fatos jurídicos que têm por finalidade a concretização de objetivos estatais pela Administração Pública”.

Esse conjunto de atos e fatos jurídicos demanda custos para o Estado. Cabe a ele, assumindo a escassez dos recursos financeiros, para garantir a maior eficácia possível aos direitos sociais, planejar e alocar na peça orçamentária as receitas, consoante as disposições legais.

Na ADPF 45/DF, o Ministro Celso de Mello (relator), ao analisar a questão da efetivação dos direitos sociais, definiu:

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política (ADPF 45 MC, Relator(a): Min.

CELSO DE MELLO, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191).

É evidente que a promoção dos direitos sociais depende da capacidade financeira do Estado. Por serem normas programáticas e fundamentais, submetem o Estado a sua observância. Já a sua efetivação plena vincula-se ao que se convencionou chamar de reserva do possível.

A cláusula ou princípio da reserva do possível é visto como um limite à garantia dos direitos sociais pelo Estado. Sua interpretação, muitas vezes, desvirtuada, serve de escudo para a Administração Pública em batalhas travadas no Poder Judiciário pela luta dos administrados pelos direitos à educação, à saúde, à moradia e muitos outros previstos na Constituição Federal.

3. A Recepção da Reserva do Possível pelo Supremo Tribunal Federal.

Na década de 1970, o Tribunal Constitucional alemão, ao analisar uma demanda que pleiteava vagas na Universidade de Hamburgo, com base no direito fundamental à liberdade de escolha da profissão e do lugar de formação, deparou-se com a seguinte questão: quanto o indivíduo pode exigir racionalmente da sociedade?

Ou seja, há limites para o direito subjetivo?

A Corte alemã, buscando uma resposta para a indagação, concentrou-se em analisar o objeto da ação à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. A matéria não envolvia omissão do Estado. Este, comprovadamente, havia se desincumbido de seus deveres constitucionais, não sendo possível imputar-lhe mais prestações. Por essa razão, definir

com racionalidade a amplitude do direito subjetivo significava ao mesmo tempo delinear a atuação do Estado Social.

Nesse sentido é a reflexão abaixo extraída da coletânea “Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão”:

Isso levaria a um entendimento errôneo da liberdade, junto ao qual teria sido ignorado que a liberdade pessoal, em longo prazo, **não pode ser realizada alijada da capacidade funcional e do balanceamento do todo, e que o pensamento das pretensões subjetivas ilimitadas às custas da coletividade é incompatível com a ideia do Estado social.** (MARTINS, 2005, p.663, grifo nosso),

Após muita discussão, o Tribunal Constitucional alemão decidiu:

Mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade (MARTINS, 2005, p. 663).

O constitucionalista Gilmar Mendes interpretou a decisão da Corte alemã na sua obra “Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade”, merecendo destaque este trecho:

Observe-se que, embora tais decisões estejam vinculadas juridicamente, é certo que a sua efetivação está submetida, dentre outras condicionantes, à reserva do financeiramente possível (Vorbehalt des finanziell Möglichen). Nesse senti-

do, reconheceu a Corte Constitucional alemã, na famosa decisão sobre *numerus clausus* de vagas nas Universidades (*numerus clausus Entscheidung*), que pretensões destinadas a criar os pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidas à reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*), enquanto elemento externo à estrutura dos direitos fundamentais. (MENDES, 2012, p.474)

Extrai-se do excerto mencionado que a reserva do possível é uma limitação fática à efetivação dos direitos sociais, não se confundindo com a omissão estatal e nem com a ineficiência na prestação do serviço público. A sua aplicação exige a comprovação de que o Estado Social atuou efetivamente para a garantia dos direitos fundamentais sociais.

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar o princípio da reserva do possível na ADPF 45/DF, destacou como requisito para o seu acolhimento a demonstração pelo Poder Público do atendimento ao mínimo existencial, sob pena de se inibir a eficácia das normas constitucionais fundamentais.

Nessa linha é a seguinte passagem do entendimento do Ministro Celso de Mello (relator da ação):

Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade (ADPF 45 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191).

O Ministro relator em seu voto ainda enfatizou que a eficácia dos direitos sociais é um dever do Estado Social, que exige razoabilidade e compromisso com a garantia do princípio da dignidade da pessoa humana. É o que se depreende da reflexão a seguir:

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto **irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo**, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado (ADPF 45 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191) (grifo nosso) .

Com essa interpretação da Suprema Corte sobre a cláusula da reserva do possível, fica evidente a sua preocupação

com a garantia do mínimo existencial como meio de evitar a omissão do Poder Público na incumbência de prover os direitos sociais.

Por isso, ainda neste tópico, para ampliar a análise do assunto, será apresentado o argumento do Estado do Amapá contra decisão que o condenou junto com a Prefeitura do Amapá em obrigações de fazer consistentes na prestação contínua e eficiente do serviço de saúde.

De acordo com o relatório do RE 642.536/AP, o Governo do Amapá, em apelação contra a decisão de primeira instância, apresentou como argumento o que segue:

No mérito, sustentou que “o princípio da reserva do possível torna inviável a condenação da Fazenda Pública no feito *sub examine*”, destacando que “o princípio em pauta determina que a Administração Pública só tem o dever de atuar quando presentes os requisitos idôneos à atividade administrativa. Inexistindo meios materiais, como recursos financeiros aptos a arrostar as despesas solicitadas, queda inviável a providência desejada”

É inequívoco que o ente público não se atentou ao mínimo existencial como garantia da dignidade da pessoa humana, omitindo-se assim da obrigação constitucional de garantir a eficácia mínima aos direitos sociais.

No entanto, muitas vezes, com base na reserva do possível, interpretada apenas com alegações voltadas à incapacidade financeira, o Poder Público impede a efetivação mínima dos direitos sociais.

Para ilustrar o uso desvirtuado da cláusula da reserva do possível, seguem alguns julgados do Supremo Tribunal Federal que negaram sua aplicabilidade: **RE 1076911/DF** AgR,

Rel.: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/03/2018; **ARE 745745/MG** AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/12/2014; **ARE 727864/PR** AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 04/11/2014; **RE 581352/AM** AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 29/10/2013, **ARE 639337/SP** AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011; **ARE 855762/RJ** AgR, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 19/05/2015; **RE 642536/AP** AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 05/02/2013; **ARE 875333/RS** ED, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 28/04/2015.

Cumpra ressaltar, tendo em vista as decisões acima, que a atuação recorrente do Supremo Tribunal Federal na efetivação dos direitos sociais, dada a morosidade processual, configura uma resposta tardia aos pedidos dos jurisdicionados pela garantia do mínimo existencial.

4. A Efetivação dos Direitos Sociais pela Suprema Corte brasileira

Como apresentado no item 1, os direitos sociais são normas constitucionais de princípio programático e como tais representam diretrizes que devem guiar o Estado no exercício das funções administrativa, legislativa e jurisdicional. Assim, para terem eficácia, dependem da atuação efetiva dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

De acordo com o Mestre José Afonso da Silva, a aplicação imediata das normas programáticas, como previsto no § 1º, do art. 5º da Constituição Federal compreende, em segundo plano, que “o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar

de aplicá-las, conferido ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes” (SILVA, 2012, p.161).

Registre-se que atuação do Judiciário, em respeito ao princípio da separação dos poderes, pressupõe a omissão do Poder Executivo e Legislativo na efetivação das normas programáticas. Assim, pode-se dizer que a inexistência de políticas públicas capazes de garantir o mínimo existencial autoriza o Poder Judiciário a agir, quando provocado, em defesa dos direitos sociais.

O Supremo Tribunal Federal, atuando na garantia das diretrizes constitucionais, destacou a sua competência como guardião da Constituição nas demandas que configuram a omissão do Poder Público. Nesse sentido é o seguinte excerto:

Impende assinalar, *contudo*, que tal incumbência **poderá** atribuir-se, *embora excepcionalmente*, **ao Poder Judiciário**, *se e quando* os órgãos estatais competentes, **por descumprirem** os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, **vierem a comprometer**, *com tal comportamento*, **a eficácia e a integridade** de direitos individuais **e/ou** coletivos **impregnados** de estatura constitucional, **como sucede** na espécie ora em exame (RE 1076911/DF AgR, Rel.: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/03/2018) (destaques acrescidos).

A Corte Suprema é competente para garantir a eficácia mínima dos direitos sociais, e isso não caracteriza uma violação ao princípio da separação dos poderes. A apreciação judicial, nesse caso, apresenta-se como o instrumento capaz de promover o respeito à dignidade da pessoa humana. Nessa linha é a ementa, a seguir:

EMENTA: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - **LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO** - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - **PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS**, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”

- RESERVA DO POSSÍVEL, **MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL** POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO -PRINCÍPIO “JURA NOVIT CURIA” - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125) (destaques acrescentados).

5. A Morosidade Processual no Supremo Tribunal Federal como obstáculo à efetivação dos direitos sociais.

Preliminarmente, para abordagem deste quesito, cabe fazer uma breve explanação considerando as responsabilidades da mais alta corte brasileira: o Supremo Tribunal Federal.

O Mestre José Afonso da Silva conceitua o STF – Supremo Tribunal Federal - como além de um órgão do Judiciário, “te-

mos aí a ordem judiciária do País, que compreende (a) um órgão de cúpula, como guarda da Constituição e Tribunal da Federação” (SILVA, 2014, p.562). Neste quesito a Suprema Corte é responsável por julgar ações de controle difuso e concentrado para assegurar direitos fundamentais da Constituição.

O “Relatório Supremo em Números – O Múltiplo Supremo”, de 2011, elaborado pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas - Rio de Janeiro, ao analisar 1.222.102 de processos do STF no período de 1988 até 2009, concluiu que a Corte Suprema possui três faces, que compreendem os caminhos percorridos pelas ações para alcançarem a última instância.

Para o presente artigo interessa a face constitucional e recursal do STF. A primeira, consoante o relatório, diz respeito aos processos constitucionais de controle concentrado e abstrato, quais sejam: Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e Proposta de Súmula Vinculante (PSV). A segunda, por sua vez, compreende o controle de constitucionalidade em casos de direitos difusos e concretos, que chegam até o STF por meio dos Agravos de Instrumento (AI), Mandado de Injunção (MI) e dos Recursos Ordinários Constitucionais (ROC), Extraordinários (RE) em casos específicos.

As demandas, segundo o relatório, que não são apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal por meio das vias expostas acima, traduzem a sua face ordinária, a qual não será examinada neste contexto pela ausência de pertinência com a efetivação dos direitos sociais.

De acordo com o relatório, a face recursal do STF é a mais atuante. Para a melhor compreensão da assertividade, é necessário observar a tabela abaixo:

Tabela 1- Faces da Suprema Corte

FACES	PROCESSOS	%
CONSTITUCIONAL	6.199	0,51%
ORDINÁRIA	95.306	7,80%
RECURSAL	1.120.597	91,69%

*Fonte: ESCOLA DE DIREITO DA FUNDAÇÃO
GETULIO VARGAS - RIO DE JANEIRO. Centro de
Justiça e Sociedade. I Relatório Supremo em Números
– O Múltiplo Supremo. Rio de Janeiro, 2011.*

Cabe, agora, registrar, mais uma vez, que as faces representam os caminhos percorridos pelas ações na esfera da Corte Suprema. Esta pode efetivar os direitos sociais tanto nos caminhos das ações de controle abstrato, quanto nas ações de controle concreto e, mais ainda, nos dispositivos recursais.

No entanto, pelo caminho recursal, os efeitos da atuação do Supremo apresentam-se tardios para a efetivação dos direitos sociais. Isso porque, como exposto nos dados acima, os processos de natureza recursal de 1998 até 2009 já correspondiam a 91,69% da carga processual.

Na via recursal, o Supremo Tribunal Federal aprecia os Agravos de Instrumento (AI), os Recursos Ordinários (ROC) e Extraordinários (RE). Esses recursos podem ser utilizados pelos jurisdicionados na busca de algum direito social negado nas instâncias inferiores, bem como na perseguição da segurança denegada em Mandado de Segurança, por exemplo, ou através de outras situações que caibam medidas recursais, conforme previsto nos Arts.102, II, “a” e III, “a” da CF.

Registre-se que a repercussão geral é requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal (Art.102, §3º da CF). Sem ela, o recurso não pode ser admitido. A repercussão busca exprimir, dentro da ação de controle concreto, que há questões de grande relevância, considerando aspectos econômicos, políticos, sociais e jurídicos, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa, gerando impacto para toda a coletividade, conforme é verificado nos Arts.1.025 e 1.207 do Código de Processo Civil.

Desse modo, tem-se como inequívoco que a luta do jurisdicionado pelo caminho recursal no STF já encontra como obstáculo a repercussão geral. Todavia, não é o único. A morosidade processual apresenta-se como a maior ameaça à efetivação dos direitos sociais pelo Supremo Tribunal Federal.

A Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas- Rio de Janeiro promoveu em 2014 o “Relatório Supremo em Números – O Supremo e o Tempo”. Por meio deste, analisou 1.524.060 de processos do período de 1988 a 2013, apresentando dados em diversas perspectivas sobre o tempo despendido pelo Supremo Tribunal Federal na apreciação dos processos.

Para atender ao objetivo do tópico, merecem destaque os dados referentes ao tempo em que os processos ficam conclusos ao relator.

De acordo com o relatório “O Supremo e o Tempo”, a conclusão ao relator é um indicador importante para mensurar o tempo de duração do processo na Suprema Corte brasileira, representando o tempo que este fica “esperando” uma resposta ou decisão do Ministro relator.

Tabela 2- Conclusão ao relator.

CLASSE PROCESSUAL	NÚMERO DE ANDAMENTOS DE CONCLUSÃO	DURAÇÃO MÉDIA EM DIAS
ADI	17.529	149,6
ADC	155	64,2
ADO	56	130,9
ADPF	997	98,2
AI	549.569	132,5
RE	509.237	148,3

*Fonte: ESCOLA DE DIREITO DA FUNDAÇÃO
GETULIO VARGAS - RIO DE JANEIRO. Centro de
Justiça e Sociedade. I Relatório Supremo em Números – O
Supremo e o Tempo. Rio de Janeiro, 2014.*

Na tabela acima, encontram-se os meios capazes de levar até o Supremo Tribunal Federal a violação aos direitos sociais. Ressalva deve ser feita em face das ações de controle constitucional abstrato, citadas acima, pois a legitimidade destas ações é limitada pelo rol do Art. 103 da CF. Ainda na análise de dados, a presente planilha demonstra que somente o RE (Recurso Extraordinário), é o segundo tipo de ação com maior volume de julgamentos e a segunda maior quantidade de dias de tramitação.

Resta claro, considerando tais informações, que a demora, seja na conclusão do relator, seja no número de julgamentos de causas dentro das câmaras ou pelo pleno da Suprema Corte, indubitavelmente, apresenta grande probabilidade de macular o direito social almejado, principalmente nas ações

de controle difuso, excluindo deste espectro o tempo de mandado nas instâncias inferiores.

No intuito de elucidar tal pensamento, basta trazer um caso em tese. Eventualmente uma família que buscou na justiça o direito da criança de ser matriculada no sistema de educação infantil, tendo seu direito restrito por número de vagas ofertadas pelo Município, poderá exigi-lo por Mandado de Segurança. Supostamente, sendo denegado nas duas primeiras instâncias em virtude do acolhimento da cláusula da reserva do possível, o disposto na Emenda Constitucional 53, no sentido de que todas as crianças deverão estar matriculadas no ensino infantil na faixa etária de 4 a 6 anos, passa a ser obstado pela morosidade do julgamento do recurso pelo Supremo Tribunal Federal. Caso seja concedido o direito pleiteado do mandado inicial, este não atenderá mais o direito subjetivo, pois só a conclusão do relator, segundo o levantamento, demoraria cinco meses aproximadamente.

Considerações finais

Amparado pela legislação vigente, seus respectivos fundamentos, jurisprudências e doutrinas, pode-se concluir que as ideias expressas nos julgados nas esferas do Poder Judiciário apresentam certa divergência entre a necessidade de limitar ou de exigir do Estado o atendimento dos direitos sociais.

Resta claro que o presente estudo não tem a pretensão de esgotar tal debate, haja vista que este é denso e intenso ao longo de muitos anos, posto que a argumentação é positiva para ambos os lados. Sua aplicabilidade rende argumentos favoráveis e desfavoráveis, não conduzindo a uma unanimidade. A complexidade dos aspectos jurídicos e econômicos envolvidos, deixam os embates mais alicerçados e sedimentados de cada lado. No entanto, assim como qualquer outro

dispositivo jurídico, a teoria da reserva do possível, quando mal aplicada, pode ocasionar impunidade, desvio de finalidade e manipulação do sistema jurídico em detrimento de escusas econômicas e não do interesse público, comprometendo o acesso a direitos fundamentais garantidos, transparecendo, assim, a ineficiência e o descompromisso estatal com normas constitucionais programáticas.

A tudo isso se soma a morosidade judiciária que, embora pareça produzir justiça material, ocasiona a injustiça fática, já que o acesso ao direito social, quando sentenciado, chega ao interessado tardia ou ineficazmente.

Referências

BRASIL, **Vade Mecum compacto: Constituição Federal**. 15^a. edição. São Paulo: Ed. Rideel, 2018.

CANOTILHO, J. Gomes. **Comentários à Constituição do Brasil**, 1^a edição. Saraiva, 10/2013.

ESCOLA DE DIREITO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. **Centro de Justiça e Sociedade. I Relatório Supremo em Números – O Supremo e o Tempo**. Rio de Janeiro, 2014.

ESCOLA DE DIREITO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. **Centro de Justiça e Sociedade. I Relatório Supremo em Números – O Múltiplo Supremo**. Rio de Janeiro, 2011.

FONTES, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

MARTINS, Leonardo. **Introdução à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.** Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional (Série EDB).** 4ª edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Declaração e Programa de ação de Viena – Conferência Mundial sobre Direitos Humanos.** Viena, 1993.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado,** 14ª edição. Ed. Método, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** 8ª edição, 2ª tiragem, São Paulo: Ed. Malheiros, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 37ª edição, São Paulo: Ed. Malheiros, 2014.

Saneamento básico e suas características na cidade de Manaus

Alessandra Valle Salino e Glaucia Maria de Araújo

Introdução

A água doce é um recurso natural escasso e disponível de maneira desigual no planeta. Sua distribuição para o consumo humano decorre da possibilidade de captação em rios, lagos e aquíferos de menor profundidade. Os recursos hídricos superficiais disponíveis, em abundância, no Brasil representam 11% do total mundial. Porém, a distribuição da água aqui também ocorre de forma desigual onde a bacia hidrográfica do rio Amazonas detém 71,1% da vazão nacional (TUCCI *et al.*, 2001; GIATTI & CUTOLO, 2012). De acordo com Becker, 2005 a região Amazônica teve um processo histórico de ocupação ribeirinha dispersa com tradição da utilização da água sem tratamento e uma urbanização rápida conduzida sem um compatível avanço da oferta de serviços de saneamento. A manutenção de condições sanitárias adequadas é

de extrema importância para a melhoria da qualidade de vida da população e do meio ambiente, principalmente nas áreas urbanas onde a densidade populacional é alta. Os serviços de saneamento básico são aqueles relacionados com a captação, reserva e distribuição de água, coleta e tratamento de esgotos sanitários domésticos e industriais e coleta de lixo. **Justificativa:** Este tema é de suma importância, pois o mundo todo atualmente debate sobre a escassez da água e nós brasileiros temos grande parte da água doce mundial em nosso território. De acordo com Rebouças, 1999:

(...) o Brasil destaca-se no cenário mundial pela grande descarga de água doce dos seus rios, cuja produção hídrica, 177.900 m³/s e mais 73.100 m³/s da Amazônia Internacional, representa 53% da produção do continente Sul Americano (334.000 m³/s) e 12% do total mundial (1.488.000 m³/s). (REBOUÇAS, 1999 p. 29).

Portanto, devemos cuidar deste legado de modo apropriado e com bastante responsabilidade e para que isso aconteça devemos conhecer a realidade dos serviços de saneamento básico em nosso país, estados e cidades. Assim sendo, este trabalho se propõe a apresentar a situação atual do esgotamento sanitário da cidade de Manaus. **Estratégia metodológica:** Da análise dos dados estatísticos e percentuais exarados por Instituições e Órgãos Oficiais traçamos o quadro sanitário da cidade de Manaus. **Resultados:** os números apresentados nesta pesquisa exibem uma política pública voltada ao saneamento básico de pouca efetividade e abrangência. Água, esgoto e lixo são tratados de forma precária, demonstrando números incompatíveis com a economia do Estado é que indicamos abaixo. **Conclusões:** A falta de saneamento básico compromete o meio ambiente, corrói

os recursos disponíveis e fragiliza a saúde das populações, eis que as condições essenciais para a conservação da vida devem incidir em ambiente salubre. Desta forma, a ausência de políticas públicas de saneamento básico não deve ser vista somente pelos danos ambientais, como também por critérios sociais e econômicos que apontam para números que traduzem os números que aqui demonstramos: falta de água tratada, esgoto a céu aberto e lixo sem destinação específica traz subdesenvolvimento humano, são consequências do quadro social relatado.

1. Marco Legal do Saneamento Básico como política pública

É sabido que a preocupação com serviços de saneamento básico se protraí no tempo alcançando um patamar importante desde a 3ª Conferência Nacional de Saúde (1963), que propôs vigorosa reforma na estrutura sanitária do país, englobando, de forma pioneira a Política Nacional de Saúde, a fim de atender às necessidades da sociedade a custos suportáveis pelo poder público. A proposta apresentada inclui:

“(i) a municipalização dos serviços locais de saúde pública para proporcionar um mínimo de assistência médico-sanitária às populações rurais aos moldes da visão municipalista da Constituição de 1946.

(ii) a solução para a descontinuidade administrativa, fator preponderante para a ineficiência dos serviços públicos de saúde.

(iii) a criação de uma infraestrutura sanitária local, com recursos humanos especializados e materiais adequados, capaz de executar e dar continuidade aos

programas de saúde pública com a efetiva melhoria do estado sanitário do país” (BRASIL, 1963, p. 183).

As medidas político-administrativas demonstradas no referido evento recomendavam, por fim, a definição de atribuições pelos diversos níveis do Poder Público, dividindo-as dentre os entes federativos as respectivas competências da União, dos Estados e dos Municípios, ficando a cargo municipal:

“(a) coordenar os serviços locais de saúde, de acordo com os critérios fixados nos Planos Diretores nacional e estadual, compatíveis com as reais condições financeiras, culturais e administrativas;

(b) organizar, em lei municipal, a obrigatoriedade da participação financeira do município na manutenção das atividades de saúde e saneamento básico como, por exemplo, imunização contra as doenças transmissíveis;

(c) executar e manter serviços de saneamento básico;

(d) contratar pessoal para manter a organização municipal e

(e) criar uma infraestrutura permanente” (BRASIL, 1963, p. 185 e 186).

Em 1986, no Relatório denominado “Para um Novo Pacto Social” Hélio Jaguaribe, ao se referir aos serviços sociais, acentua a necessidade de se proceder substancial ampliação dos mesmos e correspondente melhoria de seu padrão de eficiência e qualidade. Aponta várias causas a se levar em consideração por ocorrer deficiência nos respectivos serviços, mas um fator chama atenção: ao mesmo tempo que

assevera ser o setor privado, através da privatização, a única forma do Estado prestar bons serviços à crescente demanda da população, tem o condão de desestimular sua efetiva aplicação pelo governo ao imputar o desaparelhamento deste às demandas da sociedade. Com relação à ineficiência administrativa aponta vários fatores dentre eles a saúde e o saneamento básico: “pela precariedade na prestação de serviços de saúde, associada à política setorial de saneamento básico deficiente ou até mesmo ausente nas grandes concentrações populacionais como ocorre nos perímetros urbanos” (JAGUARIBE *et al.*, 1991).

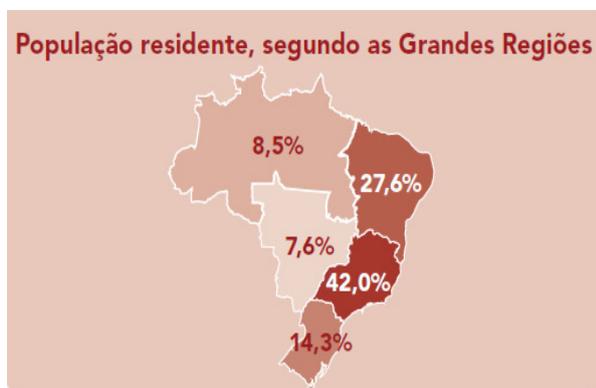
O ponto crucial e legal dado ao saneamento básico, no Brasil, surgiu em 2012 com a promulgação da Lei Complementar n. 141/2012 que nos seus artigos 3º, incisos VI; VII e 4º, inciso V trata desse assunto sendo considerado o marco legal da citada política pública. Na primeira hipótese, para efeito da apuração da aplicação dos recursos mínimos estabelecidos em lei, serão consideradas despesas com ações e serviços públicos de saúde referentes ao saneamento básico de domicílios ou de pequenas comunidades, desde que, seja aprovado pelo Conselho de Saúde do ente da Federação financiador da ação. No segundo caso, o legislador acompanhou o consenso da doutrina e da jurisprudência ao estipular que não constituirão despesas com ações e serviços públicos de saúde, para fins de apuração dos percentuais mínimos de que trata tal Lei Complementar, aquelas decorrentes do saneamento básico, inclusive, quanto às ações financiadas e mantidas com recursos provenientes de taxas, tarifas ou preços públicos instituídos para essa finalidade. Isso porque, como já dito acima, os recursos arrecadados a título de taxa/preço ou tarifa pública só podem ser gastos para custear a atividade estatal que deu causa a esse tributo. O objetivo era, sem dúvida, reverter o quadro precário que envolve o ciclo de saneamento básico em todo território nacional (BRASIL, 2012).

2. Dados de Saneamento Básico no Brasil, na Região Norte e no Amazonas

Conforme informações do censo demográfico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2010, a população urbana brasileira era de 84,4%, e na Amazônia Legal era de 71,8 tendo destaque para alguns estados onde a média foi maior que a média da região: Amapá, 89,8%; Mato Grosso, 81,8%; Amazonas, 79,1%; Tocantins, 78,9% e Roraima, 76,6% (BRASIL, 2010).

Segundo a Pesquisa por Amostra de Domicílios Contínuas (PNAD), 2018 a população brasileira, residente no país, foi estimada em 207,1 milhões de pessoas, onde a região Norte possui a segunda menor participação da população total 8,5% (figura 1). O estudo foi realizado em 168 milhões de domicílios ao longo dos quatro trimestres de 2017, sendo 5,1 milhões na região Norte (BRASIL, 2018a).

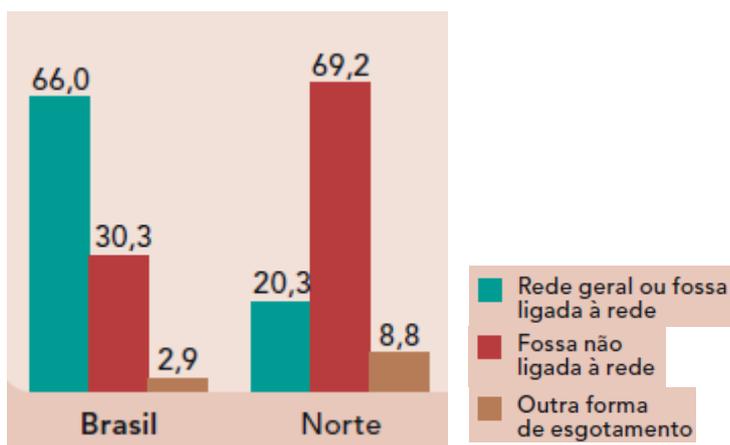
Figura 1 - Distribuição percentual da população residente no Brasil, por região brasileira.



Fonte: PNAD Contínua - IBGE, 2018.

Com relação ao esgotamento sanitário constatou que um terço dos domicílios brasileiros não contava com acesso direto a rede de esgoto. Das 69,8 milhões de casas existentes no país 66% fazem o escoamento do esgoto pela rede geral, enquanto 33,3% utilizam fossas não ligadas à rede e outros 2,9% através de outros meios. A região Norte é a região brasileira com menor presença de domicílios com rede de esgoto, apenas 20,3%, 69,2% fazem o escoamento por fossas não ligadas à rede geral e 8,8% por outros meios (figura 2) (BRASIL, 2018a).

Figura 2 - Distribuição de domicílios, Brasil e região Norte, por esgotamento sanitário.

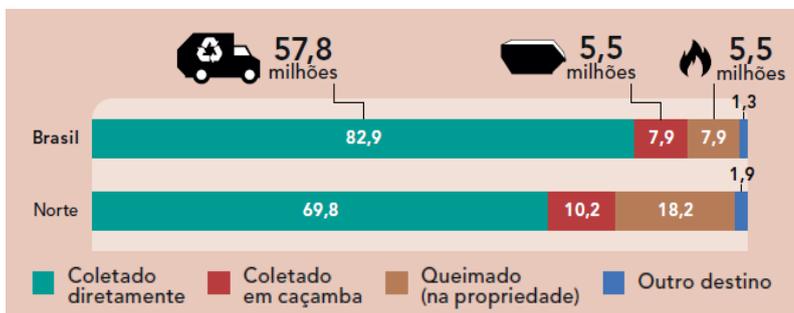


Fonte: PNAD Contínua - IBGE, 2018.

Com relação a coleta de lixo a referida pesquisa mostrou que o recolhimento feito diretamente nas casas por serviços de limpeza aumentou, no Brasil, de 82,6% para 82,9% de 2016 para 2017, 7,9% é coletado indiretamente nas caçambas, 7,9% queimados nas propriedades e 1,3% outros destinos.

Porém, este quadro não se apresenta distribuído da mesma forma no país, na região Norte 18,2% do lixo é queimado nas próprias residências, a coleta por caçamba corresponde a 10,2%, a coleta por serviço de limpeza representa o segundo menor percentual dentre as outras regiões do país 69,8% e 1,9% tem outros destinos (figura 3) (BRASIL, 2018a).

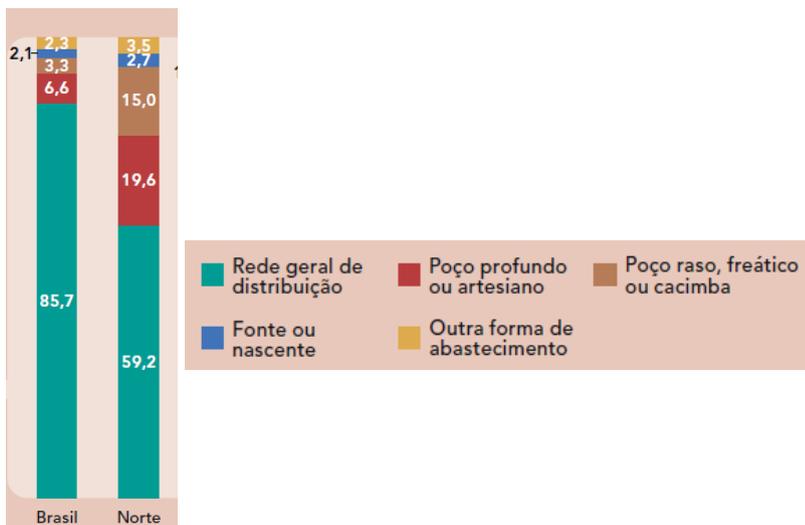
Figura 3 – Distribuição de domicílios, Brasil e região Norte, por destino de lixo.



Fonte: PNAD Contínua - IBGE, 2018.

A pesquisa também mostrou que 97,2% dos lares do país possuem água canalizada, sendo que em 85,7% deles, a principal fonte de abastecimento é a rede geral de distribuição, em 6,6% o abastecimento se faz por poço profundo ou artesiano, através de poço raso, freático ou cacimba em 3,3% e em 2,2% dos casos a água era proveniente de fonte ou nascente. Enquanto o Norte apresentou o menor percentual dentre as regiões do Brasil com rede geral de distribuição 59,2% e os maiores percentuais quando a principal fonte foram o poço profundo ou artesiano 19,6% e o poço raso, freático ou cacimba 15% (figura 4) (BRASIL, 2018a).

Figura 4 - Distribuição de domicílios, Brasil e região Norte, por abastecimento de água.



Fonte: PNAD Contínua - IBGE, 2018.

Segundo as informações do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento SNIS - 2016 com relação ao indicador de atendimento de água e esgoto da rede (figura 5):

Figura 5: Índices médios de atendimento de água e esgoto da região Norte e Brasil

Região	Índice de atendimento com rede (%)				Índice de tratamento dos esgotos (%)	
	Água		Coleta de esgotos		Esgotos gerados	Esgotos coletados
	Total	Urbano	Total	Urbano	Total	Total
	(IN ₀₅₅)	(IN ₀₂₃)	(IN ₀₅₆)	(IN ₀₂₄)	(IN ₀₁₆)	(IN ₀₁₆)
Norte	55,4	67,7	10,5	13,4	18,3	81,0
Brasil	83,3	93,0	51,9	59,7	44,9	74,9

Fonte: BRASIL, 2018a

A região Norte apresenta 55,4% de atendimento total e 67,7% atendimento urbano, estando abaixo da média brasileira de 83,3% e 93,0% respectivamente (BRASIL, 2018b).

Com relação ao atendimento de coleta de esgoto a região Norte mostra um atendimento total de 10,5% e urbano de 13,5%, muito inferior à média no Brasil (51,9% e 59,7% respectivamente). No que diz respeito ao tratamento dos esgotos a região Norte tem 18,3% do esgoto gerado e 81,0% de esgotos coletados, estando abaixo do Brasil nos gerados (44,9%) e um pouco acima dos coletados (74,9%). O índice de perda na distribuição de água¹⁹ de 47,3% também acima da média de perda brasileira de 38,1% (BRASIL, 2018b).

A região Norte apresenta as menores médias quando comparadas com todas as outras regiões brasileiras, na maioria dos indicadores de saneamento básico, só ficando na frente da região Nordeste (79,7%) e Sudeste (69%) no tratamento de esgoto/esgotos coletados (BRASIL, 2018b).

O estado do Amazonas apresenta a seguinte representatividade com relação ao índice médio de atendimento urbano

19. De acordo com o Relatório do SNIS, 2016 “as perdas se dividem em: (i) perdas aparentes e (ii) perdas reais:

(i) Relacionadas ao volume de água efetivamente consumido pelo usuário, mas que não foi medido ou contabilizado, gerando perda de faturamento. São falhas decorrentes de erros de medição (hidrômetros inoperantes, com submedição, erros de leitura, fraudes, equívocos na calibração dos hidrômetros), ligações clandestinas, *by pass* irregulares nos ramais das ligações (conhecidos como gatos), falhas no cadastro comercial e outras situações. A água é efetivamente consumida, mas não é faturada. (ii) Referem-se a toda água disponibilizada para distribuição que não chega aos consumidores. Essas perdas acontecem por vazamentos em adutoras, redes, ramais, conexões, reservatórios e outras unidades operacionais do sistema. Compreendem principalmente os vazamentos em tubulações da rede de distribuição, provocados pelo excesso de pressão em regiões com grande variação topográfica. Também estão associados à qualidade dos materiais utilizados, à idade das tubulações, à qualidade da mão-de-obra e à ausência de programas de monitoramento de perdas, dentre outros fatores” (BRASIL, 2018b).

de água (entre 80,1% a 90%), de rede coletora de esgoto (abaixo de 10%) e com um índice de perda na distribuição de água de 44,8%.

Conforme a tabela comparativa do produto interno bruto (PIB) *per capita* 2002-2009 de Giatti & Cutolo, 2012 (tabela 1) que possibilita a análise integrada sobre o PIB e alguns aspectos do saneamento básico, apesar do aumento do PIB no estado do Amazonas o mesmo apresentou pouco avanço frente às reais necessidades de saneamento, principalmente quando verificamos a elevada dinâmica econômica ocorrida em contrapartida da pequena evolução.

Tabela 1: Percentual de crescimento do PIB per capita e domicílios com ligação de rede de abastecimento de água e esgoto no Brasil e Amazonas no período de 2002 a 2009.

Estado	Crescimento percentual do PIB <i>per capita</i> entre 2002 e 2009	Percentual de domicílios com ligação à rede de abastecimento de água e evolução em pontos percentuais no período			Percentual de domicílios com ligação à rede de esgotos e evolução em pontos percentuais no período		
		2002 (%)	2009 (%)	evolução no período	2002 (%)	2009 (%)	evolução no período
Brasil	101,9%	79,0	83,1	4,0	46,4	52,5	6,2
Amazonas	101,0%	68,9	70,3	1,4	2,7	18,6	15,9

Fonte: Adaptação de Giatti & Cutolo, 2012.

3. Manaus: o sistema de esgotamento sanitário, abastecimento de água e coleta de lixo

A região Metropolitana de Manaus é considerada a maior em área territorial do mundo, com 101.474 km² é superior aos estados brasileiros: Pernambuco, Santa Catarina e Rio de Janeiro e apresenta uma população superior aos 2,5 milhões de habitantes, o que representa 60% da população do esta-

do do Amazonas e aproximadamente 14,4% da população da região Norte. Esta região Metropolitana foi criada pela Lei Complementar Estadual nº 52, de 30 de maio de 2007 e reúne 8 municípios em processo de conurbação: Manaus, Iranduba, Careiro da Várzea, Rio Preto da Eva, Manacapuru, Novo Airão, Itacoatiara e Presidente Figueiredo (figura 6) (AMAZONAS, 2015a).

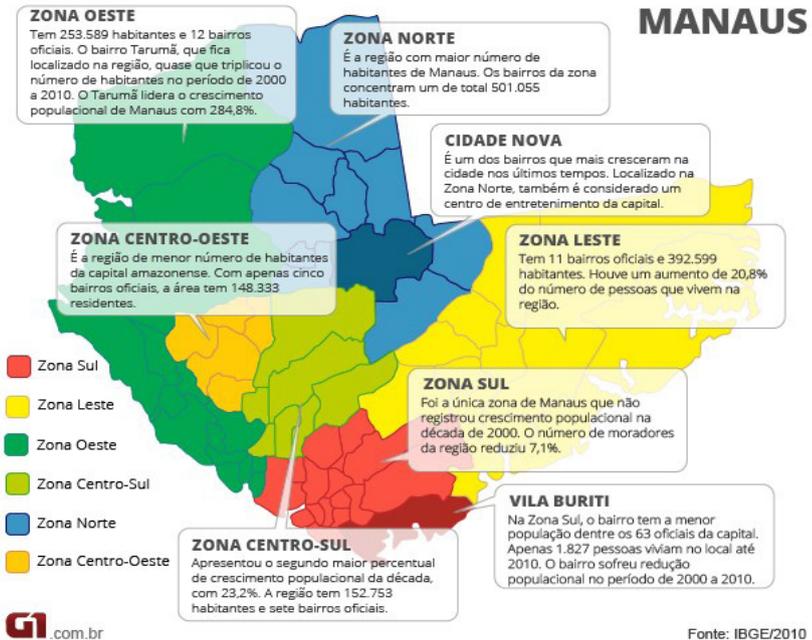
Figura 6: Mapa da Região Metropolitana de Manaus



Fonte: PES/AM 2016-2019.

A população da cidade de Manaus de acordo com os últimos dois censos demográficos realizados no Brasil, em 2000 e 2010 pelo IBGE, aumentou de 1.405.835 para 1.802.014 habitantes representando um crescimento de 28,2% (BRASIL, 2000; BRASIL, 2010). A mesma tem a distribuição dividida por 6 zonas conforme figura 7, abaixo:

Figura 7: Distribuição da cidade de Manaus por bairros



Fonte: Censo IBGE, 2010.

O mapa (figura 8) aponta a cobertura do sistema de esgotamento sanitário, em Manaus, operado nos dias atuais pela empresa concessionária “Manaus Ambiental”. A mesma empresa, em seu site oficial, a informação de que o complexo sanitário da cidade de Manaus possui uma extensão de 478 km de redes coletoras associadas a 60 estações de tratamento de esgoto e 51 elevatórias, subdividindo-se em dois sistemas: um que abrange o centro da cidade e partes dos bairros Educandos, Morro da Liberdade, Santa Luzia e adjacências, que é chamado de sistema integrado, e outro formado por vários sistemas isolados dispostos ao longo de toda a cidade, como é o caso de vários conjuntos habitacionais, residenciais que possuem o serviço operado pela concessionária.

Os investimentos para universalização deste serviço serão na ordem de R\$ 2.2 bilhões, em 30 anos, com a construção de nove grandes complexos de estações de tratamento de esgoto. Em médio prazo, Manaus terá mais de 60% de todo o seu esgoto coletado e tratado, tornando-se assim, referência nacional em saneamento básico (MANAUS AMBIENTAL, 2018a).

Relacionado ao tratamento e distribuição da água em rede na cidade de Manaus (figura 9) se apresenta através 3 estações de tratamento de água: Estação de Tratamento de Água – ETA Ponta do Ismael (ETA I e II) responsáveis por 80% da água distribuída e ETA Mauzinho (representa 4% da distribuição de água); e 165 unidades de Centros de Produção de Águas Subterrâneas (CPAS) localizadas nas zonas Leste e Norte (corresponde a 16% da água distribuída).

Figura 8: Mapa de cobertura de esgoto em Manaus

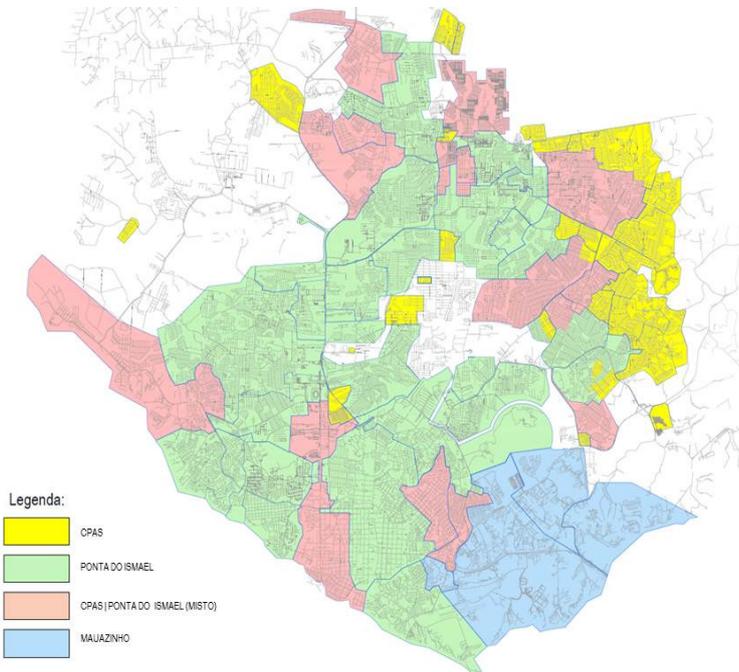


Fonte: Manaus Ambiental, 2018b.

No mapa (figura 9) constam informações da mesma empresa concessionária sobre o abastecimento de água na cidade

de Manaus, mas sua leitura deve ser conjugada com o quadro (figura 10) a respeito do Ranking de Saneamento Básico no Brasil 2017, ilustrado pelo Instituto Trata Brasil de onde extraímos os dados que Manaus/AM possui uma população total de 2.094.391 habitantes, ocupando a nonagésima sexta posição, entre as 100 cidades pesquisadas, o que representa ser a 6ª pior cidade desse estudo e a 3ª pior situação dentre as 27 capitais brasileiras consideradas neste estudo (TRATA BRASIL, 2018).

Figura 9: Abastecimento de água em Manaus



Fonte: Manaus Ambiental, atualizado em jan. 2014.

Vale a pena, portanto, destacar para maior visibilidade os números apurados e expostos nas ilustrações, em especial, na

figura 7. Senão veja-se os seguintes indicadores e seus respectivos valores para o município de Manaus: (i) Indicador de atendimento total de água (87,79%); (ii) Indicador de atendimento urbano de água (88,20%); (iii) Indicador de atendimento total de esgoto (10,18%); (iv) Indicador de atendimento urbano de esgoto (10,23%); (v) Indicador de esgoto tratado por água consumida (23,80%); (vi) Investimento médio últimos 5 anos R\$ 293,71 (milhões/ano); (vii) Investimento médio anual por habitante R\$ 28,05 (und.); (viii) Indicador perdas no faturamento 2016 (71,85%); (ix) Indicador perdas na distribuição 2016 (44,15%) (TRATA BRASIL, 2018).

Em síntese, dos 20 piores municípios do Ranking, a região Norte se faz presente com três municípios do Pará e um município de cada um dos seguintes estados: Amapá, Amazonas (Manaus), Rondônia e Acre.

No que diz respeito ao atendimento total de água dos 20 piores municípios, apenas 7 possuem mais do que 90% de atendimento. Manaus figura com 87,79% de atendimento e 5 municípios da região Norte possuem níveis de atendimento próximos ou inferiores a 50%. São eles: Macapá (AP), Porto Velho (RO), Santarém (PA), Ananindeua (PA) e Rio Branco (AC). “O indicador médio para o grupo é de 79,22% valor abaixo da média nacional (83,30%), segundo o SNIS - 2016. Encontram-se também abaixo da média dos 20 melhores municípios (99,34%), tais municípios se mostram muito próximos da universalização dos serviços de água (TRATA BRASIL, 2018).

Com relação ao indicador de atendimento urbano de água, Manaus atende 88,20% da população, cujo valor é inferior à média nacional de 93% (SNIS, 2016) e à média do grupo dos 20 melhores municípios (99,93%), de maneira que tais municípios encontram-se muito próximos da universalização dos serviços de água nesse critério também. (TRATA BRASIL, 2018).

De acordo com a PNAD Contínua, 2017 84,9% dos domicílios tem o abastecimento de água por rede geral de distribuição, 11% por poço profundo ou artesiano, 1,8% poço raso, freático, ou cacimba, 1,6% de fonte ou nascente e 0,6% outras formas de abastecimento (BRASIL, 2018a).

Para o indicador de atendimento total de esgoto, Manaus (AM) realiza a coleta de esgoto de 10,18%, coletando menos que 15% do esgoto que produzem, deixando 89,82% da população manauara sem coleta de esgoto e indicando um valor bastante inferior à média nacional de 51,90% (SNIS, 2016) (TRATA BRASIL, 2018).

Atinente ao indicador de atendimento urbano de esgoto também é bastante baixo: 10,23% e se levarmos em consideração a média nacional a discrepância é ainda maior em relação à já baixa média brasileira de 59,70% (TRATA BRASIL, 2018).

Com relação ao indicador de tratamento de esgoto por água consumida, Manaus (AM) trata 23,80%, quase a metade da média brasileira de 44,90% (TRATA BRASIL, 2018).

Conforme a PNAD contínua, 2017 o esgotamento sanitário em Manaus ocorre na proporção de 49,9% por rede geral ou fossa ligada a rede, 43,9% fossa não ligada a rede e 6% outra forma de esgotamento. Com relação a coleta de lixo 90% do lixo da cidade é coletado diretamente nas residências, 3,8% nas caçambas, 4,7% queimado nas propriedades e 1,5% tem outro destino (BRASIL, 2018a).

No que diz respeito aos investimentos dos últimos 5 anos, a mediana entre os municípios foi de R\$ 67,26 milhões, se levarmos em conta que Manaus teve investimentos na base de R\$ 293,71 milhões por ano, muito acima da média nacional, apesar deste investimento grande a cidade se encontra entre as 20 piores, estando na 6ª pior posição do ranking (TRATA BRASIL, 2018).

Quanto ao indicador de perdas de faturamento, “Manaus deixa de faturar 71,85% da água produzida. O indicador médio de perdas no faturamento brasileiro é de 58,55%”, ou seja, Manaus possui um nível de perdas acima de 30% (o dobro do parâmetro considerado adequado de 15%) (TRATA BRASIL, 2018).

Situação semelhante ocorre para os indicadores de perdas na distribuição, sendo o nível de 30% virtualmente o menor patamar de perdas. “O indicador médio para o grupo é de 45,07%, a título de comparação, a média do Brasil é de 38,10%” e Manaus apresenta uma perda de 44,15% estando acima da média brasileira (TRATA BRASIL, 2018).

A tese de Oliveira em 2007, já comprovava déficits na cobertura e precariedade das redes do sistema de abastecimento de água, esgotos gerados e lançados sem tratamento no solo ou nos corpos de água e insuficiência de redes de coletas de esgoto relatando, inclusive, que isto marca a paisagem das ruas da cidade que constantemente apresenta sarjetas de águas pluviais contendo esgoto *in natura*.

Figura 10: Principais indicadores de saneamento para as capitais brasileiras

Município	UF	Ranking 2018	População Total (IBGE)	Indicador de atendimento total de água (%)	Indicador de atendimento urbano de água (%)	Indicador de atendimento total de esgoto (%)	Indicador de atendimento urbano de esgoto (%)	Indicador de esgoto tratado por água consumida (%)	Investimento 5 anos (Milhões R\$)	Investimento médio anual por habitante (R\$ und.)	Indicador perdas no faturamento 2016 (%)	Indicador perdas na distribuição 2016 (%)
Curitiba	PR	17	1.893.997	100,00	100,00	99,99	99,99	92,93	693,76	73,26	29,06	39,46
São Paulo	SP	23	12.038.175	99,30	100,00	96,30	97,00	61,96	9.113,98	151,42	30,77	36,69
Goiânia	GO	24	1.448.639	99,62	100,00	91,26	91,61	67,88	711,94	98,29	36,03	22,53
Campo Grande	MS	26	863.982	99,82	99,80	77,84	78,90	58,38	647,95	149,99	36,05	19,42
Belo Horizonte	MG	30	2.513.451	95,04	95,00	92,49	92,49	72,16	1.061,72	84,48	36,35	37,36
Porto Alegre	RS	31	1.481.019	100,00	100,00	89,99	89,99	53,54	613,16	82,80	45,93	24,98
Palmas	TO	33	279.856	97,44	97,00	69,27	67,62	35,90	276,70	197,74	31,29	13,05
Brasília	DF	35	2.977.216	99,06	99,10	85,23	85,23	84,42	878,80	59,04	24,80	35,21
João Pessoa	PB	37	801.718	100,00	100,00	74,78	75,06	78,78	190,68	47,57	39,59	40,28
Rio de Janeiro	RJ	39	6.498.837	99,02	99,00	85,16	85,16	44,51	1.922,68	59,17	54,95	25,36
Salvador	BA	41	2.938.092	90,54	90,60	78,75	78,77	100,00	544,32	37,05	46,85	53,07
Araçaju	SE	47	641.523	99,29	99,30	48,48	48,48	51,05	358,26	111,69	22,60	33,45
Vitória	ES	51	359.555	94,70	94,70	71,15	71,15	66,68	341,94	190,20	25,75	33,21
Boa Vista	RR	56	326.419	97,73	100,00	56,67	58,00	69,30	382,67	234,47	67,23	65,99
Florianópolis	SC	58	477.798	100,00	100,00	60,25	62,62	44,55	295,37	123,64	31,78	39,35
Fortaleza	CE	65	2.609.716	83,31	83,30	49,68	49,68	53,19	806,14	61,78	26,69	42,64
Cuiabá	MT	67	585.367	98,13	100,00	51,39	52,26	30,90	582,67	199,08	59,81	59,22
Maceió	AL	74	1.021.709	96,17	96,20	40,32	40,35	92,09	122,99	24,07	59,65	59,93
São Luís	MA	76	1.082.935	82,12	87,00	47,75	50,55	11,04	260,06	48,03	62,71	62,70
Recife	PE	77	1.625.583	83,81	83,80	41,67	41,67	73,75	1.393,21	171,41	57,81	61,16
Natal	RN	79	877.662	91,62	91,60	38,17	38,17	29,00	211,28	48,15	45,00	54,22
Teresina	PI	84	847.430	99,72	99,50	23,49	24,92	14,63	47,57	11,23	50,25	47,54
Rio Branco	AC	90	377.057	54,63	59,50	22,00	23,96	34,25	90,57	48,04	59,58	58,19
Manaus	AP	95	465.495	87,11	39,40	8,91	9,04	16,87	52,86	22,71	63,06	66,25
Maceió	AM	96	2.094.391	87,79	88,20	10,18	10,23	23,80	293,31	28,05	71,85	44,15
Belém	PA	98	1.446.042	70,41	71,00	12,62	12,73	2,67	287,26	39,73	45,71	46,77
Porto Velho	RO	100	511.219	33,05	36,30	3,39	3,38	1,54	15,32	5,99	69,77	70,88

Fonte: TRATA BRASIL, 2018.

4. A Visão geral do saneamento básico no Amazonas sob a ótica do Tribunal de Contas da União (TCU) e do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas (TCE/AM)

De acordo com o TCU o saneamento básico é fundamental para assegurar uma boa qualidade de vida e cita os seguintes dados estimativos da Organização Mundial de Saúde (OMS): “6% de todas as doenças no mundo são causadas por consumo de água não tratada e pela falta de coleta de esgoto, além da falta de água limpa matar anualmente mais de 1.800.000 de crianças com menos de cinco anos de idade” (BRASIL, 2016). Segundo enfatiza o TCU isso representa uma morte a cada vinte segundos, significando um fato de-veras alarmante.

Descrevendo sobre o Amazonas, o TCU alega que “considerável parcela da população ainda não tem sequer uma rede de esgotamento sanitário e nem água potável disponível em sua residência” e arrola dados de 2013 divulgados pela Síntese de Indicadores Sociais (SIS) de 2014, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) “63,6% dos domicílios urbanos no Amazonas não possuíam o acesso ao saneamento básico adequado, sendo que desses domicílios 28,2% não tinham abastecimento de água; 90,7% não possuíam esgotamento sanitário e 4,1% não tinham coleta de lixo” (BRASIL, 2016).

Indica o TCU que na zona rural, segundo dados de 2012 registrados na publicação do IBGE, Indicadores de Desenvolvimento Sustentável Brasil 2015, “a proporção de moradores em domicílios particulares permanentes rurais com esgotamento sanitário adequado no Amazonas não chegava a 10%”. Isso numa realidade onde a população residente em

área urbana “corresponde a 79,09% e a área mais densamente povoada é a de Manaus, onde se registra densidade de 158 hab/km². Nota-se que Manaus concentra mais da metade da população do estado (51,72%)” (BRASIL, 2016).

Entre os anos de 2003 e 2011, relata o TCU “o montante de recursos orçamentários federais comprometidos com iniciativas de saneamento no Brasil foi de R\$ 41,5 bilhões, o que corresponde a 0,13% do PIB do período”. Durante a 2ª fase do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC-2), de 2011 a 2014, expõe o TCU foi previsto R\$ 45,1 bilhões para o saneamento básico, dos quais R\$ 2,8 bilhões apenas em 2014. “Contudo, os desembolsos efetivos raramente ultrapassam 50% dos montantes orçados, a exemplo de 2010 e 2011” (BRASIL, 2016).

Restando ao estado do Amazonas apenas um município contemplado, como se observa na figura 11 abaixo:

Figura 11: Municípios selecionados para a terceira etapa das ações de saneamento do PAC 2



Fonte: BRASIL, 2014.

Sabe-se que a Lei n. 11.445/2007, artigo 3º, inciso I²⁰, estipula diretrizes nacionais para o saneamento básico e o estado do Amazonas, relativo ao abastecimento de água potável e esgotamento sanitário, possui diversos sistemas de gestão: “(i) em 32 dos municípios, o serviço é prestado de forma direta; (ii) em 17 municípios a atuação é descentralizada para entidades/órgãos da administração municipal (autarquias ou companhias municipais); (iii) em 12 o serviço é prestado pela Companhia de Saneamento do Amazonas (COSAMA), que é órgão estadual; e, (iv) em Manaus, o serviço é prestado por meio de um contrato de concessão pela empresa Manaus Ambiental, discorre o TCU, tendo a Agência Reguladora dos Serviços Públicos Concedidos do Estado do Amazonas (ARSAM), para executar a fiscalização, a mediação, o controle e a regulação da qualidade abastecimento de água e esgotamento sanitário em Manaus, ficando a Unidade Gestora de Abastecimento de Água e Esgoto Sanitário (UGPM-Água) como órgão responsável pelo saneamento básico nas vertentes de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário (BRASIL, 2016).

20. Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I - Saneamento básico: conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de: a) abastecimento de água potável: constituído pelas atividades, infraestruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição; b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades, infraestruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente; c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos: conjunto de atividades, infraestruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo originário da varrição e limpeza de logradouros e vias públicas; d) drenagem e manejo das águas pluviais, limpeza e fiscalização preventiva das respectivas redes urbanas: conjunto de atividades, infraestruturas e instalações operacionais de drenagem urbana de águas pluviais, de transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas nas áreas urbanas.

O Tribunal de Contas do Estado do Amazonas (TCE/AM) utiliza dados do Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgotos do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS), do Ministério das Cidades, no Amazonas, para demonstrar que são “399,29 milhões de litros de água tratada desperdiçados todos os dias, em média, antes de chegarem às torneiras dos lares e indústrias amazonenses. O volume desperdiçado equivale a 47% da água tratada no Estado. São 697,66 litros/dia para cada uma das 572.339 ligações” (AMAZONAS, 2015b).

O Plano Municipal de Saneamento Básico para os segmentos de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário de Manaus com dados de 2013 da Manaus Ambiental S.A aponta os indicadores elencados pelo TCU, senão veja-se: “(i) Cobertura de abastecimento – 95%; (ii) Índice de Adesão ao Serviços – 72,63%; (iii) Número de Economias (Dez 2013) – 336.515; (iv) Extensão de Rede de Distribuição – 3.537,33 km; (v) Volume de Reservação – 214.946 m³” (BRASIL, 2016).

Com relação ao lixo, Manaus conta com o Plano Diretor de Resíduos Sólidos, Decreto n. 1.349/2011, ficando a cargo da Secretaria Municipal de Limpeza Urbana (SEMULSP) a responsabilidade de limpeza e tratamento dos resíduos sólidos locais. O TCU descreve que o gestor do respectivo Órgão informou que: “a população urbana de Manaus é de 2.047.282 habitantes e a rural, de 9.829 habitantes, destes, a coleta regular de lixo abarca no âmbito urbano um total aproximado de 2.015.549 (98,45%) e no âmbito rural um total aproximado de 1.612 (16,4%)”, mas a operacionalização e o monitoramento do aterro sanitário fica muito aquém do previsto em lei, como assegura o TCU utilizando informações do Tribunal de Contas do Estado/AM, a saber: “Os problemas encontrados se repetem em todos os municípios

auditados: existência de lixão a céu aberto, degradação paisagística, a contaminação do solo, da água e do ar, proximidade de residências e o conseqüente agravamento da saúde pública” (BRASIL, 2016).

A dificuldade de obtenção de dados estatísticos contendo o quadro de saneamento básico no Amazonas é tão grande que o próprio TCU cuida de números globais a respeito do assunto com suporte nos números e dados da Síntese de Indicadores Sociais (SIS), de 2013, e do IBGE, 2014. Retratando essa situação de ausência de dados vejamos o que dispõe esta Corte de Contas: “no Amazonas, considerável parcela da população ainda não tem sequer uma rede de esgotamento sanitário e nem água potável disponível em sua residência”. E continua a relatar o TCU: “63,6% dos domicílios urbanos no Amazonas não possuíam o acesso ao saneamento básico adequado, sendo que desses domicílios 28,2% não tinham abastecimento d’água; 90,7% não possuíam esgotamento sanitário e 4,1% não tinham coleta de lixo” (BRASIL, 2016).

Idêntico quadro é vivenciado pelo Tribunal de Contas do Estado (TCE), tanto que como o próprio nome já dispõe a auditoria realizada no período de 2011 a 2014 está adstrita à questão operacional e ambiental dos sistemas públicos de abastecimento de água do Amazonas, cujo objetivo era “avaliar a gestão dos sistemas públicos de abastecimento de água em 17 municípios do Amazonas, relativos à captação, adução, tratamento, reserva, distribuição e a capacidade de assegurar a disponibilidade de água tratada para os consumidores, por meio de ações de operacionalização, planejamento e prevenção, bem como evidenciar boas práticas”, ficando de fora o município mais populoso do Amazonas, a saber: Manaus²¹, mas incluindo as cidades Itacoatiara,

21. Serviço Autônomo de Água e Esgoto (SAAE) de Manacapuru, Serviço Autônomo de Água e Esgoto Itacoatiara; Serviço Autônomo de Água

Novo Airão, Careiro da Várzea e Presidente Figueiredo que integram a Região Metropolitana de Manaus – RMM (AMAZONAS, 2015b).

Na verdade, o caos do Amazonas em políticas públicas de saneamento básico se vislumbra por meio de fatores que englobam não só infraestrutura técnica/operacional precária na exploração e tratamento de água e esgoto, como também carência de pessoal técnico nos órgãos e concessionários que exploram tal serviço público, agravada por uma excessiva inadimplência da população local quanto ao pagamento pelos serviços prestados.

Com relação à Gestão dos Sistemas Públicos de Abastecimento de Água vale a pena destacar, em rol exemplificativo, as fragilidades comuns constatadas nos municípios que integram a RMM, incluídos na respectiva auditoria. Vejamos: (i) regulação das ações do serviço de abastecimento público, em conformidade com a Lei n. 11.445/2007; (ii) ausência de licenciamento ambiental do sistema, priorizando as áreas de manancial; falta de cadastramento dos poços do sistema de abastecimento junto ao Instituto de Proteção Ambiental do Estado do Amazonas (IPAAM); (iii) inexistência de concurso público para formação de quadros funcionais do sistema de abastecimento de água; (iv) redimensionamento das áreas administrativas dos sistemas públicos de abastecimento adequando-as ao para o gerenciamento e desenvolvimento das

e Esgoto de Presidente Figueiredo; Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Tefé; Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Parintins; Companhia de Água, Esgoto e Saneamento Básico de Coari – CAESC; Companhia Humaitaense de Águas e Saneamento Básico – COHASB; Companhia de Saneamento Básico do Estado do Amazonas – COSAMA; Agências: Benjamin Constant, Careiro da Várzea, Carauari, Manaquiri e Tabatinga; e ainda as Administrações Municipais: Prefeitura Municipal de Atalaia do Norte; Prefeitura Municipal de Anori, Prefeitura Municipal de Beruri, Prefeitura Municipal de Nhamundá; Prefeitura Municipal de Novo Airão.

atividades fins; (v) omissão na implementação de serviços de tratamento da água captada e distribuída à população e também (vi) adoção de laboratórios para análise e controle da água produzida no sistema de abastecimento; omissão na regulamentação dos valores das tarifas dos serviços de abastecimento de água, considerando pelo menos um índice mínimo de correção.

Por fim, vale a pena destacar o retrocesso social em que se encontra de Manaus com relação às políticas públicas de saneamento básico, a ilustrar: (i) é a cidade que apresenta maior índice de perdas de faturamento total com a água: 71,85%; (ii) em relação ao atendimento total de esgoto seu índice cobre apenas 10,18 % da população; (iii) em atendimento com coleta de esgoto, Manaus se encontra entre os 10 municípios com mais deficiência, qual seja, 10,18% (TRATA BRASIL, 2018); e no Estado do Amazonas, segundo TCU, (iv) 63,6% dos domicílios urbanos não possuem acesso ao saneamento básico adequado, sendo que desses domicílios 28,2% não têm abastecimento d'água; 90,7% não possuem esgotamento sanitário e 4,1% não contam com coleta de lixo; (v) esgotamento sanitário com fossa não ligada à rede aponta a Região Norte²² com o maior número de domicílios nessa condição (69,2%), enquanto a Região Sudeste registrou o menor percentual (8,9%) (BRASIL, 2016).

Considerações Finais

O panorama atual da cidade de Manaus com relação ao saneamento básico é alarmante e preocupante, conforme os dados demonstrados nesse artigo confrontando todas as normas, leis e planos vigentes na legislação brasileira. Como

22. Não há dados específicos sobre Manaus na PNAD Contínua/IBGE, 2017.

vimos desde 1963 os municípios já tinham responsabilidades sobre o saneamento das cidades. Constatamos que a realidade em termos de abastecimento de água e captação de esgotos está bastante aquém das necessidades da população concentrada principalmente no ambiente urbano. Portanto, a situação em que a referida cidade se encontra é reflexo de muitos anos de descaso, abandono, falta de investimento e ausência de ações públicas voltadas para esta área.

Na verdade, Manaus apresenta desigualdade social e bastante insalubre, os índices de acesso a saneamento básico são baixos com problemas básicos graves e histórica falta de planejamento urbano como se pode observar nesta pesquisa, onde apenas 10,4% dos moradores da cidade têm acesso à rede de esgoto. Ou seja, Manaus é uma cidade insalubre, com alta ocorrência de doenças típicas de ausência de saneamento como leptospirose e diarreia com somente 10,18% do esgoto coletado e apenas 23,80% tratado e o que é lastimável: a maior parte do volume de esgoto não tratado despejado diretamente em seus igarapés, lagos e no Rio Negro que a circunda.

Dos dados expostos no estudo, vale a pena destacar os principais indicadores de Manaus, a saber: (i) 87,79% da população tem acesso à água potável; (ii) 88,20% da população tem atendimento urbano de água; (iii) 10,18% indicador de atendimento (coleta) total de esgoto; (iv) 10,23% indicador de atendimento (coleta) urbano de esgoto; (v) 23,80% indicador de esgoto tratado por água consumida; (vi) 71,85% indicador de perdas do faturamento de 2016; (vii) 73,12% indicador de perdas do faturamento de 2015 (TRATA BRASIL, 2018).

Algumas questões precisam ser esclarecidas com relação ao saneamento básico em Manaus:

- Porque a cidade se encontra na 5ª pior posição no Ranking de Saneamento Básico de 2017 (estudo realizado em

cem (100) cidades, portanto Manaus é a nonagésima sexta (96^a) posição no total de cidades) quando houve um investimento médio de R\$ 293,71 milhões por ano, nos últimos 5 anos, sendo a 6^a maior média de investimento dentre as vinte (20) melhores cidades desse Ranking? Embora essa questão deva ser considerada conjuntamente com os números que refletem os investimentos do PIB nacional realçado pelo TCU, abaixo elucidado, o que se constata é a ausência de gestão de governança entre as metas (efetividade) e os resultados (eficiência) no que diz respeito ao saneamento básico regional e local. Tanto assim que o TCU em seu relatório de auditoria 2016/5 destaca os fatores detectados em auditoria promovida pelo TCE/AM, a seguir elencados: “a) o planejamento das ações apresenta fragilidades que comprometem os serviços oferecidos, b) a estrutura de gerenciamento não é adequada e por vezes não atende às necessidades do sistema no âmbito técnico e operacional, c) as ações de controle e vigilância da qualidade da água se encontram fragilizadas e fora dos parâmetros legais; d) a insustentabilidade financeira dos sistemas é uma ameaça a continuidade dos serviços”.

- Porque uma porcentagem tão alta no indicador de perdas no faturamento em 2016 (71,85%) se o indicador de atendimento total (87,79%) e urbano (88,20%) de água são altos? Também o TCU esclarece a indagação ao mencionar o Plano Municipal de Saneamento Básico para os segmentos de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário de Manaus ao trazer dados ainda de 2013 da Manaus Ambiental S.A., onde já naquele período o Balanço Hídrico de Perdas indicava “35% de perdas aparentes, relativas à fraude em ligações (26%) e erros de medição (9%); e 25% de perdas reais, referentes a vazamentos”.

A empresa concessionária “Manaus Ambiental”, responsável pelo serviço na cidade, informa em seu site oficial que:

“em médio prazo, Manaus terá mais de 60% de todo o seu esgoto coletado e tratado, tornando-se assim, **referência nacional em saneamento básico**”. Esperamos que isso realmente seja possível e que efetivamente aconteça, pois é inadmissível que no século XXI uma capital do porte de Manaus, com uma população total de 2.130.264 habitantes (estimativa IBGE, 2017), encontre-se nesta situação calamitosa.

Conseguimos concluir que o crescimento populacional da cidade vem ocorrendo de modo mais acelerado que a capacidade de oferta dos serviços de saneamento básico. Isto é, demandas sociais infinitas e recursos públicos escassos.

Não foi possível inferir a correlação entre o volume de investimentos realizados e avanços nos indicadores de saneamento básico em Manaus, mas se vislumbra que um dos principais fatores a nos dificultar tal mensuração consta no estudo analítico do TCU, isto é, no montante irrisório dos recursos públicos destinado à salubridade urbana. Senão veja-se: “Entre 2003 e 2011, o montante de recursos orçamentários federais comprometidos com iniciativas de saneamento no país foi de R\$ 41,5 bilhões, o que corresponde a 0,13% do PIB do período”. Ou seja, números inexpressivos se se levar em consideração a necessidade de investimentos neste setor de política pública. E não para por aí as informações do TCU sobre tal aspecto ao descrever que “de 2011 a 2014, a 2ª fase do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC-2) previu R\$ 45,1 bilhões para a mesma área, dos quais R\$ 2,8 bilhões apenas em 2014. Contudo, os desembolsos efetivos raramente ultrapassam 50% dos montantes orçados, a exemplo de 2010 e 2011”, embora Manaus tenha sido beneficiária de previsão orçamentária no caso do PAC-2, em 2014, aduz o TCU (BRASIL, 2016).

Os gestores precisam detectar que tipo de perdas (aparentes e reais) estão ocorrendo na distribuição de água para

que possam combatê-las e solucioná-las a fim de reduzi-las e assim otimizar o sistema de abastecimento de água.

Evidentemente a exploração destes indicadores não esgota a descrição da problemática sanitária de Manaus, sendo necessário mais estudos sobre esse tema. Entretanto, aponta a existência de diversos problemas e a necessidade de resolução dos mesmos.

Assim sendo, se faz necessário e urgente que o poder público reverta este quadro tenebroso por meio de ações eficazes, eficientes e de qualidade. Para tanto, a empresa concessionária que atua nos serviços de tratamento e distribuição de água, coleta e tratamento de esgoto em Manaus precisa cumprir com o contratado e acordado havendo a necessidade de amplo investimento financeiro e atuações planejadas a fim de mudar esta triste realidade. As autoridades públicas deverão fiscalizar, cobrar, avaliar e monitorar as ações e serviços prestados e a sociedade, através do controle social, deverá se tornar mais atuante e participativa na cobrança da implementação das demandas e ações voltadas para a melhoria do saneamento básico em Manaus.

Espera-se que o presente trabalho possa auxiliar os gestores a visualizarem o quadro sanitário preocupante em que a cidade de Manaus se encontra e possa subsidiar um melhor planejamento das ações, bem como, contribuir na difusão do conhecimento sobre este tema.

Referências

AMAZONAS. Secretaria de Saúde do Estado do Amazonas. Plano Estadual de Saúde do Amazonas 2016-2019. Manaus: 2015a.

_____. Tribunal de Contas do Estado do Amazonas. Secretaria Geral do Controle Externo (SECEX). Departamento de Auditoria Ambiental (DEAMB). Auditoria Operacional e Ambiental em Sistemas Públicos de Abastecimento de Água do Amazonas. 2015b. 109p.

BECKER, Berta. Geopolítica da Amazônia. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 19, n. 53, p. 71-86, 2005.

BRASIL. Conferência Nacional de Saúde (3.:1963:Brasília: DF) Anais/3ª Conferência Nacional de Saúde; promovido pelo Ministério da Saúde Niterói: Fundação Municipal de Saúde, 1992. 246 p. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cd07_01.pdf>. Acesso em: 8 jan. 2018.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Censo Demográfico 2000. Brasília: 2000.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Censo Demográfico 2010. Brasília: 2010.

_____. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria. GovernodoEstadoAmazonas. Fiscalização Conjunta com o Tribunal de Contas do Amazonas. Saneamento Básico. TC-020.766/2016-5. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A158FE98EE015918707FFD6D32&inline=1> <http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A158FE98EE015918707FFD6D32&inline=1>. Acesso em: 5 mai. 2018.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei Complementar n. 141, de 13 de janeiro de 2012. Brasília: 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp141.htm>. Acesso em: 1 fev. 2018.

_____. Ministério do Planejamento. Programa de Aceleração do Crescimento (PAC). Mais de 600

pequenos municípios receberão quase 3.bilhões para obras de saneamento. Notícia de 06 de maio de 2014. Disponível em: <<http://www.pac.gov.br/noticia/c8132af2>>. Acesso em: 5 mai 2018.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD) Características gerais dos domicílios e dos moradores 2017. Brasília: 2018a. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101566_informativo.pdf. Acesso em: 11 mai. 2018.

_____. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental – SNSA. Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento: Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgotos – 2016. Brasília: SNSA/MCIDADES, 2018b. Disponível em: <http://www.snis.gov.br/diagnostico-agua-e-esgotos/diagnostico-ae-2016>. Acesso em: 14 mai. 2018.

GIATTI, Leandro Luis; CUTOLO Silvana Audrá. *Access to water for human consumption and aspects of public health in the brasilian Amazon*. In: Carolina Bilibio; Oliver Hensel; Jeferson Selbach. (Org.). Sustainable water management in the tropics and subtropics. Jaguarão/RS: Fun-

dação Universidade Federal do Pampa /UNICASSEL/
PGCUlt-UFMA, 2012, v. 3, p. 613-651, 2012.

JAGUARIBE, Helio; SILVA, Nelson do Valle; ABREU, Marcelo de Paiva; FRITSCH, Winston. *Brasil, Reforma ou Caos*. 6ª ed. São Paulo: Paz e Terra. Págs. 35/36. 1991.

MANAUS AMBIENTAL. Esgotamento Sanitário. Disponível em: <http://www.manausambiental.com.br/esgotamento-sanit%C3%A1rio>. Acesso em 29 abr. 2018a.

_____. Mapa de cobertura de esgoto. Disponível em: <http://www.manausambiental.com.br/mapa-de-cobertura-de-esgoto>. Acesso em 29 abr. 2018b.

_____. Mapa de abastecimento de água em Manaus. Atualizado em janeiro de 2014. Disponível em: <http://www.manausambiental.com.br/mapa-de-abastecimento-de-agua-em-manaus>. Acesso em 29 abr 2018.

OLIVEIRA, Cristiane Fernandes. *Água e Saneamento Básico: A Atuação do Grupo Suez em Limeira e Manaus* [tese]. São Paulo: Programa de Pós-Graduação em geografia Humana. Universidade de São Paulo; 2007. 248p.

REBOUÇAS, Aldo da Cunha. *Água Doce no Mundo e no Brasil*. In: REBOUÇAS, A.C.; BRAGA, B.; TUNDISI, J.G. (Orgs). *Águas Doces no Brasil*. Capital Ecológico, Uso e Conservação. São Paulo: Escrituras. 1999.

TRATA BRASIL. Ranking do Saneamento Instituto Trata Brasil 2018. São Paulo. abr. 2018.

TUCCI, Carlos; HESPANHOL Ivanildo; CORDEIRO NETTO Oscar. *Disponibilidade hídrica*. In: *Gestão da água no Brasil*. Brasília: UNESCO. p. 36-41, 2001.

Assistência básica à saúde e seus limites constitucionais²³

Elisabete Ramos Rocha

Introdução

Muito se questiona sobre o Serviço Público de Saúde (SUS), o presente trabalho vem fazer uma análise sobre a estrutura do sistema, sua gestão e relação com os Direitos Fundamentais contidos na CF/88.

De acordo com o Ministério da Saúde, no Brasil, a Atenção Básica é desenvolvida com o mais alto grau de descentralização e capilaridade, ocorrendo no local mais próximo da vida das pessoas. Ela deve ser o contato preferencial dos usuários, a principal porta de entrada e centro de comunicação com toda a Rede de Atenção à Saúde. Por isso, é fundamental que ela se oriente pelos princípios da universalidade, da acessibilidade, do vínculo, da continuidade do cuidado,

23. Este artigo é fruto de pesquisas, leituras e discussões promovidas com o intuito de entender melhor como funciona o Sistema Único de Saúde no Brasil e promover alguns questionamentos à respeito de sua gestão.

da integralidade da atenção, da responsabilização, da humanização, da equidade e da participação social.

A normatização vigente do SUS, define a organização de Redes de Atenção à Saúde, como estratégia para um cuidado integral e direcionado às necessidades da população.

O Direito Sanitário auxilia o Estado a se organizar para a efetivação do Direito à saúde, definindo quais ações e serviços de interesse à saúde serão objetos de regulação, tendo como objetivo a redução de riscos de doenças e de outros agravos à saúde e o estabelecimento de condições que assegurem o acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde.

A auditoria na saúde brasileira, tende atualmente à integração das atividades de auditoria aos sistemas de regulação médica tanto no âmbito dos (SUS) público, quanto no sistema de saúde suplementar (privado).

A auditoria de Contratos em saúde consiste fundamentalmente em verificar a conformidade legal dos atos da gestão contábil, financeira, orçamentária, patrimonial e de recursos humanos na área da saúde, verificando o fiel cumprimento das diretrizes e normas vigentes.

A CF/88, trata Dos Direitos e Garantias Fundamentais e Da Seguridade Social.

Todos estes aspectos serão tratados em detalhes do corpo deste trabalho.

1. Dos princípios e diretrizes gerais da atenção básica à saúde

A atenção básica caracteriza-se por um conjunto de ações de saúde, no âmbito individual e coletivo, que abrange a promoção e a proteção da saúde, a prevenção de agravos, o diagnóstico, o tratamento, a reabilitação, a redução de danos

e a manutenção da saúde com o objetivo de desenvolver uma atenção integral que impacte na situação de saúde e autonomia das pessoas e nos determinantes e condicionantes de saúde das coletividades. É desenvolvida por meio do exercício de práticas de cuidado e gestão, democráticas e participativas, sob forma de trabalho em equipe, dirigidas a populações de territórios definidos, pelas quais assume a responsabilidade sanitária, considerando a dinamicidade existente no território em que vivem essas populações. Utiliza tecnologias de cuidado complexas e variadas que devem auxiliar no manejo das demandas e necessidades de saúde de maior frequência e relevância em seu território, observando critérios de risco, vulnerabilidade, resiliência e o imperativo ético de que toda demanda, necessidade de saúde ou sofrimento devem ser acolhidos. (BRASIL, Ministério da Saúde).

2. Financiamento do SUS

O financiamento é federal, transferido mensalmente, de forma regular e automática, do Fundo Nacional de Saúde aos Fundos Municipais de Saúde e do Distrito Federal com base num valor multiplicado pela população do município.

A população de cada Município e do Distrito Federal será a que for definida pelo IBGE e publicada em portaria específica pelo Ministério da Saúde. (BRASIL, Ministério da Saúde).

3. Direito Sanitário

O Direito Sanitário é um ramo jurídico que surgiu devido à pluralidade de diversas normas jurídicas infralegais, decretos e portarias, que garantem o direito à saúde, obedecendo a uma hierarquia onde a CF/88 é a Lei suprema.

É o Direito Sanitário que define quais Ações e Serviços de interesse à saúde serão objetos de regulação. Tendo como

objetivo a redução de riscos de doenças e de outros agravos à saúde e estabelecimentos de condições que assegurem o acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde. (DAVIES, 2012, p.50).

4. Auditoria em serviços de saúde

No início a auditoria era vista como prática contábil, controle financeiro, na saúde foi introduzida como ferramenta de verificação da qualidade da assistência, através da análise de registros em prontuários.

A competitividade entre os serviços hospitalares, trouxe às instituições a necessidade de se avaliar qualidade e custos de serviços mais onerosos.

A auditoria na saúde brasileira, tende atualmente à integração das atividades de auditoria aos sistemas de regulação médica tanto no âmbito dos (SUS) público, quanto no sistema de saúde suplementar (privado).

A sistemática da auditoria da saúde divide-se em três fases: Planejamento/ Execução e Relatório, composto pelo Objeto/ Período e Âmbito a ser fiscalizado.

O controle é um exemplo de auditoria que abrange os diferentes aspectos na qualidade da assistência à saúde, é a fiscalização exercida sobre as atividades de pessoas, órgãos, departamentos e produtos, para que não se desviem das normas pré-estabelecidas.

Prevenindo, detectando e corrigindo: erros, omissões e atos fraudulentos. (ARNDT, 1983, p.).

5- Auditoria de Contratos

A auditoria de Contratos em saúde consiste fundamentalmente em verificar a conformidade legal dos atos da gestão

contábil, financeira, orçamentária, patrimonial e de recursos humanos na área da saúde, verificando o fiel cumprimento das diretrizes e normas vigentes.

Gerando tanto para a empresa privada como pública, classificação e manuseio do acervo contratual, controle de prazos, descontos, bônus e penalidades, apuração e mensuração de erros, fraudes e riscos comerciais, trabalhistas, fiscais e previdenciários, reduzindo custos com assessoria jurídica e melhorando os mecanismos de defesa administrativa e judicial.

Sendo os contratos firmados pelo Sistema Suplementar de Saúde (serviços hospitalares), regidos pelo ramo do Direito Privado, o Direito Sanitário torna-se imprescindível para a auditoria destes contratos, pois através deste Direito é possível fiscalizar e regular os produtos e serviços oferecidos à população, assegurando as ações de promoção, proteção e recuperação à saúde. (RIZZARDO, 2011, p.).

Com a auditoria de contratos privados de serviços hospitalares, utilizando o Direito Sanitário como base jurídica, fiscalizadora e protetora, tenta-se fazer cumprir pelo menos em parte os preceitos contidos nos artigos 6º, 196º e 197º da CF/88.

6. Direitos e garantias fundamentais

Dos Direitos e Garantias Fundamentais a CF/88 em seu Título II, Capítulo II, Dos Direitos Sociais e Título VIII, Capítulo II, Seção II Da Seguridade Social, Da Saúde versa que:

“Artigo 6º- São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desempregados, na forma desta Constituição

Artigo 196 - A SAÚDE é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação.

Artigo 197 – 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 ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Artigo 200 – Ao Sistema Único de Saúde compete, além de outras atribuições: controlar e fiscalizar, executar ações de vigilância sanitária” (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88).

Com base no texto da CF/88, compete ao Estado prover condições para que sejam cumpridos tais dispositivos, utilizando-se da máquina administrativa para fazer a devida distribuição de verbas, fiscalização, padronização do SUS frente às empresas públicas e privadas para que o cidadão tenha seus direitos garantidos.

Sabe-se que a implementação de recursos depende da arrecadação de impostos do Estado e sua devida distribuição aos entes da federação, mas não podemos nos esquecer que tudo depende das restrições políticas, como aceleração do ritmo de desenvolvimento econômico, que acaba por sua vez acelerando a inflação.

Faz-se necessário uma fiscalização rigorosa e um acompanhamento das verbas distribuídas pelo Estado, pois quando é de interesse político o dinheiro aparece e as coisas acontecem.

Hospitais são inaugurados, estradas são feitas e recapeadas, mais viaturas são entregues à Segurança Pública e a educação vira prioridade.

O Poder Público carece de nova visão e comprometimento com a sociedade, pois é inadmissível que para um trabalhador conseguir atendimento médico de qualidade seja preciso se dispor de um valor numerário acima de suas condições financeiras. Tudo devido à falta de escrúpulos de alguns membros da classe política que corroboram para o desvio de verbas e recursos financeiros que deveriam ser inseridos nos sistemas de saúde, educação e segurança da sociedade que os coloca no poder para representá-la.

“O Sistema Único de Saúde tem como princípios:

Universalização: a saúde é um direito de cidadania de todas as pessoas e cabe ao Estado assegurar este direito, sendo que o acesso às ações e serviços deve ser garantido a todas as pessoas, *independentemente de sexo, raça, ocupação, ou outras características sociais ou pessoais.*

Equidade: *o objetivo desse princípio é diminuir desigualdades. Apesar de todas as pessoas possuírem direito aos serviços, as pessoas não são iguais e, por isso, têm necessidades distintas. Em outras palavras, equidade significa tratar desigualmente os desiguais, investindo mais onde a carência é maior.*

Integralidade: *este princípio considera as pessoas como um todo, atendendo a todas as suas necessidades. Para isso, é importante a integração de ações, incluindo a promoção da saúde, a prevenção de doenças, o tratamento e a reabilitação. Juntamente, o princípio de integralidade pressupõe a articulação da saúde com outras políticas públicas, para assegurar uma atuação intersetorial entre as diferentes áreas que tenham repercussão na saúde e qualidade de vida dos indivíduos.”(BRASIL, Ministério da Saúde).*

O qual possui um Sistema Nacional de Auditoria, que tem tudo para dar certo, pois é um sistema completo que se

fosse devidamente administrado e fiscalizado fazendo a devida distribuição de verbas, equipamentos, qualificação de profissionais, investimento técnico e humano, proporcionaria ao cidadão atendimento médico de qualidade.

Encontramos atendimento público de qualidade, mas em instituições públicas que possuem parceria público-privada, onde uma instituição particular realiza um convênio com o Estado para administrar determinada instituição pública, oferecendo à sociedade uma falsa ilusão de que o Estado está fornecendo atendimento médico gratuito.

Tomemos como exemplo o Estado de São Paulo, o maior arrecadador de impostos do país, se o mesmo tivesse seus impostos devidamente direcionados para as áreas de interesse público, teríamos hospitais, escolas e segurança de primeiro mundo, mas algo perde-se pelo meio do caminho.

Nossa Constituição Federal foi muito bem elaborada, mas estamos com 30 anos de sua promulgação e pouco foi colocado em prática, pois tudo depende do poder político. É preciso que faça-se cumprir a Constituição, pois as garantias fundamentais da sociedade encontram-se desguarnecidas de proteção.

7. O fator político: O estado burocrático e a liberdade individual

Para Tercio Sampaio, o poder político através de sua intervenção realiza uma espécie de compensação política das desigualdades econômicas ligadas ao mercado, fazendo com que o Estado Assistencial cresça cada vez mais, sem atingir o seu próprio Bem-estar.

“[...] liberdade formal não impede, mas fortalece, a exigência de um poder central com força coativa superior.”

“[...] isto se manifesta numa espécie de paradoxo entre a exigência de um formalismo abstrato e da garantia de conteúdos materialmente específicos, a garantia de um

máximo de flexibilidade para a ação livre e em especial, para a busca racional da realização de interesses individuais.”

“A jurisdição toma a forma de uma administração da justiça, garantia de direitos subjetivos e ao mesmo tempo pres-suposição não apenas de normas objetivas, mas de direitos objetivos dos quais aqueles derivam: os direitos naturais racionais. A dicotomia direito objetivo/direito subjetivo adquire seu sentido operacional.

[...]cumpre observar que o cerne do problema que estamos discutindo repousa num conflito inerente ao chamado “Estado assistencial!”. Na verdade, a posição mais difundida entre os juristas tende a creditar a Introdução dos mecanismos assistenciais e de redistribuição e controle de renda às lutas políticas no interior do Estado de Direito liberal. Nos quadros do Estado do Bem-Estar Social, as prestações sociais, os serviços, as subvenções são os instrumentos por meio dos quais se expressa a função de direção do poder político, cuja intervenção realiza uma espécie de compensação política das desigualdades econômicas ligadas ao mercado.

Em suma, o Estado assistencial é hoje um paquiderme no meio de pressões que só o fazem crescer sem que este crescimento, politicamente, atenda às necessidades sociais de maior participação nas decisões sobre o seu próprio bem-estar.”(- FERRAZ JR, 2017, artigo)

8. Ingresso integral e regular no sistema – SUS

Artigo 6º CF: Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema único de Saúde – SUS:

- I- A execução de ações:
- a) De vigilância sanitária;
 - b) De vigilância epidemiológica;
 - c) De saúde do trabalhador;
 - d) De assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica.

Para se ter amplo acesso ao direito da saúde contemplado na Constituição Federal, em especial para o direito à assistência farmacêutica, o atendimento do paciente deve ter sido realizado integralmente pela saúde pública, ou seja, por profissional integrado ao Sistema Único de Saúde, com exceção prevista em lei específica (Lei nº9.313/96); no caso da AIDS, o medicamento a ser garantido pelo Estado deve ser fornecido gratuitamente, independentemente do tratamento ser realizado por médicos cadastrados nos serviços públicos de saúde. Isto se justifica por razões epidemiológicas e interesse maior na contenção de sua disseminação. (BRASIL, Constituição Federal/88).

8.1. Critérios ordenadores da equidade

Na visão de Ana Carolina, aumenta-se a exclusão social, ao se fazer uma concessão judicial, pois não se leva em consideração a saúde como um sistema e apenas farmácia popular, violando os critérios de equidade.

“Várias pesquisas e inúmeros dados demonstram que a concessão judicial, por vezes, ao invés de efetivar o direito da saúde termina por inviabilizá-la. Ao invés de trazer maior igualdade social, promove a desigualdade garantindo o direito

somente àqueles que têm acesso ao Judiciário e ainda, às vezes, direitos que sequer teriam levado em consideração a saúde como um sistema e não simplesmente como uma farmácia popular. Ao violar os critérios ordenadores da universalidade e da integralidade à luz da equidade, aumenta-se a exclusão social.”(DAVIES, 2012, p.106).

8.2.- O positivismo jurídico

No entendimento de Henrique Ribeiro, o positivismo jurídico, tem sua produção na teoria das fontes do direito, onde as políticas públicas de saúde, encontra sua judicialização, através do Direito Administrativo.

9. Direito à saúde e sua judicialização: Experiências e contrapontos no Brasil

“O fenômeno da judicialização da política assentou-se no Brasil, identificando nas políticas públicas de saúde o seu campo de incidência primordial. A Constituição Brasileira, ao erigir um conjunto de políticas públicas como direitos fundamentais, ostenta o princípio da dignidade da pessoa como o de maior hierarquia, posto como fundamento da República já em seu art. 1º.”(CARDOSO, 2017, p.37).

9.1- Legalidade, judicialidade e atuação da administração

“O Direito Administrativo reflete, de certa maneira, a relação do Estado com o cidadão. A cada tomada de posição do Estado, quer seja econômica, quer seja política ou menos ideológica, haverá repercussão no Direito produzido. É sabi-

do que o Estado não é o único instituidor do Direito, e que a Lei não é sua única fonte, mas ainda assim, no atual modelo de Estado calcado no constitucionalismo e – ainda – no positivismo jurídico, a relevância da produção estatal na teoria das fontes do direito é inegável.”(CARDOSO, 2017, p.11).

10. Exemplo de saúde pública no exterior

Um bom exemplo de atendimento básico de saúde, seria aquele onde o cidadão paga pelo que usa com preço justo, sem causar-lhe dificuldades financeiras, tomando como exemplo Portugal, onde o Estado através dos impostos cobrados, fornece à população atendimento médico de qualidade, onde o cidadão ao precisar de um atendimento, paga uma taxa mínima para utilizá-lo. Pessoas que provam sua hipossuficiência, pessoas com doenças graves e gestantes estão isentas de pagar qualquer coisa no sistema público sendo que se for preciso passar por um atendimento cirúrgico por exemplo não precisaria pagar.

“Portaria n.º 64-C/2016 Considerando que o Decreto-Lei n.º 113/2011, de 29 de novembro, opera a revisão do regime das taxas moderadoras e regula as condições especiais de acesso às prestações do SNS por parte dos utentes no que respeita ao regime das taxas moderadoras e à aplicação dos regimes especiais de benefícios. A Portaria n.º 306- A/2011, de 20 de dezembro, alterada pela Portaria n.º 408/2015, de 25 de novembro, aprova os valores das taxas moderadoras previstas no artigo 2.º do Decreto- Lei n.º 113/2011, de 29 de novembro, bem como as respetivas regras de apuramento e cobrança. Atendendo a que em conformidade com o Programa do XXI Governo Constitucional importa reduzir as

desigualdades entre os cidadãos no acesso à saúde, entre outros através da redução global do valor das taxas moderadoras.

Anexo

Designação Taxa moderadora

Consultas: Consulta de medicina geral e familiar ou outra consulta médica que não a de especialidade... 4,5 €

Consulta de enfermagem ou de outros profissionais de saúde realizada no âmbito dos cuidados de saúde primários 3,5 €

Consulta de enfermagem ou de outros profissionais de saúde realizada no âmbito hospitalar 4,5 €

Consulta de especialidade 7,0 €

Consulta no domicílio..... 9,0 €

Consulta médica sem a presença do utente..... 2,5 €

Atendimento em Urgência (a):

Serviço de Urgência Polivalente 18,0 €

Serviço de Urgência Médico -Cirúrgica 16,0 €

Serviço de Urgência Básica 14,0 €

A aplicação da tabela de valores de taxas moderadoras aos meios complementares de diagnóstico e terapêutica não pode implicar uma variação superior a 100 % em relação aos valores anteriormente em vigor, nem um valor superior a 40 euros por ato.”(PORTUGAL, Finanças e Saúde).

“Portaria n.º 64-C/2016

O Decreto-Lei n.º 113/2011 de 29 de novembro, republicado pelo Decreto-Lei n.º 117/2014, de 5 de agosto, regula o acesso às prestações do Serviço Nacional de Saúde (SNS) por parte dos utentes no que respeita ao regime das taxas moderadoras e à aplicação de regimes especiais de benefícios, tendo por base a definição das situações determinantes de isenção de pagamento ou de comparticipação, como situações clínicas relevantes de maior risco de saúde ou situações de insuficiência económica. O diploma estabelece a revisão do regime das taxas, bem como das categorias de isenção de pagamento, consagrando ainda a dispensa de cobrança de taxas moderadoras no âmbito de prestações de cuidados de saúde que são inerentes ao tratamento de determinadas situações clínicas ou decorrem da implementação de programas e medidas de prevenção e promoção de cuidados de saúde. Assim, os valores que constam neste ficheiro são aplicáveis em conformidade com a situação concreta.”(PORTUGAL, Ministério da Saúde).

SERVIÇO	VALOR
Diagnóstico por Citopatologia	
Aspiração com agulha fina guiada por imagiologia, com preparação de esfregaços e exame citológico do produto obtido (inclui o controle imagiológico)	13,00
Diagnóstico por Histopatologia	
Exame histológico de produto de biópsia, por agulha, pinça ou similar	9,00
Exame histológico de produto de biópsia, por agulha, pinça ou similar, complexa	17,50

Cateterismo do coração direito associado a cateterismo do coração esquerdo, coronariografia seletiva e ventriculografia esquerda seletiva e aortografia	20,00
Encerramento percutâneo de acesso arterial	27,00

Valores em Euro

Considerações Finais e Conclusão

No Brasil, de acordo com o Ministério da Saúde, a Atenção Básica à Saúde é desenvolvida com o mais alto grau de descentralização e capilaridade, ocorrendo no local mais próximo da vida das pessoas. Devendo ser o contato preferencial dos usuários, a principal porta de entrada e centro de comunicação com toda a Rede de Atenção à Saúde. Por isso, é fundamental que ela se oriente pelos princípios da universalidade, da acessibilidade, do vínculo, da continuidade do cuidado, da integralidade da atenção, da responsabilização, da humanização, da equidade e da participação social.

É possível observar que existe a intenção de se estabelecer uma rede pública de saúde de qualidade, seguindo os preceitos contidos na CF/88 e as diretrizes do Sistema de Atenção Básica à Saúde, instituindo-se várias normas e condutas a fim de organizar, gerir e fiscalizar, fazendo com que possa se cumprir a finalidade do Sistema Único de Saúde que é a promoção, proteção e recuperação da saúde. É uma estrutura que se fosse realmente aplicada o cidadão teria um atendimento médico de qualidade.

Sabe-se que a implementação de recursos depende da arrecadação de impostos do Estado e sua devida distribuição aos entes da federação, mas não podemos nos esquecer que tudo depende das restrições políticas, como aceleração do

ritmo de desenvolvimento econômico, que acaba por sua vez acelerando a inflação.

O Poder Público carece de nova visão e comprometimento com a sociedade, pois é inadmissível que para um trabalhador conseguir atendimento médico de qualidade seja preciso se dispor de um valor numerário acima de suas condições financeiras. Tudo devido à falta de escrúpulos de alguns membros da classe política que corroboram para o desvio de verbas e recursos financeiros que deveriam ser inseridos nos sistemas de saúde, educação e segurança da sociedade que os coloca no poder para representá-la.

Referências Bibliográficas

Constituição Federal, 1988, Capítulo VIII, Seção II, Da Saúde, Da Seguridade Social.

DAVIES, Ana Carolina Izidório, Saúde Pública e seus Limites Constitucionais, Editora Verbatim, SP, 2012.

RIZZARDO, A. Contratos. 12. ed. Editora Grupo Gen, 2011.

CARDOSO, Henrique Ribeiro, O paradoxo da Judicialização das Políticas Públicas de Saúde no Brasil. In: Direito, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2017, 1ªed.

ANDRADE, L. SUS passo a passo. São Paulo. Hucitec, 2001.

ARNDT, C.; HUCKABAY, L.M.D. Administração em Enfermagem. Rio de Janeiro: Interamericana, 1983.

ATTIE, William. Auditoria Interna. São Paulo: Atlas, 1992.

Biblioteca, estação multimídia, caderno de atenção primária. Disponível em: <<http://dab.saude.gov.br/portaldab/biblioteca.php?conteudo=publicacoes/cab29>> Acesso em 14/02/2018

Política Nacional de Atenção Básica a Saúde. Disponível em: <<http://189.28.128.100/dab/docs/publicacoes/geral/pnab.pdf>>, Acesso em 14/02/2018

Gestão SUS. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/gestao-do-sus>>, Acesso em 15/02/2018

Denasus Curso de Auditoria de Gestão de Recursos Financeiros do SUS 29/11/2017. Disponível em: <<http://sna.saude.gov.br/noticias.cfm?id=5268>>, Acesso em 15/02/2018

Tercio Sampaio Ferraz Junior, publicações científicas. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/185>>, Acesso em 10/04/2018

g1.globo.com, Guarujá, saúde&bem-estar. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/guaruja-recebe-verba-de-r-1-milhao-para-implantacao-do-e-sus-na-cidade.ghtml>>, Acesso em 25/04/2018

g1.globo.com, Goiás, TV Anhanguera. Disponível em: <<https://g1.globo.com/go/goias/noticia/marconi-perillo-faz-balanco-antes-de-deixar-cargo-de-governador-para-disputa-eleitoral.ghtml>>, Acesso em 25/04/2018

g1.globo.com, Rio Grande do Sul, rbstv. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/com-40-mil-pacientes-na-fila-rs-e-o-quarto-estado-no-pais-em-espera-por-cirurgias-nao-urgentes.ghtml>>, Acesso em 25/04/2018

Portaria n.º 234/2015 – Anexo III com taxas moderadoras. Disponível em: <<http://www.acss.min-saude.pt/2016/12/15/precos-do-sns-2/>>, Acesso em 23/05/2018

A dignidade da criança frente aos casos de sequestro internacional interparental

Mayra Thais Andrade Ribeiro

Introdução

Em razão da grande movimentação e trânsito das pessoas ao redor do mundo, os casos em que os pais ou parentes próximos viajam com crianças e não retornam para a residência habitual da família têm crescido o que é uma alerta para as autoridades transfronteiriços e as organizações intergovernamentais que tratam deste tema.

A singularidade da matéria é vislumbrada, pois, ao mesmo tempo em que há casos de lesão aos direitos da criança pela sua subtração por motivos distintos, como a disputa entre seus guardiões, por outro lado o mesmo ato de “sequestro” pode significar a fuga de uma situação extrema de perigo ou violência vivida no âmbito do lar habitual, ou social, num país em plena convulsão. Estas hipóteses de risco aos direitos da criança são tratadas na Conferência como exceções à regra

de aplicação das medidas para a solução de retorno (*return remedy*), que devem ser levadas a cabo a partir de obrigações recíprocas para a cooperação entre os Estados membros (93 Estados atualmente). Neste sentido, busca-se estabelecer um regime internacional (com medidas administrativas e jurídicas) de localização e avaliação da real situação da criança.

A importância da presente pesquisa se dá pela sensibilidade e urgência da interpretação e aplicação da Conferência em conformidade com o princípio do melhor interesse da criança durante os casos de sequestro e, principalmente, nas hipóteses em que houver o risco grave de que a criança, no seu retorno, ficará sujeita a uma situação intolerável ou de perigo físico ou psíquico (Artigo 13b da Conferência). Há dissenso sobre o referido Artigo 13, pois há entendimentos jurisprudenciais e doutrinários que defendem o posicionamento ao qual caberá à autoridade do Estado requerido a feitura do juízo de valor pela análise probatória dos autos quanto a conveniência e adequação aos interesses do menor; enquanto outros defendem que tal análise deve ser feita pela jurisdição do Estado requerente, vez que esse é o competente para decidir sobre o pedido de guarda da criança, conforme a Conferência.

Ocorre que as exceções ao retorno imediato da criança que estão dispostas na Convenção são medidas de caráter humanitário para evitar que a criança volte para uma situação hostil em um ambiente social ou nacional perigoso em que os princípios constitucionais de proteção à liberdade no Estado requisitado foram violados. Isto porque, manifestação doentia do exercício do poder familiar ou a ocorrência de uma calamidade estatal comprometem o desenvolvimento pleno da criança, cujos direitos sociais, culturais, econômicos e civis seriam lesados e, portanto, dispensa-se o retorno ao lar habitual.

Questiona-se: facilitar a troca de informações entre Estados e a uniformização do tratamento estatístico é o suficiente para a proteção da criança? A restituição imediata é o primordial ou o quanto se considera o melhor interesse da criança?

1. A violação do direito humano da criança se desenvolver junto aos pais pelo ato de subtração

A internacionalização da proteção da criança tornou-se emblemática após uma proposta elaborada a princípio pela organização filantrópica *Save the Children*, fundada para levantar fundos para crianças que sofreram com as mazelas da Primeira Guerra Mundial. Tal proposta foi levada para a Liga das Nações que firmou em setembro de 1924 a Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança, dispondo sobre cinco direitos básicos, como o direito da criança aos meios para o desenvolvimento material e espiritual; à ajuda em situação de fome, doença, incapacitação, orfandade ou delinquência; à prioridade no alívio em situações de risco; à proteção contra a exploração; e a uma formação orientada para a vida em sociedade. Após a segunda Guerra Mundial foi criado o Fundo das Nações Unidas para a Infância (*UNICEF*) em 1946, para socorrer as crianças e adolescentes das atrocidades da guerra e se transformou em uma agência especializada vinculada à Organização das Nações Unidas promovendo ações voltadas para a efetivação dos direitos humanos nos Estados. A entidade também participa no auxílio à elaboração e à realização de políticas públicas para se garantir o mínimo de condições necessárias para que crianças e adolescentes tenham o desenvolvimento de uma digna. (UNICEF, 2017).

A proteção dos direitos humanos especialmente para a criança consagra o princípio do melhor interesse da crian-

ça sendo um dos marcos iniciais a Declaração de Direitos da Criança de 1959, que se expressa no princípio 2 em suas disposições:

A criança gozará proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta, sobretudo, os melhores interesses da criança. (ONU, 1959, s.p).

A Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança de 1989 também trouxe destaque para o princípio do melhor interesse da criança a ser considerado em todos os aspectos do respeito aos direitos da criança nas atividades dos entes públicos e privados, nos termos:

Artigo 3º - 1) Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança. (BRASIL, 1990b, s.p).

É preciso esclarecer que tal princípio aplicado aos termos da Convenção da Haia de 1980 se refere à especial atenção e proteção que deve ser conferida à criança para que sua dignidade mantenha-se íntegra, bem como a sua saúde física e a psíquica, além do direito de ter melhores condições para a sua educação, subsistência, recreação, liberdade, entre outros já garantidos nos demais regimes de proteção à criança que

foram criados através de negociações nas relações internacionais e pelos ordenamentos jurídicos nacionais.

O ato de “sequestro” previsto na Convenção da Haia de 1980 não corresponde especificamente à conduta tipificada como sequestro no Código Penal brasileiro. O “sequestro internacional de crianças”, expressão adotada na tradução brasileira, diz respeito a um deslocamento ilegal da criança para fora do Estado em que residia habitualmente e/ou sua retenção indevida em outro Estado que não o de sua residência habitual, atitudes, em geral, levadas a efeito por um dos genitores ou por parentes que estão próximos à criança.

Se o pai ou a mãe (ou outro responsável legal - guardião) transferir ou reter a criança ou adolescente sem autorização de outra pessoa que detenha a guarda, ainda que compartilhada entre eles, para os fins da Convenção da Haia de 1980 estará em violação das regras internacionais e poderá ser obrigado a restituir a criança/adolescente ao lugar de residência habitual, nos termos do artigo 3º da Convenção. (BRASIL, 2000).

Portanto, o instituto da guarda possui caráter protetivo para viabilizar a execução de direitos e responsabilidades junto aos filhos, inclusive o direito de decidir sobre o local onde ela irá morar. Durante o casamento, a união estável, ou ao se receber a incumbência de se responsabilizar pela criança verifica-se que as pessoas assim determinadas exercerão a guarda. Preza-se pelo dever familiar em considerar o melhor ambiente para a criança, mesmo que não se tenham bens materiais em máximas condições, mas os valores, o carinho e o cuidado não podem faltar. O direito de guarda inclusive concede a possibilidade de reclamar os filhos contra quem ilegalmente os detenha, através de ação de busca e apreensão. Assim dispõe a Constituição da República Brasileira de 1988:

Artigo 227 - É dever da família, da sociedade e do estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988, s.p).

Do exposto percebe-se que o convívio familiar também é um dos instrumentos de preservação dos direitos e garantias constitucionalmente (no Brasil) e internacionalmente assegurados à criança e ao adolescente e deve ser realizado com fins de se garantir o desenvolvimento saudável, a formação da identidade e a liberdade civil e jurídica da criança. Além disso é um direito humano especial à criança conviver com ambos genitores em condições saudáveis ao seu desenvolvimento.

Nos termos da Convenção da Haia de 1980, em seu artigo 5º, *a*, considera-se como o direito de guarda os direitos relativos aos cuidados com a criança, especificamente, o direito de decidir sobre o lugar da sua residência. Para identificar quem detém a guarda pode ser apresentada pelo requerente (quem pede o retorno da criança) uma decisão judicial ou administrativa do Estado de onde a criança foi deslocada que comprove a situação legítima de guarda, ou no caso de união estável ou casamento demonstrar a guarda compartilhada entre o casal. (BRASIL, 2000).

O lar habitual da criança é o elemento de conexão que determina a verificação de qual será a lei nacional a ser aplicada e qual será a autoridade competente para decidir sobre os litígios. Portanto, é o local onde a família realizava os principais atos de sua vida, como profissão, educação, moradia entre outros do

cotidiano com a intenção de se estabelecer e se relacionar em sociedade. Mesmo se o período de residência for curto, sem formação de vínculos sociais, não implica em desconsideração da competência das autoridades do referido local, pois uma vez violada a guarda ou o direito de visitas tem-se consumado o ato de subtração internacional de crianças.

As autoridades do local de residência habitual estão mais próximas da criança para decidir sobre questões de família. Por isso busca-s o retorno imediato para depois resolver as outras questões. A Convenção da Haia de Proteção à Criança de 1996 também reafirma que as questões de guarda devem ser sanadas no juízo do lar habitual da criança. Saliencia-se que na decisão sobre a guarda ou visitas pode ficar determinado que a criança volte a viver com um dos genitores (ou guardiões) em residência no Estado onde ocorreu a subtração. Isto porque regularizar a guarda não significa retirar a guarda de quem subtraiu a criança e nem conceder exclusivamente ao parente deixado para trás. As autoridades deverão avaliar qual o lar será mais apropriado para o desenvolvimento das potencialidades da criança.

A busca para que a criança retorne para o local onde residia (habitualmente) antes de sua retirada faz parte dos esforços pretendidos nas atividades dos Estados membros para que cesse a situação ilícita e que a convivência junto à criança até então objeto de disputa entre seus guardiões possa ser resolvida junto ao juízo competente para tanto. Da mesma forma os critérios para definir a guarda e o direito de visitas dependem da norma do local onde a criança residia antes da sua subtração, bem como os critérios para definir a residência habitual também devem ser definidos pelo Estado do referido lar.

O chamado poder familiar é na verdade um poder-dever que envolve a proteção na relação pais-filhos e está diretamente relacionada com a relação Estado-criança, pois o

Estado institui a autoridade familiar responsável, que recebe suas garantias bem como obrigações e, o Estado intervém da mesma forma quando existe alguma falha nesta relação familiar, mas para limitar tal direito de quem não soube respeitar a guarda da criança e para protegê-la. Nas gerações antigas a diferença de gênero era naturalizada, pois se acreditava que a mãe não transmitia a vida nem o culto, portanto, ao pai era dado pertencimento sobre o filho podendo decidir sobre sua vida e morte. (DOLINGER, 2003).

Antes da conclusão da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças foi preparado em março de 1979 um relatório pela Comissão Especial da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado para verificar quem eram as pessoas que subtraíam as crianças de seus lares – o *The Dayer Report* – o qual mesmo sem concluir explicitamente afirmou que os pais seriam os subtratores mais frequente por não ter a guarda dos filhos que geralmente era concedida às mães. Durante o ano de 1988 até 1989 um estudo revelou que o genitor que não tinha a guarda ou que temia perdê-la deslocava com a criança para outro Estado sem comunicar nada à mãe. Em estatística feita na HCCH em 2011 concluiu, a partir de uma média global, que 69% dos casos a mãe foi a subtratora, 28% os pais e 3% foram pessoas mais próximas da criança. (HCCH, 2011).

Em análise dos casos de 2014 a Autoridade Central Federal Brasileira (ACAF) divulgou que em 95% dos casos de subtração internacional de crianças a mãe é quem transfere ou retém a criança. É importante destacar tal mudança no perfil do subtrator da criança principalmente nos casos de rompimento dos laços conjugais, que passou do pai (ou a pessoa que receava por perder a guarda) para a mãe (pessoa que geralmente recebia a guarda) para que se perceba o problema diante do qual apenas a Convenção da Haia de 1980

não solucionar, pois vai além dos sistemas jurídicos dos Estados, envolvendo aspectos pessoais, sociais, psíquicos, culturais e econômicos. (ACAF, 2014).

2. A proteção dos vulneráveis nas situações de violência ou grave ameaça – As exceções da conferência da HAIA

Não se pode afastar o princípio do melhor interesse da criança e assegurar o seu pleno desenvolvimento no âmbito familiar e social. Neste sentido, as exceções ao retorno imediato da criança são medidas de caráter humanitário para evitar que a criança volte para uma situação hostil em um ambiente social ou nacional perigoso em que os princípios constitucionais de proteção à liberdade no Estado requisitado foram violados. (DOLINGER, 2003).

Isto porque, manifestação doentia do exercício do poder familiar ou a ocorrência de uma calamidade estatal comprometem o desenvolvimento pleno da criança, cujos direitos sociais, culturais, econômicos e civis seriam lesados e, portanto, dispensa-se o retorno ao lar habitual. Devem ser realizadas medidas para tornar eficaz a proteção dos menores e genitores que sofreram com abusos e violência doméstica e agora buscam abrigo e segurança no país ao qual se deslocaram. Portanto, mecanismos podem ser utilizados para compor os elementos probatórios de avaliação da real situação da criança e de seu ambiente familiar, como recorrer às perícias especializadas nas relações psicossociais traria auxílio aos casos, quando possível de ser viabilizada sua realização.

Portanto, a Convenção da Haia sobre os Aspectos civis do internacional de crianças possui exceções às medidas de retorno imediato nas hipóteses tratadas nos artigos 12,13 e 20. São situações nas quais a ação de voltar com a criança

para o *status quo ante* não seria viável. Não se pretende confirmar o ato de sequestro ou dar crédito à pessoa que retirou a criança de seu lar habitual ou a reteve em outro Estado que não o seu, mas sim, deve-se verificar que há situações de risco a própria vida da criança e que conforme o princípio do melhor interesse da criança deve-se respeitar sua condição de ser humano em formação e garantir todas as formas de seu desenvolvimento com dignidade. Ressalta-se que as exceções devem ser interpretadas e aplicadas restritivamente de forma que não se podem admitir outras formas que impeçam o retorno imediato da criança raptada, mas apenas as expressamente definidas na Convenção da Haia Sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. (PEREZ-VERA, 1982).

A primeira exceção disciplinada no art. 12 da Convenção da Haia de 1980, que trata da possibilidade de integração da criança ao seu novo meio e, portanto, não é necessário seu retorno imediato, somente se aplica na hipótese em que entre a data da transferência ou retenção ilícita (data de saída do país) e a data do início do procedimento administrativo ou judicial (o pedido de retorno da criança), haja decorrido período de tempo superior a um ano. A parte sequestradora deverá comprovar que a criança já se adaptou ao meio. (BRASIL, 2000).

No artigo 13a estão expressas outras duas exceções distintas que desobrigam das autoridades administrativas ou judiciais do Estado requerido a ordenar o retorno da criança. Primeiro, quando a pessoa ou instituição que se oponha ao retorno da criança comprovar que o requerente não exercia efetivamente o direito de guarda quando houve a transferência. Segundo, quando a pessoa ou instituição que detinha o direito de guarda consentiu, posteriormente, com a nova localização da criança sem se opor. (BRASIL, 2000).

A quarta exceção consta no artigo 13b, na qual a criança não será trazida de volta ao seu país de residência habitual na

hipótese de haver um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica ou caso haja um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar numa situação intolerável. Há aqueles que entendem como sendo os aspectos que envolvam a violência doméstica no histórico familiar que estimula a fuga do domicílio tendo em vista que os direitos e o princípio do melhor interesse da criança estão sendo violados dentro do próprio lar. (BRASIL, 2000).

Conforme estudos realizados por Weiner (2002), se o genitor desloca com a criança para outro país em busca de refúgio e segurança contra uma situação de violência vivida no lar, aquele está protegendo a sai mesmo bem como os interesses da criança para que essa não sofra mais com os efeitos imediatos dos abusos sofridos, portanto, não se pode tolerar a violência doméstica e, assim, o retorno ao lar habitual como se compreende na Convenção da Haia é medida inviável.

É preciso observar que o ônus da prova será de quem alega o direito. Portanto, caberá à pessoa que subtraiu a criança comprovar que o fez para fugir de violência ou condições insuportáveis para o seu desenvolvimento e convivência de modo a convencer o julgador se as medidas de retorno são de fato ineficazes. (PEREZ-VERA, 1982).

No parágrafo primeiro do artigo 13, consta a quinta exceção, quando a própria criança se recusar a retornar para o lar habitual, caso a criança assuma certo grau maturidade e idade que, pela análise da autoridade central competente, poderá a criança ter suas opiniões consideradas em toda a situação do sequestro ou retenção. (BRASIL, 2000).

A última exceção consta no artigo 20 da Convenção, cujo retorno não será permitido quando não for compatível com os princípios fundamentais do Estado requerido com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. O artigo 20 deve ser interpretado e aplicado aos casos de

exceção quando se pode definir qual o princípio foi de fato violado e quais os motivos dessa lesão. (BRASIL, 2000).

3. Novos rumos para a proteção efetiva da criança nos casos de sequestro internacional interparental

O artigo 7º e o 8º da Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança são claros quando explicitam que à criança deve ser garantido o direito de ser cuidada pelos pais e de preservar sua identidade, inclusive nacionalidade, o nome e as relações familiares, de acordo com a lei, sem interferências ilícitas. Numa situação de subtração internacional a criança perde algumas dessas referências quando através de uma decisão unilateral de disputa parental se vê privada do convívio familiar. Portanto, os procedimentos trazidos no âmbito da Convenção da Haia de 1980 merecem ser ressaltados, atualizados e adaptados às legislações internas nos Estados membros de forma a se tornarem mais específicos para que os objetivos de se cessarem os efeitos da subtração ilícita sejam realizados de maneira célere e protetivos.

Além da realização de perícia e estudos psicossociais das condições do lar habitual e da situação vivida pela criança, tem-se que outro meio para constituir as provas de robustez seria a oitiva da criança para verificar qual é o seu interesse diante da situação, quando isso for possível, visto que há casos de rapto de crianças ainda sem o discernimento e idades necessários para expor suas escolhas. Mas esta via deve ser analisada com cuidado tendo em vista a aproximação da criança com o sequestrador pelo vínculo criado junto a este que o privou de conviver com o genitor (ou guardião) que pleiteia o retorno. (PEREZ-VERA, 1982).

Ressalta-se que não há uma lei sobre um procedimento específico para tratar das ações da Haia sobre subtração in-

ternacional de crianças. Este ponto merece um cuidado, pois seria favorável à forma de cumprimento do que está previsto na Convenção de 1980, tal como os prazos curtos para as primeiras intervenções das autoridades bem como para a decisão sobre a medida de retorno ou não. Isto porque combater a subtração internacional parental de crianças é reconhecer que se deve incidir consequências jurídicas a tal ato, que implica no fato de que ao se estar diante de alguma hipótese de exceção, por exemplo, verificar se há provas sobre tal alegação e se não se está acobertando um subtrator que alega meramente um bem estar genérico da criança. Para retirar compulsoriamente direito de um dos genitores (ou guardiões) de conviver com a criança é preciso ser algo grave e expresso como exceção na própria Convenção da Haia de 1980. (SIFUENTES, 2009).

Discute-se a possibilidade de haver uma responsabilização do Estado membro que descumprir da Convenção da Haia de 1980, no que se refere às queixas contra esses países por não cumprirem os prazos, delongar com os procedimentos, o que é de fato prejudicial ao caso da subtração, pois quanto mais o tempo passa mais a criança é afastada do convívio com os pais (ou guardiões) e do lar habitual é pior para o seu melhor interesse. Ressalta-se que há ação contra o Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos por demora para solucionar os casos no procedimento da Convenção interamericana contra Rapto de menores.

Há um anteprojeto de lei que faz parte dos trabalhos que têm sido realizados no âmbito do Grupo Permanente de Estudos da Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, criado em 2006 pelo STF. Estudam-se as melhores formas de aplicação da Convenção da Haia no Brasil, tendo como um dos resultados um anteprojeto de lei brasileira em curso de elaboração, para adequar a

ação de busca, apreensão e retorno da criança processada no Brasil (como Estado requerente e como Estado requerido), como outros Estados têm elaborado normas neste sentido²⁴. Propõe-se um marco regulatório sobre os procedimentos adotados no Estado nos casos de subtração internacional de menores. (SOARES, 2016).

Considerações Finais

Convenção da Haia de 1980 foi criada com o intuito de solucionar um problema que ultrapassa as fronteiras dos Estados e atinge a cada um dos lares cuja família é rompida por diversos motivos. Tais conflitos afetam a criança diretamente pela desestrutura do lar, por ser privada de estar em seu meio ambiente social, seus conhecidos, sua escola, seu pai, sua mãe ou quem seja a pessoa responsável por lhe ensinar os caminhos da vida.

A Convenção da Haia de 1980 defende mecanismos de aproximação transfronteiriços entre os Estados para que não haja dificuldades e que se tomem as medidas de verificação da transferência ou retenção ilícita da criança de um Estado ao outro.

Tal forma de atuação entre os Estados implica em uma cooperação internacional necessária para cumprir os objetivos da Convenção como a proteção ao interesse da criança, cessar a violação do direito de guarda ou de visitas do parente deixado para trás e, o respeito ao princípio do juiz natural, competente para elucidar e decidir sobre o conflito.

Não se pode reduzir a criança a um ser menor dentro da relação familiar. Vivemos um momento global de relações familiares plurais, em que tanto os laços consanguíneos

24. EUA, Uruguai, Argentina possuem cada um separadamente projetos e leis específicas sobre processo e procedimento administrativo e judicial sobre os casos de subtração internacional de crianças.

quanto os laços afetivos devem ser valorizados em prol do desenvolvimento moral, espiritual e material da criança que merece ser amada e respeitada como um ser pleno em formação e, estar em formação não significa que lhe faltam partes sem as quais não se devem respeitar os seus direitos fundamentais e sua integridade.

Referências Bibliográficas

ACAF. Autoridade Central Administrativa Federal Brasileira. Secretaria de Direitos Humanos. Ministério da Justiça. 2014. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/noticias/2014/abril/justica-brasileira-analisa-171-casos-de-sequestro-internacional-de-criancas-em-que-se-visa-o-seu-retorno-ao-exterior>>. Acesso em: 03 mai. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 abr. 2017.

BRASIL. Decreto no 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. 1990b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 26 abr. 2017.

BRASIL. Decreto 3413 de 14 de abril de 2000. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3413.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado** – A criança no Direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

HCCH. **Conferência da Haia de Direito Internacional Privado**. Analyse statistique des demandes déposées en 2008 en application de la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants. 2011. Disponível em: <<https://assets.hcch.net/upload/wop/abduct2011pd08c.pdf>>. Acesso em: 03 mai. 2017

ONU. **Declaração de Direitos da Criança de 1959**. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>>. Acesso em: 15 mai. 2017.

PEREZ-VERA, Elisa. **Rapport explicatif**. HCCH Publications. p. 426-476. 1982. Disponível em: <<http://www.hcch.net/upload/expl28.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

SIFUENTES, Mônica. **Sequestro interparental** – a experiência brasileira na aplicação da Convenção da Haia de 1980. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v.21 n. 5, maio, 2009. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/35914/sequestro_interparental_experiencia_brasileira.pdf>. Acesso em 27 abr. 2017.

SOARES, Boni de Moraes. **Aplicação da Convenção da Haia sobre Subtração Internacional de Crianças** – O projeto de lei para a regulamentação da Convenção de 1980 no Brasil, elaborado pela Comissão Permanente da SEDH. *In*: Seminário “O Brasil e a

Conferência da Haia de Direito Internacional Privado”. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, Série Cadernos do CEJ, vol. 31, p. 22-27. 2016.

UNICEF. **Fundo das Nações Unidas para a infância**. 2017. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/pt/>>. Acesso em: 26 abr. 2017.

WEINER, Merle H. **Navigating the road between uniformity and progress: the need for purposive analysis of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction**. 2002.

O sigilo no âmbito das investigações criminais e o princípio da publicidade.

Beatriz dos Santos e Santos

Introdução

O presente artigo busca analisar as principais características do Estado Democrático buscando entender o Poder Judiciário e suas características, bem como entender o Princípio da Publicidade e como o mesmo é aplicado ao sigilo na investigação judicial e por fim analisar a “Teoria do Etiquetamento” e como a mesma pode ser prejudicial em uma investigação e ação penal. Busca-se, através dessa interpretação histórica.

O Direito como ciência mutável deve refletir os anseios da sociedade. Deste modo, o Direito à Informação assume um papel primordial para a atual conjuntura mundial, visto que o acesso à informação é uma realidade digna de tutela.

A atividade jornalística de cunho investigativo passou a fazer parte do dia-a-dia das manchetes de jornais e revistas, ou das reportagens de capa dos maiores jornais televisionados

por visar o acesso a todo tipo de informação, de natureza penal ou processual penal, porém, o vazamento de tais informações podem comprometer investigações bem como o curso da ação penal, os quais devem ser analisados a partir da realidade apresentada pelos fatos, e não por informações produzidas por terceiros e como consequência lógica poderão acarretar violação a intimidade, um dos Direitos e Garantias Fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, e também o interesse de uma sociedade. Sendo assim, o sigilo será essencial para encabeçar com as investigações e encerrar a ação penal, bem como preservar a imagem e intimidade da vítima, do réu e globalmente da sociedade.

1. Estado democrático de direito

A origem do Estado Democrático de Direito é oriunda dos antigos povos gregos e seus inesquecíveis pensadores, buscando a ideia de “Estado Ideal”. O marco principal e mais significativo acontecimento histórico na edificação dos direitos humanos e consequentemente do direito, foi a Revolução Francesa de 1789, da qual derivou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, implementando, posteriormente, o modelo previsto na C.F/88, pautado nos ditames da justiça.

Após inúmeras evoluções e modificações sofridas pelo Estado originou-se o Estado democrático de Direito, cujo objetivo é garantir a participação popular no processo, onde o poder emana do povo. Com a figura do direito subjetivo público viu-se uma possibilidade do cidadão exigir seus direitos em desfavor do Estado, regulando a atividade política ensejando uma postura omissa do governo em não intervir na sua livre manifestação, limitando a atuação na esfera do indivíduo.

Assim, no atual paradigma constitucional, onde a República se divide em três poderes, sendo: Legislativo, responsável pela criação das leis; Executivo, executa e administra o país; e Judiciário, incumbido de julgar e garantir o cumprimento dessas leis, pode-se afirmar, que ao Judiciário cabe papel preponderante na afirmação e materialização do exercício pleno dos direitos inerentes a este tipo de Estado. No Estado brasileiro essa importância do Judiciário ganhou relevo com a nova ordem Constitucional surgida a partir da carta de 1988, materializada no Princípio da inafastabilidade de jurisdição, expresso no inciso XXXV do artigo 5º.

Ao Poder judiciário a Constituição assegura as prerrogativas do autogoverno, auto-organização e de auto-regulamentação, sendo este guardião das liberdades e direitos individuais, obtendo as garantias que a Constituição Federal institui para salvaguardar aquela imparcialidade e aquela independência.

Sendo assim, com o intuito de entender a atual condição social do cidadão através dos Direitos Fundamentais, cuja função é de prestação, proteção perante terceiros, defesa e liberdade, ao aplicarmos e interpretarmos qualquer norma jurídica em conformidade com a Constituição de 1988, não podemos, em nenhum momento, esquecer os postulados do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito Brasileiro (art. 1º, III, CF/88), o qual assegura ao cidadão um valor moral e espiritual inerente ao mesmo, não podendo assim ser violado.

Por conta disso, entende Dirley da Cunha Junior¹, que “Os Direitos Fundamentais representam a base da legislação e justificação do Estado e do sistema jurídico nacional, na medida em que vinculam toda atuação estatal, impondo-se lhe o dever soberaneiro de proteger a vida humana no seu nível atual de dignidade, buscando, em ultima instancia, a felicidade humana.”²⁵

25. JUNIOR, Dirley da Cunha. curso de Direito Constitucional. 7ª Edi-

2. Princípio da publicidade

Dentre todos os princípios assegurados pela Constituição Federal de 1988²⁶, princípio da publicidade previsto no art. 37, caput, da Constituição Federal, é mitigado pela própria Lei Maior, no seu art. 5º, inciso XXXIII, que prevê que “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, **ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado**”, bem como no Código de Processo Penal²⁷, no seu art. 20, que diz: “A autoridade **assegurar**á no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”.

Porém, além desta responsabilidade estatal de garantir um livre acesso, de qualquer pessoa, à informação, temos que o sigilo é muito utilizado na fase investigatória do processo penal devido à necessidade de preservação de provas e com intuito de não prejudicar as investigações.

Depois de longos anos de repressão, resultado de um regime ditatorial, em que a imprensa e toda a atividade cultural eram previamente censuradas, adveio a Constituição de 1988 com o objetivo de romper com os paradigmas antes fixados e, portanto, dentre outras metas, proporcionar ampla liberdade à imprensa.

Essa liberdade está expressa no artigo 5º da Constituição Federal, com a ideia de garantir a todos a liberdade de produzir e revelar as suas realizações intelectuais, artísticas e científicas, independentemente de censura ou licença. Al-

ção. Salvador-BA: JusPodivm, 2013. 551 p.

26. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

27. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm

gumas manifestações gozam de ampla liberdade como obras literárias, plásticas e música. Outras, porém ficam sujeitas a uma fiscalização e regulamentação do poder público, situação que não pode ser confundida com censura ou exigência da licença prévia.

Esta publicidade, a qual é permitida pela constituição, deve sempre atentar ao direito a liberdade de opinião e pensamento, sendo o direito de exprimir o que pensa a cerca de fatos (art. 5º, inciso IV Constituição Federal) mas que também assegura o direito de resposta a quem se sentiu ofendido ou atingido pela opinião de outrem.

Aqui, de acordo com Dirley da Cunha Junior²⁸, há três aspectos a serem analisados, (a) o direito de informar, que consiste na prerrogativa de transmitir informações pelos meios de comunicação sem restrição, art. 220 C.F. que veda qualquer obstrução ao exercício desse direito. (b) O direito de se informar, garantido pelo art. 5º XIV da C.F., sendo assegurado ao indivíduo a faculdade de buscar as informações pretendidas, sem qualquer obstáculo.

E por fim o (c) direito de ser informado, onde o art. 5º, inciso XXXIII C.F., que equivale a faculdade de ser mantido completamente e adequadamente informado, estando este direito restrito a assuntos ligados às atividades do poder público. A Lei 12.527/20411 considera algumas limitações para o acesso às informações, buscando proteção às informações e segurança da sociedade e individuais.

A função primordial do direito à informação deve sempre ser a de integrar a pessoa humana na Sociedade da Informação e, em um sentido mais aprofundado, permitir o livre acesso do indivíduo às informações disponíveis no cibe-

28. JUNIOR, Dirley da Cunha. curso de Direito Constitucional. 7ª Edição. Salvador-BA: JusPodivm, 2013. 674 e 175 p.

respaço, evitando assim a exclusão social proveniente do não ingresso no ambiente informático. É função estatal levar a inclusão informacional em todas as esferas da Sociedade, ou mesmo, incentivar o desenvolvimento nacional de iniciativas privadas neste sentido.

A liberdade de informação jornalística é uma espécie de liberdade de informação, a qual busca o direito de informar através de meios de comunicação, buscando transmitir determinada notícia e tecer sobre ela comentários ou críticas, críticas essas asseguradas pelo artigo 220 § 1º da Constituição Federal .

Segundo NUNES JUNIOR, Vidal Serrano, ²⁹ notícia é toda anotação sobre fato ou pessoa de interesse social. Se caracteriza por um texto informativo de interesse público, que narra algum fato recente ocorrido no país ou no mundo. Já a crítica pode ser compreendida por um juízo de valor que se faz sobre determinada situação noticiada, podendo ser favorável ou desfavorável.

Partindo dos conceitos acima, busca-se entender até onde essa liberdade de imprensa não interfere no Direito a Privacidade do homem, nos casos onde pode ser investigado ou réu, onde através da mídia são expostos a sua intimidade, vida privada, honra e imagens.

3. Sigilo na investigação judicial

Os atos processuais, em regra, são públicos, porém, alguns processos correm em segredo de justiça, onde o acesso aos dados processuais ficam limitados às partes e os seus advogados, o acesso do advogado, sendo este último um mister entendimento da regra contida no Estatuto da Advocacia e

29. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística. São Paulo: Editora FTD, p 38.

da Ordem dos Advogados no Brasil, Lei 8.906/1994³⁰, em seu artigo 7, XIV:

Art. 7º. São direitos do advogado: ...

XIV – examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos;

A Súmula Vinculante 14 STF³¹ ratifica a Lei acima, quando diz que “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”

Por tanto, é defeso ao advogado e partes o acesso a informações já documentadas, estando aquelas em andamento salvaguardadas pelo princípio do sigilo evitando expor a imagem do acusado/investigado, mas há situações as quais o segredo de justiça deve ocorrer, estando definidos no Código de Processo Penal, possibilitando que também possa ser decretado quando houver interesse público, como por exemplo, o **Regime de sigilo da lei das organizações criminosas, as quais são utilizadas sigilo estrito das investigações, como forma de garantir o maior êxito possível às investigações.**

Entende-se assim Relator Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, julgamento em 16.2.2016, DJe de 12.5.2016, Rcl 22009 AgR.³²

30. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm

31. <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sufmula=1230>

32. <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumu->

“3. Enquanto não instaurado formalmente o inquérito propriamente dito acerca dos fatos declarados, o acordo de colaboração e os correspondentes depoimentos estão sujeitos a estrito regime de sigilo. Instaurado o inquérito, ‘o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento’ (art. 7º, § 2º). Assegurado, como assegura, o acesso do investigado aos elementos de prova carreados na fase de inquérito, o regime de sigilo consagrado na Lei 12.850/2013 guarda perfeita compatibilidade com a Súmula Vinculante 14.” (Rcl 22009 AgR, Relator Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, julgamento em 16.2.2016, DJe de 12.5.2016)

Entende-se, por um lado, que divulgação de dados de inquéritos policiais ou de processos penais implica uma forma legítima de motivar o Estado a fornecer uma prestação célere da justiça e a impedir que muitos delitos fiquem impunes; todavia, por outro lado, é possível constatar que a divulgação de tais informações pode gerar danos ao próprio investigado/indiciado/réu e a terceiros envolvidos; o que deve ser evitado, especialmente num Estado Democrático de Direito, onde, por expressa determinação constitucional, preserva-se a vida privada dos cidadãos, bem como onde vige o princípio da presunção de inocência.

O Jus Puniendi, caracterizado pelo poder-dever do Estado de punir, figura como fonte necessária a conservação da segurança jurídica, desde que respeitadas às normas existentes dentro do ordenamento jurídico. E é em razão do jus puniendi in concreto que se dá início a persecução penal, ou criminal, que será devidamente apurada para que então possa perseguir o crime em concreto para que se exerça o poder-dever de punir.

Sob a égide da constituição federal, Aury Lopes Jr. define: “Inquérito é o ato ou efeito de inquirir, isto é, procurar informações sobre algo, colher informações acerca de um fato, perquirir”. (2008, p. 241).³³ O I.P. pode ser descrito como um procedimento preliminar, de cunho administrativo e investigatório. Vale ressaltar que não se trata de única modalidade de investigação preliminar. Com relação às características do inquérito policial, Leonardo Lopes de Almeida Duarte em seu artigo o define como³⁴:

1.1. Procedimento inquisitivo: Todas as funções estão concentradas na mão de única pessoa, o delegado de polícia.

1.2. Discrecionarietàade: existe uma margem de atuação do delegado que atuará de acordo com sua conveniência e oportunidade

1.3. Procedimento sigiloso: O inquérito policial tem o sigilo natural como característica em razão de duas finalidades: 1) Eficiência das investigações; 2) Resguardar imagem do investigado. Nesse sentido, a súmula vinculante nº 14, do STF³⁵: “É direito do defensor, no interesse do representado,

33. LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v.I.

34. <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,uma-breve-analise-sobre-o-inquerito-policial-brasileiro,43692.html> acesso em 20/09/2017 as 21:00

35. <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1230>

ter acesso amplo aos elementos de prova, que já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”

1.4. Procedimento escrito: os elementos informativos produzidos oralmente devem ser reduzidos a termo.

1.5 Indisponível: a autoridade policial não pode arquivar o inquérito policial. O delegado pode sugerir o arquivamento, enquanto o MP pede o arquivamento.

1.6. Dispensável: Segundo art. 12 do CPP³⁶: “Art. 12 - O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra.”

O sigilo, então, se apresenta como ferramenta eficaz para que se evitem abusos e inobservâncias constitucionais. Visam-se as garantias do indivíduo e o não julgamento antecipado do indiciado. O corpo social não tem nada a perder com essa garantia, pelo contrário, pode sentir-se mais seguro em saber que aquele indivíduo, ora suspeito, atual indiciado e possível réu não tiveram direitos violados ou passaram, provavelmente, por um procedimento viciado.

A Característica sigilosa do inquérito policial, por ser uma peça de natureza administrativa, inquisitiva e preliminar à AÇÃO PENAL, traz ao mesmo segurança, pois se sabe que esta fase é o momento do qual serão produzidas determinadas provas que não mais se repetem, sendo assim ausentes a qualquer pessoa do povo, o que não significa a exclusão da participação do advogado como ouvinte e fiscal da regularidade da produção de provas.

Quando tais informações chegam ao conhecimento da sociedade, como casos de grande repercussão, por exemplo,

36. <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10677802/artigo-12-do-decreto-lei-n-3689-de-03-de-outubro-de-1941>

o Processo Penal sofre influência tanto social, quanto da Mídia. Seu objeto – uma pretensão processual acusatória – oferece ingredientes para o reducionismo exacerbado, e para o maniqueísmo, pois “como em tudo, na mídia convivem o ‘bem’, o ‘mal’ e o ‘nem só uma coisa nem outra’”. A apresentação de um contexto com atores definidos, protagonistas e antagonistas perfeitamente delineados, atrai o consumidor do principal produto oferecido pela Mídia – a notícia.

E desta nefasta conjuntura nasce o “sensacionalismo”, que é um instrumento de sedução do cidadão com a espetacularização; é um defeito ético na maneira de expor “notícias oriundas de informações sobre fatos e acontecimentos que, por vezes, já são chocantes por sua própria natureza”.

Sempre que operações policiais são deflagradas, surge a tensão entre o direito ao sigilo e o direito à informação. Segundo o artigo 20 do CPP³⁷: “A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”.

Razões para a decretação de sigilo sobre inquéritos criminais em andamento são o interesse da própria apuração e a presunção de inocência daqueles que são ainda meros investigados.

De fato, o artigo 5º, inciso X, da Constituição, diz 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”, e o inciso LVII do mesmo artigo assevera que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (presunção de não-culpabilidade).³⁸

A Lei de Acesso à Informação (LAI), revogou o artigo 20 do CPP, e no seu art. 22 da Lei 12.527/2011, diz que suas

37. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm

38. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

regras não excluem “*as demais hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça*”. De igual modo, o art. 23, inciso VII, da LAI, determina que “*são consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.*”³⁹

A violação do sigilo de uma investigação criminal é tão grave que o legislador alçou este tipo de vazamento à condição de crime. A final, o propósito do sigilo é a proteção da integridade física e da vida do réu colaborador ou do agente infiltrado ou do sucesso dessas operações assim como o êxito de uma ação controlada.

Como não há uma legislação que salvguarde os tribunais dos ataques midiáticos, os juízes são pressionados para seguir a cartilha do punitivismo. Assim, o sigilo judicial torna-se uma medida apta para barrar ou, pelo menos, minimizar a campanha midiática contra o Poder Judiciário e, confere a garantia ao acusado de não ferir a sua honra, na medida em que a presunção de inocência vigora durante todo o processo e somente pode ser destruída por meio de uma sentença condenatória.

Por conseguinte, mesmo os atos processuais que, em princípio, não são considerados sigilosos podem ser cobertos pelo segredo de *justiça sempre que o ato judicial puder humilhar a parte ou envolvê-la em uma relação prejudicial à sociedade, ao Estado ou a terceiro*. Sendo assim, podemos entender que o direito à informação não é absoluto, tampouco a liberdade de expressão, pois podem afetar os direitos da personalidade, já que o que se discute não é o meio de comunicação, mas os perigos que essa função social da mídia pode causar caso se desvirtue; e a publicidade é uma forma de controle, mas não um meio

39.http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm

de instaurar um julgamento midiático influenciando sobre o tribunal e o processo.

A Constituição Federal, no seu artigo 5, LX, traz o seguinte remédio para que o Inquérito Policial permaneça sigiloso respeitando as restrições, ao passo que se contrario for, muitos atos investigatórios poderiam ser estragados e manipulados pela ação do investigado.

Art. 5, LX: A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem. (CF 1988).⁴⁰

Para Albuquerque, o sigilo apenas se dá para uma finalidade e somente essa, que sirva apenas para a proteção do investigado/acusado perante a sociedade, a fim de assegurar os princípios da dignidade da pessoa:

Tal não se deve estender, entretanto, às peças do próprio inquérito policial, o qual, por incorporar diligências já concluídas, não potencializa nenhum prejuízo à investigação decorrente do acesso dos investigados. A única razão para a decretação do sigilo do inquérito, portanto, é a intimidade dos investigados, sendo o interesse público motivo para o sigilo da investigação, não do procedimento. (ALBUQUERQUE, 2005, p. 121).⁴¹

40. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

41. BITTENCOURT DE ALBUQUERQUE, José Cândido. *Da Tolerância à Intolerância – no contexto das liberdades individuais e coletivas*. In: SANTOS, Maria Helena Carvalho. (Coord.). : **Nas Fronteiras da Intolerância**. Lisboa: Instituto de Estudos Portugueses – Faculdade de Ciências Sociais e Humanas – Universidade Nova de Lisboa, 2005.

Combinando o inquérito policial com a situação do investigado, cujo seus direitos fundamentais devem ser preservados, temos o que seja necessário para analisar o princípio constitucional da inocência presumida, que tem como objetivo principal proteger a moral do indiciado.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 dispõe em seu artigo 11:

“Toda pessoa acusada de um delito tem o direito de ser presumidamente inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.”⁴²

O princípio *in dubio pro reo* possui íntima ligação ao princípio da presunção de inocência, incidindo sobre o processo e extra judicialmente, tratando da falta de certeza que o Estado não tem em tratar aquele indivíduo como culpado sem que exista sentença penal condenatória definitiva.

A presunção da inocência não só é válida para os termos do processo, como também para os trâmites do inquérito policial, pois se não há qualquer indício de autoria do delito pelo indivíduo, não há como fundamentar-se juridicamente um decreto de prisão.

Com a mídia, o princípio da presunção de inocência é uma garantia processual penal que busca tutelar a liberdade pessoal até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O princípio em apreço tem amparo constitucional, sendo norma basilar de um Estado Democrático de Direito.

A Constituição Federal com o objetivo de garantir que todos sejam processados nos parâmetros legais, não retirando

42. <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>

de ninguém o direito ao contraditório e a ampla defesa, instituiu no artigo 5º⁴³ de seu ordenamento o princípio do devido processo legal. Tal princípio tem como colôriário a ampla defesa e o contraditório. A primeira garantia refere-se ao direito em que o acusado tem de juntar ao processo todos os elementos necessários para esclarecer a veracidade dos fatos, incluindo, o direito de permanecer calado. Já o contraditório é a forma de exteriorizar a ampla defesa, permitindo o acusado a mostrar processualmente sua própria versão dos fatos.

Entretanto a influência exercida nem sempre é suficiente para convencer o magistrado, mas “em alguns casos desempenham uma pressão implícita na sua consciência, o levando a agir de acordo com o que pensa que lhe é esperado, mesmo sem que a mídia manifeste neste sentido” (DOMINGUEZ, p. 05, 2009).

A mídia ao desviar de sua função, preocupa-se cada vez mais em acusar e condenar, causando assim interferência não apenas sobre o juiz penal, mas em se tratando do júri, sobre a decisão dos jurados. Quando ocorre da imagem do investigado ser utilizada de forma indevida e de surgirem acusações antecipadas e irresponsáveis praticadas pela mídia, com o único intuito de conseguir altos níveis de audiência, a honra está sendo abalada.

4. Teoria do etiquetamento: Publicidade versus intimidade

Em relação aos dados interpretamos que, uma vez “quebrado” o sigilo, a razão que pode justificar a sua manutenção ocorrerá na situação em que a própria investigação estiver sendo mantida sob sigilo, por vontade do órgão do Ministério Público e para garantia do seu sucesso.

43. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

A exceção encontra-se no fato de a investigação criminal tramitar sob sigredo de justiça, seja em inquérito policial, seja em procedimento investigatório próprio no âmbito do Ministério Público, ou ainda em processo que, por outra qualquer circunstância tramite em sigredo de justiça, especialmente quando, fundamentadamente decretada pelo próprio Juiz de Direito. Nessa situação a decretação do sigilo nos transporta à conclusão de que a revelação dos dados ofende os interesses da Administração da Justiça, não apenas da pessoa física cujos dados integrem os autos, e por conseguinte pode configurar aquele delito.

Os dados extraídos de interceptação telefônica por exemplo são, por determinação expressa da lei mantida em autos apartados, do inquérito policial ou do processo criminal, destruídos aqueles que não têm relação com os fatos investigados. Concluído o inquérito policial, em face da expressa determinação legal, devem ser mantidos, sempre em apartado, sob sigilo, independentemente de ser decretado o sigilo pelo Juiz de Direito, após recebimento da denúncia.

Sendo assim, o sigilo no inquérito policial e até mesmo na ação penal, é inerente apenas ao fato da investigação, somente pode ser decretado a partir do momento em que a confidencialidade se mostrar indispensável. Deve-se compreender que o caráter unilateral e inquisitivo do inquérito atividade não pode suplantiar as garantias fundamentais do indivíduo. Neste sentido, entende-se o sigilo não apenas para confirmar os atos investigatórios, mas também, para celebrar o princípio da dignidade da pessoa e da presunção de inocência.

Essas reações da sociedade em torno do indivíduo ora investigado, criam uma etiqueta de fácil percepção, ou seja, tal qual a um rótulo que ele carrega e que serve para identificar seus problemas passados, suas virtudes, sua identidade. Assim, os indivíduos são marcados por atos praticados no passado e tal

rotulação tem a finalidade de mantê-los afastados do convívio da sociedade, uma forma de controle contra o estigmatizado. Para Elias a força de fofoca pode ser devastadora.

Denominada “Teoria do Labelling Approach” também conhecida como Interacionismo Simbólico, Etiquetamento, Rotulação ou Reação Social é considerada um dos marcos das teorias de conflito, pois segundo Becker, os grupos sociais criam regras a certas pessoas em particular, qualificando-as como marginais. Estudos dessa teoria consistem em uma série de expectativas que o indivíduo carrega sobre si ao conviver dentro das sociedades, e que, ao frustrar algumas dessas expectativas, poderia estar fadado a uma marca, como um estigma que permanece. Esse estigma refere-se a essa conotação que pode acompanhar o indivíduo pelo resto de sua vida.⁴⁴

Portanto, o sigilo no inquérito e no decorrer de todo o processo investigatório da autoridade policial é a principal arma utilizada contra essa situação de “etiquetamento”, que pode, indiscriminadamente e sem motivos, incriminar alguém socialmente mesmo que essa pessoa seja considerada pela justiça inocente de todas as acusações. Não há nessa fase nenhum tipo de inocência presumida uma vez que o clamor popular e o conhecimento empírico perfazem grandes ardis em situações como essas, espalhando informação muitas vezes dispersas do que realmente há no inquérito policial, marcando para sempre o indivíduo.

Conclusão

O Estado Democrático de Direito Brasileiro amplia o conceito de direito social, criando o chamado “direito fra-

44. Pádu, Vinícius Alexandre, Teoria do Labelling Approach, Sexta, 03 de Abril de 2015 04h30, Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,teoria-do-labelling-approach,52930.html>

ternal”, reclamando do Estado uma postura pro-ativa, que deve se antepor aos fatos, buscando controlar a sociedade, implementando formas de concretizar o modelo previsto na C.F/88, pautado nos ditames da justiça, solidariedade, pluralismo e ausência de preconceitos.

Não obstante a previsão legal já existente em nosso ordenamento jurídico, o Projeto de Lei 4.209/2001 que reforma o Código de Processo Penal no tocante ao inquérito policial e termo circunstanciado, dispõe em seu artigo 20 e § 1º que a autoridade policial, o Ministério Público e o juiz assegurarão, na investigação, o sigilo necessário ao esclarecimento dos fatos, tomando as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do investigado, do indiciado, do ofendido e das testemunhas, vedada sua exposição aos meios de comunicação.

Com isto, nota-se a preocupação do legislador em proteger a intimidade, vida, honra e imagem do investigado ou indiciado durante esse processo de investigação para guardar sigilo para que as investigações logrem êxito, bem como para preservação da imagem pessoal e social do investigado, evitando assim a rotulação por meio da sociedade.

Referências

JUNIOR, Dirley da Cunha. curso de Direito Constitucional. 7ª Edição. Salvador-BA: JusPodivm, 2013. 551 p. 674 e 175 p.

<http://www.planalto.gov.br/>

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística. São Paulo: Editora FTD, p 38.

<http://www.stf.jus.br>

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v.I.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo penal e mídia*. São Paulo: RT, 2003.

BITTENCOURT DE ALBUQUERQUE, José Cândido. *Da Tolerância à Intolerância – no contexto das liberdades individuais e coletivas*. In: SANTOS, Maria Helena Carvalho. (Coord.). : *Nas Fronteiras da Intolerância*. Lisboa: Instituto de Estudos Portugueses – Faculdade de Ciências Sociais e Humanas – Universidade Nova de Lisboa, 2005.

<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>

Pádu, Vinícius Alexandre , Teoria do Labelling Approach, Sexta, 03 de Abril de 2015 04h30, Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,teoria-do-labelling-approach,52930.html>

<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2013/3-7.pdf>

http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/edicao2/Luiz_Fernando.pdf

http://www.lex.com.br/doutrina_26052222_A_PUBLI-CIDADE_DA_MIDIA_NOS_JULGAMENTOS_CRIMINAIS_E_O_SIGILO_JUDICIAL.aspx

Livro - Belo Monte: O Estado Democrático de Direito em Questão – Autora Maria Borges Fainguelernt.

Livro “O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias”, do jurisconsulto Miguel Reale.

LIVRO - cintra, antônio carlos de aráujo, grinover, ada pel-
legrino, dinamarco, cândido rangel – teoria geral do
processo, 28^a ed. ed. melhoramentos;

BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no Capitalismo Tar-
dio. Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt>. Acesso
em 09 de abr. 2013.

Saúde pública e direitos constitucionais brasileiros: Ativismo Judicial e Judicialização da Saúde Brasileira

Reinaldo Apolinário da Silva

Introdução

A partir do ano de 1988, a Constituição Federal determinou o dever do Estado de garantir a saúde a toda população, e, para isso, foi criado o SUS, Sistema Único de Saúde. No ano de 1990, o Congresso Nacional aprovou Leis Orgânicas da Saúde que regulamentam o funcionamento do Sistema, as Leis Orgânicas nº 8.080/90 e a Lei 8.142/90, as NOBS (Normas Operacionais do Sistema e NOAS (Normas operacionais do Sistema à Saúde).

Como consequência da má administração dos recursos financeiros destinados a saúde, o desvio fraudulentos de valores, bem como corte de verbas, o cenário de caos se instalou

nas cidades e centros urbanos, existindo um aumento significativo de procuras por atendimento, prazos extensos para o agendamento de consultas e exames, péssima qualidade das instalações, ausência e má remuneração do funcionalismo, falta de medicamentos e materiais, superlotação de unidades e a disseminação de doenças infectocontagiosas, acentuando os problemas sociais, bem com o índice de ajuizamento de ações contra o sistema, pois, uma vez se sentindo lesado, a Constituição assegura o direito do cidadão de ingressar com uma ação no Poder Judiciário por violação ao direito à saúde, pleiteando um resultado rápido e eficaz, consistente na obtenção das condições necessárias para fruir desse direito.

1. Princípios humanísticos e sociais

De acordo com Carvalho Santos (CARVALHO; SANTOS, 2002, p.71), Universalidade é o princípio relacionado ao acesso aos serviços de saúde, onde todos possuem este direito de atendimento, e cabe ao Estado assegurá-lo. Apresenta caráter constitucional, não podendo o Estado fazer qualquer tipo de distinção entre seus usuários, de modo a garantir a Equidade, tratando desigualmente os desiguais, agindo o Estado onde há maior carência, classificando todo cidadão de forma igualitária perante ao SUS (Sistema Único de Saúde), proporcionando um atendimento conforme suas necessidades.

Desta feita, maior Integralidade, promovendo a prevenção, tratamento, reabilitação e ligação do indivíduo em outras políticas públicas, como controle de doenças, através da Promoção, com o objetivo de eliminar ou controlar as causas de doenças e agravos, relacionadas a fatores psicológicos (estado emocional), sociais (condições de vida) e biológicos (herança genética, doenças crônicas) por intermédio da Proteção, com ações específicas de prevenção, como imuniza-

ções e orientações de doenças por atividade de trabalho, assim como através da Recuperação, objetivando a redução do índice de mortalidade de pessoas portadoras de patologias ou vítimas de acidentes.

2. Princípios do SUS

Conforme bem ensina Carvalho e Santos (CARVALHO; SANTOS, 2002, p.84-87), a Regionalização e Hierarquização estão relacionados com a rede de serviços do SUS, com o intuito de permitir um conhecimento maior sobre problemas de saúde da população e, assim, favorecer as ações de saúde específicas para cada região. Os serviços de saúde devem ser organizados de acordo com a complexidade das suas ações. O intuito é proporcionar um maior conhecimento dos problemas que assolam determinada região de forma Descentralizada, redistribuindo as responsabilidades e ações de serviços de saúde entre os vários níveis de governo, em caráter de Resolutividade, buscando a promoção do atendimento individual ou em casos epidêmicos (coletivos), com foco na solução do problema, através da participação dos cidadãos, como garantia Constitucional onde a população, através de suas organizações representativas, na participação do processo de formulação das políticas de saúde e o controle de sua execução e com isso abrangendo todos os níveis, desde o federal até o local.

3. Complementariedade do Setor Privado

A Constituição Federal estatui que quando o serviço do setor público for insuficiente e isto acarretar a necessidade de contratação de serviços privados, com base no disposto no Art. 8º da Lei nº 8.080/90, os requisitos elencados deveram

ser respeitados, como: a) instituição privada deve estar de acordo com as normas técnicas e princípios básicos do SUS; b) A integração dos serviços privados deverá se dar na mesma lógica do SUS, em termos de posição definida na rede regionalizada e hierarquizada dos serviços.

A Lei nº 8.080/90 estabelece condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. A Lei nº 8.142/90 sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde (CARVALHO; SANTOS, 2002, p.19).

As Normas Operacionais (NOBS) definem as estratégias que reorientam a operacionalidade do sistema. Apresentam como objetivos induzir e estimular mudanças, aprofundar e reorientar a implantação do SUS, definir novos objetivos estratégicos, regular as relações entre gestores e normatizar o sistema.

4. Estado Democrático de Direito e o Mínimo Existencial

A Assembleia Nacional Constituinte que gerou a Constituição Brasileira de 1988 instituiu o Estado Democrático de Direito, inscrevendo, no preâmbulo desse ordenamento constitucional, que a finalidade precípua desse modelo de organização é:

“Assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonização social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”

Pelos mesmos motivos, o Estado Democrático de Direito tem, dentre seus fundamentos, cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político, articulados com o propósito de construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, e promover o bem estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Por representarem princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito concebido pela Constituinte de 1988, esses fundamentos e objetivos se irradiam por todos os demais preceitos que compõe o ordenamento, seja implicitamente, seja expressamente, constituindo um propósito de viabilizar a dignidade humana, assegurando a todos o mínimo existencial ou essencial ao ser humano e à vida em sociedade.

5. A Saúde como Direito e como Serviço

A Constituição Federal, em turno do seu artigo 196, afirma que:

Art. 196 “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

A matéria Constitucional nos assegura o Direito à Saúde como um serviço público, cabendo ao Estado sua garantia, considerando que a gestão deste serviço há de se atentar para o fato de um determinado perfil de oferta de serviços gerar um perfil de demanda e de representações por parte da população sobre o processo de saúde/doença, ao mesmo tempo

que induz à busca da compreensão da relação de carências, demandas e sua constituição de direitos. Compreender este fenômeno requer debruçar-se não só sobre a carência diagnosticada, mas à sentida pela população e, da mesma forma, não só sobre as necessidades de saúde tecnicamente identificadas, mas também sobre o processo através do qual essas necessidades se transformam em demandas.

Desta feita:

“A questão que se levanta hoje, para o setor da saúde, no interior da discussão democrática, aliás, como para os demais setores, é exatamente como conciliar as profundas desigualdades sociais, aqui citando populações de baixa renda, desemprego, ausência de saneamento básico, pavimentação, segurança, baixo nível de escolaridade, desenvolvimento populacional/demográfico em regiões de periferia, que marcam a sociedade brasileira com a democracia, num contexto de crescente “invisibilidade social da desvalorização das políticas sociais”, no geral reforçada pelo discurso da “eficiência e da moralização administrativa”, tão atual hoje no país, e exatamente quando se propõe a universalização de direitos sociais fundamentais e constitucionais” (COHN; NUNES; JACOBI; KARSCH, 2008, p.15).

Reitera-se, no instituído SUS (Sistema Único de Saúde), o necessário controle do Estado sobre o sistema criado, ressaltando, contudo, a particularidade no conjunto constituído, que em cada região do país exige um exame específico, buscando uma superação da dicotomia entre o institucional e social, a legitimidade das reformas concretas que respondam às expectativas e necessidades da população. Assim sendo, impõe-se uma refle-

xão sobre as carências sentidas por estes segmentos, bem como as suas expressões concretas no sentido de saná-las.

6. A percepção sobre a responsabilidade do poder público

Os bairros aparecem para as populações como um espaço marcado pela ausência de equipamentos e serviços, e que, por este motivo, contém em maior ou menor medida, situações de agravo à saúde. Estas incidem, sobretudo, em virtude das condições de manutenção de higiene, saneamento, pavimentação, limpeza pública, critérios essenciais para obtenção de uma vida saudável através da imprescindível calma e tranquilidade, segurança, transportes e iluminação pública, alicerçados pela manutenção da saúde, objeto de atuação do poder público, expandindo suas atribuições aos estados e municípios, cabendo às autoridades a solução e responsabilidade dos problemas acima citados.

A perspectiva da construção da cidadania (COHN; NUNES; JACOBI; KAISCH, 2008, p.15), a partir das reivindicações concretas dos segmentos mais desfavorecidos da sociedade, supõe a formação de uma pauta de reivindicações que seja passível de universalização. Por seu intermédio, supera-se a demanda fragmentada por serviços e caminha-se em direção à afirmação de direitos. Isso significa a exigência de uma nova perspectiva: De meros clientes das políticas sociais para sujeitos desse processo. Daí ser imperioso conhecer os limites e potencialidades das formas de organização e mobilização desses segmentos sociais, o que certamente representa um desafio para aqueles que se preocupam com a consolidação da democracia na sociedade brasileira.

No que diz respeito a saúde, como nas demais demandas de políticas públicas, o atual desafio para a consolidação

da democracia reside em como conciliar uma forte presença do Estado no setor, exigida pelas acentuadas desigualdades sociais no país, em uma ordem democrática. O desafio, portanto, reside em contemplar os dois termos da formulação: A saúde como direito e como serviço.

7. Direito Constitucional e a Prestação de Saúde: Complexidades

Descreve sobre as complexidades acerca dos serviços de saúde e controle jurisdicional:

Discorrer sobre a eficácia jurídica dos comandos constitucionais que tratam do direito à saúde significa dizer que há um conjunto de prestações de saúde exigíveis diante do Judiciário por força e em consequência da Constituição. Mais que isso, tal afirmação significa que os poderes constituídos estão obrigados a colocar à disposição das pessoas tais prestações, seja qual for o plano de governo ou a orientação política do grupo existente no poder. Embora simples de anunciar, a questão está longe de ser singela (NETO; SARMENTO, 2008, p. 801).

Em face de um contexto de recursos públicos escassos (NETO; SARMENTO, 2008, p. 803), aumento da expectativa de vida, expansão dos recursos terapêuticos e multiplicação das doenças, as discussões envolvendo o direito à saúde, ou, mais precisamente, o direito à prestação de serviços de saúde, formam, provavelmente, um dos temas mais complexos no debate acerca da eficácia jurídica dos direitos fundamentais. A verdade, porém, é que quando se busca mapear de forma mais precisa o sentido e o alcance dessa afirmação, problemas complexos surgem e não é possível ignorá-los.

Em primeiro lugar, os enunciados normativos versam sobre vida e saúde, buscando proteger e promover um bem da vida que não admite graduações, não havendo uma estipulação de “nível mínimo de saúde” ou ainda “mínimo de vida”. Ou oferece-se um tratamento e obtêm-se a cura ou o indivíduo permanecerá doente e poderá perder sua vida. Praticamente toda e qualquer prestação de saúde apresentará este critério, pois é exatamente para evitar a morte, dor e sofrimento que elas foram desenvolvidas. Na verdade, a maior ou menor eficácia das disposições constitucionais que tratam do tema deve estar relacionada às prestações de saúde disponíveis e não às condições melhores ou piores de saúde das pessoas, mesmo porque muitas vezes não há qualquer controle sobre o resultado final que uma determinada prestação de saúde produzirá ao paciente.

Portanto, a questão é que prestações de saúde podem ser judicialmente exigidas do Poder Público, a serem prestadas diretamente por ele ou pelo particular com custeio público, caso a Administração não possa ou não tenha meios de executar a prestação. Embora seja particularmente útil, do ponto de vista lógico, tal prestação de serviço não minimiza ou resolvem as dificuldades encontradas no tema, sob uma perspectiva pessoal e emocional.

Em segundo lugar, de forma amplamente complexa, questionamos sobre quais prestações de saúde dever sem oferecidas pelo Poder Público? Ou, de outra maneira, quais prestações de saúde os indivíduos possuem direito e, portanto, podendo exigí-las?

Como é corrente, novas prestações de saúde estão em constante desenvolvimento, a custos cada vez maiores. Parece inviável conceber um sistema público de saúde que seja capaz de oferecer e custear, para todos os indivíduos, todas as prestações de saúde disponíveis. Ou seja, por vezes, a rede pública

de saúde não oferecerá à população determinadas prestações já disponíveis na tecnologia diagnóstica e/ou terapêutica. A definição de quais prestações de saúde são constitucionalmente exigíveis envolve uma escolha trágica, pois significa que, em determinadas situações, o indivíduo não poderá exigir judicialmente do Estado prestações possivelmente indispensáveis para o restabelecimento ou a manutenção de sua saúde.

Em terceiro lugar, é certamente penoso para um magistrado negar o transplante ou medicamento importado que poderá salvar a vida do autor(a) da demanda, pelo fato de tais prestações não estarem compreendidas no mínimo existencial que decorre da Constituição e nem constarem de qualquer outra norma jurídica ou de uma opção política adicional veiculada ao Legislativo ou pelo Executivo. Neste contexto, as impressões psicológicas e sociais do magistrado, a quem cabe afinal aplicar a Constituição, não podem ser desconsideradas. Um doente com rosto, identidade, presença física e história pessoal, solicitando ao Juízo uma prestação de saúde é percebido de forma inteiramente diversa da abstração etérea do orçamento e das necessidades do restante da população que não são visíveis naquele momento e tem sua percepção distorcida pela incredulidade do magistrado, ou ao menos pela fundada dúvida de que os recursos públicos estejam sendo efetivamente utilizados na promoção da saúde básica.

Uma visão mais abrangente, todavia, embora não seja capaz de diminuir o drama humano envolvido nestas situações, revela outros dramas e proporciona um enfoque mais global do problema. Se é terrível negar uma determinada prestação de saúde a um indivíduo, que dizer de milhares de mães que morrem no momento do parto porque hospitais públicos dos três níveis federativos não as assistem? Ou que dizer das crianças que morrem antes do primeiro aniversário por falta de acompanhamento pediátrico básico? Ou daquelas que

morrem em decorrência de doenças relacionadas com falta de saneamento, ou as vítimas de malária, hipertensão, diabetes, doença de chagas, etc.?

Via de regra, o que distingue o autor de uma demanda judicial de milhares de pessoas é que estas não possuem capacidade de mobilização, nem diante do Judiciário, nem diante da mídia. Afora isso, as duas situações são igualmente dramáticas e envolvem decisões, no primeiro caso, do magistrado, no segundo do Legislativo e da Administração, acerca das prioridades da área da saúde. O fato é que sempre há uma decisão explícita ou implícita, uma escolha que prioriza determinadas situações de necessidade em detrimento de outras. Ao imaginar-se que, através do Judiciário, no âmbito de ações individuais, toda e qualquer prestação de saúde pode ser obtida, criam-se vários problemas que dão origem a um círculo vicioso em que, no fim, a autoridade pública exime-se da obrigação de executar as opções constitucionais na matéria a pretexto de aguardar as decisões judiciais sobre o assunto, ou mesmo sobre o argumento de que não há recursos para fazê-lo, tendo em vista o que é gasto para cumprir essas mesmas decisões judiciais.

Assim, identificamos um quarto foco de complexidade, pois dificilmente se procura o Judiciário para obter tratamentos relacionados a saúde básica, como: Hipertensão, diabetes, desnutrição, malária, doença de chagas, hepatite A, dengue, cólera, leptospirose, febre tifoide e paratifoide, oftalmologia ou ginecologia preventiva, pré-natal e pós-natal, ou, por fim, para que o Judiciário ordene ao Poder Público a realização ou custeio de um parto. Isso ocorre não porque essas necessidades estejam sendo atendidas perfeita e espontaneamente pelo Poder Público, mas porque a questão não chega aos olhos do Judiciário e a doutrina não tem discutido o tema a ponto de formar uma massa crítica consistente. Em resumo, a saúde

básica não é acudida nem pelo legislador e pelo administrador, nem mesmo pelo Judiciário, embora este seja um dever jurídico que lhes é imposto pela Constituição.

Se o Estado tem o dever de oferecer determinada prestação em matéria de saúde por força do próprio texto constitucional, isto é, trata-se de uma prioridade definida pela Constituição sob a forma de um consenso mínimo oponível a todos os grupos políticos, parecendo ser lógica a conclusão de que o Poder Público está obrigado, pela Constituição, a oferecer serviços que custam dinheiro, concluir que o mesmo Estado estaria absolutamente livre para investir os recursos disponíveis como lhe pareça melhor, inclusive “livre” para não investir nos serviços referidos, a contrário senso.

Neste cenário, se há carência de posto de saúde, Executivo e Legislativo estão obrigados, no âmbito do orçamento, a destinar os recursos necessários à prestação de tais serviços. A não alocação de verbas nesses termos descreverá uma deliberação incompatível com a Constituição e, por isso mesmo, inválida. E, se tratando de um dever jurídico, isto é, o dever de alocar os recursos necessários para a prestação de serviços exigidos constitucionalmente, sua inobservância deve ser objeto de controle jurisdicional.⁴⁵

Em outras palavras, se entendemos que um indivíduo tem direito a determinada prestação de saúde é porque se concluiu que o Estado tinha o dever de oferecê-la, não apenas ao autor da demanda, mas a todos que necessitem da mesma providência. E, se há de fato esse dever oponível do Estado, por haver concluído que a prestação de saúde integra o conceito de mínimo existencial, o Poder Público deve estar obrigado a destinar recursos para custear a prestação de saúde referida em caráter geral, sendo inválida e inconstitucional a não alocação orçamentária nesses termos.

45. Brasil, CF de 1988, Art. 24, Inciso II e XII, Art. 198, § 1º

A discussão acerca do direito a prestação de serviços de saúde não tem, e não devem ter, reflexos apenas individuais. Para além do controle individual, e sem prejuízo dele, é possível cogitar de controles coletivos e mesmo abstratos, sendo o controle coletivo um matéria jurisdicional, como acima referido, e, referente ao controle abstrato, podendo ocorrer da seguinte maneira: Destinar recursos para determinadas finalidades específicas constitui uma regra constitucional cuja inobservância gera invalidade que deve poder ser sanada ou por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade, ou Representação de Inconstitucionalidade, a ser apreciada pelos Tribunais de Justiça, ou, eventualmente, por meio de ADPF (Arguição de descumprimento de preceito fundamental), em qualquer caso, perante ao STF (Supremo Tribunal Federal). A prestação de saúde concedida por um magistrado a determinado indivíduo deveria ser concedida também a todas as demais pessoas na mesma situação, pois o conteúdo do mínimo existencial é dado por prestações em relação às quais seja factível afirmar que todos os indivíduos possuem direito, e não apenas aqueles que vão ao Judiciário.

Em condições de pobreza extrema ou miserabilidade, e na ausência de níveis básicos de educação e informação, a autonomia do indivíduo para avaliar, refletir e participar conscientemente do processo democrático está amplamente prejudicada. Na ausência de controle social, a gestão das políticas públicas no ambiente das deliberações majoritárias tende a ser marcada pela corrupção, pela ineficiência e pelo clientelismo, sendo este último em suas variadas manifestações: Seja nas relações entre Executivo e parlamentares, frequentemente norteadas pela troca de favores, seja nas relações entre os agentes públicos e a população. Neste contexto, manipulado em suas necessidades básicas, o povo acaba por perder a autonomia crítica em face de seus representantes, sendo fácil

de perceber como a corrupção, a ineficiência e o clientelismo extinguem a capacidade das políticas públicas de atingirem sua finalidade: Garantir e promover os direitos fundamentais e, em particular, com prioridade, o mínimo existencial. Os recursos públicos são gastos, mas o status geral dos direitos fundamentais na sociedade sofre pouca melhora, ou apenas melhoras transitórias, de modo que as condições da população de participar adequadamente do processo democrático permanecem inalteradas.

Além disso, o que se tem à vista, diante do direito à saúde, não é algo de secundário ou supérfluo, mas a titularidade de uma posição subjetiva vinculada à satisfação de uma necessidade vital, pressuposto essencial à dignidade humana.

Tratando-se, porém, de um direito prestacional, avolumam-se dificuldades teóricas e práticas relacionadas à sua exigibilidade em juízo. A tais dificuldades o direito à saúde agrega, ainda, e com especial evidência, os problemas psicológicos de se tomar uma decisão crucial à vida do jurisdicionado, sem perder de vista a unidade do Direito, uma visão global do Estado e da sociedade, e a escassez de recursos para fazer frente a necessidades ilimitadas.

8. Ativismo Judicial e Judicialização da Saúde

A tríade de poderes contemplados pela Constituição Federal, sendo o Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário são caracterizadas por funções independentes e harmônicas entre si, concedendo a cada um, funções típicas e atípicas.

Sendo função típica do Judiciário a interpretação e respeito às leis, cabe a este, essencialmente, atuar na solução de conflitos, através da aplicação do direito normativo, destacando seu estrito poder perante a sociedade, na proteção de direitos constitucionais, consagrados e fundamentais, sendo considerado o “guardião” da Constituição Federal.

O fenômeno classificado como ativismo judicial refere-se a uma atuação proativa do Poder Judiciário na obtenção de uma participação mais ampla e intensa na concretização de fins constitucionais, através da interpretação da Constituição, expandido seu sentido e seu alcance, possuindo uma aplicação direta a questões típicas do Poder Legislativo, por exemplo, não atendidas efetivamente, como a solução de conflitos envolvendo demandas sociais na área da saúde, sob uma ótica garantista, no desenvolvimento dos direitos fundamentais Brasileiros (SOUZA;JUNIOR, 2015, p.85).

A judicialização, portanto, significa que algumas questões de grande repercussão política ou social estão sendo resolvidas pelo Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais, como o Congresso Nacional e o Poder Executivo ou Legislativo. Assim, a judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política.

Em entrevista ao site Conjur, o ministro Celso de Melo expõe a motivação acerca do ativismo no STF:

A formulação legislativa no Brasil, lamentavelmente, nem sempre se reveste da necessária qualidade jurídica, o que é demonstrado não só pelo elevado número de ações diretas promovidas perante o Supremo Tribunal Federal, mas, sobretudo, pelas inúmeras decisões declaratórias de inconstitucionalidade de leis editadas pela União Federal e pelos Estados-membros. Esse déficit de qualidade jurídica no processo de produção normativa do Estado brasileiro, em suas diversas instâncias decisórias, é preocupante porque afeta a harmonia da Federação, rompe o necessário equilíbrio e compromete, muitas vezes, direitos e garantias fundamentais dos cidadãos da República. Importante ressaltar que, hoje, o Supremo desempenha um papel relevantíssimo no contexto de nosso

processo institucional, estimulando-o, muitas vezes, à prática de ativismo judicial, notadamente na implementação concretizadora de políticas públicas definidas pela própria Constituição que são lamentavelmente descumpridas, por injustificável inércia, pelos órgãos estatais competentes. O Supremo tem uma clara e nítida visão do processo constitucional. Isso lhe dá uma consciência maior e uma percepção mais expressiva do seu verdadeiro papel no desempenho da jurisdição constitucional.⁴⁶

Quando se trata da efetivação do direito a saúde, principalmente no tocante a atuação do STF com o intuito de trazer os devidos efeitos deste direito fundamental em comento, visando entre outros desdobramentos a validação do princípio da dignidade da pessoa humana, externa a Suprema Corte uma atitude considerada de caráter ativista.

No entanto, não se pode tratar a falta de legitimidade eletiva dos magistrados como condição *sine qua non* para argumentar sobre a impropriedade das decisões que, efetivam, principalmente, o direito à saúde. Em se tratando de direito fundamental, deve-se levar em consideração, o fato de se tratar de uma cláusula pétrea, um desdobramento do próprio direito à vida, e, sobretudo, por se tratar de funções típicas de atípicas dos poderes constituídos, agindo de forma harmônica entre si, possuindo, no cerne de suas funções, a proteção e garantia de direitos.

Conclusão

A temática de abordagem deste trabalho se funda na Saúde Pública e o Direito Constitucional brasileiro constatan-

46. Entrevista concedida ao Conjur pelo ministro Celso de Melo em 15 de maio de 2006. Disponível em https://www.conjur.com.br/2006-mar-15/juizes_papel_ativo_interpretacao_lei, acesso em 24/05/2018.

do-se que o Estado tem o dever de assegurar o direito à saúde para todos. No momento em que os cidadãos tiverem acesso adequado e disponibilidade de todos os serviços, a população apresentará uma melhor qualidade de vida e com isso obter um maior desenvolvimento social. O Brasil foi pioneiro em assegurar o direito à saúde ao povo.

O Sistema Único de Saúde, constituiu um marco histórico na saúde pública brasileira. Através deste ocorreram grandes transformações na saúde, pois a Constituição Federal foi inovadora, possibilitando a participação do povo na sua consolidação durante a Assembleia Nacional Constituinte ocorrendo, a partir daí uma maior preocupação com a população, pois povo enfermo impossibilita o desenvolvimento de uma nação.

A saúde pública deve ser exercida na conformidade dos parâmetros de atenção em todos os níveis, desde a atenção básica até os serviços mais complexos como internações e cirurgias.

O direito à saúde é uma garantia do Estado e esse por sua vez tem que prezar e possibilitar um serviço adequado. O SUS (Sistema Único de Saúde) é utilizado por 70% da população brasileira, sendo de extrema importância investir nesse modelo assistencial.

O sistema carece de maiores investimentos, pois o SUS precisa ser reformulado para atingir seu princípio básico que é a universalidade, ou seja, o acesso para toda população deixando de ser um serviço prestado somente aos pobres que não tem condições de possuir planos de saúde particulares. O SUS possui condições de se tornar um serviço ágil, rápido e de fácil acesso ao povo, com condições dignas de serviços e que responda as necessidades da população brasileira.

Além disso, o Governo tem por objetivo reorientar e reorganizar as políticas de saúde, pois é através de novas estratégias governamentais que se formará um sistema de saúde forte e adequado às necessidades da população.

Para um país obter desenvolvimento econômico e social, é primordial o investimento em saúde e educação. Deficiências como verbas insuficientes destinadas à assistência, assim como desvios destas por gestões anteriores e ainda atuais são impeditivos realísticos. Arrecadar investimentos para a saúde e consolidar o SUS, já comprovado como o melhor modelo de serviços que o país já possuiu constitui mudanças essenciais.

O Ativismo Judicial e a Judicialização da saúde objetiva a concretização dos preceitos da Constituição de 1988 perante a inércia institucional. Mas, esta concretização invade a esfera das políticas públicas, devendo observar que o avanço na esfera dos outros poderes é fruto de suas omissões gerando assim motivos que ensejam uma postura ativa do STF. Buscar delimitar seu espaço e impor respeito às suas decisões levam, sobretudo, com que a Corte Constitucional expanda seus poderes de atuação.

Não se deve pensar em Ativismo Judicial como uma ditadura do Judiciário e sim como medida, ainda que excepcional, de efetivação de direitos fundamentais em tempos de crise institucional de outros poderes.

Referências Bibliográficas

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. BRASIL, **Lei Federal nº 8.142**, de 28 de dezembro de 1990.

CONJUR. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2006-mar-15/juizes_papel_ativo_interpretacao_lei
Acesso em 24/05/2018.

COHN, AMÉLIA; NUNES, EDISON; JACOBI, PEDRO. R.; KARSCH, URSULA S., **A saúde como direito e como serviço**. Ed. Cortez, 5º Ed, 2008.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel
- Direitos Sociais – **Fundamentos, Judicialização
e Direitos Sociais em Espécie** – Ed. Lumen Juris
– Ed. 2008.

SOUZA JUNIOR, Arthur Bezerra de, **Ativismo Judicial e
Direito à Saúde**, Ed. Ágora 21 Multifoco – 1º Ed, 2015.

Comportamentos desviantes dentro da sociedade de consumo

Catharina Maniaudet

Introdução

Um grande problema na sociedade atual chama-se consumismo, jovens de baixa renda para conseguirem bens de consumo e atender aos apelos midiáticos, tem praticado desvios puníveis, isso pode ocorrer por falta de estrutura no lar destes indivíduos, uma inversão de valores e educação familiar fraca em conjunto com uma fonte de saber debilitado que lhe é fornecido pelo sistema educacional.

Aliado à dificuldade de ascensão social devido às poucas possibilidades de crescimento profissional, o que parece é que o Estado que deveria ser o provedor de oportunidades e supridor de necessidades, tem excluído os socialmente prejudicados e contribuindo cada vez mais com a proliferação da criminalidade.

1. Uma sociedade absurdamente consumista:

Nesta sociedade bastante consumista, muitas vezes o valor das pessoas muitas vezes está nos bens que ela possui. Muitos indivíduos não conseguem encontrar o equilíbrio entre adquirir bens e priorizar necessidades básicas.

Essa dificuldade em estabelecer o binômio necessidade e adequação, pode localizar-se na educação, dentro do lar, da família, ou grupo social a que pertence o indivíduo. Algumas pessoas, por acreditar que necessitam de determinados bens tem cometido até delitos e infrações para conseguirem o que querem, o que acreditam que necessitam.

Além da ideia do consumismo, existe também a real necessidade que o indivíduo abandonado pelo Estado, que deveria ser o provedor (Estado do Bem Estar), mas na verdade apenas tem cumprido, para muitos, o papel de Estado Guardião, que Em suma ao invés de proteger o necessitado, passa a separa-lo e transforma-lo em inimigo social.

2. Desvalorização dos direitos humanos: (Escola, ensino e educação no lar)

A sociedade não é igualitária. Muitos indivíduos não possuem recurso para seu bem estar nem tão pouco sua dignidade, o Estado tem falhado em prover muitos dos direitos inerentes à pessoa, necessários para o desenvolvimento sadio da personalidade e dignidade dos mesmos.

Dentro da mesma sociedade existem várias outras sub-culturas e são regidas por regramentos internos distintos. Para cada grupo social existirão diferentes prioridades. O indivíduo se conduz a um comportamento desviante, muitas vezes por ter seu direito violado.

Se uma pessoa, na sua esfera de direitos, como homem, cidadão, indivíduo, como, então, este haveria de entender que precisa também respeitar outros tantos direitos de outros indivíduos?

3. Dificuldade de meios dignos para a ascensão social

Além da influência das mídias, dependendo do meio cultural onde se encontra o indivíduo, ele terá em determinado momento determinadas metas, que constituem motivações fundamentais do seu comportamento, para aquisição de bens de consumo, bem estar ou sucesso econômico. (BARATTA, 2017, pg.63)

Primordialmente um sujeito, ao galgar os degraus da vida social, para melhorar sua qualidade de vida irá depender da escola para tanto, ou poderá reproduzir a profissão de seus familiares próximos, como se fazia na Idade Média, onde um filho de carpinteiro também aprenderia o ofício e assim sucessivamente. Pode trabalhar e construir outros meios alternativos para esse progresso.

A dificuldade se instaura quando este ente não visualiza um caminho para trilhar com dignidade, quando vê as dificuldades chegando e não consegue enfrentá-las e seguir adiante.

Existem modelos institucionalizados, resguardados em modelos legítimos para alcançar certas metas. A estrutura econômico-social oferece aos indivíduos, em graus diversos, especialmente com base em sua posição nos diversos estratos sociais, possibilidade de acesso à estas modalidades. (BARATTA, 2017, pg. 63)

Quando um ser, que não tem sua personalidade bem estruturada se depara com dificuldades para conseguir o que necessita, dependendo de seu meio ou grupo social, pode até cometer um delito para a rápida aquisição de bens.

Existindo dificuldades de acesso para os fins culturalmente reconhecidos como válidos e os meios legítimos, à disposição do indivíduo para alcança-los, originam-se os comportamentos desviantes. (BARATTA, 2017, pg.63)

Essa carência de possibilidades, de acesso a melhores oportunidades e até a própria permanência na escola tem sido motivo para o ingresso de jovens na criminalidade.

Independente dos anseios consumistas que cada jovem necessita, existe por traz do ingresso no tráfico ou no roubo em geral, uma necessidade de independência financeira de buscar o próprio sustento. (LYRA, 2013, pg.73)

4. Consumismo e processos de socialização e enquadramento entre grupos sociais:

A ascensão social é hoje absurdamente difícil. Um determinado indivíduo que visa conseguir melhores condições de vida precisa trabalhar muito, estudar demasiadamente, não tendo garantia de sucesso.

As necessidades, os objetos de consumo variam de acordo com o pertencimento a determinado grupo social, pois se deve a esse pertencimento, os bens que se buscam, os meios empregados nessa busca e a maneira como distingue-se quem pode e quem não pode colaborar nesse processo. (BAUMAN, 2010, pg.39)

Pode ocorrer que a diferença entre determinado indivíduo permanecer no seio social obediente e sem desvio, sem desistir da escola e de alavancar suas conquistas, se atribua à sua capacidade de resiliência, de resistir às adversidades e permanecer com seus objetivos. Essa diferença entre indivíduo desviante e não desviante pode estar na formação do seu lar, na educação que recebe, que aprende, em casa, na escola, e nos grupos sociais aos quais pertence.

Uma crescente consciência do indivíduo é derivada das respostas alheias, ou seja, a partir de respostas em relações de ajustamentos entre grupos. (BAUMAN, 2010, pg.41)

Os sociólogos distinguem três estágios de maturação da socialização, e se alguma destas áreas de desenvolvimento não ocorra de forma satisfatória, pode haver por essa falha uma espécie de desvio de socialização.

O primeiro estágio é o *preparatório*, em que a percepção de si mesmo é passiva, constituída de atitudes que os outros demonstram, uma crescente consciência de si próprio é derivada de respostas alheias, o que inicia o processo de julgamento de performances nas interações com os outros. (BAUMAN, 2019, pg.41)

O segundo estágio inicia-se na fase infantil, no estágio de *atuação*, onde são encenados diferentes papéis interligados e carentes de organização global. Aprender uma linguagem e atribuir sentimentos a determinados papéis são processos centrais nessa etapa. Nessa fase as respostas dos outros são de grande importância na compreensão do que é importante encenar. (BAUMAN, 2019, pg.42)

Em terceiro lugar, a organização das atitudes do grupo começa a ser consolidada no estágio do *jogo* ou de *atuação segundo as regras do jogo*. Aqui os papéis são aprendidos por meio da sua relação com os outros. Nesta etapa as regras do jogo se tornam mais aparentes. O caráter é assim construído pelo modo de tratar do indivíduo como objetos de suas ações uma vez que são compreendidas pelas respostas dos outros às próprias ações, uma vez que são compreendidas pelas respostas dos outros ao próprio desempenho do indivíduo. (BAUMAN, 2010, pg. 42)

Uma das primeiras habilidades aprendidas pela criança é como discriminar e selecionar, traço que não pode ser adquirido sem o suporte da habilidade de resistir e suportar

pressões, de outra forma, assumir uma posição e agir contra forças externas. (BAUMAN, 2010, pg.42)

Quanto mais forte for o processo de desenvolvimento de internalização, ou seja, um diálogo interno, mais autônomo será o caráter da criança. Quanto ela consegue resistir às pressões do mundo exterior, mais forte vai se tornar. Verificando poderes e limites, desafiando-os e suportando as consequências. (BAUMAN, 2010, pg.42)

O que pode ocorrer, é que neste processo de desenvolvimento, o indivíduo recebe de seus familiares próximos valores e ideais, que formarão sua personalidade.

O ser humano é constantemente socializado, ou seja, passa por transformações que o capacita a viver em sociedade, através da internalização das coerções sociais. Considera-se que está apto para viver e agir em grupo quando adquire competência para se comportar de maneira aceitável e, então, torna-se livre para assumir a responsabilidade das próprias ações. (BAUMAN, 2010, pg.45)

Nesta fase apresentam-se os primeiros obstáculos da vida em sociedade, primeiramente ocorre no lar, na família, onde a criança precisa se submeter ao seu responsável direto, posteriormente no bairro em que perfaz interações e a posteriormente na escola. Nestes primeiros relacionamentos com o mundo exterior o indivíduo começa a conhecer a hostilidade, a diferença econômica, religiosa, dentre outras.

Selecionar ambientes significa escolher grupos de referência, ou seja, grupos em relação aos quais se medem ações e fornecem ações às quais o indivíduo precisa. O modo de vestir, de falar, sentir, agir em diferentes circunstâncias constitui traços conformados pelos grupos de referência. Em relação à comunicação, o que se pensa pode não estar alinhado com o que ocorre de fato, podendo levar a frustrações e mal entendidos. Estes grupos podem ou não perceber esforços

para imitar seus modos de conduta, alguns são grupamentos de referências normativas, família, amigos, professores. (BAUMAN, 2010, pg.46)

Para pertencer a determinado grupo esse ser humano talvez precise de bens que não tem condições de adquirir, ou os prioriza em detrimento de outros talvez de maior necessidade.

5. Permanência na escola, primeiros desafios:

Conhecendo apenas a família, e o bairro em que vive, frequentar a escola, é uma maneira de conhecer o mundo exterior e suas diversidades, seria assim uma “ponte”, que liga os dois mundos, a família e a vizinhança às diferenças do mundo exterior.

Permanecer no sistema escolar torna-se então o primeiro desafio social que o indivíduo precisa superar.

A escola pode ser considerada uma sociedade em miniatura, dotada de cultura própria, que por sua vez se compõem de uma diversidade de subculturas identificáveis, as quais afetam o comportamento e desempenho do estudante de múltiplas maneiras. (BACKMAN, 1971, pg.63)

Podem ser diversos os motivos que conduzem um indivíduo à evasão escolar, e a família deve ser o primeiro colaborador para a permanência do jovem na escola. Dependendo do cenário econômico e social em que vivem, e das necessidades básicas tais quais alimento, ou vestimentas, este jovem precisará trabalhar ainda muito cedo, geralmente em subempregos.

No processo educacional existem dois fatores de extrema importância, o primeiro é a *socialização*, que se manifesta através de interações por meio do qual o comportamento de uma pessoa é modificado para se ajustar às expectativas alimentadas pelos membros de um grupo ao qual pertence. O segundo é a *atribuição de um papel*, o processo pelo qual as

pessoas são selecionadas para várias categorias de papéis a desempenhar nos sistemas sociais. A socialização e a atribuição de um papel são particularmente relevantes para um entendimento da educação na sociedade contemporânea, visto que o sistema educacional desempenha uma função decisiva em ambas. (BACKMAN, 1971, pg.15)

A escola pode ser hostil, pois ali a interação com a diferença, com o mal comportamento de outras crianças e até a dificuldade de uma criança se comunicar ou permear o grupo de outras pode fazer com que ela se sinta mal no ambiente escolar.

Grande parte da cultura da nossa sociedade é sistematicamente instilada numa criança pela sua escola e muitas categorias do papel que uma criança ocupará e desempenhará mais tarde são determinadas pelo maior ou menor progresso que ela realizou na escola. Entretanto, a nossa ênfase na escolaridade não deve obscurecer o fato de que uma variedade de outras influências afeta grandemente o comportamento numa situação escolar. As influências de família e do grupo de pares, assim como as diferenças de personalidade, interpõem-se aos efeitos das experiências escolares. (BACKMAN, 1971, pg.15)

Futuramente se o indivíduo não se fortalece interiormente e não compreende que precisa destas interações pode na fase da adolescência, não só pela necessidade de complementar a sua renda, pensar em desistir dos estudos.

5.1. Socialização, educação e classe social:

A classe social e o ambiente familiar, podem influenciar na educação e no progresso escolar de forma significativa. Podem também influenciar tanto na permanência como na desistência escolar.

A classe social pode afetar a educação de múltiplas maneiras, atitudes sustentadas por pais e filhos em relação à

educação variam com a classe social, também assim o local onde vivem, determina a localização da escola, a educação posterior a ser financiada, também depende da classe social. (BACKMAN, 1071, pg.20)

Alguns alunos podem querer desistir de frequentar a escola, por não possuir os mesmos bens materiais que possuem outros alunos.

As escolas também são diferentes entre si, e como as classes sociais de pessoa, tem as melhores ou piores escolas, e o ser humano tem que se conformar com o que tem na maioria das vezes por que simplesmente não pode mudar esse quadro.

Certo número de outros fatores empobrece a educação das crianças de classes inferiores. Os professores são relutantes em ensinar nas escolas de áreas faveladas e transferem-se de tais escolas num ritmo muito mais rápido. As vagas criadas são preenchidas, frequentemente, por professores inexperientes, recém-formados, que têm um poder mínimo de argumentação na disputa de melhores posições e não têm outro remédio senão aceitar o que se lhes oferece para o início de carreira. (BACKMAN, 1971,pg.21)

Deve-se levar em conta que um mau começo, no período pré-escolar e nos primeiros anos de escolaridade, quando a classe social pode, realmente, ter efeito, é suscetível de acarretar consequências duradouras para o aproveitamento posterior. (BACKMAN, 1971, pg.22)

Dentro das famílias essa influência na educação também é de grande importância pois depende do estímulo que esta criança vai receber para estudar, o ambiente de estudo, suas motivações e especialmente como ajudar essa criança nos desafios de relacionamento com os pares. Como ajudar a criança a lidar com situações diversas, reagir e permanecer no seio escolar.

Os pais e irmãos mais velhos servem como modelos para os padrões de comportamento apropriados ao grupo cultural a

que pertencem, os pais também sancionam o comportamento culturalmente aprovado. Quando o comportamento de uma criança desvia-se em demasia pelos padrões aceitos, ela pode ser punida. Ou receber elogios ou recompensas quando o comportamento for satisfatório. (BACKMAN,1971, pg.24)

Um meio intelectualmente mais desenvolvido pode gerar indivíduos mais estimulados para o estudo, o poder aquisitivo também ajuda no fato de poder adquirir melhores livros e afins. (BACKMAN,1971, pg.25)

Um jovem pode apresentar-se desestimulado de frequentar a escola, se não recebe o estímulo adequado no seu lar, pode tornar-se difícil ou até impossível sua permanência na escola.

Quando estes desvios comportamentais não são reprimidos adequadamente, quando esta criança não encontra limites para suas ações socialmente reprováveis e passa tempo em demasia na rua aprendendo maus costumes em outros grupos sociais, a tendência será a de reproduzi-los, e posteriormente poderá ter dificuldades para respeitar regramentos sociais.

6. Os "indesejáveis":

No momento em que a sociedade passa a rejeitar pessoas que tem dificuldade de enquadramento, (porque muitos realmente acabam não aprendendo a respeitar as normas de convivência social), ela vira as costas para um futuro cidadão, quando não ajuda o seu próximo, pode estar formando um futuro inimigo.

O Estado ao invés de proteger este indivíduo, deixa a própria sociedade operar o processo seletivo de rejeição.

Fazendo uma comparação com a Idade Média, onde a sociedade excluía os leprosos, era uma prática social que comportava uma divisão rigorosa, um distanciamento, uma regra de não contato entre os indivíduos de um grupo com o outro, uma prática de marginalização. (FOUCAULT, 2014, pg. 37)

Na atualidade ainda se aplica esta forma de rejeição em grupos sociais, onde o Estado exerce poder sobre alguns grupos, criminosos, desviantes, pobres, dentre outros. Efeitos e mecanismos de exclusão, desqualificação, exílio, rejeição, privação, recusa e desconhecimento. (FOUCAULT, 2014, pg. 37)

Outro exemplo de controle social, agindo de forma oposta, na mesma época, era o controle da peste e do policiamento da cidade empestada. O controle dos indivíduos era feito por monitoramento dos que estavam contaminados, ruas e quarteirões eram inspecionados. (FOUCAULT, 2014, pg. 38)

Na atual conjuntura o governo de certa forma monitora os indivíduos através do policiamento, com o uso do Direito Penal e outras medidas de coação. Ao mesmo tempo que são monitoradas estas pessoas também se veem acudadas e separadas nas favelas e na marginalização por não encontrarem grandes chances de uma justa oportunidade de melhoria de vida, muitos acabam ingressando para a criminalidade.

Em sociedades mais desfavorecidas pela globalização, o principal problema constitui a exclusão social, posto que a polarização de riquezas deteriorou as classes médias. (ZAFFARONI/OLIVEIRA, 2010, pg.30)

Uma maneira de controlar os excluídos, é o sistema penal. (ZAFFARONI/OLIVEIRA, 2010, pg.31)

Atuando com a finalidade de reprimir, controlar, mas não tem a função de regenerar, nem resolverá o problema do desvio ou sequer da criminalidade.

O delito é a manifestação, a definição política do socialmente prejudicial, a degeneração provocara uma dificuldade de adaptação às pautas de proibição, pelo que sempre teria no delito uma parte de responsabilidade social. (ZAFFARONI/OLIVEIRA, 2010, pg.46)

Apesar disso, a pena não é o único meio de defesa social, antes o maior esforço da sociedade deve ser colocado na pre-

venção do delito, através de melhorias e desenvolvimento das condições de vida social. (BARATTA, 2017, pg.35)

Enquanto o Estado e a própria sociedade em geral, não oferece oportunidade de ascensão e dignidade o indivíduo que outrora era socialmente prejudicado, passa a ser socialmente prejudicial.

7. O indivíduo precisa do convívio social:

Todo indivíduo precisa viver em sociedade, não significa que seja sua tendência natural.

O estado de natureza é o modo de ser que caracterizaria o homem antes de seu ingresso no *estado social*. Neste estado de natureza, “a utilidade é a medida do direito”. Isso significa que, levado por suas paixões, o homem precisa conquistar o bem, ou seja, as comodidades da vida, aquilo que resulta em prazer. Ele precisa se relacionar com os outros, para obter o que necessita. O altruísmo não seria, portanto natural. Natural seria o egoísmo, inclinação geral do gênero humano, constituído por “um perpétuo e irrequieto desejo de poder e mais poder que só termina com a morte”. (HOBBS, 1983, pg.XIV)

O homem necessita de se adequar a determinadas regras, normas criadas pela sociedade, estabelecida por ela para a própria manutenção da subsistência.

Os homens, em sua convivência em sociedade, não o fazem naturalmente como os animais, tais quais as abelhas ou formigas, este estado de cooperação não é iminente. Simplesmente porque entre os homens existe competição tamanha que não os permite agir como tais. Honra e dignidade, e devido a essa busca surge ódio e inveja e finalmente a guerra. Entre as citadas criaturas não existe diferença entre bem comum e bem individual, já na natureza humana há uma tendência para o bem individual. (HOBBS, 1983, pg. 104)

Perceber que o ser humano necessita aprender a conviver em sociedade, nos remete ao fato de que nem todas as pessoas tem facilidade em respeitar e se adequar a normas de convívio sociais.

O desafio se inicia dentro do primeiro grupo ao qual se faz parte, qual seja, o núcleo familiar, quando a educação no lar começa a fraquejar, a tendência dos menores dentro de casa, é desafiar os pais, em grande parte dos lares a mãe ou avó, pois em determinadas famílias os lares são monoparentais, uma mãe uma avó e muitos irmãos, essa mãe precisa estar ausente para sustentar sua família.

O domínio na educação dentro do lar começa a fraquejar, e ao perder o controle disciplinar essa mãe, possivelmente começa a perder o controle de fazer com que seu filho permaneça na segunda instituição ao qual faz parte, a escola.

Essa necessidade de competição, para adquirir bens materiais, de certa forma também é uma busca por mais poder, essa ganância que cresce no ser humano, pode ser a responsável por diversas atitudes de hostilidade, um homem pode agir de uma maneira terrível para conseguir o que deseja.

Existe também dentro da sociedade, por parte de alguns, uma enorme necessidade de aceitação, onde ter determinados bens materiais torna esta pessoa aceita em seu meio, não só bens materiais, mas obter status também pode ser fundamental para a aceitação.

O acordo vigente, para a convivência mútua dos homens surge apenas através de um pacto, isto é, artificialmente. Portanto não é de se admirar que seja necessária alguma coisa a mais, além de um pacto, para tornar constante e duradouro seu acordo, ou seja, um poder comum que os mantenha em respeito, e que dirija suas ações no sentido do benefício comum. (HOBBS, 1983, pg. 105)

Acontece que muitas pessoas têm dificuldade de obedecer a regramentos sociais. Alguns jovens são educados sem

aprender a respeitar limites nem possuírem responsabilidades para obedecerem à regras de convivência. E muitas vezes, até passando por instituições tais como presídios e manicômios, ainda assim continuam sem aprender a respeitar as normas.

Acredita-se que o trabalho, a educação familiar a escola, sejam formas de enquadramento que ensinam os indivíduos a viverem em sociedade.

Indivíduos que não respeitam as primeiras “barreiras” sociais, que não conseguem aprender a obedecer as primeiras regras de convivência, que se estabelecem primeiro na família e na escola, dificilmente vão possuir habilidades de respeitar o ambiente de trabalho e conseqüentemente respeitar o ordenamento jurídico em geral.

Pode parecer estranho, mas um simples “não” pode fazer a diferença na formação do caráter de uma pessoa.

É difícil dizer precisamente o que causou em determinada pessoa um desvio social ou uma dificuldade de adequação. Fato é que muitas pessoas mesmo em instituições fechadas continuam com dificuldades de se adequar, de obediência as normas.

Isto de forma alguma nega que encontre, em qualquer enfermaria ou grupo de pacientes, uma minoria que continua a parecer bem distante da capacidade para seguir regras de organização social. (GOFFMAN, 2010, pg. 114)

A falta de estrutura, de educação dentro de um lar pode ser um fator determinante para a formação de um indivíduo com dificuldade de enquadramento social.

A valoração de determinada conduta moral tem para um grupo, muitas vezes não é a mesma atribuída a outro grupo social determinado. Portanto o ato de cometer um furto, por exemplo, poderá ter definição ética diferente para outro indivíduo, dependendo de suas influências.

Considerações finais

Uma solução viável para o problema da criminalidade seria tratar o criminoso bem antes de cometer delitos, ou seja, quando ainda jovem receber um tratamento adequado para que não venha a delinquir.

O juiz, ao aplicar uma medida diferente da prisão, poderia oferecer ao delinquente a sugestão de ingresso em cursos técnicos profissionalizantes, caso fossem oferecidos ou se estivessem de alguma maneira em acordo com a prefeitura ou alguma ONG credenciada ao juízo.

Tais como oferecer cursos ou outra espécie de ocupação, por exemplo, nos centros comunitários onde residem pessoas carentes e que já até possuem um histórico de ingresso na criminalidade.

Mas o ideal seria que jovens com tendência ao crime muitas vezes por falta de oportunidade ou de ocupação tenham acesso a cursos de especialização para o ingresso no mercado de trabalho. Certamente existe uma carência no mercado de trabalho para tais atividades serem exercidas, e obviamente depende-se de iniciativa governamental, para oferecer tais cursos disponibiliza-los, pois a oferta de voluntários para fazê-los é parca.

Existem relatos de jovens que frequentaram cursos profissionalizantes e isso os desmotivou ao ingresso, ou ao regresso à criminalidade.

Referências Bibliográficas

BACKMAN, Carl W. & SECORD, Paul F. *Aspectos Psicossociais da Educação*. 1 Edição. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1971.

- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*. 6 ed. Revan, 2011.
- BAUMAN, Zygmunt e MAY, Tim. *Aprendendo a pensar com a Sociologia*. 2 Ed. Zahar, 2001.
- FOUCAULT, Michel. *Os Anormais* Curso no Collège de France (1974-1975). 4 Edição. wmfmartinsfontes, São Paulo 2014.
- GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. 8 ed. Perspectiva, 2010.
- LYRA, Diogo. *República dos Meninos: (Juventude, Tráfico e Virtude)*. 1 ed. Mauad, 2013.
- MALMESBURY, Thomas Hobbes de. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. 3 ed. Victor Civita, 1983.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl e OLIVEIRA, Edmundo. *Criminologia e Política Criminal*. 1 Ed. GZ editora, 2010.

O abuso do direito de recorrer como óbice ao desempenho da função jurisdicional do Estado

Rubens Ferreira Junior e Priscila Cristina Ferreira

1. Do aspecto constitucional

O abuso de direito, cuja origem remonta a Roma, passou a ser melhor formulado teoricamente nos dois últimos séculos.

Com a constitucionalização de alguns princípios a teoria do abuso de direito ganhou força e está sendo paulatinamente mais aplicada e melhor desenvolvida no seio da função jurisdicional.

Aparentemente, certos princípios constitucionais discriminados no artigo 5º da Constituição Federal parecem colidir, como é o caso do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (inciso XXXV) e a garantia razoável do processo (inciso LXXVIII); as garantias da igualdade (caput do artigo 5º) e da ampla defesa (inciso LV).

Classicamente, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional perfazia-se como a garantia de que todo cidadão que sofresse lesão ou ameaça de lesão teria direito a um julgamento.

A doutrina mais moderna⁴⁷ entende que as pretensões devem ser aceitas em juízo, processadas e julgadas de maneira mais efetiva e tempestiva. Além disso, por esse princípio deve-se assegurar que o procedimento desenvolvido em juízo seja justo, efetivo e adequado. O enunciado previsto no mencionado artigo 5º, inciso XXXV da Constituição parece óbvio, todavia é equivocado cogitar que sua extensão comporte apenas analisar o caso e responder ao peticionante. Considerado o efeito devolutivo, a resposta deve necessariamente ser efetiva e tempestiva, conferindo ao princípio status de direito fundamental, já que com base nesse direito se concretizaria uma enorme gama de direitos subjetivos das mais diversas ordens.

Condutas processuais abusivas, tais como o abuso do direito de recorrer, contrariariam frontalmente o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, primeiro porque impediriam ou ao menos dificultariam que o processo alcance os seus fins e, em segundo, atos protelatórios podem atrasar a entrega da prestação jurisdicional a ponto de torná-la inútil para o jurisdicionado que buscava a tutela estatal.

A garantia da razoável duração do processo, prevista nos termos do artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição da Repú-

47. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 204; MARINONI, Luiz Guilherme. Garantia da Tempestividade da Tutela Jurisdicional e Duplo Grau de Jurisdição. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil – homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 218.

blica não adveio do Poder Constituinte originário, tendo sido promulgada através da emenda 45/04, sem representar inovação, dado que grande parte dos juristas⁴⁸ a considerava implícita nos moldes do devido processo legal. De fato, o devido processo legal engloba uma série de garantias constitucionais indispensáveis ao correto exercício da jurisdição, dentre elas, a prestação jurisdicional sem protelações, já que “a justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta”⁴⁹.

Até mesmo o Pacto de San José da Costa Rica (Decreto Legislativo 27/92) estatui em seu artigo 8^o⁵⁰⁻⁵¹ garantias inerentes ao devido processo legal, que deve inclusive respeitar prazo razoável. Todavia, a norma aberta deixa a critério do magistrado a delimitação do que seria o “prazo razoável”, o que nem sempre converge com as premissas do bom senso por diversos motivos, desde falta de pessoal⁵², técnica

48. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo*. p. 10 e 12. Disponível em: <www.anima-opet.com.br/pdf/anima2/Humberto_Theodoro_Junior.pdf> Acesso em 31/05/2018.

49. BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços* (ed. popular anotada por Adriano da Gama Kury) 5. ed. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1999, p. 40.

50. Artigo 8^o - “Garantias judiciais. 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

51. Vale recordar que conforme o STF tal norma tem caráter supralegal, neste sentido: STF, Tribunal Pleno, RE 349.703/RS, Rel. Min. Carlos Britto, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009; STF, 1a Turma, HC 94.523/SP, Rel. Min. Carlos Britto, DJe-048 DIVULG 12-03-2009 PUBLIC 13-03-2009; STF, 1a Turma, HC 94.013/SP, Rel. Min. Carlos Britto, DJe-048 DIVULG 12-03-2009 PUBLIC 13-03-2009; STF, 2a Turma, RE 404.276 AgR/MG, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe-071 DIVULG 16-04-2009 PUBLIC 17-04-2009.

52. Impossível redigir este trabalho sem deixar consignado nosso protesto

ou quantitativamente, até a falta de materiais básicos, como computadores e livros.

Nesse contexto, atribuir a morosidade do Judiciário apenas ao Estado-Juiz seria demasiadamente leviano, uma vez que grande parte do problema decorre de conduta maliciosa das partes em traduzir o processo como meio, não de perpetração da justiça, mas de impedir ou retardar a tutela jurisdicional.

Por outro lado, a eficiência não pode ser perpetrada a qualquer custo, sob pena de se perverter as premissas de um Estado de Direito e desembocar na mais clara legitimação pela eficiência, o que combatemos com veemência em outro trabalho⁵³.

Vale mencionar as lições de Emerson Gabardo a este respeito:

Por motivações exclusivamente teleológicas (focalizadas nos resultados) fez-se necessário o advento de outro instrumento simbólico, que ao lado da eficiência (que é característico do processo de racionalização) fosse capaz de enquadrar em um motivo de submissão. Isto ocorre porque a eficiência tomada como valor implica uma real ampliação da discricionariedade do governante, que acaba por decidir sobre os fins a alcançar e sobre os melhores meios para tanto. E tal poder acarreta inexoravelmente um aumento da

frente às varas de execuções da Fazenda Pública da capital paulistana, já passou da hora de o tribunal bandeirante equipar devidamente essa reparação tão claudicante.

53. Já analisamos o princípio da supremacia do interesse público e a correlação com o justo atrelado à vontade geral, o próprio interesse público passa pelo conceito do justo (FERREIRA JUNIOR, Rubens. *Estruturação da Administração Pública diante do regime de cargos públicos: novos parâmetros para uma antiga ideia*. 267f. Dissertação de Mestrado (Direito Administrativo), Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 133-147 (não publicada).

possibilidade de ações incompatíveis com a vontade popular. A flexibilização ética e axiológica incrementa a tendência ao arbítrio.⁵⁴

Esse nível de legitimação pela eficiência nota-se por exemplo na relativização do princípio da presunção de inocência previsto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição da República, que em vista de maior celeridade impõe aos litigantes a execução da sentença já em segunda instância, o que nos parece tremenda desvirtuação, entre a primazia dos direitos fundamentais e a efetividade processual. De fato, torna-se o processo mais célere, só que às custas de direitos fundamentais.

Tendo em vista que essa abominação não integra o escopo principal deste artigo, antes de retomarmos o abuso do direito de recorrer, vale indagar: pode um Estado, a pretexto de atuar eficientemente, relativizar o conceito de coisa julgada, dispondo contra texto expresso da Constituição? Se a resposta for afirmativa, talvez Hanna Harent⁵⁵ esclareça melhor essa questão.

Deixando os tempos obscuros que nos cercam e retornando às premissas do abuso do direito de recorrer, evidentemente, alguns processos demorarão naturalmente mais do que outros. Humberto Theodoro⁵⁶ enunciou alguns critérios a serem analisados de forma objetiva a fim de aferir se a

54. GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado*. Barueri: Manole, 2003, p. 67.

55. ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo*. São Paulo: Companhia de Bolso, 2012.

56. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo*, p 12. Disponível em: <www.anima-opet.com.br/pdf/anima2/Humberto_Theodoro_Junior.pdf> Acesso em 31/05/2018.

demora é justificada ou não, pautando-se no artigo 6º, §1º da Convenção Europeia para salvaguardar direitos do homem e das liberdades fundamentais, dentre eles a complexidade do caso, o comportamento dos litigantes e de seus procuradores e a atuação dos órgãos jurisdicionais.

Para os fins deste trabalho, a análise cinge-se à conduta dos procuradores e dos litigantes, que não raras vezes, em uma espécie de demora patológica, buscam dilatar ao máximo o tempo do processo, prática coibida pelos artigos 80, inciso VII⁵⁷ e 1026, §2º⁵⁸ do Código de Processo Civil quanto aos recursos manifestamente protelatórios. Mas não é só, a possibilidade de concessão da tutela de evidência contra uma das partes que abusar do direito de defesa ou que atuar nos autos com o manifesto propósito protelatório, nos termos do artigo 311, inciso I⁵⁹, bem como a oposição de embargos do devedor, previstos no artigo 918⁶⁰, parágrafo único, ou os

57. Código de Processo Civil. Art. 80. “Considera-se litigante de má-fé aquele que: I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II – alterar a verdade dos fatos; III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI – provocar incidente manifestamente infundado; VII – interpor recurso com intuito manifestamente protelatório”.

58. Código de Processo Civil. Art. 1.026. “Os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo e interrompem o prazo para a interposição de recurso. [...] § 2º Quando manifestamente protelatórios os embargos de declaração, o juiz ou o tribunal, em decisão fundamentada, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente a dois por cento sobre o valor atualizado da causa. [...]”

59. Código de Processo Civil. Art. 311. “A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte [...]”.

60. Código de Processo Civil. Art. 918. “O juiz rejeitará liminarmente os embargos: I – quando intempestivos; II – nos casos de indeferimento da

embargos à execução previstos no artigo 903, §6⁶¹ também podem revestir-se de cunho protelatório, configurando não apenas o simples abuso de direito, mas caracterizando norma antijurídica, passível de sanção punitiva aplicável pelo Estado-juiz ao vislumbrar a ameaça do bom trâmite processual.

Por fim, cabe destacar o princípio da ampla defesa, corolário⁶² do princípio da igualdade, que por óbvio também deve ser aplicado às normas processuais, aliás o processo existe para assegurar o princípio da igualdade, impedindo que as partes se valham de critérios maliciosos ou econômicos a fim de induzir resultados de mérito favoráveis aos seus próprios interesses, em descompasso com a função social da Justiça.

Conforme leciona Dinamarco, a igualdade processual possui dois planos: a estática, em que o próprio legislador impede que o magistrado crie diferenças entre os litigantes, o que o Celso Antônio Bandeira de Mello entende como isonomia formal⁶³; e a dinâmica, pela qual o magistrado deve neutralizar

petição inicial e de improcedência liminar do pedido; III – manifestamente protelatórios. Parágrafo único. Considera-se conduta atentatória à dignidade da justiça o oferecimento de embargos manifestamente protelatórios”.

61. Código de Processo Civil. Art. 903. “Qualquer que seja a modalidade de leilão, assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo leiloeiro, a arrematação será considerada perfeita, acabada e irreatável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado ou a ação autônoma de que trata o § 4º deste artigo, assegurada a possibilidade de reparação pelos prejuízos sofridos. [...] § 6º Considera-se ato atentatório à dignidade da justiça a suscitação infundada de vício com o objetivo de ensejar a desistência do arrematante, devendo o suscitante ser condenado, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos, ao pagamento de multa, a ser fixada pelo juiz e devida ao exequente, em montante não superior a vinte por cento do valor atualizado do bem”.

62. AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 211-212.

63. Celso Antônio Bandeira de Mello também diferencia entre igualdade

desigualdades prévias (externas) à lide a fim de otimizar seu provimento jurisdicional. Nesse sentido, a garantia da ampla defesa assegura igualdade entre as partes com o intuito de um provimento de mérito equidistante dos interesses das partes, daí o princípio da colaboração entre as partes, como previsto no artigo 6^o⁶⁴ do Código de Processo Civil.

Assim, o abuso do direito de recorrer, além de lesar o princípio da cooperação, também fere a garantia constitucional decorrente da ampla defesa, já que possibilita burla às finalidades institucionais do processo.

Uma vez referida a legislação infraconstitucional, passaremos à análise do conceito de abuso de direito pelo Código de Processo Civil.

2. Do conceito de abuso de direito no Código de Processo Civil

É evidente que os termos “abuso” e “direito” não figuram alheios ao que Paulo de Barros Carvalho denomina de “ruído comunicacional”, de modo que nem sempre o conteúdo expresso no signo corresponde ao que o interlocutor pretende transmitir, trata-se da ambiguidade.⁶⁵

formal – aquela divisão equânime tal como a justiça comutativa – e igualdade material – divisão conforme a necessidade, tal como a justiça distributiva (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 21-35).

64. Código de Processo Civil. Art. 6^o “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

65. CARVALHO, Paulo de Barros. O sobreprincípio da segurança jurídica e a revogação de normas tributárias. In: CARVALHO, Paulo de Barros et al. *Crédito-prêmio de IPI: estudos e pareceres*. v.3 Barueri: Manole, 2005, p. 22-23.

Neste estudo, delimitamos “direito” à noção de direito subjetivo, correspondente ao inglês *rights* e não ao direito objetivo ou *law*, fora das perspectivas de justo, correto ou mesmo legal.

Sergio Cavalieri Filho assevera que o conceito de abuso de direito remonta ao direito subjetivo, a significar o exercício do direito de forma desmensurada e desproporcional frente à uma análise sistêmica do ordenamento jurídico:

[...] todas as vezes que o direito é exercido de acordo com essas finalidades, está dentro de seus quadros teleológicos. Acontece, porém, que o titular de um direito, em vez de exercê-lo no sentido dessas finalidades, o faz no sentido de finalidade contrária, contrastando, expressamente, com a finalidade para a qual o direito foi instituído. [...] Desse modo, na figura do abuso de direito, não se julga o direito em si, mas o ato, julga-se o exercício de um direito. Com o abuso de direito, não se diz que o ‘direito é lícito’, mas sim que o ato (exercício) é lícito (objetivo). É ao exercitá-lo que o sujeito poderá exceder a finalidade (objetiva) da norma, bem como exercê-lo em dissonância com a boa-fé, configurando, por conseguinte, um exercício abusivo do direito ou abuso no exercício do direito.⁶⁶

Os preceitos relativos ao abuso de direito previstos no Código Civil devem valer para o Processo Civil, a fim de evitar que o processo sirva de instrumento para prejudicar outrem e para que não deixe de cumprir sua finalidade essencial no que tange à persecução do postulado da Justiça.

66. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 203-204.

Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não estão no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto da aplicação; os postulados são normas que orientam aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. A três porque não se relacionam da mesma forma como outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), quer de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam no metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas.⁶⁷

Consoante assevera Castro Filho:

Assim, transplantaram-se para o processo civil as noções de abuso, dolo, fraude, culpa para compor a figura da lide temerária, ou para focalizar os direitos, deveres, ônus ou encargos ou limites à atividade das partes, tudo visando ao mesmo objetivo de não permitir que o processo, instrumento para a realização do direito, se constituísse em elemento para prejudicar a outrem (teoria subjetivista) ou em elemento para o exercício do direito em desacordo com a sua finalidade social.⁶⁸

67. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 143.

68. CASTRO FILHO, José Olímpio. *Abuso de direito processual civil*. Rio de

Sob essa perspectiva, Castro Filho entende que enquanto o abuso de direito em regra prejudica somente a outra parte ou terceiros, o abuso de direito no processo prejudica também o Estado, uma vez que o Poder Estatal⁶⁹ (Estado-Juiz) é tredestinado no claro intuito de causar lesão a outrem, o que é inadmissível em uma sociedade fundada nos valores de isonomia e solidariedade social.

Paulo Dourado de Gusmão entende o abuso de direito como um modo antissocial e injusto do exercício do direito, distinguindo-se da *aemulatio*, pela qual o mal causado a alguém não tem nenhum tipo de contrapartida:

O abuso do direito, como o compreendemos, constitui um modo antissocial e injusto do exercício do direito, no qual o titular excede os limites do direito dinâmico (*jus vivens*), que vive em estado latente na consciência coletiva, direito ainda não materializado nas formas legislativas, mas real e vigente, porque todos que participam da vida coletiva sentem a necessidade deste direito, reconhecendo-se sua exigibilidade, impondo-se às condutas históricas. [...] Daí distinguirmos o abuso de direito do ato emulativo, pois enquanto a *aemulatio* tem por fim exclusivo causar um mal a alguém desprovido de utilidade para o titular, no abuso do direito o objetivo imediato é a satisfação de uma utilidade do titular, para o que invoca em seu benefício a proteção de um direito retrógrado.⁷⁰

Janeiro: Forense, 1960, p. 31.

69. CASTRO FILHO, José Olímpio. *Abuso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 32-33.

70. GUSMÃO, Paulo Dourado de. Pressupostos Filosóficos do Abuso do Direito. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 120, nov/1948, p. 376-377.

O dever de não opor resistência injustificada ao processo, previsto no artigo 80 IV⁷¹ do Código de Processo Civil, decorre diretamente de outro dever, o de cooperação, de modo que diante de qualquer forma de resistência injustificada ao andamento do processo⁷² deve o magistrado aferir as circunstâncias no caso concreto, evitando que o processo não seja tempestivamente útil.

Classificam-se como condutas injustificadas: a produção desnecessária de provas, a oposição de quaisquer meios processuais a fim de atravancar o processo (valendo aqui tanto comportamentos omissivos, quanto comissivos), dentre eles o abuso do direito de recorrer.

3. O abuso do direito de recorrer

O abuso do direito de recorrer é subespécie do abuso processual, para alguns também é chamado de abuso do ônus de recorrer⁷³. Esta realidade segundo Paulo Henrique dos Santos Lucon⁷⁴, deriva de dois aspectos do processo: a previsão legal de efeito suspensivo para a maioria dos recursos e a desvalorização das decisões proferidas em primeiro grau.

Existem dois outros aspectos, de cunho sociológico, que também devem ser levados em consideração.

71. Código de Processo Civil. Art. 80. “Considera-se litigante de má-fé aquele que: [...] IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; [...]”.

72. Note-se que a resistência deve ser injustificada, pois se justificada não será considerada abusiva.

73. ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 204.

74. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Abuso do Exercício do Direito de Recorrer. In NERY JÚNIOR, Nelson; ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda (coords.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outras Formas de Impugnação às Decisões Judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 873-904.

Primeiramente, um aspecto cultural brasileiro que muito colabora para a morosidade do Judiciário: é comportamento típico do brasileiro a ausência de solidariedade e cooperação referente ao espírito social, refletindo inclusive no processo.

A falta de apropriação por parte dos cidadãos da noção de que o Estado é produto da sociedade civil organizada⁷⁵ denota grave problema de identidade nacional. A percepção do Estado como uma espécie de organismo estrangeiro por parte do cidadão reflete no processo, já que valores como colaboração inerentes a uma sociedade cunhada em fraternidade e solidariedade ficam relegados a segundo plano.

Essa visão não se restringe ao cidadão, mas alcança também o agente público carecedor de espírito publicista⁷⁶, que ao invés de assumir sua parcela de atuação no desenvolvimento da sociedade, enxerga no cargo público fundamentalmente uma fonte para prover seu sustento.

O outro aspecto em questão refere-se à ideia de que se deva recorrer de quantas decisões forem possíveis, como se os recursos fossem fases obrigatórias do processo, o que talvez se dê por temor a represálias pela “perda de uma chance”:

Perda de uma chance é uma expressão feliz que simboliza o critério de liquidação do dano provocado pela conduta culposa do advogado. Quando o advogado perde prazo, não promove a ação, celebra acordos pífios, o cliente, na verdade, perdeu a oportu-

75. FERREIRA JUNIOR, Rubens. *Estruturação da administração pública diante do regime de cargos públicos: novos parâmetros para uma antiga ideia*. 267f. Dissertação de Mestrado (Direito Administrativo), Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 120 (não publicada).

76. FERREIRA JUNIOR, Rubens. *Estruturação da administração pública diante do regime de cargos públicos: novos parâmetros para uma antiga ideia*. 267f. Dissertação de Mestrado (Direito Administrativo), Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 199 (não publicada).

nidade de obter, no Judiciário, o reconhecimento e satisfação integral ou completa de seus direitos (Art. 5º, XXXV, da CF).⁷⁷

Em sentido contrário existem doutrinadores de renome a defender que o advogado não está invariavelmente obrigado a recorrer:

No que respeita à conveniência ou não de recorrer, entendemos que, sendo o advogado o primeiro juiz da conveniência de se ajuizar ou não a ação, deve sê-lo, também, da conveniência de recorrer, mormente tratando-se de recurso especial ou extraordinário, sujeitos a requisitos rigorosos e específicos. O advogado, principalmente quando zeloso do seu bom nome, não pode ser obrigado a interpor um recurso manifestamente incabível. Não deve, entretanto, deixar de recorrer no caso de indiscutível necessidade, ou contrariando a vontade de seu cliente. Neste último caso, se tem convicção jurídica contrária, o caminho será a renúncia.⁷⁸

Depreende-se que a liberdade do advogado em recorrer não é uníssona e isso pode gerar óbices aos próprios fins do processo.

Sob a lógica de que só pode abusar de um direito quem o tem, agem com impropriedade apenas os legitimados para tanto, nas circunstâncias do abuso do direito de recorrer, o sucumbente, o terceiro prejudicado ou o Ministério Públi-

77. ZULIANI, Ênio Santarelli. Responsabilidade Civil do Advogado. *Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil*. Porto Alegre, n. 21, jan/fev. 2003, p. 137.

78. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 411.

co, caracterizando-se o abuso consoante os requisitos da liberdade do sujeito para recorrer⁷⁹, do exercício do desvio de finalidade e, por fim, da conduta dolosa⁸⁰.

O abuso do direito de recorrer foi positivado nos termos do inciso VII do artigo 80, sendo seu pressuposto mais chamativo o fato de que o intuito deve ser manifestamente protelatório, ou seja, a conduta deve implicar dolo, de tal sorte a caracterizar a expressão “manifestamente”.

Algumas situações como a interposição de recurso contra matéria preclusa ou contra decisão transitada em julgado evidenciarão referido abuso, porém, não podemos admitir que os embargos de declaração em face da ausência de resposta aos quesitos perpetrados pelo recorrente sejam considerados protelatórios, na verdade mais do que direito subjetivo da parte, é obrigação do Estado-juiz se pronunciar a fim de satisfazer completamente o efeito devolutivo, conforme já mencionamos alhures.

Destaca-se uma situação interessante levantada por Abdo⁸¹, em que a parte interpôs dois recursos diferentes no mesmo prazo recursal com o fito de tumultuar o processo. Neste caso é essencial que o erro seja considerado teratológico, caso contrário não haveria que se falar em erro manifes-

79. Ressaltamos tal análise em decorrência de ainda vigorar o princípio do duplo grau obrigatório de jurisdição quando das ações em face da Fazenda Pública, o que nos parece medida protetiva não dos interesses públicos mas dos fins arrecadatórios do Estado, a gerar, evidentemente, abuso do processo de forma legalmente obrigatória, de vez que a própria lei exige que os recursos despropositados sejam protocolizados.

80. Entendemos que a simples culpa não poderia dar ensejo ao abuso do direito de recorrer, uma vez que o procurador tem liberdade funcional para analisar o cabimento ou não de recurso em cada caso concreto.

81. ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 207.

tamente protelatório, ainda que isso contrarie entendimento consolidado no tribunal.

Igualmente apresenta caráter protelatório a interposição de recurso em razões ou sem razões pertinentes ao processo, desde que dotado de efeito suspensivo, por óbvio, caso contrário não haveria o que se protelar.

Por último, cumpre mencionar os embargos de declaração reiteradamente interpostos. É importante esclarecer que são plenamente lícitos e não constituem abuso de direito os embargos que visam prequestionar a matéria ou versar sobre obscuridade ou contradição ou ainda sobre erro material, desde que fundadas suas razões.

Já expusemos não consistir abuso de direito o caso de múltiplos embargos de declaração decorrentes de decisão judicial que não responde o questionado pela parte. Neste contexto, mais do que legítimo o recurso, e reiteradas as razões, constata-se falta funcional do magistrado, já que o princípio devolutivo não é apenas uma garantia da parte, mas um dever do magistrado.

Destacamos em desfecho o julgado⁸² paradigma da Ministra Eliana Calmon, que expõe um rol exemplificativo de condutas que o STJ entende como protelatórias, como ingressar com novos embargos de declaração sem causa jurídica ou fundamentação adequada, não apontar qualquer omissão ou vício na decisão atacada, buscar efeitos puramente infringentes nos embargos de declaração dos embargos de declaração, reiterar os argumentos da decisão embargada desde que a matéria fundamentada tenha sido devidamente aclarada, retardar o desfecho do processo, utilizar os embargos quando há outro recurso cabível no caso concreto. A reincidência de qualquer dessas condutas enseja a multa prevista do Código de Processo Civil, em razão de conduta antijurídica da parte.

82. EDcl nos Edcl no Resp 859.977/DF (2ª Turma, Dje 24/09/2009).

Conclusão

Nos dias atuais, sob a égide do neoconstitucionalismo e com a proeminente aproximação entre Direito e Moral, constringem-se cada vez mais situações que possam de alguma forma prestigiar a malícia ou a má-fé. Uma vez constatadas, devem ser sancionadas, não apenas com relação às partes, mas também em relação ao Estado-juiz.

O abuso de direito, além de impedir o adequado funcionamento do Estado, gera um sentimento de impunidade e de distanciamento entre este e seus particulares, já que a função jurisdicional a grosso modo não elide o conceito de serviço público e, como tal, deve guardar pertinência aos princípios constitucionais e infraconstitucionais que lhes são correlatos, tanto os explícitos quanto os implícitos.

Acreditamos que com o aprimoramento da sociedade e do cidadão há uma tendência natural de melhoria não apenas da função jurisdicional do Estado, mas dos serviços públicos como um todo. A aproximação entre o cidadão e o Estado pode prover de forma eficiente tanto o acesso quanto o desenvolvimento da Justiça como função inerente à vida em sociedade.

Dessarte, o abuso do direito de recorrer impede não só o bom desempenho da função jurisdicional, mas também o desenvolvimento da sociedade como um todo. Conforme já elucidamos, a função jurisdicional visa primordialmente a justiça em seu aspecto material e a decorrência lógica desta, que é a apaziguação social. Tais ideais são – se não rechaçados – dificultados pelo abuso de Direito, o que implica menores graus de desenvolvimento social e por consequência de auto determinação do cidadão.

Bibliografia

- ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado constitucional democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 55-66, jul-set/1999.
- ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo*. São Paulo: Companhia de Bolso, 2012.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços* (ed. popular anotada por Adriano da Gama Kury) 5. ed. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1999.
- CARVALHO, Paulo de Barros. O sobreprincípio da segurança jurídica e a revogação de normas tributárias. In: CARVALHO, Paulo de Barros et al. *Crédito-prêmio de IPI: estudos e pareceres*. v.3 Barueri: Manole, 2005.
- CASTRO FILHO, José Olímpio. *Abuso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. I. 6^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERREIRA JUNIOR, Rubens. A boa-fé como elemento das sanções nos contratos administrativos. In: ROCHA, Silvio Luis Ferreira da (org.). *O contrato Administrativo e os Princípios da Boa-fé, Justiça Contratual e Função Social do Contrato*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

_____. *Estruturação da administração pública diante do regime de cargos públicos: novos parâmetros para uma antiga ideia*. 267f. Dissertação de Mestrado (Direito Administrativo), Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017 (não publicada).

GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado*. Barueri: Manole, 2003.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. Pressupostos Filosóficos do Abuso do Direito. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 120, p. 376-377, nov/1948.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Abuso do Exercício do Direito de Recorrer. In: NERY JÚNIOR, Nelson; ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda (coords.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outras Formas de Impugnação às Decisões Judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. Garantia da Tempestividade da Tutela Jurisdicional e Duplo Grau de Jurisdição. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil – homenagem aos*

10 anos da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo*. p. 10 e 12. Disponível em: <www.anima-opet.com.br/pdf/anima2/Humberto_Theodoro_Junior.pdf> Acesso em 31/05/2018.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Responsabilidade Civil do Advogado. *Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil*. Porto Alegre, n. 21, jan/fev. 2003.

Só nos resta uma “única” escolha: A relação de travestis e transexuais com o mercado de trabalho e a necessidade de recorrer a prostituição

Kaoanne Wolf Krawczak

Introdução

O direito ao trabalho e o acesso ao trabalho digno devem ser garantidos a todos os sujeitos, independentemente de raça, sexo, cor, gênero, religião etc, conforme preleciona a Constituição Federal e as demais legislações protetoras dos direitos trabalhistas, como a Consolidação das Leis Trabalhistas. Porém, esse direito não tem sido efetivado na prática, principalmente quando entra em questão o gênero, visto que a todo o momento milhares de travestis e transexuais são excluídos do mercado de trabalho por não se enquadrarem nos padrões heteronormativos impostos pela sociedade.

De modo que o mercado de trabalho é muito cruel com travestis e transexuais, apesar da vontade em encontrar um trabalho com rotina, horário de trabalho e carteira assinada, o preconceito fica evidente quando se candidatam a uma vaga. A resposta é sempre a mesma: não há vagas. O que evidencia os desafios que travestis e transexuais enfrentam no mercado de trabalho. Com isso esse grupo acaba tendo como única opção para sobreviver o mercado informal, ou seja, se prostituir pelas ruas do país. De modo que, com poucas oportunidades de emprego, cerca de 90% das pessoas trans no Brasil acabam recorrendo à prostituição em algum momento da vida, conforme dados da Associação Nacional de Travestis e Transexuais (Antra).

Assim, o presente artigo tem como tema a relação de travestis e transexuais com o mercado de trabalho e a necessidade de recorrer a prostituição. De modo que busca-se compreender como se dá a relação destes sujeitos com as vagas de emprego e porque acabam recorrendo a prostituição.

Parte-se da hipótese de que a cada dia milhares de transexuais e travestis tem as portas fechadas para o mercado de trabalho simplesmente em razão de sua identidade de gênero e acabam tendo que “optar” pela prostituição para sobreviver.

Diante disso, o objetivo principal é analisar como ocorre esse processo de discriminação de transexuais e travestis no mercado de trabalho e os motivos pelos quais estes sujeitos precisam recorrer a prostituição para sobreviver. Neste viés, como objetivos específicos irá se discorrer sobre o direito ao trabalho e sobre as frequentes discriminações que ocorrem no mercado de trabalho, e ainda, entender a relação de travestis e transexuais com o mercado de trabalho e porque da necessidade de recorrer a prostituição.

De modo que este trabalho enfrenta a temática através do emprego dos seguintes procedimentos: a) método de abor-

dagem hipotético-dedutivo e técnica de pesquisa do tipo exploratório, através de revisão bibliográfica, com coleta de dados em fontes bibliográficas disponíveis em meios físicos e na rede de computadores, seleção das leituras, e fichamentos das bibliografias que embasam o referencial teórico; b) reflexão crítica e compreensão das premissas; c) desenvolvimento da hipótese e exposição dos resultados obtidos.

Por conseguinte, o presente artigo será estruturado em dois tópicos: 1) O direito ao trabalho e as discriminações no mercado de trabalho e 2) O mercado de trabalho para travestis e transexuais e a “escolha” pela prostituição.

1. O direito ao trabalho e as discriminações no mercado de trabalho

o direito do trabalho, nas palavras de Martins (2012, p. 17) entendido como o “conjunto de princípios, regras e instituições atinentes à relação de trabalho subordinado e situações análogas, visando assegurar melhores condições de trabalho e sociais ao trabalhador, de acordo com as medidas de proteção que lhes são destinadas”, encontra-se consagrado na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) a qual atribui direitos e garantias ao trabalho, o que significa que o direito ao trabalho é um dos fundamentos basilares do Estado. A Constituição também destaca como princípios fundamentais os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Entretanto, conforme ressalta Campos (2011, p. 7) “a ênfase da Carta Constitucional ao tratar do direito ao trabalho encontra-se na modalidade assalariada, restringindo sobremaneira o debate acerca deste direito. Diversos grupos populacionais [...] ficam à margem desse debate”.

“A expressão *Direito do Trabalho* surge na Alemanha por volta de 1912 [...] A Constituição de 1946 e as que se segui-

ram passaram a utilizar a expressão [...]” (MARTINS, 2012, p. 16) Entretanto, a história do direito ao trabalho enquanto direito, assegurado a membros de uma coletividade, é muito mais antiga, e remonta a Revolução Francesa de 1789, mais precisamente nos debates dos girondinos e jacobinos na Assembleia Nacional. Tendo sido introduzido no texto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão apenas o processo de revisão que ocorreu em 1793.

Ao passo que apareceu novamente na Revolução 1848 e na Revolução Russa de 1917, assim como na Constituição Mexicana de 1917 (primeira constituição a abordar), na Constituição de Weimar de 1919 e na Constituição Soviética de 1936. Nas sociedades capitalistas o direito ao trabalho só apareceu em 1929, na Constituição americana. A partir disso, “as constituições dos países passaram a tratar o direito do Trabalho e, portanto, a constitucionalizar os direitos trabalhistas”. (MARTINS, 2012, p. 9) Sendo inclusive incorporado na Carta das Nações Unidas de 1945 e na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, conforme proclama o artigo 23 da Declaração:

Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social. Todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses. (ONU, 1948, s.p.)

Enquanto que no Brasil a Constituição de 1934 foi a primeira a tratar de forma específica o Direito do Trabalho. Já a Constituição de 1937 teve um cunho corporativista, impondo condições de trabalho através do poder normativo. Em razão disso “foi editado o Decreto-lei nº 5.452, de 1º-5-1943, aprovando a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). O objetivo [...] reunir as leis esparsas existentes na época, consolidando-as.” (MARTINS, 2012, p. 12) Ao passo que a Constituição de 1946, considerada uma norma democrática, consagrou diversos direitos aos trabalhadores. Enquanto que a Constituição de 1967 manteve os direitos já estabelecidos anteriormente. De modo que em 5 de outubro de 1988 foi aprovada a atual constituição brasileira, tratando dos direitos trabalhistas nos artigos 7º a 11, sendo incluídos no Capítulo II, ‘Dos Direitos Sociais. Do Título II, ‘Dos Direitos e Garantias Fundamentais’. Sendo que, conforme Campos (2011, p. 14)

Em seu artigo 6º, a Constituição Federal menciona “expressamente o trabalho como um dos direitos dos cidadãos, ao lado da educação, da saúde, da moradia, do lazer, da segurança, da previdência e da assistência à maternidade, à infância e aos desamparados. Por sua vez, em seus Arts. 7º, 8º, 9º, 10 e 11, a CF/88 explicita direitos e garantias que estão diretamente relacionados com o direito ao trabalho. Enfocando o trabalhador individual e, particularmente, aquele que é assalariado, o Art. 7º expõe conjunto de proteções que lhe são dispensada.

Enquanto que nos artigos 8º, 9º, 10 e 11 a atenção é voltada ao trabalhador coletivamente considerado. “Ou seja, estes últimos trazem direitos e garantias de organização e atuação sindical

(assegurando a possibilidade de organização, greve e negociação coletiva dos trabalhadores).” (CAMPOS, 2011, p. 14) Ainda, tem-se que, conforme Stürmer (2014, p. 107 e 108)

A Constituição do Brasil trata de trabalho, ainda, na ordem econômica e financeira (fundadas na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo como princípios a propriedade privada, a livre concorrência, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte – artigo 170, incisos II, IV, VIII e IX). A função social da propriedade está ligada à observância das disposições que regulam as relações de trabalho (artigo 186, inciso II, da Constituição da República). A ordem social tem como base o primado do trabalho (artigo 193 da Constituição). É destacado, ainda, o meio ambiente, nele compreendido o do trabalho (artigo 200, inciso VIII, da Constituição Federal).

Após estas considerações, é possível concluir que a Constituição se preocupa apenas com os trabalhadores assalariados (entendidos como empregados), deixando de lado as demais categorias de trabalhadores e os desempregados. Assim “mesmo com todos os méritos derivados da atribuição de um amplo leque de proteções aos trabalhadores assalariados e assemelhados, a CF/88 é uma referência limitada para abordar o direito ao trabalho.” (CAMPOS, 2011, p. 15)

Depois dessa breve Introdução se faz importante entender em que consiste o direito ao trabalho. Em um primeiro momento, podemos salientar que o direito ao trabalho integra o rol dos direitos humanos. Quanto a um conceito, Campos (2011, p. 80) pode ser entendido como “direito que pode ser usufruído pelos cidadãos – caso possam, desejem

e/ou necessitem –, sendo que o dever correspondente (de ofertar oportunidades de trabalho) cabe somente ao Estado”. Ainda, segundo o mesmo autor

O direito não se refere apenas ao trabalho, pura e simplesmente, mas sim ao trabalho decente, que se caracteriza por ser realizado em condições de liberdade, igualdade e segurança, bem como mediante remuneração capaz de garantir existência digna aos trabalhadores e a suas famílias. Mais uma vez, surge aí o atributo da dignidade, próprio dos direitos humanos e, mais especificamente, de trabalho decente – que, dessa forma, deve ser promovido por políticas diversificadas, articuladas, permanentes, universais e dotadas de prioridade no rol de iniciativas estatais. (CAMPOS, 2011, p. 15)

Ainda, importante destacar conforme nos explica Sennet (2014, p. 25), que o trabalho se associa a diversos outros aspectos da vida dos trabalhadores, sendo exemplos disso, conforme Campos (2011, p. 20), “a tessitura de relações sociais, a definição de identidades pessoais, o desenvolvimento de concepções de respeito, a abertura de novos caminhos para a realização própria, bem como estruturação psicossocial para a vida cotidiana.”

Quanto à questão do trabalho decente, segundo Miraglia (2010, p. 904) cumpre salientar que “a dignidade impede que o homem seja utilizado como mero instrumento, como meio para a consecução de um fim. O ser humano é fim em si mesmo e não se admite em nenhuma hipótese a sua ‘coisificação’”. No mesmo sentido, Kant (1995, p. 76) faz referência que os sujeitos, enquanto seres racionais estão submetidos a um imperativo categórico, segundo o qual “cada

um deles jamais trate a si mesmo ou aos outros simplesmente como meios, mas sempre simultaneamente como fins em si” (KANT, 1995, p. 77) Ainda, o mesmo autor preleciona que

No reino dos fins tudo tem ou um *preço* ou uma *dignidade*. Quando uma coisa tem preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra coisa como *equivalente*; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente então ela tem dignidade. [...] O que se relaciona com as inclinações e necessidades gerais do homem tem um *preço venal*; aquilo que, mesmo sem pressupor uma necessidade, é conforme a um certo gosto, isto é a uma satisfação no jogo livre e sem finalidade das nossas faculdades, anímicas, tem um *preço de afeição ou de sentimento*; **aquilo, porém que constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é um preço, mas um valor íntimo, isto é, dignidade.** (KANT, 1995, p. 76)

Assim, seguindo os princípios que norteiam nossa Carta Magna, como o da valorização do trabalho e a própria dignidade da pessoa humana, e o texto da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), mais precisamente o artigo 9º, é expressamente proibido reduzir o homem-trabalhador a simples objeto (MIRAGLIA, 2010), salvo exceções legais, assim como condicionar qualquer pessoa a trabalho que não seja digno. Pois, conforme Delgado (2006, p. 203) “o trabalho, enquanto direito universal fundamental, deve fundamentar-se no referencial axiológico da dignidade da pessoa humana”. No mesmo sentido, esta autora afirma que

trabalho não violará o homem enquanto fim em si mesmo, desde que prestado em condições dignas. O *valor da dignidade deve ser o sustentáculo de qualquer trabalho humano*". E também assevera que onde "o direito ao trabalho não for minimamente assegurado, não haverá dignidade humana que sobreviva" e que a proteção conferida pela Constituição da República de 1988 refere-se ao trabalho digno. (DELGADO, 2006, p. 209 e 210)

Pois, nas palavras de Delgado "os direitos de indisponibilidade absoluta devem ser considerados patamar mínimo para a preservação da dignidade do trabalhador", (DELGADO, 2006, p. 209) pois constituem "o centro convergente dos Direitos Humanos" ao se revelarem como "direitos fundamentais do homem". Ademais, tem-se que a dignidade da pessoa humana não se limita apenas ao empregado, pois é característica intrínseca a qualquer ser humano, de modo que o trabalho digno deve ser garantido a todos os indivíduos.

Quanto a um conceito de trabalho decente, segundo a Organização Internacional do Trabalho (OIT), é o "trabalho adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, capaz de garantir uma vida digna." (OIT, 2005, s.p.) De modo a apoiar-se em quatro pilares estratégicos:

(a) o respeito às normas internacionais do trabalho, em especial aos princípios e direitos fundamentais do trabalho (liberdade sindical e reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; eliminação de todas as formas de trabalho forçado; abolição efetiva do trabalho infantil; eliminação de todas as formas de discriminação em matéria de emprego e ocupa-

ção); b) promoção do emprego de qualidade; c) extensão da proteção social; d) diálogo social. (AGÊNCIA NACIONAL DE TRABALHO DECENTE, 2006, s.p.)

Diante de tudo que foi exposto até aqui, conclui-se que o trabalho digno é concretizado quando se assegura ao homem-trabalhador direitos mínimos, como remuneração justa, liberdade, equidade e segurança aos trabalhadores na relação laboral. Assim, no tocante a equidade, com base nos artigo 7º, incisos XXX, XXXI e XXXII da Constituição Federal (BRASIL, 1988), esta deve ser compreendida no sentido de vedar qualquer tipo de discriminação, seja de sexo, cor, gênero, raça, religião ou idade, nas relações trabalhistas. Segundo a OIT (2005, s.p) esta equidade pode ser decodificada em direito à igualdade substancial, garantido-se aos trabalhadores acesso ao mercado de trabalho digno, com igualdade de oportunidades através de programas educacionais que propiciem inserção e qualificação aos trabalhadores fora do mercado de trabalho.

Desse modo, forçoso concluir que o trabalho digno é aquele desempenhado com respeito aos princípios constitucionais do trabalho – em especial, à dignidade da pessoa humana e à igualdade –, bem como ao direito à liberdade, e desde que garantidas às condições mínimas (trabalhistas – individuais e coletivas – e previdenciárias) necessárias para uma vivência, e não mera sobrevivência, digna do homem-trabalhador e de sua família. (MIRAGLIA, 2010, p. 904)

Entretanto, esse acesso ao trabalho digno a todos os sujeitos, sem qualquer tipo de discriminação, não é uma realidade

na prática, principalmente quando se fala em gênero, pois a cada dia milhares de travestis e transexuais tem as portas fechadas para vagas dignas de trabalho e acabam tendo que recorrer a prostituição para sobreviver. E é justamente sobre esse tema, ‘a relação de travestis e transexuais com o mercado de trabalho e a necessidade de recorrer à prostituição’ (objeto principal desse estudo) que abordaremos com mais precisão no próximo tópico desse artigo.

2. O mercado de trabalho para travestis e transexuais e a “escolha” pela prostituição

O direito ao trabalho e o acesso ao trabalho digno devem ser garantidos a todos os sujeitos, independentemente de raça, sexo, cor, gênero, religião etc, conforme preleciona a Constituição Federal (BRASIL, 1988) e as demais legislações protetoras dos direitos trabalhistas, como a Consolidação das Leis Trabalhistas. (BRASIL, 1943) Porém, esse direito não tem sido efetivado na prática, principalmente quando entra em questão o gênero, visto que a todo o momento milhares de travestis e transexuais são excluídos do mercado de trabalho por não se enquadrarem nos padrões heteronormativos impostos pela sociedade.

Nestes termos, faz-se necessário em um primeiro momento, conceituar o que são transexuais e travestis. Assim, nas palavras de Diniz (1998, p. 604) transexual é:

1. Aquele que não aceita o seu sexo, identificando-se psicologicamente com o sexo oposto [...] sendo, portanto, um hermafrodita psíquico [...]
2. Aquele que, apesar de apresentar ter um sexo, apresenta constituição cromossômica do sexo oposto e mediante cirurgia passa para outro sexo [...]
3. [...] é o indivíduo com identifi-

cação psicosssexual oposta aos seus órgãos genitais externos, com o desejo compulsivo de mudá-los [...]

Ao passo que quanto às travestis, Lionço (2009, p.8) descreve que:

Ser travesti seria investir permanentemente na construção de um corpo a ser reconhecido pelo outro como um corpo feminino. Diferentemente das transexuais, no entanto, as travestis não afirmam uma identidade feminina estrita, mas ostentam a androginia.

A travestilidade, bem como a transexualidade são experiências relacionadas à identidade de gênero e foram socialmente construídas, da mesma forma que a identidade de homens e mulheres. Entretanto, ao serem formadas em resistência às normas impostas de gênero, são socialmente marginalizadas e isoladas, restando vulneráveis a violências físicas e simbólicas. Segundo Kulick (2013, p. 25) a existência de travestis é registrada em toda a América Latina, mas em nenhum país elas são tão numerosas e conhecidas como no Brasil. Assim, em qualquer cidade brasileira, pequena ou grande, existem travestis, contudo, mesmo havendo no país um grande número de travestis e transexuais, a estigmatização e a discriminação vividas afetam sua socialização, sendo que travestis e transexuais passam a ter um universo existencial bastante restrito.

Os corpos das transexuais e travestis perturbam, incomodam, desestabilizam porque promovem fissuras na norma estabelecida socialmente. Embora muitos atos sejam performativos, as inscrições corporais de travestis e transexuais são também entendidas como

subversivas, e, essas, portanto, tornam-se indicadores de classificação, hierarquização, ordenação, normalização. É a partir da criação dessas outras possibilidades, da construção de outros modos de ser, que os sujeitos constituem-se e (re)inventam-se. (LONGARAY, 2016, p. 780)

Com a invenção do dispositivo da sexualidade, o funcionamento do poder se altera e emerge, assim, um poder normalizador. Esse tipo de poder tem no exame seu instrumento mais eficiente e produz o “anormal” como um problema teórico e político relevante (FOUCAULT, 2011). Com isso, pode-se pensar que a partir do momento em que foi possível perguntar pela normalidade, foram produzidos vários sujeitos “anormais”, o que fortaleceu o discurso médico-psicológico e seus efeitos de patologização sobre as experiências. (FOUCAULT, 2003)

Importante salientar que, ao mesmo tempo em que as travestis e transexuais são excluídas das políticas públicas e travam com o Estado para conquistar o próprio nome (social), as pessoas trans são vistas como um perigo à sociedade, encaixando-se no estereótipo do que é abjeto, violento e exótico. É essa estigmatização das parcelas marginalizadas que vai legitimar as violações aos direitos humanos.

Diante disso, Schmitt (2015, p. 234) afirma que, a solidariedade corrompida pelo preconceito, bem como pela indiferença com o outro, resulta na destruição das relações inter-humanas fundamentadas na alteridade, importando no não-reconhecimento do outro na sua diferença e singularidade. Prossegue ainda, “o grande desafio da alteridade é, precisamente, reconhecer como igual o que é singularmente diferente, o que está para além da interpretação, da classi-

ficação e da identificação pessoal”. (SCHIMITT, 2015, p. 234) Diante disso, a estigmatização de determinadas pessoas ou grupos trata-se de um processo social que, no contexto mais amplo das relações de poder e de dominação, produz e reproduz as desigualdades.

Essa discriminação para com os transexuais e travestis tem sido reproduzida no acesso ao mercado de trabalho, pois as oportunidades em educação e trabalho para estes sujeitos acaba esbarrando no preconceito e na ignorância. Nesse sentido, a Associação Nacional de Travestis e Transexuais (Antra) aponta que, com raras oportunidades de emprego, cerca de 90% das pessoas trans acabam recorrendo a prostituição em algum momento da vida. Ainda, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH) divulgou em seu relatório que “a transfobia faz com que esse grupo ‘acabe tendo como única opção de sobrevivência a prostituição de rua”’. (CUNHA, 2015, s.p.)

Essa dificuldade que travestis e transexuais enfrentam para serem inseridos no mercado forma de trabalho está relacionada a alguns fatores negativos que eles enfrentam, como a expulsão de caso, evasão escolar, falta de apoio familiar, assédio sofrido, despreparo do Estado e das instituições de ensino, falta de acesso à saúde de qualidade, etc. (SOUZA, 2013) Nestes termos,

Segundo dados da Rede Nacional de Pessoas Trans do Brasil (RedeTrans), 82% das mulheres transexuais e travestis abandonam o ensino médio entre os 14 e os 18 anos em função da discriminação na escola e da falta de apoio familiar. Sem opção, 90% acabam na prostituição. (CASTRO, 2017, s.p.)

Ainda, segundo dados do ano de 2012, da Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Tran-

sexuais – ABGLT (LICCIARDI; WAITMANN, 2015) mesmo que não existam dados estatísticos oficiais, estima-se que cerca de 73% dos transexuais e travestis deixam de estudar. Estes números não estão ligados “somente às decisões pessoais dos indivíduos, mas sim atrelado à intolerância, ao preconceito e à diferença, pois, segundo a ABGLT, o grupo que mais sofre discriminação na escola é o de transexuais e travestis.” (ABGLT, 2013, s.p.) Na vida adulta essa discriminação se transmuta em dificuldades de acesso ao mercado de trabalho. (LICCIARDI; WAITMANN, 2015)

Porém, conforme Marx (1963) o trabalho, além de representar um meio para satisfação das necessidades básicas, representa uma fonte de identificação e inserção social para qualquer indivíduo, em outras palavras, “o trabalho é necessário para que as pessoas desenvolvam-se e identifiquem-se socialmente.” (LICCIARDI; WAITMANN, 2015, p. 208) Nesse mesmo sentido preleciona Souza (BERNARDO et al, 2013, p. 42) para quem

[...] o trabalho possui o papel de definir o lugar social do indivíduo. Dessa forma, as implicações causadas na subjetividade e na saúde mental das pessoas que estão apartadas do mercado de trabalho podem ser devastadoras. A pessoa incapacitada de desenvolver-se profissionalmente pode ter grande sofrimento psíquico e adoecer, pois é retirado dela o posto que lhe daria colocação e aceitação social.

Ao observar o mercado de trabalho formal é possível perceber que “o contingente de mulheres travestis e transexuais em qualquer área de atuação é extremamente inferior ao de homens e mulheres cisgêneros, inclusive homossexuais.” (LICCIARDI; WAITMANN, 2015, p. 209) Nestes termos, comprovando tal assertiva

Um estudo realizado pela HayGroup, consultoria multinacional de gestão de negócios, aponta que um dos motivos para isso é a falta de políticas de diversidade nas empresas. O estudo realizado com mais de 906 empresas de diversos setores, identificou que apenas 21% da amostra possuem uma política de valorização da diversidade, sendo que 47% dessas políticas são voltadas para pessoas com deficiências e 18% para jovens aprendizes ou terceira idade. (LICCIARDI; WAITMANN, 2015, p. 209)

Ao buscarem vagas no mercado de trabalho o que os travestis e transexuais escutam é sempre a mesma coisa: não há vagas, você não corresponde com o perfil da empresa, essa vaga já foi preenchida. Pois, “segundo levantamento de 2015 da companhia Elancers, que atua na área de sistemas de recrutamento e seleção, 38% das empresas brasileiras não contratariam pessoas LGBT para cargos de chefia e 7% não contratariam em hipótese alguma.” (CALDAS, 2017, s.p.)

Outro estudo da mesma época, o Demitindo Preconceitos, Por que as empresas precisam sair do armário, da Consultoria de engajamento Santa Caos, ouviu 230 pessoas. Quarenta por cento relatam preconceito no emprego devido à orientação sexual. Um em cada quatro entrevistados consideram que a escolha da carreira é influenciada pela orientação. (CALDAS, 2017, s.p.)

E quando essas empresas empregam travestis e transexuais, as vagas que lhes são destinadas estão em empregos invisíveis. Assim, nos diz Soldatelli (apud CALDAS, 2017, s.p.) que

Os outras dez por cento estão em empregos invisíveis. A maior parte dessa população trabalhando em empregos como call centers, estoques... São poucas empresas que colocam travestis e transexuais na sua linha de frente tanto em cargos executivos quanto em cargos com visibilidade para o público.

Na maioria dos casos, apesar de possuírem um ótimo currículo, acabam sendo preteridos nos processos seletivos apenas por serem transexuais ou travestis “e são obrigadas por essa sociedade a terem seu único proveito como objetos sexuais, como profissionais do sexo.” (CALDAS, 2017, s.p.) Pois, segundo a ativista Daniela Andrade “independente da sua bagagem profissional e escolaridade, você ter uma identidade de gênero divergente da maioria é prerrogativa para que empresas não contratem”. (CASTRO, 2017, s.p.)

De modo que, Soldatelli nos diz que ao conversarem com 150 empresas no ano passado (2016), constatou-se que poucas delas possuem políticas que apoiam pessoas trans. “A gente pode contar nas mãos quantas empresas têm uma política bem estruturada de apoio do trabalho de travestis e transexuais. A gente tem alguns casos como o do Carrefour e do McDonald’s, que têm atendentes travestis e transexuais.” (CALDAS, 2017, s.p.) Pois “A realidade de nós [...] trans é que o mercado de trabalho não está preparado, entendeu? O mercado tenta nos apagar. Na maioria das vezes ele não quer saber o que você tem a oferecer para a empresa em si.” (CALDAS, 2017, s.p.)

Diante disso fica evidente que o mercado de trabalho ainda discrimina pessoas transexuais e travestis e estes sujeitos acabam tendo que recorrer a prostituição em razão das “dificuldades para se inserir no mercado de trabalho e, quando conseguem,

encontram um ambiente hostil, transfóbico e imaturo que tentará invalidar as suas identidades.” (LICCIARDI; WAIT MANN, 2015, p. 209) Para corroborar com tal questão, se-guem depoimentos de sujeitos transexuais e travestis que pre-cisaram recorrer a prostituição para viver:

Foi o que aconteceu com a transexual baiana Ariane Senna, 25 anos. Ao ser expulsa da casa dos avós com apenas 13 anos, restou a ela, como forma de sobrevi-vência, os programas que combinava nas ruas de Sal-vador à beira-mar. “A juventude trans morre muito cedo porque, quando a gente é expulsa de casa, a gente vai parar na rua. Não te aceitam, mas vão te procurar na orla à noite”, denuncia a hoje psicóloga. (CUNHA, 2015, s.p.)

Morar nas ruas também é a realidade de Luiza Coppiters, 37 anos, professora de filosofia. “Moro na cracolândia, estou devendo uma fortuna, cheguei a passar fome. Sou branca e vim da classe média, tenho ensino superior. Eu tive privi-légios, mas olha minhas escolhas...” (CUNHA, 2015, s.p.)

A professora Luiza Coppiters, 37 anos, sentiu na pele que mesmo pessoas transexuais com uma con-dição privilegiada (nível educacional alto, origem na classe média) estão sujeitas à discriminação e à exclusão. Ela dava aulas de filosofia em uma escola particular de São Paulo quando começou a trans-formação corporal. Aos poucos, contou aos pro-fessores, alunos e chefes. A violência veio de forma sutil, mas persistente, e durou dois anos, até Luiza ser demitida, depois de pedir uma licença para tra-tar a síndrome de pânico que a afetou. A professo-

ra chegou a manter contato com alunos em aulas via Facebook. Alguns pais, porém, proibiram esse contato, com medo de que seus filhos se tornassem transexuais. “Eu, com meu raio transexualizador, poderia provocar isso”, comenta ela, mantendo o bom humor, apesar da gravidade da situação a que foi submetida. (CUNHA, 2015, s.p.)

Assim, diante destes relatos, pode-se constatar que travestis e transexuais acabam “sendo excluídas do mercado de trabalho como se não fossem cidadãs capazes e talentosas, interessadas em carreira, realização profissional e ascensão pessoal e, como se elas não fossem importantes para a construção de um ambiente diversificado e livre de preconceitos”. (CUNHA, 2015, s.p.)

Considerações Finais

No presente artigo foi abordada a relação de travestis e transexuais com o mercado de trabalho e a necessidade de recorrer a prostituição. De modo que buscou-se compreender como se dá a relação destes sujeitos com as vagas de emprego e porque acabam recorrendo a prostituição.

Partiu-se da hipótese de que a cada dia milhares de transexuais e travestis tem as portas fechadas para o mercado de trabalho simplesmente em razão de sua identidade de gênero e acabam tendo que “optar” pela prostituição para sobreviver.

O objetivo principal foi analisar como ocorre esse processo de discriminação de transexuais e travestis no mercado de trabalho e os motivos pelos quais estes sujeitos precisam recorrer a prostituição para sobreviver. Neste viés, como objetivos específicos discorreu-se sobre o direito ao trabalho e sobre as frequentes discriminações que ocorrem no mercado

de trabalho, e ainda, buscou-se entender a relação de travestis e transexuais com o mercado de trabalho e porque da necessidade de recorrer a prostituição.

A partir de tudo que foi exposto até aqui fica evidente que a hipótese foi totalmente comprovada, de modo que é possível concluir que o mercado de trabalho é muito cruel com travestis e transexuais, e a cada dia novas portam se fecham para essa população. Apesar da vontade em encontrar um trabalho com rotina, horário de trabalho e carteira assinada o preconceito fica evidente quando se candidatam a uma vaga. A resposta é sempre a mesma: não há vagas.

Diante disso, esse grupo acaba tendo como única opção para sobreviver o mercado informal, ou seja, se prostituir pelas ruas do país. Sendo que, com poucas oportunidades de emprego, cerca de 90% das pessoas trans no Brasil acabam recorrendo à prostituição em algum momento da vida, conforme dados da Associação Nacional de Travestis e Transexuais (Antra).

Referências

AGENDA Nacional de Trabalho Decente. **Organização Internacional do Trabalho**. Brasília, 2006. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/node/298>>. Acesso em: 07 out. 2017

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS – ABGLT. **Manifesto por uma educação em respeito a diversidade sexual**. São Paulo, 29 set. 2013 Disponível em: <<http://www.abglt.org.br/port/base-coluna.php?cod=319>>. Acesso em: 26 set. 2017. S.p.

BERNARDO, M. H., CAPOULADE, F., BÜLL, S.
(2011) **Trabalho e Saúde Mental**: repercussões das
formas de precariedade objetiva e subjetiva. Arquivos
brasileiros de Psicologia, (UFRJ, 2013), 63, p. 83-93.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do
Brasil**. Brasília: Diário Oficial da União, 1988. Dis-
ponível em: <[http://www.senado.gov.br/legislacao/
const/con1988/CON1988_04.06.1998/CON1988.
shtm](http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_04.06.1998/CON1988.shtm)>. Acesso em: 28 set. 2017

_____. **Consolidação das Leis Trabalhistas**. Brasília:
Diário Oficial da União, 1943. Disponível em:
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/
De15452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm)>. Acesso em: 11 out. 2017

CAMPOS, André Gambier. **Direito ao trabalho**: Consi-
derações Gerais e Preliminares. Brasília: Instituto de
Pesquisa Aplicada, março 2011. [Texto para discus-
são 1587]. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/
portal/index.php?option=com_content&view=arti-
cle&id=975](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=975)>. Acesso em 25 set. 2017. 35 p.

CALDAS, Ana Lúcia. **Mercado de trabalho ainda discrimina pessoas trans**. EBC, jan. 2017. Disponível em:
<[http://radioagencianacional.ebc.com.br/direitos-hu-
manos/audio/2017-01/mercado-de-trabalho-ainda-
discrimina-pessoas-trans](http://radioagencianacional.ebc.com.br/direitos-humanos/audio/2017-01/mercado-de-trabalho-ainda-discrimina-pessoas-trans)>. Acesso em: 12 out. 2017.

CASTRO, Davi de. **Visibilidade Trans**: a realidade do
mercado de trabalho para transexuais. TV BRASIL
EBC, 2017. Disponível em: <[http://tvbrasil.ebc.com.
br/estacaoplural/post/visibilidade-trans-a-realidade-
do-mercado-de-trabalho-para-transexuais](http://tvbrasil.ebc.com.br/estacaoplural/post/visibilidade-trans-a-realidade-do-mercado-de-trabalho-para-transexuais)>. Acesso
em: 10 out. 2017.

CUNHA, Taís. **Não há vagas...** Para trans. Correio Brasileiro. Disponível em: <<http://especiais.correiobraziliense.com.br/transexuais-sao-excluidos-do-mercado-de-trabalho>>. Acesso em: 13 out. 2017.

DELGADO, Gabriela. **Direito Fundamental ao Trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2006, p. 203

DINIZ, Maria Helena. Transexual. In: **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 604

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: a vontade de saber**. 17. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2003.

_____. **Os anormais**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1995, p. 76-77.

LICCCIARDI, Norma; WAITMANN, Gabriel; OLIVEIRA, Mateus Henrique Marques de. A discriminação de mulheres travestis e transexuais no mercado de trabalho. **Revista Científica Hermes [en linea]**, 2015, Jul./Dic. 2015. P. 201-218. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/html/4776/477647161011/>>. Acesso em: 05 set. 2017.

LIONÇO, Tatiana. Atenção integral à saúde e diversidade sexual no Processo Transexualizador do SUS: avanços, impasses, desafios. **Physis**, Rio de Janeiro, vol. 19, no. 1, 2009.

LONGARAY, Deise Azevedo; RIBEIRO, Paula Regina Costa. **Estudos Feministas**, Florianópolis, 24(3): 398, setembro/dezembro/2016.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 28. edição. São Paulo: Atlas, 2012. 920 p.

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **O Direito do trabalho e a dignidade da pessoa humana** – pela necessidade de afirmação do trabalho digno como direito fundamental. FORTALEZA: Anais XIX CONPE-DI, junho 2010. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3828>>. Acesso em: 14 out. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Nova Iorque, 1048. Disponível em: <>. Acesso em 24 out. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Acesso ao trabalho decente**. Brasília: OIT, 2005. (Manual de capacitação e informação sobre gênero, raça, pobreza e emprego, Módulo 3). Disponível em: <<http://www.ilo.org/info/download/modulo3>>. Acesso em: 02 out. 2017.

SCHMITT, Paula Helena. Espaços de exceção/A produção biopolítica do medo e do inimigo. In: GLOECKNER Ricardo Jacobsen; FRANÇA Leandro Ayres; RIGON, Bruno Silveira (orgs.). **Biopolíticas**, Estudos sobre Política, governamentalidade e violência. Curitiba-PR: Editora iEA Academia, 2015.

SENNET, R. **A corrosão do caráter**: consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo. São Paulo: Record, 2004.

SOUZA, H. A. de. **Os desafios do trabalho na vida cotidiana de mulheres transexuais**: dificuldades e possibilidades. São Paulo: Novas Edições Acadêmicas, 2013.

STÜRMER, Gilberto. O trabalho, o direito do trabalho e o Protocolo de San Salvador. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, n. 6, v. 1, jan./jun. 2014, p. 104-110. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2014.61.10>>. Acesso em: 13 out. 2017.

Mais amor, por favor: O discurso de ódio nas redes sociais e a consequente violência contra transexuais

Kaoanne Wolf Krawczak

Introdução

O artigo em questão visa trazer à luz as manifestações via redes sociais, as quais são diariamente realizadas de forma odiosa, por milhares de internautas. Negros, mulheres, deficientes físicos, bem como a população LGBT sofrem cotidianamente uma avalanche de comentários onde o ódio e o preconceito são alavancados, sem que haja, na maioria dos casos a devida punição.

No Brasil, onde mais morrem travestis e transexuais no mundo, e nas redes sociais a disseminação do preconceito e a “violência invisível” são corriqueiras. Mulheres e homens transexuais são vítimas de internautas que escondem seu preconceito e sua transfobia atrás de uma tela de computador. Tanto na sociologia, bem como na Literatura, o brasileiro

foi chamado diversas vezes de cordial e hospitaleiro, contudo, nas redes sociais não é isso o que em regra acontece. Os discursos de ódio e a incitação à violência, além da falta de responsabilidade e humanidade ao lidar com a diferença, faz com que muitos internautas acabem agindo de forma preconceituosa, dizimando comentários corrosivos, ofensivos e gratuitos que mostram como a educação e os bons princípios estão perdendo para a onda de ódio e violência atual.

Desta forma o presente artigo tratará a questão dos discursos de ódio praticados nas redes sociais, em especial os discursos ofertados às pessoas trans. Para a realização deste utilizou-se do método hipotético-dedutivo, através de revisão bibliográfica, sendo que o artigo em questão divide-se em dois tópicos, quais sejam: o discurso de ódio nas redes sociais contra as minorias, e o discurso de ódio nas redes sociais e a conseqüente violência contra transexuais.

1. O discurso de ódio nas redes sociais contra as minorias

Um dos maiores marcos do século XX foi o surgimento e a disseminação da , a rede mundial de computadores. Assim, conforme Cordeiro (2012, s.p.), com a “praticamente todos os tipos de interação humana foram dinamizados e acelerados, sendo responsável por novos tipos de relações sociais e comerciais”. O impacto e a influência da nos últimos anos são consideráveis, e o Brasil, particularmente, é um fenômeno mundial no que diz respeito à utilização da rede mundial de computadores.

Com base nos dados do Ibope (CORDEIRO, 2012, s.p.)

o Brasil terminou o ano de 2009 com 66,3 milhões de pessoas acessando a rede mundial. Não apenas isso,

mas é um dos países onde se passa mais tempo online. Os brasileiros acessam em média 44 horas por mês, ficando a frente dos Estados Unidos, com 40 horas, da Austrália, com 39 horas, e do Reino Unido, com 37 horas. Se contarmos o uso de aplicativos, essa média subiu para 66 horas em dezembro de 2009.

Com o aumento da tecnologia a serviço da comunicação, o fácil acesso da sociedade a grandes quantidades de informação vem crescendo de forma incalculável, e pode-se inferir que grande parte desse fácil acesso foi alavancado pelo surgimento e explosão da . Assim, segundo Wurman (1991, p. 30),

A explosão da informação não ocorreu apenas devido a um volume maior de informação. Avanços na tecnologia de transmissão e de armazenamento também influem. Somos afetados tanto pelo fluxo quanto pela produção de informação.

Ao passo que em 2008, O Comitê Gestor da no Brasil revelou a “existência de 60 milhões de usuários de computadores no Brasil (38% da população) e 54 milhões de usuários de (34% da população)” (CORDEIRO, 2012, s.p.) Assim, “o Brasil é considerado o sexto maior usuário mundial de redes sociais”. (CORDEIRO, 2012, s.p.)

Entretanto, as tecnologias, a comunicação e as emergentes relações de sociabilidade certamente não são as únicas, mas sim as mais visíveis características do nosso tempo. De modo que as redes sociais digitais despertaram novos fenômenos nas modalidades de “comunicação e interação entre as pessoas e as informações que são propagadas, adaptadas e configuradas para seus receptores, contudo, os novos mecanismos de comunicação não deixaram de atuar e consti-

tuir-se como ambiente de trocas e mediação social”. Assim, segundo Thompson, a mídia é constituída através de seu poder simbólico, e pode ser caracterizada pela “capacidade de intervir no curso dos acontecimentos, de influenciar as ações dos outros e produzir eventos por meio da produção e da transmissão de formas simbólicas” (THOMPSON, 1998, p. 35). Através das concepções de Bauman (2005), quando se afirma que os acontecimentos no mundo contemporâneo se tornaram transitórios, fluidos e nômades, podemos utilizar as ideias de Thompson (1998, p. 37) em relação ao poder simbólico da mídia para caracterizar a pluralidade dos arranjos das mídias sociais pós-modernas.

Assim, com o crescimento gradual do uso das redes sociais conectadas à possibilitou-se novas formas e processos de comunicação. Neste contexto, algumas práticas sociais afloraram no universo das redes on-line. Entre elas, a violência simbólica que, nas palavras de Bourdieu, é uma “violência suave, insensível, invisível a suas próprias vítimas, que se exerce essencialmente pelas vias puramente simbólicas da comunicação e do conhecimento, ou, mais precisamente, do desconhecimento, do reconhecimento ou, em última instância, do sentimento”. (1989, p. 40) Ao passo que, utilizar as redes sociais parece inofensivo para alguns usuários, porém, a incitação à violência no Facebook – uma rede social que tem a possibilidade de alcançar milhões de pessoas –, pode ser capaz de transformar a realidade de determinados indivíduos, algumas vezes, de forma irreversível, a construção de uma cidadania e de uma sociedade igualitária e justa.

Ao passo que na sociedade pós-moderna com valores líquidos e mutáveis (BAUMAN, 2005), a violência se faz visível nos mais diversos níveis sociais. Tudo isto implica em “um novo tipo de relacionamento do indivíduo com referências concretas ou com o que se tem convencionado designar

como verdade, ou seja, uma outra condição antropológica.” (SODRÉ, 2010, p. 80) Essa nova realidade que se apresenta é marcada pela otimização de interações propiciadas pelas mídias sociais, denominadas por Sodré de tecnocultura, a qual é caracterizada pelo consumismo, individualismo e surtos homofóbicos, xenofóbicos, misóginos e racistas, ou seja, uma transformação das formas tradicionais de sociabilização, aliada a uma nova tecnologia perceptiva e mental. Ao passo que, certos grupos se encontram em posições de maior vulnerabilidade, pois “uma das causas centrais da violência na contemporaneidade é a negação da diferença. O não reconhecimento do outro como pessoa”. (MAGALHÃES; SOUZA, 2011, p. 70)

É nesse processo que se delinea na contemporaneidade, portanto, que vemos a intersecção de fatores como experiência, valores, crenças dos atores que estão engajados em processos de interação mediada em ambientes virtuais. Com base nisso, o aspecto, sobretudo, da dificuldade da aceitação do outro e da projeção do outro como dissidente, que são parte de práticas hegemônicas e consolidadas no tecido social, é aquele que o nosso olhar e recortes contemplam, à medida que cremos ser necessário problematizar as questões relativas a essa eticidade e a tais modalidades de mediação. (SILVA, et al., 2011, p. 445)

Com o crescimento gradual do uso da , que revolucionou as maneiras do ser humano se comunica, ganharam destaque as redes sociais, devido a facilidade de divulgação de conteúdos. Entre as redes sociais mais populares no Brasil – e no mundo –, se encontra o Facebook, inventado “em 2004 por David Zuckeberg, acidentalmente depois que ele invadiu

os computadores da Universidade de Harvard em busca de fotos das alunas. Depois de uma suspensão de seis meses, ele aperfeiçoou a rede tal como a conhecemos hoje”. (ALVES, 2016, p. 15)

Hoje, o Facebook tem 1,23 bilhão de usuários, recebe diariamente 4,75 bilhões de conteúdos, fatura 7,8 bilhões de dólares ao ano e possui 6.336 funcionários espalhados em 36 escritórios ao redor do planeta. Nessa década, chegou aonde nenhuma outra rede virtual ousou ir (MySpace que o diga...) e superou grandes desafios, como a migração acelerada dos usuários dos tradicionais desktops para os dispositivos móveis. (VEJA ONLINE, 2014, s.p.)

De acordo com matéria publicada pela site G1 em abril de 2016

O Facebook anunciou nessa quarta-feira (27) que a rede social é acessada por um bilhão de usuários de todo o mundo todos os dias. Os dados são referentes ao primeiro trimestre de 2016 e constam do balanço financeiro da empresa, que também apontam o número de adeptos de outros aplicativos, como os serviços de bate-papo WhatsApp e Messenger, além da rede social de fotos Instagram. O número de usuários diários do Facebook aumentou 16%, com a adesão das pessoas aos aparelhos móveis. No ano passado, a rede social comemorou ter conectado mais de bilhão de usuários em um único dia, mas somente neste trimestre esse nível de acesso foi constante. (G1, 2014, s.p.)

De forma que o crescimento do uso do Facebook no Brasil, nos últimos anos, trouxe novos aspectos e problemáticas para os processos de comunicação e para os discursos que precisam e clamam por serem analisados. Esses novos contextos permitem, também, que novas e antigas práticas sociais se fortaleçam e se popularizem nas redes sociais.

Entretanto, apesar do mundo virtual servir como mecanismo privilegiado de projeção do ser humano, tal qual um espelho, ele também virtualmente reflete os aspectos pouco promissores da realidade palpável. Pois, através da rede, o homem comete ilícitos, propaga mensagens de conteúdo prejudicial, viola direitos fundamentais dos demais usuários, ou seja, dissemina discursos de ódio, o qual pode ser entendido como “uma manifestação segregacionista, baseada na dicotomia superior (emissor) e inferior (atingido) e, como manifestação que é, passa a existir quando é dada a conhecer por outrem que não o próprio autor.” (SILVA et al, 2011, 460)

A fim de formar um conceito satisfatório, devem ser aprofundados esses dois aspectos, começando pela externalidade. A existência do discurso de ódio, assim toda expressão discursiva, exige a transposição de ideias do plano mental (abstrato) para o plano fático (concreto). Discurso não externado é pensamento, emoção, o ódio sem o discurso; e não causa dano algum a quem porventura possa ser seu alvo, já que a ideia permanece na mente de seu autor. Para esse caso, é inconcebível a intervenção jurídica, pois a todos é livre o pensar.

Desse modo, nas palavras de Jeremy Waldron (apud SILVA et al, 2011, 462), o problema começa e se instaura

quando o pensamento ultrapassa esses limites dando lugar à duradoura presença da palavra publicada. Nessa situação, o discurso existe, está ao alcance daqueles a quem busca denegrir e daqueles a quem busca incitar contra os denegridos, e está apto para produzir seus efeitos nocivos, quais sejam: as violações a direitos fundamentais, o ataque à dignidade de seres humanos. O discurso de ódio manifesta discriminação, ou seja, desprezo por pessoas que compartilham de alguma característica que as torna componentes de um grupo. Essas pessoas são referidas como inferiores, ou ainda, parafraseando Waldron, são tidas como indignas da mesma cidadania dos emissores dessa opinião.

Enfatizando esse teor discriminatório, tem-se a definição de Winfried Brugger para este tipo de discurso, pois “[refere-se a] palavras que tendam a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar a violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas”. (BRUGGER, 2007, p. 80)

Portanto, é nas entrelinhas e nos desvios de condutas que aparecem os discursos de ódio propagados e compartilhados nas redes sociais, pois os usuários que praticam tais atos acreditam que estão protegidos pelo anonimato que supostamente a oferece. Assim, baseados nessa suposta “invisibilidade online”, os usuários promovem ataques pessoais a pessoas comuns e a personalidades que se destacam na sociedade, mas principalmente, as pessoas que se encaixam em grupos de maior vulnerabilidade. Entre esses grupos em posição de vulnerabilidade, os transexuais são as principais vítimas dos discursos de ódio nas redes sociais, assim, por se tratar do tema principal deste trabalho, trataremos desse assunto com maior precisão no próximo tópico.

2. O discurso de ódio nas redes sociais e a consequente violência contra transexuais

Nos últimos anos, o número de pessoas conectadas tem crescido de forma vertiginosa e, conseqüentemente, a utilização das redes sociais virtuais tem ganhado seus dias de fama. Com isso, o cotidiano de muitos sujeitos-navegadores passou a ser discursivizado na rede com o efeito de relatar experiências pessoais, trocar e divulgar informações de uma localidade ou comunidades específicas, fazer falar posicionamentos sobre temas cotidianos e ainda estabelecer laços afetivos. Esse formato promoveu a abertura aos processos de convergência tecnológica e midiática no qual o sujeito passa a interagir através dos diversos dispositivos de forma instantânea, e reunir diversas informações provindas de diversos tantos outros lugares e transmiti-las de forma veloz e de modo desterritorializado.

Entretanto, todo esse processo também tem gerado conseqüências, pois através dessa propagação de mensagens instantâneas alguns sujeitos tem se aproveitado da ‘invisibilidade’ proporcionada pela para propagar discursos de ódio, com conteúdos prejudiciais a certos sujeitos, violando os direitos fundamentais de muitos usuários. Os usuários mais atacados por esses discursos de ódio que manifestam discriminação e desprezo, são grupos vulneráveis socialmente, como os transexuais, que a cada dia são vítimas dos mais terríveis ataques na .

Assim, para melhor entendimento, cabe aqui um conceito do que se entende por transexual, de modo que Diniz, citada por, L. Araújo (2000, p. 58), define o transexual como

1. Aquele que não aceita o seu sexo, identificando-se psicologicamente com o sexo oposto [...] sendo, por-

tanto, um hermafrodita psíquico [...] 2. Aquele que, apesar de apresentar ter um sexo, apresenta constituição cromossômica do sexo oposto e mediante cirurgia passa para outro sexo [...] 3. [...] é o indivíduo com identificação psicosssexual oposta aos seus órgãos genitais externos, com o desejo compulsivo de mudá-los [...]

Já na conceituação de Vieira (2000, p. 88),

o indivíduo que possui a convicção inalterável de pertencer ao sexo oposto ao constante em seu Registro de Nascimento, reprovando veementemente seus órgãos sexuais externos, dos quais deseja se livrar por meio de cirurgia.

A partir destas conceituações pode-se observar que estes sujeitos que apresentam uma “incompatibilidade entre o sexo biológico e a identificação psicológica” (2000, p. 70), ao apresentarem estas duas características juntas, é que são definidos pela sociedade como pertencedores da transexualidade. O simples fato de possuírem essa incompatibilidade faz dos transexuais a cada dia vítimas dos mais diversos discursos de ódio nas redes sociais. Porém, essa discriminação tem ultrapassado os limites da e se materializado em violências físicas.

Para confirmar tal afirmação, seguem dados do relatório anual do Grupo Gay da Bahia (CAZARRÉ, 2017, s.p.), uma organização nacional dedicada a combater a violência contra LGBT brasileiros, segundo a qual houve um aumento de 21% em assassinatos de pessoas LGBTs entre 2011 e 2012, elevando o número total de vítimas de 266 para 338. De modo que, conforme CAZARRÉ (2017, sp.),

entre janeiro de 2008 e março de 2014, foram registradas 604 mortes no país, segundo pesquisa da or-

ganização não governamental (ONG) Transgender Europe (TGEU), rede europeia de organizações que apoiam os direitos da população transgênero.

O que nos leva a afirmação de que “o Brasil é o país que mais mata [...] transexuais no mundo”. Sendo que, para os especialistas esses casos de opressão e violência física são incentivados por discursos intolerantes praticados nas redes sociais. O exemplo mais conhecido de violência contra transexuais é o caso Verônica Bolina: a transexual que foi violentamente agredida por policiais, Bolina teve os cabelos cortados, a roupa rasgada, o corpo exposto e marcado por operadores da lei, e tudo isso dentro de uma delegacia.

Depois que vi a foto de Verônica Bolina, fui invadida por uma sensação de tristeza sem nome. Uma mulher negra, com seios expostos, o rosto completamente deformado por agressões de policiais, cabelos cortados, estirada no chão. Essa cena aconteceu dentro de uma delegacia, portanto, eram os operadores das normas legais os responsáveis pelo desejo, encarnado em cada hematoma no corpo de Verônica, de matá-la [...] O corpo de Verônica é um arquivo vivo. (BENTO, 2006, p. 50)

O caso de Verônica Bolina repercutiu amplamente nas mídias, comprovando o que todos já sabem: a violência contra as pessoas trans é uma realidade brasileira. E que os maiores responsáveis por grande parte das agressões são os policiais, coformem apontaram diversas pesquisas, pois “é das relações sociais mais difusas que o Estado retira sua legitimidade para matar as pessoas trans”. (BENTO, 2006, p. 54)

Outro exemplo, dessa discriminação ocorreu dentro de uma instituição pública, é o caso da adolescente transgênera que teve 2 fotos e a ficha de seu alistamento militar postados na web por um cabo que participava do processo.

Uma transexual de 18 anos denunciou ter sido constrangida em um processo de alistamento militar em Osasco, na região metropolitana de São Paulo. A estudante de administração Marianna Lively, de 18 anos, disse que teve fotos dela e de seus documentos pessoais – com seu nome de nascimento e telefone – tiradas e depois vazadas em grupos de WhatsApp por um cabo que participava do processo, no quartel do complexo militar de Quintaúna, no bairro do mesmo nome. O episódio [...] foi registrado em boletim de ocorrência [...] Foram publicadas três imagens nas redes – duas que mostram a jovem em pé em um pátio do quartel, e o outra do certificado de alistamento militar [...] De acordo com ela, o documento já estava em posse dos servidores do Exército, que precisavam assiná-lo antes de liberá-la. (TOLEDO, 2015, p. 60)

Ao passo que, outro caso notório ocorreu em 2016 com “a morte do ambulante Luís Carlos Ruas, espancado na noite de natal por dois homens, em uma estação de metrô em São Paulo, ao defender moradores de rua e travestis”. (AGÊNCIA BRASIL, 2016, s.p.) Mas os casos de violência foram muito além, e em 8 (oito) de agosto a Polícia Militar do Mato Grosso encontrou um corpo estirado na entrada de uma fazenda em Cuiabá: “era o da travesti Tiffany Rodrigues, 23. Segundo a perícia, antes de ser morta por estrangulamento, ela foi torturada, levou pancadas na cabeça e teve seus órgãos genitais queimados com cigarro.” (MADEIRO, 2017, s.p.) Este é um

dos casos que comprova os dados da Rede Trans Brasil, instituição com sede no Rio de Janeiro, responsável por apurar a situação de travestis e transexuais no Brasil, o qual nos diz que “das 171 mortes, 45 (ou 26% do total) foram causadas por agressões bárbaras: pauladas, pedradas, mutiladas, estranguladas, queimadas, esquartejadas ou vítimas de agressões físicas até o óbito”. (MADEIRO, 2017, s.p.)

Outro caso que teve muito destaque aconteceu em 2017 com a transexual Dandara: brutalmente espancada e morta em Fortaleza no dia 15 de fevereiro por pelo menos 5 (cinco) homens. O assassinato de Dandara dos Santos, de 42 anos causou muita “repercussão nas redes sociais após o compartilhamento do vídeo que mostra a travesti sendo agredida por um grupo no meio da rua”. (XEREZ, 2017, s.p.) O vídeo foi gravado e divulgado nas redes sociais por um dos cinco agressores (dos quais 2 eram adolescentes) e mostra parte de toda a violência sofrida pela transexual.

“Suba, suba! Não vai subir, não?!”, bradam agressivamente três homens, em vídeo, enquanto Dandara, sentada ao chão, mal consegue se mover. Ela chora. Um dos homens tira do pé o chinelo e o utiliza para bater na cabeça dela. Chama Dandara de “viado ‘fêi’”. Chutes e tapas vêm de todo lado em direção ao único alvo. A travesti sangra e tenta subir no carinho de mão enferrujado apontado por seus algozes. Não consegue. “Sobe logo! A ‘mundiça’ tá de calcinha e tudo”, zomba outro que filma, antes de um quarto garoto aparecer e chutar diretamente o crânio de Dandara. Depois disso, as agressões miram só ali: na cabeça loura-avermelhada que resulta da mistura de cabelo e sangue. Ela tenta levantar. Um quinto homem surge com um pedaço de madeira quase do

próprio tamanho e o utiliza para bater repetidas vezes nela, que já não se sustenta. Juntos, os cinco levantam Dandara e a jogam no carrinho. Levam sabe lá para onde. É encerrado com um minuto e 20 segundos o vídeo da tortura. (SEVERO, 2017, s.p.)

Diante dos relatos sobre casos de violência contra transexuais até aqui expostos, ficou evidente que a crueldade está presente em todos eles, o que comprova que a intolerância é um dos agravantes em quase 99% desses tipos de crimes, assim como a vulnerabilidade desses grupos, “que geralmente estão nas ruas em condições mais marginalizadas, envolvidas com prostituição e uso de drogas devido à exclusão sofrida em outros espaços da sociedade” (AGÊNCIA BRASIL, 2016, s.p.), conforme Luiz Mott, antropólogo fundador do Grupo Gay da Bahia (GGB). Esta também é a opinião compartilhada por outras organizações de defesa dos direitos das pessoas trans.

O exemplo mais notório dessa intolerância, e de indignação social diante dos diferentes, é a repercussão polêmica que ocorreu após a transexual Viviany Belebony atuar de forma a representar Jesus crucificado durante a 19ª Parada do Orgulho LGBT em 07 de junho de 2015, em São Paulo. Ela só queria protestar contra a homofobia sofrida diariamente pelos transexuais, mas a grande maioria sequer prestou atenção na mensagem que ela tentava trazer. Como ela mesma nos diz, “usei as marcas de Jesus, humilhado, agredido e morto. Justamente o que tem acontecido com muita gente no meio GLS”. (DANTAS, 2017, s.p.)

Nesse sentido, a linha entre uma ameaça virtual, um comentário maldoso, o preconceito e uma ação criminosa é muito tênue. Nas redes sociais, é possível expressar muitos sentimentos, e tornar público tanto o amor, como o ódio e o

preconceito. Assim, é imprescindível que as redes sociais sejam utilizadas de forma consciente e que a intolerância deixe de se fazer presente. Respeitar o outro, respeitar o igual e o diferente, simplesmente respeitar.

Conclusão

Cada vez está mais fácil se deparar com discursos de ódio nas redes sociais, são pessoas que usam dos novos meios de comunicação para quase sempre repetir o que ouvem, sem conferir a veracidade dos fatos. Os discursos de ódio que vem crescendo cada vez mais não acrescentam em nada, pelo contrário, só fazem perceber o quanto às pessoas são rasas em argumentos que na maioria dos casos estão fundamentados em ideias falsas. O fato de estar atrás de uma tela de computador, celular ou qualquer outro aparelho não deve ser usada como justificativa para a propagação do ódio, como se estivesse em um “mundo sem lei”, sem punições.

Desta forma, é preciso conhecimento e empatia com o próximo, para entender que no mundo convive-se com iguais e diferentes e que é preciso respeitar as escolhas de cada ser humano. Ataques contra a população LGBT evidenciam a lesbofobia, homofobia, bifobia e transfobia e o quanto estas são presentes no cotidiano, na sociedade. Assim, Qualquer pessoa que se desvie dos padrões heteronormativos recebe uma carga de ódio, reflexo do preconceito arraigado em nossa cultura que tem se mostrado em ações cada vez mais extremas.

Assim, é preciso que se lute por um mundo mais igualitário para todas as pessoas, por uma sociedade que reconheça e reveja seus preconceitos, seus privilégios e sua exclusão. Por fim, é preciso resistir.

Referências

- AGÊNCIA BRASIL. **Homicídios de gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais deverão ter recorde em 2016**. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/policia/noticia/2016/>>. Acesso em: 17 set 2017.
- ALVES, Carlos Jordan Lapa; MOURA, Sérgio Arruda de. Facebook como panóptico moderno: como a vontade de controle emana do indivíduo. XIII EVIDOSOL e X CILTEC Online, Universidade Estadual do Norte Fluminense jun/2016. Disponível em: <<http://evidosol.textolivre.org>>. Acesso em: 15 set 2017.
- _____; PAULO, Tatiana Vantilio. As trincheiras da fala: discurso de ódio no Facebook. **NAMID/UFPB**, Paraíba, ano XIII, n. 04, abr 2017. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/tematica42>>. Acesso em: 15 set 2017.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BAUMAN, Z. **Identidade**: entrevista a Benedetto Vecchi. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.
- BENTO, Berenice. A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual. Rio de Janeiro: **Garamond**; 2006.
- BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Lisboa: Difel, 1989.
- BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão

e o americano. **Revista de Direito Público**, v. 15 n. 117, jan/mar 2007.

CAZARRÉ, Marieta. Com 600 mortes em seis anos, Brasil é o que mais mata travestis e transexuais. Disponível em: < <http://agenciabrasil.ebc.com.br/dire>>. Acesso em: 17 set 2017.

CORDEIRO, Marina. O desvio social na rede mundial de computadores. E-GOV: UFSC, abr 2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/conteudo/o-desvio-social-na-rede-mundial-de-computadores>>. Acesso em 14 set 2017.

DANTAS, Carolina. **‘Representei a dor que sentimos’, diz transexual ‘crucificada’ na Parada Gay**. São Paulo: G1, 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2015/06/representei-dor-que-sentimos-diz-transexual-crucificada-na-parada-gay.html>>. Acesso em: 16 set 2017.

G1. Facebook atinge marca de 1 bilhão de usuários todos os dias. Grupo Gay da Bahia. Assassinato de homossexuais (lgbt) no Brasil: relatório 2014. Acesso em: 15 set 2017.

MADEIRO, Carlos. **Crueldade nos homicídios de pessoas trans indica intolerância e “aviso”, dizem especialistas**. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimasnoticias/2017>>. Acesso em: 17 set 2017.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; SOUZA, Tatiana Ribeiro. Violência e modernidade. In: ROSÁRIO, Ângela Buciano; KYRILLOS NETO, Fuad; MO-

- REIRA, Jacqueline de Oliveira (Org.). **Faces da violência na contemporaneidade: sociedade e clínica**. Barbacena: EdUEMG, 2011.
- SEVERO, Luane. **Travesti é espancada até a morte no Bom Jardim**. Disponível em: <<http://www.opovo.com.br/noticias/fortaleza/2017/03/travesti-e-espancada-ate-a-morte-no-bom-jardim.html>>. Acesso em: 17 set 2017.
- SILVA, Rosane Leal da; NICHEL, Andressa; MARTINS, Anna Clara Lehman; BORCHARDT, Carlise Kolbe. Discurso de ódio em redes sociais. **Revista de Direito FGV**, São Paulo, n. 7, v. 2, jul./dez 2011. Ps 445-468.
- SODRÉ, M. **Antropológica do espelho: uma teoria da comunicação linear e em rede**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.
- THOMPSON, J. **A mídia e a modernidade: uma teoria social da mídia**. Tradução: Wagner de Oliveira Brandão. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998.
- TOLEDO, Luiz Fernando. Transexual denuncia constrangimento em alistamento militar em Osasco. **O Estado de São Paulo**, set. 2015. Disponível em: <<http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,transexual-denuncia-constrangimento-em-alistamento-militar-em-osasco,1770790>>. Acesso em: 17 set 2017.
- VIEIRA, Tereza Rodrigues. Adequação de Sexo do Transexual: aspectos psicológicos, médicos e jurídicos. **Revista Psicologia – Teoria e Prática**: São Paulo, v. 2, n. 2, 2000, p. 88-102. Disponível em: <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/ptp/article/view/1113/822>>. Acesso em 14 set 2017.

VEJA ONLINE (Brasil). Facebook, 10 anos. 2014. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/reportagens-especiais/10-anos-facebook/>> Acesso em: 17 set 2017.

XEREZ, Gioras; SOBRAL, Viviane. **‘Momento de desespero e choro’, diz mãe da travesti Dandara, morta no CE.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/ceara/noticia/2017/03/momento-de-desespero-e-choro-diz-mae-da-travesti-dandara-morta-no-ce.html>>. Acesso em 10 abr 2017.

WURMAN, R. S. **Ansiedade de informação:** como transformar informação em compreensão. São Paulo: Cultura, 1991.

O acesso à internet como direito fundamental

Leandro dos Anjos Figueiredo de Lima

Introdução

A evolução do mundo caminha cada vez mais para um meio voltado a velocidade da informação. Um mundo onde o real se mistura com o meio digital, o espaço cibernético. Essa informação é a base para promover conceitos das pessoas que a recebe, seja para conceituar outras pessoas, novas empresas, notícias, e até mesmo para promover uma comunicação com amigos e familiares distantes.

A base para promover toda essa comunicação está diretamente relacionado com o maior meio de informação do mundo, meio o qual provocou uma imensa disrupção diante dos demais meios de comunicação do mundo, a internet. A Internet foi proporcionada primeiramente devido a popularização dos computadores, tanto nos lares quanto também nas pequenas e médias empresas, e posteriormente pelo barateamento do seu custo assim como também a popularização dos smartphones, produto o qual mudou a forma e a

rapidez de comunicação, pois este agora caminha conosco em nossos bolsos, diferentemente dos computadores.

Diante desta apresentação anterior, justifico essa escrita pela necessidade de os povos terem acesso a informação pela internet, visto que é um meio revolucionário para se obter o Direito a Informação.

O objetivo desse estudo é tratar acerca da necessidade de universalização do direito ao acesso à internet por parte do Estado, de modo com que todas as pessoas praticamente possuam um smartphone de baixo custo assim como um acesso a internet, para que com isso possam usufruir de uma vida digna com acesso por exemplo, a educação, a notícias, como também a diversão.

No primeiro capítulo apresentaremos um conceito constitucional de internet para todos, onde abordaremos a nossa Constituição da República de 1988 como garantidora do acesso a informação como também o direito a igualdade, isonomia constitucional para todas as pessoas que moram no Brasil.

O segundo momento será relacionado diretamente ao Direito a Informação, visto que esse direito faz parte de algumas dimensões dos direitos humanos fundamentais, como a quarta geração, relacionando diretamente com o termo Direito a Informação, assim como a quinta geração, diante da Cibernética e a internet, assim como os direitos individuais providos pela primeira dimensão.

O terceiro capítulo será abordado o Direito ao acesso a internet, visto que pelo pouco apresentado diante da própria escrita introdutória, esse meio de comunicação é fundamental para todos visto que praticamente todas as pessoas que possuem um smartphone, normalmente possuem o acesso a internet. Mas esse é um fato, todos deveriam possuir comumente esse acesso à internet, e quem não possui um meio para garantir esse acesso, deve tê-lo provido pelo Estado.

Por último, adentraremos na conclusão diante de toda investigação abordada nesta escrita. Onde nesse capítulo buscaremos responder vários dos questionamentos levantados no decorrer deste artigo.

E nesse último capítulo, conforme falado no parágrafo anterior, será apresentado meios de garantir esse acesso a internet, tornando praticamente um meio comum na vida de todas as pessoas no Brasil.

A metodologia de pesquisa utilizada foi através dos métodos de abordagem dedutivo e dialético, assim como no método de procedimento foi utilizado o meio comparativo. Cabe ressaltar que várias pesquisas foram desenvolvidas utilizando os meios eletrônicos.

Agora iniciaremos com o capítulo voltado a apresentação da internet para todos como um Direito Fundamenta Constitucional, diante de nossa Constituição da República de 1988.

1. Internet para todos

A Constituição Federal brasileira, bem como o Pacto de São José da Costa Rica, leis esparsas e importantes doutrinadores do tema, como forma de se chegar a um denominador comum.

Em seu artigo 4º a Lei 12.965 de 2014, mais conhecida como “Marco Civil da Internet”, passou a disciplinar através do seu corpo textual que o uso da Internet no Brasil tem como um dos seus objetivos basilares a promoção do acesso de Internet a todos os seus cidadãos, descrito no artigo 5º da Constituição Federal, como iguais perante a lei, com base ainda no Direito à Informação previsto pelo próprio artigo 5º da CF. Dessa forma, descreve a nossa Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XIV, que: “(. . .) é assegurado a todos o acesso à informação (. . .). Dito isso infere-se que, a igualdade que tanto defende a nossa Constituição Federal, só irá realmente

ser alcançada, quando os meios que propiciem o usufruto dos Direitos Fundamentais sejam fornecidos pelo Estado.

É nesse sentido que, muitos defendem que o “Direito de Acesso à Internet” se configura com um direito fundamental, conjuntamente ligado ao Direito à Informação. De modo que, a Internet se configura como o maior meio de obtenção, extração, envio e recepção de informações da atualidade. Desta forma, não pode o Direito, sensibilizado pelos clamores sociais, se olvidar e muito menos permitir ao Estado a negligência a tal direito. De maneira que, é obrigação do mesmo fiscalizar o devido cumprimento pelos entes estatais do fornecimento de tal subsídio à sua população.

No entanto, é importante pontuar, que tal condicionante não caracteriza a necessidade de estabelecimento de metas de universalização de acesso à banda larga individual. Vez que, os serviços de telecomunicações que hoje dão suporte ao acesso à Internet em Banda Larga, em sua grande maioria são prestados em regime privado e, por essa razão, salvas as obrigações contidas em compromissos de abrangências existentes em editais de licitações de uso de radiofrequência ou contidas especificamente em editais para autorização de outorga, não há compromissos de sua universalização em sentido liberalizado. De modo que, se busca pontuar com tal artigo a necessidade de uma atuação cada vez mais presente do Estado para a possibilitação de fornecimento de acesso à internet para regiões e setores populacionais que hoje não são abarcadas pela prestação desse serviço, ou para aqueles que já são, mais que sofrem com os serviços de péssima qualidade oferecido pelas empresas de telecomunicações.

Ao ponto que o que se descobriu com isso foi que, a possibilitação do acesso à internet à população, não só se qualifica como um meio de possibilitação do exercício do direito fundamental do acesso à informação ou até da publicização

dos atos públicos, mas também se coaduna como um meio de possibilitação do exercício da democracia por entes tipos por marginalizados pela nossa sociedade.

No capítulo seguinte iremos adentrar acerca do Direito a Informação, visto que a informação automática é a base do termo informática, e conseqüentemente do maior meio de comunicação consequência desta tecnologia da informação, a internet.

2. Direito à informação

O conhecido Direito à Informação é tema intimamente ligado ao chamado “Direito à Internet”, que juntamente à demais princípios fundamentais do Direito, integram a cláusula quinta da nossa Constituição Federal de 1988, a denominada “Constituição Cidadã”⁸³. O qual, após a promulgação da Constituição Federal passou a compor o inciso XIV do artigo 5º, das chamadas “Garantias Fundamentais”.

Havendo ainda dentro dessa conjuntura, de igual importância, o princípio do Direito Administrativo da Publicidade ou Transparência dos Atos Públicos. O qual conceitua Neto; Torres (2017, p. 68), “exige que a atuação do Poder Público seja transparente, com informações acessíveis à sociedade.” De acordo com eles, tal princípio nos prescreve que “não basta a publicação dos atos administrativos, ela deve ser feita de forma clara, permitindo que os cidadãos possam exercer fiscalização social sobre os atos e negócios praticados pelos gestores públicos.

83. A Constituição de 1988, chamada “cidadã” pelo então presidente da Assembléia Nacional Constituinte, Ulysses Guimarães, pois era vista à época como uma das mais avançadas do mundo no âmbito das garantias individuais, ao, por exemplo, definir como crimes inafiançáveis a tortura e ações armadas contra o Estado Democrático, bem como o respeito a diversos direitos fundamentais. Assim como visto em: <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI12330-15273,00.html>. Acesso em: 01 de jun. 2018.

Segundo os próprios, o acesso aos documentos públicos de interesse particular ou de interesse coletivo ou geral pode ser ressalvado nas hipóteses em que o sigilo seja ou permaneça imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Da mesma forma, segundo eles, a lei pode restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem. E nesse contexto pontua Cepik (2000), que, “um dos principais fundamentos da transparência dos atos governamentais é a garantia de acesso dos cidadãos às informações coletadas, produzidas e armazenadas pelas diversas agências estatais”.

E aqui, ele descreve garantia, não apenas como o reconhecimento de uma prerrogativa, mas também o provimento de meios e condições para a efetivação dessa prerrogativa, no caso, do acesso aos meios informáticos. E, segundo ele ainda, “as duas dimensões, na medida em que se realizam socialmente, conformam o chamado direito à informação”, tema deste artigo.

Para promover o Direito a Informação, o maior meio de comunicação existente no mundo hoje deve ser convocado em uma breve apresentação, a internet, meio o qual será apresentado como um Direito ao seu acesso diante do capítulo seguinte.

2. Direito ao acesso à internet

Indicaremos esta escrita abordado diretamente acerca de nossa Carta Magna, a Constituição da República de 1988, a qual busca diante de principalmente o seu Artigo 5º, em seus demais incisos promover tal constituição como cidadã.

No seu artigo 5o, *caput*, a Constituição Federal brasileira, consagra como princípio constitucionalmente defendido, o “Princípio da Igualdade”, que diz que: frente ao Estado De-

mocrático de Direito brasileiro, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, de modo que, assim como defende Lenza (2016, p. 1172), deve a Magna Carta buscar não somente a aparência de igualdade formal, mas também especialmente a igualdade material, ou seja, a igualdade frente aos bens da vida ou bens materiais. De modo que a Constituição Federal, busca formalizar isso como uma obrigação do Estado.

E nesse tocante temos que, o espírito dos direitos legalmente defendidos pela Constituição Federal é finalístico, ou seja, é assim como defende Slaibi Filho (2001) certificador de caráter instrumental à norma na realização dos fins definidos pela Constituição. tal qual o direito à vida, direito à moradia, direito a saúde, direito a educação e demais direitos, como o direito ao acesso à internet, como daqui se busca fundamentar, de modo a inferir que a prestação dos serviços associados a esses direitos principiológicos devam ter objetivo de universalização, ou seja, de modo geral, abarcando a todos aqueles que a lei descreve como detentores de tais direitos.

Nesse sentido, temos que para que tais direitos sejam cumpridos não se faz necessário, o cumprimento de maneira única e/ou paramentada, mas sim que aquele direito de fato alcance seu objetivo finalístico.

Como exemplo desse entendimento, temos o exemplo do direito à moradia, que diferente do entendimento de muitos não obriga a universalização do acesso à casa própria, ou alugada, ou que esta residência deva ser uma casa, e não um apartamento, por exemplo, ou que um ou outro deva ter certa metragem de tal numeração, ou número mínimo de quartos, ou de cômodos afins; mas que cumprido o fornecimento do ambiente para a realização da finalidade da lei, esse cumprimento seja realizado de maneira a alcançar o fim a que se propôs, e qual seja, o de permitir uma moradia digna ao indivíduo.

No entanto, nesse mesmo entendimento, a banda larga e a internet em si não possuem capacidade finalística, de modo que não são fins em si mesmos, ou seja, não se esgotam com a simples paramentação do espaço de fornecimento da internet, por exemplo.

Nesse caso, ambos devem ser entendidos como meios, mesmo que em nossos dias a internet seja um dos principais meios de acesso à informação, cultura, entretenimento, entre outros, e a banda larga, também em termos atuais, seja o melhor meio de acesso à internet.

Sendo assim, é cediço que, cabe ao Poder Público, através de seus entes governamentais, prover as estruturas necessárias para que esses meios sejam alcançados.

De acordo com Wolkmer (2002, p. 26-27):

“As mudanças e o desenvolvimento no modo de viver, produzir, consumir e relacionar-se, de indivíduos, grupos e classes podem perfeitamente determinar anseios, desejos e interesses que transcendem os limites e as possibilidades do sistema, propiciando situações de necessidade, carência e exclusão.”

Ou seja, a maneira como as pessoas se situam no mundo e a forma como se relacionam com os bens da vida, definem que tipo de situação ocupam frente a relação com os entes estatais e com a sociedade. Mas como garantir o acesso pleno da Internet no Brasil? Isso é o que será abordado no discorrer do capítulo seguinte.

4. Garantia do acesso à internet no Brasil

De acordo com o Observatório do Direito à Comunicação⁸⁴ A garantia do direito à comunicação na Internet co-

84. Lançado pelo Intervezes (Coletivo Brasil de Comunicação Social) -

meça com o acesso, requisito fundamental para que alguém possa disseminar opiniões, compartilhar conteúdos, acessar informações e utilizar serviços por meio da rede.

Segundo o qual, embora o Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2015) reconheça que o acesso à Internet é essencial ao exercício da cidadania, a realidade brasileira reflete o contrário.

Em dados da recente pesquisa TIC Domicílios⁸⁵ do ano de 2016, da mais de 50% dos domicílios brasileiros estão desconectados, segundo a pesquisa. Dado que inclui conexões disca-
dadas à Internet. Porém, segundo a pesquisa, a proporção de domicílios desconectados é ainda maior se considerarmos as regiões Nordeste (69%) e Norte (74%) e as áreas rurais (85%).

Nesse sentido, a desigualdade se revela ainda mais acentuada quando comparamos os resultados por classes sociais,

organização que trabalha pela efetivação do direito humano à comunicação no Brasil – em 09 de abril, o site Observatório do Direito à Comunicação traz um espaço com diversas referências sobre o tema. Além de notícias, entrevistas e análises atualizadas diariamente, possuindo uma biblioteca colaborativa e um link contendo boa parte da legislação do campo das comunicações. Havendo ainda um espaço para denúncias de violação do direito também foi disponibilizado ao público. E os pilares do seu conteúdo se construindo a partir da interface dos universos jornalístico, acadêmico e militante. Assim como descrito em: *intervezes – coletivo brasil de comunicação social*. Disponível em: <http://intervezes.org.br/observatorio-do-direito-a-comunicacao-esta-no-ar/>. Acesso em: 01 de jun. 2018..

85. Pesquisa realizada pelo Centro de Estudos sobre as Tecnologias da Informação e da Comunicação (CETIC.br) – órgão responsável pela produção de indicadores e estatísticas sobre a disponibilidade e uso da Internet no Brasil – em parceria com o Observatório para a Sociedade da Informação na América Latina e Caribe (OSILAC) da Comissão Econômica para a América Latina e Caribe das Nações Unidas (CEPAL), acompanhando a metodologia desenvolvida pelo Partnership on Measuring ICT for Development, com o objetivo de mapear o acesso à infraestrutura TIC nos domicílios urbanos e rurais do país e as formas de uso destas tecnologias por indivíduos de 10 anos de idade ou mais. Assim como entrado em: <http://www.cetic.br/pesquisa/domicilios/> e <http://www.nic.br/pagina/cetic-br/162>. Acesso em: 01 de jun. 2018.

vez que, enquanto 98% das casas de classe A no Brasil estão conectadas, somente 8% das casas de classe D e E possuem acesso à internet.

Deste modo, temos que, apesar de Direito à Igualdade nos moldes da Constituição Federal, ser um direito universalmente posto como de todos, temos mais da metade da população brasileira, cerca de 103⁸⁶ milhões de pessoas que não são abarcadas por este direito, ou seja, vivem desconectadas da internet. Onde ainda, cerca de 52 milhões de pessoas de uma realidade de 56 milhões das classes D e E estão excluídas da internet.

No capítulo posterior será apresentado o que fora concluído segundo essa breve investigação acerca da internet como um Direito Fundamental.

Conclusão

Diante de tudo o que foi visto, sendo a internet, assim descrito como um bem da vida deverás importante nos dias de hoje, não podemos olvidar que o cerceamento do seu uso seja por questões econômicas, seja por questões culturais, estruturas ou políticas, exerce um papel de exclusão muito grande de certos setores da população. Ainda mais se formos analisar sobre um viés democrático, de realização de participação ativa na vida política do país.

Deste modo, chegamos à conclusão que, ao projetarmos a discussão da importância do Livre Acesso à Internet para setores periféricos do território brasileiro, teremos que, esse

86. De acordo com dados da época, o Brasil possuía 206 milhões de pessoas e dessas 56 milhões faziam parte da classe D e E. Assim como visto em: ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2016/estimativa_dou_2016_20160913.pdf e <http://www.abep.org/Servicos/Download.aspx?id=09>. Acesso em: 1 de jun. de 2018.

acesso possibilitado, seja por meio de empresas privadas, seja por meio de subsídios governamentais, atuam de maneira a possibilitar que, indivíduos antes excluídos da participação política de nossa sociedade, possam aos poucos ir adquirindo cada vez mais voz, até que suas reivindicações e as demandas, legitimadas por sujeitos sociais emergentes, de sobremaneira ainda bastante relacionados a direitos à vida, ou seja, direitos básicos de existência e de vivência com dignidade, possam ser ouvidos pelos agentes e órgãos governamentais e políticos de nosso país.

Pois, é a partir da ferramenta conhecida por internet, que muitos devem poderão exercer a sua posição de destaque e participação ativa na exigência de melhores condições de vida para a sua comunidade e para sua própria vida.

Deste modo, configurando a internet, não só como ferramenta de fundamental importância na vida social das pessoas no que diz respeito ao entretenimento, cuja função social também é de deveras importância, mas também como instrumento de peso na inserção social dessas pessoas na vida em comunidade.

Sendo assim, diante de tudo o que foi dito, o Direito ao Acesso à Internet, se configura como importante direito fundamental, no mesmo patamar de direitos como direito à moradia, direito à saúde, direito à educação e afins. Devendo para tanto ser tido por qualquer governo como medida de fundamental importância presente em agendas governamentais.

Bibliografia

ABEP - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE PESQUISA. **Critério Brasil 2015 e atualização da distribuição de classes para 2016**. Dispo-

nível em: <<http://www.abep.org/Servicos/Download.aspx?id=09>>. Acesso em: 1 jun. 2018;

BALTAR NETO, F.; TORRES, R. **Direito Administrativo**. 7. ed., Juspodivm, 2017. p. 68;

CEPIK, M. **Direito à Informação: situação legal e desafios**. 2. ed., p. 43-56, 2000;

CETIC.BR. **TIC Domicílios**. Disponível em: <<http://www.cetic.br/pesquisa/domicilios/>>. Acesso em: 1 jun. 2018;

CETIC.BR. **TIC Domicílios - 2016 Domicílios**. Disponível em: <<http://www.cetic.br/tics/domicilios/2016/domicilios/>>. Acesso em: 1 jun. 2018;

IBGE : INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estimativas populacionais para os municípios e para as Unidades da Federação brasileiros em 01.07.2016**. Disponível em: <https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/estimativa2016/estimativa_dou.shtm>. Acesso em: 1 jun. 2018.

INTERVOZES. **Observatório do Direito à Comunicação está no ar**. Disponível em: <<http://intervozes.org.br/observatorio-do-direito-a-comunicacao-esta-no-ar/>>. Acesso em: 1 jun. 2018;

LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado**. Tradução. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1172;

LOYOLA, L. **20 anos de cidadania no Brasil**. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,E-MI12330-15273,00.html>>. Acesso em: 1 jun. 2018;

SINDITELEBRASIL. **Direito de Acesso à Internet a todos (Artigo 4º. – Inciso I)**. Disponível em: <<http://pensando.mj.gov.br/marcocivil/pauta/direito-de-acesso-a-internet-a-todos-artigo-4o-inciso-i/>>. Acesso em: 30 maio. 2018;

SLAIBI FILHO, N. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL. **Revista da EMERJ**, v. 4, n. 16, p. 78, 2001;

OBSERVATÓRIO DO DIREITO À COMUNICAÇÃO. **Acesso à Internet**. Disponível em: <><http://www.intervozes.org.br/direitoacomunicacao/?page_id=28536>. Acesso em: 01 de jun. 2018.

Direito ao desenvolvimento nos âmbitos do desenvolvimento da nação e do desenvolvimento do indivíduo

Amanda Garcia de Oliveira e Gustavo Rocha Martins

Introdução

Um desses direitos humanos é o direito ao desenvolvimento, que está previsto na Declaração Universal de Direitos Humanos (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948) em três artigos 22, 26 e 29. O artigo 26 reconhece o direito à instrução, ou à educação, que deve ser gratuita e obrigatória (instrução elementar), como, também, a educação técnico-profissional e a superior deverão ser acessíveis a todos. Esse direito tem como finalidades o “pleno desenvolvimento da personalidade humana” e o “fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

A “Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento”, desenvolvida pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1986. A declaração, em seu primeiro artigo, determina que o direito ao desenvolvimento é um direito inalienável, ou seja, não pode ser suprimido das vidas das pessoas, também, o artigo delimita que cada indivíduo tem direito “a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, para ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados” (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1986).

Ademais, o direito ao desenvolvimento subdivide-se, doutrinariamente, em dois âmbitos, o desenvolvimento do indivíduo e o desenvolvimento da nação. O desenvolvimento do indivíduo trata do progresso individual de cada ser humano, que só pode se desenvolver tendo seus direitos humanos protegidos e respeitada sua dignidade da pessoa humana. Esse âmbito e os conceitos serão trabalhados, profundamente, na terceira parte do artigo.

Dessa maneira, considerando a importância do direito ao desenvolvimento, o artigo tentará responder a seguinte questão-problema: o que são as duas dimensões do direito ao desenvolvimento, o desenvolvimento do indivíduo e o desenvolvimento da nação e como eles são aplicados nos países?

O presente trabalho tem como objetivo: analisar as duas dimensões do direito ao desenvolvimento – o desenvolvimento do indivíduo e o desenvolvimento da nação – como também a aplicação e as inovações desse direito. Para atingir esse fim, o artigo trará, em sua primeira parte, os conceitos dos direitos fundamentais, e sua evolução, do direito ao desenvolvimento e seus dois âmbitos, como também, denominações relacionadas a esse direito. Em um segundo momento, o trabalho correlacionará o segundo âmbito do direito ao desenvolvimento, o desenvolvimento da nação,

com suas interferências no Estado e na sociedade. Na terceira parte do estudo, será analisada a aplicação do direito ao desenvolvimento do indivíduo e como essa faceta é tratada pela doutrina. Na última parte do artigo, serão demonstradas as doutrinas mais atuais sobre o direito ao desenvolvimento e exemplificada a aplicação do direito ao desenvolvimento, por meio de normas, projetos e políticas governamentais, em alguns países, como o Brasil.

O desenvolvimento do trabalho será realizado de forma pura no que se refere à natureza, pois a pesquisa será teórica. Nesse sentido, é uma pesquisa bibliográfica e documental por meio do fichamento de autores que discorrem sobre o tema abordado nesse trabalho.

Como apresentado, o estudo do direito ao desenvolvimento é de suma relevância, pois esse direito está atrelado a diversos direitos humanos, como o direito a saúde, educação, vida, dentre outros. Sendo assim, o direito ao desenvolvimento é uma das bases para a aplicação e a proteção dos direitos humanos, como, também, é a finalidade que todos esses direitos querem atingir, ou seja, os direitos humanos, quando aplicados, promovem uma educação de qualidade, uma alimentação boa e todos os amparos básicos para a pessoa desenvolver-se e progredir.

Esse direito deve ser profundamente estudado para auxiliar governos a desenvolver políticas públicas para fortalecer e crescer – seja economicamente, seja socialmente, ou em qualquer outro setor da sociedade – a sua nação. Além do mais, o direito ao desenvolvimento prevê que todos os segmentos da sociedade progridam juntos, reduzindo a desigualdade social existente em diversos países. Assim sendo, o tema é um auxílio para um crescimento igualitário das nações e envolve inúmeros campos de estudo, como economia e diferentes áreas do direito, principalmente o direito constitucional.

1. O direito ao desenvolvimento da nação

Nessa parte do trabalho, será desenvolvido um estudo sobre o direito ao desenvolvimento da nação, que está atrelado ao desenvolvimento econômico, porém não está ligado somente a esse segmento. Esse direito abrange o progresso humano, com todas suas variáveis, que pode agrupar o econômico ou ser distinto dele. Outro aspecto, a ser trabalhado é o desenvolvimento igualitário, ou seja, de todos os segmentos sociais, desde os mais pobres aos mais ricos. Esse desenvolvimento, de toda a nação, reduz a desigualdade social e não possibilita que um grupo tenha todos os recursos para se desenvolver, enquanto outros têm diversos direitos humanos violados.

Como citado, o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) foi desenvolvido por Mahbub ul Haq e pelo economista indiano Amartya Sen, que, de acordo com a *United Nations Development Programme* (2016), esse índice avalia o desenvolvimento de um país e não somente o crescimento econômico. O Índice de Desenvolvimento Humano é dividido em três dimensões: a longevidade e uma vida saudável, o conhecimento e um padrão de vida decente.

Cada uma dessas dimensões é calculada por meio de indicadores e nomeada como um dos indicadores do cálculo do indicador, a saúde, a educação e a renda. A saúde, é calculada com base na expectativa de vida da população ao nascer, já a educação é baseada na quantidade de anos escolares frequentados por adultos com 25 anos ou mais e na expectativa da quantidade de anos escolares para crianças em idade escolar. Por fim, a renda é medida pelo coeficiente GINI, que avalia o desvio na distribuição de renda entre indivíduos ou famílias dentro de um país. Essas três dimensões compõem o

Índice de Desenvolvimento Humano por meio de uma média geométrica (UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, 2016).

O último cálculo do Índice de Desenvolvimento Humano foi realizado em 2015. No ranking, a Noruega (0,949), a Austrália (0,939), a Suíça (0,939), a Alemanha (0,926), a Dinamarca (0,925), Cingapura (0,925), a Holanda (0,924), a Irlanda (0,923), a Islândia (0,921), o Canadá (0,920) e os Estados Unidos (0,920) ocuparam as dez primeiras colocações. Em relação ao Brasil, o país ocupou a 79^a posição no ranking, sendo que seu índice foi de 0,754, tendo como expectativa de vida 74,7 anos, 15,2 anos esperados de escolaridade, a quantidade de anos escolares frequentados por adultos com 25 anos ou mais foi de 7,8 anos, e o coeficiente GINI *per capita* (2011) foi de 14,145 (UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, 2015).

O índice foi dividido em diversas faixas: desenvolvimento humano muito alto, nessa faixa, estariam os dez países citados e todos aqueles que têm o IDH superior a 0,800; desenvolvimento humano alto, na qual se encontra o Brasil e países como Costa Rica e Venezuela e todos que possuem IDH superiores a 0,700; desenvolvimento humano médio, em que se encontram países como Indonésia, Palestina, Iraque e Paraguai, como todos os que detêm IDH superiores a 0,550; e desenvolvimento humano baixo, nessa última faixa, estariam os países que obtiveram os menores IDH, tais como a Nigéria, Angola, Haiti, Sudão e Afeganistão (UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, 2015).

No último IDH, cada região obteve a seguinte pontuação: a África subsaariana (0,523), a Ásia do Sul (0,621), os Estados árabes (0,687), a Ásia Oriental e o Pacífico (0,720), a América Latina e o Caribe (0,751) e a Europa e a Ásia Central (0,756). A América Latina, região que integra o Brasil,

obteve a segunda colocação no IDH por regiões (UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, 2015).

Portanto, o IDH foi de suma importância para o crescimento do estudo do direito ao desenvolvimento, pois, com ele, “o foco é transferido do crescimento econômico, ou da renda, para o ser humano” (PNDU BRASIL, 2017). Também, o índice é uma forma de constatação das condições do desenvolvimento de cada país e é base para a elaboração de condições para o desenvolvimento humano, como a participação na vida política e comunitária, a sustentabilidade ambiental, a segurança, a promoção da igualdade, da justiça social e dos direitos humanos (UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, 2016).

Antigamente, o direito ao desenvolvimento era atrelado somente ao desenvolvimento econômico. Com a evolução nos estudos dessa área, atualmente, a economia é uma parte do direito ao desenvolvimento e compõe a evolução do ser humano. Esse segmento é mensurado pelo índice GINI, que compreende uma representação do “deviation of the distribution of income among individuals or households within a country from a perfectly equal distribution” (UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, 2013). Os países estudados pelo índice são classificados entre zero e cem, no qual zero representa igualdade absoluta, e cem representa desigualdade completa.

O último índice divulgado foi em 2013. Dentre os dez países com menos desigualdade estavam: Suécia (25.0), Ucrânia (25.6), Noruega (25,8), Eslováquia (26.0), Bielorrússia (26,5), Finlândia (26.9), Romênia (27.4), Afeganistão (27,8), Bulgária (28.2) e Alemanha (28.3). Dos países citados, somente dois (Noruega e Alemanha) estavam entre os dez países com maior IDH, enquanto outros, como o Afeganistão, obtiveram a colocação 169 no IDH. Essa disparidade

demonstra que um país sem desigualdades pode não ser um país desenvolvido, por isso a educação e a saúde, como diversos outros indicadores, devem ser utilizados para determinar se um país é desenvolvido humanamente ou não (UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, 2013).

Outro indicador de que um país rico pode não ser um país desenvolvido é o Produto Interno Bruto (PIB), que consiste em um “somatório de todos os bens e serviços finais produzidos dentro do território nacional num dado período, valorizados a preço de mercado” (p. 154, VASCONCELLOS, GARCIA, 2008). Como demonstrado na tabela 1, os indicadores econômicos (PIB e GINI) não possibilitam a comprovação do desenvolvimento humano, que está atrelado ao objeto desse estudo: o direito ao desenvolvimento. Em razão de que, dentre os dez países com maior PIB em 2016, está a Índia, que obteve a 131ª colocação no IDH em 2015, e o Brasil, que teve a 126ª posição no ranking do GINI (2013), um dos indicadores do IDH. Por isso, eles (PIB e GINI) deixaram de ser considerados índices de desenvolvimento humano e passaram a demonstrar, somente, o desenvolvimento econômico.

Tabela 1 – Ranking PIB em comparação ao ranking GINI e IDH						
País	PIB (2016) - (Milhões de dólares americanos)	Ranking PIB (2016)	GINI	Ranking GINI (2013)	IDH (2015)	Ranking IDH (2015)
Estados Unidos	18.569.100	1	40,8	83	0,920	10
China	11.199.145	2	42,1	89	0,738	90
Japão	4.939.384	3	0,903	17
Alemanha	3.466.757	4	28,3	2	0,926	4
Reino Unido	2.618.886	5	36,0	51	0,909	16

França	2.465.454	6	0,897	21
Índia	2.263.523	7	33,9	37	0,624	131
Itália	1.849.970	8	36,0	51	0,887	26
Brasil	1.796.187	9	54,7	126	0,754	79
Canadá	1.529.760	10	32,6	25	0,920	10

Fonte: WORLDBANK, 2016, UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, 2013 e UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, 2015.

Em vista dessa mudança, para melhor demonstrar o desenvolvimento humano, foi criado o IDH, que fora explicado anteriormente e pretende certificar as condições de desenvolvimento humano. Para analisar os níveis de desenvolvimento dentro dos países, criou-se o IDH Municipal (IDHM). No caso do Brasil, o país tem dimensões continentais, portanto algumas regiões desenvolvem-se melhor que outras. O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) Brasil, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e a Fundação João Pinheiro desenvolveram esse estudo em 2010 com dados de três Censos Demográficos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) (1991, 2000 e 2010), criando o “Atlas do Desenvolvimento Humano no Brasil” (2010).

A finalidade do IDHM brasileiro é “ajustar a metodologia (do IDH) ao contexto brasileiro, buscando indicadores mais adequados para avaliar as condições de núcleos sociais menores – os municípios” (ATLAS DO DESENVOLVIMENTO HUMANO DO BRASIL, 2010). Ele é calculado com as mesmas estatísticas do IDH global, exceto a dimensão renda, que é calculada pela renda municipal *per capita*, como, também, possui as mesmas faixas de qualificação do desenvolvimento humano, com exceção das faixas baixo (0,599

a 0,500) e muito baixo (0,499 e pontuações inferiores). A pesquisa foi dividida em Unidades de Desenvolvimento Humano (UDHs), que são regiões administrativas, regionais, distritos, subprefeituras, inframunicipais (como bairros), que são agregações das UDHs em várias escalas (ATLAS DE DESENVOLVIMENTO HUMANO, 2010).

No ranking de 2010, no âmbito município, a cidade de São Caetano do Sul, em São Paulo, obteve a primeira colocação com a pontuação de 0.862, em contrapartida, Melgaço, no Pará, ficou como última colocada, com IDHM de 0.418 (ATLAS DE DESENVOLVIMENTO HUMANO, 2010). A diferença entre essas duas cidades é demonstrada em uma comparação ao IDH global, a cidade de São Paulo teve aproximadamente o IDH da Estônia (0.865), na Europa, que foi a 30ª coloca no ranking global. Melgaço pode ser comparada a Moçambique (0,418) e Sul do Sudão (0,418), na África, que foram os 181º colocados dentre 188 países (UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, 2015). Esse contraponto valida a ideia de que, dentro de um mesmo país, podemos ter o IDH de um dos trinta melhores países para se viver e dos sétimos piores países para se habitar.

A diferença entre municípios não constata a maior discrepância entre os mais pobres e os mais ricos, o ranking entre as menores UDHs expressa a maior desigualdade presente no Brasil. Berrini e Vila Funchal, localizadas na região metropolitana de São Paulo, que é composta por 39 municípios, obtiveram a primeira colocação com IDHM (0.965), juntamente com outras cinco regiões brasileiras (ATLAS DE DESENVOLVIMENTO HUMANO, 2010). O IDH dessas regiões foi superior ao da primeira colocada global, a Noruega, com 0,949 pontos (UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, 2015). Por outro lado, a Zona Rural de Itacoatiara, região metropolitana de Manaus, que é compos-

ta de 8 municípios, teve o IDHM de 0.501 e está na última colocação (ATLAS DE DESENVOLVIMENTO HUMANO, 2010). O IDH dessa zona iguala-se ao dos países Madagascar (IDH: 0,512 e 158ª posição) e Ruanda (IDH: 0.498 e 159ª posição) (UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, 2015).

No nível estadual, o Distrito Federal obteve a primeira colocação com IDHM 0.824, enquadrando-se na faixa de desenvolvimento humano muito alto. Já Alagoas ficou com a última colocação, com 0.631 pontos, estando na faixa de desenvolvimento humano baixo. Outro ranking são as regiões metropolitanas, a primeira colocação foi para São Paulo, com IDHM (0.794), e Maceió na última colocação, com IDHM (0.702) (ATLAS DE DESENVOLVIMENTO HUMANO, 2010).

Dessa maneira, os índices, IDH, GINI, PIB e IDHM são algumas maneiras de demonstrar o desenvolvimento humano e econômico, porém eles não são formas perfeitas de demonstrar a situação real de cada país e suas regiões. Cada indicador tem sua importância, como o IDHM, que consegue verificar as desigualdades dentro de cada país, possibilitando a melhoria das situações mais precárias por meio de “políticas públicas no nível municipal a priorizar a melhoria da vida das pessoas em suas ações e decisões” (ATLAS DE DESENVOLVIMENTO HUMANO, 2010).

O direito ao desenvolvimento, antigamente, era relacionado somente ao crescimento econômico, por isso, os índices GINI e PIB eram utilizados para determinar se um país era desenvolvido ou não. Contudo, passa-se a perceber, que esse direito refere-se ao desenvolvimento “social, político, humano, econômico, ambiental, infantil, nacional, regional, equilibrado, sustentável, dentre muitos outros” (p. 17, ANJOS FILHO, 2013). Por isso, o IDH e o IDHM foram criados, em uma tentativa de demonstrar a real situação de

desenvolvimento de cada país. De acordo com o Atlas do Desenvolvimento Humano no Brasil (2010), IDHM estuda o desenvolvimento das pessoas, não se limitando ao crescimento econômico, sendo assim um contraponto ao PIB.

Com essa mudança de desenvolvimento econômico para um desenvolvimento humano, começa-se a discutir a necessidade de políticas públicas voltadas ao desenvolvimento humano, ou seja, que aprimorassem diversos direitos humanos. A “Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento” (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1986), no parágrafo terceiro do artigo segundo, prevê que “Estados têm o direito e o dever de formular políticas nacionais adequadas para o desenvolvimento, que visem ao constante aprimoramento do bem-estar de toda a população”. Esse texto legal pode ser interpretado no plano internacional, sendo assim uma cooperação entre países, como, também, no plano nacional, que o governo deve fomentar o direito ao desenvolvimento a todos nacionais.

Sobre o espectro interno desse direito, ainda no artigo segundo da declaração referida (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1986), essa norma fixa que os Estados devem fomentar políticas baseadas “no desenvolvimento e na distribuição equitativa dos benefícios daí resultantes”. Por esse motivo, o IDHM viabiliza o paralelo entre as realidades de distintas regiões e municípios brasileiros. Como versado por Robério Anjos Filho (p. 252, 2013), “o desenvolvimento não é uniforme *entre* as sociedades nem tampouco *nas* sociedades”, por isso, o desenvolvimento dentro do Brasil não será igualitário em todo o território nacional, o que fora corroborado pelas disparidades entre as UDHs no IDHM.

Essa desigualdade tem, como um dos fatores, a existência, dentro de um mesmo território, de grupos distintos com necessidades diferentes, assim como de minorias sociais e de

grupos marginalizados, que, normalmente, precisam de um auxílio maior do Estado para se desenvolver. Por isso, as políticas públicas voltadas ao desenvolvimento devem abordar as diferentes necessidades de cada segmento social, para criar uma sociedade mais justa e igualitária.

Outro ângulo do direito ao desenvolvimento foi explorado pelo parágrafo segundo do artigo primeiro da “Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento” (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1986), que institui o direito dos povos à autodeterminação e o exercício de sua soberania plena sobre todos os seus recursos naturais e suas riquezas. Destarte, o direito objeto desse estudo possui inúmeras óticas, que podem ser utilizadas para diversos fins e, em um futuro, novas perspectivas serão geradas.

2. O direito ao desenvolvimento do indivíduo e sua aplicação

o paradigma individual do direito ao desenvolvimento tem o foco no ser humano, conforme o artigo segundo da “Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento” (1986), “a pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deveria ser participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento”, dessa forma é a principal beneficiária e participante. Ademais, o direito ao desenvolvimento do indivíduo é fundamentado pela dignidade da pessoa humana, por meio dos documentos citados neste trabalho, como a “Declaração Universal de Direitos Humanos” (ANJOS FILHO, 2013). Portanto, de acordo com a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), “todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito (...) ao livre desenvolvimento da sua personalidade” nas duas fases desse direito, a coletiva e a individual, visto que, “afinal, coletividades são formadas por seres humanos” (p. 219, ANJOS FILHO, 2013).

Desse modo, cada indivíduo, integrante ou não de uma sociedade tem o direito a um desenvolvimento integral, “o que justifica o fato da promoção, do respeito e do gozo de certos direitos humanos e liberdades fundamentais não poderem justificar a negação de outros direitos humanos e liberdades fundamentais” (p. 220, ANJOS FILHO, 2013). Amartya Sen (2010), no seu livro “Desenvolvimento como liberdade”, defende que o desenvolvimento seria uma forma de “expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam” (p. 16), assim sendo milhões de pessoas são privadas, diariamente, de inúmeras formas de liberdades, as fomes coletivas e a subnutrição, por exemplo, transgridem a liberdade da sobrevivência.

Sen (2010) cita alguns tipos de liberdades relevantes em seu livro, como o acesso à saúde, ao saneamento básico, às oportunidades (em seu sentido amplo e irrestrito), à educação, à um emprego remunerado, à segurança (tanto econômica como social), como, também, a desigualdade, entre homens e mulheres, é uma forma de privação ao desenvolvimento. O autor defende, que, muitas vezes, essas negações são explicadas por serem uma forma de estimular o rápido crescimento econômico, contudo não existem fortes indícios de que a privação de direitos individuais seria bom para o crescimento econômico de uma nação (SEN, 2010).

O crescimento de uma nação, no âmbito humano, teria como base o desenvolvimento do indivíduo, ao passo que o indivíduo desenvolvido tem sua liberdade de forma ampla e possui mais chances de obter resultados valiosos. Sendo assim, seu potencial é impulsionado, e as chances de influenciar mudanças externas (em seu bairro, em sua cidade ou em sua nação), assim como melhorias internas aumentam e promovem o desenvolvimento humano. Portanto, o direito ao desenvolvimento do indivíduo consistiria em uma “expansão das ‘capacidades’ [*capabilities*] das pessoas de levar o tipo de vida que elas valorizam” (p. 33, SEN, 2010).

Para Robério Anjos Filho (2013), a igualdade de oportunidades para o desenvolvimento é crucial na dimensão individual do direito ao desenvolvimento e, por isso, os Estados passam a desempenhar o papel de fomentadores dessas oportunidades, seja no acesso a recursos básicos (como alimentação, saúde, moradia), seja na perspectiva profissional. Por isso, os Estados têm o dever de proporcionar todas as condições básicas para a pessoa desenvolver-se, o que pode ser feito por meio de políticas públicas, e encorajá-la a progredir, pois o desenvolvimento de um pode estimular o desenvolvimento da nação. Amartya Sen (2010) argumenta que as “liberdades” das pessoas são acrescidas pelas políticas públicas, mas é de suma importância a participação do povo para que essas políticas tenham efeitos e prosperem.

A igualdade de oportunidade citada também deve se estender de forma igual perante toda a população, desde os mais pobres aos mais ricos, o que já fora discutido no tópico sobre o direito ao desenvolvimento da nação. Com isso, um indivíduo nascido em uma família prestigiada tem mais oportunidades de se desenvolver, como também, possui mais liberdades e capacidades se comparado a uma pessoa que nasceu na classe mais baixa da sociedade.

Ademais, a redução da desigualdade é crucial para o desenvolvimento humano tanto do indivíduo quanto da nação, visto que, no caso do Brasil, os indivíduos que desfrutam de um IDH superior possuem segurança, mas essa noção de paz não é completa, pois sempre haverá a ameaça da violência (roubos e latrocínios) por meio das pessoas que têm uma vida com um IDH ruim, e essa coação, provavelmente, não existiria se eles também usufruírem um IDH bom. Dessa forma, quando o grupo mais pobre de uma sociedade desenvolve-se, toda a sociedade ganha ao melhorar o bem-estar de todos.

Dos países com maior PIB em 2016, de acordo com a “Tabela 1”, somente a Alemanha atingiu as primeiras cinco colocações nos três índices (PIB - 2016, GINI - 2013 e IDH - 2015), tendo, no aspecto desigualdade, o coeficiente dois. Na questão dos latrocínios (roubos seguidos de morte), no ano de 2014 (SINESP), foi registrada uma taxa de 0,87 (por 100 mil habitantes) desse crime no Brasil. Enquanto, na Alemanha, em 2015 (BKA), foram registrados 2.116 casos no gênero homicídio, latrocínio, homicídio sexual e homicídio culposo. A desigualdade não é o único fator que influencia essas estatísticas, todavia é um dos agentes que causa essa disparidade.

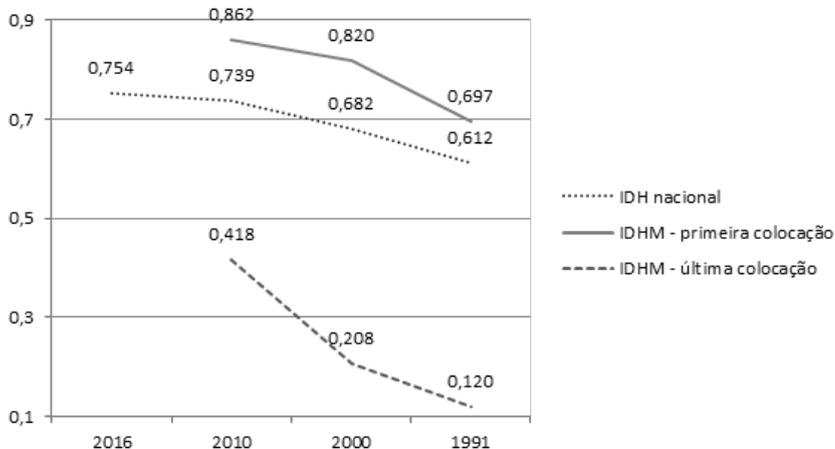
Com a intenção de efetivar o direito ao desenvolvimento, os países membros da ONU desenvolveram a “Declaração do Milênio” (2000), que seriam objetivos para extirpar a miséria, a mortalidade, a desigualdade, dentre outros temas, isto é, formas de privação das liberdades individuais e incompatíveis com a proteção do direito ao desenvolvimento. Foram criados oito “Objetivos de Desenvolvimento do Milênio”, os “ODM”(ODM BRASIL, 2000):

acabar com a fome e a miséria; oferecer educação básica de qualidade para todos; promover a igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres; reduzir a mortalidade infantil; melhorar a saúde das gestantes; combater a Aids, a malária e outras doenças; garantir qualidade de vida e respeito ao meio ambiente; estabelecer parcerias para o desenvolvimento

No caso do Brasil, foi formulada uma “Agenda de Compromissos dos ODM”, que, desde a criação dos objetos busca, por meio de programas e políticas públicas, objetiva melhorar o desenvolvimento do país. Com esses programas, o Brasil conseguiu melhorar o IDH nacional e, consequen-

temente, reduzir as distinções entre os locais mais pobres e os mais ricos (ODM BRASIL, 2013).

Gráfico 1 – Evolução IDH nacional e municipal das melhores e piores localizações



Fonte: ATLAS DE DESENVOLVIMENTO HUMANO, 2010, SENADO FEDERAL, 2013.

Conclusão

Após o presente estudo, podemos constatar algumas conclusões, como o sentido errôneo que era concedido ao direito ao desenvolvimento. Outrora, esse direito já foi denominado direito ao desenvolvimento econômico, pois só agrupava políticas e estudos voltados à economia, e esse segmento social era norteador dos índices de desenvolvimento. Atualmente, o desenvolvimento econômico não é mais um sinônimo de desenvolvimento social, e passam a ser alguns dos seus indicadores, conjuntamente com o desenvolvimento social (educação, saúde, moradia, alimentação, dentre outros), a desigualdade

social e outros elementos. Portanto, atualmente, não temos o desenvolvimento econômico como o direito ao desenvolvimento completo, mas é somente uma parte deste.

Por isso, foi desenvolvido o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), como foi explicado na segunda parte do artigo, para explicitar a situação do desenvolvimento de cada país. Contudo, as três dimensões desse direito (a longevidade e uma vida saudável, o conhecimento e um padrão de vida decente) ainda não são capazes de demonstrar o real cenário desse direito em cada localização, pois os quatro indicadores utilizados (a expectativa de vida da população ao nascer, a quantidade de anos escolares frequentados por adultos com 25 anos ou mais, a expectativa da quantidade de anos escolares para crianças em idade escolar e o coeficiente GINI) são somente uma fração de diversos outros em que uma nação pode ou não progredir, como, por exemplo, o “Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo” (IPCA) e os índices relacionados à densidade populacional. Dessa forma, o IDH foi uma evolução para a verificação da aplicação do direito ao desenvolvimento nos países, porém ele não engloba todos os segmentos sociais e não consegue demonstrar nitidamente a real situação do direito, por isso é necessária a criação de um índice mais completo e com mais indicadores.

Sobre o desenvolvimento interno, o governo de cada nação deve focar em cada região e aplicar políticas diferenciadas, visto que cada área tem suas peculiaridades, carências e suficiências. No caso do Brasil, o IDHMunicipal é um dos índices que demonstra a desigualdade dentre as regiões desse extenso país no quesito territorial. Uma das principais conclusões desse estudo pode ser depreendida dessa parte do estudo, pois não é normal duas regiões tão próximas (como uma favela do Rio de Janeiro e um bairro de classe alta da mesma cidade) com IDH tão distintos, por isso o objetivo principal desse estudo

seria demonstrar essa distinção e provocar a intervenção dos governantes para amenizar essa situação.

Outra conclusão que se pode depreender do presente estudo é a divisão entre direito ao desenvolvimento da nação e do indivíduo. A terceira parte do artigo estudou o desenvolvimento do indivíduo, que configura na necessidade de cada ser-humano ter todos seus direitos concedidos para um desenvolvimento integral. Um exemplo seria a igualdade de oportunidades, porque alguns grupos de pessoas detêm um leque de possibilidades, enquanto outros não possuem nenhuma opção.

Por fim, o estudo desse direito não está findado aqui, ainda há diversos pontos discutíveis e com a necessidade de mudanças. Portanto, permanece o questionamento: “como é possível em um mesmo país termos o IDH da Noruega e da Ruanda?”

Referências

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito ao desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento**. 1986. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/decl_direito_ao_desenvolvimento.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2017.

ATLAS DO DESENVOLVIMENTO HUMANO DO BRASIL. **O atlas**. 2010. Disponível em: <http://www.atlasbrasil.org.br/2013/pt/o_atlas/o_atlas_/>. Acesso em: 03 jul. 2017.

ATLAS DO DESENVOLVIMENTO HUMANO DO BRASIL. **Ranking - Todo o Brasil**. 2010. Disponível em: <<http://www.atlasbrasil.org.br/2013/pt/ranking>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

BKA. **Police Crime Statistics**. 2015. Disponível em: <https://www.bka.de/SharedDocs/Downloads/EN/Publications/PoliceCrimeStatistics/2015/pks2015_english.pdf?__blob=publicationFile&v=3>. Acesso em: 10 ago. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 jun. 2017.

ODM BRASIL. **Objetivos de Desenvolvimento do Milênio**. 2000. Disponível em: <<http://www.odmbrasil.gov.br/os-objetivos-de-desenvolvimento-do-milenio-2000>>. Acesso em: 09 jul. 2017.

ONU. **Declaração do Milênio**. 2000. Disponível em: <<https://www.unric.org/html/portuguese/uninfo/DecdoMil.pdf>>. Acesso em: 09 jul. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em : <<http://www.onu.org.br/imag/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

PNDU BRASIL. **Desenvolvimento Humano e IDH**. 2017. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0.html>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

RICUPERO, Rubens. **Eleventh session of the Conference**. 2004. Disponível em: <<http://unctad.org/>

en/pages/MeetingsArchive.aspx?meetingid=4289>.
Acesso em: 09 jul. 2017.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das letras, 2010.

SENADO FEDERAL. **Evolução do IDH do Brasil**. 2013. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/pacto-federativo/infograficos-da-edicao/info_205_evolucao_idh>. Acesso em: 10 ago. 2017.

SINESP. **Relatório Consolidado de Ocorrências de homicídios dolosos registrados pela Polícia Civil**. 2014. Disponível em: <<https://www.sinesp.gov.br/es-tatisticas-publicas>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. **About Human Development**. 2016. Disponível em: <<http://hdr.undp.org/en/humandev>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. **Human Development Index (HDI)**. 2016. Disponível em: <<http://hdr.undp.org/en/content/human-development-index-hdi>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. **Human Development Index and its components**. 2015. Disponível em: <<http://hdr.undp.org/en/composite/HDI>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. **Income Gini coefficient**. 2013. Disponível em: <<http://hdr.undp.org/en/content/income-gini-coefficient>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; GARCIA, Manuel Enriquez. **Fundamentos de economia**. Ed. 4. São Paulo: Saraiva, 2008.

WORLD BANK. **Gross domestic product 2016**. 2016.
Disponível em: <<http://databank.worldbank.org/data/download/GDP.pdf>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

Transplante de órgãos : o grande desafio da atualidade

Alexsander Carreiro da Silva e Mônica Micaela de Paula

Este artigo não tem a pretensão de exaurir um tema tão complexo como os dilemas bioéticos e do biodireito no transplante de órgãos e tecidos, mas tão somente, delinear alguns dos mais importantes aspectos gerais dos transplantes de órgãos e tecidos, suas características e classificação, assim como, demonstrar a evolução legislativa do tema no Brasil.

Introdução

A morte de um ente querido é sempre um dos mais difíceis momentos da existência humana, porém, é justamente nesta hora de dor e desconforto emocional que esta perda imensurável pode se converter em um ato de amor e esperança direcionado ao seu semelhante através da doação “post mortem” de órgãos. Em regra é na morte de alguém que amamos que pode ser proporcionado a outras pessoas, que passam anos na fila de espera por um transplante de órgãos, a esperança de uma nova vida. Também, em algumas situações

específicas, este ato de solidariedade e fraternidade humana também pode ser praticado em vida por meio da doação de órgãos “inter vivos”. Entretanto, mesmo não deixando de reconhecer a humanidade e o despojamento de uma doação de órgão, ou seja, de uma parte do corpo humano para outro ou outrem, que se concretiza por transplantes cirúrgicos de técnica altamente avançada, não se pode também esquecer que este ato de doação / transplante envolve muitas questões éticas e legais altamente complexas e ainda intrigantes.

O termo “transplante” corresponde à retirada de órgãos e partes do corpo humano para aproveitamento, com fins terapêutico e de tratamento, em seres da mesma espécie.

A biotecnologia na atualidade se desenvolve em velocidade jamais vista, e, na maioria das vezes, a discussão ética e legal não consegue ter a dinamicidade necessária para acompanhar esta mudança. Assim, é na bioética e no biodireito que se se lançam as discussões sobre a regulamentação destes avanços com a finalidade de inibir abusos. São muitos os dilemas bioéticos que exsurtem desta temática, tais como o livre do consentimento do doador de órgãos e tecidos humanos, a anuência, em todos os sentidos, do receptor dos órgãos e tecidos, o comércio de órgãos e tecidos e sua proibição, assim como, os assuntos referentes à doação de órgãos e tecidos dos recém-nascidos anencéfalos, dentre outros.

Para o desenvolvimento deste trabalho, levamos exatamente esta consideração que somente a edição de leis não é suficiente para abarcar todas as situações fáticas possíveis, pois a biotecnologia evolui de forma extremamente veloz superando facilmente os limites científicos e jurídicos, e os riscos dessa evolução muitas vezes são desconsiderados ou até mesmo desconhecidos, sendo necessária, portanto, uma discussão ético-filosófica sobre os limites e as possibilidades da ação humana no curso natural da vida.

1. Transplante de órgão e tecidos

O termo “transplante”, como é utilizado nas ciência médicas, tem suas origens do latim “transplantar”, que significa transferir órgão ou porção deste de uma para outra parte do mesmo indivíduo, ou ainda, de indivíduo vivo ou morto para outro indivíduo. (SILVA, 1982 apud CATÃO, 2004). O transplante de órgãos e tecidos é caracterizado como um procedimento médico pelo qual se extraem tecidos ou órgãos de um corpo humano que são reimplantados em outro, a fim de que o tecido ou órgão transplantado realize, em sua nova localização, a mesma função que realizava anteriormente. (VITA, 1998).

Tecidos são agrupamentos de células que desempenham as mesmas funções básicas e que têm a mesma morfologia geral. (JUNQUEIRA; CARNEIRO, 1974 apud LEITE, 2000). Os tecidos que podem ser transplantados são: medula óssea, válvulas cardíacas, córneas, pele, dura mater, ossos do ouvido interno, cartilagem costal, crista ílica, cabeça do fêmur, tendões, nervos, vasos sanguíneos, fásia lata, costelas e safena.

Os órgãos, em sentido genérico, são unidades supraterciais com forma e função próprias, definidos como instrumento de função. São, portanto, unidades mais complicadas que o tecido fundamental que os constitui (tecido ósseo – osso; tecido muscular – músculo; tecido nervoso – nervo; tecido glandular – glândula). Segundo Catão (2004) órgão é a parte do corpo que goza de certa autonomia e desempenha uma ou mais funções especiais. Os órgãos comumente utilizados em transplantes são: coração, pulmão, fígado, rim, pâncreas, intestino e estômago.

1.1 Classificação dos transplantes.

A classificação, de acordo com Catão (2004), é a que segue:

a) Autotransplante ou autólogo: transferência de tecido ou órgão de um lugar para outro, na mesma pessoa.

b) Isotransplante ou transplante isogênico: transplante de tecido ou órgão entre indivíduos da mesma espécie e com caracteres hereditários idênticos. É o caso dos gêmeos univitelinos.

c) Xenotransplante ou heterotransplante: transferência de órgãos ou tecidos de um ser vivo de um gênero para outro de gênero diferente.

d) Alotransplante ou homotransplante: transplante de tecido ou órgão entre indivíduos da mesma espécie, porém com diferentes caracteres hereditários. Nesta modalidade de transplantes destacam-se dois tipos, os transplantes causa mortis e os inter vivos, estudados nos tópicos que seguem.

1.1.1 Doação causa mortis.

Nesta modalidade de transplante o sujeito receptor é um ser vivo que necessita de um órgão ou de um tecido proveniente de um cadáver, que figurará como doador. Para a pessoa ser considerada morta utiliza-se do conceito de morte encefálica definido no Decreto 2268/97, artigo 16, que no Brasil foi regulamentada na Resolução CFM n. 1480/97.

De acordo com o site “Você é doador de órgãos” (VOCÊ, 2010), um único doador pode ajudar a pelo menos vinte e cinco pessoas.

Importante ressaltar que após a retirada dos órgãos ou partes do cadáver, ele deve ser recomposto e entregue aos

familiares para sepultamento sob pena de incorrer na prática do crime previsto no artigo 211 do Código Penal.

“Art. 211 - Destruir, subtrair ou ocultar cadáver ou parte dele: Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.”

1.1.2 Doação inter vivos.

O transplante de órgãos inter vivos é assim denominado, pois tanto o doador quanto o receptor do órgão ou tecido são seres que estão em pleno gozo de seu direito à vida. Esta modalidade de transplante está regulamentada, no Brasil, pela Lei 9.434/97, no Capítulo III, e na Seção da disposição do corpo vivo do Decreto 2.268/97. Com base nesta lei e na Constituição Federal, Leite (2000) relaciona sinteticamente quais as condições a que devem se subordinar o transplante entre vivos de modo a ser resguardada sua liceidade:

a) que seja realizado entre sujeitos in vida, gratuitamente e com fins humanitários ou terapêuticos, sendo, comprovadamente, o único meio para socorrer o necessitado;

b) que o doador seja juridicamente capaz, salvo nos casos elencados na lei;

c) serão doadores in vida qualquer pessoa, mesmo que não mantenham com o receptor qualquer vínculo de parentesco;

d) deve o doador autorizar, de preferência por escrito e na presença de testemunhas, o ato de retirada de órgãos e tecidos para transplantes in vida;

e) para que a manifestação do desejo de doar seja válida, é preciso que tenha sido exarada pessoalmente pelo doador, de

forma livre e espontânea, e com total consciência dos possíveis riscos que o ato envolve, ou pelos representantes quando o doador for incapaz;

f) da mesma forma, deve o receptor consentir com a realização do transplante depois de ter obtido todas as informações necessárias acerca do ato operatório;

g) somente devem servir aos transplantes entre vivos órgãos duplícies, tecidos, vísceras ou partes do corpo que não impliquem em prejuízo ou mutilação grave para o disponente;

h) o incapaz pode doar medula óssea com autorização dos pais ou responsáveis mais autorização judicial;

i) é vedada à gestante a doação, exceto de medula óssea;

j) o autotransplante é permitido, mesmo de incapaz, desde que autorizado pelos pais ou responsáveis, e;

k) é preciso haver uma sólida probabilidade de êxito do transplante, pois não se admitem experiências nos seres vivos *in anima nobili*.

Dos órgãos e tecidos que podem ser doados elencados no tópico 1 todos podem ser doados após a morte, no entanto os que podem ser doados em vida são órgãos duplos como o rim, uma parte do fígado, pâncreas ou pulmão, ou um tecido como a medula óssea.

Para Sgreccia (1988) é lícito o transplante de órgãos se cumpridas as seguintes condições:

1) o doador vivo não deverá sofrer um prejuízo substancial e irreparável em sua própria vida e na própria atividade. A atitude sobre a licitude depende do sucesso técnico, em primeiro lugar na conservação da vida do doador.

2) deve-se ter confirmada a possibilidade do sucesso do transplante no paciente receptor: o sacrifício do doador deve ter uma certa proporcionalidade com as possibilidades de vantagem real para a vida do paciente beneficiário.

3) o transplante deverá ser o único remédio válido para prolongar a vida do paciente.

2. Evolução legislativa no Brasil

Conforme se desenvolveram os métodos de transplante, surgiram obstáculos legais e éticos que limitaram a disponibilidade de órgãos. A evolução biológica trouxe a necessidade da criação de diplomas legislativos para regulamentação e incentivo da doação, mas que, ao mesmo tempo, respeitassem a dignidade humana, possibilitando, assim, a manutenção da vida.

No Brasil, o primeiro diploma legislativo a regular a matéria foi a Lei n° 4.280/63, que dispõe sobre a extirpação de órgão ou tecido de pessoa falecida. Em síntese, subordina a permissão para fins de transplante à autorização escrita do de cujus, ou a não-oposição do cônjuge ou dos parentes até o 2° grau, ou de corporações religiosas ou cíveis responsáveis pelo destino dos despojos (artigo 1º), e permite somente uma extirpação em cada cadáver, (artigo 8º).

Quase cinco anos mais tarde, a Lei n° 5.479/68, que dispõe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes de cadáver para finalidade terapêutica e científica, veio apresentar avanços, revogando a legislação anterior. Nela, admitia-se a retirada, para fins de transplantes de tecidos, de órgãos e de partes de cadáver, mediante a satisfação das condições expressas na lei, ainda, disciplinava o transplante em caso de relativamente incapaz e trazendo uma grande evolução permitindo o transplante inter vivos.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 199, parágrafo 4º, erigiu o transplante de órgãos e tecidos ao nível de disposição constitucional, vedando qualquer forma de comercialização de órgãos, conforme segue: “A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, (...) sendo vedado qualquer tipo de comercialização” (apesar da vedação da comercialização de órgãos tanto no Brasil como na maioria dos países desenvolvidos, observa-se que tal comércio existe, fora da legalidade, no chamado “mercado negro de tráfico de órgãos”).

A lei que veio regulamentar o dispositivo constitucional foi a de nº 8.489/92, regulamentada pelo Decreto nº 879/93 e pela Resolução nº 1.346/91, do Conselho Federal de Medicina. A grande inovação desta lei foi aludir ao conceito de morte encefálica e a definição de transplante dada pelo artigo 3º, inciso III, no qual se lê: “Para efeitos deste Decreto, considera-se: (...) transplante – ato médico que transfere para o corpo do receptor tecido, órgão ou parte do corpo humano, para os fins previstos no artigo 1º”, tratando-se o artigo 1º de fins terapêuticos e humanitários.

Ainda o referido Decreto em seu artigo 12, parágrafo 4º, permitia o transplante de medula óssea de doador menor desde que houvesse algum grau de parentesco, além do consentimento dos pais e autorização judicial. Esta lei estabelecia que a doação de órgãos post mortem ficava condicionada ao desejo expresso de disponente manifestado em vida, através de documento pessoal ou oficial, ou, na falta deste a retirada deveria ser procedida se não houvesse manifestação em contrário por parte do cônjuge, ascendente ou descendente (artigo 3º). Já a doação de pessoas vivas apresentava limitações expressas no artigo 10 e 14.

A revogação da lei acima ocorreu com a promulgação da lei n. 9.434 em 4 de fevereiro de 1997, a qual causou grande

discussão por transformar todo e qualquer cidadão, ao morrer, em doador compulsório, conforme redação inicial do artigo 4º: “Salvo manifestação de vontade em contrário, nos termos desta Lei, presume-se autorizada a doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, para finalidade de transplantes ou terapêutica post mortem”. A regulamentação desta lei se deu pela Resolução 1.480/97 do Conselho Federal de Medicina que define, agora, de forma clara, a morte encefálica, e pelo Decreto n. 2.268/97, cujo artigo 14 traz em sua redação a confirmação da doação presumida. Para não ser doador o indivíduo tinha que se deslocar a uma repartição pública para que em seu documento de identidade ou em sua carteira de habilitação constasse a expressão “não doador de órgãos e tecidos”. Esta manifestação de vontade poderia ser reformulada a qualquer tempo, registrando-se no documento a nova declaração de vontade, e em caso de dois ou mais documentos, prevaleceria o de emissão mais recente. Houve grande rejeição social a esta compulsoriedade na época, pois havia a idéia de que os médicos diagnosticariam a morte encefálica sem sua ocorrência para haver a retirada dos órgãos, gerando um mercado de órgãos, e ceifando a vida de indivíduos que não haviam falecido. Esta lei apresentou pontos que estimularam o debate, porque pôs em mira assuntos de preciosa importância para o direito, como a liberdade do ser humano em contraste com o princípio protetivo do Estado.

A polêmica causada foi de tal forma intensa, que fez com que as disposições da lei 9.434/97 fossem reexaminadas, o que culminou com o surgimento da Medida Provisória n. 1.718, de 6 de outubro de 1998, que acresceu ao artigo 4º da referida lei o parágrafo 6º, pelo qual, ainda que o potencial doador não tivesse se manifestado expressamente em vida quanto à vontade de doar seus órgãos, o pai, a mãe, o filho ou o cônjuge

poderia manifestar-se contrária à doação, o que seria obrigatoriamente acatado pela equipes de transplante e doação.

Já a edição da Medida Provisória nº 1.718, de 6 de outubro de 1998, que acrescentou o § 6º ao art. 4º da vigente Lei de Transplantes, determinando que, na ausência de manifestação de vontade do potencial doador, o pai, a mãe, o filho ou cônjuge podiam manifestar-se contrariamente à doação preservando a vontade do falecido e de seus familiares, respeitando-se, assim a integridade do cadáver.

Posteriormente foi promulgada a lei n. 10.211, de 23 de março de 2001, que modificou alguns artigos da referida lei, em especial o artigo 4º, e revogou definitivamente a presunção de doação determinando ordem de prelação em relação à manifestação da família.

Além das alterações efetuadas pela lei 10.211/01, ainda houve as leis 11.521/07 e 11.633/07 que deram a redação atual da lei 9.434/97, a qual, com relação ao transplante inter vivos, no Capítulo III, autoriza à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea. Porém a doação inter vivos só será permitida quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora. Ainda o doador deverá autorizar, preferencialmente por escrito e diante de testemunhas, especificamente o tecido, órgão ou parte do

corpo objeto da retirada, podendo revogá-la a qualquer momento antes de sua concretização.

O diploma legal mais recente que aprova o Regulamento Técnico do Sistema Nacional de Transplantes é a Portaria 2.600, de 21/10/09, do Ministério da Saúde, publicada no DOU nº. 208, de 30/10/09.

3. Bioética e biodireito

O tema da ética encontrava-se esquecido por muitos anos até haver uma crise ética em decorrência das atrocidades cometidas durante e após as duas grandes guerras mundiais, e das questões suscitadas pelo avanço das pesquisas biotecnológicas, o que fez com que se procurasse estabelecer “princípios voltados para garantir a humanização do progresso científico” (CATÃO, 2004).

Passou-se então à discussão dos dilemas bioéticos, que se constituiu como uma nova disciplina do saber humano que pretende combinar o conhecimento biológico e científico com o conhecimento dos valores humanos, como uma “ponte” entre duas culturas: a científica e a humanística. Surgiu da junção de duas palavras: “bio” do latim que significa vida e “ética” (SGRECCIA, 1988).

Segundo Potter (apud SGRECCIA, 1988), a clara distinção entre os valores éticos, que fazem parte da cultura humanista em sentido lato, e os fatos biológicos põe em perigo a humanidade e a própria sobrevivência da vida sobre a terra. O único caminho para a solução dessa iminente catástrofe é a construção de uma “ponte” entre as duas culturas, a científica e a humanístico-moral. Para ele, o instinto de sobrevivência não basta, é necessário elaborar uma ciência para a sobrevivência. É necessário que a ciência biológica se faça perguntas éticas, de que o homem se interogue a respeito da

relevância moral de sua intervenção na vida. Trata-se de superar a tendência pragmática do mundo moderno, que aplica imediatamente o saber sem uma mediação racional e muito menos moral, e conseqüentemente a aplicação de todo conhecimento científico pode ter, de fato, conseqüências imprevisíveis sobre a humanidade.

A Bioética surge, portanto, como corolário do conhecimento biológico, buscando respostas para tais reflexões e buscando gerar conhecimento a partir de um sistema de valores, cujo valor fundamental é a dignidade da pessoa humana.

A bioética indica, portanto, um conjunto de pesquisas e práticas interdisciplinares, com o escopo de esclarecer e solucionar questões éticas advindas do progresso das ciências biomédicas. Assim, seu estudo vai além da área médica, envolvendo também a Psicologia, o Direito, a Biologia, a Antropologia, a Sociologia, a Ecologia, a Teologia, a Filosofia, etc., observando as diversas culturas e valores (CATÃO, 2004).

O Direito, como visto acima, é uma das disciplinas que compõem a bioética, com a finalidade de regulamentar as evoluções biotecnológicas, pois podem ocorrer casos em que o que é possível ser feito, biologicamente falando, não deve ser realizado, sob pena de estar-se infringindo o princípio da dignidade da pessoa humana (DILGUERIAN, 2004). Para o direito aplicado à bioética foi criado também o neologismo “biodireito”, que seria a junção de “bio” do latim vida e “directum” derivado do latim do verbo dirigere que significa dirigir, ordenar. Seu objetivo, segundo Dalvi (2008), é elaborar as estruturas normativas das regras que regulam as condutas científicas direcionadas a evolução, desenvolvimento e análise da vida humana e do meio ambiente, impondo limites à atuação dos cientistas no uso das novas biotecnologias, para que possam realizar pesqui-

sas científicas sem ferir direitos inexoráveis do ser humano, garantir a humanização do progresso científico.

Há duas correntes em relação à necessidade de se legislar em campo bioético: uma absentéista e uma intervencionista. A corrente absentéista propõe uma Bioética sem direito e sem leis. Os adeptos desta corrente, na pressuposição de ser juridicamente facultado o que não é juridicamente proibido, defendem que nas escolhas que digam respeito à vida e à morte, à saúde e à doença, haja total liberdade privada de consciência individual, sem incidência de qualquer tipo de coação, inclusive a coerção jurídica. Para eles, regulamentações provindas dos códigos deontológicos ou das deliberações tomadas por comitês éticos são preferíveis às leis gerais (em sentido formal), dado, em última instância, aquelas normas poderem fazer coincidir a responsabilidade impositiva com o autocontrole de uma comunidade ou com a autodisciplina dos sujeitos individuais (ROCHA, 2009).

Laura (apud ROCHA, 2009) ensina que esta corrente absentéista provoca a subtração ao jurídico dos problemas bioéticos, com a conseqüente privatização das opções, reduzindo ao mínimo a coerção do direito e expandindo maximamente a autonomia dos sujeitos, na exaltação da decisão individual. Em suma, é a orientação segundo a qual tudo aquilo que é tecnicamente possível, lícito também o será, com base na boa escolha subjetiva, sem necessidade de qualquer norma.

Já na corrente intervencionista, que pode se dar no sentido impositivo e no sentido permissivo conforme o tipo de intervenção levada a cabo pelo direito, e principalmente pelo direito constitucional, há uma clara tendência favorável à adoção, pelos diversos ordenamentos nacionais, não apenas do paradigma intervencionista em si, como do modo impositivo de intervenção. Nesta intervenção varia apenas a oportunidade (quando intervir) e a instrumentalidade (como in-

tervir) dessa intervenção, bem como a dosagem do conteúdo interventivo (quanto intervir) (ROCHA, 2009).

Observa-se nitidamente que o Brasil adotou a corrente intervencionista, por conter dispositivos que tratam de temas bioéticos tanto na Constituição Federal quanto em leis esparsas. Porém, como sabemos, é impossível o direito abarcar todas as possibilidades da vida fática, havendo, por isso, lacunas, que são dirimidas por meio do poder judiciário na apreciação do caso concreto com base nos princípios gerais do direito.

3.1 Modelos de bioética

No início da década de 70, o Congresso Norte-Americano criou a Comissão Nacional para a Proteção dos Seres Humanos Sujeitos à Investigação Biomédica e do Comportamento, a qual elaborou o Relatório Belmont, que serviu de base para o modelo principialista, no qual se propõem quatro princípios como orientadores da ação: beneficência, não-maleficência, justiça e autonomia. Na visão desses autores, os princípios não têm nenhuma hierarquia entre si e são válidos *prima facie*, ou seja, em caso de conflito entre si, a situação em causa e suas circunstâncias é que indicarão qual deve ter precedência, e definem princípio como um padrão de conduta fundamental do qual outros (padrões morais e de julgamento) dependem.

Os princípios isolados não são base de fundamentação para justificar regras ou julgamentos. Por si só, um princípio pode ser justificado por outras considerações morais. Sendo assim, os princípios desse modelo admitem exceções e podem ser adaptados conforme a necessidade de uma demanda particular. Eles devem ser entendidos menos como normas e mais como linhas-guia interpretadas e feitas especificamente para o processo de decisão clínico (BEAUCHAMP, 1988 apud LUCCARO, 2009).

Os críticos criticam o modelo principialista, pois alegam que como esse contexto foi produzido a partir da visão anglo saxônica do mundo, o tema da autonomia foi maximizado, hierarquicamente, com relação aos outros três, tornando-se uma espécie de super-princípio. Esse fato contribuiu para que a visão individual dos conflitos passasse a ser aceita como vertente decisiva para sua resolução, o que nem sempre acontece.

Assim com finalidade de sanar as falhas do modelo principialista que prevaleceu por longo período surgiram novos modelos, como, por exemplo, a ética descritiva e o modelo sóciobiológico, o modelo subjetivista ou liberal-radical, o modelo pragmático-utilitarista, o modelo secular ou contratualismo, o modelo fenomenológico e hermenêutico, e o modelo Hedonista, dentre outros. Porém conclui o Prof. Ramos (2010) que todos estes modelos levam a um relativismo e não há base sólida para a tomada de decisão, pois não reconhecem nada como definitivo, a última medida é o próprio eu e sua vontade, causando, conseqüentemente, uma crise de sentido (senso, referência).

Elio Sgreccia (1988) propõe um modelo chamado de personalista ou personalismo ontologicamente fundado, cuja norma fundamental é a pessoa humana em sua plenitude. Neste modelo a pessoa humana, vista no conceito metafísico, é única em espírito e corpo. Este modelo foi proposto por Sgreccia, do Instituto de Bioética da Università Cattolica del Sacro Cuore, de Roma, na Itália, e, atualmente é o mais abrangente no cenário europeu defendido por diversos autores.

Leciona Sgreccia que a tradição personalista aprofunda suas raízes na própria razão do homem e no coração de sua liberdade: o homem é pessoa porque é o único ser em que a vida se torna capaz de “reflexão” sobre si, de autodeterminação; é o único ser vivo que tem a capacidade de captar e des-

coibir o sentido das coisas, e de dar sentido às suas expressões e à sua linguagem consciente. (...) O eu é irreduzível a cifras, a números, a átomos, a células, a neurônios. O homem neuronal (...) não exaure todo o homem, mas antes, exige uma mente que estruture o cérebro, assim como exige a alma espiritual que estruture, guie e vivifique o corpo. (...) Em todo homem, em toda pessoa humana, todo o mundo se recapitula e adquire sentido, mas, ao mesmo tempo, o cosmo é ultrapassado e superado. Em todo homem está contido o sentido do universo e todo o valor da humanidade: a pessoa humana é uma unidade; um todo, e não uma parte de um todo.

O Personalismo Ontologicamente Fundado é adepto do conceito ontológico de pessoa. A pessoa é uma unidade (não pode ser dividida sem destruir), e possui uma identidade (cada ser humano é um indivíduo, a pessoa não quer ser igual aos outros, quer ser ela mesma), trata-se de uma totalidade, com as dimensões: física, psíquica, social (moral) e metafísica, que lhe dão valor, dignidade. A pessoa é muito mais do que a circunstância material em que se encontra.

Conclusão

Tentamos e esperamos ter conseguido, demonstrar alguns aspectos gerais dos transplantes de órgãos e tecidos, sua classificação e modalidades, assim como, a evolução histórica legislativa do tema no Brasil.

No decorrer do trabalho exsurgiram as interrogações sobre a temática da bioética e do biodireito na sociedade contemporânea, que ao nosso ver, giram em torno de três perguntas básicas, cujas respostas servem para diferenciar, nessa questão, os pensamento mais liberal de um lado e o pensamento conservador de outro lado. a) O que é neces-

sário evitar? b) O que é necessário promover e apoiar? c) Qual o estatuto do corpo humano?

As respostas às três questões acima referidas traçaram o quadro teórico dentro do qual desenvolveu-se o debate sobre a bioética nos tempos atuais, quadro este que deverá informar ou complementar o trabalho do legislador e do julgador. À primeira pergunta, os conservadores responderam com a afirmação de que não se encontra em discussão a liberdade dos indivíduos, mas sim os problemas individuais e sociais, provocados pelas novas tecnologias, ainda não devidamente controladas e conhecidas em suas consequências pelo ser humano. Sustentam os conservadores que no caso de dúvida deve-se paralisar as experiências e transferir para especialistas bem intencionados a decisão e o controle final do processo científico e tecnológico. Trata-se, assim, para o pensamento conservador, de evitar o risco tecnológico.

Os liberais, por sua vez, responderam privilegiando o indivíduo, considerado como agente moral, no qual a liberdade constitui a sua dimensão principal. Portanto, para os liberais, trata-se de evitar qualquer restrição ao exercício pleno dessa liberdade, pois que se trata da pessoa humana que vive numa sociedade democrática e pluralista, implicando, assim, a aplicação dos princípios da bioética no quadro de uma sociedade liberal.

Os liberais e os conservadores, entendem o estatuto do corpo humano de forma diferente, sendo que esse entendimento resulta de uma concepção também diversa da natureza ontológica do ser humano. Para os conservadores existe uma unidade orgânica na qual a liberdade deita as suas raízes. A natureza biológica do ser humano é facilmente atingida pelas temíveis agressões tecnológicas, tratando-se, então, de suspender essas experiências que, que resultam em violações

desse espaço primitivo de liberdade natural, para que se possa recuperar a unidade natural do indivíduo. Os liberais respondem à questão sobre o estatuto do ser humano relacionando-o com uma das formas naturais que garantem o exercício da liberdade; na verdade, pelas próprias características do seu pensamento, os liberais não têm uma concepção unificada do ser humano, a não ser à remissão à liberdade.

As diferentes respostas dadas por liberais e conservadores, permitem determinar qual o entendimento do homem e da sociedade, que se encontra subjacente em cada uma das posições.

Também, quais as conseqüências para o mundo da nova biologia. A posição conservadora parte da suposição de que as aplicações dos novos conhecimentos, principalmente genéticos, devem ser encarados com cautela para resguardar a pessoa humana de tecnologias que poderão ou não modificar a própria natureza humana, pois, sustentam os conservadores, ninguém conhece com precisão os resultados e as repercussões, principalmente, da engenharia genética.

A posição liberal sustenta não ser possível determinar uma definição do bem e do mal de forma abstrata e com expressão universal. Em consequência, o importante nas questões da bioética, como em todos os demais problemas sociais, consistirá na preservação da liberdade de escolha e do debate público, permitindo-se que cada indivíduo e comunidade estabeleçam seus próprios padrões de controle. Os liberais consideram mesmo que esta não é uma questão essencial, pois cada sociedade, em princípio, deve determinar seus próprios parâmetros normativos, seja do ponto de vista moral, seja sob o aspecto jurídico.

O debate continua em aberto, pois, mesmo na tentativa de definir os princípios e valores, há divergências de perspectiva. Afinal, a própria vida se nos apresenta como um sistema aberto.

Referências

- CATÃO, Marconi do Ó. **Biodireito: transplante de órgãos humanos e direitos de personalidade**. São Paulo: Madras, 2004.
- DALVI, Luciano. **Teoria Geral do Biodireito**. In: _____. **Curso Avançado de Biodireito – doutrina, legislação e jurisprudência**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p.15-28.
- DINIZ, Maria Helena. **Teoria geral do direito civil**. In: _____. **Curso de direito civil brasileiro**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v.1. p. 120 e 122.
- DOE. **Uma breve história dos transplantes**. Disponível em: http://us.geocities.com/fnassis/tx_history.html?20916. Acesso em: 10 de nov. 2017.
- DILGUERIAN, Mirian Gonçalves. **A bioética e o transplante de órgãos**. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 59/60, p. 295-326, jan/dez, 2004.
- FERRAZ, Flávio Carvalho. **A questão da autonomia e a Bioética**. Revista Bioética, v. 9, n.1, p. 73-81, 2001.
- LEITE, Rita de Cássia Curvo. **Dos direitos à vida e à integridade física**. In: _____. **Transplante de órgãos e tecidos e os direitos da personalidade**. São Paulo: J. de Oliveira, 2000. p. 49-98.
- LEITE, Rita de Cássia Curvo. **Transplantes de órgãos e tecidos**. In: _____. **Transplante de órgãos e tecidos e os direitos da personalidade**. São Paulo: J. de Oliveira, 2000. p. 103-162.

LUCCARO, Carolina Lucato; RAMOS, Dalton Luiz de Paula Ramos. **Bioética – histórico e modelos**. In: RAMOS, Dalton Luiz de Paula Ramos (Org.). **Bioética: pessoa e vida**. 1. ed. São Caetano do Sul: Difusão, 2009. p. 17-37.

NETO, Alfredo Naffah. **O estigma da loucura e a perda da autonomia**. *Bioética*. Brasília, v. 6, n.1, p. 81-87, 1998.

NETO, Manoel Lemes da Silva Neto. **História dos transplantes**. Disponível em: http://www.ucg.br/ucg/institutos/nepss/monografia/monografia_02.pdf. Acesso em: 10 nov. 2017.

ROCHA, José Taumaturgo da. **Biodireito e bioética personalista**. In: RAMOS, Dalton Luiz de Paula Ramos (Org.). **Bioética: pessoa e vida**. 1. ed. São Caetano do Sul: Difusão, 2009. p. 346-361.

SGRECCIA, Elio. Bioética e psiquiatria. In: _____. **Manual de bioética. II. Aspectos médico-sociais**. Tradução de Orlando Soares Moreira. 2ª ed. fev, 2004, p. 33-104.

SGRECCIA, Elio. **Bioética e transplante de órgãos no homem**. In: _____. **Manual de bioética. I. Fundamentos e ética biomédica**. P.565-600. Tradução do original de 1988: Orlando Soares Moreira. São Paulo: Ed. Loyola.

SGRECCIA, Elio. **Origens, difusão e definição da bioética**. In: _____. **Manual de bioética. I. Fundamentos e ética biomédica**. P.23-56. Tradução do original de 1988: Orlando Soares Moreira. São Paulo: Ed. Loyola.

SILVA, Elaine Cristina Camillo da; GOMES, Isabella Mantovani; RAMOS, Dalton Luiz de Paula Ramos. **Princípios da Bioética personalista**. In: RAMOS, Dalton Luiz de Paula Ramos (Org.). Bioética: pessoa e vida. 1. ed. São Caetano do Sul: Difusão, 2009. p. 56-71.

VITA, Wagner Luiz de Souza; BOEMER, Tatiana. **A questão dos transplantes e suas interfaces**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 6, n. 22, p.361- 370, abr./jun. 1998.

VOCÊ é doador de órgãos, disponível em: www.geocities.com/HotSprings/Villa/1298/per2.html. Acesso em: 08 nov. 2017.

A violência como resultado da desigualdade social: o papel do estado e sua relação com os direitos humanos

Antônio Carlos Gomes Ferreira e Arthur Bezerra de Souza Junior

Introdução - Análise das possíveis causas da violência

Ao analisarmos a sociedade brasileira é possível observarmos que sempre esteve à mercê de regimes políticos oligárquicos e de precária organização política entre os e seus dominadores. Nesse contexto, a política convertia-se em “conversa de cavalheiros” e os partidos em colegiados de oligarcas” (ADORNO, [201?], p.09).

Uma das principais causas da violência seria, então, a grande concentração de renda e o grande abismo social entre ricos e pobres no Brasil, situação que se encontra estática há pelo menos quarenta anos.

Outro elemento que podemos apontar é a violência policial, visto que, de certa forma, podemos falar de uma violência

institucionalizada, já que desde os primórdios da República, presos já eram vítimas da violência da força de segurança estatal, contudo, foi na vigência do regime militar, entre 1964 e 1985, que restou evidente a truculência da polícia para com a sociedade civil. Essa nódoa permeia o DNA da nossa sociedade.

Deve ser entendido, também, como grande pilar da violência no Brasil o crime organizado que atua principalmente com o tráfico de drogas. E esse ponto talvez seja o mais sensível, pois exatamente onde há a omissão do Estado Social, aí atuam intensivamente as quadrilhas que dominam comunidades inteiras, arregimentam jovens e instalam um “poder paralelo” com regras próprias que enfraquecem o todo social e impossibilita o pleno exercício da cidadania, proliferando violência, miséria, atrocidades e ausência das instituições governamentais.

São frequentes as notícias de atuação das milícias⁸⁷ nos morros cariocas. Ou seja, a segurança pública que deveria ser provida pelo Estado, são oferecidos por particulares que são pagos pelos moradores da comunidade, indefesos em face da ação e ante a superioridade do tráfico de drogas. Em suma: é como se as milícias cobrassem da população para defendê-la delas mesmas.

Juntamente com esse cenário de violência e descaso, se junta a péssima qualidade de serviços públicos como transporte, educação, saúde, de trabalho digno, da falta de opções de cultura e lazer, o que desencadeia a violência nas escolas, a violência doméstica, e a violência contra minorias (homossexuais, negros, migrantes etc.).

87. Milícia é a designação das organizações militares ou paramilitares compostas por cidadãos comuns, armados, mas que não integram as forças armadas de um país. No Rio de Janeiro o termo foi associado a práticas ilegais de grupos formados em comunidades de baixa renda (favelas) sob a alegação de combater defender os habitantes das comunidades da ação dos traficantes de drogas, se beneficiando ilicitamente do estado de insegurança social, bem como da omissão do Estado nessas comunidades carentes.

Segundo Adorno, as causas que impulsionam a violência estão presentes em três grupos: mudanças sociais e nos padrões convencionais de delinquência; crise no sistema de justiça; desigualdade social e segregação urbana.

Com relação às mudanças sociais, identifica os avanços tecnológicos nas armas utilizadas pelo “crime organizado”, bem como suas articulações globais e dinâmicas. Além disso, aponta a “lavagem de dinheiro” realizada através de instituições bancárias que quase nunca são investigadas.

A crise no sistema de justiça também está ligada à modernização/sofisticação do crime face ao *modus operandi* enegessado das políticas de segurança pública, a isto, soma-se o desenvolvimento de facções criminosas que dominam o sistema prisional brasileiro vulnerável, corrupto e incapaz de fazer frente ao domínio do crime. Mas, com certeza, o maior indicador da violência é a desigualdade social

O que sustenta nossa afirmação é fato de que o Brasil apresenta números alarmantes no que tange à distribuição de renda entre a sua população, associado à falta de ação estatal para buscar a melhoria da qualidade de vida da população e diminuir esse abismo social com a ampliação de direitos e garantia do acesso de todos à bens e serviços como educação de qualidade, erradicação do analfabetismo e do trabalho infantil, aumento da escolarização, diminuição da informalidade, oferecimento de áreas de cultura e lazer.

A perda da autoridade da lei pode ser constatada no estado de violência urbana que domina o cotidiano de todas as grandes cidades e invade a cada dia o interior do país e na corrupção generalizada que mantém e se alimenta do caos urbano gerado pela violência permanente.

A crise mencionada pelo jurista, a qual atribui uma conotação moral, é chamada por Hannah Arendt, ao contrário, de crise da desintegração dos sistemas políticos que cau-

sam uma progressiva erosão da autoridade governamental (ARENTH, 1993, p.64). É, portanto, uma crise das possibilidades públicas de realização da sociedade muito mais do que uma crise da moral ocasionada pela liberdade moderna. Hannah Arendt, então, não vê liberdade alguma em uma sociedade onde não há motivos críveis para identificar-se o indivíduo com as normas e leis sociais, onde prevalece a incapacidade de realização de uma verdadeira política, que há uma realização do homem no espaço público, preservando sua individualidade e diferenciando-a dos acontecimentos da esfera pública de relações; onde o homem pode construir-se publicamente entre os outros homens (FERREIRA, 2017, p.41).

1. A violência urbana e a desigualdade social

Considerando o quadro atual da violência na nossa sociedade, ficam evidentes as falhas do sistema capitalista e do modelo de política adotado pelo Estado neoliberal. Os interesses do Estado se fundem aos interesses do mercado; logo, há um total descaso com ações que visam melhorar a qualidade de vida da população, diminuindo as desigualdades sociais, ampliando direitos e garantindo acesso de todos à bens e serviços que possibilitam a plena à cidadania.

O *ser humano* não é a finalidade do Estado de Direito, o que contribui para que a violência atinja índices insuportáveis. Na década de 1990, o Brasil apresentava taxa de 26,3% homicídios por 100 mil habitantes, ocupando a segunda posição entre os 60 países mais violentos do mundo (PINHEIRO; ALMEIDA, 2003, p.18).

Em 2012, o Brasil registrou a maior taxa de homicídios desde 1980. Nada menos do que 56.337 pessoas foram mortas naquele ano, num acréscimo de 7,9% frente a 2011. A taxa de homicídios, que leva em conta o crescimento da po-

pulação, também aumentou 7%, totalizando 29 vítimas fatais para cada 100 mil habitantes⁸⁸. É o que revela a mais nova versão do Mapa da Violência, que será lançada nas próximas semanas com dados que vão até 2012.

Trata-se de um quadro alarmante que infelizmente repercute em todos os setores da sociedade, visto que a violência que afige o cotidiano dos cidadãos brasileiros, ceifando a vida de milhares de vítimas, afasta investidores; incentiva as mazelas sociais; direciona a ação do Estado em políticas de combate à violência, caras, truculentas e, na maioria das vezes, inócuas; espalha o terror e o medo na sociedade; cria o descrédito nas instituições públicas degenerando os laços da vida social.

Apesar de a violência não ser o determinante em primeira instância da exclusão social, ela pode ser vista como expressão e consequência da nova realidade produzida pelo acirramento da competição social, das alterações dos valores morais e da nova lógica da sociabilidade que conforma uma sociedade de consumo, e também, em grande medida, pela incapacidade de o poder público reverter significativamente os indicadores da velha exclusão. (CAMPOS; PÖCHMANN; AMORIM; SILVA, 2003, p. 51)

88. O levantamento é baseado no Sistema de Informações de Mortalidade (SIM), do Ministério da Saúde, que tem como fonte os atestados de óbito emitidos em todo o país. O autor do mapa, o sociólogo Julio Jacobo Waiselfisz, diz que o sistema do Ministério da Saúde foi criado em 1979 e que produz dados confiáveis desde 1980. As estatísticas referentes a homicídios em 2012, portanto, são recordes dentro da série histórica do SIM. Fonte: WEBER, Demetrio e RIOS Odilon. *Número de assassinatos cresceu 7,9% no país entre 2011 e 2012*. **O Globo**. 27/05/2014. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/mapa-da-violencia-2014-taxa-de-homicidios-a-maior-desde-1980-12613765#ixzz38wgG2Af7>. Acesso em 12 jun. 2014

Os mapas da violência nos mostram, sem dúvida, a estreita relação entre a violência urbana e a desigualdade social (ENDO, 2005, p.25). É certo que desta complexa relação surge a violência que traz o medo e aflição a todos os cidadãos, e o que era restrito às periferias e aos guetos, alastrou-se por toda a sociedade atingindo, inclusive, as classes dominantes. De forma que, independente da classe social, o fato é que ninguém está isento da violência urbana.

A pós-modernidade nos trouxe a angústia gerada pelas incertezas e o medo causado pela insegurança dos cidadãos nas grandes metrópoles. A insegurança e o medo são latentes na sociedade. Em pesquisa realizada no Rio de Janeiro, foi constatado que 30% dos entrevistados já foram assaltados; 78% já tiveram algum morador de sua residência assaltado; 63% não confiam na polícia e 60% não confiam sequer na Justiça. Ademais, do total de cidadãos vitimados por ações criminais, 72% não vão à Justiça reclamar⁸⁹.

Dados alarmantes assim tem mobilizado a sociedade em geral, contudo as discussões, alternativas e as políticas públicas empregadas são, na maioria das vezes, incapazes de atingirem as raízes do problema, pois são poucas as medidas criadas para combater efetivamente a exclusão do ser humano, as desigualdades sociais e a promoção da cidadania⁹⁰ e da dignidade humana.

Apesar de a violência não ser o determinante em primeira instância da exclusão social, ela pode ser vista como expressão e consequência da nova realidade

89. Fonte: IBGE-DEISO, 1990, v.1 extraído de Sérgio Adorno, **Crime, justiça penal e desigualdade jurídica**. In: SOUTO, C.; FALCÃO, J. (Org.). *Sociologia e Direito*, p. 314 - 315.

90. Entendemos cidadania aqui, neste contexto, como: acesso a bens fundamentais da vida comum.

produzida pelo acirramento da competição social, das alterações dos valores morais e da nova lógica da sociabilidade que conforma uma sociedade de consumo, e também, em grande medida, pela incapacidade de o poder público reverter significativamente os indicadores da velha exclusão. (CAMPOS; POCHMANN; AMORIM; SILVA, 2003, p. 51)

O novo paradigma social da pós-modernidade, certamente, reconfigurou as instituições sociais de formar que a individualidade, a competição social, o consumo exacerbado e a exclusão contribuíram para o sentimento de desumanização do homem fazendo com que a violência seja parte de um círculo “natural” nessa nova dinâmica de organização social.

No início do século XX, o escritor norte-americano Jack London escreveu uma série de artigos sobre os miseráveis e desempregados na Inglaterra lançando uma advertência acerca da exclusão social.

“Os rejeitados e os inúteis! Os miseráveis, os humilhados, os esquecidos, todos morrendo no matadouro social. Os frutos da prostituição – prostituição de homens e mulheres e crianças, de carne e osso, e fulgor de espírito; enfim, os frutos da prostituição do trabalho. Se isso é o melhor que a civilização pode fazer pelos humanos, então nos dêem a selvageria nua e crua. Bem melhor ser um povo das vastidões e do deserto, das tocas e cavernas, do que ser um povo da máquina e do Abismo” (LONDON, 2004).

O caso da exclusão social e da extrema desigualdade social no Brasil, sem dúvidas, está entre as principais causas da

violência, vez que a violência é o cenário onde vive a população mais atingida pela pobreza, ou seja, os excluídos.

Um dos fatores que denunciam a desigualdade social e expõem a população à violência é a condição de pobreza que atinge 12,2% dos 34 milhões de jovens brasileiros, membros de famílias com renda per capita de até $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, afirma a pesquisa. No total, são 4,2 milhões de jovens extremamente pobres. Destes, 67% não concluíram o ensino fundamental e 30,2% não trabalham e não estudam.

O estudo também revela que os jovens afrodescendentes são os mais excluídos, já que 73% dos jovens analfabetos são negros e 71% dos extremamente pobres que não trabalham e não estudam são afrodescendentes⁹¹. Os números da desigualdade no Brasil são tão alarmantes quanto os da violência e diretamente proporcionais.

A desigualdade de rendimentos, educação, saúde e outros indicadores persiste de uma geração à outra, e se apresenta num contexto de baixa mobilidade socioeconômica. Ocorre que, a busca esquizofrênica por segurança tem levado a sociedade à retomada dos discursos fundamentalistas e do retrocesso social, a campanhas de “higienização social”, de aumento da repressão policial, ao autoritarismo e à violação dos direitos humanos, sem, contudo, observar a ineficácia do Estado de Direito na promoção de políticas efetivas no combate, não apenas das consequências, mas das causas da violência.

Quanto maior à concentração de capital promovida pela globalização, maior a exclusão social e, conseqüentemente,

91. Fonte: Dados do IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, extraído do texto de Enid Rocha. *Desigualdade social é a grande causa de violência entre jovens*. **Agência Brasil**. 2004, Disponível em: [agenciabrasil/noticia/2004-07-13/desigualdade-social-e-grande-cao-da-violencia-entre-jovens-afirma-pesquisa-do-ipea](http://agenciabrasil.gov.br/noticia/2004-07-13/desigualdade-social-e-grande-cao-da-violencia-entre-jovens-afirma-pesquisa-do-ipea). Acesso em 12 jun. 2014.

maior os efeitos das desigualdades fomentando a violência para na vida social do Estado.

A concentração econômica crescente reduz a grupos cada vez mais reduzidos os detentores do poder. Conglomerados econômicos cada vez mais gigantescos detêm parcelas cada vez maiores de autoridade real, reduzindo-se, na mesma proporção, o número de pessoas que controlam os processos societários. A realidade da estratificação é tão visível que a ilusão da mobilidade se dissipa, por falta de qualquer fundamento objetivo capaz de dar plausibilidade ao mito. Ao mesmo tempo, o capitalismo monopolista não consegue eliminar a irracionalidade inerente ao sistema. A crise e o desemprego assumem, cada vez mais, a forma de forças cegas, irredutíveis à ação consciente do homem. Nesse momento, o caráter sadomasoquista se torna dominante, enquanto expressão da nova etapa do capitalismo e exigência funcional de sua sobrevivência. Pois, quanto mais se agudizam as contradições dentro da sociedade..., quanto mais cegas e incontroláveis as forças sociais, quanto mais catástrofes como a guerra e o desemprego se impõem à existência individual como forças fatídicas, tanto mais violenta e mais generalizada é a estrutura pulsional sadomasoquista, e, portanto a estrutura caracteriológica autoritária, e tanto mais incondicional é a submissão do Destino, ao mesmo tempo virtude suprema e fonte de prazer. É esse prazer que permite ao homem suportar tal existência, e nesses termos o masoquismo revela-se como uma das condições psíquicas mais importantes para o funcionamento da sociedade, como

um elemento essencial do cimento que assegura sua coesão. (ROUANET, 1998, p.57-58)

O receio é que esse “ciclo vicioso” na sociedade contemporânea não seja analisado devidamente, dando azo a legitimação da violência pela violência, da crueldade e contribua para o retrocesso no plano dos direitos humanos.

2. Enfraquecimento do estado para o avanço do capitalismo e da exclusão social: ameaça aos direitos humanos

O desrespeito à vida humana é crescente, assistimos a desagregação da família e o aumento da delinquência juvenil, geralmente associada ao consumo e as drogas. Enfrentamos certa crise ética pela carência de princípios humanitários e solidários. Assim, as categorias mais “desprotegidas” socialmente como as mulheres, crianças, idosos e os pobres em geral, são mais vulneráveis à violência desmedida.

O Estado, cada vez mais afastado dos interesses nacionais⁹² queda-se inerte ou inoperante quanto à segurança pública, sendo crescente a sensação de insegurança, levando-nos a entender que a sociedade está adoecida moralmente, ao que certo pessimismo nos toma quando pensamos na ineficiência do Estado manifesta no recrudescimento da ação violenta contra os excluídos, na impunidade para os criminosos de colarinho branco, no aumento da delinquência e da violência entre os jovens (condenados pela inexistência de um projeto de futuro para a juventude), da violência familiar (motivada pela desa-

92. Influenciado pelas oligarquias pós-modernas que cooptam o Estado e pelos grupos hegemônicos internacionais que, sob a égide do neoliberalismo, promovem a exclusão social.

gregação das famílias). Destarte, temos uma violência é, sobretudo, social, um problema de ordem ética e política.

Entender o fenômeno da violência consiste muito além do que analisar os dados sociais, mas compreender sua intrincada relação com os fenômenos sociais e políticos.

A sociedade brasileira vem convivendo com índices crescentes de violência em diversas modalidades: “crime comum, violência fatal conectada com o crime organizado, graves violações de direitos humanos, explosão de conflitos nas relações interpessoais e intersubjetivas” (ADORNO, 2006, p. 02).

O Brasil, como todos Estados formados no ideal liberal-capitalista na modernidade, vive esta crise paradigmática, sendo certo que o “projeto civilizatório da modernidade entrou em colapso” (ROUANET, 1993, p.09). A ideologia capitalista que prometia riqueza, gerou a miséria, que prometia justiça, “ordem e progresso” mas produziu a desigualdade e a opressão. No novo paradigma da pós-modernidade, vivemos um verdadeiro “campo de batalhas” incentivado pelo mercado, onde vencedores e perdedores se enfrentam cotidianamente.

A construção do projeto moderno baseou-se na procura crescente por felicidade. Na sociedade líquido-moderna, cada indivíduo é treinado desde pequeno para buscar a felicidade individual utilizando-se de meios e esforços individuais (BAUMAN, 2008, p.68)

Destarte, a vida pós-moderna se torna mesmo um campo de batalha em que, cada um defendendo o seu interesse, buscando a sua felicidade e precavendo-se de todas as maneiras possíveis contra a violência, a morte, a concorrência, a exclusão social e outras ameaças.

Estudos mostram a direta relação entre a distribuição espacial da violência com a distribuição das condições de vida e de acesso a bens e serviços nas cidades, sendo que exatamente onde há maior omissão do Estado, nas regiões mais pobres,

há maior concentração da violência e maior concentração da desigualdade social. Essas regiões apresentam menor oferta de empregos, de leitos hospitalares e de espaços de educação, cultura e lazer, conseqüentemente apresentam as maiores taxas de homicídio e violação dos direitos humanos. (CARDIA, 1999)

Destarte, trazemos à baila o seguinte questionamento: Em uma sociedade que impera desigualdades sociais tão gritantes é possível falar em respeito aos Direitos Humanos? Ora, impossível compreender o fenômeno da violência sem relacioná-la ao fato de que os direitos sociais fundamentais, aqueles direitos básicos que garantem o mínimo da dignidade do ser humano; tais como trabalho, saúde, educação não são assegurados a todos os cidadãos⁹³.

Com o fortalecimento da iniciativa privada e do mercado, busca-se diminuir a força do Estado Social atribuindo-lhe o título de modelo arcaico, ultrapassado. Isto com o nítido propósito de conter sua intervenção, o que contribui para a criação de uma superpopulação de excluídos.

Sem a abordagem política e econômica não se fará justiça social. O modelo neoliberal coloca muitos seres humanos à mercê de poucos com profundas diferenças no acesso aos recursos. Na sociedade brasileira prevalece o estado de natureza hobbesiano com a instituição da “guerra de todos contra todos” como mecanismo de funcionamento, não tendo sido consolidado um modelo contratual de organização societária, não se reconhece o outro como sujeito de direitos e isso acentua a violação de direitos humanos.

Os argumentos burgueses que ensejaram a criação do Estado foram, ao longo dos anos, perdendo sua força, desde que

93. “Esta fragmentação urbana, segundo Endo, nas primeiras décadas da República, francamente associada à especulação e aos interesses privados, demonstra a fraca definição do que é público, completamente associada, na capital paulista, ao interesse privado”.

considerarmos o binômio: *segurança x liberdade* sob o paradigma do Estado e do Direito no mundo contemporâneo globalizado.

O fato é que o neoliberalismo aumentou os excluídos, a globalização vem aumentando a quantidade de desempregados e miseráveis, que agora não podem sequer contar com a proteção do Estado Social e muito menos no mercado. Ao Estado, restou a função de organizar uma sociedade de consumidores, afastando-se dos ideais políticos da sua gênese, limitando-se a assegurar a fruição dos bens de consumo postos à disposição dos consumidores aptos e patrocinando a exclusão de milhares de seres humanos deste sistema.

As desigualdade e mazelas perpetradas pelo modelo burguês de condução do mundo estão aí, os excluídos não exigem a observância dos seus direitos, muitos sequer conhecem os direitos e garantias que lhes são assegurados pelo ordenamento jurídico, o que se torna interessante para conter gastos na política neoliberal, pois quanto menos se exige do Estado, menor a sua atuação como provedor dos direitos sociais.

Urge a intervenção do Estado para estabelecer a justiça social promovendo ações para redução do abismo entre direitos políticos e sociais, preservando os direitos fundamentais da pessoa humana, buscando a pacificação social e consolidação da cidadania e da democracia.

A ausência e/ou a omissão do Estado pode ser pontuada como um dos fatores contribuintes ao atual estado da violência, contudo não é a causa histórica isolada desse quadro de injustiça social.

Podemos destacar que a pós-modernidade trouxe intrincadas transformações sociais expressa na angústia do indivíduo contemporâneo com o seu tempo, uma “insatisfação não compensada”⁹⁴ associada ao descrédito e enfraqueci-

94. Termo utilizado por Eduardo C. B. Bittar em artigo escrito em 2008

mento das estruturas sociais, bem como ao aumento da impunidade, além da nódoa social da corrupção nos órgãos governamentais⁹⁵, a ausência de alternativas, o individualismo (ou ausência de solidariedade) também podem ser figurar na complexidade dos fatores sociais hodiernos que contribui para um caminhar anticivilizatório.

O indivíduo paga com sacrifício do seu tempo, de sua consciência, de seus sonhos; a civilização paga com sacrifício de suas próprias promessas de liberdade, justiça e paz para todos (MARCUSE, 1999, p.99). De qualquer sorte, em que pese a complexa constituição deste cenário de desigualdade, não se pode eximir o Estado da sua responsabilidade pelo desarranjo social patrocinado por suas ações voltadas aos interesses de grupos econômicos específicos e principalmente por sua omissão no que concerne o olhar ao nacional, ao cidadão e ao ser humano.

Ao lançarmos um olhar sob a história brasileira veremos que o Estado de Direito sempre enfrentou dificuldades para agir com autonomia e independência, estando sempre à mercê de grupos hegemônicos que detém o poder. Assim, a autonomia do Estado está sujeita aos mais variados interesses, sobretudo aos interesses do mercado e das oligarquias⁹⁶ locais descompromissadas com o bem estar da população humana, mas voltadas ao acúmulo desmedido de capital.

ao Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Universidade de São Paulo – USP. Fonte: BITTAR, Eduardo C. B. Violência e realidade brasileira: civilização ou barbárie? **Revista Katálysis**, v.11, n.2, p.214-224, 2008. Disponível em: <http://producao.usp.br/handle/BDPI/6106>. Acesso: 10 abr. 2014.

95. Segundo Bittar são “maus-exemplos das lideranças políticas”.

96. **“Grupo de pessoas poderosas que dominam uma parte dos interesses de um país”**. (Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*).

No cenário da globalização com claro descompasso entre os interesses nacionais e transnacionais, observamos um processo de descrédito nas instituições públicas e desinteresse do cidadão na participação democrática, vez que este cidadão tem abalado a sua crença na autonomia do Estado, gerado, muitas vezes, pela ineficiência de suas instituições.

A subordinação do Estado aos interesses do mercado transnacional (e não de seus nacionais) e a dominação oligárquica por grupos hegemônicos, cria um sistema político de marginalização social (e política) dos menos favorecidos economicamente, obstando a construção da cidadania e da participação política.

Paralelamente a essa crise de representatividade, entendemos que ocorre cada vez mais a diminuição da legitimidade de autoridades, de representantes. A vontade popular fica sem saber a quem recorrer quando reconhece no poder estatal um espaço elitista, em que se defendem interesses privados e econômicos (FERREIRA, 2017, p. 40).

Neste contexto, o Estado demonstra sua incapacidade de reação ao quadro alarmante de crise social: “Aumentou sobremodo o fosso entre a evolução da criminalidade e da violência e a capacidade do estado de impor lei e ordem” (adorno, 2006, p. 09). A violência, então, passa a ser vista como certa retomada do poder mediante o enfraquecimento do Estado, comprometendo a organização corporativa da vida social. Desse modo, o exercício da cidadania democrática torna-se problemático, pois onde o exercício da liberdade é feito sem o concurso da razão, acaba sendo feito através da violência (BARRETO, 1992, p. 70).

Conclusão

A Violência é a supressão da razão e da humanidade, degenera o diálogo, a solidariedade, a isonomia e a dignidade

do ser humano. A prevenção da degradação do corpo social consiste em compromisso moral da sociedade.

Da análise trazida pelo presente artigo compreendemos que alarmante crescimento da violência é resultado de uma complexa realidade social, impactada, sobretudo, pela mudança paradigmática da pós-modernidade com a globalização da economia, da consolidação da política neoliberal e da produção de uma superpopulação de excluídos social, econômica e politicamente.

Com o fortalecimento da iniciativa privada e das forças do mercado, a classe dominante continua buscando a defesa de seus interesses, agora, visa suplantar o Estado social atribuindo-lhe o título de modelo arcaico, ultrapassado para enfraquecer sua intervenção e criar, ainda mais, uma superpopulação de excluídos.

Em meio às transformações sociais, os detentores do capital se organizaram globalmente, de forma que não possuem forma, identidade, nem rosto ou nacionalidade, mas mantêm tentáculos na organização e articulação política e econômica do mundo atual, ditando as regras do jogo do mercado.

Percebemos, assim, um movimento tendente a desacreditar e enfraquecer a figura do Estado Democrático e Social, retirando sua função reguladora e entregando-a aos agentes econômicos e ao “mercado”, ou seja, o controle dos rumos do país, antes designado ao Estado soberano, passa gradativamente às mãos de atores não estatais. Notamos a ingerência da classe dominante propulsora do liberalismo travestida em grupos hegemônicos locais que, por seu turno, são os únicos beneficiados com a retomada do ideal burguês e a imposição do sistema neoliberal pelas novas oligarquias pós-modernas.

A sociedade globalizada reforça o poder econômico destes grupos hegemônicos, provocando mudanças drásticas na relação entre o público e o privado. Nessa perspectiva mer-

cadológica da sociedade, não é possível vislumbrar qualquer solução para essa crise social de valores, sendo imperativa a promoção de mecanismos de promoção da cidadania, à inclusão social, econômica e política para fortalecimento do Estado e de uma democracia voltada para os direitos humanos.

O fato é que não se pode permitir que a violência ocupe o lugar do discurso e a irracionalidade, por sua vez, não pode se apresentar como única racionalidade possível. Deve-se recuperar o projeto do Estado Democrático e Social, visto que este ente político representa a instância voltada à proteção dos direitos sociais e ao combate às desigualdades perpetradas pela reprodução do sistema de exploração do homem pelo homem.

Se este Estado serviu, em um primeiro momento, como elemento do triunfo do capitalismo e do ideal burguês, hoje, se mostra o único instrumento possível para resistir ao selvagem avanço do mesmo capitalismo em produzir e acumular riquezas. E para fazer frente à sociedade de massas, multifacetada, gerada pela política neoliberal.

É necessária a consolidação da política de garantia e proteção dos direitos sociais e para isso é imprescindível a figura do Estado Democrático Social forte e autônomo para atuar na redução das desigualdades e mazelas sociais, na preservação do meio ambiente e apto a prover dignidade e desenvolvimento humano sustentável aos seus cidadãos.

A promoção de direitos sociais é a possibilidade dos cidadãos terem acesso, educação, à saúde, trabalho justo, previdência, cultura, cidadania e dignidade, sendo assim, surge a possibilidade de organização social para cobrar deste Estado a efetivação de políticas públicas que combatam as mazelas sociais garantindo a inclusão no sistema político, econômico e social.

Neste cenário de participação o Estado tende a deixar de ser mero joguete dos interesses econômicos, que perpetra

o estado de exclusão social, e constitui-se, aos poucos, em um Estado sustentável, combatente das desigualdades e da violência em sua origem, tendo por fim maior o ser humano e por isso, promove a igualdade e liberdade com inclusão e desenvolvimento humano e social.

As ofensas constantes aos direitos humanos são parte do processo de mudança de paradigma na economia, na política e na sociedade contemporânea e por isso a efetivação progressiva dos direitos humanos representa a luz sobre as trevas do materialismo, das injustiças, desigualdades e da violência social.

Referencias

ADORNO, Sérgio. **Crime, justiça penal e desigualdade jurídica**. In: SOUTO, C.; FALCÃO, J. (Org.). *Sociologia e Direito*, São Paulo: Pioneira, 1999.

_____. Crime, punição e prisões no Brasil: um retrato sem retoques. In: **Foro Iberoamericano sobre seguridad ciudadana, violencia y politica públicas**, Madrid, Espanha. *Anais...*, junho 2006

_____. *in* Exclusão Sócio-Econômica e Violência Urbana, p. 09. Núcleo de Estudos da Violência/USP. Preparado para o Ciclo de Conferências **Sociedad sin Violencia**, promovido pelo PNUD - El Salvador. Disponível em: http://www.nevusp.org/conteudo/index.php?conteudo_id=303. Acesso em 12 jun. 2014.

AGUIAR, Roberto R. **O que é Justiça: uma Abordagem dialética**. 5 ed. São Paulo: Alfa-ômega, 1999.

ARENDDT, Hannah. **Desobediência Civil** *in* Crises da República. São Paulo: Perspectiva, 1993.

- BARRETO, V. Educação e violência: reflexões preliminares. **Revista Brasileira de Filosofia**, São Paulo, v. XXX, fasc. 165, jan.-mar. 1992.
- BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008. p. 193.
- BITTAR, Eduardo C. B. Violência e realidade brasileira: civilização ou barbárie? **Revista Katálysis**, v.11, n.2, p.214-224, 2008. Disponível em: <http://producao.usp.br/handle/BDPI/6106>. Acesso: 10 abr. 2014.
- CARDIA, N. **Pesquisa sobre atitudes, normas culturais e valores em relação à violência em dez capitais brasileiras**. Relatório de pesquisa. Brasília – DF, Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Direitos Humanos, 1999.
- CAMPOS, André; POCHMANN, Márcio; AMORIM, Ricardo; SILVA, Ronnie; **Atlas da exclusão social no Brasil: dinâmica e manifestação territorial**, São Paulo: Ed. Cortês, 2003.
- COLÓN, Leandro. “*Brasil tem o 3º pior índice em desigualdade no mundo*”, 25/07/2010. **O Estado de São Paulo** (Estado). Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-e-terceiro-pior-do-mundo-em-desigualdade-imp-,585384>. Acesso em 10 jun. 2014.
- ENDO, P. C. **A violência no coração da cidade**: um estudo psicanalítico sobre as violências na cidade de São Paulo. São Paulo: Escuta/Fapesp, 2005.
- FERREIRA, Antônio Carlos Gomes. **A eficiência do Estado no Mmundo globalizado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

LONDON, Jack. **O povo do abismo – Fome e miséria no coração do império britânico: uma reportagem do início do séc. XX**. Trad. Hélio Guimarães e Flávio Moura. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.

MARCUSE, H. **Eros e civilização**: uma interpretação filosófica do pensamento de Freud. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: LTC, 1999.

PINHEIRO, P. S.; ALMEIDA, G. A. de. **Violência urbana**. São Paulo: Publifolha, 2003.

ROCHA, Enid. *Desigualdade social é a grande causa de violência entre jovens*. **Agência Brasil**. 2004, Disponível em: agenciabrasil/noticia/2004-07-13/desigualdade-social-e-grande-causa-da-violencia-entre-jovens-afirma-pesquisa-do-ipea. Acesso em 12 jun. 2014.

ROUANET, S. P. **Mal-estar na modernidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

_____. **Teoria crítica e psicanálise**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1998.

WEBER, Demetrio e RIOS Odilon. *Número de assassinatos cresceu 7,9% no país entre 2011 e 2012*. **O Globo**. 27/05/2014. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/mapa-da-violencia-2014-taxa-de-homicidios-a-maior-desde-1980-12613765#ixzz38wgG2Af7>. Acesso em 12 jun. 2014.

Vigiai e orai: uma análise do ensino religioso nas escolas públicas e a ação direta de inconstitucionalidade 4439

Lais Flávia Gonçalves de Carvalho

Introdução

A crença no metafísico sempre esteve presente na vida humana. Das civilizações primárias à sociedade atual, o homem discute o que há por trás da nossa existência.

As manifestações religiosas e as formas de crer (ou não crer) se multiplicaram e se diversificaram com o passar dos séculos: politeístas, monoteístas, ateístas e agnósticas. Ganham devotos, criaram instituições, foram perseguidas; motivaram de guerras à tratados de paz.

Dada sua importância e complexidade, o fenômeno religioso recebeu regramento constitucional, de forma a assegurar o livre exercício da crença, culto e manifestação. Uma das formas de garantir tais prerrogativas é o ensino religioso nas escolas públicas, consagrado na Constituição Federal de

1988. O Texto estabelece que esse será de matrícula facultativa, ministrado nos horários regulares de aulas do ensino fundamental, entretanto, não firmou a modalidade que a disciplina deve ser ministrada. Além disso, a competência para definir os conteúdos pertence aos Estados membros, o que gera uma pluralidade de diretrizes na sua aplicação.

O Acordo entre o Brasil e a Santa Sé, relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, estabelece que a educação religiosa na rede pública será “Católica e de outras confissões religiosas”. Tal dispositivo gerou questionamentos quanto à sua constitucionalidade, visto que a vertente confessional é, por vezes, enxergada como proselitista, o que contraria o estabelecido na Lei de Diretrizes Básicas da Educação e postulado do Estado Leigo.

Desse modo, o presente artigo tem por objetivo abordar o ensino religioso nas escolas públicas, frente aos princípios constitucionais e, por fim, examinar a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4439, que se posicionou quanto à constitucionalidade do modelo confessional de Ensino. Para tanto, foram realizadas pesquisas bibliográficas em livros, pareceres, documentos e busca de dados estatísticos, os quais revelaram a dicotomia entre o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e a doutrina majoritária.

1. Entre a cruz e a espada: o ensino religioso nas escolas públicas

1.1. A educação sob a ótica constitucional

Segundo Fábio Almeida (2008), o direito à educação é imprescindível para a construção de uma sociedade na qual

os cidadãos se reconhecem como livres e iguais. Temos, portanto, que a educação é um pressuposto para o exercício da democracia.

Assentada tal premissa, devemos analisar a letra do artigo 205 da Constituição federal de 1988:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

À luz do liberalismo político, a determinação de que a educação deve buscar o desenvolvimento da pessoa e o exercício da cidadania significa ensinar aos membros da comunidade política o agir cooperativo. Para isso, o ensino deve ser equitativo, de qualidade e valorizar o pluralismo ideológico.

Segundo Gilmar Mendes e Paulo Branco (2016) a consequência do não oferecimento de uma rede educacional de qualidade é a marginalização de diversos setores da sociedade, prejudicando, inclusive a concretização de outros direitos fundamentais e na completa eficácia dos direitos políticos dos cidadãos, principalmente no que se refere aos mecanismos de participação direta. Isto porque, para os autores, as deficiências na formação intelectual da população coíbem sua participação no processo político e obstam a ampliação da democracia.

Contudo, para que a educação seja efetivamente um instrumento para a democracia, necessita-se que ela ocorra num ambiente de tolerância, acolhimento e, sobretudo, pluralidade. Como será demonstrado adiante, não é essa a realidade de alguns estados brasileiros no que se refere ao ponto de vista religioso.

1.2. O ensino religioso: aspectos constitucionais e legais

Nos séculos XVI e XVII, que compreendem o período colonial, havia uma intensa ligação entre a monarquia e a Igreja Católica Apostólica Romana. Nesse ínterim, o ensino religioso servia como um instrumento de colonização do Brasil, em sua maioria sob o regime de Padroado (ALMEIDA, 2008). Este cenário se manteve mesmo após a Proclamação da Independência, em 1822.

Em 15 de outubro 1827, foi instituída a primeira regulação educacional no País, que determinava a criação de escolas em todas as cidades e definia os conteúdos a serem lecionados. Entre eles, estava o ensinamento dos princípios da moral cristã e da religião Católica. Com o mesmo conteúdo, temos o Decreto nº 2006/1857, que instituiu a disciplina da doutrina cristã nos colégios secundários.

Nas Constituições de 1934, 1937 e 1946, estabeleceram seu fornecimento obrigatório e frequência opcional. Deve-se destacar que na vigência do Marco de 1946 foi editada a primeira Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional de nº 4.024/61, vetando o financiamento do ensino religioso com recursos públicos e que determinava que os professores deveriam ser registrados junto a sua confissão religiosa perante a respectiva autoridade.

Finalmente, a Constituição de 1988 certificou, no artigo 210, parágrafo 1º, o caráter facultativo do ensino religioso, a ser ministrado nos horários regulares das aulas.

As polêmicas no entorno da discussão se voltaram para a edição da Lei nº 9.394/96, conhecida como a nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB). De início, a redação original do artigo 33, que trata do assunto, acrescentava

a Constituição no que tange a manifestação do aluno ou seus responsáveis sobre o caráter do ensino (confessional ou interconfessional) e ao financiamento (sem ônus aos cofres públicos).

Por óbvio, as discussões não cessaram, dado que a possibilidade de vinculação a uma confissão religiosa específica ainda não correspondia a total laicidade do ensino, além da “desigualdade de tratamento dos alunos de escolas diferentes, que teriam disponíveis a si modelos diferentes de ensino religioso” (ALMEIDA, 2008, p.211). Assim, em 1997 foi aprovada a nova redação para o artigo, com menção expressa à vedação de qualquer forma de proselitismo, “acentuando a formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais assegurado o respeito à diversidade cultural e religiosa do Brasil” (JUNQUEIRA, HOLANDA, CORRÊA, 2015, p. 29).

Não obstante, além de incluir o ensino religioso como disciplina obrigatória à formação da criança e do adolescente, o novo texto “resultou em uma cessão de poderes do Estado para as comunidades religiosas: o Ministério da Educação desobrigou-se de seu poder e dever de definição de conteúdos programáticos para a educação básica” (DINIZ, LIONÇO, 2010, p. 12).

O Conselho Nacional de Educação resguardou às escolas, junto aos grupos religiosos, a definição do conteúdo da disciplina de forma a legitimar a liberdade de crença dos atores sociais “envolvidos na proposição e execução das condições em que o ensino religioso seria ministrado localmente, eximindo o Ministério da Educação da proposição de parâmetros curriculares” (DINIZ, LIONÇO, 2010, p. 13).

Para Junqueira, Holanda e Corrêa (2015), a LDB considera o ensino religioso como componente curricular e área do conhecimento. Isso significa que a todas as diretrizes estabelecidas na Lei, como exemplos, o respeito a diversidade

cultural e a formação dos professores, aos quais é exigido nível superior, valem para o ensino religioso.

A partir do exposto, temos que a LDB estabelece diversas diretrizes para a educação no Brasil. O que se discute, no entanto, é se o ensino religioso deve obedecer aos mesmos parâmetros das disciplinas básicas, gerando inúmeras controvérsias, tais como: os professores de ensino religioso devem possuir formação na área? Cabe controle de mérito pelo Ministério da Educação dos livros didáticos utilizados ou a eles é garantido a liberdade de manifestarem preferências a uma religião específica? Essas indagações correspondem a uma pequena parcela das questões no entorno do ensino religioso no Brasil, como se verá a seguir.

Mesmo após as discussões entorno da confessionalidade na elaboração do novo artigo da LDB, a questão retornou ao cenário político com a ratificação do texto da Concordata Brasil-Santa Sé, em 2008, pelo então presidente Luiz Inácio Lula da Silva, e aprovado pela Câmara dos Deputados e Senado Federal em 2009. O artigo 11 menciona a garantia da confessionalidade, especialmente católica, para o ensino religioso (DINIZ, LIONÇO, 2010, p. 40).

1.3. Concepções e metodologia de ensino religioso

Para Afonso Soares (2015), existem diversos modelos de ensino religioso. O autor elencou a classificação elaborada por João Décio Passos como a mais didática, pois explica a “evolução diacrônica do ensino religioso no Brasil” (SOARES, 2015, p. 90). São eles:

a) Modelo catequético: consiste no ensinamento de uma só religião. Se relaciona ao período no qual as confissões

possuíam hegemonia social, de aliança entre Igreja e Estado, apesar de se mostrar presente até os dias de hoje. Seu método consiste na doutrinação e objetiva a expansão da igreja.

b) Modelo Teológico: está inserido no contexto secular e busca o ensinamento plurirreligioso. Seu objetivo é a formação religiosa através do método da indução.

c) Ciência da Religião: presente no contexto político da sociedade secularizada, bem como o modelo teológico. No entanto, visa um ensino transreligioso e visa a educação do cidadão a partir do método indutivo.

Debora Diniz e Tatiana Lionço (2010) trazem a seguinte classificação:

a) ensino confessional: o ensino religioso visa a promoção de uma ou mais confissões religiosas, ministrado por um representante de comunidades religiosas.

b) ensino interconfessional: o ensino religioso insta valores e práticas religiosas de algumas religiões dominantes na sociedade brasileira. Pode ser ministrado por representantes de comunidades religiosas ou por professores sem religião declarada.

c) ensino de história das religiões: seu objetivo é instruir sobre a história das religiões, tendo-as como um fenômeno sociológico das culturas. O ensino religioso é secular e deve ser ministrado por professores de sociologia, filosofia ou história.

1.4. A (quase ausente) diversidade cultural nos livros de ensino religioso

O livro didático, de acordo com Debora Diniz e Tatiana Lionço (2010), possui centralidade para a ação de ensino-

-aprendizagem. As autoras realizaram uma análise dos livros de ensino religioso mais distribuídos pelo governo federal nas escolas públicas, a partir das informações fornecidas pelo Fundo Nacional do Desenvolvimento da Educação. O objetivo era examinar de que forma os temas como diversidade cultural e social, proselitismo religioso e pluralismo religioso, eram tratados nos livros didáticos, à luz das recomendações expressas na Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais (UNESCO, 2005 apud DINIZ, LIONÇO, 2010). Esta Convenção foi ratificada pelo Brasil pelo Decreto Legislativo n. 485/2006 e confirma o compromisso do Brasil com o fomento e proteção da diversidade cultural, que se dá de duas formas: resguardar as expressões culturais e sociais dos grupos em uma determinada sociedade e o papel do Estado na produção e promoção de métodos que cominem na visibilidade das expressões culturais.

Os critérios adotados foram:

- a) concepções, com especial destaque a posicionamentos etnocêntricos;
- b) diversidade religiosa, em relação à pluralidade de religiões que compõem a sociedade brasileira e à consideração do proselitismo como expressão de discriminação social ou religiosa;
- c) diversidade social, envolvendo a representação de minorias sociais ou grupos populacionais vulneráveis à exclusão e ao prejuízo social, tais como negros, indígenas e pessoas com deficiência.

Os resultados da pesquisa, em síntese, foram os seguintes:

Tabela 1 – Presença de grupos de religiões nos livros didáticos

Religião	Presença nos livros didáticos (absoluto)	Presença nos livros didáticos (%)
Cristãs	609	65%
Orientais	112	12%
Islâmicas	75	8%
Judaicas	65	7%
Espíritas	33	3%
Afro-brasileiras	30	3%
Indígenas	21	2%
Total	945	100%

Fonte: Projeto “Livros didáticos de ensino religioso e diversidade cultural”, executado pela Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e gênero. Brasília, 2009 (apud DINIZ, LIONÇO, 2010, p. 65)

Tabela 2 – Frequência da imagem de líderes religiosos e seculares nos livros didáticos

Líder	Número de vezes em que apareceu nos livros
Jesus	81
Gandhi	21
Martin Luther King	11
Madre Teresa do Calcutá	9
Botinho	7
Dalai Lama	7
Papa	6
Allan Kardec/Chico Xavier	5
Buda	5
Confúcio	4
Dom Hóldor Câmara	4
Irmã Dulce	4
Martinho Lutero	4
Outros líderes negros	4
Outros	4
Henry Sobel	3
Maomé	3
Madre Paulina	3
Nelson Mandela	2
Chico Mendes	1
Irmã Dorothy	1
Líderes indígenas	1
Moisés	1
Salomão	1
Total	192

Fonte: Projeto “Livros didáticos de ensino religioso e diversidade cultural”, executado pela Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e gênero. Brasília, 2009 (apud DINIZ, LIONÇO, 2010, p. 66)

A partir das duas tabelas apresentadas, nota-se a predominância da representação das religiões Cristãs e da figura de Jesus enquanto líder religioso. Nota-se que antes de outros líderes de outras confissões religiosas, encontram-se líderes políticos, como Gandhi e Martin Luther King.

As autoras asseveram que “não há como identificar a que público essas obras se destinam, apesar de serem produzidas por editoras religiosas e seculares” (DINIZ, LIONÇO, 2010, p. 72). Na hipótese de se destinarem às escolas públicas, “eles são excludentes quanto à diversidade religiosa, dada a centralidade nos valores morais cristãos”. Neles, da mesma forma, há uma maior identificação com os “livros de catequese católica, com apresentação de orações e cânticos religiosos” (DINIZ, LIONÇO, 2010, p. 72).

A partir disso, as autoras notam um etnocentrismo cristão nos livros analisados, o que ocorre de duas formas: a primeira, pelo silêncio sobre a diversidade. Por um lado, não é possível considerar a omissão como discriminação, contudo, ela indica que não se considera a diversidade como parte do ensino religioso ou que não se sabe de que forma explorá-la. Os livros categorizam tão somente seis grupos de religiões, e notou-se uma dificuldade narrativa maior na apresentação de quatro grupos sociais, assim denominados pelas obras: os indígenas, os afro-brasileiros, os evangélicos neopentecostais e as pessoas sem religião.

Quanto aos indígenas, as autoras asseveram que

Com raras exceções, não há etnias ou grupos entre os indígenas brasileiros e suas crenças religiosas não ascendem ao patamar de religião, sendo descritas como ritos, mitos ou práticas curativas. [...] não há lideranças indígenas no campo religioso. [...] não há reflexão histórica ou religiosa sobre o fato de os missionários

portugueses terem vindo ao Brasil para catequizar os índios. (DINIZ, LIONÇO, 2010, p. 78, 79, 80)

Os neopentecostais são apontados como conservadores e intolerantes; as religiões afro-brasileiras são descritas como tradições ou herança dos escravos, sem que os volumes se atenham às suas práticas ou ritos.

As autoras elucidam que as pessoas ditas como “os que não têm religião” (INONTRI; BIGHETO, 2007, v. 4, p. 176 apud DINIZ, LIONÇO, 2010, p. 82) são representadas enquanto “ateus” e “os que mataram deus”. Os primeiros são tratados com maior abertura, porém, são concebidas como moralmente inferiores aos que adotam uma confissão: “Quem segue uma religião tem mais condições de praticar a amizade, a honestidade, a justiça e o amor” (CORREA; SCHNEIDERS, 2006, 3º ano, p. 129, apud DINIZ, LIONÇO, 2010, p. 82). O cenário se agrava no que tange aos “que mataram deus”. Em Incontri; Bigheto, 2007, v. 4, p. 190-192, é feita uma associação dos “que mataram deus” à prática nazista e que alguns poucos intelectuais não têm a autoridade de “tirar deus da nossa mente”. Além disso, o grupo, como um todo, é caracterizado por possuir uma vida social obscura, materialista e egoísta.

A diversidade corporal também é mencionada nos livros, com narrativas que variam entre a dádiva e a ira divina. A pessoa com deficiência, sob a ótica do etnocentrismo cristão predominante nos livros, está sempre à espera de um milagre (o cego que passa a enxergar, o manco que abandona as muletas) e a ela devem ser destinados os valores da caridade e da compaixão. Isso demonstra que se parte do pressuposto que as crianças destinatárias dos livros não são portadoras de deficiência e devem agradecer por ouvir, enxergar e andar. Ademais, os movimentos em busca da igualdade não são enunciados.

A predominância do cristianismo nos livros didáticos de ensino religioso contribui para a intolerância religiosa e outras formas de discriminação. O silêncio e as generalizações são táticas retóricas que não só fomentam uma cosmovisão generalista, como abdica do reconhecimento da igualdade na diversidade. Nas palavras de Diniz e Lionço (2010, p. 89):

O etnocentrismo cristão se manifesta nas narrativas em que índios, negros, mulheres, homossexuais, estrangeiros, deficientes e idosos são apresentados como vidas de exceção, em contraponto à referência ao homem branco, católico, adulto e heterossexual, parâmetro de sentido para a enunciação das formas de estar no mundo.

Por todo o exposto, temos que não basta a exposição de diversas manifestações religiosas ou formas de vida. É necessário que se busque a alteridade e a inclusão, visto que constituem condições para a convivência em sociedade.

2. O juízo final: uma análise da ação direta de inconstitucionalidade nº 4439

A Procuradoria-Geral da República propôs, em 30 de julho de 2010, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4439, com pedido de medida cautelar a fim de que o Supremo Tribunal Federal realize a interpretação conforme a constituição dos artigos 33, *caput* e parágrafos 1º e 2º da Lei 9.394 de 1996 e artigo 11, parágrafo 1º do Acordo entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil para assentar que o ensino religioso em escolas públicas seja exclusivamente não-confessional, com proibição de admissão de professores

na qualidade de representantes das confissões religiosas. Subsidiariamente, caso se entendesse incabível a técnica mencionada, profira a declaração de inconstitucionalidade do trecho “Católico e de outras confissões religiosas” do artigo 11, parágrafo 1º do Acordo do Brasil-Santa Sé.

A Procuradoria entende que a modalidade confessional, bem como interconfessional e ecumênica, viola a laicidade do Estado e que as escolas públicas não podem se tornar um local de catequese e proselitismo, seja ele Católico ou de qualquer confissão.

Quanto à formação dos professores, entende-se que estes devem integrar a rede pública de ensino e não serem professores vinculados às religiões.

Dada a complexidade do assunto, a Procuradoria requereu a realização de audiência pública, nos termos da Lei nº 9.868 de 1999.

Após o despacho do então Ministro Relator Ayres Brito, diversas instituições peticionaram para ingressar no feito e realizar sustentação oral em audiência pública, realizada em 15 de junho de 2015. A seguir, examinaremos tais manifestações.

2.1. O perfil dos intervenientes

A partir de uma simples análise numérica, constata-se que o número de intervenientes na ação favoráveis ao pedido da Procuradoria-Geral da República, num total de 30, era muito maior que os contrários (11). Dentre aqueles, temos o Fórum Permanente do Ensino Religioso, que, segundo o *site* institucional, constitui uma associação civil de direito privado, composta por especialistas e pessoas ligadas ao ensino religioso e atua de modo a acompanhar essa modalidade de educação no Brasil.

Nota-se também a presença de diversas confissões religiosas em ambos os polos. No polo desfavorável, temos a

presença de uma entidade Mulçumana e as demais, dividem-se entre Católicos e vertentes Evangélicas. Além disso, no lado oposto, temos Israelitas, linhas Evangélicas, Espíritas, Budistas, Umbandistas, Candomblecistas e Católicos, o que demonstra que não há um consenso no âmbito religioso sobre o tema, sequer dentro de uma mesma confissão religiosa. Observa-se, ademais, que dentre os contrários ao pedido não há a presença de religiões minoritárias (partindo de um critério de número de adeptos no Brasil⁹⁷) bem como entidades representantes de Ateus e Agnósticos, tampouco de centro de estudos de Direitos Fundamentais ou Humanos.

2.2. O julgamento

O relator, Ministro Roberto Barroso votou pela procedência dos pedidos, para conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 33, *caput*, § 1º e § 2º, da Lei nº 9.394/96, e do art. 11, § 1º, do Acordo Brasil-Santa Sé, para firmar que o ensino religioso em escolas públicas somente pode ter natureza não confessional, e vedando que representantes das confissões religiosas sejam admitidos na qualidade de professores. Acompanharam o Ministro Relator os votos da Ministra Rosa Weber e Ministro Luiz Fux.

O Ministro Alexandre de Moraes abriu a divergência, no sentido da improcedência dos pedidos, acompanhado pelo Ministro Edson Fachin.

O julgamento prosseguiu em 21 de setembro de 2017, data na qual os Ministros Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski votaram pela negatória dos pedidos.

O final do julgamento deu-se em 28 de setembro de 2017, onde os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello

97. Segundo o Censo Demográfico 2010 – IBGE.

manifestaram-se favoravelmente, enquanto a Ministra Carmen Lúcia proferiu o voto que desempatou a divergência.

O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação. A seguir, teceremos considerações sobre os votos dos Ministros no julgamento da ADI.

2.3. Análise dos votos dos Ministros

A partir dos argumentos trazidos por cada Ministro, nota-se alguns pontos em comum, seja dentre os favoráveis, ou contrários ao pedido.

Inicialmente, insta ressaltar que nenhum deles acolheu a arguição de incompetência do Supremo Tribunal Federal para julgar a ADI, visto que ataca um acordo internacional firmado pelo Brasil.

Além disso, os Magistrados não divergiram quanto ao princípio da laicidade estatal bem como da liberdade religiosa. Houve discordância, no entanto, em relação ao alcance desses princípios. A Ministra Rosa Weber entendeu no seu voto que a manifestação da liberdade religiosa não implica no direito ao ensino religioso nas instituições públicas (devendo manter-se na esfera privada), enquanto o Ministro Edson Fachin entendeu de modo contrário. Quanto ao alcance da laicidade, os Ministros Alexandre de Moraes e Ricardo Lewandowski acolheram o posicionamento de José Afonso da Silva, que indica que a Constituição Brasileira não estabeleceu uma laicidade absoluta, havendo o que ele chama de “pontos de contato” entre Estado e Religião.

Os argumentos mais suscitados, considerando como critério a citação por três Ministros, foram:

Dentre os Ministros que acolheram o pedido:

- Unidade da Constituição, que para eles, demonstra que à luz de todos os preceitos constitucionais, como

da laicidade e vedação da discriminação, o estudo de uma religião específica não é possível (Ministro Relator Roberto Barroso, Ministro Luiz Fux e Ministro Marco Aurélio);

- O grande número de confissões religiosas presentes no Brasil, o que inviabiliza a representação de cada uma delas em todas as escolas (Ministro Relator Roberto Barroso, Ministra Rosa Weber e Ministro Luiz Fux);

Já para os Ministros que rejeitaram o pedido, temos:

- Facultatividade da matrícula: essa prerrogativa não existiria se o ensino religioso fosse não-confessional, de modo a contemplar todas as vertentes religiosas. Portanto, só existe para que o aluno que não deseje frequentar as aulas de determinada religião, não seja obrigado a tanto (Ministro Alexandre de Moraes, Ministro Edson Fachin, Ministro Dias Toffoli, Ministro Ricardo Lewandowski, Ministra Carmem Lúcia);
- As decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos que determinou que o ensino de uma única religião não gera proselitismo religioso e não ofende princípio da liberdade religiosa e Corte de Estrasburgo (Ministro Edson Fachin, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski).

Deve-se destacar, por fim, que apesar da realização de Audiência Pública sobre o tema, com a participação de entidades religiosas e especialistas no tema, o único a mencioná-la no voto foi o Ministro Relator, que a presidiu. Não se pode afirmar que os Ministros, por essa omissão, não consideraram o que foi dito em Audiência, no entanto, não utili-

zaram os posicionamentos da sociedade civil na fundamentação escrita de seus posicionamentos.

Conclusão

A história constitucional brasileira revela, no seu início, o favorecimento da Igreja Católica, por ser a religião oficial do Império, no entanto, mesmo após a instituição da República, o óbice ao exercício das demais religiões era evidente. Isso resultou em, aproximadamente, 150 anos de história sem mudanças substanciais na legislação e uma abordagem inclusiva em relação às confissões minoritárias. Hoje, observamos que tal visão hegemônica de determinadas confissões em relação às outras é um dos principais fatores que explicam a intolerância religiosa que existente no país.

As modificações mais significativas começaram a serem observadas a partir da Constituição de 1988, que trouxe uma importante ferramenta para o exercício da liberdade religiosa e do combate à intolerância: o ensino religioso. Como foi demonstrado, as modalidades confessional ou interconfessional, metodologias aplicadas na maior parte do país, são excludentes, pois estão baseados no etnocentrismo cristão.

A polêmica entorno do problema ficou ainda mais evidente quando levada ao Supremo Tribunal Federal. A tese acolhida pela maioria apertada dos Ministros, de que o ensino religioso confessional não fere o postulado do Estado leigo, foi motivada principalmente pela facultatividade da matrícula e a jurisprudência das cortes internacionais. Por outro lado, para os Magistrados que defendiam a inconstitucionalidade dessa metodologia, a Carta Maior, não a permite pelo princípio da laicidade e pelo grande número de confissões religiosas presentes no país, o que torna impraticável o ensino de todas elas de forma equânime.

À luz da decisão do Tribunal, o controle do ensino religioso por parte da sociedade e do poder público mostra-se latente, visto que há uma grande possibilidade de as aulas se tornarem proselitistas e que haja discriminação de alunos pertencentes à algumas religiões em detrimento de outras. Além disso, deve ser feita uma adequação no conteúdo do ensino religioso que adota tal vertente metodológica, para que não só ensine a religião (ou as religiões) a que está vinculada, mas que incentive o respeito e a tolerância, valores tão necessários à dignidade humana e a convivência social.

Referências

ALMEIDA, Fábio Portela de. **Liberalismo Político, Constitucionalismo e Democracia**. A Questão do Ensino Religioso nas Escolas Públicas. Belo Horizonte: Argvmentvm, 2008.

AURÉLIO, Marco. Voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4439. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/voto-marco-aurelio-ensino-religioso.pdf>>. Acesso em: 28 de set. de 2017.

BARROSO, Roberto. Voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4439. Brasília, 2017. Disponível em: <<https://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2017/08/VALEESTEADI-4439-2-Ensino-religioso-Voto-30-ago2017-VF-22.pdf>> Acesso em: 28 de set. de 2017.

_____. Código Penal. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 17 de maio de 2017.

- _____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao88.htm >. Acesso em: 02 de maio de 2017.
- _____. Constituição (1967). Emenda Constitucional de Número 1 1969. Brasília, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 02 de maio de 2017.
- _____. Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm>. Acesso em: 17 de maio de 2017.
- _____. Lei 9.394 de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em: 22 de junho de 2017.
- _____. Lei 9.459, de 13 de maio de 1997. Altera os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e acrescenta parágrafo ao art. 140 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Brasília, 1997. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9459.htm >. Acesso em: 18 de maio de 2017.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus nº 82.424. **Habeas-Corpus. Publicação De Livros: Anti-Semitismo. Racismo. Crime Imprescritível. Conceituação. Abrangência Cons-**

- titucional. Liberdade De Expressão. Limites. Ordem Denegada.** Relator Min. Moreira Alves, DJ 19-03-2004 PP-00017.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. Et al. **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Editora Saraiva, 2013.
- IBGE. CENSO DEMOGRÁFICO 2010: Características Gerais da População, Religião e Pessoas com Deficiência. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2010. Disponível em: < http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf>. Acesso em: 20 de jun. de 2017.
- DINIZ, Debora. LIONÇO, Tatiana. CARRIÃO, Vanessa. **Laicidade e Ensino Religioso no Brasil.** Brasília : UNESCO: LetrasLivres : EdUnB, 2010.
- FACHIN, Edson. Voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4439. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VotoFachinEnsinoReligioso.pdf>>. Acesso em: 04 de out. de 2017.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 6ª Edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.
- JUNQUEIRA, Sérgio Rogério Azevedo (organizador). **O Ensino Religioso no Brasil.** Florianópolis: Editora Insular, 2015.
- LEITE, Fábio Carvalho. **Estado e Religião: A liberdade religiosa no Brasil.** Curitiba: Juruá Editora, 2014.
- FUX, Luiz. Voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4439. Brasília, 2017. Disponível em: < <https://www>.

youtube.com/watch?v=bFYXebeUA9s> Acesso em:
07 de out. de 2017.

LEWANDOWSKI, Ricardo. Voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4439. Brasília, 2017. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4439mRL.pdf>>. Acesso em: 28 de set. de 2017.

LUCIA, Carmen. Voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4439. Brasília, 2017. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=bFYXebeUA9s>>. Acesso em: 28 de set. de 2017.

MELLO, Celso. Voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4439. Brasília, 2017. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4439mCM.pdf>>. Acesso em: 28 de set. de 2017.

MENDES, Gilmar. BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar. Voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4439. Brasília, 2017. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=bFYXebeUA9s>>. Acesso em: 28 de set. de 2017.

MORAES, Alexandre. Voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4439. Brasília, 2017. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4439AM.pdf>>. Acesso em: 28 de set. de 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 6ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

TOFFOLI, Dias. Voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4439. Brasília, 2017. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4439votoDT.pdf>>. Acesso em: 28 de set. de 2017.

WEBER, Rosa. Voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4439. Brasília, 2017. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=bFYXebeUA9s>>. Acesso em: 05 de out. de 2017.

WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa na Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

A Liberdade de Expressão e o complexo mercado de ideias: notas sobre o caso *queer* museu.

Thalles Furtado Leba e Felipe Barboza Pereira

Introdução.

“Nem todas as verdades são para todos os ouvidos”.
(Umberto Eco, O nome da Rosa).

A frase em epígrafe evidencia as tensões e dilemas que a liberdade de expressão enfrenta e já enfrentou ao longo da história. Além das discussões filosóficas em torno da verdade, denota, ainda, pretensões dos detentores de poderes públicos e privados em restringir o livre debate. Se, no contexto do romance de Umberto Eco, ambientado em uma abadia italiana do século XIV, a censura e a perseguição aos hereges eram institucionalizadas pela Igreja Católica, pode-se dizer que no mundo ocidental contemporâneo existem meios

igualmente eficazes de silenciar indivíduos e grupos, ainda que não exercidos de forma direta pelo Estado.

Preliminarmente, é preciso observar que a liberdade de expressão talvez seja dos direitos fundamentais, previstos pela Constituição Federal, aquele de conteúdo mais elástico, hipótese na qual definir o seu núcleo essencial não é tarefa simples. Diante disso, convencionou-se falar em uma liberdade de expressão em sentido lato (FARIAS, 2001, pp. 43-45), gênero que abrangeria, por exemplo, as espécies liberdade de imprensa e de comunicação social, liberdade de manifestação artística, liberdade de expressão em sentido estrito, dentre outras. Com efeito, a liberdade de expressão como gênero abrangeria todas as liberdades comunicativas (SARMENTO, 2007, p.1).

É quase um truísmo enunciar que não existem direitos absolutos no ordenamento jurídico brasileiro. Da frequente colisão entre os direitos fundamentais, extrai-se que a resolução desses conflitos aparentes ocorre por meio da técnica da ponderação, a partir da atribuição de pesos concretos aos direitos, valores e princípios colidentes (ALEXY, 2014, pp. 154-159). No tocante à liberdade de expressão isso resta cristalino no artigo 220, §1º da CF, cuja norma ao enunciar que a atividade de imprensa e a veiculação de informação não sofrerão qualquer embaraço, ressalva a vedação ao anonimato, a intimidade, a honra, a vida privada, o direito de resposta e os eventuais danos causados pela atividade. Deve-se considerar, no entanto, a grande suscetibilidade de colisão entre a liberdade de expressão e outros direitos fundamentais ou até mesmo o entrecchoque as diversas modalidades de liberdades comunicativas.

Deste modo, pretende-se aferir a insuficiência de uma concepção pura de livre mercado de ideias⁹⁸, a partir da cons-

98. A ideia de um *Marketplace of ideas* foi enunciada pela primeira vez em voto dissidente do *justice* da Suprema Corte Americana Oliver Wendel

tatação da existência de assimetrias de poder e graves distorções sociais no contexto brasileiro. Será analisado o caso concreto conhecido como “*queer museu*”, para se demonstrar que o discurso majoritário e/ou conservador é efetivamente capaz de silenciar visões e manifestações de grupos e indivíduos estigmatizados⁹⁹.

1. Fundamentos da tutela à liberdade de expressão.

Diversos são os fundamentos apontados pela doutrina para a proteção da liberdade de expressão (OSÓRIO, 2017, pp. 53-54). Classicamente, são apontados três fundamentos principais: sua íntima relação para a concretização do regime democrático, sua vinculação com a busca da verdade e o fato de constituir elemento essencial ao desenvolvimento da personalidade ou dignidade humana. Pode-se acrescentar, ainda, um quarto fundamento: sua íntima relação com o pluralismo ou com o multiculturalismo (GARTON ASH, 2016, p. 73).

A primeira justificativa assenta a necessidade de que todos os cidadãos possam se fazer ouvir, a fim de haja verdadeiro espaço de autonomia pública constituído. É da essência do regime democrático que as diversas concepções de mundo possam ser expostas e submetidas ao escrutínio público na arena política (OSÓRIO, 2017, p. 68). Assim, as melhores

Holmes Jr., em 1919, no caso *Abraham vs. United States* (250 U.S. 616), sendo posteriormente reafirmado no caso *Red Lion Broadcasting Co vs. FCC* (395 U.S 367).

99. Deve-se aqui esclarecer preferiu-se utilizar ao longo do trabalho a expressão “grupos e indivíduos estigmatizados” do que “minorias”. Isso porque nem toda minoria é estigmatizada, da mesma forma que nem toda maioria é opressora. Muitas vezes grupos numericamente majoritários sofrem opressões e estigmatizações por parte de grupos minoritários hegemônicos.

decisões públicas poderiam ser tomadas a partir do embate e composições envolvendo as visões majoritárias e minoritárias, em dado contexto.

Mas não é só. A liberdade de expressão possibilita que os governos e governantes se ajustem aos propósitos públicos que legitimam seus ofícios. O direito de crítica e a liberdade de informação, que são inerentes à liberdade de expressão, sobretudo nas atividades de comunicação social, criam as condições de fiscalização permanente sobre as atividades públicas e sobre os agentes estatais. Promove-se, desta forma, transparência e *accountability*, elementos essenciais para uma boa gestão da coisa pública.

O segundo fundamento – a busca da verdade – associa-se em grande medida ao pensamento do filósofo liberal John Stuart Mill. Para o autor (MILL, 2017, pp. 89-140), a verdade sempre prevaleceria, em algum momento, no embate com manifestações e argumentos inverídicos (MILL, 2017, p. 106). E, justamente para que a verdade possa prevalecer, impõe-se que a liberdade de expressão seja inteiramente desembaraçada.

A terceira razão se escora em um aspecto mais substantivo do que instrumental (NETO, 2017, p. 48), isto é, a liberdade de expressão seria um direito primordial ao livre desenvolvimento da personalidade humana. Isso porque garantir que todo ser humano tenha a capacidade de não só se expressar, mas efetivamente participar do livre debate – e, dessa forma, ser ouvido com a mesma consideração e respeito que os demais indivíduos – é exigência natural da dignidade da pessoa humana. Aqui a liberdade de expressão possui profunda conexão com o valor intrínseco da pessoa humana, com a autonomia e com o reconhecimento (SARMENTO, 2016).

O quarto argumento apontado – o pluralismo – também está relacionado com a democracia e com o desenvolvimento da personalidade humana. Mas, para o presente trabalho,

merece tratamento apartado. Isso porque a fragmentariedade e a diversidade são características marcantes do que se convencionou chamar de pós-modernidade. A diversidade, sem dúvida, guarda relação íntima com a liberdade em sentido amplo: aquela somente pode florescer em um ambiente em que esta efetivamente exista. A justificativa aqui é que a liberdade de expressão nos ajuda a viver em meio à diversidade (GARTON ASH, 2016, pp. 78-79). De fato, a globalização permitiu o crepúsculo da liberdade e da interação humana de formas nunca antes experimentadas. Consequentemente, novos contornos da liberdade de expressão devem ser orientados em vista da preservação e da convivência harmônica das divergências inerentes à diversidade e ao multiculturalismo.

Defende-se aqui o seguinte posicionamento: nenhuma dessas justificativas basta *per se* para explicar a necessidade e utilidade da liberdade de expressão em um mundo cada vez mais complexo. Ao contrário, todos os fundamentos são complementares e igualmente relevantes. O que varia é a intensidade que vão assumir, a depender do caso concreto. O caso apresentado a seguir será analisado, principalmente, a partir da diversidade e do livre desenvolvimento da personalidade humana, sem prejuízo da relevância dos demais para a garantia da liberdade de expressão.

2. O livre mercado de ideias, assimetrias no debate e reconhecimento.

Inspirada nas lições de John Stuart Mill sobre a busca da verdade, a noção do livre mercado de ideias preconiza que a liberdade de expressão deve ser assegurada da forma mais ampla possível, sem restrições ou interferências estatais. Assim, espera-se que as melhores ideias prevaleçam espontaneamente, tal como se dá no mercado econômico, sob a perspectiva liberal.

Ao revés, qualquer forma de interferência estatal no campo da liberdade de expressão poderia levar a efeitos desastrosos¹⁰⁰.

Isso remonta ao debate acerca do sentido da 1ª Emenda à Constituição dos EUA. Sua redação peremptória pode levar ao entendimento de que a liberdade de expressão seria garantida em termos absolutos e, assim, pareceria ilegítima qualquer interferência externa sobre ela. Essa é a chamada *teoria libertária da liberdade de expressão* (BINENBOJM, 2008, p. 241). Embora a concepção de um direito absoluto possa soar irreal, vale destacar que é abraçada pela maior parte da doutrina e da sociedade norte-americana. Por outro lado, há os que entendem que nem sempre o Estado é um inimigo da liberdade de expressão (FISS, 2005, p. 30). Segundo essa perspectiva, seria legítima a interferência estatal para a correção de falhas de mercado. Essa seria a *teoria democrática* (BINENBOJM, 2008, p. 242; MEIKLEJOHN, 1953), que ao enxergar a liberdade de expressão como instrumento do autogoverno, admitiria regulações estatais estratégicas a fim de fomentar um debate público aberto, livre e robusto.

Embora se concorde aqui com a assertiva de que a liberdade de expressão deve ser a mais ampla possível, concebê-la como um direito quase absoluto talvez não seja a melhor alternativa para esse fim. À primeira vista essa colocação pode parecer contraditória. No entanto, torna-se compreensível quando se leva em conta que a liberdade de expressão não é exercida em um campo imune às relações de poder e desigualdades presentes na sociedade. Assim, tratá-la como um direito absoluto, o que implicaria em absentéismo estatal, poderia sujeitar sua finalidade aos interesses de grupos dominantes, mormente para silenciarem grupos e indivíduos não hegemônicos.

100. Nesse sentido, Timothy Garton Ash descreve como as leis criminalizando o *hate speech* podem ter o efeito reverso do pretendido. (GARTON ASH, 2016, p. 220).

A problematização em torno da liberdade de expressão é colocada quando se percebe que mesmo nas sociedades culturalmente mais homogêneas, nem todos os indivíduos e grupos tem a mesma capacidade de articulação e manifestação. É dizer: as sociedades não são compostas por indivíduos estritamente iguais. A igualdade oitocentista, concebida à luz de indivíduos desenraizados, isto é, homens brancos e proprietários, mostra-se a cada dia mais falaciosa.

Por vezes, barreiras ao gozo desse direito estão associadas às próprias características pessoais. Em outras situações, as assimetrias no debate podem surgir como um reflexo das disparidades de poder existentes em uma dada sociedade, havendo ou não hierarquia formalmente institucionalizada. Pode-se imaginar, por exemplo, desigualdades tidas como legítimas em um contexto liberal e democrático, como as verificadas entre grupos econômicos e políticos, mas que eventualmente são convertidas em instrumentos de dominação¹⁰¹.

Em um terceiro nível, não necessariamente desvinculadas das anteriores, estão as assimetrias culturais. Cada Estado é composto pelo conjunto de crenças, simbolismos e representações materiais e imateriais que compõem o espectro de sua cultura particular. E isso, por vezes, constitui-se como fator decisivo de estabilidade e integração da vida em conjunto. Ocorre que, eventualmente, a cultura dominante pode acabar propagando valores e ideias hostis a determinados grupos e indivíduos. Geralmente as assimetrias são aqui manifestadas

101. Em verdade, o que muitas vezes ocorre é a reprodução do predomínio exercido pelo aspecto econômico sobre a forma como é feita a distribuição de outros bens sociais, como por exemplo, a valorização cultural. Nesse ponto, veja a lição de Michael Walzer: “*A igualdade é uma relação complexa de pessoas, mediadas por bens que criamos, compartilhamos e dividimos entre nós; não é uma identidade de posses. Requer, então, uma diversidade de critérios distributivos que expresse a diversidade de bens sociais*”. (WALZER, 2003, p. 21).

através do estigma e do preconceito. A construção de barreiras simbólicas e culturais pode gerar uma pernicioso disparidade entre indivíduos e grupos, o que será conseqüentemente danoso sobre a liberdade de expressão de grupos estigmatizados.

É certo que quando as desigualdades físicas, econômicas, políticas, sociais ou culturais atingem um nível não razoável há tendência a repercussões negativas sobre o ideal do mercado de ideias. Nessa hipótese, a ausência de intervenções ou interferências revela conivência com as injustiças existentes. Ou seja, as desigualdades não razoáveis potencialmente silenciam determinados grupos e indivíduos, e, conseqüentemente, fazem com que “o mercado” não seja tão livre assim.

Para os fins deste trabalho, a boa compreensão do que se denominou de “ironia da liberdade de expressão¹⁰²” passa pelo reconhecimento da existência de assimetrias culturais, que, conforme exposto, podem vir a produzir cenários de estigmatização e preconceito sobre certos grupos ou indivíduos. Como corolário, é possível sugerir uma tendência de que estes sejam alvos de discriminações em diversos campos sociais, à medida que passam a contar com dificuldades de articulações igualitárias no mercado de ideias. Em resumo, sofrem em um contexto no qual a cultura dominante os representa de forma negativa e, ao mesmo tempo, as alternativas de reação através da liberdade de expressão são reduzidas.

Nesse ponto, é preciso que o direito ao reconhecimento seja trazido ao debate a fim de promover a superação de assimetrias e desigualdades culturais. A agenda do reconhecimento está associada à emancipação social de grupos e in-

102. A ironia da liberdade de expressão consiste justamente no fato de quem em diversas situações o Estado pode atuar “*como defensor dessa liberdade e não como o seu algoz*”. Além disso há a constatação de que entes privados possuem também a capacidade de restringir a liberdade de expressão tanto quanto o Estado. (FISS, 2005, p. 10).

divíduos historicamente estigmatizados e oprimidos, a partir de sua valorização e tratamento com igual consideração e respeito (SARMENTO, 2016, p. 242). Em suma, deve ser implementada por meio de políticas orientadas em construir uma realidade sensível às diferenças e que busquem quebrar ou amenizar a dominação cultural, seja pelo Estado ou por particulares. Nessa toada, as políticas públicas de reconhecimento, ao pretenderem romper com estruturas opressivas e hierárquicas possibilitam o genuíno florescimento de um livre mercado de ideias, uma vez que tentam contornar o efeito silenciador que manifestações da cultura dominante proporcionam às culturas não hegemônicas.

3. Análise crítica do caso “*queer museu*”.

Inicialmente, esclareça-se que o referido caso pode ser analisado no contexto das teorias *queer*. De forma bastante simplificada, o debate sobre elas ganhou repercussão com a autora norte americana Judith Butler, em sua obra “Problemas de Gênero” (BUTLER, 1990), na qual discute profundamente as questões de gênero e a sua construção social. O termo *queer* significa raro, estranho e esquisito, e está associado às lutas atinentes aos movimentos LGBTs¹⁰³.

No dia 10 de setembro de 2017 o banco privado Santander anunciou, por meio de suas redes sociais, o cancelamento da

103. Sobre o conceito da expressão merece transcrição a seguinte passagem: “Queer é também o sujeito da sexualidade desviante – homossexuais, bissexuais, transexuais, travestis, drags. É o excêntrico que não deseja ser ‘integrado’ e muito menos ‘tolerado’. Queer é um jeito de pensar e de ser que não aspira o centro e nem o quer como referência; um jeito de pensar e de ser que desafia as normas regulatórias da sociedade, que assume o desconforto com a ambiguidade, do ‘entre lugares’, do indecível. Queer é um corpo estranho, que incomoda, perturba, provoca e fascina”. (LOURO, 2016, p. 7-8).

mostra de arte “*Queermuseu - Cartografias da Diferença na Arte Brasileira*”, em exibição em seu centro cultural, no Rio Grande do Sul. A exposição – que permaneceria em cartaz até o dia 8 de outubro de 2017 – tinha por objetivo propor reflexões sobre a diversidade sexual e questões de gênero, sobretudo dos grupos LGBTs, por meio de pinturas e esculturas¹⁰⁴. Destaque-se que a mostra contava com obras das mais diversas e apenas quatro ou cinco poderiam ter algum conteúdo sexual¹⁰⁵.

O pano de fundo para o cancelamento foram os inúmeros protestos e críticas contundentes proferidas por grupos conservadores contra o evento. Em síntese, tais segmentos alegavam que a exposição exibia conteúdo pornográfico, com representações de zoofilia e de pedofilia, além do discurso de que, algumas obras, representariam blasfêmia contra símbolos religiosos. Mais do que isso, pleitearam a suspensão da mostra e pregaram boicote ao banco privado, nas redes sociais. Como argumento sustentaram a “imoralidade” da exposição, uma vez que fora financiada com recursos públicos, captados através da Lei Rouanet. Diante da grande repercussão, o banco Santander, por meio de nota divulgada em suas redes sociais, decidiu pela suspensão da exposição¹⁰⁶.

104. Veja-se a seguinte reportagem jornalística sobre a suspensão da mostra: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/09/11/politica/1505164425_555164.html; Acesso em 12.12.2017.

105. Essa foi a constatação a que chegou o promotor de justiça Júlio Almeida que no dia seguinte ao cancelamento da exposição foi verificar *in locu* as denúncias de apologia à pedofilia. Ver: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/nao-ha-pedofilia-diz-promotor-apos-visitar-exposicao-de-diversidade-sexual-cancelada-em-porto-alegre.ghtml>. Acesso em 12.12.2017.

106. A íntegra da nota está reproduzida na seguinte matéria jornalística: <https://oglobo.globo.com/cultura/artes-visuais/em-nota-clientes-santander-explica-encerramento-de-mostra-lgbt-em-porto-alegre-21807901>. Acesso em 14.12.2017.

O caso retrata uma situação complexa, de confronto, *in concreto*, entre modalidades de liberdades de expressão de particulares. Por um lado, a liberdade de manifestação artística deve ser garantida da forma mais ampla possível, assim como não deve estar sujeita a nenhuma espécie de censura, em um Estado Democrático de Direito. De outro lado, o próprio objetivo da arte, qual seja, gerar debate e reflexão, não pode significar que apenas opiniões a ela favoráveis sejam veiculadas. É dizer: por justamente chocar, assustar e, em alguns casos, pretender quebrar paradigmas e ser revolucionária, a arte também deve estar sujeita a críticas. A grande questão é estabelecer qual pode ser o papel do Estado nessa relação.

Um ponto de partida pode se encontrado em um dos *standards* propostos por Luís Roberto Barroso para a atribuição de pesos na ponderação entre a liberdade de expressão e a honra: a veracidade do fato (BARROSO, 2017, p. 391). Com as adaptações necessárias, é possível afirmar que os debates e confrontos entre as diversas visões de mundo não podem ser um “vale tudo”. O ideal é que ambas as partes se pautem por um dever de lealdade, a partir do qual mentiras deliberadas e distorções de informações sejam vedadas.

Isso porque, para que o debate seja de fato justo e igualitário, nenhuma das partes pode agir com malícia deliberada¹⁰⁷. No caso descrito, os movimentos conservadores que proferiram críticas à mostra de arte se valeram do artifício da distorção para imputar aos expositores a incitação à pedofilia, especialmente no tocante às obras assinadas pela artista Bia Leite. As referidas telas, longe de estimularem práticas re-

107. São interessantes os dois parâmetros, para fins de responsabilização de veículos de imprensa pela difusão de notícias falsas, já consagrados no direito norte americano, que são a negligência na apuração do fato e o dolo na difusão do fato, realçados por Luís Roberto Barroso. (BARROSO, 2004, p.25).

lacionadas à pedofilia, buscam propor reflexões sobre como as questões de gênero se colocam desde cedo nas crianças. Nesse ponto, a mentira tem um viés ainda mais grave: são declarações caluniosas, facilmente propagáveis de maneira acrítica pela internet.

Além disso, a conclamação a boicotes através de argumentos inverídicos e distorcidos provoca a chamada censura indireta (NUNES, 2017). Não se trata de um órgão estatal obstando a propagação de ideias ou manifestações artísticas, como historicamente já ocorreu no Brasil, mas de particulares que silenciam a liberdade de expressão de outros particulares.

É interessante notar que situações análogas ocorreram em outros países democráticos. No final da década de 1980, nos EUA, uma decisão do Fundo Nacional de Artes (NEA) de financiar exposição de obras do fotógrafo Robert Mapplethorpe gerou imensa discussão (FISS, 2005, pp. 67-98). Setores conservadores, representados pelo senador Jesse Helms, atacaram algumas peças que continham nudez e/ou representações de práticas homossexuais. Assim como no caso brasileiro, uma mostra com a exposição foi cancelada diante dos protestos. Ocorre que os ataques do senador não cessaram ali. Foi aprovada a chamada “emenda Helms ao orçamento da NEA” para impedir o financiamento de artes consideradas “obscenas em termos amplos”¹⁰⁸. Com a expiração dessa emenda, foi aprovada lei de conteúdo semelhante em 1990, que vige até a presente data, que além de atribuir maiores responsabilidades ao presidente da NEA na eleição de obras a serem financiadas, estabelece a não obscenidade

108. A definição de obscenidade foi estabelecida no precedente *Miller v. California*, no qual “exige que a acusação prove que o trabalho proibido, no seu todo apele para um lascivo interesse em sexo, descreva conduta sexuais de uma forma patentemente ofensiva e seja desprovido de sério valor artístico, científico ou literário”. (FISS, 2005, pp. 71-72)

como uma condição de elegibilidade. Essa não obscenidade atende aos critérios do precedente *Miller vs California*¹⁰⁹, que atribui às cortes o dever de estabelecer o que é obsceno.

Talvez muitas representações artísticas de nudez, ou que envolvam a sexualidade humana acabem desembocando no questionamento da pornografia enquanto arte (MACKINNON, 1990, pp. 219-222). Em verdade, definir se uma obra artística se reveste de caráter pornográfico pode se tornar uma questão muito nebulosa na prática. Cite-se o exemplo da exibição finlandesa denominada de “*Virgin-Whore Church*”, que expunha centenas de fotografias de pornografia infantil com o objetivo de provocar a discussão sobre o quão fácil é ter acesso a tais conteúdos (GARTON ASH, 2016, p. 247). A observação é que, nesse caso, a Corte Europeia de Direitos Humanos declarou que se tratava, de fato, de uma forma de liberdade de expressão, mas a partir do momento em que se utilizou de material pornográfico envolvendo crianças, a ação da polícia finlandesa em fechar a exibição teria sido legítima e proporcional¹¹⁰.

Diante do exposto, percebe-se em concreto as dificuldades e complexidades de qualquer intervenção estatal nessa seara. Em primeiro lugar, não parece legítimo que o Estado realize qualquer coerção sobre particulares. Ou seja, não parece adequado que se pretenda obrigar o banco privado a manter a exposição aberta. Seria igualmente impertinente qualquer pretensão estatal de controlar o direito de crítica às mostras de arte, sob o risco de censura direta. Mesmo em situações nas quais se coloque a questão da veracidade do discurso, parece um tanto quanto autoritário que o Estado

109. 413 U.S. 15 (1973).

110. Veja o debate sobre a exposição em: <http://freespeechdebate.com/en/discuss/child-pornography-and-freedom-of-expression/>. Acesso em 14.12.2017.

queira definir o conteúdo da verdade. Embora se entenda que em uma democracia a manifestação artística deva contar com o maior espaço de liberdade possível, também é verdade que o direito de crítica deva gozar de igual posição, principalmente quando haja recursos públicos empregados.

Em segundo lugar, uma postura de inércia também não parece ser a mais adequada, haja vista o potencial silenciador de certas formas de expressão. Aqui, especificamente, a concepção de cunho conservador e majoritária, manifestada através de conclamações a boicotes e distorções dos fatos, teve força real de tolher concepções artísticas de grupos estigmatizados. E é evidente que qualquer forma de silenciamento – seja estatal ou particular – não se coaduna com o Estado Democrático de Direito.

O que se propõe é uma atuação alternativa do Estado. A primeira seria através do fomento prioritário às manifestações artísticas de grupos estigmatizados, que pode encontrar embasamento legal no art. 1º, I e V da lei 8.313/91. O argumento de que o Estado deveria ser neutro nessa matéria não é satisfatório, uma vez que a neutralidade absoluta nunca será viável. Muitas vezes argumentos de neutralidade escondem discursos de poder e dominação. Ademais, um fomento prioritário a manifestações de minorias ou grupos estigmatizados não significa necessariamente uma vinculação ideológica ou política específica, mas sim um compromisso com o enriquecimento do livre mercado de ideias e com o fortalecimento da democracia. É de se destacar que o fomento não necessariamente se limitará à captação de recursos para o financiamento das manifestações culturais e artísticas. No caso *queer museu*, por exemplo, poder-se-ia imaginar uma atuação proativa do Poder Público através de “propagandas” positivas sobre conteúdos e objetivos da exposição, ou de sua realização em locais públicos.

Uma segunda forma de atuação do Estado se coaduna com as políticas públicas de reconhecimento. Cuida-se do desen-

volvimento de projetos cujo foco seja educação pública, preocupados substancialmente em inculcar o igual respeito e consideração para com grupos minoritários e estigmatizados em todos os níveis de ensino. É de se notar que essa política pública não se limitaria à tentativa de criar um ambiente de tolerância democrática, mas também de embasar maior representatividade dos membros desses grupos nos espaços públicos.

Uma terceira atuação seria viável através do Poder Judiciário. As duas formas de atuação anteriormente citadas colocam o foco nas políticas públicas e, portanto, especialmente no Poder Executivo. Ocorre que a proteção de minorias e grupos estigmatizados nem sempre é bem executada pelos poderes eleitos. Mais do que isso, políticas públicas não costumam gerar os resultados esperados em caráter imediato. Assim, diante da peculiaridade de cada caso concreto, a atuação jurisdicional pode ocorrer através do direito de resposta, de reparações civis ou, excepcionalmente – e com bastante parcimônia –, através de determinações de retificação ou de retratação¹¹¹ e de ações penais. Tudo isso com base no que dispõe o art. 5º, V e X da CF.

No caso *queer museu*, dentre os instrumentos jurisdicionais mencionados, aquele que parece ser mais adequado é o manejo de ações de responsabilidade civil por parte do curador ou dos artistas contra aqueles atores que propagaram informações falsas sobre a mostra de arte¹¹². Mesmo que esta

111. É preciso destacar que haja certa parcimônia na sua utilização no tocante ao exercício do direito de crítica a manifestações artísticas, em razão do risco de o Poder Judiciário se tornar autoritário e pretender ser o “dono da verdade”.

112. Além de todos os prejuízos sofridos na esfera moral dos referidos indivíduos, outra repercussão foi a instauração de uma CPI no Senado sobre maus tratos de crianças em que o curador da exposição foi ouvido, uma vez que a exposição foi associada à pedofilia. É interessante notar que fora determinada a sua condução coercitiva, que foi confirmada pelo STF, mas posteriormente suspensa após ofício do Senador Malta afirmando

seja uma medida de cunho individual e com poucas repercussões diretas no que tange à manifestação artística em si, não é de se desprezar o efeito pedagógico que indenizações por dano moral podem gerar em grupos e indivíduos que se utilizam, maliciosamente, de distorções da realidade e mentiras em suas manifestações, sobretudo em críticas artísticas, políticas ou ideológicas.

Conclusão

A frase utilizada no início deste artigo pode provocar estranheza para os que vivem em sociedades democráticas, visto sugerir certa tolerância com a censura e, portanto, com o aniquilamento da liberdade de expressão, em suas mais diversas formas. Tais sociedades, em algum momento, costumam evocar a noção libertária do livre mercado de ideias como forma de demonstrar repúdio a toda e qualquer censura.

Ocorre que, como visto, o Estado não é o único capaz de provocar restrições à liberdade de expressão. E, por outro lado, é de se reconhecer que em contextos de profundas desigualdades, especialmente as de cunho cultural, são necessárias intervenções promocionais por parte do Estado para que todos possam efetivamente ter voz. Somente assim “as verdades” podem chegar a todos os ouvidos. Desconsiderar tal aspecto implica em desídia para com a construção de uma sociedade justa e democrática.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. Teoria Discursiva do Direito. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Tra-

que o curador se dispunha a depor espontaneamente.

vessoni Gomes Trivisonno. – 1. ed. – Rio de Janeiro:
Forense Universitária, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de ex-
pressão e direitos da personalidade. critérios de pon-
deração. interpretação constitucionalmente adequada
do código civil e da lei de imprensa. Rio de Janeiro:
Revista de Direito Administrativo, 2004.

_____. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo:
Os conceitos fundamentais e a construção de um novo
modelo. – 6ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

BINENBOJM, Gustavo. Temas de Direito Administrativo
e Constitucional: artigos e pareceres. Rio de Janeiro:
Renovar, 2008.

BUTLER, Judith. Gender Trouble: Feminism and the sub-
version of identity. New York, Routledge, 1990.

FARIAS, Edilsom Pereira. Liberdade de expressão e comu-
nicção: teoria e proteção constitucional. Tese (Dou-
torado em Direito) – Faculdade de Direito, Universi-
dade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2001.

FISS, Owen. A ironia da liberdade de expressão: estado,
regulação e diversidade na esfera pública; tradução e
prefácio de Gustavo Binенbojm e Caio Mário da Silva
Pereira Neto. – Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GARTON ASH, Timothy. Free Speech: ten principles for
a connected world. New Heaven, London: Yale Uni-
versity Press, 2016.

LOURO, Guacira Lopes. Um corpo estranho – ensaios so-
bre sexualidade e teoria queer. – 2. ed.; 3. reimp. –
Belo Horizonte: Autêntica, 2016.

MACKINNON, Catharine A. Sexuality, pornography and method: pleasure under the Patriarchy. In: SUNSTEIN, Cass R. *Feminism & political theory*. Chicago, The University of Chicago Press, 1990.

MILL, John Stuart. Sobre a liberdade e A sujeição das mulheres; tradução de Paulo Geiger; Introdução de Alan Ryan; posfácio de Joel Pinheiro da Fonseca. – 1ª edição. – São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2017.

MEIKLEJOHN, Alexander. What does the first amendment mean? *The University of Chicago Law Review* Vol. 20, No. 3, 1953.

NETO, João Costa. *Liberdade de Expressão: o conflito entre o Legislador e o juiz constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017.

NUNES, Daniel Capecchi. A democracia sem críticos: arte e censura indireta. Artigo disponível em: <<https://www.jota.info/artigos/a-democracia-sem-criticos-arte-e-censura-indireta-20102017>>. Acesso em 12/12/2017.

OSÓRIO, Aline. *Direito eleitoral e liberdade de expressão*. – Belo Horizonte : Fórum, 2017.

SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n.º. 16, maio-junho-julho-agosto, 2007.

_____. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

WALZER, Michael. *Esferas da Justiça: Uma defesa do pluralismo e da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Direitos humanos das mulheres e violência de gênero: a tutela do feminicídio pela Corte Interamericana de Direitos Humanos

Marcela Siqueira Miguens e Raisal Duarte da Silva Ribeiro

Introdução

Os direitos fundamentais podem ser tutelados pelos ordenamentos jurídicos nacionais, regionais e internacionais. Quando o Estado, que possui responsabilidade precípua na tutela dos direitos de seus jurisdicionais, permanece inerte ou incapaz de proteger e implementar os direitos fundamentais de seus cidadãos, surge a possibilidade de tutela pelos sistemas internacionais e regionais, que geram a responsabilização estatal.

O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos (SIDH) foi criado no âmbito da Organização dos Estados Americanos e tem por objetivo proteger os direitos fundamentais, quando os países da América Latina, que rati-

ficaram a Convenção Americana de Direitos Humanos, não conseguem fazê-lo.

Nesse contexto, impõe-se a importância do SIDH na tutela dos direitos fundamentais das minorias e na implementação de melhores legislações no âmbito interno dos Estados para a tutela desses direitos.

O presente artigo, desenvolvido a partir de pesquisas anteriores já publicadas das autoras¹¹³, tem por objetivo analisar o posicionamento do SIDH na tutela dos direitos humanos das mulheres, com a análise de um caso específico, julgado em 2009 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: o caso do campo algodoneiro. No referido caso, a Corte condenou o Estado mexicano pelos assassinatos contínuos de mulheres ocorridos na Cidade Juárez, configurando a ocorrência do feminicídio. A partir dessa decisão da Corte, diversos ordenamentos jurídicos da América Latina passaram alterar suas legislações, trazendo como tipo penal ou como qualificadora o feminicídio.

Dessa forma, o presente artigo se estrutura em dois momentos fundamentais: em primeiro lugar, se realiza uma análise descritiva do caso; em um segundo momento, analisa-se o procedimento desenvolvido na Comissão Interamericana e na Corte Interamericana de Direitos Humanos, com a verificação dos deveres impostos ao Estado Mexicano na condenação.

1. O caso

O caso Campo Algodoeiro (*Campo Algodonero*) trata da morte violenta de mulheres ocorrida em Ciudad Juárez, no México, referente ao desaparecimento e posterior mor-

113. Vide: MIGUENS, RIBEIRO, 2017; MIGUENS, RIBEIRO, 2018.

te das jovens Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal e Laura Berenice Ramos Monárrez. Os corpos das jovens foram encontrados no dia 06 de novembro de 2001, junto com corpos de outras mulheres, entre 15 e 20 anos, em frente à sede da AMAC (Associação de Maquiladoras de Ciudad Juárez). Estes desaparecimentos e mortes formam o principal conjunto de fatos ao redor do qual desenvolve-se o caso, que tem raízes mais profundas e implicações maiores (AMNISTIA INTERNACIONAL, 2003).

Diversas outras mortes de mulheres ocorreram antes e também após o episódio do Campo de Algodão, todas com características similares: em regra jovens estudantes ou trabalhadoras cujo desaparecimento fora reportado às autoridades pelas suas famílias; pouco empenho do Estado nas buscas; descoberta dos corpos com sinais de violência sexual, dilacerados e com vestígios de tortura.

A descoberta dos oito corpos na antiga plantação de algodão atingiu a opinião pública, causando comoção nacional. Centenas de pessoas em Ciudad Juárez protestaram e firmaram oito cruces no local onde os corpos foram encontrados, em um ato simbólico, recordando as jovens mortas.

Em 14 de dezembro de 2001, várias organizações de defesa dos direitos das mulheres, dos direitos humanos, organizações sociais, grupos de familiares das vítimas e grupos de mulheres reuniram-se para lançar uma campanha intitulada *Alto a la Impunidad: Ni una muerta más*, como forma de pressionar as autoridades mexicanas encarregadas de esclarecer os mais de duzentos casos de homicídios¹¹⁴ praticados contra mulheres ainda não resolvidos, clamando por medi-

114. Em razão da decisão da Corte no Caso Campo Algodoeiro, anos após, o feminicídio passou a ser tipificado pelos Códigos Penais de alguns Estados mexicanos. Em 14 de junho de 2012 foi publicada do Diário Oficial da Federação a reforma que tipificou o feminicídio no Código Penal Federal.

das legislativas e políticas públicas de proteção aos direitos humanos das mulheres na Ciudad Juárez, e para que assumissem conjuntamente esta responsabilidade a província de Chihuahua e o Estado do México.

A Ciudad Juárez é a cidade mais populosa do Estado de Chihuahua, o maior do México. Esses dados, somados às condições de incentivo a migração à região, com a fixação das indústrias maquiladoras e a presença intensa do narcotráfico, fizeram da cidade, segundo informações do Conselho Cidadão para a Segurança Pública e a Justiça Penal, de 2010, a cidade mais violenta do mundo pelo segundo ano consecutivo, tendo atingido este mesmo patamar em 2009 (LA TERCERA).

Em regra, atribui-se às características próprias de Ciudad Juárez a existência desta espécie de violência urbana que atinge índices negativos, certamente agravada no pela crise econômica e social profunda.

Os familiares das vítimas ao recorrerem às autoridades policiais quando do desaparecimento de jovens deparam-se com a ineficácia da persecução penal e a leniência das mesmas, que não procuram tomar medidas para acharem as jovens com vida, sugerindo que as mesmas teriam saído de suas casas voluntariamente para algum encontro amoroso, ou algo semelhante. A descoberta dos corpos, quando ocorre, não se dá pela polícia, mas por pessoas que transitavam nos locais em que haviam sido deixados.

Ocorre um processo de descrédibilização e culpabilização das vítimas promovido pelos responsáveis pela segurança, pelos meios de comunicação e pelos empresários da cidade, que as tacham de prostitutas, viciadas em drogas, pessoas sem valores, mulheres que saem à procura de perigo – como se qualquer elemento moral justificasse os desaparecimentos e feminicídios constantemente praticados.

Um elemento estrutural essencial que emerge nos casos citados é a ineficácia da persecução penal. O Estado não se mostrou capaz de empreender esforços para investigar, processar, punir ou fazer cessar a violência contra as mulheres. Os elevados casos de feminicídios em Ciudad Juarez são alimentados, por um lado, por um governo sob uma forte influência dos cartéis de tráfico de drogas e, por outro lado, por uma sociedade dominada pelo patriarcado e pelo machismo, que despreza essa violência e que segue tentando torná-la invisível.

Familiares das vítimas de feminicídio e mesmo alguns especialistas relataram irregularidades ocorridas durante as investigações policiais, entre as quais se poderia citar o desaparecimento de registros, a perda de provas relevantes, foram feitas acusações do emprego de tortura em determinadas pessoas para forçá-las a confessar de crimes que não cometeram. Além disso, o procedimento para identificação dos corpos foi demorado, levando em torno de 18 meses para determinar objetivamente as identidades das vítimas. Os estudos antropométricos, craniométricos e análises de DNA apresentaram resultados contraditórios, gerando muitas incertezas. A insistência das autoridades locais na validade das investigações, despertou desconfiança e gerou incertezas entre os parentes das vítimas.

Em razão da incapacidade do Estado mexicano em empreender a persecução penal e de lidar de forma adequada com os desaparecimentos e mortes violentas de mulheres em Ciudad Juárez, os familiares de Claudia, Esmeralda e Laura apresentaram suas demandas à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, posteriormente levadas à Corte, firmando a paradigmática jurisprudência do caso Campo Algodoeiro. Essas mortes são consideradas como parte de um conjunto de violência sistêmica que atinge às mulheres em todo o mundo, especialmente pungente na cidade em questão, tendo se perpetrado ao longo dos anos. O procedimento de-

envolvido no sistema interamericano de proteção de direitos humanos foi fundamental para a construção de um conceito de feminicídio e posterior inserção do tipo penal em países da América Latina.

2. Análise do caso pelo sistema regional interamericano

As mães das vítimas Laura, Claudia e Esmeralda, com o apoio da organização não governamental Rede Cidadã de Não Violência e pela Dignidade Humana peticionaram, separadamente, junto à Comissão, em 06 de março de 2002, denúncias relativas aos desaparecimentos e mortes de suas filhas. A Comissão decidiu por reunir os três procedimentos em uma única demanda, uma vez que os fatos haviam ocorrido seguindo um mesmo padrão de conduta, no mesmo local e circunstâncias de tempo, tendo sido investigados conjuntamente pelo Estado, identificando-os como caso do Campo Algodoeiro.

As violações a direitos humanos ocorridas em um país, dentro deste contexto do sistema regional de proteção, são inicialmente levadas à Comissão, procedimento preliminar, cujo objetivo é trazer uma solução não contenciosa que faça cessar ou que promova uma reparação em relação aos fatos relatados.

A Comissão reuniu algumas informações, que se coadunam com as já apresentadas do cenário de Ciudad Juárez a partir do início da década de 90, demonstrando a situação dos direitos humanos da mulher neste território.

Sendo órgão não contencioso, mas de caráter consultivo na promoção e defesa dos direitos humanos, a Comissão, neste momento inicial, constatou que houve, por parte do Estado mexicano, o descumprimento de obrigações previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como na Convenção de Belém do Pará, em seu Informe

nº28/07, transmitido ao Estado mexicano em 04 de abril de 2007. Senão vejamos:

[...] el Estado de México es responsable de violaciones de los derechos a la vida, a garantías judiciales y a la protección judicial, consagrados, respectivamente, en los artículos 4, 8.1 y 25 de la Convención Americana, todos ellos en conexión con la obligación que le imponen al Estado los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado, en perjuicio de Laura Berenice Ramos, Claudia Ivette González y Esmeralda Herrera Monreal. Igualmente, la CIDH concluye que el Estado violó los derechos del niño de Laura Berenice Ramos y Esmeralda Herrera Monreal consagrados en el artículo 19 de la Convención Americana, en conexión con la obligación que le imponen al Estados los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado, y el derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5.1 de dicho instrumento en perjuicio de los familiares de las tres víctimas, todos ellos en conexión con la obligación que le imponen al Estado el artículo 1.1 de dicho tratado. [...] [y que] que el Estado menoscabó los derechos de Laura Berenice Ramos, Claudia Ivette González y Esmeralda Herrera Monreal bajo el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará.

Ainda, recomendou a realização de uma investigação “séria, imparcial e exaustiva dos fatos”, para identificar e punir os verdadeiros responsáveis; a determinação também de responsabilidade dos funcionários públicos que atuaram de forma negligente ou irregular na apuração dos fatos e a reparação dos familiares das vítimas. No plano geral, por ser a violência contra a mulher em Ciudad Juárez um fe-

nômeno social expressivo e preocupante, recomendou que o México adotasse políticas públicas de “erradicação dos padrões socioculturais discriminatórios”, que direcionasse recursos públicos para a efetiva persecução das condutas relativas à violência contra a mulher, incluindo a capacitação dos agentes responsáveis por ela.

Em 04 de novembro de 2007, depois de avaliar relatórios sobre o cumprimento das recomendações apresentadas pelo Estado e as manifestações apresentadas pelos representantes das vítimas e suas famílias, a Comissão apresentou a demanda contra os Estados Unidos Mexicanos, iniciando o caso perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em razão das violações cometidas em Ciudad Juárez consistente no “desaparecimento e posterior morte” das jovens Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal e Laura Berenice Ramos Monárrez.

Em sua demanda apresentada à Corte, a Comissão afirmou não ter havido a devida punição em relação aos desaparecimentos e subsequentes mortes das vítimas, o que ainda houve por agravar e prolongar o sofrimento causado pela violação dos direitos fundamentais causado em seus familiares. Ainda, fundada nos dispositivos legais, considerou ser dever do Estado mexicano de dar uma resposta judicial adequada, estabelecer a identidade dos responsáveis, impor as sanções correspondentes e compensar as famílias das vítimas. Sustentou-se que se tratava de um caso exemplo da ausência de diligência e de devida condução das investigações, em um padrão de violência contra a mulher que conta com centenas de casos de desaparecimentos e morte em Ciudad Juárez.

O pedido feito pela Comissão à Corte consistiu no reconhecimento da violação pelo Estado mexicano de dispositivo da Convenção Americana de Direitos Humanos e da Convenção de Belém do Pará. Em 23 de fevereiro de 2008, os re-

presentantes das vítimas¹¹⁵, fizeram um pedido para a inclusão de outras no Caso Campo Algodoeiro, o que foi negado.

Houve o reconhecimento parcial de responsabilidade por parte do Estado mexicano, tão somente pelas investigações realizadas inicialmente para apurar os desaparecimentos e mortes, entre os anos de 2001 e 2003. Segundo o México, houve irregularidades neste primeiro momento, mas que teriam sido sanadas pelo próprio Estado, na segunda etapa das investigações, iniciadas em 2004.

A Corte entendeu como positivo o reconhecimento parcial de responsabilidade por parte do México, tendo em vista os compromissos que assumem os Estados como partes nos instrumentos internacionais de direitos humanos. Em relação aos fatos, o Estado também admitiu, em que se pese tê-lo feito em termos gerais, a existência de um contexto de violência contra a mulher disseminado em Ciudad Juárez.

Como exceção preliminar, o Estado argumentou que a Corte não teria competência para apreciar uma violação de dispositivo da Convenção de Belém do Pará, o que foi, no entanto, afastado pela Corte.

A Comissão trouxe uma série de informações representando o tratamento dado pelo Estado mexicano à proteção dos direitos da mulher. Constatou-se que desde o ano de 1993 houve um aumento bastante significativo no número de desaparecimento de homicídio de mulheres. Em 1998, a Comissão Nacional de Direitos Humanos do México examinou 24 casos de homicídios de mulheres e concluiu que durante as investigações foram violados os direitos humanos das vítimas e seus familiares.

115. Associação Nacional de Advogados Democráticos A.C., Comitê da América Latina e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher, Rede Cidadã de Não Violência e Dignidade Humana e Centro para o Desenvolvimento Integral da Mulher A.C.

As partes trouxeram uma série de testemunhas, familiares das vítimas, peritos, especialistas em violência contra a mulher e em diversas áreas, entre outros para instrução do processo.

No Caso Campo Algodoeiro foram abordadas também as especificidades da violência de gênero alcançadas em Ciudad Juárez, já aqui descritas, um contexto que contribuiu para ocorrência dos fatos objeto da demanda. Assim, não só as três mortes foram discutidas, mas esse fenômeno generalizado estendido por décadas na região, que se tornou foco da comunidade nacional e internacional, e a ineficaz resposta do Estado em relação a estes crimes.

A Comissão destacou o padrão existente nestes crimes, uma vez que seriam praticados contra mulheres jovens, em regra, entre 15 e 25 anos, estudantes, trabalhadoras de maquiladoras ou empresas locais, de escassos recursos e, muitas vezes, migrantes. Um número significativo dos crimes apresentou sinais de violência sexual

Diversos relatórios estabelecem os seguintes fatores em comum em vários dos homicídios: as mulheres são sequestradas e mantidas em cativeiro, seus familiares denunciam seu desaparecimento e depois de dias ou meses seus cadáveres são encontrados em terrenos baldios com sinais de violência, incluindo estupro ou outros tipos de abusos sexuais, tortura e mutilações.

Também se colocou pelos representantes das vítimas a questão do gênero como denominador comum nos crimes praticados em Ciudad Juárez. Apesar de negar algum tipo de padrão nos motivos dos homicídios de mulheres na região, o Estado mexicano reconheceu esta problemática que se apresenta de forma crítica desde 1993, manifestando-se que no caso da violência contra as mulheres perpetrada, os homicídios teriam “causas diversas, com diferentes autores, em circunstâncias muito distintas e com padrões criminais

diferentes, mas se encontram influenciados por uma cultura de discriminação contra a mulher”.

É bastante expressiva a afirmação trazida pelo México em resposta dada sobre as medidas que estariam sendo tomadas para melhorar prevenir a violência contra a mulher em Ciudad Juárez:

(...) deve-se reconhecer que uma cultura fortemente arraigada em estereótipos, cuja pedra angular é o pressuposto da inferioridade das mulheres, não se muda da noite para o dia. A mudança de padrões culturais é uma tarefa difícil para qualquer governo. Mas ainda quando os problemas emergentes da sociedade moderna: alcoolismo, toxicomania, tráfico de drogas, quadrilhas, turismo sexual, etc., contribuem a exacerbar a discriminação que sofrem vários setores das sociedades, em particular aqueles que já se encontravam em uma situação de desvantagem, como é o caso das mulheres, dos meninos e das meninas, dos e das indígenas.

A violência perpetrada, decorreria, entre outros fatores, da incorporação das mulheres no mercado de trabalho, com a consequente inversão do papeis familiares, como mencionado anteriormente. O papel da mulher como nova provedora do lar teria encontrado resistência na mentalidade patriarcal tradicional, atuando como um fator gerador da violência.

As discussões e conceituações teóricas sobre o feminicídio já se colocavam há algumas décadas, como se depreende do exposto anteriormente. Contudo, o caso Campo Algodoeiro trouxe esta discussão e emprego do termo pela primeira vez em um Corte Internacional, reconhecendo como feminicídio as condutas praticadas.

Os representantes das vítimas foram os primeiros a trazer ao processo a identificação das mortes ocorridas com o feminicídio, pois elas seriam uma expressão da violência misógina, “uma forma extrema de violência contra as mulheres; o assassinato de meninas e mulheres pelo simples fato de sê-lo, em uma sociedade que as subordina”. Afirmaram os representantes das vítimas que, para se diferenciar um homicídio em que se tenha a mulher como vítima de um feminicídio, deve-se considerar “quem o comete, como o faz e em que contexto”.

O próprio Estado mexicano, em audiência pública realizada, utilizou o termo para se referir às mortes em Ciudad Juárez, mas se opôs à sua utilização como tipo penal, uma vez que não existia nas legislações internas dos países, ou nos instrumentos vinculantes do sistema interamericano de direitos humanos.

A Corte Interamericana considerou a existência da definição de violência feminicida pela Lei Geral de Acesso das Mulheres a uma Vida Livre de Violência, em vigor no México desde 2007, que define, em seu artigo 21, esta espécie de violência como:

(...) a forma extrema de violência de gênero contra as mulheres, produto da violação de seus direitos humanos, nos âmbitos público e privado, formada pelo conjunto de condutas misóginas que podem levar à impunidade social e do Estado e pode culminar em homicídio e outras formas de morte violenta de mulheres

Além disso, a Corte afirmou que alguns dos relatórios das instâncias governamentais e peritos qualificaram os fatos ocorridos em Ciudad Juárez como feminicídio. Também neste sentido foram os relatórios da Comissão Especial da Câmara de Deputados para Conhecer e Dar Acompanha-

mento às Investigações Relacionadas com os Feminicídios da República Mexicana; da Comissão para Ciudad Juárez; do Observatório Cidadão; das organizações não governamentais Centro para o Desenvolvimento Integral da Mulher e Rede Cidadã de Não Violência e pela Dignidade Humana; da Comissão Mexicana de Defesa e Promoção dos Direitos Humanos A.C, bem como diferentes *amici curiae*.

Desta forma, a Corte reconheceu e passou a se referir ao tipo de crime praticado em Ciudad Juárez como “homicídio de mulher por razões de gênero”, também conhecido por feminicídio, para fins de atribuição de responsabilidade do Estado pelas violações de direitos humanos ocorridas em seu território. Senão vejamos:

231. Tudo isso leva a Corte a concluir que as jovens González, Ramos e Herrera foram vítimas de violência contra a mulher de acordo com a Convenção Americana e a Convenção de Belém do Pará. Pelos mesmos motivos, o Tribunal considera que os homicídios das vítimas ocorreram por razões de gênero e estão enquadrados dentro de um reconhecido contexto de violência contra a mulher em Ciudad Juárez (...).

Dentre outros pontos relevantes, como o reconhecimento das irregularidades nas investigações e falha na persecução penal, a Corte Interamericana reconheceu o descumprimento pelo Estado de sua obrigação de garantir o direito à vida, à liberdade pessoal e à integridade pessoal das vítimas por meio da adoção de medidas para prevenir os desaparecimentos e mortes. O Estado foi falho em seu dever de atuar com a devida diligência para prevenir, investigar e punir os atos de violência sofridos pelas vítimas, descumprindo a Convenção

de Belém do Pará, que define a violência contra a mulher como “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada”.

A violência contra a mulher é uma forma de discriminação, portanto, a Corte declarou ter o Estado violado também o dever de não discriminação contido na Convenção Americana, em detrimento das jovens; bem como em relação ao acesso à justiça consagrado no mesmo instrumento, em detrimento dos familiares das vítimas. A Corte concluiu que a violação da integridade pessoal dos familiares das vítimas se configurou pelas circunstâncias sofridas durante todo o processo desde que as jovens desapareceram, bem como pelas ameaças, intimidações e perseguições relatadas.

Reconheceu-se por decisão da Corte a prática do feminicídio contra as jovens, com a conseqüente responsabilização do Estado do México por não ter mecanismos eficazes para coibir, investir e punir as violações dos direitos humanos das mulheres ocorridos em seu território, uma vez que foi incapaz de esclarecer os acontecimentos ou de atribuir a correspondente responsabilidade.

Como medidas de reparação, a Corte estabeleceu algumas a serem tomadas pelo Estado mexicano. Em primeiro lugar, determinou a condução eficaz do processo penal em curso, para identificar e punir os responsáveis pelos crimes. Deve-se proceder à responsabilização dos funcionários públicos acusados de irregularidades, aplicando as devidas sanções administrativas, disciplinares ou penais correspondentes e também investigar as denúncias de intimidação e perseguição apresentadas pelos familiares das vítimas.

A Corte estabeleceu indenizações pelos danos materiais e imateriais causados às vítimas e seus familiares. Também foram determinadas outras medidas, de natureza não pecu-

niária, como medidas de satisfação do dano imaterial que não pode ser mensurável. Uma delas implicou no reconhecimento público por parte do Estado da responsabilidade internacional pelas graves violações ocorridas, e a criação de um monumento em memória das vítimas.

Foram determinadas medidas como a criação de uma política integral, coordenada e de longo prazo para garantir que os casos de violência contra as mulheres sejam prevenidos e investigados, os responsáveis processados e punidos, e as vítimas reparadas.

Já se havia promulgado, no México, em 24 de janeiro de 2007 a mencionada Lei Geral de Acesso das Mulheres a uma Vida Livre de Violência, que traz definições das formas de manifestação da violência de gênero, com o objetivo de prevenir, punir e erradicar a violência contra as mulheres e, posteriormente, em 2012, houve a reforma do Código Penal Federal incluindo o tipo penal de feminicídio entre os crimes contra a vida e a integridade corporal. A sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos foi exarada em 16 de novembro de 2009.

Considerações finais

Muitas teorias foram aventadas como tentativa de compreensão dos feminicídios em Juárez. Motivos como a realização dos chamados *snuff movies*, que consistem em gravações de assassinatos, estupros, torturas e outros crimes reais, sem qualquer espécie de efeito especial, para serem comercializados para entretenimento. Contudo, não foram encontradas quaisquer gravações protagonizadas pelas vítimas de Ciudad Juarez.¹¹⁶

116. GIRÓ, Xavier (dir.) [et al.]. *Los documentales del feminicidio en Ciudad Juárez*. Barcelona: Oficina de Promoción de la Paz y de los Derechos Humanos, Generalitat de Cataluña, 2010. (Materiales de Paz y Derechos Humanos; 18.), p. 17.

Declarações de autoridades oficiais apontaram que quase a totalidade dos feminicídios em Ciudad Juárez teriam sido praticados como forma de violência doméstica, estando os culpados no âmbito das relações privadas das vítimas.¹¹⁷ Indubitavelmente, o feminicídio pode ocorrer no contexto da violência doméstica, de incidência bastante frequente – questão que será desenvolvida adiante. Contudo, nada parece ser este o motor dos delitos em Juárez.

Outra hipótese seria a de provar a “virilidade” dos novos membros de gangues ou cartéis de drogas, pela que a forma como os feminicídios foram praticados em Juárez, com a violência sexual e a dilaceração dos corpos das mulheres. Cogitou-se também a realização de celebrações, de orgias, pelos empresários juarenses ou pessoas ligadas aos governos locais e federais, onde, como parte da “diversão” constituiria na violação das jovens e posterior morte.¹¹⁸

Ainda que sejam desconhecidos executores ou autores intelectuais destes delitos, ou haja dúvidas sobre suas identidades, o importante é destacar que mulheres desapareceram e foram mortas em Juárez pelo fato de serem mulheres, essa violência lhes é especialmente direcionada.

A questão da violência contra a mulher, onde o feminicídio se encontra como a expressão mais extremada, relaciona-se a uma cultura, uma educação e uma moral patriarcal que são prejudiciais e certamente perigosas e que garantem a perpetração deste tipo de delito. Esta cultura e educação patriarcais têm elementos ou íntima identificação com culturas excludentes, que se fundam na segregação e discriminação com base em aspectos como raça, etnia, classe e gênero, entre outros.

117. *Idem*, p. 35.

118. *Ibidem*, p. 99.

Seja uma forma de assassinatos em série, um caso de violência doméstica ou a violência urbana intensificada pelo narcotráfico, encontra-se no feminicídio um denominador comum: a necessidade de domínio e controle dos homens sobre as mulheres. A sociedade mexicana, como tantas outras – não sendo a brasileira uma exceção – tem um estruturante componente machista e, até mesmo, misógino, que deriva de um modelo de sociedade patriarcal. Não é concebível analisar as mortes de mulheres em Juárez desconsiderando este aspecto determinante.

As características destes crimes são semelhantes, em primeiro lugar pelo perfil das vítimas que, como dito, são, em regra, jovens mulheres, de poucos recursos, muitas delas trabalhadoras das maquiladoras. Além da violência sexual constatada quando da descoberta dos corpos – que é apresentada em muitos casos – os poucos esforços das autoridades na tentativa de busca, de solucionar os desaparecimentos também se mostra como algo corriqueiro, um dos elementos que levou à condenação do Estado do México no Caso Campo Algodoeiro.

Referências bibliográficas

AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Muertes Intolerables, Diez Años de Desapariciones de Asesinatos de Mujeres en Ciudad Juárez y Chihuahua*. Editorial Amnistía Internacional (EDAI), Madrid, 2003. Disponível em: <http://web.amnesty.org/library/Index/ES-LAMR410262003?open&of=ESL-MEX>, Anexo 6. Acesso em: 15 mar. 2016.

CIDH. *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) Vs. México*. Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos. 16 de novembro de 2009. Disponível em:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_por.pdf. Acceso em: 15 mar. 2016.

DINIZ, Debora; COSTA, Bruna Santos; GUMIERI, Sinaara. *Nomear feminicídio: conhecer, simbolizar e punir*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 114, V. 23, 2015. p. 225-239.

DULITZKY, Ariel E.; GALLI, Maria Beatriz. *A comissão interamericana de direitos humanos e o seu papel central no sistema interamericano de proteção aos direitos humanos*. In: O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos e o direito brasileiro. GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coord). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

FALQUET, Jules. *De los asesinatos de Ciudad Juárez al fenómeno de los feminicidios: ¿nuevas formas de violencia contra las mujeres?* Disponível em: <https://julesfalquet.files.wordpress.com/2010/05/art-feminicidios-contrettemp-vientos-sur-esp.pdf>. Acceso em: 10 jun. 2016.

GARITA VÍLCHEZ, Ana Isabel. *La regulación del delito de femicidio/feminicidio em América Latina y el Caribe*. Secretariado de la Campaña del Secretario General de las Naciones Unidas ÚNETE para poner fin a la violencia contra las mujeres. Panamá, 2012.

GIRÓ, Xavier (dir.) [et al.]. *Los documentales del feminicidio en Ciudad Juárez*. Barcelona: Oficina de Promoción de la Paz y de los Derechos Humanos, Generalitat de Catalunya, 2010. (Materiales de Paz y Derechos Humanos; 18.).

HOBLES, Humberto. *Ciudad Juárez: donde ser mujer es vivir en peligro de muerte*. Papeles de relaciones eco-

sociales y cambio global, N^o. 109. España: Revista Papeles, 2012.

LA TERCERA. *Ciudad Juárez es elegida por segundo año consecutivo como la más peligrosa del mundo*. Disponível em: <http://www.latercera.com/noticia/ciudad-juarez-es-elegida-por-segundo-ano-consecutivo-como-la-mas-peligrosa-del-mundo/>. Acesso em: 07/11/2016.

LAGARDE Y DE LOS RÍOS, Marcela. *Antropología, feminismo y política: violencia feminicida y derechos humanos de las mujeres*. In: Retos Teóricos y nuevas prácticas. BULLEN, Margaret; DIEZ MINTEGUI, Carmen. (Coord). España: Ankulegi, 2008.

LIXINSKI, Lucas. *Caso do Campo de Algodão: Direitos humanos, desenvolvimento, violência e gênero*. Casoteca Direito GV – Produção de casos 2011. Disponível em: http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/campo_de_algodao_nota_de_ensino.pdf. Acesso em 15 mar. 2016.

MIGUENS, Marcela Siqueira; RIBEIRO, Raisa Duarte da Silva. González e Outras (“campo algodoeiro”) vs. México (2009): violência contra a mulher e definição de feminicídio. Núcleo Interamericano de Direitos Humanos, Casoteca, 2017. Disponível em: <https://nidh.com.br/gonzalez-e-outras-campo-algodoeiro-vs-mexico-2009-violencia-contra-a-mulher-e-definicao-de-feminicidio/> Acesso em 23 maio 2018.

MIGUENS, Marcela Siqueira; RIBEIRO, Raisa Duarte da Silva. Feminicídio: a tutela dos direitos humanos das mulheres pelo sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Revista Metta, 2018. Disponível em: <https://www.mettacursos.com.br/revista08> Acesso em 23 maio 2018.

MONÁRREZ FRAGOSO, Julia Estela. *Trama de una injusticia: feminicidio sexual sistémico en Ciudad Juárez*. Tijuana, Baja California: El Colegio de la Frontera Norte, México, D.F.: Miguel Ángel Porruá, 2009.

OEA. (Organização dos Estados Americanos). Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Relatório nº 54. Caso 12.051. Maria da Penha Fernandes. Brasil*. 4 de abril de 2001. Disponível em: <http://www.cidh.org/annual-rep/2000port/12051.htm>. Acesso em: 10 mar. 2018.

_____. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Campo Algodonero: Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez (Casos 12.496, 12.497 y 12.498) contra los Estados Unidos Mexicanos*. Washington, 4 de noviembre de 2007. Disponível em: <http://www.cidh.org/demandas/12.496-7-8%20Campo%20Algodonero%20Mexico%204%20noviembre%202007%20ESP.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2018.

PIOVESAN, Flávia. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. In: *O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos e o direito brasileiro*. GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coord). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

RUSSELL, Diana E. H. *The origin and importance of the term femicide*. 2001. Disponível em: http://www.dianarussell.com/origin_of_femicide.html. Acesso em: 24 jan. 2016.

SEGATO, Rita Laura. *Qué es un feminicidio. Notas para un debate emergente*. Série Antropologia, n. 401. Brasília: Universidade de Brasília, 2006.

_____. *Femigenocidio y feminicidio: una propuesta de tipificación*. In: Revista Herramienta, n. 49. Buenos Aires, 2011. Disponível em: <http://www.herramienta.com.ar/revista-herramienta-n-49/femigenocidio-y-feminicidio-una-propuesta-de-tipificacion>. Acesso em: 10 mar. 2016.

Regulamentação jurídica da assistência sexual para as pessoas com deficiência: efetividade dos direitos humanos ou legitimação da prostituição?

Flávio Romero Guimarães e Paulla Christianne da Costa Newton

A título de introito: sexualidade e deficiência.

A pessoa com deficiência amargura múltiplas facetas da vulnerabilidade. Se, por um lado, a deficiência, em qualquer uma de suas manifestações, representa um fator inveterado de vulnerabilidade e discriminação, por outro aspecto a deficiência induz à interação com outros elementos com idêntica conotação discriminatória. Ilustrativamente, observa-se de forma corriqueira a associação da pessoa com deficiência à impotência, asco, incompetência, comoção, entre tantas outras qualificações que majoram, sensivelmente, a vulnera-

bilidade e o risco de exclusão. Desta forma, vislumbra-se a possibilidade de hipóteses complexas de vulnerabilidade, as quais podem aderir vários estigmas agressivos, tradicionalmente perpetuados no convívio social. Entre os estereótipos mais difundidos e diretamente relacionados às pessoas com deficiência, destaca-se a questão da sexualidade.

Indubitavelmente, nesta seara, há uma tendência em se vincular a deficiência, qualquer que seja o tipo ou grau, com incapacidade, impotência, infertilidade, apatia, ausência de emoções ou desejos de conotação sexual. Desafortunadamente, as limitações físicas, sensoriais, mentais ou intelectuais são idealizadas como amputações sexuais.

Tais construções são absolutamente inaceitáveis e se tornam campo fértil para a perpetuação da discriminação.

Negar a sexualidade, o desejo, os sentimentos e os impulsos sexuais à pessoa com deficiência simboliza o esfacelamento de sua condição humana, considerando-se que a sexualidade é reflexo natural dos seres vivos, em qualquer forma de orientação pretendida.

Efetivamente, neste panorama, a múltipla vulnerabilidade das pessoas com deficiência exterioriza uma dupla discriminação:

I – A discriminação histórica, social e cultural que padeceu/padece em razão da deficiência e,

II – A discriminação que padece no cerne familiar, da comunidade e do Estado, resultante da limitação ou rechaço aos seus direitos sexuais, em uma nítida expressão de violência social.

Inclusive, cabe ressaltar que, historicamente, ao vislumbrar-se os estudos e teorias sobre a deficiência, tratar de te-

mas como sexualidade e direitos sexuais não é recorrente. Paira um silêncio, inclusive normativo, ao qual se pode explicar “porque la sexualidad es percibida como un deseo y no como una verdadera necesidad” (CASADO, 2014, s/p).

Este complexo discriminatório torna imprescindível que os Estados adotem medidas que permitam a este coletivo o pleno gozo dos direitos e liberdades essenciais, considerando-se que as normas jurídicas existentes são insuficientes para eliminar todas as nuances da desigualdade de fato, se não se empreendem ações para compensar os efeitos nocivos de atitudes, comportamentos e estruturas organizacionais profundamente arraigadas na sociedade (GORDILLO, 2011).

A mobilização pela conquista do exercício efetivo dos direitos das pessoas com deficiência clama pela ruptura com os padrões de marginalização que vivenciam, tanto no espaço público quanto no privado.

1. Declaração universal dos direitos sexuais. Os direitos sexuais como direitos humanos fundamentais e elementos essenciais à consecução do pleno desenvolvimento humano

A Declaração universal dos Direitos Sexuais, aprovada pela Assembleia Geral da Associação Mundial de Sexologia, em 26 de agosto de 1999, no 14º Congresso Mundial de Sexologia, em Hong Kong preconiza que, entre outros aspectos, os direitos sexuais são direitos humanos fundamentais e universais arraigados na liberdade, dignidade e igualdade.

Sendo assim, compreende-se que a sexualidade insere-se como elemento intrínseco à personalidade do ser humano, considerando-se o pleno desenvolvimento da sexualidade como fator essencial para o “bem estar individual, interpessoal e social”.

A Declaração Universal elenca uma plataforma de direitos sexuais que devem ser reconhecidos, promovidos, respeitados e defendidos, como instrumentos imprescindíveis para a consolidação da saúde sexual, nos seguintes moldes:

I - Direito à Liberdade Sexual: viabilizando a expressão das potencialidades sexuais dos indivíduos, excluindo-se coerções, explorações e abusos de qualquer natureza;

II – Direito à Autonomia Sexual, Integridade Sexual e Segurança do Corpo Sexual: comporta o direito de decidir livremente sobre as vertentes sexuais, considerando-se a ética pessoal e social, incluindo-se o domínio sobre o próprio corpo, livre de tortura, mutilação ou violência;

III - Direito à Privacidade Sexual: envolvendo o direito à tomada de decisões individuais sobre a intimidade, sempre que não perturbe os direitos sexuais de outrem;

IV - Direito à Equidade Sexual: refere-se ao rechaço a todas formas de discriminação, incluindo-se às limitações físicas ou emocionais;

V - Direito ao Prazer Sexual: incluído como instrumento para o bem estar pleno do indivíduo;

VI - Direito à Expressão Sexual Emocional: direito do indivíduo expressar a sua sexualidade através da comunicação, o contato, a expressão emocional e o amor;

VII - Direito à Livre Associação Sexual: Significa a ampla possibilidade de estabelecer variados tipos de associações sexuais ou não, conforme o livre entendimento do indivíduo;

VIII - Direito a fazer opções reprodutivas, Livres e Responsáveis: direito a decidir sobre ter ou não filhos e o acesso aos mecanismos de regulação da fertilidade;

IX - Direito à Informação baseada no Conhecimento Científico: processos científicos e éticos devem gerar a informação sexual, com adequadas formas de divulgação, atingindo às variadas camadas da sociedade;

X - Direito à Educação Sexual Compreensiva: processo duradouro que deve nortear o indivíduo desde o nascimento e envolvendo às instituições sociais diversas;

XI - Direito ao Cuidado da Saúde Sexual: os mecanismos e instrumentos para atenção à saúde sexual devem encontrar-se disponíveis para prevenção e tratamento dos problemas, aflições e desordens sexuais.

Do exame analítico das linhas supra, percebe-se que o alcance efetivo e integral dos direitos sexuais sedimenta-se mediante a consolidação das facetas acima descritas, compreendendo-se que, os direitos sexuais enquanto direitos universais deverão vincular-se à liberdade, autonomia, segurança, integridade, privacidade, equidade, prazer, informação, educação e atenção à saúde, como reflexo de sua conotação integral. De forma que, a abordagem de tais direitos deve alcançar a todos, incluindo-se, evidentemente, as pessoas que possuam algum tipo de limitação física, sensorial, funcional, mental ou intelectual.

Neste panorama, torna-se imprescindível edificarmos uma concepção universal dos direitos humanos para abranger o respeito, o fomento e a tutela dos direitos sexuais em uma ampla abordagem baseada nos pilares da autonomia, liberdade, informação, saúde e segurança, considerando-se à seara da sexualidade como fator crucial ao pleno desenvolvimento humano.

3. Tutela à afetividade na perspectiva da convenção da Organização das Nações

Unidas sobre os direitos das pessoas com deficiência e seu protocolo facultativo

A Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada em 13 de dezembro de 2006, estabelece, em seu artigo 23, a adoção de medidas efetivas e adequadas para eliminar a discriminação contra as pessoas com deficiência no que concerne ao casamento, família, paternidade e relacionamentos.

Neste aspecto especial, prioriza o reconhecimento do direito das pessoas com deficiência, em idade de contrair matrimônio, de casar-se e estabelecer família, com base no livre e pleno consentimento dos pretendentes, como também o direito de decidirem livre e responsabilmente sobre o número de filhos e o espaçamento entre esses filhos e de ter acesso às informações adequadas à idade e a educação em matéria de reprodução e de planejamento familiar, bem como os meios necessários para exercer esses direitos.

Neste patamar, torna-se importante observar que o texto consolidado resguarda o direito das pessoas com deficiência constituírem famílias, casamentos e relacionamentos, sem nenhum tipo de discriminação. Aspecto que rompe com alguns tabus, quando se trata de discutir a sexualidade e a possibilidade de manutenção de relações afetivas por parte das pessoas com deficiência.

Em sentido complementar, no mesmo artigo 23, o texto normativo assegura que as pessoas com deficiência, inclusive as crianças, conservem sua fertilidade, em igualdade de condições com as demais pessoas. Importante ressaltar que este aspecto normativo preserva o entendimento de que mulheres, adolescentes e meninas com deficiência não devem ser compelidas à esterilização forçada.

Por óbvio, este artigo da Convenção deve, necessariamente, ser interpretado em consonância com o artigo 25, a, do mesmo corpo normativo, que estabelece que os Estados deverão oferecer às pessoas com deficiência programas e atenção à saúde gratuitos ou a custos acessíveis da mesma variedade, qualidade e padrão que são oferecidos às demais pessoas, inclusive na área de saúde sexual e reprodutiva e de programas de saúde pública destinados à população em geral.

Por outro lado, a Convenção, ainda em seu art.23, especifica uma gama de medidas pertinentes aos direitos e responsabilidades das pessoas com deficiência relativas aos cuidados, criação, guarda, custódia, curatela e adoção de crianças, prevalecendo sempre o interesse destas (NEWTON, 2012).

As diretrizes pactuadas também asseguram a consecução do pleno direito à vida familiar em relação às crianças com deficiência, através da prestação de informações abrangentes sobre serviços e apoio a crianças com deficiência e suas famílias, evitando com isto a ocultação, abandono, negligência e segregação destas crianças.

E ademais, nos termos da Convenção, os Estados Partes assegurarão que uma criança não será separada de seus genitores contra a vontade destes, exceto quando as autoridades competentes, sujeitas a controle jurisdicional, determinarem, em conformidade com as leis e procedimentos aplicáveis, que a separação é necessária, no superior interesse da criança. Em nenhum caso, uma criança será separada dos pais sob alegação de deficiência da criança ou de um ou ambos os genitores.

4. Aspectos essenciais da assistência sexual: fundamentos, objetivos e especificidades.

4.1 Projeção no espaço europeu

No contexto da tutela à sexualidade e fomento à pluralidade, difunde-se na Europa a figura da assistência sexual para as pessoas com deficiência, desenvolvida em países como Alemanha, Dinamarca, Suíça, entre outros (CASADO, 2014).

Neste particular, advoga-se que as atividades se desenvolvam por consenso mútuo entre os sujeitos, pessoas adultas e capazes. Neste panorama, difundem-se associações e empresas como intermediadoras das atividades em diversos países europeus.

A Suíça regulamentou a criação de empresas para o oferecimento de atividades de assistência sexual. Neste modelo intervencionista, torna-se imprescindível que o assistente possua um certificado de capacitação, sendo a atividade remunerada.

Na Bélgica, apesar de não regulamentada, a atividade vislumbra-se como tolerada pelo Estado. Em condição similar a que é exercida na Suécia e na Alemanha.

Nos Países Baixos e na Dinamarca, o Estado subsidia os trabalhadores sexuais habilitados e os assistentes sexuais.

Na França, há uma tendência a não legalização, posto que o Comitê Nacional de Ética a equipara com a prostituição.

4.2 Elementos caracterizadores

A assistência sexual apresenta-se como a prestação de serviços íntimos por profissionais com habilitação específica, podendo ser gratuita ou remunerada. Ou seja, constitui-se como um espaço de intersecção entre os feixes de cuidados pessoais e atividades sexuais prestadas por pessoas previamente habilitadas (CASADO, 2014).

Em termos de sistemas comparados, observando-se os modelos europeus, os condicionantes e requisitos variam dependendo do tipo de interação existente entre a assistência sexual e o ordenamento jurídico do país, podendo ser regulamentada ou apenas tolerada, nos moldes examinados no tópico anterior.

Em termos práticos, a atividade de assistência sexual consiste na oferta de serviços de ordem sexual, íntimo e emocional às pessoas com deficiência, com ou sem remuneração. O receptor dos serviços prestados será, necessariamente, pessoa com deficiência, física ou intelectual. Com relação ao profissional habilitado à execução dos serviços, o assistente pode ser homem ou mulher.

Ademais, os serviços podem ser prestados por heterossexuais ou homossexuais, assegurando-se e respeitando-se, portanto, a pluralidade de orientações sexuais aos contratantes. Evitando-se, desta forma, qualquer tipo de prática discriminatória na oferta dos serviços em comento.

É essencial que o agente que se disponibiliza ao exercício do labor como assistente sexual possua uma habilitação específica para o exercício de tais atividades. Assim, a prestação dos serviços qualifica-se pela especialização e habilitação de profissionais, como médicos, fisioterapeutas, enfermeiros, assistentes sociais, psicólogos e inclusive profissionais do sexo.

As atividades realizadas pelo assistente sexual são desenvolvidas tomando-se como essência as necessidades da pessoa com deficiência e o que foi previamente pactuado entre as partes, considerando-se os limites de respeito, segurança e a autonomia dos sujeitos envolvidos. Neste cenário, a assistência implica em comportamentos sexuais moderados, passando por carícias, toques, estímulos, podendo chegar até a penetração.

O pacto pode ser firmado diretamente entre o profissional e a pessoa com deficiência ou entre o assistente e o responsável legal. Por sua vez, o acordo poderá ser consolidado após uma triagem previamente realizada por uma entidade de apoio, com a mediação de encontros entre o profissional cadastrado e o usuário dos serviços.

Advoga-se, nesta última hipótese a absoluta necessidade de a entidade, instituição ou associação que auxilia / apoia à

assistência sexual inserir-se no processo sem o ânimo lucrativo, eliminando-se, de esta forma, a nuance de favorecimento à prostituição.

4.3 Protocolo de serviços íntimos para pessoas com deficiência aprovado na Catalunha / Espanha

Na Europa há doudas opiniões divergentes sobre a prática da assistência sexual. Os debates, congressos e investigações acirram-se, para defender ou rechaçar ditas atividades. A Suíça ofertou o reconhecimento e a legalização da assistência sexual, como instrumento para a melhoria na qualidade de vida dos deficientes. Outros países europeus também inseriram instrumentos legais de amparo a esta prática, enquanto outros optaram por não tratar o assunto em normativa determinada.

Com efeito, a associação sem finalidade lucrativa Tandem Team Barcelona consolidou o primeiro Protocolo para a promoção e facilitação da assistência sexual para pessoas com diversidade funcional¹¹⁹.

O Protocolo é cognominado como Tandem Intimty e possui como objetivo à interação entre as pessoas com deficiência e os assistentes sexuais, tomando como parâmetros os modelos esculpidos pela Bélgica e pela Holanda, mediante uma prévia seleção com entrevistas personalizadas e a promoção do contato entre os sujeitos envolvidos no processo. Sem embargo, os acordos serão desenvolvidos livremente entre o assistente e o contratante dos serviços, podendo ter finalidade lucrativa ou meramente voluntária.

Nos padrões estabelecidos pelo protocolo, a análise dos potenciais assistentes considera a experiência profissional em

119. <http://www.tandemteambcn.com>.

assistência pessoal, as práticas que estarão dispostos a seguir, a idade e a espécie de deficiência do usuário e o motivo para a realização das atividades de assistência sexual.

Desde este último aspecto, torna-se relevante ressaltar que, a justificativa concedida pelo profissional não pode limitar-se ao aspecto financeiro. Obviamente, há que se resguardar a existência de motivos sociais e valores éticos e morais para a efetiva realização da atividade de assistência.

O *quantum* pactuado não pode simbolizar a mola propulsora para o exercício de tais atividades, caso exista a previsão de contraprestação, posto que a prática de atividades sexuais exclusivamente em troca de dinheiro concentra-se nos comportamentos habituais de prostituição. De forma alguma, a assistência sexual pode fundamentar-se em ideais meramente lucrativos. Por isto, a necessidade imperiosa de a atividade ser desenvolvida por profissionais, entre enfermeiros, assistentes sociais, fisioterapeutas, entre outros, devidamente habilitados e especializados na prestação de tais serviços.

A Tandem Team Barcelona aduz que não recebe nenhum tipo de lucro pela intermediação dos serviços, apartando-se de qualquer aspecto que possa confundir à prestação de um serviço social com o favorecimento à prostituição. De esta forma, os pactos são ajustados entre os contratantes, espontaneamente.

Outro ponto a ser considerado é que, nos moldes do Protocolo espanhol, a assistência é ofertada tanto com natureza heterossexual como também em caráter homossexual, considerando à diversidade dos indivíduos.

5. Aspectos controvertidos e reflexos positivos decorrentes da assistência sexual

A assistência sexual aporta uma série de reflexos positivos para os deficientes, ao mesmo tempo em que desperta uma série

de obscuridades e problemáticas responsáveis pela fragmentação de opiniões, entre defensores e opositores do reconhecimento e inserção de tal atividade no cerne dos ordenamentos jurídicos.

Neste patamar, os contornos benéficos consubstanciam-se na associação do desenvolvimento sexual como direito humano, observando-se as seguintes perspectivas:

a) As práticas sexuais adotadas viabilizam à melhoria em relação aos procedimentos de reabilitação e desenvolvimento das atividades funcionais, ao considerar-se à sexualidade como fator crucial para o pleno desenvolvimento humano. Incluindo-se, por suposto, heterossexuais, homossexuais, bissexuais, não binários e assexuados ao exercerem livremente as suas escolhas em relação aos direitos sexuais;

b) A assistência sexual resplandece um perfil humanitário e solidário. Os atos e carícias sexuais acabam substituindo uma sequência de comportamentos e hábitos adotados pelos progenitores dos deficientes que, não raras vezes, acabam tentando suprir as necessidades sexuais dos filhos, através de mecanismos alternativos de satisfação;

c) A inclusão de temáticas pertinentes à sexualidade das pessoas com deficiência contribui para a ruptura de tabus, estereótipos e rótulos. O exame da figura da assistência sexual, entre lamentos, murmúrios e aplausos, representa, acima de tudo, um passo magno para a ênfase aos direitos sexuais fundamentais dos deficientes, incluindo-se os debates e reflexões sobre novos perfis e perspectivas para a plena efetividade de tais direitos;

d) E por ende, os contornos da atividade de assistência sexual permite uma abordagem múltipla de uma temática complexa que deve ser investigada e analisada em várias perspectivas, sob a coordenação de esforços interdisciplinares,

inclusive com o treinamento e a qualificação de profissionais para a atuação habilitada nas atividades em comento.

Por outro lado, permanece uma variedade de obscuridades e interrogantes como entraves à consecução do reconhecimento de tal atividade, ilustrativamente:

a) A similitude com o objeto da prostituição conduz a uma carga nebulosa de interrogantes e vazios, derivando uma série de argumentos opostos e lamúrias contundentes. As dificuldades cruciais para a legitimação deste tipo de atividade em face aos ordenamentos jurídicos, principalmente no tocante as normativas que regulam às atividades laborais, fundamentalmente, pela existência de uma linha tênue entre as atividades profissionais de assistência sexual e a prostituição;

b) As relações desenvolvidas no cerne das atividades de assistência sexual podem ocasionar ruínas e lacunas emocionais. Com efeito, não existe a possibilidade de conhecermos os resultados emocionais, afetivos, sentimentais da assistência sexual para a vida da pessoa com deficiência como se fosse uma singela operação aritmética. Por certo, não se trata de uma ciência exata, os sentimentos preponderam e os resultados podem ser diferenciados do previamente pretendido. Assim sendo, há que se pensar nas relações afetivas que podem surgir no curso das atividades de assistência sexual, ocasionando uma espécie de dependência do deficiente em relação ao profissional ou vice-versa;

c) Um dos maiores obstáculos para o desenvolvimento de ações, medidas e aparatos relacionados aos direitos sexuais são as questões religiosas, culturais e históricas, porquanto, tais preceitos concentram tabus e limites ao exercício das concepções sexuais;

d) E, não podemos esquecer o trato sobre as questões sanitárias e de proteção à saúde da pessoa com deficiência. Sob este ângulo, ao comparar-se às atividades desenvolvidas na seara da assistência sexual com as atividades de prostituição, poder-se-ia perceber a segurança sexual e a proteção à saúde como óbices à aceitação de tais atividades. Ao considerar-se que a assistência sexual implica na potencial existência de uma pluralidade de parceiros, tanto para o profissional como para o deficiente, majorando os riscos de transmissão de enfermidades sexuais.

5.1 Assistência sexual *versus* prostituição

Nos moldes expostos na presente investigação, torna-se evidente a existência de traços similares entre a assistência sexual prestada aos deficientes e as práticas de prostituição. No entanto, cabe sublinhar que ambos institutos são diferentes em seus limites conceituais, nuances e delimitações.

Sem embargo, na prostituição há uma troca de serviços sexuais em favor, direta e imediatamente de uma contraprestação; na assistência sexual existe uma disposição de serviços de cuidados sexuais às pessoas com deficiência. Neste cenário, cabe ponderar, ainda que de forma singela, alguns pontos diferenciadores entre ambos os perfis, nos seguintes contornos:

a) Receptores dos serviços: os sujeitos receptores da assistência sexual são, exclusivamente, as pessoas com deficiência, restringindo-se, portanto, a sua esfera de atuação;

b) Habilitação: Ademais, para o exercício das atividades de assistência sexual é imprescindível uma habilitação específica com treinamento adequado para atender às necessidades das pessoas com deficiência, com respeito, ética, responsabilidade e profissionalismo.

c) Objetivo: a recepção da contraprestação não pode ser o único objetivo do profissional que presta este tipo de atividade. Há que existir um caráter humanitário vocacionado para a efetivação dos serviços.

Torna-se expresso, pois, o caráter solidário e humanitário da atividade em exame, apartando-se do viés meramente econômico. Com efeito, se de um lado temos um coletivo que necessita exercer plenamente e com dignidade os seus direitos sexuais, no outro pólo teremos um grupo de pessoas habilitadas ao exercício responsável, seguro e especializado da assistência íntima.

6. À guisa de conclusão

Parece-nos que a assistência sexual ofertada por profissionais devidamente qualificados apresenta-se como um instrumento para o efetivo usufruto da sexualidade pelas pessoas com deficiência, principalmente, para aquelas situações nas quais as limitações afloram em maior profundidade. Isso é indubitável.

Sem embargo, não podemos descartar a existência de vários questionamentos e emblemas que restam ainda não esclarecidos com relação à figura da assistência íntima especializada.

Duas reflexões, indubitavelmente, merecem maior destaque. A primeira diz respeito aos sentimentos, emoções, afeições e vínculos que, porventura, poderão ser consolidados entre o profissional assistente e o deficiente receptor dos serviços. Há que se ponderar sobre a delicada relação existente entre os sujeitos contratantes, posto tratar-se de uma atividade que, se por um lado, envolve o fundamental direito de todo ser humano ao exercício de sua sexualidade. Por outro lado, insere-se em um panorama que abarca um turbilhão de emoções, sentimentos e afetos. Lidar com tais aspectos mais

íntimos do ser humano, principalmente, em relação à pessoa em condição de vulnerabilidade pode originar situações periclitantes tanto para o assistente como para o assistido.

E a segunda questão paira em como se distinguir os limites econômicos, éticos, morais e funcionais para apartar a assistência íntima especializada dos trabalhos de prostituição. Na tentativa de afastar as duas figuras, alguns elementos já foram esmiuçados em linhas anteriores no presente texto, no entanto, sobejam dúvidas e interrogantes a respeito da linha tênue que as separa. Como inserir a assistência íntima, pois, satisfatoriamente, nos ordenamentos jurídicos? Como difundir, debater e promover os serviços de assistência íntima respeitando-se as diferenças e peculiaridades dos diversos grupos de pessoas com deficiência como podemos situar, ilustrativamente, o coletivo de mulheres com deficiência?

Eis, pois, dilemas e sombras que a temática nos impõe, entre outros tantos que, paulatinamente, irão se consolidando em face ao desenvolvimento e popularização da prática da assistência íntima especializada entre as diversas culturas, sociedades e modelos jurídicos.

Referências

BÉLGICA. Observatoire ASPH de la Personne Handicapée. Etude 2011. *Vie affective, relationnelle et sexuelle in institution*. Solidaris Mutualité. 52 páginas. Disponível em: <http://www.asph.be/ASPH/Analyses-et-etudes/ASPH-etudes-2011.htm>.

BRASIL. VI Relatório Nacional Brasileiro. Convenção para a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW) – Organizações das Nações Unidas. Secretaria Especial de Políticas para as

Mulheres. Brasília, 2008, página 173. Disponível em:
<http://www.sepm.gov.br/publicacoes-teste/publicacoes/2008/livrocedawweb.pdf>.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística-IBGE. Diretoria de Pesquisas. Coordenação de População e Indicadores Sociais. *Pesquisa de Informações Básicas Municipais. Perfil dos Municípios Brasileiros 2009*. Rio de Janeiro, 2010. Relatório MUNIC 2009.

BRASIL. Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3)/Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Brasília: SDH/PR, 2010.

BRASIL. Decreto nº 7.612, de 17 de novembro de 2011. Institui o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência - Plano Viver sem Limite.

CASADO, Sílvia Navarro. *El asistente sexual para personas con discapacidad, ¿una figura alegal?*. Em: 1er Congreso Internacional Virtual sobre Discapacidad y Derechos Humanos, dezembro 2014. Disponível em:
http://repositoriodpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/735/Pon_NavarroCasadoS_Asistente-SexualPersonas_2014.pdf?sequence=1. Acesso em: 3 de maio de 2018.

GORDILLO, Vanessa Cordero. *Igualdad y No Discriminación de las Personas con Discapacidad en el Mercado de Trabajo*. “Colección Laboral” 194. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011.

NEWTON, Paulla Christianne da Costa. *As questões de gênero e a pessoa com deficiência*. Em: LEITE, Glauber Salomão; FERRAZ, Carolina Valença e outros (Orga-

nizadores). **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência.** São Paulo: Saraiva, 2012.

ONU. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, homologados pela Assembleia das Nações Unidas em 13 de dezembro de 2006, na Sede das Nações Unidas em Nova York (A/RES/61/106).

Direito fundamental à alimentação: análise crítica das políticas sociais de combate à fome no Brasil

Cinthia da Silva Barros

Introdução

O presente artigo faz uma abordagem acerca direito fundamental à alimentação, traçando uma análise crítica dos “cortes” nas políticas sociais de combate à fome do Brasil. A principal finalidade é apontar a resistência que a população do semiárido nordestino vem passando em decorrência dos cortes dessas políticas que pode levar o país a figurar novamente entre os países que integram o Mapa da Fome. Para adentrar nesta temática é preciso destacar a sua relevância no meio jurídico, principalmente no que concerne aos direitos fundamentais disciplinados na Constituição da República de 1988, em que pese ao direito fundamental à alimentação.

Ademais, far-se-ão algumas considerações relevantes acerca do contexto histórico da fome no Brasil, sua evolução

e a decadência das políticas sociais do Brasil, tendo em vista o congelamento dos gastos públicos, o aumento da taxa de desemprego, corte nos beneficiários da Bolsa Família dentre outros aspectos. Será elencado o contexto histórico da fome no Brasil, a relevância do Direito fundamental à alimentação na Constituição Federal de 1988, as Políticas sociais de combate à fome no Brasil e as possíveis consequências que a população carente e vulnerável do país podem sofrer pelos “cortes” nas Políticas Sociais de Combate à Fome do Brasil.

A elaboração deste trabalho justifica-se através de discussões acerca da necessidade de discussão do direito humano à alimentação adequada que é previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, haja vista que “toda pessoa tem direito a [...] alimentação” (ONU, 1948), neste contexto, o presente estudo basea-se em uma revisão bibliográfica, bem como no estudo da legislação brasileira a problemática do tema, para a construção de um debate, a partir do método dedutivo, e de levantamento de informações com uma leitura atenta e sistemática. Diante do exposto é notória a sua relevância no Brasil, sendo envolta de conflitos e complexidade.

1. Contexto histórico da fome no Brasil

A palavra “Comer” não é um ato solitário, único do ser humano, é a origem da socialização, haja vista, que nas formas coletivas de se obter a comida, a espécie humana criou os utensílios culturais diversos, a própria linguagem, além disso, o uso do fogo há pelo menos meio milhão de anos que trouxe um elemento novo, constituidor da produção social do alimento, sendo que a comensalidade é a prática de comer junto, que deve ser partilhada, haja vista que a sua origem é tão antiga quanto à espécie humana, pois até mesmo espécies

animais já praticam a ação (CARNEIRO, 2005). Nesta senda, Freitas (2003, p. 29) destacava que:

[...] a luta pelo alimento para a manutenção da vida é um dos principais mecanismos da seleção natural na evolução das espécies. A incapacidade de o homem se alimentar plenamente estaria, então, relacionada aos limites impostos pelo ambiente natural. Essa idéia assinalou uma profunda necessidade de idealizar a existência humana subordinada à natureza, o que, em essência, afirmava a condição animal do homem, sem dar grande importância à sua reprodução diferenciada – diferenciação adquirida pela intencionalidade histórica na práxis social dos homens – e contrastante com a dos outros animais.

A partir deste contexto, é preciso entender que um dos maiores descobrimentos do século XX foi a fome, conforme pontua Josué de Castro, este que denunciou a situação de fome, apontando as causas (econômicas), bem como os efeitos desse fenômeno. Castro descreveu que no Brasil a fome é endêmica (e não epidêmica), que quer dizer uma alimentação abaixo do necessário por falta de alimentos que são vitais, embora os famintos vivam em ambientes com abundância de tais alimentos (BONFIM, 2000). Na história do Brasil, existiu uma série de lutas em torno da questão fome, uma guerra travada pelas classes populares que são classificadas pela história oficial como uma simples revolta ou atos de insubordinação (BONFIM, 2000).

Josué de Castro apresenta uma obra que marca de forma relevante a problemática da fome no Brasil, “Geografia da Fome” aprofunda-se no campo de estudos da geografia humana e da sociologia, em que pese às bases de estudo de sua

sociologia da fome, sendo uma denúncia de um país de famélicos, apresentando o Mapa da Fome do Brasil pela primeira vez em uma obra, representando assim, um marco no estudo da realidade brasileira, por ser o pioneiro no mapeamento da fome e do subdesenvolvimento (ANDRADE, 1996). De acordo com Vasconcellos, (2008, p. 2711):

A partir de Geografia da Fome, o país seria dividido em cinco diferentes áreas alimentares assim distribuídas: (1) Área Amazônica – à época, abrangia os estados do Amazonas e Pará, parte dos estados do Mato Grosso, Goiás e Maranhão e os territórios do Amapá e Rio Branco; (2) Nordeste Açucareiro ou Zona da Mata Nordestina – à época, correspondia a todo o litoral nordestino, do Estado da Bahia ao Ceará, compreendendo uma faixa territorial com largura média de 80km; (3) Sertão Nordestino – correspondendo, à época, às terras centrais dos estados do Piauí, Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco, Alagoas, Sergipe e Bahia; (4) Centro-Oeste – compreendia os estados de Minas Gerais, Goiás e Mato Grosso; e (5) Extremo Sul – que à época abrangia os estados da Guanabara, Rio de Janeiro, São Paulo, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul.

No Brasil, várias foram as revoltas relacionadas à fome, mesmo elas não estando explicitamente em alguns acontecimentos. Neste contexto, na segunda metade do século XIX houve o surgimento das sociedades mutualistas que objetivavam assegurar a sobrevivência de famílias dos assalariados pobres, além de auxiliá-las em determinadas ocasiões, como por exemplo, nos enterros. O Movimento do “Quebra-Quilos” ocorreu por volta de 1850 e 1900, tinha por finalidade rever o

sistema de pesos e medidas, pois as pessoas pobres eram “roubadas” em suas compras, pela manipulação das balanças. Em 1851 aconteceu a Revolta de Ibicaba em que os Colonos das fazendas de café revoltaram-se contra o alto preço das mercadorias que lhe eram vendidas, contra os pesos, as medidas utilizados e também contra os juros. O Protesto Contra Alta de Gêneros Alimentícios ocorreu também em Salvador no ano de 1858, este fora ocasionada pelas sucessivas epidemias de febre amarela e *cholera morbus* e a escassez contínua de alimentos, com a palavra de ordem: “Queremos carne sem osso e farinha sem caroço”. Outra revolta que é relevante apontar ocorreu contra os comerciantes estrangeiros contra o alto preço de mercadorias importadas e baixo preço pago pelos gêneros alimentícios nacionais, em 1872 (GOHN, 1995).

No início do século XX aconteceram diversas lutas em busca da melhoria de salários e de condições de vida para os operários, além das lutas no campo, muitas dessas lutas urbanas eram para o rebaixamento dos preços dos gêneros alimentícios. Cumpre salientar que em 1913 houve um Comício contra a Carestia, no Rio de Janeiro esta reuniu mais de (10) dez mil pessoas, sendo um movimento que espalhou-se por várias cidades do país, chamado de Movimento contra a Carestia. No Rio de Janeiro e em São Paulo por volta do ano de 1914 aconteceu os atos contra o Desemprego e a Carestia, que foram evoluindo (BONFIM, 2000). Em 1918 aconteceu o chamado Movimento de Comitês de Combate à Fome no Rio de Janeiro (BONFIM, 2000).

Entre os anos de 1925 à 1938 ocorreu o Movimento do Cangaço no Nordeste, este era associado às ações de Padre Cícero em Juazeiro relativos a questão da miséria (RADIS, 2018). A Marcha da Fome aconteceu em 1931 liderada pelo Partido Comunista, que teve um caráter de movimento nacional, com atos públicos e passeatas, nas cidades do Rio de

Janeiro, São Paulo e Santos, já no ano de 1932 o Sanitarista Josué de Castro denunciou a fome como uma questão de política social, e não de escassez de alimentos (RADIS, 2018).

O alerta de Castro em 1940 foi em torno da situação da fome, tornou-se um problema geográfico, social, biológico. Já em 1946 a Campanha Popular Contra a Fome, com uma Banca de Queixas, tinha por finalidade apresentar as reclamações contra os comerciantes que vendiam caro e especulavam com mercadorias. Entre os anos 1951 e 1953, aconteceu às passeatas da Panela Vazia, sendo que nesse período o Movimento Contra a Carestia atingia diversas regiões do Brasil (BONFIM, 2000).

A promoção do Dia Nacional de Protesto Contra a Carestia aconteceu em 7 de agosto 1963 realizado em várias partes do País. Em 1972 o Movimento do Custo de Vida na cidade de São Paulo em outras capitais, que foi fruto da articulação das Comunidades Eclesiais de Base que são ligadas à Igreja Católica. O I Congresso Nacional de Luta Contra a Carestia aconteceu em 1980, os saques em supermercados e lojas no Rio de Janeiro e em São Paulo foi em 1983. O Movimento Ação da Cidadania tinha por finalidade a luta contra a Miséria e pela Vida em 1993, este movimento conseguiu uma adesão da sociedade, com a criação de mais de 3.000 comitês organizados no Brasil com a maioria deles ligados a funcionários de empresas públicas (GOHN, 1995).

Já no ano de 1987 o Governo de Sarney lançou o Programa Nacional do leite para crianças carentes, que foi a primeira iniciativa brasileira de distribuição de cupons de alimentos em grande escala, em 1993 o Governo do Presidente Itamar Franco criou o conselho nacional de segurança alimentar (Consea) (FIOCRUZ, 2018). Em 1995 a Consea foi extinta pelo governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, onde a primeira dama Ruth Cardoso fundou a comunidade

solidária unindo programas sociais e de transferência de renda dos anos 90 em um único programa (FIOCRUZ, 2018).

O resultado do processo de modernização no Brasil trouxe várias implicações, a falta de um desenvolvimento econômico e social, em que pese nas regiões Nordeste e Norte, onde verifica-se vários problemas como a miséria e a fome (SANTOS, 1988). É necessário frisar, que no Brasil entre as décadas de 1960 e 1980 houve um benefício das classes mais favorecidas, demonstrando um aprofundamento de desigualdades sociais, da concentração da riqueza nas mãos de poucos, um acentuamento da pobreza e da miséria, produzindo assim, a escassez. A década de 1970 foi marcada pelo milagre econômico brasileiro, uma época em que a economia do país crescia, mas não havia desenvolvimento social de fato (SANTOS, 2004). Assegura, Paul Singer (1985, p.51) que:

A fome endêmica é antes de tudo um problema de falta de dinheiro. As pessoas que sofrem desse mal não se alimentam adequadamente porque não têm dinheiro suficiente pra comprar comida. Há dados abundantes para o Brasil de pesquisas de orçamento familiar. Todas demonstram nitidamente que existe uma correlação perfeita entre níveis de renda e níveis de alimentação. De tão óbvio, seria até ridículo afirmar aqui, se não fossem as dúvidas muitas vezes levantadas até por especialistas, de que as pessoas não sabem se alimentar bem, e com os poucos recursos compram pinga, televisão, cigarros etc. e assim continuam subnutridos. Tal raciocínio leva à conclusão de que nosso problema não seria a renda das famílias e sim suas falhas na educação, repetindo-se aquela famosa estória de que é pela educação que tudo se resolve.

No ano de 2001 o instituto Cidadania a partir o trabalho coordenado pelo agrônomo José Graziano Neto lançou o desenho inicial do programa Fome Zero, sendo um dos pontos principais da campanha presidencial de Luís Inácio Lula da Silva, no ano de 2002, sendo recriada em 2003 a (Consea) pelo Governo Lula, lançando o programa Fome Zero, com a finalidade de integrar as políticas emergenciais de combate à fome, e as políticas públicas estruturais, com vista nisso destaca-se o Cartão Alimentação que fora destinado à compra de alimentos pelas famílias mais pobres, e o programa de aquisição de alimentos (PAA) que era destinado para compras públicas dirigidas para a agricultura familiar (FIOCRUZ, 2018).

O Programa Bolsa família uniu os programas cartão alimentação, bolsa escola, bolsa alimentação e o vale gás, tornando-se um dos maiores programas de transferência de renda do mundo, sendo que entre os anos 2003 à 2010, cerca de 24 (vinte e quatro) milhões de brasileiros saíram da extrema pobreza (FIOCRUZ, 2018). Outro importante programa de combate à fome, nasceu no governo da ex-presidenta Dilma Rouseff no ano 2011 o “Programa Brasil sem Miséria” que incluiu uma complementação de renda e articulou mais de 100 programas sociais, haja vista que, o Brasil alcançou as metas da ONU com a redução da fome em 2012, que caminhou para que no ano de 2014 o Brasil saísse oficialmente do Mapa da Mundial da Fome (FIOCRUZ, 2018).

Com vista nisso, a pobreza é um fenômeno complexo que tende a privar uma grande parte da população mundial do acesso a alimentação, gerando um enorme contingente humano fadado a um insuficiente desenvolvimento social, físico e psicológico, onde as desigualdades de oportunidades é um fator que mantém as pessoas reféns da condição de extrema miséria (ROSANELI; RIBEIRO; ASSIS; SILVA; SIQUEIRA, 2015). A erradicação da pobreza extrema no Bra-

sil é mais efetiva do que o combate à fome, pois comprova-se a redução do número de pessoas abaixo da linha da pobreza em relação à diminuição dos indicadores da desnutrição nos últimos trinta anos no país (ROSANELI; RIBEIRO; ASSIS; SILVA; SIQUEIRA, 2015).

2. O direito fundamental à alimentação na constituição federal de 1988

Discutir acerca do direito fundamental à alimentação é abordar sobre a relevância do direito à vida, haja vista que, este direito está inserido em todos os direitos contidos no Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pidesc) da ONU, sendo o direito mais violado em todo o mundo. A FAO aponta que cerca dos 6,7 bilhões de habitantes do planeta, por volta de 1 bilhão sofre de fome crônica, sendo um prejuízo representado pela fome que não é apenas físico, mas que na linguagem das ciências médicas pode causar danos neurológicos que são irreversíveis, que podem vir acompanhados de distúrbios nas áreas cognitivas e emocionais. Debilitado assim fisicamente, mentalmente, tendo em vista que este ser humano torna-se vulnerável, com suas funções orgânicas e aptidões prejudicadas para executar um trabalho regular (ROSSANELLI, et. al, 2015). Neste caminho, Müller (2014, p.45-46) destaca que:

A previsão do direito social fundamental à alimentação adequada na Constituição Federal somente em 2010 é uma lástima, representa justamente a ausência de uma agenda política, social e jurídica voltada para as questões alimentares. Tal direito por ocasião da promulgação da Carta Constituinte já deveria ter seu lugar estabelecido. O Brasil como signatário

das Nações Unidas estabeleceu em 1966, o direito à alimentação com a instituição do Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, não poderia ter deixado de lado a alimentação no texto da Constituição de 1988. Apesar de todas as lutas sociais durante o Regime Militar e da Constituição de 1988 adotar rol de direitos fundamentais, o direito à alimentação foi deixado em segundo plano, muito embora já pudesse ser identificado discretamente em vários outros dispositivos constitucionais.

Em que pese o direito à uma alimentação adequada, é preciso destacar que já fora reconhecido como um direito humano desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) das Nações Unidas do ano de 1948, neste esteira, o Brasil demorou (5) cinco décadas para ratificar o “Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”, que estabelece a essencialidade da alimentação adequada, sendo que, os instrumentais para o seu cumprimento, bem como, a responsabilização do Estado ao seu acesso, promoção e proteção. Apesar da promulgação da Carta Constitucional de 1988, a então chamada de Constituição Cidadã, nada havia previsto de forma explícita acerca da promoção e proteção à uma alimentação adequada (CHEHAB, 2010). Nesta senda, Lisboa (2012, s/p) destaca que:

Mas, o que significa o Direito à Alimentação Adequada? [...] Um ponto fundamental para que o direito humano à alimentação adequada seja uma premissa verdadeira é necessário que o ser humano esteja “livre da fome”. E, o que significa a fome? Segundo as autoras, fome é o termo utilizado para expressar a sensação fisiológica manifestada pelo corpo quando

este percebe a necessidade de alimentos para manter suas atividades e continuidade à vida. Também pode significar estados de mal nutrição ou privação de comida entre as populações, comumente associados à pobreza, conflitos armados, instabilidade política, catástrofes ambientais ou condições agrícolas adversas.

A alimentação é essencial para a sobrevivência humana, esta visa atender as necessidades básicas do homem, haja vista que, sempre foi objeto de preocupação individual e coletiva (BRASIL, ABRANDH, 2013,). Em que pese a Constituição Federal de 1988, o Direito à Alimentação foi incluído recentemente como direito fundamental na Carta Magna, que passou a figurar como um direito social disciplinado no artigo 6º, conforme a Emenda Constitucional 064/2010 no rol dos direitos individuais e coletivos. A alimentação, por atender a uma das necessidades básicas do homem, sempre foi objeto de preocupação individual e coletiva (BRASIL, ABRANDH, 2013). Aponta Piovesan (2006, p. 35-36) que:

[...] cabe aos poderes públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de direito e garantia fundamental, visto que o princípio objetiva assegurar a força dirigente e vinculante dos direitos e garantias de feição fundamental, isto é, ele tem como escopo tornar os referidos direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelo Poder Legislativo, Executivo e Judiciário.

O Direito à Alimentação é considerado um direito fundamental, direito básico para todo e qualquer cidadão, sendo estabelecido e consagrado em vários documentos interna-

cionais, como: declarações, pactos e convenções ao adotarem a premissa de que todos os direitos fundamentais são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados (CARVALHO, 2012). Nesta esteira, Piovesan (2007, p. 25-26) destaca que “não há direitos fundamentais sem que os direitos econômicos, sociais e culturais estejam garantidos e que, por isso, devem ser reivindicados como direitos, e não como caridade, generosidade ou compaixão.”

Cumprе salientar, que é preciso a efetivação do direito à alimentação, como um direito fundamental, sendo que é preciso analisar o acesso à alimentação de forma ampla, não como algo restrito e não apenas de um ponto de vista, sendo um olhar transdisciplinar, essencial para contemplação do aspecto social, biológico, sanitário, jurídico e econômico envolvido do tema (BRASIL, 2014).

3. Políticas sociais de combate à fome no Brasil

Com relação às políticas sociais de combate à fome no Brasil, é necessário destacar o período compreendido dos anos de 1940 do então governo de Getúlio Vargas, até o início do ano de 2005, com o Governo do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva (SILVA, 2006). No ano de 1995, no Governo do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, foi criada a (Consea) com novas estratégias de enfrentamento à pobreza, criou-se a Comunidade Solidária que tinha por finalidade articular de forma descentralizada, com parcerias da sociedade civil, e de outros programas já existentes em diferentes ministérios com o objetivo de enfrentar a fome e a miséria (SILVA, 2006).

É preciso abordar que 2011, após a aprovação do Congresso Nacional do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza fora lançado programas federais de transferência de

renda, sendo eles: o Bolsa Escola, do Ministério da Educação; o Bolsa Alimentação, do Ministério da Saúde; e o Auxílio Gás, do Ministério de Minas e Energia. Em 2003 no primeiro ano do Governo do ex-presidente Lula, houve um destaque com a unificação dos programas de transferência de renda federais do Programa Bolsa Família, que tinha por finalidade a viabilização de sua expansão nacional para alcançar todas as famílias abaixo da linha de pobreza. Assim compreende-se que entre os anos de 2000 e 2007, houve um crescimento contínuo desses recursos executados nos programas de transferência de renda (AZEVEDO; BURLANDY, 2010). Neste contexto, Silva (2006, p.13) discorre que:

Os programas que foram selecionados na área de alimentação e nutrição foram os seguintes: o Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE); o Programa Leite é Saúde, que foi substituído pelo Incentivo de Combate às Carências Nutricionais (ICCN), mais tarde substituído pelo Programa Bolsa Alimentação; o Programa de Distribuição de Estoques de Alimentos (Prodea) e o Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT). Estes programas mostram essencialmente o caráter fragmentado e compensatório que o presidente FHC utilizou para combater a fome nos seus dois mandatos.

Com a finalidade de superar as restrições que existia nas políticas de combate à fome, no ano de 2003, o ex-presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, lançou o Programa de Segurança Alimentar Fome Zero, este programa tinha por objetivo apresentar uma política nacional de segurança alimentar e combate à fome para o país, para a

contemplanção de 44,043 milhões de pessoas em situação de insegurança alimentar (SILVA, 2006).

Neste rol de políticas, cabe destacar o Programa Bolsa Família que é uma transferência de renda mensal do governo para as famílias em extrema pobreza, inscritas no Cadastro Único para Programas Sociais, desde o ano de 2009, a transferência é paga por um período mínimo de (2) dois anos. Este Programa integra, desde o ano de 2011, o Plano Brasil sem Miséria, que tem por finalidade a superação da pobreza extrema, esta que é definida no lançamento do Plano como a situação das famílias com uma renda monetária mensal inferior a R\$ 70 (setenta reais) per capita (OSORIO, 2012).

É preocupante o Brasil que em 2017 um relatório assinado por 40 ONGs que atuam no país entre eles o *Ibase* e o *Action Aid*, entregue às Nações Unidas alerta para o risco do aumento da fome no Brasil pelo alto desemprego, avanço da pobreza, corte de beneficiários do Bolsa Família e também pelo congelamento de gastos públicos (FIOCRUZ, 2018). É possível visualizar que os programas sociais de combate a fome foram e são essenciais em um país de tantas desigualdades, sendo uma experiência de sucesso, em que pese a sua a sua cobertura, sendo assim, é preciso que haja a integração das políticas sociais, que haja um compromisso social de todos os setores da sociedade e dos demais entes federativos.

Considerações finais

Com vista nos argumentos apresentados, é possível entender a relevância jurídica das políticas sociais de combate à fome que foram implementadas no Brasil, em que pese a análise crítica do contexto histórico da Fome no Brasil, bem como do Direito Fundamental à alimentação na

Constituição Federal de 1988 até a abordagem das Políticas Sociais de Combate à Fome no Brasil.

Ante o exposto, é preciso (re) pensar as políticas sociais de combate à fome no Brasil, haja vista a situação que o País vive atualmente, que põe em risco a segurança alimentar dos brasileiros que vivem em condições precárias, vulneráveis socioeconomicamente. Alimentação é um direito de todo e qualquer cidadão, sendo um dever do Estado, sendo um direito que deve ser alcançando de todos.

Dessa forma, incumbe-se o Estado o dever de assegurar o acesso à alimentação não tão somente em quantidade que seja suficiente, mas em qualidade com a finalidade de completar a sustentabilidade da vida, sendo necessária articulação por parte do poder público, ou seja, com a ampliação dos recursos destinados, bem como das políticas públicas na área de alimentação.

Referências bibliográficas

ANDRADE, Manuel Correia de. Josué de Castro: o homem, o cientista e o seu tempo. In: CASTRO, Anna Maria (Org.). **Fome, um tema proibido: os últimos escritos de Josué de Castro**. 3. ed. comemorativa do cinquentário da publicação de Geografia da Fome. Recife: CONDEPE/CEPE, 1996. p. 296-297.

CARNEIRO, Henrique S. Comida e sociedade: Significados sociais na história da alimentação. **História: Questões & Debates**, Curitiba, n. 42, p. 71-80, Editora UFPR, 2005.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. **Segurança jurídica e a eficácia dos direitos sociais fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2011.

MÜLLER, Marcela. **O direito social fundamental à alimentação adequada e sua proteção no contexto das organizações internacionais.** Dissertação (Mestrado) Programa de Pós-Graduação em Direito em Proteção dos Direitos Fundamentais (Universidade de Itaúna) Itaúna, MG, 2014. 143 f

BONFIM, João Bosco Bezerra. **A fome no Brasil: o que se diz, o que se fez, o que fazer.** Artigo Científico baseado na dissertação de mestrado: O discurso da mídia sobre a fome, UnB, 2000.

FIOCRUZ. Ronco da Fome: No semiárido nordestino, histórias de resistências aos cortes que podem levar o Brasil de volta ao mapa da fome. **Revista Radis**, nº 186, março de 2018.

GOHN, Maria da Glória. **História dos movimentos e lutas sociais – a construção da cidadania dos brasileiros.** São Paulo: Loyola, 1995.

SINGER, Paul. Os efeitos da crise econômica sobre o estado de nutrição dos brasileiros. In.: Minayo, Maria C. [org.]. **Raízes da fome.** FASE. Petrópolis: Vozes, 1985.

ROSANELI, Caroline Filla; RIBEIRO, Ana Lúcia Cardoso; ASSIS, Luana de; SILVA, Tânia Mara da; SIQUEIRA, José Eduardo de. A fragilidade humana diante da pobreza e da fome. **Revista bioética**, p. 89-97, 2015.

SANTOS, Milton. **Metamorfoses do Espaço Habitado.** São Paulo: Hucitec, 1988.

_____. O espaço dividido. **Os dois circuitos da economia urbana dos países subdesenvolvidos**. São Paulo: Hucitec, 2004.

OSORIO, R. G.; SOUZA, P. H. G. F. **O Bolsa Família depois do Brasil Carinhoso**: uma análise do potencial de redução da pobreza extrema. Brasília: Ipea, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais e do direito à alimentação adequada**: mecanismos nacionais e internacionais. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (Coord.). **Direito humano à alimentação adequada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 17– 48.

SILVA, Robson Roberto da. Principais políticas de combate à fome implementadas no Brasil. **Revista Virtual Textos & Contextos**, vol 5, nº 1, Porto Alegre, 2006.

LISBOA, Renata Cardoso. **Direito Humano à Alimentação Adequada**. Revista eletrônica de direito. Centro Universitário Newton Paiva. Belo Horizonte, 2012.

Direito humano à saúde: concepção de espaço público, participação social e reivindicação de direitos¹²⁰

Thaís Jeronimo Vidal, Bárbara Bulhões Lopes de Andrade, Aline do Nascimento Pereira e Felipe Dutra Asensi

Introdução

A Constituição de 1988, ao reconhecer diversos direitos, incluindo aqui o direito à saúde como responsabilidade do Estado, foi, sem dúvidas, um dos marcos mais importantes para a cidadania brasileira. No entanto, resultado de uma sociedade marcada por formas políticas de apropriação do espaço público em função de interesses particularistas de grupos pode-

120. Parte desse trabalho foi apresentada no XVII Seminário do Projeto Integralidade: Saberes e Práticas no Cotidiano das Instituições de Saúde, realizado na Universidade Federal do Espírito Santo no período de 17 a 19 de outubro de 2017, com o título “Participação social em saúde: a concepção de espaço público e a reivindicação de direitos”.

rosos, a Constituinte foi e é alvo de várias manobras que cada vez mais desmontam os direitos socialmente conquistados.

Em 1990, a promulgação da Lei nº 8.142, de 28 de dezembro, regulamentou os Conselhos de Saúde e Conferências de Saúde, consolidando-os como espaços públicos de participação da sociedade civil na saúde. O reconhecimento desses espaços como meio de incluir a sociedade no processo deliberativo na saúde é favorável à participação e afirmação da cidadania na vida pública. Essa possibilidade de participação efetiva de atores não-estatais na formulação, implementação e fiscalização de políticas públicas foi, indiscutivelmente, fundamental para a horizontalização da relação Estado-sociedade e garantia do direito humano à saúde (ASENSI, 2010).

No entanto, quase três décadas depois, tanto essa horizontalização quanto à efetivação desses direitos ainda estão longe de alcançarem sua totalidade. Diante da lacuna existente entre o direito formal e efetivo, o Poder Judiciário vem se constituindo como um dos artífices da sociedade civil na luta por seus direitos, sendo, essa via, na maioria das vezes, buscada de forma individual.

Nesse cenário, esse ensaio teve a intenção de pensar a participação social não enquanto consequência exclusiva de oportunidades formais, mas sim como fruto de novos espaços coletivos de luta, possíveis somente a partir do estabelecimento de diálogo e de troca de acontecimentos entre os usuários dos serviços de saúde. Para tanto, três importantes abordagens nos serviram de ponto de partida para pensar a participação social e a luta por direitos em saúde: (1) a discussão de Hannah Arendt sobre as esferas pública e privada e os apontamentos de Vera da Silva Telles; (2) a importância de caminhos participativos para uma sociedade democrática apontada por Ana Raquel Matos e (3) a ampliação do conceito de *advocacy em saúde* por Suely Dallari.

1. A perda do espaço público e a institucionalização das formas de participação social

Hannah Arendt diferencia a esfera privada do espaço público, caracterizando este último como o lugar que permite a reunião dos indivíduos evitando a colisão entre eles. Para Hannah, é no espaço comum que há a oportunidade de diálogo, enquanto é na esfera privada que o indivíduo é destituído de coisas essenciais à vida verdadeiramente humana, deixando de ser visto e ouvido por outros (ARENDDT, 1991).

Dentro desse contexto, é interessante retomar a discussão sobre espaço público e espaço privado que Vera da Silva Telles faz a partir dos pensamentos de Hannah Arendt. Na leitura de Telles (1990) sobre Hannah Arendt (1979), é apontado que a modernidade veio acompanhada da fragilização das relações humanas. As discussões deixaram de ser centradas na tradição e na religião, o que trouxe uma mudança substancial na maneira de enfrentar os problemas da convivência humana. Perdeu-se o poder de discernir entre o *bem* e o *mal*, o *privado* e o *público* e esvaíram-se os critérios para compreender e julgar o mundo de forma justa e legítima (TELLES, 1990). Com a *banalidade do mal* e incapacidade de pensamento, as fronteiras entre civilização e barbárie passaram a ser tênues (ARENDDT, 1999).

Ao analisar o trabalho de Hannah Arendt, Telles discute ainda a importância do diálogo na construção do espaço coletivo. Segundo ela, apenas a partir da ação e da palavra, um ser humano é capaz de se reconhecer no outro (TELLES, 1990). Para Telles (1990), essa compreensão de Arendt sobre o “espaço público enquanto espaço significativo no qual a ação e o discurso de cada um podem ganhar sentido na construção de um ‘mundo comum’” aponta para uma percepção

de Estado relacionada à capacidade de pensamento e ação política de cada sujeito, sendo possível a mediação de suas singularidades a partir do comum.

A construção desse espaço público de visibilidade, a partir de uma forma específica de sociabilidade baseada na relação da pluralidade humana com a realidade, articula os indivíduos com base em interesses comuns. Estas reflexões nos ajudam a compreender a necessidade de que a reivindicação de direitos extrapole a esfera privada do indivíduo e adentre o espaço público, fazendo com que esse indivíduo assuma essa pluralidade. É deste reconhecimento de interesses comuns no espaço público que se consegue sensibilizar pensamentos e ações que sejam capazes de promover, efetivamente, mudanças sociais.

Neste espaço plural, os indivíduos definem como se comportar nesta visibilidade, e se localizam não apenas como indivíduos, mas se orientam em um “domínio público”, usando para isto o que Arendt vai chamar de política. Com isso, há uma valorização tanto do indivíduo quanto da política, estabelecendo-se uma maior possibilidade de participação cidadã e ainda um fortalecimento e legitimação da política diante da sociedade. A partir daí, Arendt aponta a necessidade de que os sujeitos se comuniquem e estabeleçam opiniões que dialogadas com a realidade em uma “interação comunicativa” irão constituir um mundo plenamente humano.

No entanto, a dissolução desse espaço público percebida com a modernidade acarreta uma perda da relação objetiva do homem com outros homens e, com isso, há uma perda da noção de realidade (TELLES, 1990; ARENDT, 1991). Como consequência, ocorre a perda do senso comum e da própria capacidade de pensar:

“sem a referência a uma realidade que se põe como evidência e critério de objetividade, o pensamento

tenderá a se reduzir a uma operação lógica, em que cada coisa pode ser deduzida da outra a partir de alguma premissa que ‘pode se prevalecer de uma fiabilidade independente do mundo e do outro’ (1980, p. 74)” (TELLES, 1990).

Em outras palavras, como consequência da dissolução do espaço público, teve-se a perda do sentido de participação cidadã e a sociedade deixou de perceber um destino comum, uma vez que é na construção do espaço público que se tem o espaço do aparecimento e da visibilidade, o espaço em que se estabelece a comunicação entre indivíduos para a configuração de interesses comuns (TELLES, 1990).

Talvez, a perda desse espaço público seja um dos motivos pelos quais o processo de judicialização seja tão marcado por demandas individuais. Ao reivindicar um direito, esta visão de espaço público precisa estar ativa, pois a reivindicação de direitos para um determinado indivíduo ou grupo não pode estar relacionada a retirada de direitos de outro indivíduo ou grupo.

É deste pensamento forjado fora da experiência do real que se apresenta, para Hannah, a gravidade política, pois as diferenças reais não são levadas em consideração e nem a delimitação entre o divino e o humano. Sendo deste risco de pensamento privado fora de relação com a realidade que se apresenta a *banalidade do mal arendtidana* (ARENDDT, 1992, 1999). Por esta razão, olhar para a constituição do Estado não requer apenas conhecer suas estruturas institucionais, mas, principalmente, perceber sua articulação social e a compreender como o seu povo estabelece-se no mundo.

Esta visão de Arendt sobre o pensar e o agir alerta sobre uma condição ativa e mutável dos sujeitos. Estas podem ser forjadas para dar sentido e consciência para as construções e apostas que o mesmo faz na sociedade e no exercício da cida-

danía. A perda desta capacidade por falta deste espaço público relacional contribui para a formação de verdades e opiniões a partir da realidade privada, espaço onde o indivíduo constitui suas necessidades básicas e que pode contribuir para compreensão do sujeito sobre si. Assim, o espaço privado “equivale a ter um lugar no mundo, ‘lugar tangível possuído na terra por uma pessoa’ e no qual cada um pode se ‘proteger contra a luz da publicidade’”. Contudo, esta compreensão de si também precisa de diálogo com o mundo real e a necessidade dos outros. Não ter este espaço de diálogo com o mundo comum, fragiliza não apenas sua identidade do sujeito como a construção de uma sociedade de direitos (TELLES, 1990).

O pensamento arendtiano desloca a compreensão da política como exclusividade do Estado e a qualifica em sociabilidade, dependente da construção social de seus critérios, acontecimentos e constrangimentos. Assim, alerta para a necessidade de uma desprivatização e reconhecimento público da linguagem e da vida social (ARENDDT, 1992).

Sendo assim, é possível olhar para as formas de organização da sociedade, no âmbito da saúde, de duas maneiras: (1) reconhecer os Conselhos, Conferências e outras formas de organização da sociedade civil como espaços coletivos de luta, oportunidade de diálogo e de troca de acontecimentos, havendo neles a possibilidade do reconhecimento do outro como seu semelhante e de articulação dos seus membros para definição de interesses comuns e (2) perceber que essas formas de organização, hoje, apesar de formalmente constituídas nem sempre se configuram como espaços efetivos para consolidação de direitos coletivos.

2. Caminhos participativos para uma sociedade democrática

O importante desse entendimento é conhecer quais são os caminhos de participação para uma sociedade democrática. Matos (2011) reconhece o espaço público como um lugar em que diferentes atores interagem socialmente e se tornam capazes de influenciar a tomada de decisões na esfera pública. Segundo a autora, a participação cidadã em processos de decisão, além de contribuir para a qualidade das mesmas, tornam as sociedades mais democráticas. Ela aponta ainda que o caminho para uma sociedade democrática envolve conjugar modelos participativos com modelos representativos (MATOS, 2011).

A luta pelo direito à saúde, prometido pela Constituição Federal, conta com ampla participação da sociedade civil que passou a se organizar em defesa da saúde como um direito social, fazendo com que a mesma deixasse de ser discutida apenas por técnicos e adquirisse um caráter político associado à ampliação da democracia (INCID, 2013).

Há mais de duas décadas, as possibilidades de participação cidadã, institucionalizadas ou não, vem sendo estudadas como fundamentais a esse aprofundamento democrático (LABRA, 2009). Acredita-se que essas formas de organização participativa se constituem como mecanismos reais de promoção da participação cidadã nas decisões sobre planejamento e organização da saúde pública. Nesse sentido, Matos e Serapioni (2011) definem que “Ser cidadão significa (...) usufruir dos meios adequados para participar na vida social e política, uma vez que o exercício da cidadania se apresenta intimamente associado à promoção e ao desenvolvimento de direitos de capacitação pessoal” (MATOS E SERAPIONI, 2017).

Tanto os Conselhos quanto as Conferências de Saúde – apesar de apresentarem diferenças como o fato destas serem espaços de debate quadrienais de natureza consultiva enquanto os primeiros são permanentes com caráter deliberativo – são regidos por uma lógica de participação cidadã surgida como

consequência da atuação dos movimentos sociais em saúde. Essa lógica tem como ideias centrais a representação de usuários e o controle social (ESCOREL E MOREIRA, 2009).

Dentro desse contexto, a importância dos Conselhos e Conferências de Saúde na luta por direitos e efetivação do direito à saúde é indiscutível. Contudo, a institucionalização exacerbada desses mecanismos de participação social e o esvaziamento político sofrido pelos mesmos desde o seu reconhecimento legal ainda se configuram como obstáculos para a concretização de uma democracia participativa real (SILVA, SILVA E SOUZA, 2013). Somado a esses aspectos, há um desconhecimento notório sobre o papel dos Conselho e Conferências em Saúde (ESCOREL E MOREIRA, 2009; SILVA, SILVA E SOUZA, 2013).

Apesar de regulamentados há quase 30 anos, os segmentos sociais que participam dessas instâncias interpretam de maneiras diferentes seus papéis dentro delas. O descompasso entre gestores, profissionais de saúde e usuários leva ao estabelecimento de relações hierárquicas que acabam comprometendo a possibilidade de que esses espaços se configurem como mecanismos efetivos de democracia. Os dilemas vividos por esses colegiados podem fazer com que predomine, na maioria das vezes, a burocratização, o clientelismo e uma hierarquia de poder que impede transformações substantivas na formulação de políticas de saúde e no sistema de atenção à saúde (ESCOREL E MOREIRA, 2009).

Talvez a perda da capacidade de se reconhecer no outro com a fragmentação moderna do espaço público apontados por Hannah também contribua para que as relações de poder estabelecidas façam com que os Conselhos e Conferências sejam pouco efetivos e, com isso, incapazes de influenciar verdadeiramente a política de saúde no Brasil. Não se trata de deslegitimarmos a importância dessas formas de

participação social, mas de problematizarmos os vazios e incoerências que dificultam que os objetivos iniciais desses Conselhos e Coerências sejam atingidos.

Em uma esfera mais ampla, Serapioni e Matos (2013) apontam que existe, muitas vezes, um paradoxo da participação pública fazendo com que esta, em vez de diminuir as desigualdades em saúde, acabem aumentando-as. Nessa direção, sinalizam que isso ocorre à medida que grupos vulneráveis são deixados à margem das possibilidades de participação social. Em outras palavras, nem mesmo as possibilidades de participação social são para todos. Por essa razão, é fundamental que se busquem novas formas, além da regulamentação de possibilidades de participação social, de se criar um relacionamento efetivo entre os usuários do sistema de saúde e esses serviços (SERAPIONI E MATOS, 2013).

3. *Advocacy* em saúde: um caminho possível?

Essa ampliação da discussão em saúde para além de corpos técnicos foi acompanhada da inserção de mais atores sociais na luta por direitos. O reconhecimento legal de formas de participação social em saúde foi, sem dúvida, um passo importantíssimo no processo de redemocratização da saúde. Contudo, a não consolidação efetiva desses espaços, assim como demais lacunas ainda existentes na garantia do direito à saúde, ainda obrigam o usuário a reivindicar seus direitos de diversas maneiras, incluindo, judicialmente.

Nesse sentido, Dallari aponta para a necessidade de se superar o entendimento da profissionalização do direito e se reestruturar as pesquisas nesse âmbito para que tenham desenvolvimento tecnológico direcionado para a formação do cidadão. Este fato tem relevância, pois o desenvolvimento da ciência e a da formação política em torno da cidadania vem

sendo deixadas de lado em detrimento do fortalecimento de valores econômicos individualistas típicos do capitalismo. Com isso, o que se observa é a persistência de instituições jurídicas tais quais desenvolvidas há dois séculos.

Baseada nesta compreensão, a autora aborda que “os ideais democráticos da supremacia da vontade do povo, respeitando a liberdade e a igualdade, tem enfrentado dificuldades na sua garantia no correr do tempo, até a atualidade”, sendo a participação do povo nas sociedades contemporâneas fato recente, caracterizado por interrupções de regimes autoritários ao longo do tempo que impossibilitaram o exercício pleno da cidadania, a mobilização e o controle social. É a partir da necessidade de percepção do direito sobre a realidade que Dallari argumenta que “quando o direito ignora a realidade, esta se vinga ignorando o direito.” (DALLARI, 1996, p. 594).

A partir daí e pensando alternativas que incorporem o usuário na reivindicação por direitos e que não centrem essa discussão apenas no corpo Jurídico, Dallari (1996) destaca que o conceito de advocacia em saúde tem se afastado da ideia de advogar por meio de bacharéis e se aproximado da luta por direitos em saúde exercida por esses diversos atores inseridos, inclusive, nos Conselhos e Conferências de Saúde. Nesta análise, Dallari argumenta que o advogado em saúde não deve decidir sobre a priorização deste ou daquele problema, deixando claro que é o usuário, ao reconhecer suas próprias identidades, quem definirá sua demanda. Com isso, fica evidente que um dos propósitos da advocacia em saúde é a garantia de participação deste usuário em uma relação de igualdade com o advogado.

A autora, então, destaca que o conceito de advocacia em saúde se concretizou como:

“processo que utiliza conjunto de estratégias políticas visando a promover direitos não respeitados, atra-

vés de meios legais e éticos, a favor de grupos sociais desfavorecidos ou oprimidos. Assim, a advocacia em saúde desenvolve ações que procuram influenciar autoridades e particulares, sensibilizando-os para carências e necessidades sanitárias diversas” (DALLARI, 1996, p.593).

Esse processo surge da necessidade de se inserir na reivindicação de direitos uma sociedade hipossuficiente por omissões institucionais. Para isso, algumas premissas devem ser observadas, como: (1) a consciência de que algumas pessoas têm (ou deveriam ter) direitos básicos e (2) o fato de que a advocacia em saúde, inerentemente política, está dirigida às falhas que agravam problemas individuais e que será mais efetiva quando dirigida a um tema específico. Em outras palavras, Dallari chama a atenção para o fato de que expressar em documentos ou normas jurídicas o direito à saúde não é suficiente se este não for, de fato, garantido. Nesse sentido, o Poder Judiciário pode ser um dos instrumentos de ampliação de democracia e propulsor de elaboração de políticas públicas (DALLARI, 1996).

O discurso de alguns gestores é de que essas instituições de participação popular deveriam atuar com vistas a diminuir o número de processos na justiça em saúde e não apenas na mobilização em prol de um financiamento mais adequado do SUS (CNS, 2016). Na realidade, a questão não nos parece ser tão objetiva. O alto número de processos na justiça por ações, serviços e insumos em saúde é consequência de diversas causas, dentre as quais poderíamos incluir a falta de capacidade desses Conselhos e Conferências representarem, efetivamente, todas as necessidades dos usuários do sistema de saúde.

O grande desafio não é somente fazer com que essas instâncias participativas pensem políticas que diminuam o

número de demandas na justiça. A questão é muito maior e mais complexa. O desafio está em fazer com que os membros que a compõem sejam capazes de se reconhecer uns nos outros, representar, de maneira efetiva, a parcela da sociedade que não consegue acessá-las e, sobretudo, fazer com que haja diálogo em todas as etapas deliberativas e consultivas.

Considerações finais

A década de 1980 foi, sem dúvida, marcada por avanços democráticos consequentes do reconhecimento de diversos direitos, como o direito à saúde, pela Constituição Federal. No entanto, desde então, continuamos com a tarefa de apre(e)nder democracia. Conhecer as novas formas de participação democrática e permitir que elas de fato aconteçam segue sendo um desafio. O papel do Estado, normativamente reconhecido, deve extrapolar a possibilidade de uso de remédios constitucionais para assegurar direitos, por exemplo, para alcançar o desenvolvimento da capacidade de dialogar, efetivamente, com a sociedade civil. A participação social e a reivindicação de direitos em saúde ainda precisam caminhar muito em direção a uma sociedade democrática de fato.

Nessa realidade, a discussão sobre espaço público, de Hannah Arendt e resgatada por Vera da Silva Telles nos ajuda a compreender os motivos pelos quais os Conselhos e Conferências de Saúde ainda não se consolidaram como mecanismos efetivos de democracia e garantia do direito à saúde. Também é na dissolução desse espaço público que pode estar a razão central pela qual o processo de judicialização seja tão marcado por demandas individuais. A fragilização desse espaço trouxe como consequência a perda do sentido de participação cidadã, fazendo com que a sociedade deixasse de perceber um destino comum.

A abordagem de Ana Raquel Matos nos mostra a importância dessas instâncias de participação cidadã, aqui no Brasil regulamentadas no início da década de 1990, para a redemocratização da saúde. Nesse sentido, esse ensaio ratifica a importância dos Conselhos e Conferências de Saúde como mecanismo de resgate do espaço público e tentativa de se restabelecer a capacidade de reconhecimento de interesses sociais comuns, mas destaca os vazios e obstáculos a serem transpostos para que se configurem, de fato, como formas de participação cidadã e não como formas de fortalecer o mercado e as desigualdades em saúde. Por fim, a partir do conceito de *advocacy* presente em Sueli Dallari, é possível fazer uma reflexão sobre a importância da inserção de novos atores na luta por direitos e pensar na Judicialização da Saúde como consequência de um problema e não a causa dele.

As três abordagens, de certa forma, indicam a importância da comunicação entre indivíduos para a configuração de interesses comuns, destacando a necessidade do diálogo para a reconstrução do espaço coletivo e, consequentemente, para a participação cidadã efetiva. Sendo assim, esse texto aponta a importância de pensarmos nas diversas formas de participação social em saúde como possibilidade de resgate do espaço público e a necessidade de que essa participação seja mais do que apenas a institucionalização de instâncias deliberativas e/ou consultivas.

Referências

ARENDDT, H. **A Condição humana**. Trad. Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer, 5ªed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

ARENDDT, H. **O que é política?** 1992

ARENDDT, H. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ASENSI, F. D. Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v.20. n.1, p.33-55, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE (CNS). **Controle Social deve atuar na busca de soluções para a Judicialização da Saúde, diz Presidente do CNS. Disponível em** <http://www.conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2016/09set16_Judicializacao.html> Acesso em 15 de setembro de 2017, às 08:37.

DALLARI, S. et al. Advocacia em saúde no Brasil contemporâneo. *Revista de saúde pública*, v. 30, n.06, pp. 592-601, 1996.

ESCOREL, S., MOREIRA, M.R. Desafios da participação social em saúde na nova agenda da reforma sanitária: democracia deliberativa e efetividade. In: FLEURY, S. E LOBATO, L.V.C. (Org.) *Participação, Democracia e Saúde*. Rio de Janeiro: Cebes, 2009. p.229-247.

INCID. Cidadania em Ação. Participação Social pela Saúde. Disponível em: http://www.incid.org.br/pdf/INCID_Painel1%204_Participa%E7%E3o%20Cidad%E3%20pela%20Sa%FAde.pdf Acesso em 22/09/2016, às 10:58.

LABRA, M. E. Política Nacional de Participação na Saúde: entre a utopia democrática do controle social e a práxis predatória do clientelismo empresarial. In: FLEURY,

S. E LOBATO, L.V.C. (Org.) Participação, Democracia e Saúde. Rio de Janeiro: Cebes, 2009. p.176-203.

MATOS, A. A importância da participação cidadã nas políticas de saúde: o caso da reestruturação dos serviços de saúde materno-infantil. **Saúde e sociedade**, v.20, n.3, pp-604,616, 2011.

MATOS, A.R., SERAPIONI, M. O desafio da participação cidadã nos sistemas de saúde do Sul da Europa: uma revisão da literatura. **Cadernos de Saúde Pública**, v.33, n.1, 2017.

SERAPIONI, M., MATOS, A.R. Participação em saúde: entre limites e desafios, rumos e estratégias. **Revista Portuguesa de Saúde Pública**. v.31, n.1, p.11-22, 2013.

SILVA, C.V, SILVA, D.F.L. E SOUZA, E.M. A participação da sociedade civil na democratização do setor de saúde no Brasil. **Revista Brasileira de Educação Médica**. v.37, n.02, p.254-259. 2013

TELLES, V.S. Espaço público e espaço privado na constituição do social: notas sobre o pensamento de Hannah Arendt. **Tempo Social**, vol. 01, n.01, 1990.

O papel da defesa e suas dificuldades na área infracional no Estado do Rio de Janeiro: do ECA à prática.

Tatiana Lourenço Emmerich de Souza

Introdução

A origem histórica do surgimento da profissão de advogado tem como pilar a necessidade da parte – pessoa que responde um processo, de ser assistido e orientado por um profissional que tem conhecimento técnico e específico para fazer a defesa de seus direitos, pautada nos princípios da ética e da Lei. Em nosso ordenamento jurídico, a defesa foi concebida pela CRFB/88, que conferiu ao advogado o *status* constitucional, quando determinou em seu art. 133 que este seria figura indispensável à administração da justiça.

No ECA, o direito à defesa também foi estabelecido como garantia processual dos adolescentes em conflito com a lei,

como se pode ver no artigo 111, incisos III e IV, onde afirma que “São asseguradas ao adolescente, entre outras, as seguintes garantias: III - defesa técnica por advogado e IV - assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, na forma da lei.” É desta maneira, que o advogado começa a atuar na justiça juvenil, preferencialmente, desde a fase policial até a processual e, principalmente quando exerce seu direito de falar em juízo em nome do adolescente, oferecendo a este uma defesa técnica pautada nos princípios constitucionais, principalmente no princípio do contraditório, que está estabelecido no nosso artigo 5º, LV da CRFB/88, que tem por função proteger toda alegação fática ou apresentação de prova feita por uma das partes no processo.

Na justiça juvenil, isso acontece quando o adolescente presta depoimento à justiça com auxílio da defesa e, posteriormente exerce esse direito através de uma defesa preliminar feita por seu defensor ou advogado, valendo a pena lembrar que o adolescente que comete ato infracional não responde como acusado, mas sim como pessoa que cometeu uma infração administrativa dentro de um sistema analogicamente acusatório.

A presença de advogados e defensores frente aos atos do processo, revela a essencialidade desta função, no que tange, a proteção dos adolescentes do poder simbólico estatal e também a proteção de seus direitos humanos, garantindo a estes o respeito a direitos e garantias fundamentais estabelecidos pelo ECA e pela CRFB/88.

A conduta do advogado na luta da preservação dos Direitos Humanos, é como a de um intermediador das relações sociais, diante da atual realidade brasileira que se caracteriza por fortes desigualdades, exclusões sociais e direitos não implementados. Isto faz com que o exercício da advocacia, pública ou privada, seja uma relevante maneira de se diminuir as discricionariedades dos agentes do Estado e do poder Judiciário. Também é tarefa da defesa adaptar

os conflitos à legislação estatal vigente, sempre objetivando pela defesa de direitos individuais violados.

É a partir da defesa pública ou privada que o serviço de assistência jurídica é prestado aos adolescentes nos procedimentos da justiça juvenil, a atuação do advogado ou defensor no rito processual se faz necessária ao adolescente processado por fato análogo a crime, já que este não pode estar em nenhum ato do processo sem a presença desses profissionais, em cumprimento ao artigo 227 da CRFB/88 combinado com o artigo 207 do ECA.

Isto revela, uma rotina extremamente dura da defesa, principalmente dos defensores públicos, visto a grande quantidade de processos. Atualmente na comarca do Rio de Janeiro, no mês de maio do ano de 2017, 2.279 adolescentes se encontram em situação de privação de liberdade, dado fornecido pelo DEGASE/RJ. Isto demonstra que o cotidiano da defesa não é nada fácil.

É partir desta contextualização que iniciaremos o artigo, feito a partir de uma pesquisa que utiliza metodologia mista, com base teórica, em referências de estudos bibliográficos e, empírica, através de uso dados estatísticos, onde abordaremos a questão da atuação da defesa na justiça juvenil, principalmente no estado do Rio de Janeiro, revelando seu papel, dificuldades e lacunas na legislação do ECA referente ao seu exercício.

1. A atuação da defesa pública e privada na justiça juvenil

A atuação da defesa na justiça juvenil, é exercida por dois personagens: o defensor público e o advogado privado, é importante ressaltar que ambos são regidos pelas mesmas normas inseridas no ECA e na CRFB/88, e a qualquer mo-

mento podem ser acionados para realizar a defesa técnica de jovens em conflito com a lei.

No ECA, a defesa pela defensoria pública é prevista no artigo 141, com atuação permanente, porém, em alguns estados do Brasil, ainda não existe a presença do Órgão da Defensoria Pública, o que acarreta a designação da competência para advogados dativos e, principalmente para o Ministério Público dos estados.

Por muitas vezes, mesmo o estado membro possuindo o órgão da defensoria, muitas vezes ele não atinge todas as regiões, como também, não possuem em seu corpo profissionais especializados na área da infância infracional, fato que pode legitimar, diante da falta de estrutura adequada, a condição de desigualdade institucional (COSTA, 2005).

O estado do Rio de Janeiro, por exemplo, teve uma das pioneiras defensorias públicas criadas no Brasil, porém, não são em todas as comarcas que possuem varas especializadas na parte da infância e juventude infracional. Na comarca do Rio de Janeiro, das cinco varas da infância e juventude, apenas uma é direcionada a infrações em âmbito de conhecimento e uma, recém criada, lida apenas com a execução de medidas socioeducativas.

Do ponto de vista prático - normativo, tanto a defesa pública quanto a privada possuem paridade em relação ao seu exercício de função nos tribunais, delegacias e demais órgãos públicos que se relacionam aos jovens que cometeram atos infracionais. Porém, suas principais diferenças aparecem especialmente em relação ao volume de trabalho, condições de trabalho e honorários.

Em relação ao volume, foi possível perceber na prática, que a defensoria pública atua na maioria dos processos que envolvem adolescentes em conflito com a lei, ficando uma minoria com o patrocínio da causa por advogados privados.

Isso acontece devido à maioria dos jovens advirem de classes mais pobres, nas quais as famílias não tem condições de arcar com honorários advocatícios dos advogados privados. Interessante destacar que, apesar do grande volume de processos somente uma pequena quantidade de autos sobe para a 2^a instância recursal. Segundo os dados fornecidos pelo setor de estatística do TJRJ, em um universo de 16.355 processos no mês de março de 2017, apenas 42 destes foram remetidos aos Tribunal para julgar recursos ou *habeas corpus*.

Nas tabelas fornecidas pela Defensoria Pública do estado do Rio de Janeiro, no “Projeto Planejando a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro: Uma Análise de alocação de Defensores entre as comarcas”, publicado em maio de 2017¹²¹ são apresentadas estatísticas descritivas sobre a distribuição de carga de trabalho pelas comarcas por competência – respectivamente: criminal, família, fazenda pública, infância e adolescência e cível.

Segundo o Projeto a carga de trabalho total da Defensoria Pública no estado é de 668.548 mil processos, perfazendo uma carga de trabalho de 1.494 processos por defensor efetivo, conforme verificado na tabela 5, na área da infância e Juventude essa porcentagem gira em torno de 4,9% desse total.

121. Projeto acessado no endereço eletrônico dia 23/07/2017: <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/b05dd02785e44af8b-734280d8cff3c9b.pdf>

Tabela 1

Estatísticas descritivas do número de processos por comarca, segundo competência						
Competência	Total estadual	%	Média	Mediana	Máximo	Mínimo
Criminal	61.547	9,0%	751	246	19.469	18
Fazenda Pública	94.270	13,8%	1.150	493	19.494	43
Cível	201.484	29,4%	2.457	674	80.559	115
Família	277.547	40,5%	3.385	1.213	83.868	158
Infância e Juventude	33.700	4,9%	411	44	26.121	0

Fonte: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Elaboração dos autores.

A condição de trabalho, também é um fator que influi na defesa, atualmente a defensoria pública conta com a falta repasse de recursos do estado para sua plena atuação. O corpo de defensores também não acompanha o número de defesas, ou seja, o número de processos de atos infracionais é muito maior que o corpo de defensores públicos necessários para atingir uma efetividade da defesa na garantia dos direitos desses adolescentes em conflito com a Lei, visto que o limite máximo previsto na tabela é de 26.121 processos e, atualmente o total estadual na comarca se encontra em 33.700 processos, aumento significativo dentro da competência da infância e juventude.

Na tabela 2¹²² observa-se que independentemente do recorte apresentado, os números sugerem que, por conta da

122. Importante ressaltar que este é o único estudo de pesquisa e estatística realizado pela defensoria pública do estado do rio de janeiro que está disponível para acesso no site da própria instituição, que de maneira singela abordou a questão de processos *versus* quantidade de defensores. Desta forma, é essencial o questionamento sobre a dificuldade de acesso aos dados estatísticos da instituição quando o fim é o seu uso para pesquisa, bem como, percebemos a carência de dados neste assunto. Crítico ainda que as tabelas fornecidas no “*Projeto Planejando a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro: Uma Análise de alocação de Defensores entre as comarcas*”, possuem dados deduzidos em função de números quebrados, por exemplo, quando vemos a análise de número de defensores, onde percebemos um número 45. 7 incompatível por se tratar de seres humanos infracionáveis.

especialização no acompanhamento dos processos, cada defensor é capaz de lidar com um número significativamente superior à carga média global de processos.

Tabela 2

Estatísticas descritivas da carga de trabalho por comarca, segundo competência (excluindo as comarcas com DP única)						
Especialidade	Parâmetros	Total estadual	Média	Mediana	Máximo	Mínimo
Criminal	Defensor efetivo	62,7	2,1	1,0	28,3	0,5
	Número de processos	51.647,0	1.721,6	974,5	19.469,0	240,0
	Carga de trabalho por defensor	823,2	999,6	981,0	2.086,0	240,0
Fazenda Pública	Defensor efetivo	65,2	2,2	1,3	16,8	0,3
	Número de processos	75.520,0	2.517,3	1.479,0	19.494,0	401,0
	Carga de trabalho por defensor	1.158,3	2.004,1	925,0	9.708,0	210,0
Cível	Defensor efetivo	116,6	3,9	2,0	48,4	0,3
	Número de processos	175.636,0	5.854,5	2.504,0	80.559,0	942,0
	Carga de trabalho por defensor	1.506,1	477,7	462,3	1.108,0	215,4
Família	Defensor efetivo	90,6	3,0	1,5	37,9	0,3
	Número de processos	228.612,0	7.620,4	4.029,0	83.868,0	1.245,0
	Carga de trabalho por defensor	2.524,4	3.993,7	3.056,2	16.108,0	1.261,4
Infância e Juventude	Defensor efetivo	45,7	1,5	0,5	24,0	0,3
	Número de processos	32.080,0	1.069,3	102,5	26.121,0	-
	Carga de trabalho por defensor	702,1	308,8	209,5	1.089,9	-

Fonte: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Elaboração dos autores.

Na área da infância e juventude no estado do Rio de Janeiro, o mesmo estudo mostrou que juntando o setor infracional e o não infracional, a percentagem de defensores efetivos é menor do que nas outras áreas, mas é também menor a carga de trabalho por defensor se comparada às outras especialidades.

No entanto, esta carga é ainda bastante alta na Comarca da Capital onde foi possível identificar em torno de 24 defensores públicos para uma demanda geral de 26.121 processos, onde existe para cada profissional cerca de 1.090 processos sob sua responsabilidade. Vale a pena destacar que são dados de Setembro de 2015, conforme mostra a tabela.

Tabela 3

Número de defensores efetivos e processos em andamento da área infância e juventude. Setembro de 2015.			
As 10 comarcas com a menor carga de trabalho por defensor na área de infância e juventude			
Comarca	Número de defensores efetivos	Carga de Trabalho	Carga de Trabalho por defensor
Mesquita	0,50	0	0
Queimados	0,33	9	27
Itaguaí	1,50	50	33
Niterói	1,33	57	43
Nilópolis	1,50	105	70
Duque de Caxias	1,00	81	81
Itaboraí	0,50	45	90
Itaperuna	0,33	34	102
Maricá	0,67	87	131
Valença	0,33	44	132
As 10 comarcas com a maior carga de trabalho por defensor na área infância e juventude			
Comarca	Número de defensores efetivos	Carga de Trabalho	Carga de Trabalho por defensor
Capital	23,97	26.121	1090
Petrópolis	0,50	421	842
Campos dos Goytacazes	0,83	653	784
Volta Redonda	1,50	1.157	771
Resende	0,50	338	676
Cabo Frio	0,33	210	630
Macaé	0,50	275	550
Nova Friburgo	0,50	216	432
Barra do Pirai	0,50	166	332
São Gonçalo	1,33	369	277

Fonte: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Elaboração dos autores.

Com a crise econômica de 2017, essa situação foi agravada. Por fazer parte do Poder Executivo, a defensoria muitas vezes tem a sua verba dividida com o pagamento de salários atrasados de outros funcionários públicos e, sofre com a falta de investimento em estrutura de trabalho. Neste ponto, a defesa privada se sobressai: o volume é menor, e muitas vezes a qualidade da defesa tende a ser melhor. Importante lembrar, que não nos referimos ao conhecimento técnico dos profissionais, mas sim, a como carga de trabalho pode afetar a sua atividade.

A questão dos honorários, também diferencia as defesas, já que apenas o advogado privado pode cobrar o preço de seu serviço, por ser um profissional liberal. No caso do defensor público, por lei, esse tem que prestar seu serviço de forma

plena e gratuita durante todo o curso do processo, a não ser que o próprio adolescente peça para que um advogado privado, de sua preferência, assumo o caso.

Na justiça juvenil, a defesa começou a ter seu papel evidenciado quando crianças e adolescentes se tornaram sujeitos de direitos, desta maneira, principalmente na área infracional, a viabilização dos direitos começou a ocorrer via defesa técnica, o que tornou o papel do advogado relevante para o correto curso do processo, dentro do que diz o princípio do devido processo legal, que garante que todo o processo deve correr seguindo as normas jurídicas previstas na legislação brasileira.

De acordo com o ECA, em seu artigo 206 e parágrafo único, a criança ou adolescente, seus pais ou responsável, e qualquer pessoa que tenha legítimo interesse na solução da lide poderão intervir nos procedimentos de que trata esta lei, através de advogado, o qual será intimado para todos os atos, pessoalmente ou por publicação oficial, respeitado o segredo de justiça e, será prestada assistência judiciária integral e gratuita àqueles que dela necessitarem”.

A defesa técnica, é um direito público realizada por um advogado ou defensor a seu assistido. Estes profissionais são dotados de condições técnicas em paridade ao Ministério Público para realizar a defesa. Segundo a legislação do ECA, o estatuto deve ser obedecido em sua integralidade para que a defesa não suscite nulidades durante o curso do processo, visto que qualquer uma dessas nulidades, por exemplo, não respeitar os princípios da dignidade humana dos adolescentes entre outros princípios constitucionais, causariam falhas e ilegalidades no decorrer do fluxo processual.

Nos processos que envolvem atos infracionais, essa defesa será obrigatória segundo o artigo 207 do ECA, mesmo para aqueles que se encontraram foragidos. Ela deve começar desde a fase policial, onde o adolescente no ato de sua apreensão

são deverá tomar conhecimento dos seus direitos e garantias através da figura de um advogado ou defensor público.

Esta fase é de extrema importância, pois é o período onde mais se destacam características do modelo inquisitório, por exemplo, no momento da apreensão do adolescente, onde se faz necessário que a figura do defensor exerça uma análise minuciosa do fundamento que ensejou a apreensão, visto os limites impostos pelos artigo 106 do ECA.

Além disso, o advogado ou defensor em tese, devem zelar pelos direitos estabelecidos pelo ECA no momento da apreensão, quando pro exemplo, observando a questão da condução do adolescente, que não pode ser transportado em compartimento fechado de veículo policial, pelo artigo 178 do ECA, ou mesmo ser mantido, enquanto aguarda sua apresentação, na mesma dependência destinada aos maiores de idade, de acordo com o artigo 175, §2º, 2ª parte do ECA, tudo com vistas a resguardar sua dignidade e evitar riscos à sua integridade física e moral.

Se não ocorrer a liberação na própria delegacia de polícia, o adolescente deve ser direcionado ao *Parquet*, junto com o documento de auto de apreensão, para uma audiência de custódia, na impossibilidade desta, deverá ser encaminhado a esta autoridade no prazo máximo de 24 horas. Terminando a fase policial, inicia-se a fase processual com a audiência de apresentação do adolescente ao Ministério Público, momento importante da fase de convicção, onde o promotor verifica a conveniência da representação, em caso negativo, o *Parquet* pode oferecer uma remissão ou o arquivamento do feito. Porém, em caso positivo, abre-se o procedimento na justiça com vistas ao juiz de direito.

Na audiência de apresentação, é realizado uma oitiva informal do adolescente, prevista no artigo 179 do ECA, que por ter a característica de informalidade não poderá ser redu-

zida a termo. Esta apenas conterà a parte deliberativa da solenidade, na circunstância de ocorrer a confissão do adolescente pela prática do ato infracional, este só poderá ser entranhado ao processo se o jovem estiver acompanhado de advogado, e, principalmente se esta confissão ensejar medida socioeducativa de privação de liberdade, seja a internação ou semiliberdade.

Assim, cabe à defesa, na prática, consolidar dois princípios importantes dentro da Justiça Juvenil – o da brevidade das medidas de privação de liberdade, estabelecidas nos artigos 121 do ECA, a qual só pode ser efetivada mediante leitura restrita e literal do artigo 122 e também seu parágrafo segundo, do mesmo Estatuto, uma vez que o adolescente deve ser considerado em fase de desenvolvimento como pessoa humana, devendo tanto o juiz, *Parquet* e defesa, atentar para a proporcionalidade do ato infracional, frente a brevidade da medida de restrição de liberdade, que só deve ser aplicada em último caso, quando não há outra medida que se encaixe melhor ao caso específico.

Como também, o princípio do contraditório, que assegura o adolescente em conflito com a lei as mesmas prerrogativas de defesa que qualquer cidadão brasileiro teria se cometesse um ilícito penal ou neste caso, uma infração, dentre elas podemos citar: ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou mediante determinação fundamentada de autoridade judiciária ou não, a garantia de devido processo legal, do contraditório e de defesa técnica por advogado (VERONESE, 2004).

Essas especificidades da justiça juvenil, nos revela a necessidade de profissionais que atuem com preparo, visto que o advogado ou defensor da área infracional não pode atuar da mesma maneira que o advogado ou defensor da área criminal da justiça de adulto, visto algumas particularidades do sistema, como por exemplo, o rito, a inexistência de absolvição por infração do ECA e a prevalência da oralidade nas defesas.

Essa oralidade é exercida em virtude do princípio da celeridade e, também em função do grande volume processual das defensorias. Porém, isso depende da complexidade de cada caso concreto. Na audiência de continuação, por exemplo, incube ao defensor a realização de debate oral para a realização da defesa prévia dos jovens, juntamente com o Ministério Público. Em caso de complexidade do fato, poderão estes membros realizar alegações finais, que é a versão por escrito da defesa prévia.

Após a audiência de continuação, o juiz profere a sentença onde por meio desta elege a “melhor” medida socioeducativa a ser aplicada ao caso. A partir disso, o adolescente e seu defensor são avisados de sua publicação e é estabelecido o prazo para início do cumprimento da medida socioeducativa, isso caso a defesa não interponha recurso de apelação discordando com a sentença do juízo. Essa situação leva o processo a uma instância superior onde desembargadores irão avaliar o processo e refletir novamente sobre a medida socioeducativa que foi aplicada, podendo manter a sentença ou reformá-la.

Neste estágio, que me parece ser fundamental à defesa, a atuação do advogado em segunda instância ou fase recursal se revela efetiva, em tese porque é facultado a este profissional despachos com desembargadores para debater o processo prévio à sessão de julgamento, onde posteriormente também poderá ser realizado uma sustentação oral por parte da defesa. Neste aspecto, vemos os *Parquetes* ou Procuradores se posicionando apenas em forma de pareceres.

A defesa assim, pode buscar sua igualdade de atuação, bem como, a técnica, através de métodos previstos na própria legislação, principalmente o ECA e a CRFB/88, para que tenha paridade com o Ministério Público na hora de preservar os direitos e garantias dos jovens em conflito com a lei. Porém, na prática, essa equidade entre os membros está

longe de existir e muitas dificuldades precisam ser superadas na justiça juvenil por defensores e advogados atuantes.

A dificuldade da defesa em exercer o princípio da igualdade, é um dos muitos obstáculos enfrentados no processo, onde a defesa assume um papel frágil frente a desigualdade institucional, que se perpetua desde outros períodos históricos, como vimos no capítulo I, indicando a permanência de um modelo processual inquisitório da justiça juvenil.

Logo, o papel do advogado ou do defensor público necessita ser prioritariamente técnico e essencial ao processo, preservando a observância dos direitos e garantias estabelecidos no ordenamento pátrio e em convenções internacionais ratificadas, para que esses jovens em conflito com a Lei sempre tenham o respeito a sua integridade física, moral e psicológica, tanto por serem sujeitos de direitos, como pessoas em desenvolvimento. Friso, que na prática, por muitas vezes a situação se mostra diferente, e estas prerrogativas não são respeitadas.

2. O papel da defesa e suas dificuldades: do eca à prática

Quando falamos no papel da defesa, por mais que sua atuação se mostre necessária e fundamental conforme estabelece os artigos do ECA, na prática, esse papel é quase “inexistente” dentro do rito da justiça juvenil.

Essa ausência também pode ser configurada quando quando existe uma constante mudança de defensores e advogados em uma mesma causa. Isto, acarreta a ausência de defesa em períodos cruciais do procedimento, em que a defesa deveria estar presente para garantir o cumprimento da ampla defesa desses jovens. Consequentemente este tipo de atitude faz com que exista a quebra de estratégia feita anteriormente pelo defensor ou advogado responsável pelo caso,

gerando possíveis prejuízos para a nova defesa estabelecida, principalmente prejuízos para o adolescente que está submetido à defesa material.

Desta maneira, as dificuldades e as lacunas da legislação da infância e juventude ultrapassam limites da norma posta, queremos dizer com isso que, na Justiça Juvenil, ainda existe a dificuldade de compreender a necessidade da defesa frente a representação Ministerial com a função de garantir que a Lei seja cumprida para que os ritos processuais sejam respeitados e, portanto, sejam aplicados os direitos e garantias fundamentais dos adolescentes que ingressam no sistema socioeducativo.

O que vemos na prática, ainda é uma justiça enraizada culturalmente em características da situação irregular, onde o papel da defesa, acaba sendo manipulada por posicionamentos majoritários impostos, mas apresentados como se fossem de comum acordo, sobre o que seria melhor para o adolescente. Ou seja, por muitas vezes, concorda-se com a privação de liberdade mesmo que não ocorra a defesa técnica, visto que já que existe uma sabedoria popular dentro dos tribunais, que medidas socioeducativas de internação seriam melhores porque tirariam o adolescente da rua ou do seu meio, para que assim ele possa não reincidir e receber o tratamento adequado.

Infelizmente, esse pensamento é dotado de um vazio de conhecimento do atual estado do sistema socioeducativo, sobretudo da parte que abriga adolescentes que cumprem semiliberdade e internação. Em visita ao DEGASE-ESE, foi possível perceber a conivência de autoridades com o abandono de unidades socioeducativas, assim como, perceber a precariedade da forma com que são tratadas, pelo Estado na atualidade, os serviços ali prestados aos jovens.

Como vimos, as dificuldades da defesa são inúmeras. Reuni, neste artigo, as cinco mais discutidas e enfrentadas diariamente por advogados e defensores, podendo destacar:

1-) A presença de um sistema acusatório com características fortes de um sistema inquisitório, que mitiga o papel da defesa e sua essencialidade dentro do rito processual, corroborando com a manutenção do pensamento da situação irregular; 2-) Grande carga processual das Defensorias Públicas frente a uma pequena quantidade de advogados privados especializados na área de infância e juventude, situações que podem acarretar déficits na defesa técnica; 3-) Legislação do ECA que possui lacunas em alguns artigos sobre a obrigação da defesa em determinados momentos do rito da justiça juvenil, muito visto na fase pré-processual; 4-) Ministério Público em posição de destaque colocando a defesa em posição inferior em relação ao estabelecimento de medidas de socioeducativas; e 5-) Diferenciação institucional da defesa frente a estrutura triangular do processo.

Conclusões

Este trabalho procurou investigar o papel da defesa na Justiça Juvenil, seus constrangimentos, sua efetividade, suas lacunas e os seus reflexos nas garantias dos direitos dos adolescentes em conflito com a Lei na cidade do Rio de Janeiro frente ao processo de incriminação dos mesmos.

O estudo buscou mostrar como, em relação à defesa, as dificuldades e as lacunas da legislação da infância e juventude ultrapassam limites da norma posta. Queremos dizer com isso que, na Justiça Juvenil, ainda existe a dificuldade de compreender a necessidade da defesa frente a representação ministerial com a função de garantir que a Lei seja cumprida para que os ritos processuais sejam respeitados e, portanto, sejam aplicados os direitos e garantias fundamentais aos adolescentes que ingressam no sistema socioeducativo.

Portanto o que vemos na prática, ainda é uma justiça arraigada culturalmente a características da situação irregular, onde o papel da defesa, por muitas vezes por falta de prática ou desigualdade institucional, acaba sendo manipulada por posicionamentos majoritários impostos como se fossem de “comum acordo”, sobre o que seria melhor para o adolescente.

Ou seja, por muitas vezes concorda-se com a privação de liberdade mesmo que não ocorra a defesa técnica, visto que já que existe uma sabedoria popular dentro dos tribunais, que medidas socioeducativas de internação seriam melhores porque tirariam o adolescente da rua ou do seu meio, para que ele possa não cometer mais “delitos” e, assim receber o tratamento ressocializador adequado.

Infelizmente essa prática adotada por muitos juízes e promotores de Justiça é dotada de um vazio de conhecimento do atual estado do sistema socioeducativo, sobretudo da parte que abriga adolescentes que cumprem semiliberdade ou internação.

Características como estas prejudicam diretamente o trabalho feito pela defesa técnica (advogados e defensores públicos) dos adolescentes em conflito com a lei na cidade do Rio de Janeiro, onde pude destacar três das principais dificuldades encontradas na prática, como também, nos dados quantitativos apresentados no trabalho.

A primeira de maior destaque foi a presença de um sistema tutelar acusatório com características fortes de um sistema inquisitório, que mitiga o papel da defesa e sua essencialidade dentro do rito processual, bem como, faz a manutenção do pensamento da situação irregular.

A segunda foi referente a grande carga processual das Defensorias Públicas frente e a atuação de uma pequena quantidade de advogados privados especializados na área de infância e juventude, situações que podem acarretar déficits na defesa técnica.

A terceira, foi ligado a legislação do ECA que possui lacunas em alguns artigos sobre a obrigação da defesa em determinados momentos do rito da justiça juvenil, visto na fase pré-processual, isto advém ainda do Código de Menores de 1927, onde era “comum” existir uma mitigação do exercício profissional de advogados e defensores públicos na defesa dos jovens em conflito com Lei.

Até os dias de hoje, mesmo com a criação do ECA, que tornou a defesa obrigatória e parte no processo, e com o advento da CRFB/88, que considerou crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, a situação permanece e, ainda se mantém, o posicionamento tutelar do juiz ou sua atuação em bloco com o Ministério Público.

Portanto, verificamos que ao longo de toda trajetória da legislação brasileira há a ausência ou a pouca relevância da defesa na justiça juvenil, características que justificam os rastros de punitivismo existentes nos tribunais em função do silenciamento da defesa. Logo, o papel do advogado ou do defensor público que deveria ser prioritariamente técnico e essencial ao processo, preservando a observância dos direitos e garantias estabelecidos no ordenamento pátrio e em convenções internacionais ratificadas, acaba na prática, se revelando diferente, visto que estes fatores não são respeitados.

Referências

ALVIM, Maria Rosilene; CUNHA, Eugênia Vasconcellos Paim. A Criança e o Adolescente no Banco dos Réus. In: Maria Rosilene Barbosa Alvim; Eugênia Vasconcellos Paim Cunha. (Org.). **Reconstruções da Juventude: cultura e representações contemporâneas**. João Pessoa: Editora Universitária, v. 1, p. 87-98, 2004.

ASSEMBLEIA, Geral das Nações Unidas. **Regras Mínimas das Nações Unidas para a proteção dos jovens privados de liberdade.** Diretrizes de Ryad. Ministério da Justiça, Brasília, DF, 1991.

BATISTA, Karyna. **O Direito Penal Juvenil.** São Paulo: RT, 1998.

BATISTA, Vera Malagutti. **Dífceis ganhos fáceis: Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro.** 2ª Edição. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 1998.

BRASIL. **Justiça Infanto-juvenil: situação atual e critérios de aprimoramento.** Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (Ipea), 2011.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça. Panorama Nacional: a execução das medidas socioeducativas de internação.** Programa Justiça ao Jovem. Brasília: CNJ, 2012.

BRASIL. **Plano decenal de atendimento socioeducativo do estado do Rio de Janeiro.** Rio de Janeiro: CEDCA, 2014.

COSTA, Ana Paula Motta. **As garantias processuais e o Direito Penal Juvenil: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei. Da indiferença à proteção integral.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.

SANTO SÉ, Trajano; PAIVA, Vanilda. **Juventude em Conflito com a Lei**. Rio de Janeiro: Garamond, 2007.

SPOSATO, Karyna Batista. **O direito penal juvenil no estatuto da criança e do adolescente**. Dissertação (Mestrado). São Paulo, Departamento de direito penal, medicina forense e criminologia, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2002.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **A questão do menor no Brasil: uma abordagem política jurídica**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1988.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Acesso à justiça: a defesa dos interesses difusos da criança e do adolescente – ficção ou realidade?** Dissertação (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1994.

Capacidade civil da pessoa com deficiência: análise do artigo 12 da convenção dos direitos da pessoa com deficiência.

Solange Rosário da Silva e Sátina P. M Pimenta

Introdução

O interesse em estudar a capacidade jurídica das pessoas com deficiência, surgiu a partir do conhecimento Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência - Estatuto da Pessoa com Deficiência - EPD, de nº 13.146 de 06 de julho de 2015, a qual trata da inclusão e integração das pessoas com deficiência. Mais precisamente, o artigo 6º, que define que a deficiência não afeta a capacidade civil das pessoas, conferindo desta forma, capacidade plena às pessoas com deficiência.

Em razão deste dispositivo, perceber-se-á, que na verdade, dentre outros países, o Brasil é Estado Parte da Convenção das Pessoas com Deficiência de 2006 e do respectivo

Protocolo Facultativo, instrumentos vinculativos aos países participantes, por isso, todos os Estados Partes são obrigados a adotar medidas necessárias e adequadas para promover, proteger e garantir a igualdade de todos os direitos e liberdades fundamentais para todas as pessoas com deficiência. Daí a influência sobre que o artigo 6º da EPD. Decorre do artigo 12 da respectiva Convenção, que determina o reconhecimento de igualdade perante a lei, estabelecido, na alínea 2, que “os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.”

O artigo 12 da Convenção, enquanto norma ampla, impacta de forma substancial nos ordenamentos jurídicos internos, necessariamente no que diz respeito a capacidade jurídica. Abrindo o debate acerca do alcance da capacidade jurídica plena àquelas pessoas com deficiência que não tem condições de autogoverno e que estejam desassistida de um curador ou apoiador, acarretando, possivelmente, em desamparo às pessoas com deficiência, principalmente no que diz respeito aos efeitos dos negócios jurídicos.

Indaga-se quais os efeitos da Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência na legislação interna do Brasil, principalmente no que diz respeito ao artigo 12 da convenção. Para alcançar o objetivo deste trabalho, o método de pesquisa utilizado foi a revisão bibliográfica com fontes primárias direcionadas ao direito.

Trataremos no capítulo dois sobre os direitos das pessoas com deficiência de forma ampla, expondo brevemente a declaração dos “Direitos dos Deficientes Mentais”, proposta pela Organização das Nações Unidas (ONU), depois a “Declaração dos Direitos dos Impedidos”, até alcançarmos a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência.

No capítulo três discorreremos acerca do efeito vinculante convenção dos direitos das pessoas com deficiência, porque, apesar de a Declaração Universal dos Direitos Humanos existir desde 1948, a convenção que vincula os Estados signatários é a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência.

Nos quarto capítulo, abordaremos as legislações que foram alteradas no direito Brasileiro, e os conflitos existentes neste.

Por fim, a capacidade jurídica das pessoas com deficiência sob o enfoque do artigo 12 da Convenção, e será demonstrado o quanto a Convenção revolucionou o tratamento tradicional da capacidade atribuída às pessoas com deficiência, e o dever de os Estados Partes adotarem medidas adequadas para proporcionar às pessoas com deficiência ao exercício da sua capacidade jurídica em condições de igualdade com as outras, em todos os aspectos da vida.

1. Direitos das pessoas com deficiência e cidadania

Por várias décadas as pessoas com deficiência eram vistas apenas como objeto de proteção e não como sujeitos de direitos e deveres em condições de igualdade com pessoas não deficientes (SOUZA, 2014), basta verificar nas declarações publicadas pela ONU a partir dos anos 70.

Foi na década de 70, que a Organização das Nações Unidas (ONU), pela primeira vez, adotou a declaração dos “Direitos dos Deficientes Mentais”, em seguida, em 1975, divulgou a “Declaração dos Direitos dos Impedidos”, estendidos a todas as pessoas com deficiência. Nas décadas de 80 e 90, declarou a Década Mundial das Pessoas com Deficiência, “Diretrizes de Tallin para desenvolvimento de Recursos

Humanos na Esfera dos Impedidos” e “Princípios para a proteção da Saúde Mental”(SOUZA, 2014).

A quebra dos padrões ocorreu entre 1993 e 1994, período em que se reconheceu as pessoas com deficiência como titulares dos direitos humanos, consolidada com a criação das “Normas Uniformes sobre Igualdade e Oportunidades para Pessoas com Deficiência”(SOUZA, 2014).

Mesmo sem efeito vinculado, as Normas Uniformes sobre Igualdade e Oportunidades para Pessoas com Deficiência, constava as condições prévias para a igualdade de participação, observando a sensibilização, cuidados de saúde, reabilitação, serviços de apoio; garantia da acessibilidade, educação, emprego, manutenção de rendimentos e segurança social, vida familiar e dignidade pessoal, cultura, atividades recreativas e desporto e religião com áreas fundamentais para a igualdade de participação (SOUZA, 2014).

Deste modo para que os direitos sejam assegurados, os Estados devem garantir medidas de aplicação mediante informação e investigação, elaboração de medidas de política e planeamento, legislação, políticas econômicas, organizações de pessoas com deficiência, formação de pessoal, acompanhamento e avaliação a nível nacional dos programas a favor das pessoas com deficiência relativamente à aplicação das normas e cooperação internacional (NAÇÕES UNIDAS, 1995).

Apesar da existência das Normas Uniformes sobre Igualdade e Oportunidades para Pessoas com Deficiência ter sido um grande avanço, o momento marcante ocorreu em 2006, quando a Assembleia Geral da ONU adotou a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), ratificada na Convenção de Nova Iorque em 2007, com objetivo de criar um instrumento juridicamente vinculativo aos Estados Partes para promover, proteger e

garantir às pessoas com deficiência todos os direitos humanos e liberdades fundamentais (SOUZA, 2014)

Aliás, no preâmbulo da CDPD reconhece que as pessoas com deficiência se deparam com a múltiplas ou agravadas formas de discriminação, um dos fatores que justificam a convenção internacional com intuito de promover e proteger os direitos e dignidade das pessoas com deficiência e promover a sua participação nas esferas civil, política, econômica, social e cultural com oportunidades iguais.

Atualmente a CDPD conta com 174 Estados Partes e protocolo opcional com 92 Estados.

Agustina Palacio (2017), elenca que os direitos protegidos pela CDPD podem ser agrupados de cinco formas: a) direito de igualdade, representados pelos artigos 5.º, artigo 9.º, artigo 12.º - direito ao exercício da personalidade e capacidade jurídica e artigo 13.º; b) direitos de liberdade exemplificados pelos artigos 14.º, artigo 18.º, artigo 19.º e artigo 20.º; c) direitos de proteção, referente ao direito à vida previsto no artigo 10.º, do artigo 11.º; artigo 15.º, artigo 16.º; artigo 17.º; artigo 22.º, artigo 23.º; d) direitos de participação, corresponde aos artigos 29.º; artigo 30.º; e) Direitos com caráter social, abordados nos artigos 24.º, artigo 25.º, artigo 26.º, artigo 28.º.

No que diz respeito ao conceito de pessoas com deficiência a CDPD entende que a deficiência é um conceito em evolução, mas define no artigo 1º que as pessoas com deficiência são aquelas com incapacidades duradouras físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais, que podem impedir a sua plena e efetiva participação na sociedade em condições de igualdade com os outros (ONU, 2007).

Por sua vez, a Organização Mundial de Saúde define que “As deficiências correspondem a um desvio relativamente ao que é geralmente aceite como estado biomédico normal (padrão) do corpo e das suas funções. A definição dos seus

componentes é feita essencialmente por pessoas com competência para avaliar a funcionalidade física e mental, de acordo com esses padrões.” (OMS, 2003)

O conceito de deficiência apresentados desconstitui um conceito meramente médico de pessoa com deficiência e passa a adotar um conceito que prioriza a dimensão social, reconhecendo a cidadania das pessoas com deficiência.

O artigo 4º da Constituição da República Portuguesa - CRP estabelece que “são cidadãos portugueses todos aqueles que como tal sejam considerados pela lei ou por convenção internacional.” Deste modo, qualquer pessoa é membro destinatária da ordem jurídica estatal, conforme estatuído pela CRP (MIRANDA, 1998) Por sua vez, a Constituição Federal do Brasil, no artigo 1º, inciso I, determina que a cidadania é princípio fundamental do Estado Democrático de Direito.

Para o exercício da cidadania é necessário medidas de políticas públicas que todos se envolvam para colaborar com os cidadãos com deficiência.

No censo demográfico do IBGE de 2010, no Brasil, dectou 45,6 milhões de pessoas com pelo menos um tipo de deficiência, seja do tipo visual, auditiva, motora ou mental/intelectual, representando-o à época 23,9% da população brasileira, certamente, em tempos atuais (2018) este número aumento (IBGE, 2016). Contudo, as práticas de acessibilidade, inclusão e integração cresceram positivamente e são promovidas tanto pelo poder público quanto pelos entes privados.

O artigo 71 da CRP, prevê que os cidadãos portadores de deficiência física ou mental gozam plenamente dos direitos e estão sujeitos aos deveres, mas faz ressalva do exercício ou do cumprimento daqueles que estão incapacitados. Dispõe ainda que o Estado deve realizar política nacional de prevenção e de tratamento, reabilitação e integração dos cidadãos portadores de deficiência e apoiar suas famílias.

É perceptível que Constituição portuguesa realiza prática de uma discriminação positiva para respeitar o limite das pessoas com deficiência, cobrando de cada um conforme sua capacidade, seja no ciclo social, laboral e familiar.

2 . A convenção dos direitos das pessoas com deficiência e seu efeito vinculante.

Os direitos humanos, consubstanciados pelo direito a dignidade, a liberdade e a igualdade das pessoas, garantidos internacionalmente pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e assegurados pela ordem jurídica interna por meio das Constituições (SOUZA, 2014), que por sua vez, determinam os direitos fundamentais a serem protegidos (ASCENÇÃO, 2008).

Prevê o artigo 2º da DUDH, que toda pessoa humana tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição (ONU, 1948).

Contudo, apesar de a Declaração Universal dos Direitos Humanos existir desde 1948, não podemos considerar que a existência da CDPD, que visa a proteção dos direitos e dignidades da pessoa com deficiência, seja redundante àquela, tendo em vista que apenas houve a incorporação de novos direitos para coibir a discriminação das pessoas com deficiência (JALÓN, 2015).

A CDPD está produzindo uma mudança substancial no mundo da deficiência com efeitos legais vinculativos para os Estados que a ratificaram. A questão é de grande importância, trata-se da consideração das pessoas com deficiência como sujeitos de direito e não como meros objetos de

tratamento e proteção social, como abordados nos sistemas anteriores (JALÓN, 2015).

A referida Convenção optou por trazer para um texto jurídico internacional a exigência das autoridades públicas de políticas normativas e administrativas que facilitem o acesso e o exercício dos diferentes direitos das pessoas com deficiência e sua efetiva inclusão na sociedade em oportunidades iguais.

Por essas razões a convenção impõe aos Estados Partes uma série de obrigações, principalmente reformas normativas e adaptação de suas políticas ativas no mundo da deficiência em consonância com os princípios fundamentais relacionados no artigo 3º a Convenção:

- a) O respeito pela dignidade inerente, autonomia individual, incluindo a liberdade de fazerem as suas próprias escolhas, e independência das pessoas;
- b) Não discriminação;
- c) Participação e inclusão plena e efetiva na sociedade;
- d) O respeito pela diferença e aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e humanidade;
- e) Igualdade de oportunidade;
- f) Acessibilidade;
- g) Igualdade entre homens e mulheres;
- h) Respeito pelas capacidades de desenvolvimento das crianças com deficiência e respeito pelo direito das crianças com deficiência a preservarem as suas identidades. (ONU, 2007)

Para a concretização dos princípios fundamentais e a abolição de qualquer tipo de discriminação baseada na deficiên-

cia, a própria Convenção no artigo 2º, introduz o conceito de “ajustes razoáveis”, entendidos como conjunto de modificações necessários e apropriados que não impõem um fardo desproporcional ou indevido, quando exigido em um caso particular, para garantir às pessoas com deficiência o gozo ou exercício, em igualdade de condições com a outros, de todos os direitos humanos e liberdades públicas, os quais os Estados subscritores devem promover e garantir (ONU, 2007).

A Convenção deixa claro que a deficiência é uma questão de direitos humanos, ou seja, as pessoas com deficiência não são receptores passivos de medidas de assistência social, mas são sujeitos de direito, e sua personalidade jurídica lhes confere capacidade jurídica plena para o exercício de direitos humanos pessoais e com as necessárias medidas de apoio ao exercício de outros direitos cuja propriedade é inerente à sua dignidade (ONU, 2007).

Desta maneira, por força do artigo 12 da Convenção, os Estados Partes devem reconhecer que as pessoas com deficiência têm capacidade jurídica em igualdade de condições com os outros em todos os aspectos da vida (ONU, 2007).

Para Francisco Bariffi (2014), implementar o artigo 12 da Convenção em uma norma interna é complexo, por isso, um grande desafio, pois leva a grandes obstáculos legislativos e é necessário refletir de como o dispositivo internacional poderá ser inserido na legislação nacional.

Segundo Bariffi (2014), o grande desafio é transformar a proclamação de direitos humanos em linguagem compreensível, de acordo com o direito privado, porque a inclusão do artigo 12 ao direito interno gera conflito entre direitos humanos e o direito privado, pois é necessário analisar e compatibilizar as regras previstas por tais ordenamentos, principalmente no que diz respeito ao Código Civil, afinal, se por um lado os direitos humanos, coloca a pessoa no centro como por se tratar

de uma ordem jurídica humanizada, em contrapartida, existe certa imprecisão e que tem freqüentes “lacunas” legais.

O artigo 12 da CDPD ao reconhecer a igualdade das pessoas com deficiência perante a lei, desempenha a função base da Convenção alterando o conceito negativo de capacidade, tendo em vista que considerar um cidadão incapaz deixou de ser um meio de proteção e passou a ser fator de exclusão (ONU, 2007).

Mesmo antes da CDPD, Canotilho (1977) menciona sobre a função da não discriminação, uma das funções dos direitos fundamentais, é primária e básica dos direitos fundamentais, pois cabe ao Estado garantir que todos os cidadãos sejam tratados igualmente, em virtude do princípio da igualdade e dos direitos da igualdade.

3. Os reflexos da CDPD no direito brasileiro.

A Constituição Federal do Brasil de 1988, no título dos direitos fundamentais, no caput do artigo 5º consagra o princípio da igualdade, e em vários dispositivos, de forma expressa, relaciona matérias de proteção das pessoas com deficiência.

O artigo 7º, inciso XXXI, proíbe qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; o artigo 37, inciso VIII, reserva empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência; o artigo 203, inciso IV, garante a assistência social às pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; o 227, inciso II, promove a integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, e o artigo 244, a lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 227, § 2º.

O Brasil por ser signatário da CDPD, recepcionou a Convenção como emenda constitucional na forma estipulada no artigo 5º, §3º da CF/88, a partir então criou o Estatuto da Pessoa com Deficiência – EPD, a Lei de nº. 13.146 de 6 de julho de 2015, esta lei impactou sobremaneira no direito interno brasileiro, vez que alterou e revogou alguns artigos do Código Civil Brasileiro, “trazendo grandes mudanças estruturais e funcionais na antiga teoria das incapacidades, o que repercutiu diretamente para institutos do Direito de Família, como o casamento, a interdição e a curatela.” (TARTUCE,2015)

Com a vigência do EPD, o art. 3º do Código Civil, foi praticamente todo revogado, restando apenas o inciso I, o qual determina que “são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil”(BRASIL, 2002), o demais que estabeleciam a incapacidade por enfermidade ou deficiência mental, e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade. Também deu nova redação ao tópico dos relativamente incapaz contidos nos incisos II e III do artigo 4º, eliminando destes dispositivos as pessoas por deficiência mental com discernimento reduzido e os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo.

Em decorrência da modificação na capacidade civil, houve mudanças dos artigos 1.518, 1.548, I, 1.550 e 1.557, referentes ao casamento. No capítulo da curatela, seção dos interditos, alterou também os dispositivos 1.767 a 1.777, e inseriu o capítulo sobre a tomada de decisão.

Isto porque o artigo 6º da EPD, dispõe que “a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa”, garantindo-lhe o direito de casar-se e constituir união estável; exercer direitos sexuais e reprodutivos; exercer o direito de decidir sobre o número de filhos; conservar sua fertilidade; exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como

adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas (BRASIL, 2015).

Depreende-se desta forma que não existe no direito privado brasileiro, em consonância com a CDPD, pessoa absolutamente incapaz que seja maior de idade, desta forma, em prol da dignidade da pessoa humana, todas as pessoas com deficiência, são plenamente capazes (TARTUCE, 2015)

3.1 Conflito com código de processo civil

Conforme mencionado, com a vigência Estatuto da Pessoa com Deficiência houve alteração dos artigos 1.767 a 1.777 do Código Civil, contudo, de acordo com professor doutor Flávio Tartuce (2015), com a vigência do Novo Código de Processo Civil em março de 2016, ocorreu “atropelamentos legislativos” (BRASIL, 2015).

Isto porque, a Lei 13.146/2015 em vigor desde janeiro de 2016, alterou o art. 1.768 do Código Civil (BRASIL, 2002), dispositivo que versava acerca da legitimação para curatela e não mais interdição, ficou em vigor por pouco tempo, porque logo depois foi revogado expressamente pelo art. 1.072, inciso II, do CPC/2015 (BRASIL, 2015), o qual foi totalmente estruturado nos moldes do processo de interdição, constante entre os seus artigos. 747 a 758, violando desta forma não apenas o Estatuto, mas também a CDPD, pois todas as pessoas com deficiência são consideradas capazes para todos os atos da vida civil, quando necessário, permite-se a tomada de decisão ou a curatela.

3.2 A tomada de decisão apoiada

A tomada de decisão apoiada é prevista pelo art. 116 da Lei n. 13.146/15 ingressou no Título IV, do Livro IV da Par-

te Especial do Código Civil, que passou a vigorar acrescido do Capítulo III, art. 1.783-A, indicando que “A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade” (BRASIL, 2002)

A finalidade do apoio é oferecer qualidade de vida à pessoa com deficiência, os dois apoiadores deverão cumprir fielmente com as necessidades do beneficiário, que por sua vez conservará a sua autodeterminação em todos os atos que não estejam incluídos no acordo. Tendo em vista que “o apoio é uma medida de natureza ortopédica, jamais amputativa de direitos” (RESENVOLD, 2017).

O requerimento de tomada de apoio pode ser judicial ou mediante escritura pública constituída no Cartório de Notas ou simples documento particular, pode requerer, além própria pessoa com deficiência, um familiar, Ministério Público ou pelo curador, caso a pessoa a ser beneficiada esteja interdita (RESENVOLD, 2017).

O apoio está afeto a “tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial”, na forma do art. 85, Lei n. 13.146/15)os apoiadores não poderiam, por exemplo, reconhecer um filho ou consentir na prática de tratamentos médicos (RESENVOLD, 2017).

O § 9º do art. 1.783-A, possibilita que a pessoa apoiada, rescinda unilateralmente, independente de prazo, o término do acordo firmado entre beneficiário e apoiador, exercendo, desta maneira, simples direito potestativo, cabendo ao magistrado apenas respeitar a sua deliberação unilateral, porém, se rescisão partir dos apoiadores (RESENVOLD, 2017), enuncia o § 10, do art. 1.783-A, que “o apoiador pode solicitar

ao juiz a exclusão de sua participação do processo de tomada de decisão apoiada, sendo seu desligamento condicionado à manifestação do juiz sobre a matéria”.

4. A capacidade jurídica das pessoas com deficiência sob o enfoque do artigo 12 da CDPD.

Para compreender o quanto o artigo 12 da convenção impactou no ordenamento jurídico interno, principalmente o brasileiro, é necessário relembrar sucintamente os conceitos de personalidade jurídica, capacidade jurídica e capacidade de exercício.

A personalidade jurídica é qualidade jurídica diretamente ligada à pessoa desde o seu nascimento, está relacionado à sua aptidão de adquirir e contrair obrigações, investida na legislação civil e direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade, que se prolonga por toda a vida, extinguindo-se com a morte (GONÇALVES, 2016).

A capacidade jurídica é a aquisição de direitos sem restrições, reconhecida a todo ser humano indistintamente, que se completa com a personalidade jurídica, independente de qualquer circunstância, física, psíquica ou sensorial (GONÇALVES, 2016).

Enquanto capacidade de exercício ou de ação, está relacionado a capacidade de exercer diretamente sem intervenção de outras pessoas, todos os atos da vida civil, de modo que quem possui a capacidade de direito e a capacidade de exercício tem a capacidade plena (GONÇALVES, 2016).

Percebe-se que a capacidade é dividida em duas espécies, a limitada (capacidade de direito) e ampla (conjugada pela capacidade de direito e a de exercício), esta divisão ocorre por faltarem a

certas pessoas alguns requisitos materiais para exercer os atos da vida civil (GONÇALVES, 2016) estava inserida neste rol, não apenas os menores, mas também as pessoas com deficiência.

O artigo 12.3 da Convenção, revolucionou o tratamento tradicional da capacidade atribuída às pessoas com deficiência, vez que, obriga aos Estados Partes adotar medidas adequadas para proporcionar às pessoas com deficiência ao exercício da sua capacidade jurídica em condições de igualdade com as outras, em todos os aspectos da vida (BARRANCO, 2012).

O conceito de capacidade jurídica utilizada no artigo 12 da Convenção não se restringe a capacidade de ser sujeito de direitos e obrigações, tendo em vista que engloba também a capacidade de exercer direitos e assumir obrigações, ou seja, engloba tendo o gozo como o exercício da capacidade, pois o artigo 12.2, não estabelece qualquer distinção entre capacidade jurídica e capacidade de exercício (BARRANCO, 2012).

Como visto a CDPD é contrária ao sistema tradicional de interdição que implica na incapacidade prevista na maioria das legislações internas, adotando um novo sistema como forma de proteção às pessoas com deficiência, obedecendo os princípios essenciais da convenção: intervenção mínima e estimula à autonomia (BARRANCO, 2012).

No entanto, Bariffi (2014) suscita vários questionamentos que deverão ser discutidos e observados na medida do possível pelas legislações que versem sobre as pessoas com deficiência, segundo o professor, é um grande desafio detectar os obstáculos que venham a surgir, com por exemplo, a consequência dos negócios jurídicos celebrados pelas pessoas com deficiência, afinal, por serem plenamente capazes estão sujeitos às nulidades dos atos jurídicos, bem como a prescrição e a decadência, lacunas que deverão ser muito bem analisadas.

Conclusão

Percebemos com este trabalho o quanto a Convenção valorizou os direitos fundamentais das pessoas com deficiência, principalmente ao reconhecê-la como sujeitos de direitos e obrigações e não apenas mantê-la como objeto de proteção reafirmando-o como cidadãos.

Notório que o artigo 12 da Convenção impactou em mudanças de paradigmas em relação a capacidade jurídica, destarte, a necessidade de promover em seu favor o exercício dos seus direitos, desta forma, a pessoa com deficiência, além da capacidade de gozo, possui também capacidade de exercício e os Estados partes devem promover políticas afirmativas para garantir o exercício da cidadania das pessoas com deficiência, contudo, deve levar em consideração o princípio da igualdade em todos seus aspectos, inclusive sua função função discriminatória positiva.

O Brasil por sua vez, criou o a Lei de nº 13.146 de 06 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), totalmente baseada na Convenção Internacional, dispõe expressamente que as pessoas com deficiência são civilmente capazes, e por isso, alterou substancialmente alguns artigos do Código Civil Brasileiro, que a nosso entender, neste quesito, a lei, apesar do viés de proteção e de igualar em todos os sentidos os direitos e deveres das pessoas com deficiência, quando considera que não importa o tipo e o grau de deficiência atribui a capacidade civil plena, não aplica corretament o princípio da igualdade , desprotege o cidadão sem capacidade alguma de prover-se amplamente dos atos da vida civil.

Entendemos que a Convenção é um instrumento fantástico para promover e garantir efetivamente de forma igualitária os direitos das pessoas com deficiência. Restou apenas uma rusga, que talvez seja objeto de outra pesquisa,

diz respeito aos efeitos dos atos negociais praticados por estas pessoas, tendo em vista que estarão sujeitas a prescrição e a decadência a partir da celebração do negócio jurídico, sendo excluída, por ora, das nulidade previstas pela lei civil.

Referência

ASCENÇÃO. Jose de Oliveira. **A dignidade da Pessoa e o Fundamento dos Direitos Humanos**. Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa. 2008. ISSN 0870-8118.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada [em linha]. Organização: Resende. Ana Paula Crosara de Resende. VITAL. Flavia Maria de Paiva Vital [Consult. 19 de nov. 2017]. Disponível <https://www.governoeletronico.gov.br/documentos--e-arquivos/A%20Convencao%20sobre%20os%20Direitos%20das%20Pessoas%20com%20Deficiencia%20Comentada.pdf>.

BARIFFI. Francisco. **Cinco reflexiones para traducir el paradigma de la capacidad jurídica em el derecho civil argentino**. La Capacidad de las personas com discapacidad / coordinado por Alejandra Del Grosso. 1ª ed. Buenos Aires: Ministério da Justiça e Direitos Humanos da Nação. Secretária de Direitos Humanos. 2014. P. 133. ISBN978.987-1407-61-3.

BARRANCO. Maria Del Carmem. **Capacidad jurídica y discapacidad: El artículo 12 de la Convención de derechos de las personas com discapacidad**. [Em linha]. [Consult. 23 de nov. de 2017]. Disponível em <http://repositoriocdpd.net:8080/bitstream/>

handle/123456789/663/Art_BarrancoMC_CapacidadeJuridicaDiscapacidade_2012.pdf?sequence=1.

BRASIL. Constituição Federal do Brasil de 1988. [Em linha]. [Consult. 01 de dez. de 2017]. Disponível http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

BRASIL. **Lei nº 13.146 de 11 de julho de 2015. Estatuto da Pessoa com Deficiência.** [Em linha]. [Consult. 01 de dez. de 2017]. Disponível http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm.

BRASIL. **Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** [Em linha]. [Consult. 01 dez. 2017]. Disponível http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.

BRASIL. **Lei nº 13.146 de 11 de julho de 2015. Estatuto da Pessoa com Deficiência.** [Em linha]. [Consult. 01 de dez. de 2017]. Disponível http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm.

BRASIL. **Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** [Em Linha]. [Consult 01 de dez. De 2017]. Disponível http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm.

CANOTILHO. J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** Coimbra. – 7ª ed., Ed. Almedina 19 reimp. ISBN 978-972-40-2106-5. P. 410.

Direitos das Pessoas com Deficiência – 2016. Lisboa. 1ª ed., [em linha]. [consult. 28 de nov. de 2017]. Disponível <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/>

eb_Direito_Deficiencia2016.pdf. Ano de publicação
– 2017. ISBN: 978-989-8815-78-1.

GONÇALVES. Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.**
Vol. 1: parte geral. – 14ª ed.- São Paulo: Saraiva, 2016.
–p. 94. ISBN 978-8-02-63665-1.

JALÓN. María Bueyo Díez. **El impacto de la Convención Internacional de las personas con discapacidad.** [Em linha]. [Consul. 20 de nov. de 2017]. Disponível <http://discapnet2015.e-presentaciones.net/areas-tematicas/nuestros-derechos/tus-derechos-fondo/otros-temas/el-impacto-de-la-convencion#23> acesso em 20/11/20147.

ONU. **Direitos humanos das pessoas com deficiência.**
[em linha]. [Consul. 19 de nov. 2017]. Disponível <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Disability/Pages/DisabilityIndex.aspx>.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.**
[em linha]. [Consult. 19 de nov. de 2017]. Disponível em <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>.

OMS. **Organização Mundial de Saúde. Classificação Internacional da Funcionalidade, Incapacidade e Saúde** [em linha]. [consult. 31 de março de 2018]. Disponível em http://www.periciamedicadf.com.br/cif2/cif_portugues.pdf.

PALACIOS . Agustina. **El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.** [Em linha]. [Consul. 19 de nov. de 2017]. Disponível <http://www>.

tiempodelosderechos.es/docs/jun10/m6.pdf. P. 274.
ISBN: 978-84-96889-33-0

RESENVALD, Nelson. **A tomada de decisão apoiada – Primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência.** [Em linha]. [Consult. 02 de dez. de 2017]. Disponível https://docs.wixstatic.com/ugd/d27320_ad4936f4ed4e-41088be63d7bf571cf61.pdf.

SOUSA, Filipe Venade. **Os direitos Fundamentais das pessoas surdas à luz da norma do artigo 74º, nº 2, alínea h) da Constituição da República Portuguesa e da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.** Coimbra. Almediana. 2014. ISBN 978-972-5680-7.

TARTUCE, Flávio. **Alterações do código civil pela lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o direito de família e confrontações com o novo CPC. Primeira parte.** [em linha]. [Consult. 01 e dez. de 2017]. Disponível <http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/3>.

_____. **Alterações do código civil pela lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o direito de família e confrontações com o novo CPC.** Segunda parte. [em linha]. [Consult. 01 e dez. de 2017]. Disponível <http://www.flavcarçpsiotartuce.adv.br/artigos/3>.

O sistema de cotas como concretizador de direitos fundamentais.

Deuzalina Monteiro dos Santos

Introdução

O sistema de cotas faz parte das ações afirmativas do Estado para que se concretizem os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana, observando as desigualdades para realizar a igualdade.

Contudo o sistema de cotas é usado como instrumento para solucionar o problema da desigualdade social, racial e cultural, que os menos favorecidos estão sofrendo em especial os negros, e visa á inclusão social de grupos no leito da sociedade através da universidade e concurso públicos, dando melhores condições para tais grupos de se reestabelecerem como cidadãos na sociedade.

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar que, o sistema de cota implantado no Brasil, com reserva de vaga para ás pessoas afro descendentes, deficientes e alunos de escolas

públicas, trata - se de um instrumento adequado para resolver parcialmente as desigualdades, uma vez que proporciona oportunidades para os grupos marginalizados na sociedade.

Será realizada uma análise do sistema de cotas na perspectiva da igualdade material, demonstrando que o referido sistema, não fere o princípio da igualdade, descrito no caput do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, pelo contrario as cotas raciais garante á igualdade material aos grupos excluídos da sociedade.

Analisaremos ainda o sistema de cotas e a justiça distributiva de Aristóteles, utilizada pelo Estado brasileiro como forma de reparação aos danos provocados, em especial, aos afros - descendentes. Apresentando abordagem sucinta do entendimento do Supremo Tribunal Federal com relação ao sistema de cotas.

1. O sistema de cotas como garantidor de direitos fundamentais.

No Brasil, o sistema de cotas tornou-se conhecido em meados dos anos 2000, iniciado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), que foi á primeira universidade do país a criar um sistema de cotas em vestibulares para cursos de graduação por meio de uma lei estadual que estabelecia 50% das vagas do processo seletivo para alunos egressos de escolas públicas cariocas.

Depois da UERJ foi á vez da Universidade de Brasília (UnB) implantar uma política de ações afirmativas para negros em seu vestibular de 2004, em meio a muita discussão e dúvidas dos próprios vestibulandos. A instituição foi á primeira no Brasil a utilizar o sistema de cotas raciais.

Atualmente, em âmbito nacional a política de cotas passou a privilegiar estudantes oriundos de escolas Públicas, baixa renda, negros, indígena e pessoas com deficiência, não somente pelo critério racial, mas com base na porcentagem de vagas reservadas para os alunos segundo a lei de cotas n 12.711 de 29 de agosto de 2012, demonstrado nos artigos 1º 2º.

Art. 1º As instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

Parágrafo único. No preenchimento das vagas de que trata o caput deste artigo, 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (um salário-mínimo e meio) per capita.

Art. 3º Em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o art. 1o desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, nos termos da legislação, em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia

e Estatística - IBGE.(Redação dada pela Lei nº 13.409, de 2016)

Mendes justifica muito bem as cotas raciais e segundo ele:

A verdade é que o Brasil produziu, ao longo dos séculos, uma sociedade marcadamente desigual e injusta. Há, pois, um quadro de discriminação social negativa, que impede o exercício de inúmeros direitos básicos. É nesse contexto, e muitas vezes com base direta no próprio texto constitucional e graças a intensas reivindicações de setores expressivos da sociedade civil, que se vem desenvolvendo, nos últimos anos, uma série de políticas compensatórias, com objetivo de reduzir algumas situações que dão origem a distorções sociais graves. (MENDES, 2005)

E através do sistema de cota, seja racial ou social, e que se concretiza os direitos fundamentais e garante a dignidade da pessoa humana, utilizando – se das ações afirmativas para proporcionar igualdade aos grupos considerados marginalizados pela sociedade ao longo da historia, é o caso dos negros no Brasil.

A Flavia Piovesan, explica o sentido das ações afirmativas do Estado brasileiro utilizado como meio de promover a igualdade racial e segundo ela:

Nesse sentido, como poderoso instrumento de inclusão social, situam-se as ações afirmativas. Elas constituem medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo com

o alcance da igualdade substantiva por parte de grupos vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais e as mulheres, entre outros grupos. As ações afirmativas, como políticas compensatórias adotadas para aliviar e remediar as condições resultantes de um passado de discriminação, cumprem uma finalidade pública decisiva para o projeto democrático: assegurar a diversidade e a pluralidade social. Constituem medidas concretas que viabilizam o direito à igualdade, com a crença de que a igualdade deve moldar-se no respeito à diferença e à diversidade. Por meio delas transita-se da igualdade formal para a igualdade material e substantiva. Por essas razões a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas. (Flávia Piovessan, 2005)

A Política de cotas é o mecanismo de inclusão, concebidas por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional reconhecido o da igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito.

É uma forma de promover a igualdade entre os grupos que historicamente foram discriminados pela sociedade, que tem como finalidade ir muito além de prevenir ou punir atos discriminatórios, mas proporcionar condições de igualdade, dando oportunidades de acesso a educação e ao mercado de trabalho, de maneira a garantir a dignidade da pessoa humana.

2. Política de cotas na perspectiva da igualdade material

Segundo Flavia Piovessan:

A implementação do direito à igualdade é tarefa fundamental à qualquer projeto democrático, já que em última análise a democracia significa a igualdade no exercício dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. A busca democrática requer fundamentalmente o exercício em igualdade de condições dos direitos humanos elementares. (FLAVIA PIOVESSAN, 2005)

Portanto nesse sentido, para que haja igualdade e necessário adotar políticas inclusivas porque sem inclusão é impossível haver igualdade formal ou material, uma sociedade igualitária é aquela em que os cidadãos têm oportunidade de desenvolver as suas potencialidades; em especial os segmentos excluídos da sociedade, os negros fazem parte desses segmentos excluídos da sociedade, alias o mais excluído ao longo da história do Brasil, porque a abolição da escravatura por si não foi suficiente para acabar com a discriminação racial nem tampouco proporcional a igualdade racial

Quaresma traça palavras de extrema importância para se entender o contexto de surgimento da igualdade material.

É quando surge para o mundo do direito o que se conhece por isonomia material. Não é mais suficiente considerar todos iguais perante a lei; agora é preciso tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na exata medida de suas desigualdades. Além disso, exige – se que o Estado institua políticas publica orientadas á redução da desigualdade econômica. Surgem os direitos sociais, que passam a impor ao Estado uma diferente forma de agir. Não mais se admite a simples passividade do Estado frente ás questões sociais. A educação, saúde, o trabalho

digno são assuntos da maior relevância, pelos quais deve o Estado zelar, permitindo o acesso por parte de todos a estes bens. O Estado não é mais o gestor de interesses; mas sim, um dos atores na promoção do bem comum, na constituição de uma sociedade igualitária. (QUARESMA, 2002)

É de se notar que o Estado exerce um papel muito importante para combater as diversas formas de desigualdade, e diante do advento do Estado social a igualdade evoluiu e ganhou conteúdo material que exige atos concretos que viabilizem a igualdade de oportunidades tanto é que a Constituição brasileira de 1988 registrou no primeiro artigo, dentre os fundamentos da República Democrática de Direito a valorização da dignidade da pessoa humana, e as cotas raciais além de proporcionar a igualdade material, promove a dignidade da pessoa humana através do acesso ao ensino superior.

Portanto, nesse sentido a igualdade material passa a exigir a atuação concreta do Estado para assegurar a cada indivíduo a garantia de uma vida digna, e veda as desigualdades na lei ou em sua aplicação em relação ao aspecto da natureza humana. É importante ressaltar que os direitos sociais tem a finalidade de implantar a igualdade material.

A luta pela igualdade material em sua concretização requer uma postura participativa da sociedade nas demandas sociais porque a sociedade tem legitimidade para apresentar denúncias contra as desigualdades sociais e deve propor ações para que possa reverter tal quadro, agindo de forma coletiva é nesse contexto que as políticas de cotas surgem como alternativa viável de combate às desigualdades não somente raciais, mas também para estudantes de escolas públicas e pessoas com deficiências, portanto a política de cotas esta de acordo com a perspectiva da igualdade material, visto que as

cotas servem para conceder oportunidade de igualdade que os impedem de alcançar os mesmos resultados em sua vida política, econômica, cultural e educacional das categorias que não sofreram restrições.

É importante enfatizar que a igualdade que se almeja aqui é a igualdade racial. Por isso é importante o apoio da sociedade, sensibilizando a opinião pública tendo como foco o fim da desigualdade racial brasileira.

Segundo Sousa Santos que descreve muito bem a respeito política de igualdade racial:

Uma política de igualdade que nega as diferenças inferiorizadoras é de fato uma política racista. Como vimos o racismo, tanto se afirma pela absolutização das diferenças como pela negação absoluta das diferenças inferiorizadas, uma política de igualdade genuína e a que permite a articulação horizontal entre identidades discrepantes e entre as diferenças que elas assentam. (Sousa Santos, 1999).

A política de cota racial decorre da igualdade do Estado Democrático de direito que deve buscar acima de tudo que elas sejam constituídas no plano real. Em primeiro momento, a política de cotas para negros pode parecer uma afronta ao princípio da igualdade, mas ao contrário, diante de uma análise da atual conjuntura social, percebe – se que o sistema de cotas esta de acordo com os objetivos do Estado que tem como meta a promoção da igualdade, o combate a discriminação racial e a valorização da dignidade da pessoa humana dando oportunidade a todos os cidadãos marginalizados na sociedade.

3. O sistema de cotas e a justiça distributiva de Aristóteles

Hoje em dia é muito comum ouvirmos falar do sistema de cotas e em especial as cotas raciais que é um assunto tratado de forma polêmica porque muitos discutem se é justo ou não as cotas raciais adotadas pelo Estado brasileiro, e nessa discussão para algumas pessoas, as cotas raciais é uma forma de discriminação para outras é uma forma de devolver aquilo que foi tirado dos negros no período da escravidão. O certo é que, a respeito desse assunto não há consenso por parte das pessoas envolvidas, seja por interesse contrário ou a favor, aqui vamos discutir a noção de justiça baseada na justiça distributiva de Aristóteles.

Marilene Chaui explica a consistência da Justiça distributiva de Aristóteles de uma maneira muito interessante e para melhor entendimento veremos:

A justiça distributiva de Aristóteles consiste em dar a cada um, o que é devido e sua função é dar desigualmente aos desiguais para torná-los iguais. Suponhamos, por exemplo, que a polis esteja atravessando um período de fome em decorrência de secas ou enchentes e que adquira alimentos para distribuí-los a todos. Para ser justa, a Cidade não poderá reparti-los de modo igual para todos. De fato, aos que são pobres, deve doá-los, mas aos que são ricos, deve vendê-los, de modo a conseguir fundos para aquisição de novos alimentos. Se doar a todos ou vender a todos, será injusta. Também será injusta se atribuir a todos as mesmas quantidades de alimentos, pois dará a quantidades iguais para famílias desiguais, umas mais numerosas do que outras. (CHAUI, M.S.,1994)

Nesse sentido a justiça distributiva é fundamentada em uma igualdade não real, mas sim proporcional, ou seja, a re-

lação que existe entre as pessoas é a mesma que deve existir entre as coisas, diante dessa ideia de justiça o Estado brasileiro esta reparando um dano causado aos afros descendentes, através da politica de cotas raciais, porque o Brasil viveu séculos de escravidão, sendo o ultimo pais do mundo Ocidental a eliminar a escravidão, a verdade é que a lei garantiu status de liberdade aos negros tornando – os homens livres, porem não ofereceu condição para que essa liberdade se tornasse efetiva, e após a libertação dos escravos os negros por não terem sidos inseridos na sociedade de maneira justa, não tiveram as mesmas oportunidades que as pessoas brancas assim não puderam desfrutar de iguais condições de desenvolvimento social.

A professora Marilene Chaui aborda a finalidade da justiça distributiva de Aristóteles e para melhor entendimento e pertinente cita-la:

A função ou a finalidade da justiça distributiva sendo a de igualar os desiguais, dado- lhes desigualmente os bens, implica afirmar que numa cidade onde a diferença entre ricos e pobres é muito grande vigora a injustiça, pois não dá a todos o que lhes é devido como seres humanos. Na cidade injusta, em lugar de permitirem aos pobres o acesso às riquezas (por meio de limitações impostas a extensão da propriedade, de fixação da boa remuneração do trabalho dos trabalhadores pobres, impostos e tributos que recaiam sobre os ricos apenas, etc.), vedam – lhes tal direito. Ora somente os que não são forçados ás labutas ininteruptas para a sobrevivência são capazes de uma vida plenamente humana e feliz. A cidade injusta, portanto impede que uma parte dos cidadãos tenha assegurado o direito á vida boa. (CHAUI, M.S.,1994)

O Estado brasileiro através de suas ações afirmativas de cota racial, tem – se buscado a reparação de direitos, para igualar os cidadãos dando oportunidade aos negros de ingresso no ensino superior, nesse contexto é necessário que entendamos que a política de cotas, não esta oferecendo esmola e nem tão pouco discriminando, e sim reparando um erro que o Estado cometeu ao longo dos anos, por mais que a lei garanta que todos são iguais não é justo tratarmos os desiguais de forma igual.

4. O Sistema de cotas no entendimento do Supremo Tribunal Federal

Em 2012 o plenário do Supremo Tribunal Federal julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186, ajuizada na corte pelo Partido Democrata - DEM, questionando a Constitucionalidade da Política de Cota racial adotado pela UNB, alegando que a ação adotada pela universidade para reserva de vagas ás pessoas afro descendente, fere o principio da igualdade. E por unanimidade os Ministros julgaram a ADPF improcedente e considerou que as politicas de cotas étnico racial para seleção de estudantes na Universidade de Brasília é constitucional, e não fere o principio da igualdade, mas pelo contrario é uma forma de promover a igualdade material e afirmando que as politicas adotadas pela UNB estabelecem um ambiente acadêmico plural e diversificado, com o objetivo de superar distorções sociais historicamente consolidadas. Além disso, os meios empregos e os fins almejados pela UnB são proporcionais e razoáveis.

EMENTA : ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RE-

SERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, CAPUT, 205, 206, CAPUT, I, 207, CAPUT, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. I – Não contraria - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares. II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade. (...), VI - Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes. VII – No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu

origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos. VIII – Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente. (<http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 1990072, 2012).

O Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou no dia 11 de maio de 2017 a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 41, em defesa da Lei Federal 12.990/2014, a chamada Lei de Cotas, que reserva aos negros 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta. Além do relator, ministro Luís Roberto Barroso, votaram os ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Rosa Weber e Luiz Fux, todos pela procedência da ação.

Diante da ADC 41, o Supremo Tribunal Federal, reiterou seu posicionamento a política de cotas implantada pelo governo e defendida pelo STF porque vai de encontro à ideia de justiça aristotélica, proporcionando a igualdade material aos grupos beneficiados.

É muito importante salientar que nos últimos anos o Supremo Tribunal Federal tem atuado em seus posicionamentos em favor da Política de cota, sempre alegando a constitucionalidade da lei, e a promoção do princípio da igualdade.

Conclusão

A política de cotas raciais ou social é uma ação concretizadora de direito fundamental, direito a educação, da segunda geração de direitos humanos, e exige um papel ativo do Estado com uma agenda otimista, por isso e bom lembrar que o direito da segunda geração representa uma obrigação do Estado de dar ou fazer, alguma coisa, agindo sempre para proporcionar a igualdade.

Para amenizar as desigualdades raciais o Estado deve adotar um papel ativo que proporcione a inclusão social das pessoas afro descendente, e nesse contexto as cotas raciais foram criadas para combater as sequelas da discriminação racial no Brasil, portanto as demais ações afirmativas e a política de cota racial para inclusão do negro no ensino superior é meios que podem ser utilizados como instrumento capaz de propiciar mobilidade social ao afro brasileiro a fim de integra-lo economicamente e socialmente aos demais grupos da sociedade.

Ao contrario do que muitos defendem a politica de cotas raciais não fere o principio da igualdade descrito na Constituição Federal de 1988 “todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza”, ela proporciona a igualdade material, dando ao afro descendente oportunidade de ingressar no ensino superior e em concurso publico com a reserva de vagas estabelecida na lei de cotas.

Para melhor entendimento segundo Flavia Piovesan

A implementação do direito à igualdade racial há de ser um imperativo ético-político-social, capaz de enfrentar o legado discriminatório que tem negado à metade da população brasileira o pleno exercício de seus direitos e de liberdades fundamentais. (Piovesan, Flavia. 2005).

Diante do exposto podemos concluir que a politica de cotas esta de acordo com a Constituição brasileira 1988, por-

que é uma ação afirmativa do Estado que visa á promoção da igualdade racial, portanto não fere o principio da igualdade, é uma ação justa porque o Estado esta reparando um dano causado no passado aos negros, o ingresso do afro descende no ensino superior também pode ser visto como uma ação que promove a valorização da dignidade da pessoa humana, portanto o Estado deve proporcionar aos menos favorecidos oportunidade ingresso no ensino superior.

Referencias bibliográficas

ARISTOTELES, *Ética a Nicômaco*. In *Os Pensadores*. Vol: IV. São Paulo: abril Cultural, 1973.

SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA. *A construção multicultural da igualdade e da diferença*. In, revista oficina do CES, N° 135. Coimbra, 1999.

CHAUI, M.S. *Convite á filosofia*. I ed. São Paulo: Ática, 1994.

QUARESMA, Regina. *Comentários à legislação constitucional aplicável as pessoas portadoras de deficiência*. Revista Diálogo Jurídico – n.º 14 – junho/agosto de 2002 – Disponível em: Acesso em 10.11.2006

PIOVESSAN, FLÁVIA. *Cadernos de Pesquisa*, v. 35, n. 124, jan./abr. 2005, <http://www.scielo.br/pdf/cp/v35n124/a0435124.pdf>.

<http://www.stf.jus.br>, ADPF 186

<http://www.stf.jus.br>, ADC 41

Democracia em tempos sombrios: reflexões

Gabriela Soares Balestero

Introdução

A crise democrática acarreta o surgimento do seguinte questionamento a ser problematizado, objeto da presente proposta de pesquisa: A ampliação da democracia participativa é uma alternativa para minimizar as consequências dos fatores de desestabilização democrática ou fatores de crise do sistema democrático?

A presente análise é relevante tendo em vista que em nosso país há entraves a consolidação das instituições democráticas, pois a experiência constitucional brasileira revela um sistema econômico excludente e perverso, na qual há ainda a predominância de uma classe dominante elitista, que concentra riquezas e obstaculiza as reformas sociais.

Portanto, a importância do presente estudo é proporcionar a reflexão sobre a democracia brasileira e seus fatores de crise (PEREIRA, 2008, p. 115) e a necessidade de incorporar modos distintos de realização da soberania popu-

lar, oriunda da coexistência equilibrada de elementos participativos e representativos (PEREIRA, 2008, p. 281-282), ao invés de enfraquecidos, deixarmos a tomada de decisões políticas a cargo dos poderes institucionalizados (Executivo, Legislativo e Judiciário).

1. Democracia em crise

O Estado Democrático de Direito configura a alternativa de superação do Estado de Bem Estar Social. No Brasil, a Constituição de 1.988, em seu artigo primeiro, expressamente demonstrou a adoção deste paradigma jurídico como modelo de Estado, marcando o caráter de ruptura com as ordens constitucionais anteriores. Ocorre que, o sistema democrático percorre uma crise, sobretudo de representação e as divergências no campo democrático se iniciam no imperativo de que o exercício do poder deve ser legitimado pelo povo (PEREIRA, 2008, p. 281-282).

Segundo a sua definição restrita, democracia seria um meio utilizado para eleger membros da elite para dirigir o Estado, ou seja, os indivíduos alcançam o poder através de uma luta concorrencial pelo voto popular. Tal modelo encontra-se em crise diante da “quebra” de institutos inicialmente participativos, da transformação do processo eleitoral em uma troca de interesses, de favores pessoais, em vez de ser uma esfera pública de discussões, da descrença dos cidadãos em nossos representantes, bem como a falta de interesse em compreender o que seria realmente a participação popular em um regime democrático. É necessário repensarmos um modelo de democracia que efetivamente incorpore modos distintos de realização da soberania popular, oriunda da coexistência de elementos participativos e representativos¹²³, em

123. “A função representativa, por um lado, associa-se, desde sua origem,

um mecanismo dialógico, cooperativo, visto que em nosso país há entraves à consolidação das instituições democráticas.

O regime democrático deve criar condições institucionais para viabilizar a cidadania plena e coletiva, propiciando nova conotação às liberdades públicas, em ambiente de segurança social, compreendendo o exercício dos direitos individuais interdependentes dos direitos sociais, de forma a concretizar os princípios da igualdade, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, da conciliação dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, da ausência de preconceitos e do pluralismo ideológico, étnico e cultural, como valores supremos de uma sociedade fraterna, livre, justa e solidária (SOARES, 2001, p. 327).

Entretanto atualmente verifica-se que diversos fatores desestabilizaram a democracia, destruindo a sua imagem romântica, perfeita, constatando-se que tal situação não ocorre apenas nos chamados países subdesenvolvidos, mas sim nos chamados países de primeiro mundo.

Os fatores de desestabilização democrática compreendem os fenômenos da “globalização”, “complexidade social”, “risco”, a “crise do princípio representativo” e a repulsa da população em relação à política. Tais fatores de desestabiliza-

à dinâmica da representação dos interesses e, com isso, tende a reconhecer e garantir o pluralismo ínsito às sociedades atuais. Além disso, é igualmente um elemento de estabilidade democrática, na medida em que se apresenta como contraponto às disfunções da participação, seja no seu excesso, circunstância em que o espaço circunscrito e autônomo da deliberação representativa torna-se menos suscetível aos apelos populistas, seja na sua carência, momento em que a representação mantém a operacionalidade da política ao exercer uma “função de alívio” em relação àqueles que optaram pela fuga em direção ao domínio da intimidade. A função participativa, por seu turno, prende-se desde as origens às teses da vontade pública/geral e, portanto, tende a estimular de maneira mais corrente amálgamas e ilhas de consenso necessários ao encaminhamento, processamento e solução das divergências.” (PEREIRA, 2008, p.114).

ção democrática são fatores de crise do sistema democrático, porém também são molas propulsoras para grandes transformações sociais em especial o resgate da dimensão deliberativa através de uma concepção democrática baseada no diálogo, na cooperação, em um parlamento poroso à opinião pública pluralizada, consoante o procedimentalismo democrático habermasiano, o que será analisado a seguir.

2. Democracia em habermas

Diante da crise do sistema democrático é necessário vislumbrarmos a necessidade de abertura dos canais comunicativos interligando interesses periféricos aos centros do poder no sentido de propiciar a participação popular e a cooperação entre representantes e representados. Jürgen Habermas atribui um papel central à linguagem no processo de formação da opinião e da vontade dos cidadãos. Tal teoria se desenvolve no interior de um Estado Democrático de Direito que pressupõem a existência de um espaço público não restrito ao âmbito estatal, de uma comunidade de homens livres e iguais capazes de criar as leis que os regem e onde os próprios envolvidos têm de entrar em acordo, prevalecendo a força do melhor argumento.

Ao se fazer uma releitura da teoria do processo a partir da teoria habermasiana, vislumbra-se que o processo estruturado em perspectiva participativa e policêntrica, ancorado nos princípios processuais constitucionais, impõe um espaço público no qual se apresentam as condições comunicativas para que todos os envolvidos, assumindo a responsabilidade de seu papel, participem na formação de provimentos legítimos que permitirá a clarificação discursiva das

questões fáticas e jurídicas (HABERMAS, 1994, p. 270 *apud* NUNES, 2008, p.211).

Jürgen Habermas trouxe uma contribuição ao campo do Direito, mais precisamente da filosofia política, pois através da teoria do discurso ou da ação argumentativa, afirma que o Direito é um meio de integração social, é um mediador da tensão entre a facticidade, ou seja, o mundo real, e a validade. Para Habermas há três tipos de racionalidade: a) racionalidade teleológica que é ligada aos fins, à obtenção da verdade, ou pelo menos, uma verdade construída, baseada em argumentos; b) a racionalidade normativa, na qual o Direito é utilizado como um instrumento, como uma justificativa, pois, para todo comportamento, haveria uma explicação racional; c) racionalidade comunicativa na qual se busca alcançar pretensões de validade. Ademais, para Habermas, haveriam duas ações estratégicas: a integração sistêmica correspondente à economia, dinheiro e poder e a integração social que são as ações comunicativas, orientadas pelo consenso social, composta por outros elementos como os valores, a moral, a ética.

Nesse sentido, o Direito funcionaria como um mediador, um instrumento¹²⁴, entre a facticidade e as pretensões de validade, como mecanismo de integração social. No âmbito

124. “Mas para atingir esse objetivo, Habermas indica transformações necessárias ao modo de produção e aplicação do direito. A fundamentação do direito e do Estado Democrático vai ser deslocada, da soberania do povo, para a soberania de um procedimento discursivo público sob condições ideais. O resultado é uma reconfiguração da separação dos poderes de acordo com os tipos de discursos predominantes em cada um deles. O poder administrativo (executivo), o legislativo e o judiciário ganham assim atribuições e competências cuja legitimidade pressupõe um outro poder, chamado por Habermas de ‘poder comunicativo’, que é o poder resultante de uma discussão pública racional onde todos os implicados passam a ser, ao mesmo tempo, destinatários e autores do próprio direito.” (SIMIONI, 2007, p. 12.)

da jurisdição, Habermas divide a teoria do discurso em discursos de fundamentação ou de justificação das normas jurídicas e discursos de aplicação. Nesse sentido, o Poder Judiciário não pode fazer discursos de justificação, ou seja, criar a norma jurídica, pois não há a participação popular, apenas podendo fazer discursos de aplicação da norma vigente.

Para Habermas “Essa legitimidade democrática, na modernidade, cabe esclarecer, remete-se ao chamado vínculo ou coesão interna entre Estado de Direito e Democracia, de que nos fala Habermas, fundamentalmente a partir do Direito e Democracia: entre facticidade e validade” (OLIVEIRA, 2007, p. 5).

Nesse passo, a legitimidade seria uma condição da força normativa do direito, transferindo o problema da realização dos direitos, que possui cerne positivista, para se tornar um problema de legitimação. Para isso, Habermas propõe um novo paradigma para o direito, denominado ‘procedimentalismo’, na qual o direito gerado através do discurso democrático pode transformar a realidade, de maneira a diminuir as tensões sociais que existem.

Jürgen Habermas¹²⁵ atribui um papel central à linguagem no processo de formação da opinião e da vontade dos cidadãos. Tal teoria se desenvolve no interior de um Estado Democrático de Direito que se pressupõem a existência de um espaço público não restrito ao âmbito estatal, de uma comunidade de homens livres e iguais capazes de criar as leis que os regem e onde os próprios envolvidos têm de entrar em acordo, prevalecendo a força do melhor argumento.

Desta forma, no Estado Democrático de Direito, o princípio da fraternidade passou a ser reconhecido em sua plu-

125. “Essa legitimidade democrática, na modernidade, cabe esclarecer, remete-se ao chamado vínculo ou coesão interna entre Estado de Direito e Democracia, de que nos fala Habermas, fundamentalmente a partir do Direito e Democracia: entre facticidade e validade.” (OLIVEIRA, 2007, p. 5.)

ralidade, diferente do que ocorria no Estado Liberal em que predominava o individual, o indivíduo gênero, sendo o termo “fraterna” utilizado apenas na teoria, havendo uma ausência desta perspectiva plural. Ademais, o princípio da igualdade passou a ser visto de forma prática no sentido de se compreender a igualdade na diferença entre as pessoas, justamente o oposto da “igualdade burguesa” existente no Estado Liberal. Nesse sentido, Habermas disserta sobre a tensão entre a facticidade e a validade constitutiva do Direito, sendo todo ato passível de ser confrontado com a Constituição, onde afirma:

Arrastada para cá e para lá, entre facticidade e validade, a teoria da política e do direito decompõe-se atualmente em facções que nada tem a dizer umas às outras. A tensão entre princípios normativistas, que correm o risco de perder o contato com a realidade social, e princípios objetivistas, que deixam fora de foco qualquer aspecto normativo, pode ser entendida como admoestação para não nos fixarmos numa única orientação disciplinar e, sim, nos mantermos abertos a diferentes posições metódicas (participante versus observador), a diferentes finalidades teóricas (explicação hermenêutica do sentido e análise conceitual versus descrição e explicação empírica), a diferentes perspectivas de papéis (o do juiz, do político, do legislador, do cliente e do cidadão) e a variados enfoques pragmáticos na pesquisa (hermenêuticos, críticos, analíticos, etc) (HABERMAS, 2003, p. 23).

Para Habermas, a teoria do Direito, sendo apoiada na Teoria do Discurso necessita sair da filosofia política e do direito e se expandir, ocasionando a reflexão sobre a possibilidade da construção de uma sociedade realmente pautada

na justiça e na democracia.¹²⁶ Nesse sentido, Habermas apresenta uma proposta baseada na Teoria do Discurso, que é a integração entre o Estado e a Sociedade Civil por intermédio de uma política deliberativa (REPOLÊS, 2003, p. 32).

A tradição republicana, cujo principal representante é Jean Jacques Rousseau, considerava que a discussão sobre a Desobediência Civil era uma contradição, pois se a lei e o Estado são frutos de uma vontade geral não existiriam equívocos e, portanto, jamais haveria esse conflito. Thomas Hobbes, por exemplo, estava interessado unicamente em estabelecer que o ato de transferência da autoria é um ato legítimo e, enquanto tal, capaz de fundar o poder soberano legítimo (AVRITZER, 2007, p. 447).

Portanto, as tradições liberais e republicanas vivenciam esses conflitos em que passa a ser cobrado do Estado o respeito aos direitos fundamentais e a própria democracia, ou seja, exige-se o comprometimento do Estado em realmente assegurar o respeito aos direitos humanos, sociais, e o próprio caráter democrático com a necessidade de implementar palcos de discussões.

Em meio a essa situação surge a necessidade de que a teoria seja implantada na prática, utilizando como instrumento o Direito, como forma de justificar a Desobediência Civil no Estado Democrático de Direito ao criar um novo para-

126. Sob o paradigma republicano, a sociedade apresenta-se como um todo político, constituído no processo de formação de opinião e vontade democráticas. A sociedade se auto – organiza politicamente para construir uma totalidade política que, de certa forma, contrapõe-se a um Estado burocratizado (Arendt, 1978: 50 – 58). A sociedade é a *societas civilis*. Por isso, os processos de deliberação são centrais, pois são a maneira mediante a qual se afirma e se reafirma a comunidade ética, que, por meio desses processos, aposta na possibilidade de discussão, entre cidadãos conscientes, das orientações de valor que aquela comunidade quer seguir. Ou seja, mediante processos democráticos, a comunidade constrói uma auto – consciência comum, buscando responder à questão acerca de “quem queremos ser enquanto comunidade?” (REPOLÊS, 2003, p. 30.)

digma filosófico embasado na Teoria do Discurso de Jürgen Habermas, evidenciando a tensão entre a facticidade e a validade imanente ao Direito de um Estado Democrático em evolução, dando validade e aplicabilidade do Direito através do uso da linguagem.

A tensão entre facticidade e validade, que se introduz no próprio modo de coordenação da ação, coloca exigências elevadas para a manutenção de ordens sociais. O mundo da vida, as instituições que surgem naturalmente e o direito têm que amortizar as instabilidades de um tipo de socialização que se realiza através de tomadas de posição – em termos de sim/não – com relação a pretensões de validade criticáveis (HABERMAS, 2.003, p. 25-26).

Partindo, desse pressuposto, pode ser considerado como um marco da política moderna a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1.789 sendo ela um fruto das tradições políticas modernas, a liberal e a republicana, na qual são especificados diversos princípios e direitos, como a liberdade, a igualdade, a propriedade, etc, objetivos da sociedade política, direitos pré – políticos segundo Locke, dando à sociedade civil a incumbência de garantir e conservar os direitos naturais do homem. Isaiah Berlin diante da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789 afirmou com as seguintes palavras, por Marcelo Cattoni de Oliveira:

A relação entre democracia e liberdade individual é bem mais tênue do que pareceu a muitos defensores de ambas. O desejo de ser governado por mim mesmo ou, pelo menos, de participar do processo através do qual minha vida deve ser controlada, pode ser um

desejo tão profundo quanto o de uma área livre para a ação, e talvez historicamente mais antigo. Mas não é um desejo relativo à mesma coisa. Na realidade, é tão diferente,

que levou, em última instância, ao grande conflito de ideologias que domina nosso mundo. Pois é isto – a concepção “positiva” de liberdade: não liberdade de, mas liberdade para – de levar uma forma de vida prescrita – que os adeptos do conceito de liberdade “negativa” imaginam seja, algumas vezes, nada mais do que ilusório disfarce para a tirania brutal (OLIVEIRA, 1981, p. 142).

Nessa vereda, a tensão entre a facticidade e a validade se traduz no Direito que possui o dever de estabilizar essas exigências da sociedade moderna de forma a propiciar a maior abertura do uso da comunicação e da linguagem, de maneira a gerar condições melhores de integração social. Trata-se de um paradoxo, pois os direitos dos cidadãos abrem aos homens esferas de liberdade de arbítrio ocorrendo o mesmo em relação aos direitos políticos, que é a liberdade de comportamento conforme as regras. Consoante Habermas: “para preencher a sua função de estabilização das expectativas nas sociedades modernas, o direito precisa conservar um nexos interno com a força socialmente integradora do agir comunicativo” (HABERMAS, 2003, p. 115).

Nesse sentido, a partir da teoria do agir comunicativo o Direito adquire uma força socialmente integradora contribuindo positivamente para a evolução do Estado Democrático de Direito. Ademais, o processo de legitimidade do Direito evidenciado na Teoria do Discurso o Direito e a Moral possuem uma relação de complementação, complementaridade,

um não existindo sem o outro (REPOLÊS, 2003, p. 360). Ressalta-se que a Moral e o Direito não se confundem, contudo, podem ser vislumbrados como sistemas complementares, devendo uma decisão judicial ser respaldada no Direito e não em outros fatores. O Estado Democrático de Direito necessita de um sistema político que mantenha a conexão entre o poder administrativo e o poder comunicativo, pois o centro do Estado, encarregado da implementação das decisões, tende a se afastar da periferia, havendo o afastamento da comunicação e, em consequência a crise de legitimidade.

O Direito é usado para estabelecer essa comunicação entre centro e periferia e a conexão entre o poder administrativo e o poder comunicativo, sendo a Desobediência Civil um dos modos de resolução dos conflitos e, ao mesmo tempo, a evidência de uma situação de crise e a necessidade de uma efetiva democracia. Nesse sentido Maria Fernanda Salcedo Repolês afirma que “somente pelo processo de constante construção de um Direito ao mesmo tempo coercitivo e legítimo que este pode cumprir o papel de integrador social” (REPOLÊS, 2003, p. 38-39).

Desta forma, a Desobediência Civil é um método de consolidação democrática discutindo e exibindo a grande separação entre o poder administrativo e o poder comunicativo, ou seja, o uso da linguagem para dar validade ao Estado Democrático de Direito, de forma a atualizar as suas bases e consolidá-lo concretamente ¹²⁷.

127. “Concordo com HABERMAS quando este afirma que os direitos do homem e o princípio da soberania popular são as únicas ideias a partir das quais se pode proceder a uma justificação racional do desenrolar do Direito da Modernidade, quando ainda acrescenta o autor que tal princípio e direitos assim não são por causalidade. Isto assim deve ser assumido quando se percebe, e como ainda nos alerta Habermas, que somente essas ideias nos servem como as bases a justificar a criação de

Habermas questiona, frente à complexidade das sociedades modernas, se é possível manter os conceitos construídos pela filosofia da consciência de a) uma sociedade centrada no Estado; b) da relação entre partes e todo e, conseqüentemente, c) da sociedade composta pela soma de indivíduos (REPOLÊS, 2003, p. 45).

Para Habermas a teoria do direito necessita se desvincular da filosofia política e do direito se transformando em uma teoria da linguagem, de forma a elevar o Direito ao centro da problemática integração social da sociedade moderna. Com a teoria do agir comunicativo é dado ao Direito o papel de integrador social na sociedade em que vivemos, tendo como eixos a teoria do significado, a ligação entre o significado e a validade, a teoria dos atos da fala e o agir comunicativo, cujo objetivo é o alcance do entendimento mútuo, da prática da solidariedade e da autodeterminação dos cidadãos¹²⁸.

Como desenvolvimentos específicos da teoria do discurso, Habermas coloca o princípio moral e o princípio democrático. O princípio da moral para Habermas simboliza as normas de ação, correspondendo a ações afirmativas que são justificadas levando em conta o interesse de todos, de forma igualitária. Desta forma, o princípio da moralidade estaria atrelado ao princípio da universalização (REPOLÊS,

normas jurídicas, na passagem de uma substância normativa de um ethos ancorado em tradições religiosas e metafísicas rumo a uma justificação pós-tradicional.” (OLIVEIRA, 2007, p. XV).

128. Habermas critica a perspectiva de Hobbes, tendo em vista que não há o reconhecimento pelo indivíduo de direitos subjetivos, mas sim a transferência de direitos ao Leviatã, ao Estado. Nesse sentido, para Hobbes haveria uma vontade geral pactuada em favor da paz e da preservação humana em torno da figura do Estado. (REPOLÊS, 2003, p. 86-87.)

2003, p. 91). Nesse sentido, para Habermas a moral não se restringe à responsabilidade pessoal, mas sim está ligado à prática pública que leva em consideração a norma jurídica, de modo a encontrar a melhor forma de regular a vida da sociedade, visando o interesse comum e, com isso, alcançar a democracia. Para Habermas¹²⁹, portanto, o princípio moral, o princípio da universalidade, o princípio da legalidade e o princípio da democracia estão atrelados, havendo uma junção entre Direito, Moralidade e Democracia.

Segundo Rodolfo Viana Pereira “a democratização do processo decisório serve a dois propósitos fundamentais: incrementar a probabilidade de acerto na tomada de decisão e compartilhar com a sociedade a responsabilidade pelas opções deliberadas” (PEREIRA, 2008, p. 157). Nesse sentido, a participação serviria como um mecanismo de atribuição de responsabilidade e promoção de aceitabilidade, de maneira que essa abertura fortaleceria a formação de opinião bem como a divisão alargada da responsabilidade das deci-

129. “Uma norma jurídica não pode limitar-se apenas a garantir que toda pessoa seja reconhecida em seus direitos por todas as demais pessoas; o reconhecimento recíproco dos direitos de cada um por todos os outros deve apoiar-se, além disso, em leis legítimas que garantam a cada um liberdades iguais, de modo que ‘a liberdade do arbítrio de cada um possa manter-se junto com a liberdade de todos’. [...] Na medida em que os direitos de comunicação e de participação política são constitutivos para um processo de legislação eficiente do ponto de vista da legitimação, esses direitos subjetivos não podem ser tidos como os de sujeitos jurídicos privados e isolados: eles têm que ser apreendidos no enfoque de participantes orientados pelo entendimento. É por isso que o conceito do direito moderno – que intensifica e, ao mesmo tempo, operacionaliza a tensão entre a facticidade e validade na área do comportamento – absorve o *pensamento democrático*, desenvolvido por Kant e Rousseau, segundo o qual a pretensão de legitimidade de uma ordem jurídica construída com direitos subjetivos só pode ser resgatada através da força socialmente integradora da ‘vontade unida e consciente de todos’ os cidadãos livres e iguais.” (HABERMAS, 2003, p. 52-53).

sões entre representantes e representados que participariam politicamente de forma ativa, auxiliando os poderes estatais na tomada de decisões e ao mesmo tempo compartilhando a responsabilidade pelas decisões produzidas cooperativamente.

Nesse sentido argumenta Adrian Gurza Lavalle, a participação e deliberação são exercidas pelos novos arranjos institucionais abrigam organizações civis e atores coletivos que atuam como porta – vozes da sociedade civil além de lócus de representação extraparlamentar. Assim, a existência dos movimentos sociais vocaliza publicamente interesses utilizando ações de protesto como expressão de uma ação coletiva, gerando ressonância e sonoridade, de maneira a retratar uma representação “*de facto*” (LAVALLE, 2011, p. 15). O autor sustenta que os atores sociais se inseriram em novos “espaços participativos”, trazendo um novo caráter a essa participação popular onde ela passa a ser vista como “demanda de inclusão e de autodeterminação”.

Entretanto para Lavalle (2004b, p. 267) não devemos dispensar as complexas problemáticas envolvidas com o mundo institucional, com o sistema de comunicação social ou com a organicidade do tecido social, e sendo, assim, diante essa dualidade, não haveria nada de novo em relação à crise da representação e questiona ainda as capacidades que as instituições participativas de incidirem, por exemplo, na definição de políticas públicas, visto não serem essas organizações tão homogêneas, visto ser “um resultado contingente, produzido numa teia de relações negociadas entre atores coletivos situados em um terreno institucional preexistente que reprime e/ou facilita formas de ações particulares”.

“[...] a autonomia do representante versus o mandato dos representados, o componente institucional legal da representação versus o seu componente substantivo ou de formação da vontade, o peso da

delegação ou elemento fiduciário versus o peso da
autorização ou elemento do consentimento [...]”
(LAVALLE, 2006, p.56)

Para Leonardo Avritzer a participação política no Brasil tem sido marcada por dois fenômenos importantes: a ampliação da presença da sociedade civil nas políticas públicas e o crescimento das chamadas instituições participativas (AVRITZER, 2007, p. 443) que possuem caráter pluralista¹³⁰.

Avritzer faz uma releitura de Habermas sobre os novos atores associativos e sobre seus novos espaços de ação, a esfera pública, se observa a proeminente defesa das instituições cuja função seria a de direcionar as ações dos cidadãos para o sistema político. Segundo o autor, somente instituições democráticas cumpririam o papel de ordenar as ações dos indivíduos de acordo com as prerrogativas dispostas na esfera pública. Sendo assim o autor apresenta uma visão além de dicotomizar a relação entre Estado e Sociedade Civil, privilegiando o olhar sobre esta última ao afirmar, por exemplo, “que uma forma de representação pode tanto emprestar legitimidade para a outra como também questioná-la” (AVRITZER, 2007, p. 459) e ainda “o futuro da representação eleitoral parece cada vez mais ligado à sua combinação com as formas de representação que têm sua origem na participação da sociedade civil” (AVRITZER, 2007, p. 459).

Nesse passo, o exercício da democracia através da participação política abre um campo de discussões na quais abrangem vários tipos de discursos seja morais, éticos, prag-

130. Consoante o autor Leonardo Avritzer a representação exercida pela sociedade civil é pluralista e, mesmo quando coincide com um território determinado em uma estrutura de conselho, ela também se superpõe a outras formas que, em geral, tomam decisões vinculantes em relação ao mesmo tema, no mesmo território. (AVRITZER, 2007, p. 444.)

máticos, incluindo as negociações, de maneira a modelar as normas jurídicas. Portanto, o princípio da democracia fixa os parâmetros e legitima a produção do próprio direito. Sendo assim, o Direito, atuando como regulador do princípio democrático, interliga as decisões tomadas nos processos de discussão de forma a torná-las efetivas no plano prático, o que não ocorre com a moralidade. Portanto, a tarefa de reconstrução do Direito no entendimento de Habermas é assegurar e possibilitar por intermédio do discurso, o exercício simultâneo da autonomia pública e privada dos cidadãos, sendo o Direito, através do exercício da linguagem, o intermediário entre o Estado e a sociedade civil

Considerações finais

No presente estudo conclui-se que em um sistema efetivamente democrático há um aprofundamento da participação popular, criando-se novos espaços públicos e novos agentes políticos. Nesse passo, destaca-se o ensinamento de Habermas que, por intermédio do discurso, da ação comunicativa, buscam-se alternativas filosóficas para que possam fundar a integração social e a racionalidade nos processos sociais de formação democrática da vontade do povo. O discurso promove a inclusão de toda e qualquer minoria. No Brasil temos como expoentes Leonardo Avritzer e Adrian Laval.

A herança deixada por Habermas é o fato de que em um Estado Democrático de Direito, todos os atingidos e possíveis atingidos pelas decisões judiciais devem participar delas de forma ativa, de maneira a serem responsabilizados pela formação e concretização das agendas políticas e outras questões de cunho político. A possibilidade de debater as diversas opiniões incentiva os cidadãos a proteger os seus interesses e

aproximar o povo da prática política, proporcionando a integração entre representantes e representados.

Desta feita, constata-se a importância da prática de mecanismos participativos do Direito Constitucional, sendo ele um território próprio para a conjugação de todos esses elementos participativos, bem como propiciar essa inclusão social e política dos cidadãos como agentes sociais transformadores.

Seguindo o entendimento de Canotilho (2001, p. 288), ao pressupor a participação igual dos cidadãos, o princípio democrático entrelaça-se com os direitos subjetivos de participação e de associação, que se tornam, assim, fundamentos funcionais da democracia. Desta forma, ao intensificar a participação direta e ativa do povo, haverá a democratização da democracia através da participação política no Estado Democrático.

Referências bibliográficas

AVRITZER, Leonardo. Sociedade Civil, **Instituições Participativas e Representação: Da Autorização à Legitimidade da Ação**. DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 50, no 3, 2007, pp. 443 a 464.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2.001.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre a facticidade e a validade**. 2. ed. Vol I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2.003.

LAVALLE, Adrian Gurza. **Após a participação: nota introdutória**. Lua Nova, São Paulo, 84: 13-23, 2011.

- _____, HOUTZAGER, P.;
ACHARYA, A. “**Atores da Sociedade Civil e atores políticos: participação nas novas políticas democráticas**”. In: AVRITZER. L. (org.). Participação em São Paulo. São Paulo, Editora Unesp, 2004b.
- _____, HOUTZAGER, Peter e CASTELLO, Graziela. (2006), **Representação, Pluralização da Representação e Sociedade Civil**. Lua Nova, no 67, pp. 49-103.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito, Política e Filosofia**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2007.
- NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.
- PEREIRA, Rodolfo Viana. **Direito Constitucional Democrático**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.
- REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. **Habermas e a Desobediência Civil**. Belo Horizonte: Mandamentos; 2003.
- STRECK, Lênio Luiz. **Decisionismo e Discricionariedade Judicial em termos pós-positivistas: o solipsismo hermenêutico e os obstáculos à concretização da Constituição no Brasil**. O Direito e o Futuro, o Futuro e o Direito. Almedina – Coimbra, 2008.
- SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas**. Curitiba: Juruá, 2.007.

Antecipação terapêutica do parto de um feto anencéfalo: o relato de caso de uma vivência feminina antes da súmula do STF

Iulia Bicu Fernandes, Rozânia Bicego Xavier, Paulo Alexandre de Souza São Bento e Aline de Carvalho Martins

Introdução

As anomalias congênitas existem desde os tempos mais antigos da humanidade. Entretanto, elas apresentam diferentes gradações e impactos na vida futura do ser humano atingido. Algumas malformações quase não causam problemas ao seu portador e não inviabilizam uma vida com qualidade dentro de padrões socialmente aceitos. Outras malformações possuem repercussões que acarretam grandes comprometimentos e vão além de defeitos estéticos e funcionais (NUNES, 2012), inviabilizando a vida fora do útero materno. É neste contexto que localizamos a anencefalia.

A anencefalia é um problema da embriogênese que ocorre muito precocemente na gestação, causado por interações complexas entre fatores genéticos e ambientais (AGUIAR *et al*, 2003; DIAS & PARTINGTON, 2004 apud PENNA, 2005; FERNÁNDEZ *et al*, 2005; SANTOS e PEREIRA, 2007; CALZOLARI *et al*, apud MASSUD, 2010; ROCHA, 2010; GAZZOLA e MELO, 2015).

Estas gestações em geral resultam em aborto e aqueles nascidos vivos morrem poucas horas ou dias após o parto (PENNA, 2005; SANTOS e PEREIRA, 2007). Não há cura ou tratamento para anencefalia e estima-se que mais da metade dos fetos não sobrevivem à gestação (DINIZ *et al*, 2009) e os poucos que chegam ao momento do parto sobrevivem minutos ou horas fora do útero, grande parte deles indo à óbito dentro de dois dias do nascimento (DINIZ e VÉLEZ, 2008; SILVA, RODRIGUES e AMARAL, 2011). O prognóstico de óbito no parto ou logo após o parto é o aceito pela Organização Mundial da Saúde (OMS), apesar de existirem casos raros de sobrevida além desse período (DINIZ, 2008).

O Brasil é o quarto país do mundo com maior incidência de nascimentos de fetos com anencefalia o que coloca este tema como relevante para a sociedade brasileira. Em que pese todos os problemas e complicações à saúde da gestante relacionados à anencefalia – como hipertensão arterial, gravidez prolongada, distócia biacromial, apresentação pélvica ou de face, rotura prematura de membranas, atonia uterina, retenção placentária e poli-hidrânio (BRASIL, 2014) – e o reconhecimento desta como uma malformação incompatível com a vida extrauterina, o aborto desses fetos era considerado crime no Brasil até 2012.

1. Normas jurídicas e interrupção da gestação no Brasil

O Código penal brasileiro, escrito na década de 1940 do século passado, define o aborto como crime, apresentando somente duas exceções para sua realização: quando fruto de violência sexual ou quando a vigência da gravidez coloca em risco a vida materna (Brasil, 1940). Esta realidade é influenciada pelo fato de que por ocasião da promulgação deste Código inexistiam recursos técnicos que possibilitassem a detecção de malformações e outras anomalias fetais, capazes de afirmar com certeza a morte, *deficiência física ou mental do feto*. Desta maneira, as situações que não se incluíam nos descritos acima eram passíveis de punição (RIBEIRO e SPINK, 2012; GAZZOLA e MELO, 2015) com 1 a 3 anos de prisão (Brasil, 1940).

Esta ilegalidade, implicava no agravamento das questões físicas e psicológicas associadas a gestação inviável e obrigava a gestante a acessar o poder judiciário para conseguir interromper a gestação em um local oficial, com suporte de saúde qualificado e sem o risco de repercussões criminais (DINIZ *et al*, 2009). Contudo, a autorização sempre dependia da interpretação do juiz ou promotor, o que não garantia uma resposta afirmativa para o caso.

A consequência deste dispositivo legal resultava em uma dupla vitimização desta mulher: além de ter que lidar com a perda e o sofrimento de uma gestação inviável – com todos os danos psicológicos associados a esta vivência – a gestante ainda tinha que enfrentar o sistema judiciário e nem sempre conseguia autorização para interromper a sua gestação facilmente, se este fosse o seu desejo. Esta situação contrastava com a garantia dos direitos humanos para as mulheres, pois, em nível mundial a questão reprodutiva já estava associada aos direitos humanos desde a primeira conferência internacional de direitos humanos, ocorrida em Teerã no ano de 1968 (Martins e Barros, 2016).

Tendo em vista a número alto de mulheres que se viam obrigadas a recorrer ao Poder Judiciário para obter autorização, em abril de 2004, pela primeira vez foi apresentada uma ação de anencefalia ao Supremo Tribunal Federal (STF), por meio de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). Nesse mesmo ano, uma medida liminar concedida pelo ministro Marco Aurélio de Mello autorizou que mulheres grávidas de fetos com anencefalia escolhessem a interrupção da gestação, caso a desejassem, protegendo os profissionais de saúde que atuassem nesses procedimentos. Os argumentos propostos na ação eram de que a interrupção da gestação nestas situações não deveria ser tipificada como crime e sim como um procedimento médico baseado em princípios constitucionais como o direito à saúde, à dignidade e à liberdade, já que a anencefalia é uma malformação incompatível com a sobrevivida extrauterina do feto (DINIZ e VÉLEZ, 2008; DINIZ *et al*, 2009; SILVA, RODRIGUES e AMARAL, 2011; RIBEIRO e SPINK, 2012). O objetivo da ADPF era de reafirmar que os casos de anencefalia não resultavam em crime de aborto porque os fetos com anencefalia não apresentam sobrevivida extrauterina (DINIZ *et al*, 2009; GAZZOLA e MELO, 2015).

Entretanto, em outubro de 2004, a liminar que autorizava a interrupção da gestação em caso de feto com anencefalia foi cassada. Em 2005, os juízes deliberaram pelo cabimento do instrumento e o mérito da ação ainda estava por ser julgado. A expectativa era de que a audiência pública ocorresse no segundo semestre de 2008 (DINIZ e VÉLEZ, 2008). Assim, nas audiências públicas de 2008 foram levantados vários argumentos médicos pela possibilidade de antecipar o parto em caso de gestação de feto com anencefalia, afirmando que o feto pode ser considerado natimorto biológico e que há am-

pliação dos riscos para a saúde da gestante nos casos de manter a gravidez, como por exemplo: complicações no parto e maior risco de depressão e outros quadros psiquiátricos, além de repercussões como o aumento da morbidade, polidramnia, maior probabilidade de hipertensão, diabetes, descolamento de placenta, transfusão sanguínea e parto prematuro, risco aumentado de partos distócicos e consequências psicológicas graves (SILVA, RODRIGUES e AMARAL, 2011; RIBEIRO e SPINK, 2012; GAZZOLA e MELO, 2015).

Por fim, em abril de 2012, o STF julgou procedente a referida ADPF. Determinou-se que antecipar licitamente o parto de fetos com anencefalia não incide propriamente em aborto e por maioria de votos, ficou assentado que a antecipação terapêutica do parto, quando do diagnóstico de anencefalia, é fato penalmente atípico e não constitui aborto, na medida em que o termo ‘aborto’ implica potencialidade de vida extrauterina, fato inexistente no caso dos fetos anencéfalos. Desta forma, os artigos do Código Penal que criminalizavam o aborto não podem ser aplicados nesses casos. Não houve descriminalização do aborto por parte do Supremo, este declarou a constitucionalidade da interrupção da gravidez e antecipação terapêutica do parto apenas em casos de anencefalia, em prol da dignidade da mulher e com o objetivo de minorar seu provável sofrimento, caso seja esse o seu desejo (OLIVEIRA e CAMARGOS, 2011; GAZZOLA e MELO, 2015).

Embora se saiba que este processo ocorreu de forma tensa e conflituosa, com pressões de segmentos contrários e favoráveis ao mesmo na sociedade, é preciso entender como esta questão impacta atualmente na questão dos direitos humanos e da dignidade de muitas mulheres que já podem realizar a Antecipação Terapêutica do Parto, de forma legal, segura e oficial, sem estarem expostas ao sistema judiciário. Considerando este fato, iremos apresentar a partir de agora,

um relato de caso de uma mulher, mãe de anencéfalo, que buscou a interrupção oficial de sua gestação junto aos meios legais. Após o relato de sua história iremos refletir sobre estas questões à luz dos direitos humanos e dos direitos e saúde das mulheres no Brasil.

2. Metodologia

Este trabalho foi produzido a partir de uma pesquisa maior, intitulada: “Nas vias de interromper ou não a gestação: vivências de gestantes de fetos com Anencefalia”, que constituiu um trabalho de conclusão de residência (Fernandes, Xavier e São Bento, 2017), que teve o objetivo de analisar as vivências de mulheres que haviam gestado um feto com anencefalia.

Neste estudo original foram entrevistadas 12 mulheres, em um período mínimo de um ano após o parto ou a interrupção terapêutica da gestação. Uma das entrevistadas apresentou uma história de vida marcada pela tentativa sucessiva de buscar auxílio judicial para interromper a gestação de forma oficial. Sua vivência, tão marcada pela violência institucional, foi emblemática, de modo que se avaliou a importância de elaborar um novo estudo, na modalidade de relato de caso particular, a partir da ótica dos direitos humanos.

Trata-se de uma pesquisa qualitativa, exploratória, retrospectiva, do tipo relato de caso fundamentada no método das “Narrativas de vida” (BERTAUX, 2010) e pautada como um estudo de caso. Este método busca captar as interações do sujeito ao longo de sua trajetória com outros sujeitos, coletividades e instituições (SPINDOLA, SANTOS, 2003). Ao reconstituir analiticamente as narrativas de vida, buscou-se, por um lado, atingir dimensões que ultrapassam o caráter individual do que é narrado, inserindo os sujeitos pesquisados na sociedade em que vivem (QUEIROZ, 1988) e por

outro lado, busca-se apreender os sentidos e os significados das experiências para o sujeito que as vivenciou (SPINDOLA, SANTOS, 2003; GLAT *et al*, 2004).

A pesquisa original foi submetida ao Comitê de Ética em Pesquisa da instituição e aprovada pelo o Parecer nº 1.584.988 da Plataforma Brasil (CAAE 52403915.6.0000.5269). Na ocasião houve contato prévio com o serviço de psicologia da instituição, que se comprometeu em atender as mulheres que demandassem suporte psicológico após a realização das entrevistas.

Para este relato de caso, submetemos novo projeto ao Comitê de Ética em Pesquisa, para analisar especificamente esta entrevista. Esta etapa do trabalho – na modalidade relato de caso – também foi aprovada, sob o número CAAE 86178318.4.0000.5269.

A coleta de dados se deu através da entrevista individual, de acordo com o método das narrativas de vida utilizado. A entrevista foi realizada em julho de 2016, em local combinado e conveniente para a entrevistada. A entrevista durou pouco menos de uma hora e foi gravada em aparelho digital MP3 e transcrita pela equipe de pesquisa.

A pesquisa observou as normas éticas para a realização de pesquisa com seres humanos em vigência no país, e irá utilizar, a partir de agora, o nome fictício de “Helena”, para identificar a entrevistada, com vistas de garantir o sigilo e a confidencialidade de seus dados.

Finalmente, buscou-se identificar e correlacionar as violações de direitos humanos vivenciadas por ela durante a trajetória de sua gestação e sinalizar os avanços da súmula do STF para a história pessoal de outras mulheres, que não necessitam solicitar autorização judicial para o encerramento de sua gestação.

3. Resultados

3.1 O perfil de Helena:

Trata-se de uma mulher de 39 anos, solteira, com ensino fundamental completo, de profissão estoquista, com renda de R\$ 1.300,00 (um salário e 1/3 do salário mínimo vigente à época). Esta teve a sua quarta gestação com diagnóstico de feto anencéfalo e realizou o seu pré-natal em uma maternidade pública no Rio de Janeiro, por se tratar de uma gestação de alto risco, não só pela malformação fetal, como pelo fato de a entrevistada ser diabética. Para realizar a interrupção da gestação, esta foi atendida em um Instituto Federal situado na zona sul do Rio de Janeiro, referência para assistência às gestações consideradas de alto risco fetal.

O diagnóstico de anencefalia ocorreu no segundo mês de gestação, através de ultrassonografia, porém a interrupção terapêutica da gestação só se efetivou em março de 2012, através de uma cesárea, aos sete meses de gestação.

3.2 Assimilando o diagnóstico de anencefalia fetal:

De forma semelhante a muitas outras mulheres, o diagnóstico de anencefalia do filho de Helena foi recebido por ela com dor e sofrimento. A busca de um ‘motivo’, para este acontecimento é uma constante para as mulheres e também se observou neste caso:

“porque no começo eu pensei que eu ia enlouquecer [...] depois que eu descobri porque eu não achava justo acontecer isso comigo... por que comigo? que que eu fiz de errado? você se pergunta”

3.3 Vivências nos serviços de saúde:

Diferente de muitas mulheres que passam por violência institucional, peregrinando para conseguir atendimento obstétrico (Martins e Barros, 2016), a busca de Helena pelo serviço de pré-natal foi relativamente fácil e com boa adesão. Helena buscou o serviço de saúde de forma sistemática e apresentou boa avaliação quanto ao acompanhamento prestado neste espaço:

“fiquei indo pra as consultas da médica, tudo direitinho que tinha que ir eu ia {...} eu estava sendo acompanhada direitinho, todo o mês direitinho”

Foi no serviço de saúde que Helena foi orientada quanto à possibilidade de Antecipação Terapêutica do Parto, pelo profissional de saúde que a atendeu. Esta informação lhe possibilitou decidir sobre o futuro da gestação. Considerando a forma com que o assunto foi tratado, a expectativa de Helena era que o desfecho terminaria em uma solução oficial e rápida.

“A médica virou pra mim e falou assim “você quer ter mesmo esse neném?” Eu fui e falei assim: “Eu não sei”. Ela “porque se você quiser ‘tirar é muito fácil, só é você ir no juizado’... Como é que fala? ...”no juiz pra poder ele te dar autorização, a liberação pra você poder abortar””

“Ela (a médica) falou: “Não., negócio simples, fácil”, mas não é, não. Era... foi muito difícil”

Dada a falta de prerrogativa legal e à possibilidade de autonomia do Juiz em autorizar ou não o procedimento, o processo se mostrou extremamente longo e doloroso.

3.4 A busca de autorização judicial para a Antecipação Terapêutica do Parto: o curso de uma nova vitimização:

Além da difícil tarefa de aceitar o diagnóstico e decidir pela interrupção da gestação, Helena teve que enfrentar a situação de buscar na justiça o direito a realizar a interrupção, com a constrangedora negação do seu pedido por três vezes, fato frequente no Brasil, antes da promulgação da súmula (SILVA, RODRIGUES e AMARAL, 2011), o que reforçaria a vitimização de sua condição:

“Eu falei: então me dá tudo por escrito direitinho pra poder eu ir. [...] eu fui com ele no juiz e não...no centro da cidade e ele não liberou...voltei pra médica e tinha consulta novamente e voltei pra ela e ela “e aí? ‘disse “eu não consegui nada” , ela fez outra por escrito, dizendo que o problema da minha filha, que era anencefalia, voltei e ela me deu pra Caxias, porque eu já tinha ido duas vezes no centro da cidade e não consegui. Ela me deu aqui perto, para o Fórum daqui, foi quando o juiz foi e me negou novamente. [...] terceira vez... aí mandou pro desembargador [...] Quando já estava perto de completar, faltava uma semana, o desembargador tinha mandado pra Brasília, né? Foi quando liberaram, pra poder eu ter... então me mandaram pra o seu hospital [...] mandou uma carta com uns papéis pra poder eu ir diretamente pra fazer a cirurgia [...] Aí ele (o desembargador) achou um absurdo a pessoa estar dois meses e pouco, tentando né... ‘tirar, porque o neném não ia sobreviver e não conseguir, entendeu?” – HELENA

Assim, a peregrinação sofrida pela Helena em busca da autorização para poder interromper a gestação chama a aten-

ção. Este processo acarretou um desgaste extremamente grande para ela, que depois de pouco tempo, já não desejava resolver a situação daquele modo:

“Todo dia eu ia, eu ia onde ela mandava, eu ia em outro e só levava não e não, aí com quatro meses eu falei que não ia mais, mas já tinha ido já pro desembargador, porque o último tinha me negado” – HELENA

Essa vivência impactou até na modificação da decisão inicial de Antecipação do Parto, não por uma mudança de concepção de Helena, mas pelo esgotamento frente à esta situação de negativas sucessivas:

“nisso foi correndo o tempo e eu resolvi mesmo assim deixar pra lá, {...} eu não vou fazer mais, não...vou deixar ir até o final” - HELENA

3.5 Enfrentando violências no círculo social:

Em que pese o momento adverso que vivia, represálias foram vivenciadas no círculo social, em virtude de sua busca judicial para interromper a sua gestação. O fato da ação judicial ter sido ‘descoberta’ por um grupo de religiosos, resultou em uma retaliação e perseguição, com clara pressão para a reversão desta situação. Este fato, além de impacto psicológico, teve impacto físico em sua saúde, demandando duas internações hospitalares pela diabetes descompensada.

“eu fiquei internada duas vezes, porque eu fiquei muito nervosa porque ‘tavam me perturbando muito, ‘tava negócio de igreja me perturbando, chegou a ir na minha casa,

falando que não era justo eu querendo matar, querendo tirar uma coisa de Deus {...} os evangélicos... então eu tive perseguição de evangélico, iam na minha porta, falar que eu era uma assassina, porque eu ‘tava querendo tirar, descobriram a minha casa. Então eu fiquei nervosa, então a minha glicose subiu muito, aí eu passei mal e foi duas vezes que eu fiquei internada” – HELENA

“teve várias mulheres que foram na minha porta {...} simplesmente falaram que ia matar, porque soube que eu tinha ido pra um juiz e tinha negado e ‘tava ainda em processo de juiz...então disseram que eu tinha que morrer porque eu ‘tava querendo tirar um ser vivo, que não era justo, que ela não pediu pra nascer assim, então era essas coisas assim, e ligando pra mim, ligavam pra minha casa, me chamavam de assassina, botaram vídeos debaixo da minha porta pra poder eu ver, matando, como se estivesse matando um filho... foi coisas horrorosas que aconteceu... foi passando o tempo e foram descobrindo mais, então cada vez mais vinham em cima de mim falar sobre isso, né... falava “você quer matar”, me paravam na rua, “você quer matar o seu filho...você não tem vergonha não?” {...} então, foi essas coisas assim que foi realmente foi horrível, horrível mesmo... isso aí eu passei uns momentos muito ruins” – HELENA

Este acontecimento demonstra a polemização da questão do aborto que a literatura brasileira levanta com frequência, mesmo no caso de se tratar de um feto gravemente acometido. A oposição à interrupção da gravidez em casos de anencefalia é de fundo religioso (PENNA, 2005) e como a grande maioria da população brasileira se autodeclara religiosa, ainda podemos presenciar tais comportamentos perante uma mulher que decide pela interrupção da gestação.

3.6 Finalizando o ciclo do corpo físico: o parto:

Embora com toda a dificuldade deste processo, a avaliação de Helena é que o atendimento hospitalar foi satisfatório. Ela relatou que a equipe teve o cuidado de a deixar na enfermaria de gestantes após o parto, no sentido de minimizar a dor da perda, demonstrando cuidado e uma assistência humanizada:

“quando eu ganhei, eu não fui pra sala que as meninas estava...eu fiquei em outra sala, me botaram junto com as outras que iam ganhar, pra não ficar junto das que já tiveram neném” HELENA

“eles me trataram muito bem, isso eu não posso falar nada {...}” HELENA

O cuidado humanizado certamente é uma ajuda na elaboração do luto vivenciado pelos pais desde o momento do diagnóstico de malformação, no momento da internação e após a alta (CUNHA *et al*, 2016).

Lemos e Cunha (2015) ressaltam a necessidade de se valorizar o preparo e a sensibilização dos profissionais de saúde que atuam diretamente com as mulheres enlutadas, como por exemplo na escolha da enfermaria que a mulher será alocada após o parto. Este fato é percebido pelas mulheres como um melhor atendimento e um respeito à sua condição emocional.

3.7 Os traumas desta vivência e o alívio em ter contribuído para que outras mulheres não precisem vivenciar a mesma peregrinação:

O processo foi vivenciado com extrema tristeza por Helena, que teve sua gestação planejada e desejava ser mãe novamente. Anos depois, lembrando esta experiência, a mesma ainda mostrou dificuldades para enfrentar o tema, considerando principalmente o longo período a que foi obrigada a enfrentar publicamente este somatório de adversidades. Também ficou acrescido a este trauma, o fato de apesar de tudo o que passou, estar sem a sua filha. Um processo mais rápido para o mesmo desfecho (a morte da criança), não tornaria o processo feliz, já que a ausência da filha foi para ela o elemento mais negativo do processo. Entretanto, um processo mais rápido e o respeito ao seu desejo de encerrar esta etapa de vida, certamente teria tornado este período da sua vida muito menos traumático:

“Sair do hospital de mão vazia é o pior...é o pior” – HELENA

“Você vê todo mundo tendo, todo mundo com o seu neném e você sozinha é muito difícil” – HELENA

“é muito difícil, assim, não me conformo na realidade... não me conformo porque eu queria tanto, eu não me conformo... eu falando, parece que eu ‘tou vivendo aquele momento, sabe... muito ruim, muito ruim mesmo eu não sei porque eu passei na gestação dela e não pude ficar com ela”- HELENA

As narrativas demonstram dor no processo de saída da unidade de saúde sem o bebê. As entrevistadas se viram perante a realidade do óbito dos seus filhos e tiveram a confirmação deste fato pela ausência do bebê no retorno ao lar. Estas tiveram que vivenciar todo o processo de luto e a adaptação à nova realidade, sendo esse processo longo e gerador de crises e desgaste emocional (SANTOS, 2011).

Uma questão cabe ser salientada aqui, que é a tranquilidade que Helena tem do seu caso ter tido uma repercussão na mídia e que isso serviu para influenciar a decisão do STF de atualmente possibilitar a outras mães que desejam, antecipar o parto sem ter que recorrer aos espaços judiciais e nem se expor à negação do seu direito de escolha:

“ele (o desembargador) achou um absurdo e colocou na mídia, aí foi quando ficou tudo quanto é televisão falando de anencefalia, bebê com anencefalia {...} ele foi e jogou pra mídia e a Globo foi e não só a Globo, mas outros também {...} eu contei o que aconteceu, tanto que vira e mexe aparece na Globoneus, passa muito na Globoneus. Eu dei entrevista só pra eles mesmo” - HELENA

“com esse depoimento do caso da minha neném e anencefalia dela, esse processo todo que eu corri, que eu passei, que não liberaram, com o caso dela, foi, passou a liberar... justamente foi com o caso dela que depois passou a liberar, da neném... aí pelo menos alguma coisa de boa, pelo menos ela fez, porque hoje se a pessoa não quiser, não vai passar esse tempo todo pra poder conseguir tirar” – HELENA

Considerações finais

Em abril de 2012, o Supremo Tribunal Federal (STF) com base no princípio da dignidade da pessoa humana, decidiu pela descriminalização da interrupção da gestação de fetos com anencefalia – desde que o diagnóstico fosse confirmado por dois médicos habilitados.

Importante salientar que a partir desta decisão a gestante não fica sendo obrigada a interromper a sua gestação, mas pode exercer seu direito de escolha através de duas alterna-

tivas possíveis: manter ou interromper a gestação em qualquer idade gestacional, se assim o desejar, na rede pública ou privada de saúde (FOGANHOLI, 2013; BRASIL, 2014) sem a necessidade de autorização judicial prévia. Esta decisão não impõe a mulher a obrigação de realizar uma interrupção terapêutica. Pelo contrário a partir da decisão do STF a mulher pode exercer o seu direito de escolher autonomamente como vai conduzir a sua gestação de forma que sejam respeitadas a sua autonomia e suas crenças (FOGANHOLI, 2013).

Cabe destacar que com a descriminalização da interrupção da gestação em casos de anencefalia, esta não pode ser configurada sinônimo do abortamento, pois, nas situações de gestações de fetos anencéfalos, trata-se de interrupção terapêutica (não abortiva) da gestação ou antecipação terapêutica do parto e não abortamento, uma vez que se trata de gestações com riscos aumentados à saúde das gestantes e fetos sem possibilidade de vida após o nascimento (BRASIL, 2014).

Assim o respeito à autonomia disposto pelos direitos humanos e o reconhecimento da reprodução como uma dimensão dos Direitos Humanos favorecem a estas mulheres uma decisão quanto à questão da reprodução, associada às discussões sobre reprodução e direitos das mulheres firmadas nas décadas de 70 a 90 do século passado que reiterou a responsabilidade do Estado em garantir tanto acesso destas mulheres aos métodos contraceptivos e às informações, quanto ao seu uso e ao atendimento seguro e efetivo de suas necessidades nesta área (CEDAW, 1979; Conferência Internacional de População e Desenvolvimento, 1994 e Conferência Mundial sobre a Mulher, 1995).

Referências

AGUIAR M. J. B. et al. **Defeitos de fechamento do tubo neural e fatores associados em recém-nascidos**

vivos e natimortos. Jornal de Pediatria (Rio de Janeiro). Porto Alegre, v.79, n.2, mar./apr., 2003.

BERTAUX, D. **Narrativas de vida: a pesquisa e seus métodos.** EDUFRRN/Paulus. São Paulo/Natal, p.167, 2010.

BRASIL. **Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal Brasileiro. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 23 de fevereiro de 2018.

BRASIL. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Atenção às Mulheres com Gestação de Anencéfalos. Norma Técnica.** Série Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos – Caderno nº 11. Brasília: Ministério da Saúde, 2014.

CUNHA, A.C.B. et al. **Diagnóstico de malformações congênitas: impactos sobre a saúde mental de gestantes.** Estudos de Psicologia. Campinas, v.33, n.4, p.601-611, out./dez., 2016.

DINIZ D. et al. **A magnitude do aborto por anencefalia: um estudo com médicos.** Ciências & Saúde Coletiva. Rio de Janeiro, v.14, supl.1, sept./oct., 2009.

DINIZ, D. Ética na pesquisa em ciências humanas – novos desafios. **Ciência & Saúde Coletiva.** Brasília DF, v.13, n.2, p.417-426, 2008.

DINIZ, D; VÉLEZ, A. C. G. **Aborto na Suprema Corte: o caso da anencefalia no Brasil.** Estudos Feministas. Florianópolis, v.16, n.2, p.440, maio/ago., 2008.

FEBRASGO - Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia. **Anencefalia: posição da FEBRASGO.** 2007. Acesso em: 2016, Dez, 04. Disponível em: <http://www.febrasgo.org.br/anencefalia1.htm>

FERNANDES, I.B. **Nas vias de interromper ou não a gestação: vivências de gestantes de fetos com Anencefalia.** Trabalho de Conclusão de Residência. Rio de Janeiro, Fiocruz, 2017 (mimeo).

FERNANDEZ, R. R. et al. **Anencefalia: um estudo epidemiológico de treze anos na cidade de Pelotas.** Ciênc. Saúde coletiva. Rio de Janeiro, v.10, n.1, jan./mar., 2005.

FOGANHOLI, L.P.M. **Aborto de feto anencéfalo é discriminado pelo Supremo Tribunal Federal.** ETIC - Encontro de Iniciação Científica. São Paulo, v.9, n.9, 2013.

GAZZOLA, L.P.L; MELO, F.H.C. **Anencefalia e anomalias congênitas: contribuição do patologista ao Poder Judiciário.** Rev. Bioética. Brasília, v.23, n.3, p.495-504, set./dez., 2015.

GLAT, R. et al. **O método de história de vida na pesquisa em educação especial.** Revista Brasileira de Educação Especial. v.10, n.2, p.235-250, 2004.

LEMOS, L.F.S; CUNHA, A.C.B. **Concepções sobre morte e luto: experiência feminina sobre a perda gestacional.** Psicologia, Ciência e Profissão. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, v.35, n.4, p.1120-1138, 2015.

MARTINS, A.C.; BARROS G.M. **Will you give birth in pain? Integrative review of obste-**

tric violence in Brazilian public units. Revista Dor, v. 17, p. 215, 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-00132016000300215 acesso em 23 de fevereiro de 2018

MASSUD, M. **Anencefalia numa perspectiva ética.** Rev. Bras. de Saúde Materno Infantil. Recife, v.10, supl.2, dez, 2010.

NUNES, H.H.M. **A enfermagem e o nascimento de um bebê com anencefalia: contribuição para mães e profissionais de saúde.** 2012. 109 f. Dissertação (Doutorado em Enfermagem). Rio de Janeiro: Escola de Enfermagem Anna Nery da Universidade Federal do Rio de Janeiro; 2012.

OLIVEIRA, F. R; CAMARGOS, A. F. **Descriminalização do aborto de anencéfalos: a conquista de um direito e o início de vários dilemas éticos.** Femi-na. v.39, n.6, abr, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher.** Pequim, 1995. Disponível em http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf. acesso em 03 de agosto de 2016

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento.** Cairo, 1994. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>. acesso em 03 de agosto de 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women 1979**. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cedaw.pdf> acesso em 03 de agosto de 2016.

PENNA, M. L. F. **Anencefalia e morte cerebral (neurológica)**. Physis. Rio de Janeiro, v.15, n.1, jan./jun., 2005.

QUEIROZ, M.I.P. **Relatos Oraís: do “indizível” ao “dizível”**. In: VON SIMSON, O. M. (org. e intr.). Experimentos com histórias de vida (Itália – Brasil). Vértice, Editora Revista dos Tribunais, Enciclopédia Aberta de Ciências Sociais. São Paulo, v.5, p.14-43, 1998.

RIBEIRO, F.R.G; SPINK, M.J.P. **Estratégias retóricas na controvérsia moral sobre a legalização do aborto: o caso da anencefalia no Brasil**. Interface – Comunicação, Saúde, Educação. São Paulo, v.16, n.40, p.35-49, jan./mar., 2012.

ROCHA, R. F. **O anencéfalo como doador de órgãos e tecidos para transplante: possibilidades legais, morais e práticas**. Rev. Bras. Saúde Matern. Infant. Recife, v.10, Supl. 2, S297-S302, dez, 2010.

SANTOS, S. R. et al. **A vivência dos pais de uma criança com malformações congênitas**. remE – Rev. Min. Enferm. v.15. n.4, p.491-497, out./dez., 2011.

SANTOS, L. M. P; PEREIRA, M. Z. **Efeito da fortificação com ácido fólico na redução dos defeitos do tubo neural**. Cad. Saúde Pública. Rio de Janeiro, v.23, n.1, p.17-24, jan, 2007.

SILVA, M.H; RODRIGUES, M. F. S; AMARAL, W. N.
**Aspectos médicos e psicológicos de grávidas
portadoras de feto anencefálico.** *Femina*. v.39,
n.10, out, 2011.

SPINDOLA, T; SANTOS, R.S. **Trabalhando com
a história de vida: percalços de uma pesquisa
(Dora?).** *Rev Esc Enferm USP*. São Paulo, v.37, n.2,
p.119-126, 2003.

Os refugiados venezuelanos no estado de Roraima e a ação civil originária n. 3121-Rr

João Paulo Marques dos Santos

Aspectos preliminares

A Venezuela tem estado em voga nos noticiários, por conta da grave crise que tem vivido e em razão do seu sistema de governo falho, colocando em risco os seus nacionais, dada a falta de alimentos e medicamentos. Suprimentos básicos para manutenção da vida hodierna. Não há sinal de mudanças e nem de término para essa crise que dura há anos, todavia intensificada, recentemente.

Assim, ante ausência do mínimo aos seus nacionais, estes passaram a buscar refúgio em países vizinhos, tendo, a maioria, optado pelo Brasil, dada a facilidade de sua chegada, em razão da ligação entre os países por estradas. Ao chegar no Brasil, tendem a se instalar no Estado de Roraima, pois se trata o primeiro ente federado após a fronteira.

Apesar da recepção dos refugiados, o Estado de Roraima tem experienciado situações sequer imaginadas pelos outros governos e, pior, com poucos recursos e com um orçamento reduzido, pois o Brasil, ainda está na pendência de resolução de sua economia, ainda em fase de crescimento.

Embora presente as dificuldades, Roraima, têm prestado assistência aos refugiados com a promoção de saúde, educação e construção de barracões para abrigar o máximo número possível. No entanto, essa situação ficou insustentável com a chegada de 40 mil refugiados, o que levou o Estado a decretar estado de emergência¹³¹, todavia, a União manteve-se inerte sem a prestação de auxílio necessário.

O que levou Roraima a demandá-la junto ao STF para reaver os prejuízos, bem como o fechamento total ou parcial das fronteiras, com intuito de evitar novos refugiados ou reduzir seus números ao Estado.

Eis a problemática para o desenvolvimento do presente trabalho, o qual consistirá na análise da viabilidade ou não da ação ajuizada pelo Estado de Roraima contra a União, levando em conta as normas do ordenamento jurídico – nacional e internacional –, fazendo um paralelo com o papel do Tribunal Constitucional diante dessas problemáticas, apresentando, na conclusão, o posicionamento do presente trabalho.

1. *Leading case*: ação civil originária n. 3121-Rr

O problema do socialismo mais uma vez vem à tona (ALVAREZ, 2018), desta vez, porém, com o regime ditatorial que

131. In.: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/12/roraima-decreta-emergencia-por-cao-de-imigrantes-venezuelanos.html>. Acesso em: 25 mai. 2018.

vige na Venezuela, levando inúmeros cidadãos a buscar abrigos ou refúgios em países vizinhos, dada a falta de alimentos, empregos e adequada distribuição de renda, expondo, desta feita, seus cidadãos a condições de extrema vulnerabilidade.

Diante de tal fato, o Brasil tem sido o destino mais procurado pelos Venezuelanos, em especial porque há ligação direta e sem controle pelas estradas que ligam ambos os países, sendo o Estado de Roraima a primeira parada dos refugiados.

Atualmente, cerca de 40.000 (quarenta mil) refugiados estão em situação de vulnerabilidade no Estado de Roraima, dado o seu parco recurso orçamentário e as dificuldades que vem enfrentando com a dívida pública, além do fato de deste número representar mais de 10% (dez por cento) da população que se encontra na capital (Boa Vista) (MENDONÇA, 2018).

Dada essa crise, bem como a ausência de medidas que atenuassem os impactos que os refugiados representam nas fianças daquele Estado, este decidiu ajuizar a Ação Civil Originária contra a União, perante o Supremo Tribunal Federal, a fim de vê-lo condenado a reaver os prejuízos sofridos e determinar que ela adote políticas públicas adequadas para gerir as fronteiras, em especial, a que liga Venezuela e Brasil, a fim de que as feche, totalmente, ou realize controle, restringindo o acesso a determinado número de imigrantes.

Os principais argumentos do Estado de Roraima são de cunho patrimonial, social, segurança pública e de saúde, a saber: (i) aumento da criminalidade; (ii) elevação quantitativa dos atendimentos nas unidades de saúde; (iii) aumento nas matrículas para o ensino público; (iv) criação de quatro abrigos; (v) possíveis epidemias.

A ação foi distribuída sob o n.º 3131, tendo sido sorteada, como relatora, a Ministra Rosa Weber. A ação encontra-se em tramitação, em fase de audiência de conciliação, tendo

sido aceito, apenas alguns pedidos de habilitação de *amicus curae*. É o sucinto relatório.

2. O papel da justiça constitucional no século XXI

Tradicionalmente, o Tribunal Constitucional analisado a partir do modelo kelsiano, partia de um paradigma meramente formalista, ou seja, a função dele se restringia à retirada, do sistema normativo, aquelas leis que se mostravam incompatíveis com a Constituição (controle de constitucionalidade concentrada), o que, evidentemente, se diferenciava da modalidade difusa norte-americana (*judicial review*) (TREMPS, 2003, p. 31).

Hodiernamente, esse modelo encontra-se ultrapassado, necessitando investigá-lo a partir de um modelo substancial ou material, pois não se mostra compatível a utilização de apenas um ou de outro modelo de controle de constitucionalidade, tendo em vista o desenvolvimento de novas técnicas processuais, estando presente, em um único órgão o modelo difuso (modelo norte-americano) e concentrado (modelo europeu) de controle de constitucionalidade. Contudo, com relação a este último, aos demais órgãos do Poder Judiciário, também, lhe é conferido a possibilidade de usá-lo. (TREMPS, 2003, p. 31).

Este modelo, frequentemente se verifica nos países da América Latina, como no Paraguai, cujo Órgão do Tribunal Constitucional especializado compõe a Suprema Corte de Justiça (TREMPS, 2003, p. 31). No Brasil, também, adotou esse modelo de controle de constitucionalidade dual, também denominado de híbrido (HERANI, 2015, p. 120)

Independente do modelo adotado pelos países, é possível afirmar que a Justiça Constitucional encontra o seu fundamento de criação em meio à crise do sistema legalista (TA-

VARES, 2007, p. 158.), onde, por ocasião do abuso do Poder Legislativo, há uma inversão de valores em relação ao ser humano, isto é, ele passa a ser o meio e não o fim do direito (SANTOS; BRASIL, 2018, p. 469).

Dada essa equivocada visão do ser humano, instaurou-se uma ideia de supremacia da lei em relação aos direitos humanos e direitos fundamentais, o que levou à prática de inúmeras atrocidades (ABBOUD, 2016, p. 110), já que o movimento de reificação do ser humano estava de acordo com a lei (BARROSO, 2009, p. 352). Prova disso, são os acontecimentos na 2ª Guerra Mundial, onde se atribuiu, por lei, à determinada nacionalidade uma superioridade em detrimento de outras.

Percebido que tais ideias se encontravam na contramão do que se buscava, iniciou um movimento de valorização da vida com dignidade, tal movimento ficou conhecido como “virada kantiana” (BARROSO, 2009, p. 249). Uma das grandes influências desse movimento, foi a previsão da dignidade da pessoa humana em várias Constituições promulgadas pós 2ª guerra, ou seja, o direito passava a não ser um fim em si mesmo, mas servia ao e para o ser humano, privilegiando o direito à vida, liberdade, à segurança, à igualdade *etc.* (SANTOS; BRASIL, 2018, p. 469).

À época da crise do estado legalista, importante salientar, encontravam-se os juristas diante de um impasse, qual seja, com a falha do positivismo jurídico, seria necessário um novo marco filosófico ou deveria reacender as bases do jusnaturalismo? Losano (2007, p. XXXV) ao prefaciá-la versão brasileira de Norberto Bobbio - *Da Estrutura à função* -, inclusive, trouxe a seguinte reflexão “(...) O positivismo jurídico nos seduz como cientistas neutrais; ao invés, o jusnaturalismo nos permite afirmar nossos valores morais. (...)”.

Apesar da crise, o positivismo ganhou novo escopo com a adição da dignidade da pessoa humana e, neste aspecto, a

Justiça Constitucional, encontra mais um de seus fundamentos, qual seja, a de garantir proteção aos princípios, valores constitucionais, bem como aos direitos fundamentais (TREMPS, 2003, p. 31. HERANI, 2015, p. 120), devidamente estipulados pelo Constituinte Originário.

Além desse fundamento, o Tribunal Constitucional, porém, desta vez, já no período dos regimes Autoritários, firma outro pilar de seus fundamentos, agora como auxiliador dos Estados na transição deste regime aos sistemas democráticos. (TREMPS, 2003, p. 32).

A bem da verdade, goza o Tribunal Constitucional de muitos objetivos e de muitas funções (TAVARES, 2006, p. 21), as quais podem ser sintetizadas, nas palavras de Abboud (2016, p. 110), da seguinte forma:

- Limitar o Poder Público - último ponto em que ocorre o controle dos atos do Poder Executivo;
- Garantir a existência das minorias e assegurar a proteção dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional e nos tratados internacionais que o Brasil seja signatário;
- Corrigir os equívocos e omissões do Poder Legislativo, função que a jurisdição constitucional adquiriu em virtude do recrudescimento das decisões manipulativas e aditivas;
- Conferir, em termos dogmáticos, coerência e garantir a preservação da própria autonomia do Direito, mais precisamente, da própria Constituição Federal, pela jurisprudência advinda da jurisdição constitucional, desde que consistentemente fundamentada.

Há de se concordar com tal pensamento, pois, de fato, no século XXI, funções como limitadores do poder do Estado, garantidores da função contramajoritária dos direitos fundamentais, sanar omissões do Poder Legislativo, suprir omissões administrativas frente aos direitos humanos, são aspectos que legitimam a sua existência, principalmente, quando se verifica que a Constituição Brasileira foi bastante rica na sua proteção e no seu elenco de direitos e garantias fundamentais, tanto nas suas relações internas, quanto externas.

Assim, não se verifica equivocação do Tribunal Constitucional, diante das constatações de possíveis violações dos direitos fundamentais e, ainda, dos direitos humanos, tomar a posição em que a Constituição seja aplicada, evitando que auxílios humanitários não sejam prestados em razão do mero deleite do seu Gestor. Por isso, é mister seu solucionar o conflito entre o Estado de Roraima e a União, privilegiando suas funções e garantindo a eficácia dos direitos fundamentais e humanos, sob pena de ferir de morte a razão de sua existência e a própria Carta Magna, a qual está subordinada.

3. Direitos humanos e os refugiados

Inicialmente, vale trazer a diferença entre direito fundamental e direito humano, os quais, apesar da confusão doutrinária com relação à adoção de um e de outro, segundo SARLET (2015), possuem repercussões distintas, para tanto, o primeiro é consagrado no plano do direito constitucional interno de cada Estado, por outro lado, o segundo, consagrado no plano internacional.

Superada essa distinção necessária, a proteção dos direitos humanos, no plano internacional, é verificada a partir de três pilares, quais sejam: Direito Internacional dos Direitos

Humanos, Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Refugiados (RAMOS, 2017, p. 135).

Importante destacar que em todos os pilares dos direitos humanos, a finalidade é única, isto é, a proteção dos direitos humanos, todavia, haverá casos em que a proteção será específica, como é o caso dos Refugiados, que age diretamente na proteção do refugiado, “desde a saída do seu local de residência, trânsito de um país a outro, concessão do refúgio no país de acolhimento e seu eventual término.” (RAMOS, 2017, p. 136).

Esta noção de início e término da proteção do refugiado, inclusive, se confunde com o próprio surgimento deste instituto, o qual, na década de 20, em função do alto número de pessoas que fugiam da “recém-criada União das Repúblicas Socialistas Soviéticas”, buscavam em outros países asilo para proteção contra os conflitos armados vividos, ou até mesmo, contra perseguições (JUBILUT, 2007, p. 74.). Todavia, esse instituto, à época possuía conceito coletivo, necessitava de algo que, de fato, ficasse demonstrado cabalmente a situação de opressão, muito comum em momentos de guerra.

Interessante que à época a assistência era proporcionada pela Cruz Vermelha (JUBILUT, 2007, p. 74), todavia, em razão do alto número de refugiados que surgiam, essa atribuição e responsabilidade foram repassadas à Liga das Nações, que estabeleceu em 1921, o Alto Comissariado para os Refugiados Russos (JUBILUT, 2007, p. 74). Naquela época, a proteção dos refugiados tinha a característica de transitoriedade, ou seja, findando cada evento de perseguição, chagava a termo a finalidade da Instituição.

Anos depois, A Liga das Nações instituiu o Alto Comissariado para os Refugiados Judeus provenientes da Alemanha (JUBILUT, 2007, p. 77), fruto da 2ª guerra mundial.

Em 1947, criou-se a Comissão Preparatória da organização Internacional para Refugiados, sob à supervisão da ONU, a qual organizou as tarefas mínimas de assistência, como: “(1) identificação, registro e classificação dos refugiados, (2) auxílio assistência, repatriação, proteção jurídica e política, (3) transporte e reassentamento e (4) restabelecimento de refugiados.” (JUBILUT, 2007, p. 79).

Em 1951, em Genebra, finalmente, instituiu-se o primeiro regramento específico de proteção dos Refugiados, denominada de Convenção do Estatuto dos Refugiados.

3.1 Convenção – Estatuto dos Refugiados

Como dito, a Convenção referente ao Estatuto dos Refugiados, fora finalizada e editada em 28 de julho de 1951, em Genebra. Inicialmente seu regramento trouxe duas limitações, a primeira de cunho temporal – a proteção se dava aos acontecimentos anteriores a 1º de janeiro de 1951 –, e a segunda de cunho geográfico – a proteção era somente aos acontecimentos ocorridos na Europa (RAMOS, 2017, p. 157). Em 1957, fora assinado um Protocolo referente ao Estatuto dos Refugiados, que eliminou as limitações impostas pela Convenção originária. (RAMOS, 2017, p. 157-158)

O Estatuto dos Refugiados foi e é um importante documento internacional de proteção àquelas pessoas que estão fora de seu país de origem devido a fundados temores de perseguição relacionados a questões de raça, religião, nacionalidade, pertencimento a um determinado grupo social ou opinião política, como também devido à grave e generalizada violação de direitos humanos e conflitos armados (art. 1º, Estatuto).

Dado esse conceito, uma de suas consequências é a vedação de expulsão do refugiado – princípio da não-devo-

lução -, trazida no seu art. 32, da Convenção, portanto, se o Estado que aceita o refugiado para prestar a proteção dos direitos humanos, como poderia esse mesmo Estado expulsar àquele que deveria proteger?

Por óbvio, o refugiado não será protegido a todo custo, pois haverá a possibilidade de expulsá-lo, desde que nas situações expressamente previstas na própria Convenção.

Portanto, a proteção dos refugiados poderá cessar quando tal fato estiver relacionado com a recuperação da nacionalidade voluntariamente ou se valer da proteção do país de que é nacional, “voltou a estabelecer-se, voluntariamente, no país que abandonou; se deixaram de existir as circunstâncias em consequência das quais a pessoa foi reconhecida como refugiada.” (RAMOS, 2017, p. 157).

Outro direito do refugiado é o tratamento igualitário ao nacional do País que o acolheu, sendo vedada qualquer prática de discriminação, conforme determina o art. 4º, por outro lado, caberá ao refugiado que o cumprimento de todas as leis e regulamentos oriundos do país que o acolheu, conforme art. 3º.

3.2. Estatuto dos refugiados no Brasil

O Estatuto dos Refugiados, na sua forma original, foi aprovado pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo n. 11/1960, com exclusão apenas dos artigos 15 e 17. Posteriormente, promulgado pelo Decreto n. 50.215/1961. Segundo Waldely, Virgens e Almeida (2014, p. 120), o Brasil foi o primeiro país do cone sul a ratificar essa Convenção, bem como a regulamentá-la, no âmbito interno.

Ato contínuo, por ocasião do Protocolo de 1967, também ratificado pelo Brasil, conforme Decreto n. 70.946, de 7 de agosto de 1972, onde ao aceita-lo retirou a limitação

temporal. Por outro lado, a restrição geográfica somente foi retirada, no Brasil, por ocasião da promulgação do Decreto n. 98.602, de 19 de dezembro de 1989. Posteriormente, com o Decreto n. 99.757, de 1990, o Brasil *retirou* as reservas aos arts. 15 e 17 da Convenção de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados. Portanto a aplicação deste Estatuto deve ser feita da forma como está promulgada, em sua inteireza.

Outrossim, com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, bem como pautar esse Estado a partir da prevalência dos direitos humanos, no seu plano internacional, em 1997, editou a Lei n. 9.474, onde definiu mecanismos e implementação do Estatuto dos Refugiados, além de dar outras providências.

Impende salientar que o conceito de refugiado, para esta lei, é mais amplo do que àquela prevista na Convenção de Genebra (WALDELY; VIRGENS; ALMEIDA, 2014, p. 119), conforme se verifica do seu art. 1º, ou seja, refugiado é a pessoa que:

I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

A condição de refugiado é extensiva ao cônjuge, ascendentes e descendentes que dele dependa economicamente (art. 2º).

Os casos de cessação da proteção ao refugiado dar-se-ão por aqueles expressamente previstos na Lei n. 9.474/97, conforme se verifica do art. 38, já a perda da condição de refugiado é regulada pelo art. 39.

Apesar dessas previsões, é possível perceber que esta lei veio reforçar a garantia que se pretende dar ao Refugiado, a fim de se evitar o que ocorre com outras normas internacionais, de inefetividade expressiva, levando o Brasil a condenações perante os Tribunais Internacionais.

4. A visão do STF na questão dos refugiados

Rege a Constituição Federal, no que pertine às relações internacionais, a prevalência dos direitos humanos, cuja proteção encontra-se prevista expressamente, conforme se verificada do art. 3º, II. Tal previsão possui caráter inovador, quando analisado a partir da Constituição antecedente (BULOS, 2014, p. 74), além de observância obrigatória, em razão de ter contra si a demanda submetida perante o Tribunal Internacional de Direitos Humanos, na hipótese de sua violação (art. 7º, ADCT).

Este princípio encontra-se de acordo com a atual sistemática adotada pelas Constituições pós 2ª guerra, em razão da sua compatibilidade com o princípio da dignidade da pessoa humana, este, também prevista na Constituição, conforme art. 1º, III. A sua importância é verificada quando se tem o ser humano como o centro do direito, ou seja, o direito serve para o ser humano em seu benefício.

Pautando-se nesse pensamento, a Convenção de Genebra de 1951, devidamente ratificado pelo Brasil, garante a todo aquele que está arbitrariamente sofrendo perseguições por razões de gênero, orientação sexual, de ordem étnica, cultural confessional etc., pelo Estado do qual possui nacionalidade.

Esse pensamento, inclusive foi base para o Supremo Tribunal Federal reconhecer a prevalência dos direitos humanos no ordenamento jurídico quando se tratar da temática dos refugiados, garantindo, assim, o direito de 3ª geração, referente à fraternidade, *in verbis*:

A comunidade internacional, em 28-7-1951, imbuída do propósito de consolidar e de valorizar o processo de afirmação histórica dos direitos fundamentais da pessoa humana, celebrou, no âmbito do direito das gentes, um pacto de alta significação ético-jurídica, destinado a conferir proteção real e efetiva àqueles que, arbitrariamente perseguidos por razões de gênero, de orientação sexual e de ordem étnica, cultural, confessional ou ideológica, buscam, no Estado de refúgio, acesso ao amparo que lhes é negado, de modo abusivo e excludente, em seu Estado de origem. Na verdade, a celebração da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados – a que o Brasil aderiu em 1952 – resultou da necessidade de reafirmar o princípio de que todas as pessoas, sem qualquer distinção, devem gozar dos direitos básicos reconhecidos na Carta das Nações Unidas e proclamados na Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana. Esse estatuto internacional representou um notável esforço dos povos e das nações na busca solidária de soluções consensuais destinadas a superar antagonismos históricos e a neutralizar realidades opressivas que negavam, muitas vezes, ao refugiado – vítima de preconceitos, da discriminação, do arbítrio e da intolerância – o acesso a uma prerrogativa básica, consistente no reconhecimento, em seu favor, do direito a ter direitos. [Ext 783 QO-QO, rel. p/ o

ac. min. Ellen Gracie, voto do min. Celso de Mello, j. 28-11-2001, P, *DJ* de 14-11-2003.]

De forma acertada, o STF afirmou a prevalência dos direitos humanos na ótica da dignidade da pessoa, privilegiando o ser humano como centro de proteção do ordenamento, o privando de qualquer tratamento desumano e qualquer tratamento que vise sua coisificação.

Tal tratamento não deverá ser diferente quando analisar a demanda proposta pelo Estado de Roraima, dado que este não goza, em hipótese alguma, de razão, quando analisado a partir da dignidade da pessoa humana e da própria Convenção de Genebra de 1951 – Estatuto dos Refugiados.

Considerações finais

Ao analisar a Ação Civil Originária n. 3121, apresentada pelo Estado de Roraima, percebe-se que o Ente Federativo busca tão somente sanear os problemas relacionados com o seu orçamento, de cunho estritamente patrimonial, negligenciando, quanto aos seus deveres para com a Constituição Federal.

A Constituição é clara ao firmar que sua maior preocupação é com a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), aliás esse é um de seus fundamentos utilizados para formação do próprio Estado Democrático de Direito (WALDELY; VIRGENS; ALMEIDA, 2014, p. 125).

Não obstante, afirma que nas suas relações internacionais velará pelos princípios da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II), pela cooperação entre os povos (art. 4º, IX) e pela concessão de asilo político (art. 4º, X). Ora, se esses princípios são a base de suas relações internacionais, como fundamentar a restrição total ou parcial do recebimento dos refugiados em território Brasileiro?

Não há lógica pleitear um *status* de protetor dos direitos humanos, quando, diante de si paira questão humanitária dos refugiados, toma como medida a negativa da prestação do auxílio. Dada a condição de miserabilidade vivenciada pelos Venezuelanos, perante seu país que deveria protegê-los, negligência para com a subsistência do mínimo, violando sua dignidade e os expondo à condição de vulnerabilidade extrema, em razão da ausência de alimentos e medicamentos.

Não está aqui defendendo a impossibilidade de indenização que, porventura, o Estado de Roraima possua contra a União, em razão dos custos que tenha de arcar para efetivar o mínimo necessário para manutenção e subsistência dos refugiados, mas levantando os argumentos que impossibilitam o fechamento das fronteiras àquele que lhe solicita auxílio.

Aliás, apesar de o Estado ter a discricionariedade de regular e restringir o acesso ao seu território ao estrangeiro, tal discricionariedade, jamais, deverá ser aplicada ao refugiado, nesse sentido, inclusive é a posição doutrinária, neste sentido Ramos (2017, p. 539):

[...] pode o Estado regular e proibir seu ingresso, com a exceção do *solicitante de refúgio* a quem o Brasil deve, obrigatoriamente, permitir o ingresso (art. 4º, X da CF/88, regulamentado pela Lei n. 9.474/97 e pela Convenção da ONU sobre os Refugiados de 1951, já ratificada e incorporada internamente)

Assim, a proteção dos direitos humanos não é um bem de disponibilidade do Estado, mas um dever de aplicação plena e dotado de características de direito subjetivo em prol do refugiado (RAMOS, 2011, p. 40). Omitir-se quanto ao seu reconhecimento é desafiar Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, a qual já fora utilizado, em momento

outro, para cessação da violação generalizada dos direitos humanos no sistema carcerário brasileiro, conforme se verifica de julgamento da ADPF n. 347, pelo Supremo Tribunal Federal.

Portanto, não cabendo ao Ente Federativo e quiçá ao Brasil verificar a disponibilidade de proteção dos direitos humanos, é seu dever e direito subjetivo dos refugiados à proteção, quando solicitada (RAMOS, 2011, p. 20). Sendo vedada, inclusive, tratamentos desiguais entre o refugiado e o seu nacional, sob pena de violação da Convenção de Genebra de 1951, da Constituição federal de 1988 e da própria Lei n. 9.474/97.

Diante de tais argumentos, pode-se concluir que ao pleito que busca o Estado de Roraima só restará o “funeral da rejeição”, dado que vai de encontro com os valores firmados pela Constituição e pelos compromissos internacionais já firmados pelo Brasil, o que poderia levar a graves sanções no âmbito internacional (BICHARA, 2017, p. 201-227) e condenações no plano nacional.

Referências bibliográficas

- ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- ALVAREZ, Gloria. Venezuela: Is there a way out of socialism? *In.*: 1st Annual Summit in the European Parliament about “Economic Freedom”. 2018. 11 min., son., color. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=Zfml411aoV4>>. Acesso em: 19 mai. 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BICHARA, Jahyr-Philippe. O tratamento jurídico dos refugiados e apátridas no Brasil: Em busca de uma

adequação ao direito internacional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 101, p. 201-227, mai. – jun., 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HERANI, Renato Gugliano. *A prova da inconstitucionalidade*. 1^a ed. Curitiba: Prismas, 2015.

JUBILUT, Liliansa Lyra. *O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método, 2007.

MENDONÇA, Heloísa. *Com 40.000 venezuelanos em Roraima, Brasil acorda para sua 'crise de refugiados'*. In.: El País. [online]. Disponível em: < https://brasil.elpais.com/brasil/2018/02/16/politica/1518736071_492585.html>. Acesso em: 19 mai. 2018.

RAMOS, André de Carvalho. Asilo e refúgio: semelhanças, diferenças e perspectivas. In.: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Orgs.) *60 anos de ACNUR: Perspectivas de futuro*. São Paulo: CL-A Cultural, p. 15-44, 2011.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Orgs.) *60 anos de ACNUR: Perspectivas de futuro*. São Paulo: CL-A Cultural, 2011.

SANTOS, João Paulo Marques dos; BRASIL, Júlio César Mendes. *A fazenda pública e a revelia: Uma relação de*

- incompatibilidade mitigada. In.: ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JÚNIOR, Fredie (Orgs.). *Doutrinas Essenciais: Novo Processo Civil*. Vol. IV – Processo de Conhecimento. 2ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 461-476.
- SARLET, Ingo. O conceito de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. In.: Consultor Jurídico. [online]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-27/direitos-fundamentais-conceito-direitos-fundamentais-constituicao-federal-1988?>. Acesso em: 21 mai. 2018.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- TAVARES, André Ramos. Justiça Constitucional e suas fundamentais funções. *Revista de Informação Legislativa*, a. 43, n. 171, jul./set., p. 19-47, Brasília, 2006.
- TREMPS, Pablo Perez. La justicia Constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 1, p. 30-39, jan./jun., 2003.
- WALDELY, Aryadne Bittencourt Waldely; VIRGENS, Bárbara Gonçalves das Virgens; ALMEIDA, Carla Miranda Jordão de. Refúgio e realidade: desafios da definição ampliada de refúgio à luz das solicitações no Brasil. *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, a. XXII, n. 43, p. 117-131, jul. – dez., 2014.

The protection of individual identities: identity as a human right

Fernando R. M. Bertoncello e Isabelle Dias Carneiro Santos

1. Protection of human identity

Throughout the history on the protection of human rights, we can see a protection that happens collectively, aiming at what it is to be human in a global way and not individual issues. However, when certain individuals are disregarded, certain groups seem to be disregarded. Human rights systems have thus sought to recognize the rights of more individualized groups, such as women's rights with the *UN Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (1966), the *International Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women* (1979) and the *International Convention on the Rights of the Child* (1989). However, it is pointed out to the continuity of the evolution of this protection in the sense of recognizing intimate rights to the specific human being, such as identity, for example.

What in the field of social sciences and related disciplines is understood by identity, in the field of psychoanalysis and psychology, is confused with what is meant by personality.

Freud began the study of personality by developing a theory for it. Sigmund Freud's psychoanalytic personality theory argues that human's behavior is a result of interactions between three parts of mind: *id*, *ego*, and *superego*¹³² (BOUNDLESS, 2017).

This structural theory of personality attaches great importance to how conflicts between parts of the mind shape behavior and personality. These conflicts are mostly unconscious (*Ibid.*).

According to Freud, personality is developed during childhood and is critically shaped through a series of five psychosexual stages¹³³, which he called the psychosexual de-

132. In very simple terms, not intending a technical deepening in psychoanalytic matter, what Freud understands by *id* would be a part of the *self*, duly governed by the pleasure principle. *Id* would therefore be closely linked to the libido and the action of impulses. In other words, it is located in the unconscious zone in mind, without knowing the conscious and ethical reality, acting, therefore, only from instinctive stimuli, which attributes to it the characteristic of amoral.

Superego, on the other hand, according to Freud, would be the inhibiting component of mind, acting contrary to *id*. Considered hypermoral, it follows the "principle of duty" and makes the judgment of the intentions on the subject always acting according to cultural inheritances related to values and rules of conduct. *Superego* is then the moral and social component of personality.

Ego, according to Freud, would be mind's conscious part, being responsible for functions such as perception, memory, feelings, and thoughts. It would be governed by the principle of reality, being the main influence regarding the interaction between the subject and external environment. It is a moral component that takes into account existing ethical standards and acts as mediator between *id* and *superego* (PSICOATIVO, 2017).

133. According to the Freudian psychosexual theory, the stages of human development are the following ones: (i) the oral phase (from the period of

velopment theory. During each stage, a child is presented with a conflict between biological movements and social expectations. Successfully dealing with these internal conflicts will lead you to the mastery of each stage regarding development and, ultimately, to a fully mature personality (*ibid.*).

Freud's ideas, however, were criticized for their singular focus on sexuality as the protagonist in the personal development of personality (*ibid.*).

Post-Freudian theories have often held the view that personality development basically occurs in childhood and that personality is stable in late adolescence. From the 1990s, modern personality theorists agreed that their personality development extends until the age of 30 (COSTA, 1994).

Currently, the personality's perspective formation is based upon the *plasticity's principle*, since personality traits are open systems that can be influenced by the environment at any age (BALTES, 2017). This interactional development model emphasizes the relationships between an individual and his / her environment and suggests that there is a dialectic between continuity and change throughout life (ROBERTS; CASPI, 2003).

birth to 1 year old) and consists of a kind of primary interaction of a child with the world through the child's mouth; ii) the anal phase (from 1 to 3 years old), in which Freud believed that the main focus of libido was on bladder control and bowel movements; iii) the phallic phase (which covers the period between 3 and 6 years old), in which Freud suggested that the main focus of the *id* energy is on the genitals and also at this time the boys and girls experience Oedipus and Electra's Complex, as well as the period in which children adopt values and characteristics of the same-sex parent and then form their superego; iv) the latent phase (which comprises the period from 6 to 11 years old), in which the superego continues to develop, while *id* energies are suppressed and children develop social skills, values and relationships with colleagues and adults outside the family; v) the genital stage (which covers the period from 11 to 18 years old), in which the onset of puberty causes the libido to become active again (*ibid.*).

It is also worth mentioning that the process of personality formation is considerably complex and seems to take place through genetic and social factors (HARKNESS; LILIENFELD, 2017).

What it seems to be lacking in the protection of human rights is to recognize the personality / identity as a fundamental right, because it is from this that a human being is formed.

In this sense, it is asked: what would be the formative elements of the human personality / identity?

As dynamic as the formation process of this personality / identity would be the answer, because personalities / identities are distinct precisely because they are formed by distinct elements, full of nuances that make up the human being as unique.

Besides religion, it seems that sexuality has been the protagonist for the intimate construction of a human being. In this sense, the theories of gender rescued Freudian and Lacanian concepts about sexuality in the formation of personality / identity of the individual. Mackinnon (1989), for example, points out that in societies, being a man or woman is inherent in the identity of the human being. To conceive of man or woman, influences the perceptions of the world and the construction of a forced identity.

This feminine identity is an especially social construction, limiting the capacity of women to what, in fact, means to be a woman and how to behave like a woman¹³⁴. Those women who have resisted following these standards are considered less women, less female (*ibid.*).

As long as it has been shown, the formation of this personality, which begins in childhood, affects not only child-

134. It is important to note the term the *woman* is used until nowadays in phrases such as “how a woman should behave” or “a woman can not behave in this way”.

hood but also the fate of these human beings. In this same sense, Mackinnon (*ibid.*) points out that daughters, girls, can not say yes to sex, for example. Married women, on the other hand, can never deny it, as well as prostitutes, which puts them on the same level. That is, from the point of view regarding gender, the formation of the feminine identity does not seem free. Sexuality of women does not only seem to determine identity, but also their destiny.

This social construction of what it is to be a woman therefore limits the capacity of women to what, in fact, means to be a woman and how to behave. Those women who have resisted these following standards are considered less women, less female. Moreover, in these attempts at ruptures, they realize how much they are dependent economically, just how few money circulates in the hands of many women (*ibid.*).

The construction regarding male identity can also be tantalizing, because being in a position of power does not necessarily mean being in touch with who you really are in the aspect of identity / personality. Gilligan (2011), in analyzing the early years of boys' childhood demonstrates how much they resist to introject masculine values and how much they are able to feel and show affection. For Gilligan (2011), the construction of the masculine is very torturing, because it separates what it is to be a man and what it is to be human, trying to transform men into soldiers and / or providers. Gilligan (*ibid.*) also shows how boys in the early years of life resist the internalization of male values, such as showing no affection, especially for other boys.

The question of sexuality in the composition of the personality / identity becomes even more complex when one discusses the limits that differ and approaches the concept of gender and the concept of sexuality.

In this sense, Grossi (1998) understands that he understands gender by a set of social and historical characteristics of the human being, serving the gender, therefore, to determine everything that is culturally and historically determined in a society.

Another dimension of human identity / personality seems to be the body itself. The body can not be limited only by its form, but rather it is represented in gestures, forms, attitudes, in its multiple presentations (LOURO, 2000).

The discussion about identity and body goes through the most diverse facets: physical disability, abortion, plastic surgery, organ donation, transsexuality, travestilities, euthanasia, dysthanasia, orthathanasia, fashion, image right, rape, incest, apothemophilia, acrotomophilia.

Discussing the body, under any of these various facets, allows one to realize that it is not free. The body seems to be strongly regulated by positive laws and social conditions, which often disrupt the intimate of what is human (of its identity, of its essence) and transforms the individual into a performative being that needs to first meet the yearnings of a society than to their own longings (BUTLER, 2003).

The identity / personality's right needs to rediscover the body in order to seek to liberate it, to deregulate it.

Another component of human identity / personality seems to be affection. This idea was developed by Freud, who turned affection into a central point of his psychoanalytic theory, as it is possible to observe in one of the passages of his work:

We can not continue our elucidation if we do not consider **the role of affections in these processes**, which, however, is only possible here in an incomplete way. Let us therefore formulate this statement: The suffocation of the Ics becomes necessary, above

all, because the course of the representations within the Ics, left to itself, would develop an affection which, in its origin, had the characteristic of pleasure, but, since produced the process of repression, leads to the characteristic of displeasure. Suffocation has the purpose, but also the result, of preventing this development of displeasure. (...). **On the basis of this, there is a very definite assumption about the nature of the development of affect.** (Freud, 1900, p.573). (author's italics) (author's translation)¹³⁵

Simplifying Freud's complex words, affection seems to be central to his psychoanalytic theory, precisely because it also seems to be central to the formation of the human psyche. The affection (or lack thereof) form the human being who, in turn, develops his ability to love and be loved (or does not develop).

In this same sense, Jean Piaget (1975) postulates that the full development of personality under its most intellectual aspects is inseparable from all the affective, social and moral relations that constitute the life regarding educational institutions, recognizing, therefore, that affection composes what it is a human being.

Therefore, protecting one's identity / personality also seems to protect their affections: their way of giving and receiving love, their way of relating, as well as seeking guaran-

135. "No podemos continuar nuestra elucidación si no tenemos en cuenta el papel de afectar a estos procesos, los cuales, sin embargo, sólo es posible aquí de forma incompleta. A continuación, vamos a formular esta declaración: se necesita la sofocación del sistema Ic, sobre todo, porque el curso de las representaciones dentro del sistema Ic., abandonada a sí misma, se desarrollaría un afecto que, en su origen, tenía la característica de placer, pero desde ese produjo el proceso de la represión toma la característica de desagrado. La asfixia es el final, pero el resultado, para evitar este descontento desarrollo. (...). Sobre la base de esto, no es una suposición muy específica acerca de la naturaleza de desarrollo del afecto".

tees so that these individuals, from childhood, in the course of their processes, have ensured such an affective development.

2. Migration as an alternative to protect the right to individual identity

When we treat migration, whether domestic or international, it is necessary to have a look at the identity, personality and affection that permeates those who are willing, but mainly forcibly, decide to migrate, since they leave behind much of their history, culture, and factors with which they identify.

It is necessary point out that from migration's point of view, it seems that the act of migrating is part of the history of human existence and, therefore, it seems incorrect to regard it as mere action, and not as a human right.

Multiculturalism (or cultural pluralism), on the other hand, is no longer a presupposition of human existence either, since its plurality is undeniable. Indeed, at least under the aegis of individuality, in the face of the various facets of what it is to be human, it can be said that the only characteristic common among the almost 8 billion human beings existing on the planet is the very fact that they are different of others.

Therefore, it is necessary to demonstrate how important is the protection of diversity for the maintenance of human existence itself; diversity that is reinvented by migratory flows that happen and will happen throughout history.

Migratory flows have been part of the history of the world. In this regard, the following consideration is given to data from the International Labor Organization:

Migration is the result of the world's troubled political and economic situation, and is also an important component in building a historical process. Howev-

er, migration has occurred in the last two decades as a result of wars, famine and economic imbalances, having a special character therefore. Since World War II, large-scale migrations across seas, lands, and cultural and linguistic boundaries are no longer exceptional events and have become the norm as in previous historical periods. (BASCH, LERNER, 1986, pp. 4-5).¹³⁶

In this context, migration is a human right, since the boundaries established and defining the sovereign states are merely artificial.

It was in the sense of understanding, migration as a human right, which includes both the economic migrant and the refugee. With regard to refugees, the United Nations Convention on the Status of Refugees, on the occasion of the General Assembly of the United Nations, was published on July 28, 1951 and entered into force on April 22, 1954, bringing at its core that:

Article 1

For the purposes of the present Convention, the term “refugee” shall apply to any person who:

As a result of events occurring before 1 January 1951 and owing to wellfounded fear of being persecuted for

136. “La emigración que se produjo a consecuencia de la agitada situación económica y política del mundo ha sido un componente importante del proceso histórico. Sin embargo, los movimientos migratorios ocurridos en las dos últimas décadas –resultado de las guerras, el hambre y los desajustes económicos del apos-guerra, han tenido un carácter especial, debido a las trayectorias geográficas que han seguido y la magnitud de la población afectada. Desde la segunda guerra mundial, las migraciones en gran escala, a través de mares, tierras y fronteras lingüísticas y culturales, han dejado de ser fenómenos excepcionales y se han convertido en la norma como ocurrió en periodos históricos anteriores”.

reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it.

(UNHCR, 1951)

This treaty brings the protection of the human person by different factors, not only in time of declared war, but of “peace”, in which there is the figure of persecution or its fear, adding the Cartagena Declaration of 1984 and the 1969 African Convention to the violation of human rights as a further possibility of requesting refugee status.

Therefore, it is very important to note that it is reiterated that the Statute also falls within the scope of granting protections to those who have their identities violated or persecuted.

Final considerations

It is noticed that the discussion about the human right regarding identity / personality in its most individual aspect is a challenge that begins to be structured from the moment in which it is considered, in the global, regional and also constitutional scope. The questions concerning to sexuality, religions, genders, bodies, affection, to human development itself, in addition to possible new discoveries shall somehow corroborate with the formation of a system on protection of the identity / human personality.

It is also understood that rethinking a concept of migration on grounds of inheritance is essential for all groups that need

to migrate effectively to be recognized as refugees, not just those who are in a war situation. Thus, from this new design, the adoption of international guidelines so that the countries that host the refugees adopt public policies is also necessary.

Regarding the design of such public policies, it is very important that their resourcefulness takes place within a democratic process, systematized and also very articulated with various spheres and organs of the federation. In addition, the importance of migrant participation in the construction of public policies was verified.

Refererences

ANCUR. CONVENÇÃO RELATIVA AO ESTATUTO DOS REFUGIADOS (1951). Disponível em: <<
http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf?view=1>>. Acesso em: 7 nov. 2015.

BASCH, Linda; LERNER, Gail. *En el umbral del nuevo siglo: las mujeres migrantes se organizan*. In: *Las mujeres migrantes reclaman sus derechos – Nairobi y después de Nairobi*. Secretaría de migraciones, 1986.

BALTES, Paul *On the incomplete architecture of human ontogeny: Selection, optimization, and compensation as foundation of developmental theory*. Disponível em: <
<http://psycnet.apa.org/index.cfm?fa=buy.optionToBuy&uid=1997-03698-009>>. Aceso em: 8 jan. 2017.

BOUNDLESS. *Freudian Psychoanalytic Theory of Personality*, Disponível em: <<https://www.boundless.com/psychology/textbooks/boundless-psychology-textbook/personality-16/psychodynamic-perspectives->

-on-personality-77/freudian-psychoanalytic-theory-
-of-personality-304-12839/>. Acesso em: 7 jan. 2017.

CHARRIÈRE, Florianne. «Réfugié» ou «migrant»? Analyse des représentations de l'asile au Sénégal et au Ghana. Institut d'ethnologie, Université de Neuchâtel, 2010.

COSTA, P. T. Jr.; MCCRAE, R. R. *Set like plaster? Evidence for the stability of adult personality*. In HEATHERTON, T. F. & WEINBERGER, J. L., *Can personality change?*. Washington, DC: American Psychological Association, 1994.

DALLARI, Dalmo de Abreu. A Luta pelos Direitos Humanos. In: LOURENÇO, Maria Cecília França. *Direitos Humanos em Dissertações e Teses da USP: 1934-1999*. São Paulo: Universidade de São, 1999.

DIREITO INTERNACIONAL, Legislação. *Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1976*. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/m_591_1992.htm>. Acesso em: 01 out. 2016.

_____, Legislação. *Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, de 16 de dezembro de 1966*. Disponível em: <http://www.rolim.com.br/2002/_pdfs/067.pdf>. Acesso em: 01 out. 2016.

DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/2_3/IIPAG2_3.htm>. Acesso em: 06 jan. 2017.

DUARTE, Clarice Seixas. *O ciclo de políticas públicas*. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Org.). *O direito e as políticas públicas Atlas*, 2014.

- FREUD, Sigmund. *Sigmund Freud - Obras completas. La interpretación de los sueños*. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1900.
- GROSSI, Miriam Pillar. *Identidade de gênero e sexualidade*. Florianópolis: Editora da UFSC, 1998.
- HARKNESS, Allan; LILIENFELD, Scott. *Individual differences science for treatment planning: Personality traits*. Disponível em: <<http://psycnet.apa.org/index.cfm?fa=buy.optionToBuy&uid=1997-43856-002>>. Acesso em 8 jan. 2017.
- JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O direito penal internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- JUNG, Carl Gustav. *The Earth Has a Soul: the nature writings of C. G. Jung*. 3 ed. Berkeley, California: North Atlantic Books, 2002.
- LALAGUNA, Paloma Durán. *Manual de Derechos Humanos*. Granada: Comares, 1993.
- LOURO, Guacira Lopes. *O corpo educado: pedagogias da sexualidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.
- MARTIN, Susan Forbes. *Mujeres e niños refugiados*. In: *La mujer ausente: derechos humanos en el mundo*. España: Isis Internacional. 2010.
- MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. *Dignidade da Pessoa Humana: Princípio Constitucional Fundamental*. Curitiba: Juruá Editora, 2003.
- MESQUITA, Raúl; DUARTE, Fernanda. *Dicionário de psicologia*. 1 ed.. São Paulo> Plátano, 1996.

PARDO MONTANO, Ana Melisa Migración internacional y desarrollo. Aportes desde el transnacionalismo. In: *Revista de Estudios Sociales*. oct-dic 2015, Edición n. 54, p. 39-51.

PATRICIO, Maria Cecília. *O travesti: uma questão de gênero*. Recife, 2002. Mestrado (Antropologia), 2002.

PIAGET, Jean. *A equilibração das estruturas cognitivas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

PSICOATIVO. *Id, ego e superego*. Disponível em: <<http://psicoativo.com/2016/05/resumo-id-ego-e-superego.html>>. Acesso em 08 jan. 2017.

ROBERTS, Brent; CASPI, Avshalom. *The cumulative continuity model of personality development: Striking a balance between continuity and change in personality traits across the life course*. In: STAUDINGER, Ursula; LINDENBERGER, Ulman. (Org.), *Understanding human development: Life span psychology in exchange with other disciplines* (pp.183-214). Dodrecht: Kluwer, 2003.

ROUGHGARDEN, Joan. *The gender binary in nature, across human cultures, and in the bible*. In: SCHREIBER, Gerhad. *Transsexualität in theologie und neurowissenschaften*. Walter: De Gruyter, 2016.

RUBIO, Valle Labrada. *Introducción a la Teoría de los Derechos Humanos: Fundamento. Historia. Declaración Universal de 10 de diciembre de 1948*. Madrid: Civitas, 1998.

RIOS, Roger Raupp. *Notas para o desenvolvimento de um direito democrático da sexualidade*. In: RIOS, Roger Raupp (Org.). *Em defesa dos direitos sexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SACHS, Ignacy. *Caminhos do desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SCOTT, Parry. *Fluxos migratórios femininos, desigualdades, autonomização e violência*. In: AREND, Silvia Favero; RIAL, Carmen Silvia de Moraes; PEDRO, Joana Maria (Org.). *Dísporas, mobilidades e migrações*. Florianópolis: Editora Mulheres, 2011.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legitimidade jurídica das políticas públicas: a efetivação da cidadania*. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Org.). *O direito e as políticas públicas Atlas*, 2014.

_____. Dimensões da cidadania. In: *Novos Direitos e Proteção da Cidadania – Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público*. Ano 2 – janeiro/junho 2009.

SODER, José. ***Direitos do homem***. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1960.

SOLOMON, Robert C. Solomon, *Existentialism*, 1974.

TOLEDO, Ines Lopes de Abreu Mendes. *O tribunal penal internacional na repressão do crime de genocídio*. In: LOIS, Cecilia Caballero; LEISTER, Margareth Anne; SILVEIRA, Vladmir Oliveira (Org.). *Direito Internacional dos Direitos Humanos II*. Conpedi: Santa Catarina, 2016. Disponível em: < <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/va83towp/N2uC51M0M-3d17xYT.pdf>>. Acesso em: 30.01. 2017.

UNHCR. *Convention and Protocol relating to the status of refugees*. Disponível em: < <http://www.unhcr.org/3b-66c2aa10> >. Acesso em: 09 de mai. 2017

Os aspectos em que se submete o cidadão brasileiro em cárcere, análogo ao direito da dignidade da pessoa humana e fatores psicológicos

Igor Labre de Oliveira Barros

Introdução

O sistema penal brasileiro contemporâneo passa por amplas conturbações em afinidade a configuração de condução os sujeitos que são indiciados e presos, devido a um aglomerado de processos e detentos que perpetram o dispositivo penal ser delicado e incapaz de deliberar todos os litígios que o campo penal produz.

Com este inchaço de litígios, automaticamente se tem a produção de abundantes processos em etapas finais ou ainda em fases iniciais sem prazos de conclusão, originando muitas vezes

prescrição de com intensidade. Seguindo as normas brasileiras que conduzem o sistema penal, o magistrado, figura que inicialmente se encontra primeiro com episódios concretos com a legislação penal, corresponde-se no bom emprego da pena o artigo 59 do Código Penal de 1940 que delinea os assuntos cruciais que o juiz deve levar em cômputo na execução da pena.

Em meio a os critérios que são considerados para a aplicação da pena está a análise da personalidade do indiciado em relação a dignidade da pessoa humana. Desta forma uma breve apreciação irá abalizar que, para que se apresente tal exame é cogente que o magistrado contenha no mínimo um conjunto técnico ao seu lado que faculte abordar a respeito da temática. O que advém é que o juiz de direito não possui qualidades acentuadas que um sujeito da psicologia possui para definir a personalidade do agente. Outra dificuldade é que os magistrados em sua minoria possuem a sua disposição sujeitos com aptidão técnica para ponderar a personalidade de outrem.

O que ocorre é que a personalidade é algo íntimo e carece de todo um arrolamento e estudo devidamente qualificado para que se cheguem às conclusões, algo que não é viável ao juiz de direito, por não ser seu campo e, além disso, os preceitos penais brasileiros pouco dispõem de recursos para que todos magistrados tenham a sua disponibilidade subordinado com capacidade técnica. A ponderação da personalidade do sujeito é cogente para perceber as meditações de quem pratica crimes ou que estão respondendo por eles, desta configuração o STJ se posiciona que na análise psicológica, quando é notória a afeição para o crime é imperativo uma aplicação mais aguda da pena.

Tais considerações acendem bastantes discussões no mundo jurídico e doutrinário, deste contorno, o presente trabalho buscará sucintamente descrever objetos sobre a matéria e dispor entendimento, sobre está abrangente temática do aparelho penal brasileiro, por meio de métodos dedutivos e sistemáticos.

1. Fatos contemporâneos sobre as sentenças condenatórias no Brasil

No mundo jurídico contemporâneo se observa com grandes índices em sentenças penais condenatórias, notadamente em ocorrências de crimes contra a ordem tributária, a definição da pena acima do contorno legal, a partir da verificação, realizada pelo julgador, da essência de condenações antecedentes, ao contexto que estas pretéritas determinações satisfariam para advertir personalidade regressada ao impulso de crimes.

Na inicial etapa da aplicação da pena, para que se obtenha à imperiosa e aceitável condenação e prevenção do crime, o artigo 59 do Código Penal prevê oito vetores, apontados de conjunturas judiciais, os quais deverão ser considerados pelo juiz na fixação da pena base. Um destes vetores será a personalidade do agente. Conforme expõe o artigo 59 do Código Penal *“O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente{...}, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”*.

A aferição da personalidade humana não é um tanto comum como pode parecer, posto que tal celeridade solicite que adentre em apreciação de afetos ao campo das ciências da psicologia e psiquiatria. Com decorrência os ensinamentos dos autores Jess Feist e Gregory Feist se obtêm que personalidade constitui

Um padrão de traços relativamente permanentes e de características singulares, que confere, ao mesmo tempo, consistência e individualidade ao comportamento de uma pessoa. Os traços contribuem para a existência das diferenças de comportamento, de consistência comportamental ao longo do tempo e de estabilidade de comportamento em meio às

situações. Os traços podem ser únicos, comuns para alguns grupos ou compartilhados por espécies inteiras, mas seu padrão é diferente para cada indivíduo. Dessa forma, cada pessoa, embora semelhante a outras em muitos aspectos, possui uma personalidade exclusiva. As características são qualidades singulares de um indivíduo, que incluem atributos como temperamento, psique e inteligência. (FEIST, Jess e FEIST, Gregory, p.4. 2008)

Cauteloso a esse problema, o jurista Fernando Capez (2014, p. 439), aconselha que a individualidade “*pertence mais ao campo da psicologia e psiquiatria do que ao direito, exigindo-se uma investigação dos antecedentes psíquicos e morais do agente, de eventuais traumas na infância e juventude*”. A averiguação da personalidade do atuante, não é atividade simples, que possa ser realizada a partir de presunções ou conjecturas práticas. Exige contribuição técnica o qual, infelizmente nem consecutivamente é disponibilizado ao julgador, permanecendo danificado o juízo de condenação, em expressão do princípio constitucional da presunção da inocência artigo 5º, LVII, Constituição Federal.

O que acontece no Brasil é a de que o juiz, efetivamente, não tem qualidades específicas de ponderar cientificamente a individualidade do criminoso. Devido não ter o preparo técnico em caráter institucional, as noções sobre psicologia e psiquiatria os magistrados tem que adquirir de autodidata, sua função institucional não dispõe de tempo para se trabalhar a tão profundo estudo. O juiz brasileiro vive assoberbado de trabalho e o processo penal brasileiro tem características do principio da identidade física, em que muitas vezes a sentença é proferida sem ter o juiz qualquer contato com o réu. Como expõe (GILBERTO, 2012, P.88) “*em razão de deficiências materiais do Poder*

Judiciário e da polícia, o processo nunca vem suficientemente instruído de modo a permitir uma rigorosa análise da personalidade”.

A apreciação da personalidade solicita um exame técnico e enraizado das características pessoais do acusado, bem como do seu perfil subjetivo, nos aspectos morais e psicológicos, pelo qual se considera se tem ou não o caráter volvido à técnica criminosa, o que apenas poderá ser feito pelo profissional com formação na área, não bastando, assim, a mera menção a antecedentes processuais, como ocorre em muitas sentenças, desta forma se posicionou o Ministro Felix Fischer no sentido de uma análise do perfil do acusado para pronunciar a sentença condenatória,

PENAL. RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA DA PENA. INQUÉRITOS E PROCESSOS EM CURSO. MAUS ANTECEDENTES. NÃO CONFIGURAÇÃO. PERSONALIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PARA SUA AFERIÇÃO. I - Em respeito ao princípio da presunção de inocência, inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados como maus antecedentes para exacerbação da pena-base (Precedentes do Preterório Excelso e do STJ). II - Não havendo elementos suficientes para a aferição da personalidade do agente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base (Precedente). Recurso especial desprovido. (REsp 745530/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/05/2006, DJ 12/06/2006, p. 536)

Como notório a personalidade do agente, à lucidez das premissas da psicologia e psiquiatria, deve ser ponderada com vistas às características morais do apenado, a sua boa ou a má

índole, o sentido moral do criminoso, bem como sua agressividade e o antagonismo em afinidade à ordem social e seu temperamento, não consistir em admissível que se considere que tal personalidade é voltada para a prática de delitos sem um estudo detalhado é técnico sobre o agente da ilicitude. Na mesma fronteira, em Recurso Especial relatado pela Ministra Laurita Vaz, a 5ª Turma do STJ assentou:

HABEAS CORPUS. PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PERSONALIDADE VOLTADA À PRÁTICA DE DELITOS COM BASE EM INQUÉRITOS E CONDENAÇÕES ANTERIORES. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 444/STJ. OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. AMEAÇA EXERCIDA COM ARMA DE BRINQUEDO. CANCELAMENTO DA SÚMULA N.º 174 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA NÃO CARACTERIZADA. REGIME INICIAL FECHADO MANTIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.1. Pacientes presos em flagrante delito em 01/07/2009 e condenados, em ambas as instâncias, como incurso no art. 157, § 2.º, incisos I, II e V, do Código Penal, porque, segundo a denúncia, em concurso de pessoas e com emprego de simulacro de arma de fogo, abordaram um automóvel e fizeram a vítima descer, vindo posteriormente a colidir o veículo contra uma árvore.2. Esta Corte de Justiça já se posicionou no sentido de que a personalidade do criminoso não pode ser valorada negativamente se não existirem,

nos autos, elementos suficientes para sua efetiva e segura aferição pelo julgador. Precedentes.3. Inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados para fins de majoração da pena-base, em respeito ao princípio da não culpabilidade. Súmula n.º 444/STJ.4. Com o cancelamento da Súmula n.º 174 do Superior Tribunal de Justiça, ficou assentado o entendimento segundo o qual a simples atemorização da vítima pelo emprego da arma de brinquedo não mais se mostra suficiente para configurar a causa especial de aumento de pena, dada a ausência de incremento no risco ao bem jurídico, servindo, apenas, para caracterizar a grave ameaça já inerente ao crime de roubo.5. Pena definitivamente fixada, para RODOLFO MARTINS DOS SANTOS, em 07 (sete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, e 17 (dezesete) dias-multa; e, para GIANDERSON MARTINS DOS SANTOS, em 08 (oito) anos, 09 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, e 20 (vinte) dias-multa.6. Deve ser mantido o regime inicial fechado, com relação a RODOLFO em razão da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, nos termos do art. 33, §3.º, do Código Penal, e, quanto a GIANDERSON, em razão do quantum de pena aplicado (art. 33, §2.º, “a”, do Código Penal), e também por ser reincidente específico.7. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para o fim de, mantida a condenação e o regime inicial fechado para o cumprimento de pena, afastar a valoração negativa das personalidades dos agentes e retirar a majorante de emprego de arma de fogo, reduzindo, por conseguinte, a pena de ambos os Pacientes, nos termos do voto.” (HC 219.524/SP, Rel. Ministra LAURITA

VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 26/08/2013)

Fragmentando do princípio que o juiz não capta de habilitação técnica para perpetrar a aferição rezingada pela ciência da psicologia e psiquiatria, e quase de contínuo não dispõe da assistência técnica do profissional adequado para fazê-lo, por meio de laudo característico para cada caso, o adensamento de pena, atribuído sob tais categorias, representa violações a princípios.

2. Panoramas do atual aparelho penal do brasileiro

O conceito nuclear da pena privativa de liberdade é de que a prisão deve agenciar a custódia do condenado, neutralizando-o por meio de um preceito de segurança, no qual se consome o sentido retributivo da pena e ao mesmo tempo a ressocialização através de um tratamento. Permanece o juízo doutrinário no significado de que tais penas, ainda que apreciadas no cerne dos aglomerados aparelhos punitivos, em muitos dos casos componha-se em fatores criminógenos, ou seja, “*sua aplicação acaba por negar os fins teóricos a que se propõe*” (BARREIROS, 2015). Tais penas têm por desígnio a reintegração do infrator à coletividade, conquanto, o falho sistema prisional como ambiente para tal fim é evidente.

O Código Penal brasileiro proporciona duas modalidades de penas privativas de liberdade, a de reclusão e a de detenção, as quais se distinguem em desempenho do regime de seu cumprimento, artigo n° 33 CP “*A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado*”. A singular contestação metodológica entre as duas modali-

des habita no caso de que a detenção não pode ter seu delineio começado em regime fechado, o que não insinua proferir que ela não faculte ser desempenhada em regime fechado, posto que, em certos casos, há probabilidade de regressão de regime. Permanece, além disso, uma terceira modalidade conjeturada no artigo 5º, I do Decreto 3.688/41, aplicável às contravenções penais “*Artigo 5º: As penas principais são: I – prisão simples*”.

Abrangente-se por regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média, por regime semiaberto, a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou lugar similar e por regime aberto, a execução da pena em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado. O emprego das penas privativas de liberdade de ajuste com o verificado no Artigo 75 do Código Penal, não faculta ser elevado há 30 anos. Tal aparelho tem por desígnio impedir que a pena converta-se em perpétua.

2.1 Metodologia de aplicação da pena no sistema penal vigente

Relativo ao bom emprego da pena, o Código Penal Brasileiro tomou o discernimento trifásico para sua definição, o juiz ao contemplar o fato concreto, preliminarmente à sua decisão necessitará passar por 03 (três) etapas,

A primeira, em que se incumbirá de fixar a pena-base; a segunda, em que fará a apuração das circunstâncias atenuantes e agravantes; a terceira e última fase, que se encarregará da aplicação das causas de aumento e diminuição da pena para que, ao final, chegue ao total de pena que deverá ser cumprida pelo réu. (NUCCI, p. 444. 2016)

No procedimento trifásico, não pode agregar o cálculo da primeira fase o fator que necessitaria ser acatado na segunda ou na terceira. “*Circunstância a ser considerada na segunda etapa (atenuante) não pode integrar o cálculo da pena-base* (STJ, REsp 154815/RJ)¹³⁷”. Também na mesma linha de pensamento, expôs seu voto o Min. Felix Fischer “*A inobservância do critério trifásico (art. 68), com a pena sendo fixada, em ordem equivocada, acima do mínimo, gera nulidade absoluta*” (STJ, REsp 194.218/MG)¹³⁸.

A definição do quantum da pena irá conjecturar na definição do regime inicial de sua realização, nos modelos do Artigo 33 do Código Penal, bem assim auxiliar a determinação do magistrado no tocante a permissão do sursis e sobre a troca da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou multa. No sistema penal as conjunturas judiciais tratam-se de informações que rodeiam a efetivação do delito, sem afetar-lhe a essência, porém que entusiasma na fixação da pena materializando-se conforme as pessoais persuasões do julgador. Segundo observa Heleno Fragoso,

São muito importantes as circunstâncias judiciais, pois é por meio delas que o juiz encontrará a pena-base, bem como se norteará nas demais fases da fixação da pena (incisos I a IV deste art. 59). Por isso mesmo, a decisão do juiz deve ser fundamentada (CR/88, art. 93, IX), sendo-lhe defeso aplicar a pena-base arbitrariamente (ou com remissões genéricas e abstratas). Também não pode, sem o devido esclarecimento de suas razões decidir, optar por pena

137. Inteiro teor acórdão, disponível em < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/514092/recurso-especial-resp-154815-rj-1997-0081138-7>>. Acesso em 08 de mar. 2018.

138. Inteiro teor acórdão, disponível em < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/443130650/agravo-em-recurso-especial-aresp-194218-sp-2012-0130342-9>>. Acesso em 10 de mar. 2018.

alternativa mais severa, fixá-la acima do limite mínimo, optar por regime inicial pior do que o permitido, ou negar a substituição da pena, quando cabível. (FRAGOSO, Heleno, p.163, 2015).

Relativo às atenuantes e agravantes (NUCCI, 2015) explica que são conjunturas legais genéricas, que localizam previsão na Parte Geral do Código Penal, permitindo ao juiz que aumente a pena (agravantes) ou aplique-a brandamente (atenuantes), contudo este precisará sustenta-se dentro dos perímetros mínimos e máximos presumidos no tipo penal incriminador. As situações agravantes apenas serão aproveitadas quando não compuser principal do crime ou não os caracterize.

As ocasiões agravantes estão aparelhadas no artigo 61 do Código Penal, e ainda o artigo 62 prepara acerca das agravantes arroladas, designadamente, com o concurso de pessoas ambos em rol limitado, impossibilitando seu acréscimo ou aproveitamento de análogo. São ao mesmo tempo apontadas conjunturas legais e operam no cálculo da pena após a sujeição da pena base. Quanto ao componente volitivo pode-se asseverar que, consoante teoria majoritária, exclusivamente a reincidência antevista no artigo 61, I, é passível de aproveitamento aos delitos dolosos e culposos, indistintamente.

As demais situações estão previstas no artigo 61 inciso II do Código Penal apenas deparam panorama favorável para o aproveitamento quando se abordar de crimes dolosos por integral incompatibilidade com o delito culposos, cujo a implicação é sempre involuntária. No tocante ao concurso de pessoas, o artigo 62 do Código Penal, aponta que a pena será agravada em afinidade ao agente que:

I— promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;

II— coage ou induz outrem à execução material do crime;

III— instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;

IV — executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa. (Código Penal, on line, 1940)

Na pressuposição do inciso I, a lei percebe cogente que a punição seja concentrada com mais rigidez ao autor intelectual da empreitada, aquele que a agencia, constitui ou conduz a atividade dos demais partícipes, pois é presente a maior censurabilidade da sua ação. Nos fatos do inciso II, é acrescentada a pena de quem coage irresistivelmente ou não, outra pessoa a perpetrar crime, ou induz outrem a efetuar o delito.

À lucidez de (NUCCI, 2016) em arrolamento ao inciso III “*Instiga quem estimula idéia criminosa já existente em outrem; determina quem a provoca ou ordena. São duas as hipóteses aqui previstas*”. Na primeira, o atuante incita ou origina a perpetrar o crime, amparando-se de seu comando, que pode ser pública ou privada. Na segunda, o agente se emprega da inimpunibilidade de outrem. A agravante específica presumida no inciso IV contém benefício de qualquer natureza e advém ainda que a obrigação não seja efetivamente desempenhada. E o chamado “*crime mercenário*”.

Logo que a consideração de conjunturas atenuantes são informações ou fatos, de caráter objetivo ou ainda subjetivo que, ainda que cerquem o delito não intervenham no tipo, autorizando atenuação da pena. O rol do artigo 65 do Código Penal é categórico, inobstante não se capacita desamparar a essência da atenuante inominada do artigo 66 que abre ex-

tenso leque de probabilidades de bom emprego de minorantes. De ajuste com o artigo 66 do CP, “*a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei*”.

Quando advém concurso de ocorrências agravantes e atenuantes, devem predominar sobre as ocasiões objetivas as de invento subjetivo, as quais são consideradas como preponderantes as que procedem ou se acarretam dos pretextos do crime, personalidade do agente e reincidência. Deste modo, quando na segunda etapa da definição da pena, o magistrado deve estar sujeito à agravante da reincidência. Do próprio caráter faz acrescentar a atenuante do proeminente valor moral à agravante de crime perpetrado contra enfermo. É facultado galardoar por equivaler a ambas preponderantes, a atenuante do proeminente valor social com a agravante da reincidência.

Os motivos de acréscimo e diminuição são fatores de acréscimo ou redução da pena, apontados em quantidades fixas ou em contornadas com prevenção tanto na Parte Geral quanto na Parte Especial do Código Penal. Estes não podem ser embaraçados com as conjunturas agravantes ou atenuantes e são avaliadas na terceira fase da fixação da pena.

O parágrafo único do artigo 68 do Código Penal aponta que se advir a concorrência de pretextos de diminuição e de aumento presumidas na parte especial, carece o juiz balizar-se a uma só descimento e a um só aumento, imperando a que mais aumente ou diminua. Inobstante fato advenha um motivo de aumento na parte especial e seguinte na parte geral, pode o magistrado consagrar ambas, posto que a lei se aluda exclusivamente ao concurso das causas antevistas na parte especial. Segundo salienta (NUCCI, 2010) “*Por integrarem a estrutura típica do delito, permitem a fixação da pena acima do máximo em abstrato previsto pelo legislador, como também admitem o estabelecimento da pena abaixo do mínimo*”.

Não menos formidável acometer o tema das qualificadoras. Estas são plausíveis de importância de duas ou mais pelo magistrado e segundo a doutrina, a primeira necessitará convir como qualificadora e as demais como agravantes genéricas. Quando um delito é caracterizado há uma modificação de faixa no aproveitamento da pena, portanto há controvérsias na doutrina e na jurisprudência a importância do que fazer quando existir duas ou mais qualificadoras para o próprio crime.

3. Apreciação da personalidade psicológica do réu e as omissões em respeito a dignidade da pessoa humana

A adjacência personalidade conjectura os papéis que todos desempenham na vida em coletividade, trata-se do contíguo de modos particulares de uma pessoa. O comportamento do sujeito é seguramente entusiasmado por seu patrimônio genético, mas não inteiramente determinado por ele, uma vez que é ao mesmo tempo decorrência do seu método de vida, configurando a integração de seu comportamento. Na aceção de Mario Fideli, a personalidade

Representa a totalidade completa, a síntese do Eu: constitui o núcleo inconfundível, irrepetível, peculiar de cada indivíduo. (...) A ela devem-se a particular visão dos valores de um indivíduo, os seus centros de interesse e o seu modo de chegar ao valor predominante para o qual tende. A personalidade é que vai constituir a originalidade e a nobreza da individualidade, pois ela revela as escolhas e as preferências dadas a um determinado valor. (FIDELI, Mario, p. 87, 1015)

São círculos da personalidade, que se pode procurar na apreciação da maneira de ser do autor da infração penal as exterioridades prosaicas como bondade, alegria, persistência, responsabilidade nos afazeres, franqueza, honestidade, coragem, calma, especialmente à liberdade de ação, expressão e opinião alheias, e como exterioridades negativas a agressividade (FIDELI, Ob. Cit. 2015) “*preguiça, frieza emocional, insensibilidade acen- tuada, emotividade desequilibrada, maldade, hostilidade no trato, sober- ba, inveja, intolerância, xenofobia, racismo, homofobia, perversidade*”.

Fluientemente em alto grau esses fatores quando solitaria- mente ponderados ou mesmo quando não ressoam na desmo- ralização ao direito de terceiros, devem ser idealizados como produtos da liberdade de ser e de se propagar do indivíduo. En- tretanto ao incumbir um crime, notadamente se a especialidade negativa de sua personalidade for o móvel propulsor carece ser movida em conta para a declaração da pena. Esta, no entanto não será acrescida se não existir nexos de causalidade entre o de- lito e o componente negativo da personalidade do agente.

Evidentemente não é porque alguma pessoa é egoísta ou exageradamente individualista que fazer jus a pena aguçada ao cometer um homicídio, por ensejos outros que não se acoplam a tais fatores. Todavia se por acaso alguma pessoa mata outra pessoa com quem reparte uma residência apenas para conservar seu espaço, aperfeiçoando e exaltando seu pe- daço egoístico, tal ambiente deve ser instigado em importân- cia para a definição da pena.

É imperativo, existir uma apreciação do ambiente e das qualidades onde o agente se desenvolveu e viveu, pois o su- jeito que tende ao crime, deve ser mais severamente punido do que o humilde que apresente a prática de uma infração penal para abonar sua sobrevivência. Por outro lado a indi- vidualidade não é alguma coisa deslumbrada localizando-se em invariável mutação, incitação e traumas de toda ordem

atuam sobre ela, não é demais conjecturar que alguma pessoa após ter desempenhado vários anos de pena privativa de liberdade em regime fechado, tenha modificado sobremaneira sua personalidade. O cuidado do magistrado nesse prisma, é cogente para alcançar justiça.

Há variantes análises no enternecedor ao círculo da personalidade, que convém de apoio à ponderação da culpabilidade, até mesmo sob a arguição de que é extravagante ao juiz ordenar uma análise concisa acerca da personalidade de alguém. Assegura-se que a ponderação desse fator na sujeição da pena-base importuna um juízo de censura incidente sobre o que o agente é ou pensa e não somente sobre o que ele alcançou o que seria um contorno inconveniente de culpabilidade do autor ou pelo estilo de vida.

Não sugere que deva afrontar o assunto sob a ótica de que a penalidade está sendo concretizada por conta da maneira de ser de uma pessoa, para deliberar se existiu ou não crime, o juiz não leva em conta a individualidade. Inexiste penalidade apenas porque alguma pessoa é distante da pluralidade, removendo-se a liberdade de atuar ou pensar.

Contudo precisamente para impedir a unificação da pena após a verificação de que o delito sucedeu-se, deve-se levar em estima o modo de ser do suspeito, até mesmo porque a premeditação do delito comprova de uma personalidade maldosa e desleal digna de maior repreensão. Inexiste exame exato, pois consecutivamente se aborda de simples justiça dos seres humanos, de caráter que o critério para ponderar o modo de ser e atuar do sujeito estabelece-se parte das provas imprescindíveis que o magistrado deve coletar.

É verídico que existem decisões ilusórias aludindo em precárias palavras que a personalidade do réu é corrompida ou voltada ao crime, mas esse discernimento não carece ser por isso extinguido bastando que seja aprimorado, dedicando-

-se o julgador a procurar maiores noções de base para chegar ao seu veredicto. Pode as membros cooperar para tanto, até mesmo requerendo a produção de ponderação psicológica do acusado, ou mesmo relacionando como testemunha profissional especializado para ministrar elementos delineados ao juiz.

Não se determina que o julgador seja um legítimo psicólogo para meditar a personalidade, a apreciação do dolo e da culpa submerge discernimentos particulares do julgador, ainda que acalcanhados nas provas existentes nos autos. Submergir a essência do réu, através da apreciação de sua personalidade não como mero elemento da aplicação da pena, mas como sujeito de direitos e deveres, contorna a pena mais justa e ponderada no seu quantum e na sua finalidade.

Necessita o juiz ao meditar detidamente a individualidade do réu, levar em conta os fatores que se consomem na atividade criminosa e não no ser humano como um todo, se alguma pessoa é hostil, desonesto e invejoso, ao perpetrar lesão corporal a exterioridade de sua individualidade a ser destacado na sentença é precisamente a agressividade, desamparando as outras facetas negativas.

No conciso emprego de Samuel Barbosa (BARBOSA, 2015) pode-se descobrir na personalidade preciosa apoio para a fixação da pena, pois não se necessita “*esquecer que o crime nasce do encontro de determinada personalidade com determinada circunstância*”. Nada obstante os estudos de psicologia uma vez que não há individualidade sem comportamento nem há condutas sem personalidade, essa última não é algo distinto que está obscuro dos fatos da conduta e não há qualquer manifestação de um ser humano que não incumba à sua personalidade.

4. A relação da aplicação das penas frente as jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça

O artigo 59 do Código Penal constitui as conjunturas judiciais sobre as quais o magistrado procede à primeira fase de aplicação da pena. Nesta etapa, o juiz deve venerar os limites da pena cominada ao delito, em qualquer hipótese a sanção penal inicial pode ficar aquém ou além desses limites. Dentre as circunstâncias judiciais existem as consequências do crime, são os finalidades decorrentes da infração penal, seus resultados, particularmente para a vítima, para sua família ou para a coletividade.

Dessa forma se um roubo é cometido com violência que importuna na vítima lesão corporal leve, o juiz pode acirrar a pena porque as consequências são mais rigorosas do que num roubo cometido apenas com grave ameaça, um atropelamento culposos em que a vítima sofre lesão leve deve ter pena menor do que um em que a vítima sofre lesão gravíssima e se torna permanentemente incapacitada de se locomover. Atualmente com a inovação da composição conferida ao artigo 387 do Código de Processo Penal, dada pela Lei nº 11.719/2008¹³⁹, o magistrado tem a probabilidade de fixar, na própria sentença condenatória, o valor mínimo indenizatório dedicado à reparação dos danos acarretados. A apreciação das consequências do crime é o substrato para a fixação deste total.

Com alicerce nas consequências do crime, o STJ aceitou a ampliação da pena-base num caso em que a vítima suportou danos psicológicos. Nos habeas corpus 212.366 \SC¹⁴⁰, o tribunal denegou a ordem impetração por um condenado por estupro de vulnerável que almejava a redução de sua pena porque os declarados danos psicológicos não possuíam demonstração por análise pericial. Além disso, procurava

139. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/L11719.htm>. Acesso em 09. mar. 2018.

140. Acesse o Habeas Corpus na íntegra em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25053497/habeas-corpus-hc-212366-sc-2011-0156082-0-stj/inteiro-teor-25053498>>. Acesso em 12. mar. 2018.

a aplicação da atenuante do art. 66 do Código Penal porque, egresso do sistema prisional quando atentara o crime, sua volta à convivência social não havia sido adequadamente agenciado pelos órgãos responsáveis pela execução penal.

Para o ministra Maria Thereza de Assis Moura a apreciação do dano psicológico motivado na vítima não conjectura exame pericial. Cabe ao magistrado considerar as circunstâncias para aplicar a pena adaptada à repressão e à prevenção do delito. No que diz respeito à atenuante, o resguardo do pedido estaria sujeito de dados concretos que comprovassem as falhas havidas na execução penal, o que não se constatou.

Conclusão

Face ao consubstanciado, evidencia-se que, uma vez aglomerados os subsídios da conduta punível, compete ao juiz, na sentença, aplicar a sanção penal conjecturada para o fato. Ocorre que a aplicação da pena é desempenha por princípios do aparelho penal, que estabelece do magistrado uma análise da personalidade do agente infrator, tal assunto do preceito penal é de crucial importância para se chegar a conclusão da pena.

O presente sistema penal põe os magistrados brasileiros em uma via de mão dupla, porque tais não dispõem de dimensões de conhecimento para perpetrar uma consideração sucinta sobre a personalidade do agente. Tal avaliação poderia ser bem concentrada por um psicólogo, mas por outro sentido o juiz tem que desempenhar suas metas de julgamento e quando não dispõe de assessoramento habilitado, para o trabalho de avaliar a personalidade dos sujeitos, acaba por fazer uma ponderação fundamentada apenas em um aéreo entendimento sobre a matéria.

Como já se posiciona as Cortes Superiores do Brasil, é necessário uma avaliação concisa destes tópicos que se cons-

tam no artigo 59 do Código Penal vigente, mas a máquina pública não proporciona aos seus servidores que justapõem a pena, meios para que isto advenha, desta forma acaba provocando equívocos em várias decisões. Desta forma os aspectos psicológicos na aplicação da pena acabam por ser relativizados e a dignidade da pessoa humana também, por força imperativa ao do juiz que representa o Estado e aplica as normas penais. É necessária uma análise da pessoa do réu, para que se sujeite a pessoa a pena, para isso os juízes têm que possuir recursos mentais e de auxiliares para realizar tal o serviço com excelência, e buscar a dignidade que a constituição de 1988 consagrou a todos os brasileiros.

Referências

_____. **DECRETO-LEI Nº 3.688, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941.** Lei das Contravenções Penais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm>. Acesso em: 14 mar. 2018.

_____. **DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940.** CÓDIGO PENAL. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 mar. 2018.

BARBOSA, Samuel Rodrigues. **Complexidade e meios textuais de difusão e seleção do direito brasileiro pré-codificação.** Curitiba. Editora Juruá. 2015. p. 361 – 373.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1988. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**.
15°. Ed. Rev. E ampl. São Paulo. Saraiva, 2014. p. 439.

FEDELI, Mario. **Temperamento Caráter Personalidade**. 9°. Ed. São Paulo. Editora Paulus, 2015. p. 87.

FEIST, Jess e FEIST, Gregory. **Teorias da Personalidade**.
2008. AMGH Editora, p. 4, tradução Ivan Souza e outra)

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro.
Editora Forense. 2012. p. 88

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro. Forense, p. 163, 2015.

GALVÃO, Fernando. **Aplicação da Pena**. Belo Horizonte. Del Rey, P. 76, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral e parte especial**. 12^a ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, p.430, 2016.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal brasileiro: volume 1: parte geral: arts. 1º a 120**. 7. Ed. Rev., atual. E ampliada São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

A *soft law* como instrumento de efetividade dos Direitos Humanos

Guilherme Augusto Giovanoni da Silva

Introdução

No cenário jurídico internacional tem emergido alguns questionamentos advindos da própria evolução social e econômica que o mundo tem passado nos últimos séculos. Tratam-se de alterações e mudanças que estão atreladas ao novo modelo mundial de inter-relação entre as pessoas e até entre os países, num processo de globalização que talvez esteja, em última instância, no nível mais elevado de interação entre Estados e/ou países em âmbito mundial.

Essa elevada interação, extremamente importante ao mundo moderno, não pode passar despercebida os olhos do mundo jurídico, pois o movimento de globalização traz consequências à inter-relação dos ordenamentos jurídicos. Pode-se também dizer que essa globalização tem consequências para o mundo jurídico, notadamente no que se relaciona ao

direito internacional e ao entendimento do direito nacional, posto que se passou a colocar “em causa as visões tradicionais sobre as inter-relações entre os sistemas jurídicos, a efetividade da regulação ou os modos de produção de normas jurídicas” (NEVES, 2016, p. 251).

Neste contexto de evolução e de universalidade dos processos econômicos, sociais e jurídicos surgiu um fenômeno no âmbito internacional que visa adequar a nova realidade econômica, social e jurídica a esse novo modelo inter-relacional, agora universal. Tal fenômeno chama-se *soft law* e está relacionado ao modo como o mundo passa a encarar as questões globalizadas em todos os seus aspectos, notadamente no âmbito jurídico (NEVES, 2016).

Para um melhor entendimento do que seja *soft law* – seu conceito, sua natureza jurídica e suas características –, se mostra necessária uma breve busca histórica desse fenômeno. A doutrina do direito internacional não afere de modo preciso o momento exato do surgimento da *soft law*, mas muitos doutrinadores defendem que tenha surgido “como uma resposta aos novos desafios motivados pela denominada nova ordem econômica internacional” (MAIA, 2016, p. 27), e que, consideradas as conjunturas atuais, se tornou globalizada e universal.

Uma questão interessante é que o termo *soft law*, segundo alguns autores, surgiu pela primeira vez em 1930 em estudos desenvolvidos por McNair. O referido estudioso teria utilizado o termo *soft law* para “designar os princípios abstratos, em oposição ao direito concreto” (MAIA, 2016, p. 27).

Nessa perspectiva histórica da *soft law*, é imperioso relacionar os fatos que historicamente não estão nitidamente relacionados, mas que influenciam uns aos outros. A Segunda Guerra Mundial, por exemplo, não somente desencadeou uma modificação no modo como o mundo enxergava os direitos humanos, como também modificou e influenciou o

modo como esse reconhecimento mundial deveria ser efetivado e, como consequência, como tais direitos deveriam ser concretamente protegidos.

O reconhecimento universal dos direitos humanos demandava meios de efetivação desses direitos que fossem mais eficazes e não contrastassem com os ordenamentos jurídicos particulares dos Estados. Foi então que “a partir de 1960, dada a incidência de novos temas no Direito Internacional, além do incontestável fortalecimento da vertente que prioriza a norma internacional, que apregoa o dever de cooperação, em detrimento da feição tradicional [...]” (MAIA, 2016, p. 27), os doutrinadores passaram a reconhecer a existência de normas jurídicas com níveis normativos menores que as normas jurídicas tradicionais, chamadas de *soft law*, e que se contrapõem às tradicionais normas chamadas de *hard law*.

A *soft law* surgiu no ambiente internacional do mundo pós-Guerra de 1945, no momento em que “a humanidade passou a conviver com alguns ‘standards’ normativos, despidos de caráter vinculante, destinados à regulação de vários comportamentos sociais adotados pelos estados, denominados *soft law*” (AVELINO, 2016, p. 28).

Percebe-se, então, que o surgimento da *soft law* está intimamente relacionado ao fenômeno da globalização. O fortalecimento do comércio internacional, somado aos novos e mais céleres meios de comunicação e trocas de dados e, ainda, a complexidade das relações daí advindas revelaram “a necessidade de que o ordenamento jurídico-internacional recorra mais frequentemente aos instrumentos de *soft law*” (AVELINO, 2016, p. 29).

2 O conceito de *soft law*

A tarefa de conceituar os institutos nem sempre é das mais fáceis, notadamente quando se trata de um fenômeno recen-

te. Assim, conceituar *soft law* não tem sido uma tarefa muito simples. A dificuldade advém do próprio termo *soft law*, que na realidade acaba por trazer um paradoxo. O termo *soft law*, numa tradução livre, acaba por significar um direito maleável ou até mesmo uma lei branda. Mas o paradoxo consiste exatamente no fato de o direito representar de modo geral algo que seja obrigatório e que se impõe pela ideia de sanção, o que a doutrina chamaria de *hard*. Noutra vertente, o termo *soft*, como já dito, remete a algo brando, flexível e genérico (AVELINO, 2016). Assim, como pode ser concebível, numa primeira análise, a existência de um direito maleável?

Mesmo diante das possíveis dificuldade, a *soft law* pode ser conceituada como sendo “uma nova modalidade normativa, de caráter mais flexível” (AVELINO, 2016, p. 29). Assim, em sentido mais genérico, *soft law* é qualquer instrumento regulatório dotado de força normativa limitada, já que, em princípio, não é vinculante e não cria obrigações jurídicas, ainda que possa produzir certos efeitos concretos aos destinatários.

A *soft law* corresponde a um processo de produção de standards normativos, que tem como vocação a regulação de comportamentos sociais, sem caráter vinculativo e a cujo incumprimento não estão associadas sanções jurídicas. A sua adoção tem natureza voluntária e concretiza-se numa combinação de “peerpressure” e “bench-marking”, assente no efeito de demonstração de boas práticas eficazes na solução de problemas concretos, cuja violação é sancionada com sanções não jurídicas, mas em muitos casos extremamente eficazes em termos de pressão sobre os destinatários para a conformação com standard normativo. (NEVES, 2013, p. 263).

Desse modo, pode-se considerar que a *soft law* “corresponde a um processo de produção de *standards* normativos, que tem como vocação a regulação de comportamentos sociais, sem caráter vinculativo, e a cujo descumprimento não estão associadas sanções jurídicas” (NEVES apud FERNANDES, 2016, p. 108).

Assim, a *soft law* é um instrumento normativo que tem por objetivo, tal como o direito, regulamentar a sociedade quanto a questões de direito internacional, mais especificamente quanto àqueles temas que foram universalizados. Mas uma questão relevante consiste na necessária distinção entre *soft law* e *hard law*, já que, embora tenham o mesmo objetivo, são instrumentos diferentes.

2.1 Distinção entre *soft law* e *hard law*

Partindo da análise do conceito de *soft law*, não é tarefa difícil diferenciar a *soft law* da *hard law*. Entretanto, não há uma uniformidade entre os autores sobre o conceito de *soft law* e nota-se um considerável desacordo na literatura existente sobre suas definições, já que muitos estudiosos usam uma simples concepção binária e divisão não vinculativa para distinguir *soft law* e *hard law*.

Hard law, diferentemente da *soft law*, contempla um direito rígido, duro, em contraposição à maleabilidade ou à não obrigatoriedade e ausência de sanções jurídicas da *soft law*. A *hard law* é, assim, uma norma jurídica típica que prevê a vinculação ao seu comando e uma sanção contra as infringências perpetradas pelos seus destinatários, possuindo força vinculativa.

Assim, “a caracterização da *hard law* está relacionada ao seu vínculo jurídico obrigatório, que cria direitos e obrigações, além da imposição de sanções. Tratando-se, portanto, de instrumentos de conteúdo jurídico-normativo” (MAIA, 2016, p.

31). Já a *soft law* são *standards*, e assim como a *hard law*, com vocação de regulação de comportamentos sociais, mas sem caráter vinculativo e obrigatório, característica que a difere da *hard law*.

Cabe mencionar que a diferenciação entre *soft* e *hard law* perpassava as acepções distintas que se tinha da natureza de um e outro tipo de norma e da interação entre elas. Havia, nesse contexto, uma visão positivista, de característica binária. Tal visão dividia *hard* e *soft law* pela natureza jurídica, considerada distinta. A visão positivista “considera que a *soft law* não tem natureza jurídica, pertence ao domínio da política” (NEVES, 2016, p. 260), sendo, por isso, qualitativamente diferente da *hard law*.

[...] o positivismo olha para a *hard law* e *soft law* como polos opostos, numa lógica binária de vinculatividade/não vinculatividade, em que predominam as relações de separação, ou em algumas circunstâncias encarando a *soft law* como um “second best”, uma solução alternativa e inferior quando a via da criação de normas *hard law* não é viável. (NEVES, 2016, p. 260).

Já a segunda visão, chamada de construtivista, afasta-se da polaridade da visão positivista e encara a *soft law* e a *hard law* como fenômenos jurídicos pertencentes a uma mesma linha contínua, sendo ambos eficazes na regulação de comportamentos sociais.

A perspectiva construtivista, que encontra em Dworkin um dos principais expoentes, não estabelece uma diferença qualitativa entre *soft law* e *hard law*, considerando que há uma coexistência e interação profunda entre formas distintas, mas frequentemente complementares de regulação social, partilhando caracterís-

ticas essenciais e variações de grau ao longo de uma linha contínua. (NEVES, 2016, p. 260).

Embora com algumas características distintivas bastante marcantes, a *soft* e a *hard law* estão em constante interação. Afastando a visão binária, tais fenômenos jurídicos possuem modos de regulação complementares e não alternativos (NEVES, 2016).

3. Análise da *soft law* e a efetividade dos direitos humanos

O tema central deste estudo refere-se à efetivação dos direitos humanos sob a perspectiva da *soft law*, com o objetivo de identificar em que medida os instrumentos de *soft law*, ainda que sem caráter jurídico vinculativo e sancionatório, são mais eficazes do que as normas chamadas de *hard law*, que, ao contrário, impõem uma vinculação jurídica e uma sanção àqueles que desrespeitarem os seus preceitos.

Ainda que não possua efeito jurídico vinculativo e nem sancionatório, é fato que a *soft law* não é integralmente desprovida de sanção, pois prevê sanções não jurídicas. O que não há na *soft law* são sanções jurídicas impostas pela ideia de bilateralidade das normas jurídicas ou, melhor dizendo, da *hard law*. Mas as normas de *soft law* podem estar atribuídas de outras sanções que transcendem as sanções jurídicas e estão ligadas a aspectos que, ainda que não jurídicos, são eficazes na implementação de suas regras.

Sanções não jurídicas, tais como interrupção de relações interestatais e a perda da reputação do Estado no âmbito mundial, são algumas das possíveis sanções que os Estados estão submetidos devido à *soft law*. Na realidade, é consenso na doutrina que a *soft law* de algum modo vincula os Esta-

dos. Talvez não haja uma vinculação jurídica tão impositiva como a da *hard law*, mas a vinculação da *soft law* advém de compromissos assumidos mutuamente entre os Estados e que, por meio dessa vinculação, indicam a seriedade dos seus compromissos, de modo que a falta de conformidade, ou até mesmo o desrespeito à *soft law*, implicam maiores custos de reputação (SHELTON, 2008).

É relevante mencionar que em muitos casos, no âmbito do direito internacional, notadamente em áreas como direitos humanos, evasão de divisas, dentre outras, os Estados têm dispendido esforços para resolver problemas sociais de modo que não assumam invariavelmente a forma de lei (SHELTON, 2008). Nessa perspectiva tem sido evidenciada a utilização da *soft law*, notadamente quanto à regulação dos direitos humanos.

As sociedades se esforçam para manter a ordem, prevenir e resolver conflitos, e garantir a justiça na distribuição e uso de recursos não só através da lei, mas através de outros meios de ação. Problemas de justiça pode ser abordado através de mecanismos de mercado e de caridade privada, enquanto o conflito a resolução pode ser promovida através da educação e da informação, bem como as negociações fora das instituições jurídicas (SHELTON, 2008, p. 2).

A *soft law*, portanto, é um tipo de norma social e não legal que geralmente se refere a qualquer instrumento internacional escrito, além de um tratado, contendo princípios, normas, padrões ou outras declarações de comportamento esperado, expressando uma preferência e não uma obrigação de que o Estado deve agir, ou deve abster-se de agir, e uma maneira especificada, como viria a ocorrer com a *hard law*.

Esse fator é determinante para o sucesso da *soft law* na eficácia do reconhecimento e proteção dos direitos humanos.

Além dessa característica da *soft law*, é relevante a junção de alguns fatores para a compreensão da norma *soft law* na efetividade e concretização dos direitos humanos. A primeira delas advém das características dos direitos humanos. A universalização e internacionalização dos direitos humanos e, assim, o reconhecimento de tais direitos em âmbito internacional de modo universal a todos países, é relevante no processo de efetivação e concretização dos direitos, pois transfere a todos os Estados conjuntamente e de modo global o reconhecimento e a efetivação de ações e políticas que reconheçam e efetivem os direitos humanos. Assim, quanto mais participação e consenso, maior será a efetividade e concretude dos direitos humanos, o que se torna mais viável por meio das regras de *soft law*.

Outro ponto importante que advém do reconhecimento universal dos direitos humanos é o abrandamento da soberania dos Estados quanto ao reconhecimento e efetivação desses direitos. Não se pode olvidar que, em termos de teoria do Estado, a soberania é um ponto primordial e era entendida como um conceito absoluto.

A exata compreensão do conceito de soberania é pressuposto necessário para o entendimento do fenômeno estatal, visto que não há Estado perfeito sem soberania. Daí haver Sampaio Dória dado ao Estado a definição simplista de *organização da soberania*.

[...]

O emitente Prof. Machado Paupério, em sua magnífica monografia *O conceito polêmico de soberania*, tira a conclusão de que “soberania não é propriamente um poder, mas, sim, a qualidade desse poder; a qualida-

de de supremacia, que em determinada esfera cabe a qualquer poder”. É, pois, um *atributo* de que se reveste o poder de auto-organização nacional, e de auto-determinação, uma vez institucionalizado no órgão estatal (MALUF, 2017, p. 47-51).

A soberania era um conceito absoluto, sendo “uma autoridade superior que não pode ser limitada por nenhum outro poder” (MALUF, 2017, p. 43). Como após a Segunda Grande Guerra houve a universalização e internacionalização dos direitos humanos e, conseqüentemente, um abrandamento do conceito de soberania, o reconhecimento dos direitos humanos como transcendendo a ordem dos Estados influenciou no conceito e na acepção de soberania.

O fato de as recomendações de *soft law* serem mais brandas quanto ao aspecto da vinculação, notadamente porque a *soft law* abre espaço para a participação mais ativa dos Estados participantes, permite que se dê por superada a questão da soberania, pois quanto mais participação efetiva e consenso entre os Estados, maior será a aceitação da recomendação e mais efetiva será a concretização daquele direito reconhecido por meio de *soft law*.

A *hard law*, com a sua vinculação jurídica mais extremada e com a imposição de sanções mais severas aos ofensores de seus comandos, talvez não seja tão eficaz como a *soft law*, já que o comando advém de uma maior participação dos Estados. Nesse sentido, a imposição de normas e sanções que não sejam fruto do consenso entre os Estados pode acirrar a questão da soberania estatal e desencadear outros conflitos que podem ser até mesmo contrários aos direitos que se pretende proteger.

Um problema maior é que nesse contexto de universalização e internacionalização dos direitos humanos tem-se percebido a existência de entidades não estatais com efetiva atuação na defesa dos direitos humanos, tais como a Organização da

Nações Unidas (ONU), que se coloca num patamar de ator principal na defesa e concretude dos direitos humanos. Assim, a questão que se coloca é como compatibilizar a quebra da soberania absoluta com a imposição de condutas e sanções por uma entidade não estatal como a ONU. Mais uma vez, diante dessa nobre função de ordenar o reconhecimento e, principalmente, o respeito aos direitos humanos, é que o consenso e a tomada de decisão conjunta advindos das regras criadas sob o aspecto de *soft law* são mais eficazes do que as normas *hard law*.

Nesse contexto, evidencia-se que a *soft law* permite responder a alguns desafios atuais do cenário mundial como, por exemplo, o crescente poder das entidades não estatais no processo de participação ativa de criação de normas, com a consequente atribuição de algumas responsabilidades e obrigações aos Estados. Isso evidencia um aumento no cumprimento voluntário da norma, o que gera um aumento da eficácia da regulação (NEVES, 2016). Nota-se, desse modo, que quanto mais consenso e mais participação dos Estados no processo de criação do ato regulatório, maior será a sua eficácia.

Importa analisar, ainda, um grande instrumento de reconhecimento e de proteção dos direitos humanos – a Declaração Universal de Direitos Humanos – que visa, consequentemente, dar maior efetividade aos direitos humanos. Aqui a análise volta-se exclusivamente quanto à sua eficácia e vinculação; analisa-se esse instrumento pela perspectiva da relação entre *soft* e *hard law* e efetividade e não efetividade.

A Declaração Universal de Direitos Humanos, publicada pelo Comitê de Redação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, possui amplitude mundial. O ponto mais crucial na análise da Declaração é definir se a ela é ou não uma regra *hard law* e, nesse contexto, delinear se traz uma vinculação jurídica como norma jurídica bilateral. Essa questão não possui unanimidade na doutrina.

Há quem defenda, numa perspectiva de enfoque estritamente legalista, que a Declaração em si não possui força jurídica obrigatória e vinculante, já que assumiu a forma de declaração e não tratado. Os defensores dessa concepção aduzem que a Declaração tem por objetivo atestar o reconhecimento universal de direitos humanos, mas sem impor sanções (PIOVESAN, 2017). Seria, portanto, uma regra *soft law*.

À luz desse raciocínio e considerando a ausência de força jurídica vinculante da Declaração, após a sua adoção em 1948, instaurou-se larga discussão sobre qual seria a maneira mais eficaz de assegurar o reconhecimento e a observância dos direitos nela previstos. Prevaleceu, então, o entendimento de que a Declaração deveria ser “juridicializada” sob a forma e tratado internacional, que fosse juridicamente obrigatório e vinculante o âmbito do Direito Internacional (PIOVESAN, 2017, p. 248).

Como se pode perceber, a Declaração nasceu sem caráter vinculativo obrigatório, fazendo-se necessária a sua juridicialização, implementada pelo Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos e pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, todos concluídos em 1966, e que passaram a incorporar os direitos constantes da Declaração Universal. Mas, ainda que se considere que a Declaração Universal não tenha força vinculante, é fato incontroverso que ela influenciou sobremaneira o reconhecimento, a efetividade e a proteção dos direitos humanos no mundo, e ainda o faz.

Desse modo, na esteira da presente pesquisa, a Declaração seria um instrumento de *soft law*, e pela presença do consenso em âmbito internacional, tornou-se vinculativa não pelo aspecto jurídico, mas pelo aspecto social e relevante

dos direitos ali elencados – e pelo consenso, palavra-chave na análise da efetividade dos instrumentos de *soft law*.

A Declaração foi tão vinculante – e talvez seria até mais, se fosse *hard law* – que se tornou, como defendem muitos doutrinadores, um costume internacional que passou a integrar o direito costumeiro internacional e, a partir daí, como costume internacional, adquiriu força jurídica vinculante (PIOVESAN, 2017). Esse fenômeno foi possível com base em três fatores fundamentais. O primeiro, referente à vinculação jurídica da Declaração, “a incorporação das previsões da Declaração atinentes aos direitos humanos pelas Constituições nacionais” (PIOVESAN, 2017, p. 235). Não havia a obrigação ou a vinculação jurídica de que os Estados internacionalizassem em seus ordenamentos jurídicos, por meio de suas Constituições, os direitos reconhecidos em âmbito mundial pela declaração. Isso se deu tendo em vista a vinculação social da declaração em virtude da sua universalidade e do consenso gerado em seu entorno.

O segundo fundamento que possibilitou o reconhecimento da Declaração como *hard law* em decorrência do seu reconhecimento como costume internacional foram “as frequentes referências feitas por resoluções das Nações Unidas à obrigação legal de todos os Estados de observar a Declaração Universal” (PIOVESAN, 2017, p. 235). Não havia vinculação da observância, ao menos inicialmente, mas diante da universalização e do consenso entre os Estados, foi surgindo a vinculação.

Por fim, o terceiro fundamento diz respeito às “decisões proferidas pelas Cortes nacionais que se referem à Declaração Universal como fonte de direito” (PIOVESAN, 2017, p. 235). Tal fato demonstra que a vinculação dos Estados a ponto de as Cortes nacionais aplicarem a Declaração (que não possuía originalmente força jurídica vinculante) advém,

mais uma vez, do consenso e da ideia de universalização dos direitos humanos.

A comunidade internacional, em 28-7-1951, imbuída do propósito de consolidar e de valorizar o processo de afirmação histórica dos direitos fundamentais da pessoa humana, celebrou, no âmbito do direito das gentes, um pacto de alta significação ético-jurídica, destinado a conferir proteção real e efetiva àqueles que, arbitrariamente perseguidos por razões de gênero, de orientação sexual e de ordem étnica, cultural, confessional ou ideológica, buscam, no Estado de refúgio, acesso ao amparo que lhes é negado, de modo abusivo e excludente, em seu Estado de origem. Na verdade, a celebração da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados – a que o Brasil aderiu em 1952 – resultou da necessidade de reafirmar o princípio de que todas as pessoas, sem qualquer distinção, devem gozar dos direitos básicos reconhecidos na Carta das Nações Unidas e proclamados na Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana. Esse estatuto internacional representou um notável esforço dos povos e das nações na busca solidária de soluções consensuais destinadas a superar antagonismos históricos e a neutralizar realidades opressivas que negavam, muitas vezes, ao refugiado – vítima de preconceitos, da discriminação, do arbítrio e da intolerância – o acesso a uma prerrogativa básica, consistente no reconhecimento, em seu favor, do direito a ter direitos. (GRACIE, 2001, s.p.).

Nesse sentido,

[...] por exemplo, a proibição da escravidão, do genocídio, da tortura, de qualquer tratamento cruel, desumano ou degradante e de outros dispositivos da Declaração consensualmente aceitos assumem o valor de direito costumeiro internacional ou princípio geral do Direito Internacional, aplicando-se a todos os Estados e não apenas aos signatários da Declaração. GRACIE, 2001, s.p.).

Quando se fala em costume internacional, a sua definição deve ser remetida ao artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (ONU, 1945). Trata-se de uma espécie de norma formada pela reiterada prática dos sujeitos do Direito Internacional, e consiste, portanto, numa prática geral aceita como sendo o direito. Ora, se o costume advém de uma prática geral aceita como se direito fosse, é porque inicialmente não há vinculação jurídica e, nesse sentido, a vinculação vai se dar por outro elemento que não no aspecto sancionatório da norma jurídica. Talvez no âmbito dos direitos humanos, a prática geral aceita como sendo o direito tenha advindo da universalidade, do consenso de tais sanções mais brandas previstas no instrumento da *soft law*.

Assim, a Declaração Universal de Direitos Humanos nasce como um instrumento de *soft law* e se transforma, pela vinculação não jurídica, em costume de direito internacional e, como tal, em fonte de direito de uma *hard law* que, nessas condições, vincula juridicamente os Estados. Esse fato é a demonstração mais robusta de comprovação de que os instrumentos de *soft law* são mais precisos e mais eficazes no reconhecimento e na efetivação dos direitos fundamentais. A vinculação da Declaração, ainda que não jurídica e sancionadora, foi tão ou mais efetiva, se considerada a ideia de consenso, que a transformou, pelas ações reiteradas dos Estados

na observância da Declaração, em costume internacional. E o costume internacional “depende de concordância de um número significativo de Estados em relação a determinada prática e do exercício uniforme dessa prática, [...] da continuidade de tal prática e por considerável período de tempo e [...] o senso de obrigação legal.” (PIOVESAN, 2017, p. 125).

A importância atual dos direitos humanos e sua maior efetividade advêm do seu histórico e da efetividade que a Declaração Universal de Direitos Humanos, de forma efetiva e concreta, impregnou no mundo, ainda que tenha sido editada sob a forma de *soft law*.

Conclusão

Nota-se, com base no que foi apresentado neste estudo, a importância dos direitos humanos no âmbito internacional. Tratam-se de direitos históricos que foram conquistados pelos homens ao longo da história, direitos que visam à proteção de valores mais superiores e nobres ligados ao ser humano, tais como a dignidade humana.

Percebe-se que, atualmente, o problema mundial relacionado aos direitos humanos não se limita mais à sua fundamentação – se são direitos naturais e inerentes ao homem ou direitos mais básicos e fundamentais pertencentes aos homens com fundamento na proteção da dignidade humana. O reconhecimento dos direitos humanos, ainda que tenha se desenvolvido em fases, chegou no seu ápice, pois a Segunda Guerra Mundial talvez tenha concluído, com as atrocidades cometidas principalmente na Alemanha, a fase de fundamentação e reconhecimento desses direitos, finalizando a terceira fase de evolução dos direitos humanos: a fase em que os direitos passam da individualidade dos ordenamentos estatais para a universalidade e internacionalização de tais direitos.

Nesse contexto histórico, foram fundamentais para o reconhecimento de direitos humanos internacionalizados e universais, como antídoto para o nazismo, a criação da ONU em 1945, bem como a instituição, por esta organização de nível mundial, da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. A Declaração foi fundamental, pois, assim como a criação da ONU, trabalhou com o consenso e impôs ao mundo uma carta de direitos mais básicos do ser humano que devem ser reconhecidos e aplicados de modo universal a todos os seres humanos em qualquer parte do mundo. A Declaração Universal institucionalizou e formalizou a universalidade e a internacionalização dos direitos humanos, sendo, portanto, um grande passo da humanidade no sentido de efetivar os direitos humanos.

Como ressaltado acima, o problema atual é menos de fundamentação e mais de efetivação dos direitos humanos. Neste sentido, pode-se concluir que os instrumentos de *soft law*, que são editados para a proteção dos direitos humanos, são mais eficazes na obtenção do seu objetivo do que as normas *hard law*.

Deve-se observar que os instrumentos de *soft law*, ainda que desprovidos de vinculação jurídica, trazem outros tipos de conexão entre a norma e a sanção como, por exemplo, o atrelamento advindo de compromissos assumidos mutuamente entre os Estados, e indicam a seriedade dos seus compromissos. Consequentemente, levam a outro tipo de sanção, que os tornam mais eficazes que a *hard law*.

É importante mencionar que os instrumentos de *soft law* são construídos com mais participação dos Estado, havendo maior consenso, o que confere aos instrumentos de *soft law* mais efetividade. Mas a efetividade da *soft law* em matéria de concretização dos direitos humanos também está aliada à característica da universalidade e da internacionalização dos direitos, que imputou a obrigação de reconhecer e efetivar os

direitos humanos a todos os Estados, além, é claro, de universalizar a titularidade dos direitos.

Numa análise mais precisa, a Declaração Universal, embora hoje possa ser concebida como um costume de direito internacional, nasceu como *soft law*, mas se tornou o principal instrumento de reconhecimento e proteção dos direitos humanos no mundo, pois foi concebida pela participação dos Estados e baseada no consenso.

Pode-se concluir, assim, que a efetividade dos direitos humanos será maior quanto maior for o envolvimento e a participação dos Estados na busca por soluções. Sempre que houver consenso, ainda que sem vinculação jurídica, haverá maior efetividade dos direitos fundamentais, como mostra a Declaração Universal de Direitos Humanos.

Referências

AVELINO, G. A. Regulação da água doce e o direito humano à água. In: FERNANDES, J. A. R. (Org.). **Novas Dimensões do Direito: uma Perspectiva Soft Law**. Lisboa: Chiado 7Editora, 2016. p. 63-97.

COMITÊ DE REDAÇÃO DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS (Org.). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 10 dez. 1948.

FERNANDES, J. A. R. Estatuto do Refugiado: soft law e hard law. In: FERNANDES, J. A. R. (Org.). **Novas Dimensões do Direito: uma Perspectiva Soft Law**. Lisboa: Chiado Editora, 2016. p. 101-140.

GRACIE, E. (Relat.). **Acórdão do Supremo Tribunal Federal com número Ext 783 QO-QO**, de 28 de

novembro de 2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=348395>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

MAIA, A. M. A soft law e as normas internacionais de proteção ao meio ambiente. In: FERNANDES, J. A. R. (Org.). **Novas Dimensões do Direito: uma Perspectiva Soft Law**. Lisboa: Chiado Editora, 2016. p. 21-59.

MALUF, S. **Teoria Geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NEVES, M. S. **Direito Internacional da Água e conflitualidade internacional: implicações do reconhecimento da água como direito humano**. Portimão: JURISMAT, 2013. Disponível em: http://recil.ulusofona.pt/bitstream/handle/10437/5053/direito_internacional_da_agua.pdf?sequence=1. Acesso em: 10 nov. 2017.

NEVES, M. S. Soft Law. In: ROSÁRIO, P. T. et al. **Introdução ao Direito**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 251-274.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Estatuto da Corte Internacional de Justiça**. São Francisco: ONU, 26 jun. 1945. Disponível em: http://www.faap.br/responsabilidadesocial/pdf/carta_onu.pdf. Acesso em: 30 abr. 2018.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SHELTON, D. L. **Soft Law**. Handbook of International Law, Routledge Press, 2008. 30 p. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1003387>. Acesso em: 05 mai. 2018.

1ª EDIÇÃO *Setembro de 2018*
FORMATO *14x21cm*
MIOLO *Papel Offset 75 g/m²*
CAPA *Papel Supremo 250 g/m²*
TIPOGRAFIA *Bergamo Std*
IMPRESSÃO *Gráfica Multifoco*