DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS EM **PERSPECTIVA**

CONSELHO EDITORIAL SELO ÀGORA21

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)
Glaucia 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

DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS EM PERSPECTIVA

KLEVER FILPO, MARIA GERALDA MIRANDA,
ROGERIO BORBA DA SILVA E THIAGO RODRIGUES PEREIRA
(ORGANIZADORES)

GRUPO MULTIFOCO
Rio de Janeiro, 2019

Copyright © 2018 Klever Filpo, Maria Geralda Miranda, Rogerio Borba da Silva e Thiago Rodrigues Pereira (org).

DIREÇÃO EDITORIAL Felipe Asensi e Marcio Caldas
EDIÇÃO E PREPARAÇÃO Felipe Asensi
REVISÃO Coordenação Selo Ágora 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.

Direitos humanos e fundamentais em perspectiva
FILPO, Klever
MIRANDA, Maria Geralda
SILVA, Rogerio Borba da
PEREIRA, Thiago Rodrigues

1ª Edição
Janeiro de 2019
ISBN: 978-85-8273-619-7

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

A816d Filpo, Klever
Miranda, Maria Geralda
Silva, Rogerio Borba da
Pereira, Thiago Rodrigues

Direitos humanos e fundamentais em perspectiva / organização Klever Filpo, Maria Geralda Miranda, Rogerio Borba da Silva e Thiago Rodrigues Pereira. – Rio de Janeiro : Ágora21, 2019.

802 p. ; 23 cm.

ISBN 978-85-8273-619-7
Inclui bibliografia.

1.Direitos humanos I. Título CDD: 341.481

Ficha catalográfica elaborada por Amanda Caetano (CRB-2/1666)

Sumário

Conselho Científico do **CAED-JUS** **13**
Sobre o **CAED-JUS**..... **15**

DIREITOS HUMANOS

Direitos Humanos em tempos de efemérides: Constituição Cidadã (1988-2018) e Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948-2018)..... 19
Aimée Schneider Duarte

Refugiados: um estudo sobre a cidadania e os Direitos Fundamentais..... 33
Amanda Garcia de Oliveira e Cristiano Szymanowski

Os trinta anos da constituição de 1988: reflexões acerca dos refugiados venezuelanos no Brasil 51
Arthur Bezerra de Souza Júnior, Fernando R. M. Bertoncello e Isabelle Dias Carneiro Santos

A cidadania entre o passado e o presente: direito à informação e à verdade no Brasil..... 61
Daniel Machado Gomes, Aline dos Santos Lima Rispoli e Tiago da Silva Cicilio

Cidadania, diversidade e sustentabilidade: um projeto de educação em Direitos Humanos no ensino superior. 77
Fillipe Ponciano Ferreira

O direito social à alimentação adequada: uma análise do reconhecimento das obrigações correlativas do estado à luz do comentário geral da ONU nº 12 95
Tauã Lima Verdan Rangel

DIREITOS FUNDAMENTAIS

A responsabilização do Estado por ato lícito vista como Direito Fundamental 115
Alessandra Tauk Santos

O exercício da liberdade de expressão sob a perspectiva da liberdade religiosa 129
Bruno de Assis Pimentel Carvalho e Daiana Seabra Venancio

Uma análise dos direitos fundamentais e a invisibilidade das pessoas com deficiência na aplicação da política pública brasileira. 145
Caio Silva de Sousa

Do Vestibular ao Concurso Público? A ADPF nº 186/DF como um precedente para a expansão das ações afirmativas raciais no Brasil 161
Christine Geneveve Silva Elcock Bradford

Constituição de 1988 e juventude negra: para a desconstrução de um dispositivo tanatológico 177
Danielle Ferreira Medeiro da Silva de Araújo e Walkyria Chagas da Silva Santos

Exclusão social e criminalização da pobreza: análise da violação à presunção de inocência a partir teoria das janelas quebradas 195
Ericleuson Cruz de Araujo, Iasmim Barbosa Araújo, Guilherme Alves de Moura Mendes e Kenedy Vieira dos Santos

Mandado coletivo de busca e apreensão: o direito à moradia sob a perspectiva da favela 211
Isabela Moreira Campos

A busca pela felicidade como direito fundamental implícito na constituição federal de 1988 225
Isadora Cortez Lustoza

A Possibilidade de penhora de salários e a violação do Direito Positivo – dos limites entre o ativismo judicial e a usurpação das funções dos órgãos legiferantes. 241
Luana de Azevedo Oliveira e Thiago Rodrigues Pereira

A crescente insegurança jurídica gerada sobre o princípio da presunção de inocência em virtude das decisões do supremo tribunal federal 255
Lucas de Souza Gimenes

A mitigação da liberdade de expressão em detrimento da democracia brasileira 271
Manoel Bessa Filho e Eduardo Humberto Deneriaz Bessa

A fundamentalidade do direito à família 287
Paloma Braga Araújo de Souza

Nem toda brincadeira é legal. Bullying: os limites da liberdade de expressão e a sua repercussão na infância e adolescência 303
Raphaella Marques de Carvalho

O Princípio da dignidade da pessoa humana frente aos direitos fundamentais elencados na Constituição federal de 1988 ... 315
Tatiana C. dos Reis Filagrana

DIREITO DO TRABALHO

"Operário em construção": a mobilização dos direitos trabalhistas do processo constituinte de 1987-1988 ao fenômeno da terceirização 331
Aimée Schneider Duarte e Tayssa Botelho dos Santos

Reforma trabalhista: altos empregados e a afronta ao princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas 347
Anne Carolline Rodrigues da Silva Brito e Renata Gomes de Lima Felix

A análise da possibilidade ou não de cumulatividade dos adicionais de periculosidade e insalubridade. 363
Caíque Machado Camilo

Trabalho escravo contemporâneo no Brasil: a política de combate através da ação civil pública..... 377
Carla Sendon Ameijeiras Veloso, Hector Luiz Martins Figueira e Larissa Pimentel Gonçalves Villar

Trinta Anos à Frente e um Passo para Trás: a reforma trabalhista da lei 13.467/17 e o retrocesso na proteção dos direitos constitucionais trabalhistas 393
Cesar Augusto de Souza Carvalho e Klever Paulo Leal Filpo

A dupla função dos motoristas rodoviários e a jurisprudência do TST: aspectos fáticos e normativos..... 409
Dario Cartaxo Amorim de Sá

Negociação coletiva na constituição brasileira de 1988: o reconhecimento das especificidades das categorias no estado democrático de direito..... 425
Graciane Rafisa Saliba e Márcia Regina Lobato

Análise da garantia de direitos humanos no ambiente laboral a partir do movimento sindical 441
Marcelly de Santana Batista

DIREITO À SAÚDE

Reflexões sobre a judicialização da saúde no Brasil 457
Aline do Nascimento Pereira, Thaís Jeronimo Vidal, Felipe Dutra Asensi e Roseni Pinheiro

ADPF 442 na luta contra a descriminalização do aborto e o direito efetivo das mulheres diante dos direitos e garantias fundamentais presente na constituição federal brasileira de 1988 471
Débora Nicodemo

O movimento sanitário brasileiro e o paralelo com as normas principiológicas do SUS..... 487
Dorival Fagundes Cotrim Júnior

Formação histórica sucinta do sistema único de saúde – da década de 80 aos reflexos na assembleia nacional constituinte de 1987/1988..... 503
Dorival Fagundes Cotrim Júnior

A materialização do direito social à saúde pela via judicial e o confronto entre as teorias da reserva do possível e do mínimo existencial..... 519
Ericleuson Cruz de Araujo, Iasmim Barbosa Araújo, Guilherme Alves de Moura Mendes e Kenedy Vieira dos Santos

Ambiência em uma casa de parto, centro de parto normal e centro obstétrico no Rio de Janeiro: pesquisa avaliativa 533
Geiza Martins Barros

O sistema único de saúde em julgamento: experiência de acadêmicos de enfermagem em um júri simulado 545
Germana Maria da Silveira, Samy Loraynn Oliveira Moura e Emanuela Rodrigues Sales

Direito a saúde: uma análise das decisões do TJ RJ em tempos de crise 555
Isabela Pfister Gonçalves e Felipe Dutra Asensi

Análise transversal dos impactos e entraves da vigente legislação de transplante de órgãos 571
Marcelly de Santana Batista

A violência obstétrica como uma das múltiplas faces das violências contra as mulheres 583
Maraísa Laboriê Prata de Almeida, Tatiana Cristina de Freitas, Rozania Bicego Xavier e Paulo Alexandre de Souza São Bento

Uma crítica ao ativismo judicial e a busca e apreensão de recursos financeiros dos municípios fluminenses. Direito a medicamentos. Por uma releitura do art. 196 da CF à luz do nosso federalismo fiscal. 601
Roberto Wagner Lima Nogueira

Análises arendtiana sobre a agenda política normativa da saúde penitenciária no Brasil: a integralidade e a responsabilização pública 621
Semirames Khattar

DIVERSIDADE SEXUAL

Homofobia a luz do ordenamento constitucional brasileiro 641
Bruno de Assis Pimentel Carvalho e Daiana Seabra Venancio

É Dever do Estado Punir, independentemente da "orientação sexual": a (in)aplicabilidade da Lei Maria da Penha na Proteção das Transexuais 659
Kaoanne Wolf Krawczak

"É como esperar por algo além da morte": as principais implicações do direito à saúde na vida dos transexuais 677
Kaoanne Wolf Krawczak

Radiografia LGB da assembleia constituinte: uma análise quantitativa das emendas contendo o termo "orientação sexual" 701
Rafael Carrano Lelis

DIREITO E TECNOLOGIA

O direito diante do fenômeno das *fake news*: novos olhares sobre a dinâmica entre mídia digital e sociedade no cenário político brasileiro 723
Alisson Rodrigo de Araújo Oliveira

Inteligência artificial e a responsabilidade civil 739
Cláudia Arantes Sales Vargas e Sérgio Henriques Zandona Freitas

O cyberbullying e a limitação da liberdade de expressão no contexto cibernético 755
Gustavo Mendes de Oliveira Costa

Enfrentamento à ciberpedofilia para a proteção da criança e adolescente 771
Maria Lenir Rodrigues Pinheiro e Nina Soraya Pinheiro de Jesus

A aplicabilidade do direito ao esquecimento no âmbito da internet: uma análise jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça 787
Carolina Lopes da Silva

Conselho Científico do **CAED-JUS**

Adriano Rosa (Universidade Santa Úrsula, Brasil)
Alexandre Bahia (Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil)
Alfredo Freitas (Ambra College, Estados Unidos)
Antonio Santoro (Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil)
Bruno Zanotti (PCES, Brasil)
Claudia Nunes (Universidade Veiga de Almeida, Brasil)
Daniel Giotti de Paula (PFN, Brasil)
Denise Salles (Universidade Católica de Petrópolis, Brasil)
Edgar Contreras (Universidad Jorge Tadeo Lozano, Colômbia)
Eduardo Val (Universidade Federal Fluminense, Brasil)
Felipe Asensi (Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)
Fernando Bentes (Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil)
Glaucia Ribeiro (Universidade do Estado do Amazonas, Brasil)
Gunter Frankenberg (Johann Wolfgang Goethe-Universität - Frankfurt am Main, Alemanha)
João Mendes (Universidade de Coimbra, Portugal)
Jose Buzanello (Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)
Klever Filpo (Universidade Católica de Petrópolis, Brasil)
Luciana Souza (Faculdade Milton Campos, Brasil)

Marcello Mello (Universidade Federal Fluminense, Brasil)
Nikolas Rose (King's College London, Reino Unido)
Oton Vasconcelos (Universidade de Pernambuco, Brasil)
Paula Arévalo Mutiz (Fundación Universitária Los Libertadores, Colômbia)
Pedro Ivo Sousa (Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil)
Santiago Polop (Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina)
Siddharta Legale (Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil)
Saul Tourinho Leal (Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasil)
Sergio Salles (Universidade Católica de Petrópolis, Brasil)
Susanna Pozzolo (Università degli Studi di Brescia, Itália)
Thiago Pereira (Centro Universitário Lassale, Brasil)
Tiago Gagliano (Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil)

Sobre o **CAED-JUS**

O **Conselho Internacional 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

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

Democratização da produção científica com forte inclusão social

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 **CAED-Jus** organizou o **Congresso Comemorativo "30 anos da Constituição de 1988" (CRFB+30)**, que ocorreu entre os dias 29 a 31 de outubro de 2018 e contou com 05 Grupos de Trabalho e mais de

200 participantes de 34 universidades e 14 programas de pós-graduação stricto sensu. A seleção dos artigos apresentados ocorreu através do processo de *peer review* com *double blind*, o que resultou na publicação dos 03 livros do evento: "Direitos humanos e fundamentais em perspectiva", "Leituras de direito público" e "Visões constitucionais interdisciplinares". Os coordenadores dos livros atuaram diretamente no evento como conferencistas, avaliadores de trabalhos e/ou organizadores, contribuindo diretamente na seleção, organização e finalização das publicações.

O **CRFB+30** foi um dos maiores eventos comemorativos da Constituição de 1988 no Brasil e contribuiu decisivamente para as análises sobre o passado, presente e futuro da Constituição. Esta publicação é financiada por recursos da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus) e da Editora Multifoco e cumpre os diversos critérios de avaliação de livros nacionais e internacionais.

DIREITOS HUMANOS

Direitos Humanos em tempos de efemérides: Constituição Cidadã (1988-2018) e Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948-2018)

Aimée Schneider Duarte

1. Os Direitos Humanos no Processo Constituinte

A partir do entrelace entre o *ontem e* o *hoje*, a importância da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), promulgada em 05 de outubro de 1988, e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, se torna cada vez mais nítida. O historiador Pierre Nora (1993) já apontava que questionamentos em torno de um evento ou data são, eles próprios, lugares de memória, voltando-se para sua valorização e legitimação. Assim é que se faz importante refletir acerca dos 30 anos dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte (ANC), que desaguou na feitura da Constituição de 1988 – denominada pelo então Deputado Constituinte Ulysses Guimarães (PMDB – SP) de "Constituição Cidadã" – à luz dos 70 anos da Declaração de 1948 no que diz respeito aos Direitos Humanos, haja vista a relevância histórica dessas datas simbólicas, a ensejar as devidas reflexões e balanços.

No âmbito da redemocratização da vida política brasileira, as mobilizações foram fundamentais para a construção dos alicerces dos debates constitucionais. O Congresso Nacional, por exemplo, recebeu, desde o ano de 1986, correspondências de todo o país, seja de forma individual, seja através de entidades sociais. Entre março daquele ano e julho de 1987, o ente estatal, através da Comissão de Constituição e Justiça do Senado, lançou o plano "Diga Gente e Projeto Constituição", com o intuito de que os cidadãos apresentassem suas sugestões para a vindoura Lei Maior. Cinco milhões de formulários foram distribuídos e disponibilizados nas agências dos Correios do Brasil, que os encaminhava, sem custos, para o Senado Federal, que recebeu um total de 72.719 respostas (BACKES; AZEVEDO, 2008, p. 73). Nele, encontram-se frases de incentivo à manifestação dos indivíduos: "Você também é Constituinte, participe!" e "Faça, você também, a nova Constituição".

Ao pesquisar o termo "Direitos Humanos", foram encontrados 1.185 registros, evidenciando que a esfera desses direitos se fazia presente como uma demanda importante da sociedade brasileira. Em boa parte de tais registros, encontra-se o pedido por uma descrição clara dos Direitos Humanos, bem como pela exigência de que sejam respeitados por todos. Em outras manifestações, por sua vez, faz-se presente a ideia de que tais direitos devem ser restritos apenas aos àqueles que não são "bandidos" ou "ladrões", entre outros vocábulos utilizados – nesta mesma tônica, constam pedidos extremados de pena de morte para os violadores dos Direitos Humanos (SAIC, 1987).

Com a instalação da ANC, o art. 13 de seu Regimento Interno facultou a apresentação de sugestões dos próprios parlamentares e de entidades representativas. Este processo totalizou a soma de 12.000 propostas sobre os mais diversos temas, dos quais apenas 81 se relacionavam expressamente aos Direitos Humanos (SGCO, 1987). Dentre os postulados, destacam-se propostas de criação da figura do "Defensor do Povo" e sugestões referentes à interpretação das normas fundamentais reconhecidas em conformidade com a "Declaração Universal dos Direitos Humanos" e tratados internacionais.

Em paralelo a estas formas de participação, vale registrar o mecanismo das emendas populares, que exerceu grande influência na organização

e mobilização sociais, tornando-se um canal aberto para a abordagem de diversos temas: "(...) 288 entidades diferentes apresentaram 122 emendas populares que angariaram um total de 12.277.423 assinaturas" (BRANDÃO, 2011, p. 79). No que se refere aos Direitos Humanos, dois Projetos de Emenda Popular fazem menção direta ao tema, os de números 06 e 21:

> *Projeto de Emenda Popular nº 06*: "Art. É obrigatório o estudo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, a nível curricular, didático e disciplinar, nas Escolas e Universidades, aos integrantes das Forças Armadas, aos Policiais Civis e Militares. (...)". (BRASIL, 1987b).
>
> *Projeto de Emenda Popular nº 21*: "Art. Qualquer entidade associativa, regularmente instituída, é parte legítima para propor ação de desconstituição ou proibição de atos praticados, ou que possam vir a ser praticados, por pessoa de direito público ou privado, quando tais atos, embora formalmente regulares, lesam o patrimônio público, os bens de uso comum do povo, os bens de reconhecido valor artístico, estético ou histórico, os interesse legítimos dos consumidores, a natureza e o equilíbrio ecológico, os meios de vida dos indígenas, a saúde pública, a administração da justiça e os direitos humanos". (BRASIL, 1987b).

Nesta seara, a justificativa da Proposta de Emenda Popular nº 06 consistia no reconhecimento de que a Declaração Universal dos Direitos do Homem havia se tornado uma espécie de guia das democracias – e, como no Brasil, "os princípios foram solapados por um longo período de 'regime autoritário' do qual, ele está emergindo com grandes sacrifícios" (BRASIL, 1987b), era preciso que os direitos essenciais do ser humano fossem reaprendidos pelo povo e, em especial, pelas Forças Armadas e pelas "polícias e entidades paramilitares de segurança (...), ainda viciadas com arbitrariedades, com a arrogância, com o despotismo e truculência nas suas ações" (BRASIL, 1987b). A proposta recomendava que a referida Declaração não fosse uma matéria opcional, mas que figurasse, em condição obrigatória, no currículo didático/disciplinar. Por sua vez, a justificativa da Proposta de Emenda Popular nº 21 se apoiava na ideia de ampliação da participação popular nas "decisões de interesse coletivo, na fiscalização dos atos que interferem na vida social, no controle da

gestão dos recursos públicos e no que for preciso para assegurar a eficácia das normas constitucionais. (...)" (BRASIL, 1987b).

O resumo dos teores dos Projetos de Emendas Populares, destacados acima, bem como das sugestões populares e dos próprios Constituintes, elucida alguns dos desejos existentes na sociedade e abre uma fresta para que se examine, também, a importância do diálogo entre os entes estatais e a população. Neste diapasão, duas garantias constitucionais surgem como fruto deste diálogo – e, sem dúvida, como verdadeiros atestados de sua importância: o Habeas Corpus e o Habeas Data.[1] O primeiro já existia no ordenamento jurídico, assim como o Mandado de Segurança e a Ação Popular, apesar de sufocado ao longo dos anos de ditadura; por seu turno, o Habeas Data, bem como o Mandado de Injunção, foi postulado pela primeira vez no ordenamento jurídico pátrio por conta na Constituição Federal de 1988.

A consagração dos Direitos Humanos no panorama constitucional espelha uma das decisões basilares tomadas ao longo do processo constituinte, na medida em que permite que os principais valores humanos de ordem ética e política alcancem expressão jurídica. À luz deste esforço de valorização e compreensão desses direitos ao longo dos trabalhos constituintes, convém investigar quais as dimensões por eles assumidas três décadas mais tarde. Isto porque somente um entendimento atualizado é capaz de garantir uma avaliação precisa de sua relevância – e, mais importante, das medidas necessárias à sua manutenção.

2. Direitos Humanos: Dimensões Contemporâneas

O presente estudo não possui a pretensão de tecer uma retrospectiva histórica acerca da origem dos Direitos Humanos, perpassando os tempos rumo aos dias atuais. Neste artigo, objetiva-se analisar a Declaração

1. *Artigo 5°, LXVIII da CRFB/88*: "Conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder". *LXXII*: "Conceder-se-á habeas data: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo".

Universal dos Direitos Humanos, principalmente sob o enfoque de seus 70 anos em 10 de dezembro de 2018. Trata-se de documento responsável por elevar os Direitos Humanos – fundamentais e intrinsecamente ligados a todos os indivíduos – a um patamar superior, consolidando-os como intransmissíveis e irrenunciáveis. Trata-se de um documento onde a convergência de anseios e esperanças flagrantes no pós-Segunda Guerra Mundial se revela através de um exercício de síntese, posto que incorporava direitos e garantias por meio de um consenso universal (BONAVIDES, 2006). À luz do processo histórico de encerramento de governos totalitários, permite aos Direitos Humanos que assumam uma dupla vocação: "afirmar a dignidade humana e prevenir o sofrimento humano" (PIOVESAN, 2007, p. 21). Tem-se, assim, um movimento de instrumentalização de tais direitos, consolidado no plano internacional e também na agenda brasileira, tanto na esfera política quanto no campo jurídico.

Sob tal prisma, a Declaração de 1948 representaria o ápice de um processo de reconhecimento da igualdade e da dignidade da pessoa humana como valores intrínsecos à condição humana, independentes de condições externas – "Percebe-se, pois, que o fato sobre o qual se funda a titularidade dos direitos humanos é, pura e simplesmente, a existência do homem, sem necessidade alguma de qualquer outra precisão ou concretização" (COMPARATO, 1997, p. 19). Tem-se, com isso, uma concepção contemporânea de Direitos Humanos que engloba como principais características a igualdade, a universalidade e a indivisibilidade desses direitos. Com relação ao tema da igualdade, é interessante citar o pensamento do sociólogo Boaventura de Sousa Santos acerca de sua dupla função, consolidada em uma ética de reciprocidade que demanda sejam reconhecidas as diferenças e, assim, não sejam (re)produzidas desigualdades – "(...) temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza, temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza" (1997, p. 112).

No Brasil, dentre os fundamentos basilares do Estado Democrático de Direito, destaca-se a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CRFB/88). Sua presença neste rol denota a relação de proximidade entre o Estado Democrático e os Direitos Humanos, elementos básicos que são para que se concretize a função *democratizadora* (PIOVESAN, 2007, p. 26). Tendo em vista a premissa de que a Carta Constitucional deve

ser compreendida como um sistema uno, que privilegia certos valores individuais e sociais enquanto direitos basilares, tem-se que o princípio da dignidade humana, devidamente reconhecido como fundamento e finalidade do ente estatal, se irradia sobre todo o cenário constitucional inaugurado em 1988, o Direito Interno e as disposições voltadas para questões internacionais a partir de sua posição de prioridade.

Junto às normas legais positivadas, encontram-se princípios que trazem, em si, exigências de justiça e de valores éticos. Uma vez imbuídos de tais valores, acabam por cumprir o papel de alicerces axiológicos ou teleológicos do sistema jurídico, tornando-o coerente e – por trazerem, em seu sumo, os Direitos Humanos Fundamentais – direcionado. A jurista Flávia Piovesan, neste terreno, esclarece que "a consolidação das liberdades fundamentais e das instituições democráticas no País, por sua vez, muda substancialmente a política brasileira de direitos humanos, possibilitando um progresso significativo no reconhecimento de obrigações internacionais nesse âmbito" (2007, p. 24).

A Constituição Federal de 1988 consagra, em um ato de verdadeiro ineditismo perante as Cartas Constitucionais anteriores, o respeito aos Direitos Humanos, conformando a abertura do sistema jurídico interno ao campo internacional de proteção dos direitos vinculados ao indivíduo. Assim é que, quando o Brasil assina tratados internacionais, condiciona a soberania estatal às regras jurídicas supranacionais, tendo como parâmetro obrigatório a prevalência dos Direitos Humanos Fundamentais (PIOVESAN, 2007, p. 342), o que acaba por conferir amplo reconhecimento a tais direitos – sejam os plasmados em princípios constantes do texto constitucional, sejam aqueles expressamente positivados em tratados internacionais (art. 5º, § 2º da CRFB/88). Ademais, a Constituição Federal de 1988 determina a aplicabilidade imediata de normas pertinentes a direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º da CRFB/88) e a prevalência dos Direitos Humanos sobre a lei nacional (art. 4º, II da CRFB/88).[2]

2. *Art. 5º da CRFB/88*: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, (...). *§ 1º*: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". *§ 2º* Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decor-

Tal prestígio é novamente sublinhado – juntamente ao liame entre o novo ordenamento jurídico pátrio e as diretrizes internacionais – pela força e natureza de norma constitucional reconhecida aos tratados internacionais que versem sobre Direitos Humanos, em contraste com a posição hierárquica infraconstitucional delegada àqueles que tratem de outros temas (arts. 5º, § 3º e art. 102, III, b da CRFB/88). A própria essencialidade desses direitos fez, ainda, com que fossem retirados da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, encontrando-se protegidos no rol das *cláusulas pétreas* (art. 60, § 4º, IV da CRFB/88).[3]

Com base nesse quadro analítico, os Direitos Humanos devem ser divididas em três categorias, quais sejam: 1) aqueles expressos na Constituição – elencados, a título de exemplo, no artigo 5º da CRFB/88; 2) aqueles expressos em tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário; e 3) aqueles implícitos nas regras e garantias do ordenamento jurídico pátrio –, haja vista que o fato de não estarem expressos não invalida a sua legitimação, notadamente por remeterem ao ideal promovido na Assembleia Nacional Constituinte. Tal classificação não se confunde com o posicionamento, tradicionalmente promovido pela doutrina jurídica, acerca das gerações (também chamadas dimensões) dos direitos fundamentais, baseando-se, sobretudo, na ordem cronológica de sua positivação em textos constitucionais. Sob esse prisma, os direitos integrantes da primeira geração são catalogados como direitos individuais e políticos clássicos, ligados ao valor de liberdade, e sua presença se faz

rentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. *Art. 4º, II da CRFB/88*: "A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) II - prevalência dos direitos humanos".

3. *Art. 5º, § 3º da CRFB/88*: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (...)". *Art. 102, III, b da CRFB/88*: "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida (...). b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal". *Art. 60, § 4º da CRFB/88*: "Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais".

sentir através de uma atuação negativa – a abstenção do Estado; os decorrentes da segunda geração, por sua vez, possuem um caráter positivo, demandando uma iniciativa concreta do ente estatal – são eles os direitos sociais, econômicos e culturais, surgidos no início do século XX; já os componentes da terceira geração, os direitos transindividuais, são destinados à proteção do gênero humano – em rol exemplificativo, seriam àqueles relacionados à solidariedade ou à fraternidade, englobando meio ambiente equilibrado, qualidade de vida saudável, paz, autodeterminação dos povos e outros direitos difusos; por fim, os direitos de quarta geração consolidam o acesso à democracia, informação e pluralismo.

Cabe sublinhar, como a própria expansão geracional acima exposta já denota, que os Direitos Humanos não podem ser entendidos como um dado inerte, mas sim um processo de constante reinvenção humana – fruto da convergência entre as dialéticas do passado histórico e do presente, através de um espaço de lutas (ARENDT, 1979). Nesse embate simbólico, Santos (1997) defende uma concepção multicultural dos Direitos Humanos, inspirada no diálogo entre culturas, com vistas a compor um processo emancipatório. Tal ótica – defendida no presente artigo – implica que tais direitos sejam (re)conceitualizados como *multiculturais*, em um esforço que constitui "pré-condição de uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política contra-hegemônica de direitos humanos no nosso tempo" (1997, p. 112).

Tradicionalmente, a agenda dos Direitos Humanos esteve centrada na tutela dos direitos civis e políticos – quais sejam, igualdade, liberdade e fraternidade, como ficou consignado no artigo I da Declaração de 1948.[4] A ampliação deste escopo, incorporando novos direitos de dimensões fundamentais, como os de ordem social, econômica e cultural – exemplificados pela saúde, assistência social e direitos transindividuais, tais como meio ambiente e o patrimônio histórico cultural, que, com a ampliação do conceito de cultura, assume também uma dimensão imaterial –, é um marco de sua evolução contemporânea.

4. Art. I, da Declaração Universal dos Direitos Humanos: "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade."

Passados 30 anos, esse novo perfil constitucional ainda se encontra em processo de afirmação. Segundo Piovesan (2007, p. 33), "[a] nova topografia constitucional inaugurada pela Carta de 1988 reflete a mudança paradigmática da lente *ex parte principe* [o poder de um soberano] para a lente *ex parte populi* [o poder do povo]", consolidando, assim, o labor constitucional – e, por conseguinte, a regência da sociedade pautada na Constituição – como *res publica*, coisa de todos. Sob a lente dessa transição e a partir da busca pela efetivação dos Direitos Humanos, inúmeros Congressos, Seminários e Palestras viabilizaram o debate dos 30 anos da Constituição. Interessante destacar, nesse teor de ideias, que não apenas o corpo acadêmico, mas igualmente a esfera política se encontra aberta, em âmbito nacional e regional, ao diálogo – vide o requerimento nº 11.235/2018, de autoria do Deputado Estadual de Minas Gerais, André Quintão e publicado em 23 de março do corrente ano, pela realização de debate público acerca "dos 30 anos da Constituição Federal de 1988 e seus impactos nos direitos sociais no Brasil" (QUINTÃO, 2018).

Deste modo, um dos principais desafios para a implementação dos Direitos Humanos na ordem contemporânea brasileira vem a ser justamente a assimilação deste leque recentemente expandido. A Carta Constitucional se depara, assim, no seu trigésimo aniversário, com o desafio de se manter atual através de seus intérpretes.

Considerações finais

É preciso, seja por um esforço de homenagem a intuitos relevantes e cruciais efetivados há três décadas, seja pela premente necessidade de se conter as paixões no já inflamável cenário sociopolítico hoje erguido no Brasil, evitar que a Lei Maior do ordenamento jurídico pátrio seja erroneamente vilanizada. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 possui, não obstante suas limitações, um profundo compromisso com a igualdade; deve-se, assim, ao invés de sacrificá-la, resgatar este compromisso.

Assim, com todas as críticas que se possa conjecturar, o texto constitucional se mostra inegavelmente comprometido com os Direitos Humanos. Um sentimento geral de insatisfação acomete a sociedade bra-

sileira no tempo presente, mas diz respeito não à própria Constituição da República e seus comandos escritos, mas sim à sua interpretação e aplicação prática, visíveis na maneira como vem sendo geridas as instituições públicas e no modo como vem sendo aplicadas, ou mesmo descumpridas, as leis. Há, neste momento, uma desigualdade operacional em andamento, e não uma norma inadequada à regência do país.

É a partir desta constatação que se revela a maneira como as efemérides que marcam o ano de 2018 e inauguram o presente artigo encontram, na reação aos símbolos festejados, a via da perpetuação, da continuidade, do não-esquecimento: quando são enxergadas como veículos dos valores, conquistas e metas promovidos através dos marcos celebrados. É por uma força muito superior à mera coincidência que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 merecem ser enaltecidas em conjunto, levando-se em consideração o modo como integram uma mesma via rumo à efetiva valorização e proteção da vida humana. Quando o próprio episódio de rememoração tem reconhecido o seu *status* de *lugar de memória* (NORA, 1993), todo ato de lembrança configura, por si só, um resgate.

Daí a dupla afirmação constante – a título de exemplo entre as iniciativas voltadas às comemorações – da Portaria nº 179, de 05 de abril de 2018, do Ministério dos Direitos Humanos, que institui uma Comissão responsável pelos eventos pertinentes à celebração do septuagésimo aniversário da Declaração de 1948 (ROCHA, 2018). Se, por um lado, transparece, às raias da obviedade, com o intuito de celebrar este documento universal, a edição de tal norma interna acaba, por outro, pondo em evidência uma pasta ministerial cuja razão de ser é justamente a Constituição Federal de 1988 – ou, sob um olhar mais íntimo e preciso, os valores que elege como centrais e invioláveis. Os resgates, portanto, não se extinguem nas efemérides; antes tem seus inícios – no plural, aproveitando as datas redondas – na exaltação simbólica presente em cada uma delas.

Deste modo, o duplo aniversário que se observa – e festeja – em 2018, mais do que um comentário ou aplauso, é um chamado à ação, fundado no entendimento de que os Direitos Humanos são a única plataforma emancipatória da sociedade estruturada nas fundações da

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, demandando, assim, uma sedimentação plena.

Referências Bibliográficas

ARENDT, Hannah. *As Origens do Totalitarismo.* Trad. Roberto Raposo, Rio de Janeiro, 1979.

BACKES, Ana Luiza; AZEVEDO, Débora Bithiah de (org.). *A sociedade no Parlamento Imagens da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRANDÃO, Lucas Coelho. *Os movimentos sociais e a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988*: entre a política institucional e a participação popular. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP, 2011.

BRASIL. *Anais da Assembleia Nacional Constituinte.* Brasília: Senado Federal, 1987a. Disponível em <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp>. Acesso em 17 de abr. de 2018.

_____. *Anteprojeto Constitucional Afonso Arinos*. Brasília: Senado, 1986. Disponível em <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituinte/AfonsoArinos.pdf>. Acesso em 12 de abr. de 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 08 de abr. de 2018.

_____. *Emendas Populares encaminhadas à Assembleia Nacional Constituinte.* Câmara dos Deputados, 1987b. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituinte/

comissao-de-sistematizacao/emendas-de-plenario-e-populares>. Acesso em 21 de abr. de 2018.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo Direito e Justiça Distributiva*: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____ *Fundamentos dos Direitos Humanos*. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, 1997. Texto disponível em <http://www.iea.usp.br/artigos>. Acesso em 08 de mai. de 2018.

NORA, Pierre. Entre memória e história: a problemática dos lugares. Trad. Yara Khoury. *Projeto História*, São Paulo: PUC-SP, n. 10, p. 7-28, dez. 1993.

ONU. BRASIL. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 1948. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em 03 de mai. de 2018.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Direitos Humanos*: desafios e perspectivas contemporâneas. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 75, p. 107-113, 2009.

QUINTÃO, André. Assembleia Legislativa de Minas Gerais. Requerimento nº 11.235/2018. *Diário Oficial*, de 23 de março de 2018. Disponível em <https://www.almg.gov.br/export/sites/default/consulte arquivo_diario_legislativo/pdfs/2018/03/L20180323.pdf>. Acesso em 15 de mai. de 2018.

ROCHA, Antônio Sérgio. *Genealogia da Constituinte. Do autoritarismo à Redemocratização*. Lua nova. Revista de Cultura e Política. Dossiê "Constituição e Processo Constituinte", nº88, 2013.

ROCHA, Gustavo do Vale. Ministério dos Direitos Humanos. Portaria nº 179. *Diário Oficial da União*, nº 69, 11 de abr. de 2018, Seção 1. Disponível em <http://sintse.tse.jus.br/documentos/2018/Abr/11/portaria-no-179-de-5-de-abril-de-2018-institui-a-comissao-responsavel-pela-organizacao-das-atividades-de-celebracao-dos-70-anos-da-declaracao-universal-dos-direitos-humanos-no-ambito-do-ministerio-dos-direitos-humanos-comissao-dudh-70>. Acesso em 26 de abr. de 2018.

SAIC. *Sistema de Apoio Informático à Constituinte*. Senado Federal, 1987. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/baseshist/bh.asp#/>. Acesso em 17 de abr. de 2018.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Uma concepção multicultural de direitos humanos*. Revista Lua Nova, v. 39, São Paulo, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. ***A eficácia dos Direitos Fundamentais***. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 10. ed. rev., atual. e ampl, 2011.

SGCO. *Base de Sugestão dos Constituintes*. Câmara dos Deputados, 1987. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituinte/sugestoes-dos-constituintes>. Acesso em 17 de abr. de 2018.

Refugiados: um estudo sobre a cidadania e os Direitos Fundamentais

Amanda Garcia de Oliveira
Cristiano Szymanowski

Introdução

Desde o início da guerra civil síria, milhares de famílias têm que escolher entre ficar no país em que nasceram e correrem risco de vida diariamente ou deixar tudo que conhecem, o país, a família, a cultura, os costumes, e irem para um novo lugar que é estável, mas, também, é completamente diferente de tudo que conhecem e onde há discriminação e xenofobismo. Ademais, muitos refugiados não conseguem sobreviver à travessia de um país para o outro, visto que as embarcações são, muitas vezes, lotadas e não têm manutenção. Esse foi o caso de Alan Kurdi, pois seu corpo foi encontrado na praia de Bodrum, após a embarcação que ele estava ter naufragado, e ele, seu irmão e sua mãe terem se afogado.

As famílias que decidem sair da zona de guerra e conseguem chegar a um país europeu passam pela discriminação e pelo preconceito. Tal situação fica visível na ponderação do afegão, população que também é afetada por guerras, como o povo sírio, Arash Seddique, em um depoimento para a Organização das Nações Unidas (ONU), no qual ele

fala que "(No Afeganistão) Nós temos as casas de nossos familiares, nós saímos para curtir. Então, nós temos uma vida que ninguém questiona, ou olha para mim e diz: ‹Você não pertence a esse lugar›". Sendo assim, percebe-se que os refugiados saem de seus países por causa de um profundo desrespeito aos seus direitos fundamentais, e, quando chegam a um novo país, vários de seus direitos continuam sendo violados. Assim, o artigo busca responder à seguinte questão-problema: tendo em vista o auxílio que os refugiados recebem e a preservação dos seus direitos, como os direitos fundamentais dos refugiados são materializados?

Dessa forma, o estudo da situação dos refugiados é de grande relevância para a sociedade, visto que eles são uma numerosa parte da população que não deve ser desprezada. Além disso, as guerras em outros países afetam, mesmo que indiretamente, todos os países, seja economicamente ou socialmente, com o aumento da violência/do terrorismo, por exemplo. A análise desse tema envolve as matérias de direito constitucional e direito internacional, visto que trata de assuntos das disciplinas, os direitos fundamentais e os tratados internacionais, dentre outros. As garantias fundamentais, que serão abordadas no artigo, são a base dos direitos dos seres humanos, sendo imprescindíveis para a mínima vivência do indivíduo.

Para atingir o objetivo do trabalho, serão: conceituados as expressões "refugiado", "cidadão", "cidadania" e "asilo político"; descritos os direitos que o refugiado possui; constatado como seus direitos são preservados nos países que os recebem; exemplificados países que resguardam os direitos dos refugiados; e, apresentados tratados e acordos internacionais sobre refugiados.

A pesquisa, no que se refere à natureza, será pura, ou seja, existe "a aquisição do conhecimento de forma teórica" (CORDEIRO, MOLINA, DIAS, 2014, p. 126). Já em relação aos objetivos, a pesquisa será exploratória e bibliográfica, e o seu procedimento prático será documental por meio da leitura e do fichamento de autores que discorrem sobre o tema. Autores como Wellington Pereira Carneiro, Jeane Silva de Freitas e outros autores serão pesquisados para o desenvolvimento do artigo científico e serão utilizados para a conclusão do estudo.

1. Conceitos iniciais

O conceito de refugiado foi, ao longo do tempo, transformando-se, e, atualmente, não existe somente um conceito, mas vários, complementando-se. Dessa forma, o refugiado é o que teme "ser perseguido por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas" (CONVENÇÃO RELATIVA AO ESTATUTO DOS REFUGIADOS) ou o que escapou de "conflitos armados ou perseguições" (NAÇÕES UNIDAS) e "devido à grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país" (FERNANDES, 2015, p. 649/650). Assim, de acordo com Bernardo Gonçalves, como não pode regressar a seu país de origem, o refugiado não tem nacionalidade, sendo necessário o refúgio em outros países.

Contudo, não existe somente uma classificação de refugiado. Trata-se de asilados políticos e de refugiados de guerra. De acordo com Paulo Henrique Portela (apud SOARES, 2012), as diferenças entre esses dois institutos são a obrigatoriedade do refúgio e a discricionariedade do asilo para o Estado. Também não existe foro internacional para questões relacionadas ao asilo, enquanto existem órgãos internacionais que regulam o refúgio, tendo como exemplo o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR). Os motivos também diferem nesses dois institutos, sendo políticos os motivos do asilo, e os do refúgio seriam as perseguições por motivo de raça, grupo social, entre outros.

No ordenamento jurídico internacional, existem diversas legislações e órgãos internacionais que protegem o refugiado, como é o exemplo do Estatuto dos Refugiados e da ACNUR, porém ainda não percebemos uma adequação dos refugiados como efetivos cidadãos e sujeitos de direitos dos países que os recebem. A nacionalidade, segundo Jacob Dolinger (2014, p. 45), "é o vínculo jurídico que une, liga, vincula o indivíduo ao Estado" e pode ser adquirida pelo refugiado por meio da naturalização, enquanto a cidadania seria a nacionalidade em conjunto com os direitos políticos, o direito de votar e de ser votado, esses direitos são exercidos pelos cidadãos "natos". Por isso, o refugiado, que não tem mais pátria, deve se submeter a um longo e difícil processo para se tornar um cidadão, e, durante o andamento, o refugiado

necessita de receber uma "atenção especial", devido à sua situação de total desrespeito aos seus direitos fundamentais.

Podemos, assim, perceber uma mudança na finalidade dos direitos fundamentais, que, segundo Gilmar Mendes e Paulo Branco (2016, p. 154), "antes, buscavam proteger reivindicações comuns a todos os homens", passando a "proteger seres humanos que se singularizam pela influência de certas situações específicas [...] por conta de certas peculiaridades, tornam-se merecedores de atenção especial".

Com a evolução da percepção dos direitos fundamentais, pode-se perceber a necessidade da proteção do indivíduo, que, por eventos alheios a ele, passa a precisar de uma extensão na proteção de seus direitos. A execução dos direitos fundamentais pode proporcionar a integração do "estrangeiro", ou seja, indivíduo que não pertence à nacionalidade do território em que reside. Tal fato tem como consequência a habituação a essa nova nação, fazendo com que o indivíduo passe a pertencer a ela, sem deixar as especificidades da sua antiga cultura. Dessa maneira, a proteção dos direitos fundamentais é imprescindível para a realização do sujeito como "Pessoa Humana", sendo assim, detentor de direitos e de uma vida digna.

A efetivação do sujeito como "Pessoa Humana" remete-nos à ideia da "Dignidade da Pessoa Humana", que seria, segundo Motta (2013),

> a dignidade é essencialmente um atributo da pessoa humana pelo simples fato de alguém "ser humano", se tornando automaticamente merecedor de respeito e proteção, não importando sua origem, raça, sexo, idade, estado civil ou condição sócio-econômica.
>
> É um princípio fundamental incidente a todos os humanos desde a concepção no útero materno, não se vinculando e não dependendo da atribuição de personalidade jurídica ao titular, a qual normalmente ocorre em razão do nascimento com vida.

Dessa forma, os refugiados, pelo simples fato de serem humanos, já são detentores de direitos fundamentais para que, assim, sua existência seja notadamente respeitada, como por exemplo, nos limites do mínimo existencial.

Outro conceito correlacionado à dignidade da pessoa humana é o "sujeito de direito", esse ente seria "possuidor de direitos que, inclusive, lhes são inerentes e preexistentes a qualquer ordem jurídica positiva" (TOLE-

DO, 2015). Por consequência, as pessoas, que, nesse caso específico, seriam os refugiados, não poderiam dispor de seus direitos adquiridos com o nascimento e nem ter seus direitos negados por qualquer ordenamento jurídico, ou seja, por qualquer país em que estejam residindo.

2. Direito dos Refugiados

A "Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados" (1951) dispõe em seus artigos diversas proteções e direitos que o refugiado possui, como também os deveres que eles têm para com a nação que os recebe. Portanto, o presente trabalho tenta demonstrar quais são os direitos desse grupo determinados por convenções e tratados internacionais. Também, utilizaremos uma das declarações mais conhecida pelo mundo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

No que tange à discriminação, em seu terceiro artigo, o Estatuto dos Refugiados trata do direito à não discriminação: "os Estados Contratantes aplicarão as disposições desta Convenção aos refugiados sem discriminação quanto à raça, à religião ou ao país de origem." Esse tema também é abordado pela "Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1969), que, especificamente, trabalha com as diversas formas de discriminação racial, tipificando-a como qualquer diferenciação baseada em raça que tem como fim restringir o exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, enaltecendo, assim, o artigo terceiro do Estatuto. A Convenção também prevê a utilização de medidas punitivas para as pessoas que cometerem discriminação, também a utilização do ensino, como forma de educar a população.

Já a respeito da isonomia, no quarto artigo, a Convenção estabelece que os Estados receptores não devem tratar diferentemente os refugiados em relação à liberdade de praticar a sua religião, e, também, o artigo 33 proíbe a expulsão do país em virtude da religião (OHCHR, 2017). Ao mesmo tempo, a resolução 211 da 65ª assembleia geral da ONU reconhece, em sua oitava cláusula, a situação de pessoas em situações vulneráveis, incluindo refugiados, a respeito da capacidade do livre exercício do direito da liberdade religiosa ou de crenças (tradução

livre) (GENERAL ASSEMBLY OF UNITED NATIONS, 1969), reiterando o disposto no Estatuto dos Refugiados.

No que se refere à moradia, o Estatuto dos Refugiados (1951) destaca no artigo 13, que os refugiados têm os mesmos direitos que os nacionais no aluguel, na aquisição de propriedades, entre outros, e, no artigo 21, que o alojamento deve ser o mais favorável possível e não pior do que os ofertados a estrangeiros em geral. A ONU desenvolveu princípios, *The Pinheiro Principles* (COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, 2005), que protegem a restituição da moradia e das propriedades, o segundo princípio declara o direito dos refugiados à restituição de suas casas.

A proteção jurídica é outro tema fundamental na discussão sobre uma vida ideal para o refugiado. Existe um projeto da UNHCR em conjunto com a *Hungarian Helsinki Committee* (2014) sobre a instalação de clínicas de direito para refugiados, que teriam as funções de prover uma assistência, sem custos, a esse grupo de pessoas e promover o aprendizado prático das legislações sobre refugiados aos estudantes e aos advogados que participam do projeto. Ademais, essas duas instituições desenvolveram um livro, *The Refugee Law Reader: Cases, Documents and Materials* (VEDSTED-HANSEN, 2015), sobre as legislações voltadas aos refugiados, com casos em andamento e já julgados em continentes, como, a África, as Américas, a Ásia e a Europa. Já o Estatuto dos Refugiados (1951) reverbera, em seu artigo 16, sobre o direito de estar em juízo, o acesso aos tribunais e a assistência judiciária.

Em relação ao trabalho, os artigos 17, 18 e 19 do Estatuto dos Refugiados (1951) protegem as profissões assalariadas, não assalariadas e liberais, respectivamente. O direito ao trabalho é assegurado pelo "Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais" em seu artigo sexto, "o direito ao trabalho, que compreende o direito que têm todas as pessoas de assegurar a possibilidade de ganhar a sua vida por meio de um trabalho livremente escolhido ou aceite" (1976). Este é fundamental, visto que, é uma outra maneira de integrar o refugiado a sua "nova" nação. Ainda no âmbito do trabalho, o artigo 24 do Estatuto trata sobre as legislações do trabalho, no que diz respeito a regulamentação de horas de trabalho, remuneração, férias pagas, formação profissional e outros, e a previdência social, quando há acidentes no trabalho, invalidez, entre outros.

No quesito educação, a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951), em seu artigo 22, explana sobre a imprescindibilidade da educação pública para essa população. A Agência de Refugiados das Nações Unidas ("*The UN Refugee Agency*" - UNHCR) realizou um estudo sobre a qualidade, a proteção, o acesso e os desafios da educação, dentre eles estão: o acesso limitado, que é reduzido pela metade na educação secundária em comparação à média global, segundo a UNESCO (2011); uma educação que não possibilita o crescimento pessoal e a inserção no mercado de trabalho; a possibilidade de, na escola, haver "*bullying*", ou seja, ser local de discriminação racial e de gênero, de exploração sexual, com torturas, perigo e ataques; a utilização de índices errôneos, que ocultam os verdadeiros problemas da educação; falta de professores e profissionais qualificados; poucos recursos financeiros e má coordenação destes; evacuação escolar.

Os documentos de identidade são mais uma proteção prevista no Estatuto dos Refugiados (1951), que, no artigo 27, exige dos Estados receptores a entrega de documentos de identidade para aqueles que estão em seu território e não tenham documentos, e o artigo 28 dispõe sobre a entrega de documentos para permitir que o refugiado viaje para outros países. O documento EC/SCP/33, "*Identity Documents for Refugees*" (1984), da UNHCR demonstra a importância da documentação pessoal na vida de cada ser humano e, especialmente, na vida do refugiado, visto que pessoas sem documentação são deportadas e detidas, como também a tipificação de refugiado na documentação auxilia a implementação de medidas protetivas às pessoas nessa condição. Portanto, os documentos de identificação possibilitam o exercício da dignidade da pessoa humana, pois toda pessoa tem o direito ao documento de identificação para poder pleitear direitos e tornar-se parte de uma pátria.

Relativamente à situação irregular dos refugiados no país acolhedor, o artigo 31 do estatuto discorre acerca da proibição da aplicação de sanções penais quando a permanência do cidadão nesse novo estado possui relação direta com a preservação da sua vida ou da integridade física/psíquica. No tocante à naturalização, o artigo 34 dessa convenção requer a simplificação da assimilação do refugiado, como também, a redução do tempo e das despesas desse processo. Contudo, cada país tem procedimentos e legislações próprias, podendo dificultar para os

refugiados a compreensão de cada processo e o que deve ser feito para se tornar um cidadão da sua nova nação.

Sobre a expulsão devido a questões raciais, no artigo 33 desse Estatuto, o Estado receptor fica proibido de expulsar ou rechaçar o refugiado devido a sua raça e sua religião, que já foram citados neste trabalho, sua nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas. Ademais, o artigo 32, também, proíbe a expulsão do refugiado "senão por motivos de segurança nacional ou de ordem pública". O princípio do "*non-refoulement*" estaria ligado a esse tema, visto que proíbe o envio do refugiado à nação em que é ou já foi perseguido.

Quanto à naturalização, os Estados receptores devem facilitar "assimilação e a naturalização dos refugiados" e tentar "acelerar o processo de naturalização e reduzir, na medida do possível, as taxas e despesas desse processo" (CONVENÇÃO RELATIVA AO ESTATUTO DOS REFUGIADOS, 1951, art. 34). Cada país receptor tem leis internas regulando o processo de naturalização, desse modo a forma de assimilação dos refugiados pode variar de um país para o outro. Esse dispositivo tenta proteger direitos inerentes ao refugiado, que faria parte da consagração da sua dignidade como pessoa humana, ao passo que a aproximação dos refugiados à nova sociedade na qual ele está vivendo viabilizaria uma socialização e a possibilidade de se sentirem "em casa".

O Estatuto dos Refugiados (1951) também estabelece diversos direitos, tais como: artigo 14, que faz com que o país receptor proteja produções intelectuais e industriais dos refugiados; artigo 15, o qual dispõe que os Estados devem conceder a possibilidade de associação sem fins políticos e lucrativos, como também, aos sindicatos profissionais; artigo 20, segundo o qual, na hipótese da existência de um racionamento para uma parte da população, os refugiados devem ser tratados como os nacionais; artigo 29, que proíbe a sujeição dos refugiados a impostos superiores aos dos nacionais; artigo 30, o qual possibilita a transferência de bens para o novo território e requer, dos Estados receptores, a consideração com benevolência dos pedidos de transferência de bens.

O direito à saúde e a uma boa alimentação é assegurado pelo artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948): "toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua

família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica". Já o Estatuto dos Refugiados é omisso nesses temas, visto que eles não aparecem em nenhum momento do texto desse documento. A UNHCR desenvolveu uma estratégia global (GLOBAL STRATEGY FOR PUBLIC HEALTH, 2014) para a saúde pública e a segurança alimentar. Trata-se de seis objetivos para a saúde: aumentar o acesso a programas de cuidados primários da saúde, reduzir a mortalidade por doenças e epidemias transmissíveis, melhorar a taxa de sobrevida na infância, facilitar o acesso à prevenção e ao controle das doenças não transmissíveis e outros. De forma análoga, também existem três objetivos para a segurança alimentar: a prevenção efetiva da subnutrição, o tratamento da má nutrição e o fornecimento de comida segura, como também informações e análise da nutrição.

Sobre o idioma, a "Declaração Universal dos Direitos Linguuísticos" é uma convenção específica, que explana, em seu terceiro artigo, a respeito da utilização dos direitos de ser reconhecido como membro de uma comunidade linguística, o direito ao uso da língua em privado e em público, o direito ao uso do próprio nome, entre outros. Já o artigo quarto discorre especificamente sobre os imigrantes, que têm a obrigação e a prerrogativa de estabelecer uma relação de integração, devendo preservar a cultura de país de origem e, concomitantemente, assimilar valores e costumes do país acolhedor. Dessa forma, a declaração proteje o uso de qualquer forma de expressão cultural (artigo 41).

Um ponto a ser discutido é a expressão "nas mesmas circunstâncias", que é abordada no artigo sexto da "Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados" (1951) e muito utilizada nos artigos desse documento:

> Art. 6° - A expressão "nas mesmas circunstâncias"
>
> Para os fins desta Convenção, os termos "nas mesmas circunstâncias" implicam que todas as condições (e notadamente as que se referem à duração e às condições de permanência ou de residência) que o interessado teria de preencher, para poder exercer o direito em causa, se ele não fosse refugiado, devem ser preenchidas por ele, com exceção das condições que, em razão da sua natureza, não podem ser preenchidas por um refugiado.

O artigo sexto dessa convenção traria o direito, para os refugiados, ao tratamento igual a de um nacional, dessa forma o governo que concedesse o asilo ao refugido deveria prover condições médicas, alimentares, educacionais, de segurança, de moradia como as que são disponibilizadas para seus cidadãos. Contudo, ainda há uma enorme discrepância entre o tratamento dispensado a um estrangeiro que vai para o país estudar ou trabalhar, e tem o suporte e o auxílio do governo, daquele que vai para se refugiar, mesmo que ele esteja necessitando mais dessa assistência.

3. A aplicação dos Direitos dos Refugiados

Segundo a UNHCR (2015), agência das Nações Unidas voltada aos refugiados, em um estudo realizado no final de 2015, os países que mais recebem refugiados (de todas as nacionalidades) são a Turquia (recebendo 2,5 milhões), o Paquistão (1,6 milhões), o Líbano (1,1 milhões), o Irã (979.400), a Etiópia (736.100) e a Jordânia (664.100). Segundo a UNHCR (2015), somando o número de asilos dos dez países que mais recebem refugiados, eles comportam 58% (9,3 milhões) da população global de refugiados registrados na UNHCR.

Nenhum dos países da Europa ou as Américas fazem parte da lista dos países que recebem mais refugiados, porém, dentre os países da Europa, a Alemanha recebeu 316.115 mil refugiados em 2015, sendo o país europeu que mais recebeu pedidos de refúgios. Já em relação às Américas, o Equador é o país que mais recebeu refugiados (53.191), segundo a pesquisa da UNHCR (2015), e, em seguida, está o Brasil com 8.707 asilados em 2015.

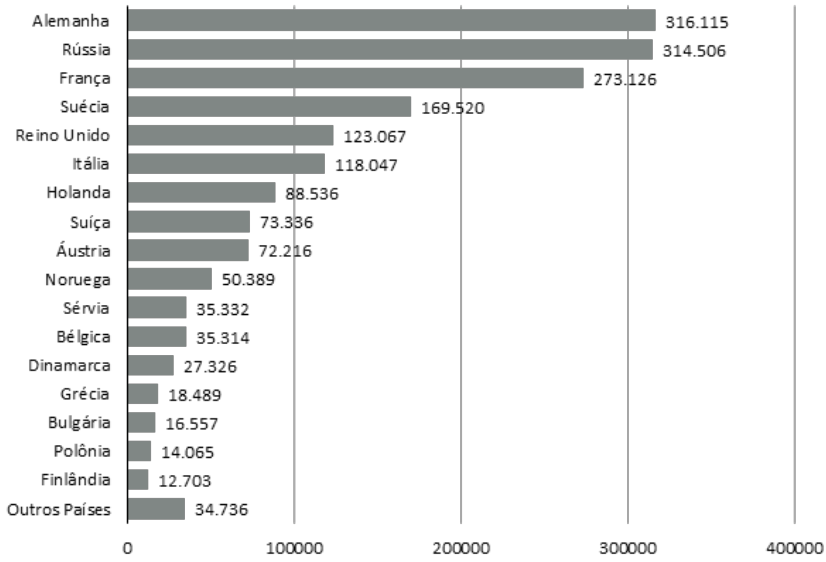
No que diz respeito à legislação, cada país dispõe de procedimentos e leis distintas, como também protege os direitos dos refugiados de maneiras diversificadas, seja por meio de políticas públicas, fomento à integração, entre outros. Ademais, existem países que não protegem esses direitos e desprezam necessidades básicas do ser humano. Nessa parte deste estudo, serão analisados como diversos países protegem os direitos dos refugiados.

3.1. Europa

Dentre os países que mais recebem refugiados na Europa, a Alemanha recebeu 316.115 refugiados, como já foi citado acima. Os dez países

que mais recebem refugiados estão indicados no gráfico 1, dentre eles se destacam a Rússia em segundo lugar (314.506), a França (273.126) e a Suécia (169.520) (UNHCR, 2015).

Gráfico 1: Número de Refugiados asilados na Europa no final de 2015



Fonte: UNHCR (2015)

A União Europeia, o bloco econômico do qual participam seis dos dez países que mais recebem refugiados, dedica um dos capítulos do "Tratado sobre o funcionamento da União Europeia" (1957) às "Políticas relativas aos controlos nas fronteiras, ao asilo e à imigração" (Capítulo 2). Nesse capítulo, a união compromete-se a desenvolver uma política migratória que conceda proteção àqueles que necessitem, como também observe o princípio da não repulsão, a Convenção de Genebra e o Estatuto dos Refugiados (Artigo 78).

Um dos temas mais polêmicos envolvendo a crise dos refugiados e a União Europeia é a política de quotas. A Comissão Europeia (EUROPEAN COMMISSION, 2016), no início do ano de 2016, sugeriu algumas mudanças nas regras de asilo (Convenção de Dublin - número C254/1),

dentre elas está uma multa de €250,000 (R$ 848.798,44) para cada refugiado recusado, mesmo alterando o valor na multa, o comitê europeu aderiria uma pena para esses casos. De acordo com a BBC (2016), essa mudança haveria sido gerada pela falta de auxílio de diversos países e pela falta de consciência da responsabilidade compartilhada ("*Fair Share*") que têm. Diferentes integrantes do bloco já refutaram essa ideia, entre eles estão a República Checa, a Eslováquia, a Polônia e a Hungria.

A relocação dos refugiados que chegam à Grécia e à Itália é um dos problemas que a União Europeia enfrenta, visto que a Grécia já expressou que sua capacidade de recepção e asilo chegaram ao limite, sendo que as transferências para outros estados continuam baixas (EUROPEAN COMMISSION, 2016). Somente alguns países integrantes do bloco retiram, mensalmente, refugiados da Grécia e da Itália, são eles: a Alemanha, a França, a Holanda, Portugal e a Finlândia. Segundo um relatório da Comissão Europeia (EUROPEAN COMMISSION, 2016), a Suíça e a Noruega também têm a intenção de fazer remoções mensais.

Conclusão

A primeira parte do estudo explica diversos conceitos, tais como, as diferenças entre cidadania e nacionalidade, a definição de refugiado, as mudanças nas finalidades dos direitos fundamentais, como também a correlação entre a dignidade da pessoa humana e os sujeitos de direito. Relativamente ao segundo tópico do trabalho, alguns direitos fundamentais aos refugiados foram discutidos conjuntamente com as legislações que os protegem.

Além do auxílio de alguns governos da Europa e do mundo, para amenizar a situação da Síria e o combate ao terrorismo, existem diversos grupos, como o grupo Capacetes Brancos (*The White Helmets*) e a Cruz Vermelha, que tentam ajudar. O grupo de Capacetes Brancos é composto por diversos homens, que dão suas vidas para salvar pessoas presas dentro de escombros após bombardeios e já salvaram mais de 78.529 sírios. Vale ressaltar que mais de 141 capacetes brancos já morreram salvando vidas (SERHAN, 2016). Já a Cruz Vermelha é uma organização mundial de traz

assistência médica a países em situações de calamidade. Na Síria, eles já realizaram cinquenta e cinco missões, trouxeram comida e cuidados médicos para oito milhões de pessoas, como também, água potável para outras milhões (INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, 2016).

Portanto, a crise dos refugiados pode ser amenizada com a cooperação dos países ao disponibilizar condições adequadas de refúgio, a fim de integrar os refugiados a sua nação, e também ao prover fundos para as fundações que atuam dentro da Síria para abrandar o cenário de terror presente nas cidades, como Aleppo.

Contudo, o estudo desse tema não se finda, pois as guerras na Síria ainda estão acontecendo e tomarão diversos desdobramentos no futuro. Vemos, atualmente, uma ascensão das políticas de fechamento de fronteiras e uma redução no auxílio aos refugiados, como por exemplo o decreto do atual Presidente dos Estados Unidos da América, Donald Trump. Ademais, permanece um questionamento: "porque os refugiados não são tratados da mesma maneira que outros imigrantes?". Essa distinção e as novas políticas precisam ser estudadas para atenuar a situação da população síria.

Bibliografia

AMNESTY INTERNACIONAL. **Refugees Welcome Index**. 2016. Disponível em: <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2016/05/refugees-welcome-survey-results-2016/>. Acesso em 24 jan. 2016.

ASLUM ACCESS; REFUGEE WORK RIGHTS COALITION. Global Refugge Work Rights Report. 2014. Disponível em: <https://asylumaccess.org/wp-content/uploads/2014/09/FINAL_Global-Refugee-Work-Rights-Report-2014_Interactive.pdf>. Acesso em 15 jan. 2017.

AUSWÄRTIGES AMT. Berlin Conference on the Syrian Refugee Situation – Supporting Stability in the Region – 28 October 2014. 2014. Disponível em: <http://www.auswaertiges-amt.de/EN/Aussenpolitik/RegionaleSchwerpunkte/NaherMittlererOsten/syriarefugeeconference/Uebersicht_node.html>. Acesso em: 24 jan. 2016.

CAMERON, Rob. **Migrant crisis**: Why Central Europe resists refugee quota. BBC: 2015. Disponível em : <http://www.bbc.com/news/world-europe-34313478>. Acesso em: 26 jan. 2016.

COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. **The Pinheiro Principles**: Housing and property restitution in the context of the return of refugees and internally displaced persons. Disponível em: <http://www.unhcr.org/protection/idps/50f94d849/principles-housing-property-restitution-refugees-displaced-persons-pinheiro.html>. Acesso em: 09jan. 2017.

CONVENÇÃO relativa ao estatuto dos refugiados, 28 jul. 1951. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf?view=1>. Acesso em: 26 abr. 2016.

CORDEIRO, Gisele de Rocio; MOLINA, Nilcemara Leal; DIAS; Vanda Fattori.**Orientações e dicas práticas para trabalhos acadêmicos**. 2. ed. Curitiba: Intersaberes, 2014.

DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**, 11. ed. São Paulo: Editora Forense, 2014.

EUROPEAN COMMISSION. **Commission recommendation addressed to the Member States on the resumption of transfers to Greece under Regulation (EU) No. 604/2013**. Disponível em : <https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/proposal-implementation-package/docs/20161208/recommendation_on_the_resumption_of_transfers_to_greece_en.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2016.

EUROPEAN COMMISSION. **Communication from the commission to the European parliament, the European council and the council:** eighth report on relocation and resettlement. Disponível em: <https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/proposal-implementation-package/docs/20161208/eighth_report_on_relocation_and_resettlement_en.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2016.

EUROPEAN COMMISSION. **Proposal for a regulation of the European parliament and of the council.** Disponível em: <https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/proposal-implementation-package/docs/20160504/dublin_reform_proposal_en.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2016.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

GENERAL ASSEMBLY OF UNITED NATIONS. Elimination of all forms of intolerance and ofdiscrimination based on religion or belief. 1969. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/65/211>. Acesso em: 09jan. 2017.

INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. **Syria crisis**. 2016. Disponível em: <https://www.icrc.org/en/where-we-work/middle-east/syria>. Acesso em 15 de fev. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MOTTA, Artur Francisco Mori Rodrigues. A dignidade da pessoa humana e sua definição. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 119, dez 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14054>. Acesso em dez 2016.

NAÇÕES UNIDAS explica significado de status de refugiado e migrante. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acnur-explica-significado-de-status-de-refugiado-e-migrante/>. Acesso em: 26 abr. 2016.

NAÇÕES UNIDAS. **Irregular Migration, Human Trafficking and Refugees**. Disponível em: <http://www.un.org/en/development/desa/population/publications/pdf/policy/InternationalMigrationPolicies2013/Report%20PDFs/k_Ch_5.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2017.

OHCHR. **International standards on freedom of religion or belief**. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/FreedomReligion/Pages/Standards.aspx>. Acesso em: 10jan. 2017.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em : <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 10jan. 2017.

ONU. **Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**.Disponível em : <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto_internacional.pdf>. Acesso em: 15jan. 2017.

ONU.**Declaração Universal dos Direitos Linguísticos**. Disponível em : <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/a_pdf/dec_universal_direitos_linguisticos.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2017.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**, 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

SERHAN, Yasmeen. **Who Are the White Helmets?**. The Atlantic: 2016. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/news/archive/2016/09/syria-white-helmets/502073/>. Acesso em 15 fev. 2017.

TOLEDO, Maria Fernanda Pessatti de. O Sujeito do Direito, o Dever Jurídico e o Lugar da Moral na Sociedade Contemporânea.**Conteúdo Jurídico.** Brasília: mar. 2015. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.52616&seo=1>. Acesso em: 06 dez. 2016.

UNESCO. **Refugee Education**: a global review.Toronto: Ontario Institute for Studies in Education, 2011. Disponível em : <http://www.unhcr.org/4fe317589.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2017.

UNHCR. **Facts and Figures about Refugees**. 2015. Disponível em: <http://www.unhcr.ie/about-unhcr/facts-and-figures-about-refugees>. Acesso em: 20jan. 2017.

UNHCR. **Global strategy for public health**. 2014. Disponível em: <http://www.unhcr.org/530f12d26.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2017.

UNHCR. **Global Trends: forced displacement in 2015**. Disponível em: <http://www.unhcr.org/576408cd7.pdf>. Acesso em: 20jan. 2017.

UNHCR. **Identity Documents for Refugees Identity Documents for Refugees**. Disponível em: <http://www.unhcr.org/excom/scip/3ae68cce4/identity-documents-refugees.html>. Acesso em: 09 jan. 2017.

UNHCR; HUNGARIAN HELSINKI COMMITTE.Guideon **Establishing a Refugge Law Clinic**. Disponível em: <http://helsinki.hu/wp-content/uploads/Refugee-Law-Clinic-Guide_ENGLISH.pdf>. Acesso em: 11jan. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia**. 1957. Disponível em : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=PT>. Acesso em: 26 jan. 2016.

VEDSTED-HANSEN, Jens. **The Refugee Law Reader**: cases, documents and materials., 7. ed. Budapest: Hungarian Helsinki Committee, 2015. Disponível em: <http://www.refugeelawreader.org/images/Syllabus-2015-02-27-US-WEB.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2017.

Os trinta anos da constituição de 1988: reflexões acerca dos refugiados venezuelanos no Brasil

Arthur Bezerra de Souza Júnior
Fernando R. M. Bertoncello
Isabelle Dias Carneiro Santos

Introdução

Este artigo acadêmico visa abordar a crise de refugiados envolvendo venezuelanos que estão fugindo para o Brasil, a fim de escapar de condições desumanas que estão enfrentando em seu país de origem ultimamente.

A xenofobia não é um sentimento novo em relação aos refugiados, mas o que realmente chama a atenção é o fato de que ela persiste mesmo hoje em dia durante uma crise de refugiados que está acontecendo em todo o mundo.

Michale Minkenberg (2008) aponta vários sentimentos, que enumera e denomina, entendendo que são os principais vilões daqueles que migram, uma vez que tais sentimentos favorecem práticas hostis a esses migrantes. São eles: racismo, anti-semitismo, chauvinismo, religiocentrismo (fundamentalismo), xenofobia, nativismo, heteronormatividade e autoritarismo.

Acredita-se que todos esses sentimentos estão por trás da decisão de fechar as fronteiras de Roraima, a fim de evitar que tantos refugiados chegassem pelo estado ao Brasil; e é por isso que esta discussão é trazida

para este artigo, de modo que será possível verificar se tal decisão é baseada em qualquer entendimento legal ou apenas sobre os sentimentos acima mencionados.

Assim, justifica-se a importância de abordar esse grupo de indivíduos que atualmente é considerado o que mais requer refúgio no Brasil, configurando 33% dos pedidos de reconhecimento do *status* de refúgio no país, segundo órgãos oficiais do governo (BRASIL, 2017).

Para isso, será utilizada metodologia baseada em método qualitativo e pesquisa exploratória descritiva, baseada em doutrina, tratados internacionais, além de dados oficiais e não oficiais.

1. Principais aspectos da migração venezuelana

Durante a primeira década do século XXI, a Venezuela foi o destino dos migrantes forçados, vindos de boa parte da Colômbia e formados por trabalhadores rurais e ativistas políticos e de direitos humanos, que já haviam passado por um ou mais deslocamentos internos e expulsos pelas Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia - FARC.

No entanto, em menos de dez anos isso foi revertido. A Venezuela, país rico e exportador de petróleo, vive agora uma crise política e econômica que já é notória, com casos de perseguição política de opositores ao governo e de "[...] escassez total de produtos básicos, além de um as maiores taxas de homicídio do mundo e o país com a maior inflação do mundo: 180,9% em 2015, que em 2016 deve chegar a 700%, segundo o FMI (CORREIO BRAZILIENSE, 2016).

Diante dessa realidade, parte da população da Venezuela vem se mudando para outros países do continente americano, como Argentina, Colômbia, Chile, Panamá, Peru e Estados Unidos da América (EUA) devido as condições econômicas e a proximidade geográfica. Algumas migrações têm apenas escopo econômico, enquanto outras solicitam até mesmo asilo político. Assim, a Venezuela como receptora gerou migrantes forçados, a maioria dos migrantes econômicos, formados por um grupo heterogêneo (social, econômico e educacional).

Na busca por asilo político e especialmente pelo refúgio, os venezuelanos tentam evitar a violação de seus direitos humanos, como o trabalho se-

melhante à escravidão ou a falta de acesso a moradia decente, especialmente quando não são documentados, além de garantir outros direitos como a aplicação do princípio de não repulsão ou não retorno ou não-expatriação.

No Brasil, o número de migrantes estrangeiros aumenta a cada ano. Entre eles consta asilos políticos, refugiados, migrantes com visto humanitário - como é o caso de haitianos e sírios - e migrantes que trabalham. Salienta-se que, na última década, estrangeiros de mais de oitenta nacionalidades diferentes migraram para país.

Recentemente, os venezuelanos começaram a migrar em maior número para o Brasil, fugindo da fome que os assola, especialmente os mais pobres, devido à crise econômica e política em seu país de origem.

Mas, se em 2014 a maioria dos venezuelanos cruzavam a fronteira visando suprir a necessidade de compra, como alimentos e medicamentos, de 2015 até o presente, devido à recessão econômica, falta de empregos e casos alarmantes de fome entre a população, o número de venezuelanos que pretendem ficar no Brasil e buscar refúgio aumentaram consideravelmente e hoje é o grupo que mais pleiteia o reconhecimento do *status* de refugiado no país.

Em outros destinos não é diferente, aumentando em quase 150% o número de pedidos de asilo nos Estados Unidos da América no ano de 2015 por uma grande parcela da classe média venezuelana. O mesmo ocorre na Argentina, com um aumento de mais de 50% nas encomendas. No Chile, com um aumento de 194% nos últimos dois anos e na Colômbia com um crescimento de 13%. (CORREIO BRAZILIENSE, 2016).

No Brasil houve um crescimento de migrantes, que atualmente apenas se compara aos haitianos, a partir de 2010. Estes fogem de um desastre ambiental, enquanto aqueles de um governo que se instalou na Venezuela, o que culminou em graves casos de miséria e fome, além da violação de vários direitos inerentes à pessoa humana.

2. O princípio da solidariedade e a atuação dos Estados

Ao abordar a solidariedade internacional, deve-se ter em mente que os Estados não devem apenas objetivar seus interesses individuais, mas

também os de outros Estados, cooperando para o benefício da sociedade internacional (WOLFRUM, 2010: 58).

Deve-se notar que a solidariedade difere da fraternidade, uma vez que esta é caridosa, enquanto que aquela relaciona-se com a existência de um direito. Assim, na solidariedade há uma divisão de responsabilidades entre Estados com o objetivo de atingir objetivos comuns, neste caso, proteger a vida e a vida. dignidade humana dos migrantes estrangeiros.

De acordo com a declaração conjunta apresentada à 26ª Sessão Ordinária do Conselho de Direitos Humanos em 2014, "a solidariedade preventiva visa remover as causas profundas das assimetrias e desequilíbrios dentro e entre os países". (ONU, 2014).

Vale ressaltar que ao longo do tempo houve uma mudança significativa na percepção da solidariedade, apresentada como um direito que precisa ser respeitado tanto pela solidariedade humana quanto pelos países, tanto interna quanto internacionalmente.

É por isso que, ao lidar com fluxos migratórios transfronteiriços, a solidariedade deve estar presente, já que nenhum país está livre do atual fenômeno migratório, assim como os problemas que possam surgir, dado que as migrações são dinâmicas e tanto a imigração quanto a emigração podem mudar de tempos em tempos de acordo com a realidade social, econômica e política dos Estados.

Essa solidariedade, no entanto, não é algo desejado com base no melhor esforço, mas sim algo esperado de acordo com o direito internacional; desde logo após a Segunda Guerra Mundial, como o problema dos refugiados não havia sido resolvido, havia a necessidade de um instrumento internacional para definir o status legal dos refugiados. Assim, ao invés de formular acordos para situações específicas de refúgio, foi escolhido um único instrumento contendo a definição geral das pessoas a serem consideradas refugiadas (ACNUR, 2013, p. 3).

Quanto à necessidade de migração humanitária, tem-se a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (também conhecida como Convenção de Genebra), redigida em 28 de julho de 1951, por decisão da Assembleia Geral das Nações Unidas em 22 de abril de 1954 e que o Brasil se tornou signatário por meio do Decreto nº 50.215 de 21 de janeiro de 1961.

Na definição de refugiado, de acordo com a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, em turno de seu art. 1°, ficou estabelecido que:

1) considera-se refugiado aquele que se identifica aos termos dos Ajustes de 12 de maio de 1926 e 30 de junho de 1928 ou as Convenções de 28 de outubro de 1933 e 10 de fevereiro de 1938; e o Protocolo de 14 de setembro de 1939 ou da Constituição da Organização Internacional para os Refugiados;

2) que, como resultado de eventos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo perseguição por motivo de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política, está fora do país de sua nacionalidade onde possuía sua residência habitual e como resultado de tais eventos, por causa de medo ou de impossibilidade outras, não quer voltar para ao país de origem.

Fica claro, portanto, que o artigo pretende ampliar o conceito de refúgio, resgatando conceitos mais restritivos cobertos por outras convenções previamente concluídas.

De acordo com os instrumentos citados, os refugiados foram classificados por categorias de acordo com sua nacionalidade, o território que deixaram e a falta de proteção diplomática por parte de seu país de origem (ACNUR, 2018). Com esse tipo de definição por categorias, a interpretação tornou-se muito simplificada e não levou em conta a pluralidade de seres humanos.

No Brasil, a Lei nº. 9. 474, de 22 de julho de 1997, conhecida como Lei do Refúgio, assim como a Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, conhecida como Lei da Migração, são os principais documentos legais que protegem o tema.

A Lei de Migração, funcionando como um mecanismo fundamental para a proteção dos migrantes, em seu artigo 3º estabelece a Política Nacional de Migração e determina que é regida pelos seguintes princípios: universalidade, indivisibilidade e interdependência dos Direitos Humanos; repúdio e prevenção da xenofobia, racismo e qualquer forma de discriminação; não criminalização da migração; a não discriminação com base nos critérios ou procedimentos pelos quais a pessoa foi admi-

tida em território nacional; promoção da entrada e regularização regular de documentos; acolhimento humanitário; desenvolvimento econômico, turístico, social, cultural, esportivo, científico e tecnológico no Brasil; garantia do direito ao reagrupamento familiar; igualdade de tratamento e oportunidade para os migrantes e suas famílias; inclusão social, trabalhista e produtiva do migrante por meio de políticas públicas.

Ainda, tem por princípios o acesso livre e igualitário do migrante a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral, trabalho, moradia, bancos e seguridade social; promoção e divulgação dos direitos, liberdades, garantias e obrigações dos migrantes; diálogo social na formulação, implementação e avaliação de políticas migratórias e promoção da participação cidadã de migrantes; fortalecer a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, mediante a constituição de espaços de cidadania e livre circulação de pessoas; cooperação internacional com os Estados de origem, trânsito e destino dos movimentos migratórios, a fim de garantir a efetiva proteção dos direitos humanos dos migrantes; integração e desenvolvimento de regiões fronteiriças e articulação de políticas públicas regionais capazes de garantir a efetividade dos direitos dos residentes fronteiriços; proteção integral e atenção ao interesse superior da criança e adolescente migrante; cumprimento das disposições do tratado; proteção dos brasileiros no exterior; migração e desenvolvimento humano no lugar de origem como direitos inalienáveis de todas as pessoas; promoção do reconhecimento acadêmico e da prática profissional no Brasil e repúdio às práticas coletivas de expulsão ou deportação.

4 A postura do Brasil diante da questão fronteiriça com a Venezuela

Desde a chegada em massa dos venezuelanos ao Brasil, através estado de Roraima (RR), apenas no município de Boa Vista "estima que cerca de 40.000 venezuelanos já entraram na cidade, o que representa mais de 10% dos cerca de 330.000 habitantes da capital". (EL PAÍS, 2018).

Apesar da quantidade crescente migratória, não houve uma articulação conjunta entre os entes da federação para lidar com a questão,

ficando a cargo dos municípios, principalmente de Pacaraima, principal porta de entrada, e também do governo de Roraima. No entanto, abordaram a questão de maneira equivocada, porque "tentou-se interagir com os migrantes como se fossem pobres, sem se preocupar com sua inclusão [via integração local]". (JAROCHINSKI, 2018)

Com o fechamento da fronteira Colombia-Venezuela em 2016, a fim de evitar um grande número de migrantes, os venezuelanos começaram a buscar cada vez mais o Estado brasileiro, sendo que de 4 (quatro) pedidosde refúgio em 2010 saltaram para 3.375 (três mil, trezentos e setenta e cinco) pedidos em 2016. (BRASIL, 2017)

Essa nova realidade levou a posições equivocadas do Poder Público, tendo como o caso mais emblemático de medida inconstitucional e violação dos direitos humanos e do direito internacional dos refugiados, o pedido do Poder Executivo do estado de Roraima que, seguindo o modelo colombiano, pediu o fechamento da fronteira.

Em abril de 2018, o governo federal solicitou o arquivamento da Ação Civil Original (ACO) nº 3121, no Supremo Tribunal Federal (STF), para encerrar temporariamente a fronteira do estado com a Venezuela (CONECTAS DIREITOS HUMANOS, 2018).

Este pedido foi apresentado ao Supremo Tribunal Federal (STF), junto à Procuradoria-Geral da República e, como amicus curiae, a Defensoria Pública e diversas associações de defesa dos direitos humanos, como a Concectas Direitos Humanos e o Instituto de Migração e Direitos Humanos (IMDH) (STF, 2018).

Diante de inúmeras críticas à falta de ação do governo federal, em vista da impossibilidade do governo de Roraima, bem como dos municípios de Pacaraima e Boa Vista, de atender às necessidades com o grande fluxo migratório, enquanto o STF analisa o ACO, o poder central mudou sua posição.

Isso deu origem a uma ação emergencial e de curto prazo por parte da entidade federativa com medidas de proteção social, saúde, educação, alimentação e segurança pública coordenada por um comitê federal composto por representantes de diferentes ministérios e realizado em parcerias entre União, Roraima e município, visando estender também

as políticas de mobilidade, distribuição o território e a internacionalização dos imigrantes venezuelanos, desde que expressem essa vontade.

O processo de interiorização já começou e os venezuelanos estão sendo enviados para vários outros estados. Tal abordagem é mais do que necessária, porque todo o país deve ser responsabilizado pela integração de tais seres humanos. Os estados devem cooperar e o governo federal também.

Considerações finais

De acordo com o que foi exposto, o refúgio é algo essencial para se poder abater milhões de mortes como as que ocorreram durante o Holocausto. As pessoas têm o direito humano internacional de viver suas vidas em um ambiente de paz e prosperidade. Além disso, é responsabilidade dos Estados fornecer o refúgio, já que todos podem se tornar refugiados algum dia.

De acordo com a lei internacional e também de acordo com as Leis Brasileiras sobre Migração, os refugiados venezuelanos são mais que bem-vindos neste país, já que seu próprio país sofre uma crise muito séria.

Devido a esta idéia de acolher refugiados em um país que é formado com base na imigração. Portanto, qualquer pedido para fechar uma fronteira não é apenas ilegal, mas também inconstitucional; não mencionar que vai contra o direito internacional e também contra os valores subjacentes a uma democracia.

Dito isto, também é importante afirmar que Roraima não será responsável por receber todos os refugiados. O dever de receber esses seres humanos em necessidade desesperada é um dever nacional, não importa de onde eles cheguem. Portanto, o governo federal assumirá a responsabilidade quanto à distribuição dos mesmos.

Além disso, outros estados devem cooperar também. Como há muitos outros estados mais ricos e preparados do que Roraima, é impossível apontar que eles devem tomar a iniciativa de tomar alguns refugiados para si mesmos e também fornecer políticas públicas adequadas.

Nos 30 anos anos de vigência da Constituição Federal de 1988 nunca se havia enfrentado tão gravosa circunstância migratória pela República

Federativa do Brasil. Entretanto, este é o momento de se concretizar os ditames de nossa Lei Maior, inspirações oriundas do legislador Constituinte.

Importante que, após estes 30 anos, as instituições ncionais entendam a necessidade de se colocar em prática os princípios fundamentais da República, como a promoção do bem de todos e a cooperação entre os povos no sentido de erradicar a pobreza e fomentar o progresso da humanidade.

Através da migração venezuelana, o Estado brasileiro poderá empreender o respeito por sua Constituição, demosntrando que estes 30 anos não foram em vão.

Esta é a oportunidade. Este é o momento.

Referências

ACNUR. Manual de Procedimentos e Critérios para a Determinação da Condição de Refugiado. Disponível em: < http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2013/Manual_de_procedimentos_e_criterios_para_a_determinacao_da_condicao_de_refugiado>. Acesso em: 5 jun. 2018.

BRASIL. Legislação. Lei n. 13.445 de maio de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm>. Acesso em: 28 jun. 2017.

_____. Refúgio em Números. Disponível em:<http://www.justica.gov.br/news/brasil-tem-aumento-de-12-no-numero-de-refugiados-em-2016/20062017_refugio-em-numeros-2010-2016.pdf/view>. Acesso em: 18 de jul. 2018.

CONECTAS DIREITOS HUMANOS. Governo de Roraima pede fechamento de fronteira. Disponível em:<http://www.conectas.org/noticias/stf-recebe-pedido-de-fechamento-de-fronteira-com-venezuela>. Acesso em: 18 de jul. 2018.

EL PAÍS. Com 40.000 venezuelanos em Roraima, Brasil acorda para sua 'crise de refugiados'. Disponível em:<https://brasil.elpais.com/

brasil/2018/02/16/politica/1518736071_492585.html>. Acesso em: 07 de jul. 2018.

FARIA, Maria Rita Fontes. *Migrações Internacionais no Plano Multilateral. Reflexões para a política externa brasileira.* Brasília/DF: Fundação Alexandre de Gusmão, 2015.

JAROCHINSKI, João Carlos. A migração oriunda da Venezuela no contexto da fronteira norte do Brasil, em Roraima. Palestra apresentada em 23 de fevereiro de 2018 no Diálogos no

CEM, na Missão Paz, São Paulo.

ONU. Organização das Nações Unidas. *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: 20 de maio de 2018.

_____. Assembleia Geral das Nações Unidas. *The relevance of a declaration on the right to International Solidarity in a changing world.* 26°sessão ordinária do Conselho dos Direitos Humanos - Genebra, 10-27 de Junho de 2014. Disponível em:<http://www.apg23.org/downloads/files/ONU/Solidariet%C3%A0%20Internazionale/Documenti/The%20relevance%20of%20a%20declaration%20on%20the%20right%20to%20International%20Solidarity%20in%20a%20changing%20world.pdf>. Acesso em: 20 de mai. de 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ACO 3121 - Ação Civel Originária. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3121&classe=ACO&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 06 de jul. 2018

WOLFRUN, Rüdiger. *Solidarity amongst States: an emerging structural principle of international law.* In: PIOVESAN, Flávia. SOARES, Inês Virgínia Prado (org.) Direito ao Desenvolvimento. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

A cidadania entre o passado e o presente: direito à informação e à verdade no Brasil

Daniel Machado Gomes
Aline dos Santos Lima Rispoli
Tiago da Silva Cicilio

Introdução

Como o passado é uma condição para o presente, o direito à verdade e à memória são instrumentos de importância ímpar para a construção da cidadania. Até hoje se aguarda o resgate da memória concernente as violações de Direitos Humanos cometidos durante a ditadura militar brasileira. Diante deste cenário, a principal questão do presente artigo é demonstrar a importância do direito à informação na Constituição de 1988, o resgate da verdade da ditadura militar e a efetivação do direito à memória, para a estabilização do princípio da cidadania. O estudo utilizou o método de pesquisa bibliográfico em livros e periódicos, tendo como marco as ideias e contribuições da filósofa alemã Hanna Arendt. O trabalho se justifica pela flagrante omissão estatal em fornecer meios para a efetivação do direito à informação, optando por uma política de esquecimento em detrimento da implementação de propostas que reparassem as ofensas aos direitos humanos ocorridos durante o Regime Militar, cerceando princípios fundamentais da Constituição.

O presente ensaio está divido em três partes, a primeira seção visa conceituar a cidadania, determinando a evolução do termo e sua contextualização na era moderna. Na modernidade a cidadania ganha novos contornos, torna-se mais generalista, universal. Analisando a problematização da cidadania no tempo, veremos que a cidadania começou pela conquista dos direitos civis, depois os direitos políticos e, por último, os diretos sociais. Além desses direitos, a Constituição de 1988 introduz a dignidade humana como esteio da concepção normativa da fase que iniciava no país, o que valorizou o indivíduo em sua essência, e como consequência disto, a cidadania alcança *status* de princípio fundamental do Estado. Ainda nessa parte, será discutido a contribuição ideológica de espaço público comum, na perspectiva da Hanna Arendt, pois a constituição da convivência do direito de pertencer a uma sociedade possibilita a (re)construção de um mundo coletivo através do processo de asserção dos direitos humanos.

Na segunda parte, o texto pretende evidenciar os direitos constitucionais à informação e à memória, delineando os seus desdobramentos. E nesse ponto, veremos que o direito à informação busca meios para trazer à tona os acontecimentos sociais que afrontam ou afrontaram os direitos humanos. Além disto, o direito à verdade, outro pilar da informação, apresenta subsídios para a responsabilização dos culpados, revelando a valorização da justiça e da dignidade social como objetivo da estruturação de um Estado Democrático. Neste contexto, o direito à memória trabalha com a conservação, de diversas formas, do conhecimento obtido com as experiências passadas, tornando-se uma espécie de passado vivo no presente. Essa memória tem inúmeras consequências, por exemplo: gerar identidade à determinada pessoa ou grupo no presente; e, fazer com que o fato seja vivo no presente para evitar que violações aos direitos humanos se repitam no futuro.

A terceira e última seção versa sobre a Comissão Nacional da Verdade. Apesar de muitos dados e informações sobre os acontecimentos do período ditatorial ainda permanecerem injustificadamente em acesso restrito, a Comissão deu um passo importante para o reconhecimento, por parte do Estado, dos atos cometidos pelos agentes da ditadura, compilando um dossiê completo relatando os acontecimentos em seus

pormenores, apontando os responsáveis e denunciando os locais e instituições que foram palco de diversas violações. Um dos relatórios contém o caso da "Casa da Morte". Essa casa, conhecida também como a Casa dos Horrores, foi um centro clandestino de prisões ilegais, tortura, assassinato e ocultação de cadáveres de presos políticos no período mais violento da ditadura. Essa casa está localizada na cidade de Petrópolis/RJ que só foi descoberto a partir do depoimento da Inês Etienne Romeu, a única vítima sobrevivente que passou por essa casa. O relatório, além de efetivar o direito à informação, possibilitando a todos o acesso irrestrito dos fatos que aconteceram no período autoritário, também sugere um rol de políticas públicas que devam ser criadas e adotadas para a responsabilização dos culpados e para a rememoração do que aconteceu, sempre com o objetivo de buscar a verdade e a não repetição destas ofensas no futuro, garantindo o exercício do direito à cidadania.

1. Princípio da cidadania e o espaço público

A cidadania deve ser pensada como processo histórico, porque é uma luta constante e permanente, que inicia de baixo para cima e vem sendo travada há séculos. A problemática da cidadania na modernidade, segundo Carlos Nelson Coutinho, propõe que cidadania é a "presença efetiva das condições sociais e institucionais que possibilitam ao conjunto dos cidadãos a participação ativa na formação do governo e, em consequência, no controle da vida social" (2005, p. 1). Coutinho explica que a cidadania, ademais, é a fórmula de sucesso para a superação do que Marx chamada de alienação, porque é através da cidadania que grupos de indivíduos terão a capacidade para apropriarem-se dos "bens socialmente criados, de atualizarem todas as potencialidades de realização humana abertas pela vida social em cada contexto historicamente determinado" (2005, p. 2).

No mundo moderno a cidadania está conectada à noção de direitos. Coutinho (2005, p. 6) afirma que o sociólogo britânico Thomas Humphrey Marshall foi o que melhor contribui para o desenvolvimento teórico de cidadania. Marshall, vislumbrando a compreensão histórica da cidadania, separou-a em três níveis, traçando uma cronologia que inicia pela conquista dos direitos civis – aqueles direitos subjetivos, que tem enorme

contribuição de Locke –, depois os direitos políticos – direito ao sufrágio, de associação e de organização – e, por fim, os diretos sociais – o direito de acessar a riqueza material e intelectual concebido pelo corpo social, assim como o direito à saúde, à habitação, à cidade, ao patrimônio cultural, etc.

Destarte, numa concepção jurídica constitucional brasileira, constata-se que as Constituições empregaram o termo ligado apenas a ideia de direito de votar e de ser votado, tratando apenas do aspecto ligado ao direito político. Sobretudo com o advento da Constituição da República de 1988, a qual diferente das anteriores por ter como centro o homem – daí ser chamada de Constituição Cidadã –, o uso do termo cidadania ganha amplitude, aparecendo em inúmeros dispositivos e elevada à princípio fundamental do Estado (art. 1º, inciso II). Desse modo, deixa de ser apenas uma cidadania ativa/passiva limitada ao nível dois de Marshall, para transcender suas bases, passando a abranger todos os direitos inerentes à toda e qualquer pessoa. Isso demonstra tendenciosa universalização da cidadania, segundo a Ministra do STF, Cármem Lúcia:

> A cidadania apresenta-se, atualmente, numa dupla dimensão, a saber, a nacional e a universal (ou talvez fosse melhor denominá-la apenas de transnacional). Essa segunda desconhece fronteiras. O direito se torna comunitário e caminha-se para um direito cosmopolita (assim no que concerne aos direitos humanos). Logo, haverá que se reconhecer alguns direitos inerentes à cidadania que tendem serem considerados universalmente, qualquer que seja a pátria, a nacionalidade e a condição do seu titular. (ROCHA, 1997, ps. 47 e 48)

Em síntese, a cidadania tornou-se "o poder inerente a toda pessoa humana de ter e ser titular de direitos [e deveres] na órbita fática e jurídica", e o seu significado como princípio fundamental do Estado brasileiro, contido na Carta Magna, "é a garantia de eficácia do então instituído Estado Social, Democrático e de Direitos, com sua transformação ou aprimoramento nesse contexto" (RODRIGUES, 2014, p. 47). Possibilitando a construção de um mundo coletivo e compartilhado que efetiva o acesso do indivíduo aos direitos humanos:

> Do Estado liberal, no qual a doutrina liberal-individualista privilegiou a cidadania civil e a cidadania política, sem respeito à ação participativa no plano coletivo, ao Estado Social, no qual a cidadania social promoveu o retorno da igualdade e da fraternidade como valores convertidos em princípios constitucionais a serem aplicados para configurar o conteúdo da cidadania contemporaneamente desenhada nos sistemas jurídicos, o mundo mudou, o Estado mudou, o Direito transformou-se ao sabor dos acontecimentos e vê a volta e a reviravolta de muitos desses princípios, compostos e recompostos segundo os interesses que prevalecem nos diferentes momentos em que os grupos predominantes no poder dos diferentes Estados exercem sua influência. Como princípio jurídico-constitucional, todavia, não se há negar que a dignidade da pessoa humana põe-se, neste final de século, como fundamental e dimensionador da cidadania e dos demais direitos tidos como essenciais à pessoa humana (ROCHA, 1997, p. 48).

Nesse giro, Hannah Arendt esclarece que cidadania é o direito a ter direitos, é uma constituição da convivência coletiva "que requer o acesso a um espaço público comum" – o direito de pertencer a uma sociedade política. "É este acesso ao espaço público que permite a construção de um mundo comum através do processo de asserção dos direitos humanos" (LAFER, 2003, p. 114).

Nessa linha de pensamento, para Arendt, a definição de público comporta pelo menos dois campos: tudo que é aparente e perceptível a todos; e, o mundo em si. O primeiro aspecto associa-se aos sentidos, configurando-se um elemento da realidade. Assim, público está intimamente ligado à ideia de informação, por ser esse o instrumento que operacionaliza a apreensão da realidade. É nesse mundo comum, conceito ligado ao artefato humano e aos negócios realizados pelos que habitam o mundo construído pelo homem, que se depreende a separação e união dos indivíduos e a possibilidade de consolidação da esfera privada.

Celso Lafer (1988, p. 330), em sua obra "*A Reconstrução dos Direitos Humanos*", adverte que na *polis* grega da Antiguidade já existiam as duas ordens: a pública (*koinón* – aquilo que é comum) e a privada (*idion* – aquilo que é próprio, pessoal, privativo). Porém, havia uma relação de coexistência entre ambas, mas inexistia a independência in-

dividual, cabendo ao domínio público dispor sobre riqueza, sexualidade, vida, corpo e etc. A distinção entre público e privado aprofunda-se com a propriedade, porque conforme o indivíduo "possuía seu lugar em determinada parte do mundo e, portanto, pertencia ao corpo político, [...] chefiava uma das famílias que constituíam em conjunto o domínio público" (ARENDT, 2013, p. 75). Essa ideia é embrionária, logo depois foi superada, passando a existir um vínculo estabelecido entre indivíduo e Estado, pela noção de nacionalidade.

O público, *lócus* do comum e do visível, do qual emerge a verdade, demanda a informação, que passa a ser instrumento imprescindível para a garantia da transparência necessária à adequada inserção dos indivíduos no espaço público. A informação "é um ingrediente do juízo, indispensável para a preservação da vida pública" (ARENDT, p. 347) e instrumento por excelência para a construção do espaço público, viabilizando o fenômeno da associação, a aptidão humana para agir em conjunto. Esse pensamento arendtiano encontra suporte em Kant que no *Projeto de Paz Perpétua* ergue o princípio da publicidade como necessário ao acordo entre a política e a moral, estabelecendo que "são injustas todas as ações que se referem ao direito de outros homens, cujas máximas se não harmonizem com a publicidade", (KANT, 2008, p. 47). Portanto, tudo aquilo que diz respeito ao interesse público ou que afeta a direitos de terceiros ou, ainda, que é relevante para a sociedade, deve ser informado, por ser imprescindível para garantia da transparência na construção da esfera pública, para o direito à cidadania e para a coexistência humana respaldada pelos direitos humanos.

2. Direito à verdade e à memória

O direito à verdade é um desdobramento da dimensão social dos direitos humanos, concebido a partir da necessidade de coibir e punir os graves crimes de lesa-humanidade, fazendo com que qualquer pessoa tenha a garantia de lhe terem fornecidas informações de interesse público sobre fatos históricos. Em linhas gerais, deve ser exercido através do acesso direto e irrestrito à informação.

Nesse contexto, o direito à verdade expõe os acontecimentos sociais que afrontam os direitos humanos da maneira como aconteceram de

fato, buscando, em seguida, a responsabilização dos culpados. Esse delineamento revela a valorização da justiça e da dignidade social, objetivando à estruturação de um Estado Democrático. Tomando por base as palavras da mestra Claiz Maria P. G. dos Santos:

> O direito à verdade é o direito fundamental a ser exercido por todo e qualquer cidadão de receber e ter acesso às informações de interesse público que estejam em poder do Estado ou de entidades privadas. Nos períodos de transição política, esse direito torna-se mais evidente, uma vez que é dever estatal revelar e esclarecer às vítimas, aos familiares e à sociedade as informações de interesse coletivo sobre os fatos históricos e as circunstâncias relativas às graves violações de direitos humanos praticadas nos regimes de exceção. É a chamada verdade histórica (SANTOS, 2012, p. 273).

O direito à verdade carrega em si duas valorosas contribuições: uma em relação à cidadania do indivíduo enquanto ser humano, como o já mencionado "direito a ter direitos". A outra relaciona-se com à construção da personalidade social de um povo, da identidade de um país, tanto na conjuntura interna, quanto em relação à soberania deste perante outros países e organismos internacionais – como exemplo a ONU –, criando um paralelo com a classificação social destes direitos. Ou seja, quando ocorre violação aos direitos humanos, o responsável (e todo aquele que testemunhar) deve prestar todo e qualquer esclarecimento referente ao ocorrido, sobretudo na forma de documentos e arquivos, além de promover a devida reparação.

O direito à memória é outro instrumento indispensável à apuração da verdade e à busca pela justiça, no que concerne a violação de direitos humanos e fundamentais. Hannah Arendt, em "Entre o Passado e o Futuro" faz um paralelo temporal muito significativo na compreensão do direito à memória, ao passo que esboça a impossibilidade de o presente não poder apagar ou modelar o passado. Consequentemente, entende-se que a relação entre períodos históricos distintos são sempre partes de um todo, no qual o posterior é fruto do antecedente.

Nesse diapasão, o sociólogo italiano Rafaelle de Giorgi (2006, ps. 54 e 55) ensina que a memória é o exercício do direito de conservar, de diver-

sas formas, a capacidade do conhecimento obtido com as experiências passadas; de dar identidade à determinada sociedade no presente, seja através da utilização de meios materiais como é o caso de objetos, lugares e documentos, como, também, por meios imateriais, como a compreensão e comoção social, que juntos compõem o patrimônio cultural. Mais além, Flavia Piovesan discorre que:

> "Não se trata simplesmente de recordação passiva daquilo que se passou, mas de uma ponte que permite de modo reconstrutivo e dinâmico, conectar o passado ao presente, seja para compreender o hoje, seja para (re)significar o que passou. Uma rememoração de significados morais e intelectuais, de gestos e afetividades 'que permitem situar o indivíduo e os grupos sociais no processo histórico geral em que se encontram envolvidos, contribuindo para a formação de sua identidade individual e coletiva'" (SAMPAIO; LEMOS. *In:* PIOVESAN; PRADO, 2014, p. 206).

Apesar de serem direitos de sutil aplicabilidade cotidiana, o acesso à informação, à verdade e à memória estão intrinsecamente conectadas ao sentimento de construção da cidadania e, mesmo havendo muitas definições acerca dos temas, convergem no sentido de dar acesso integral àquilo que realmente aconteceu, assimilando todas as interpretações, para criar maneiras de manter vívido o passado no presente e para construir o futuro.

3. Comissão da Verdade

Ainda que a Constituição Cidadã tenha consagrado os direitos à informação, à verdade e à memória e tenha determinado a cidadania como princípio fundamental do Estado, só depois de meia década de sua promulgação e de uma década do início da liberalização política brasileira, é que começam a surgir leis buscando efetivar o acesso à informação e o reconhecimento e reparação das violações aos direitos humanos no período ditatorial, dando efetividade à verdade e à memória. O exemplo mais recente foi o Programa Nacional de Direitos Humanos 3 (PHDH-3) que é um dos eixos orientadores da atuação da

administração pública, que garante ao direito à verdade e à memória estabelecer diretrizes. Para alcançar esse objetivo, viabilizou-se a criação da Comissão Nacional da Verdade com a missão de investigar as graves violações dos direitos humanos no período autoritário.

Ao analisar esses objetivos, verifica-se que o modelo brasileiro deu ênfase à vítima, focando no reflexo danoso dos traumas provocados nas vítimas e em seus familiares. Diferindo tanto dos processos criminais, os quais focam na apuração causal existente entre fato e acusado, como dos projetos anteriores, por não ter assumido um papel punitivo, nem indenizatório, mas visando a iluminação dos fatos de uma determinada época na qual houve graves violações aos direitos humanos, trazendo subsídios à memória social, cumprindo uma exigência coletiva que é o direito à informação e contribuindo para a cidadania.

Doravante, o resultado desses relatórios impediu o esquecimento por apagamento de rastros e salvaguardou a democracia, demonstrando as consequências de um poder que age na surdina, "tanto porque se oculta, quanto oculta". Contradisse a falsidade e ocultação e a mentira na manipulação dos fatos. Por isso, "os seus modos de asserção não foram os de evidência da verdade racional, mas sim o desvendamento dos fatos pelo testemunho e pelo acesso à informação" (LAFER, 2012, p. 128). Foi criado um dossiê volumoso, com inúmeros temas, possibilitando a denúncia dos culpados e garantindo a justiça social, como o Relatório sobre a Casa da Morte que revelou o tratamento desumano que os agentes públicos empregavam nos presos políticos na ditadura militar.

De acordo com o Relatório Preliminar de Pesquisa sobre a Casa da Morte, da Comissão Nacional da Verdade, a Casa da Morte, conhecida também como a Casa dos Horrores, foi um centro clandestino de prisões ilegais, tortura, assassinato e ocultação de cadáveres de presos políticos nos anos de chumbo[5]. Localizada na cidade de Petrópolis/RJ, fora criado para atender uma nova etapa da ditadura, a qual usava uma estratégia de intensificação do combate às organizações armadas de esquerda, contando com bases secretas e equipes especializadas – subor-

5. Anos de Chumbo é o nome dado ao período que vai da edição do AI-5, durante o governo do Presidente Costa e Silva, até o final do Governo do Presidente Médici, considerado o período mais violento de todo o regime militar.

dinadas ao comando das Forças Armadas, que trabalhavam à paisana – na execução de uma política de extermínio e desaparecimento forçado. A necessidade dessa nova etapa surge com a enorme repercussão do caso Chael Charles Schreier, morto sob tortura na 1ª Companhia de PE da Vila Militar do Rio de Janeiro em 1969, e do deputado Rubens Paiva, morto sob tortura e esquartejado na casa da morte e o resto de seu cadáver ocultado no DOI do I Exército em janeiro de 1971.

Até então, as torturas e as execuções extrajudiciais de opositores políticos foram, na maioria das vezes, encobertas por falsas versões de suicídios, confrontos, fugas e atropelamentos" (RELATÓRIO, p. 6). Logo, foi necessário reforçarem tendências de modificação das práticas de ocultamento do aparelho repressivo, nessa direção de uma política de desaparecimentos forçados.

Segundo o relatório da Comissão da Verdade, na casa trabalhavam equipes previamente escolhidas, especificamente militares do Centro de Informações do Exército[6] (CIE). Para esses agentes, essa casa era conhecida como a "casa de conveniência", um ponto de apoio aos DOI-Codis[7], principalmente para os do estado de São Paulo, Rio de Janeiro e Pernambuco. Um lugar onde eram empregados esforços (todos os tipos de atrocidades) para que o preso político "mudasse de lado" e se tornasse um infiltrado da repressão nos movimentos de esquerda ou o assassinavam.

A casa da morte só foi conhecida a partir do depoimento da única vítima sobrevivente que passou por essa Casa: Inês Etienne Romeu. Foi a única sobrevivente porque conseguiu ser libertada após convencer seus torturados que tinha mudado de ideologia e que estava comprometida a tornar-se uma infiltrada, e como garantia foi forçada a assinar

6. O Centro de Informações do Exército (CIE) era órgão diretamente subordinado ao Ministro do Exército, responsável por orientar, coordenar e supervisionar as atividades de informações e contrainformações internas e segurança interna do Exército. Com papel central na estrutura da repressão ditatorial, foi responsável por enorme parte das mortes e desaparecimentos durante 1969 e 1975.

7. Em 1970, é criado o Centro de Operações de Defesa Interna (CODI) e o Destacamento de Operações de Informações (DOI), instalados nas principais capitais do país. Conhecidos à época pela sigla DOI-CODI, foram os locais por onde passaram milhares de presos e onde ocorreu a maioria dos casos de execuções e desaparecimentos forçados de opositores ao regime. DOI-CODI é um dos órgãos que davam sustentação ao sistema repressivo.

declarações acusando sua própria irmã de subversão e firmar contrato de trabalho, gravando em vídeo um relato de que era agente infiltrada do governo e que recebia remuneração por isso.

Inês relatou as barbáries que cometeram contra ela (agressão física e psicológica; abuso sexual; "paus de arara"; espancamento; choques elétricos; obrigada a fazer serviços domésticos e por muitas vezes completamente nua e assistida com todos as espécies de obscenidades; submetida ao "Pentotal Sódico"; inclusive, tentou suicídio algumas vezes); ajudou a identificar (com o auxílio de amigos e jornalistas) a localidade do imóvel e o proprietário, Mario Lodders; identificou nomes, dos quais lembrava, dos agentes que trabalharam na casa; informou nomes de pessoas que foram mortas ou ocultadas no local. E essas informações foram ratificadas por documentos produzidos pelo próprio Estado nacional e corroboradas por testemunhos de ex-presos políticos e por agentes do regime ditatorial militar.

O Estado começa a reconhecer que foram cometidos crimes por parte dos agentes públicos para a estabilidade do regime político vigente à época. Deste modo, a responsabilidade da Comissão para com a sociedade é de promover a reconciliação nacional, demonstrando sua importância para a estabilidade da democracia e para a construção da memória e da verdade social nacional, dando voz; retratando; esclarecendo; representando; e, reconhecendo as atrocidades que o Estado cometeu durante os anos de chumbo. É um pequeno passo ainda, porém uma conquista considerável, visto que o Brasil caminha vagarosamente na restauração da verdade dessa época, porque a disponibilização dos arquivos militares se dá com grande dificuldade, uma verdadeira resistência dos órgãos estatais, daqueles que têm o dever de assegurar esse acesso livre e irrestrito, de um Estado que é regido pelo princípio da transparência e publicidade. Mesmo sendo direitos e princípios protegidos pela Constituição, por leis ordinárias e por diversos tratados internacionais e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Conclusão

O sigilo, o esquecimento absoluto e a não implementação de propostas que reparem as ofensas aos direitos humanos ocorridos duran-

te o Regime Militar são inconcebíveis para a consolidação do Estado Democrático de Direito. A transformação do regime político brasileiro, com o advento da Constituição Cidadã, impõe ao Estado o reconhecimento das graves violações aos direitos humanos através de políticas públicas que alcance e disponibilize a todos, nacionais ou não, o acesso à informação e à toda verdade, gerando meios de efetivação do direito à memória. Com isso, o exercício da cidadania depende, dentre outras coisas, da informação e da memória, que são a proteção da identidade e representam uma ambição da civilização moderna em conhecer os fatos sociais e históricos da maneira que aconteceram, mesmo que vexatórios para a construção do espaço público comum.

Na primeira parte do texto foi apresentado o conceito de cidadania e sua mutação ao decorrer dos séculos. Na modernidade a cidadania ganhou contornos mais abrangente, criando-se, então, a figura do cidadão cosmopolita. Analisou-se que a problematização da cidadania no tempo progrediu a ponto de abranger não só os direitos civis, como também os direitos políticos e os diretos sociais. Conquanto, a cidadania, intimamente ligada a ideia de direitos, deixou de ser apenas uma garantia do direito ao voto e de ser votado para alcançar *status* de princípio fundamental da República, além de englobar inúmeros outros direitos. Nesse prisma, a cidadania se converte em espaço público comum e tudo aquilo que diz respeito ao interesse público ou que afeta a direitos de terceiros ou, ainda, que é relevante para a sociedade, deve ser informado, por ser imprescindível para garantia da transparência na construção da esfera pública, para o direito à cidadania e para a coexistência humana respaldada pelos direitos humanos.

Em seguida, o artigo expôs o direito à informação e o direito à memória, os quais integram o rol dos direitos fundamentais e que foram consagrados na Carta Magna de 1988. Esses direitos representam uma ambição da civilização no exercício da cidadania, sendo o direito à informação aquele que assegura o acesso de qualquer indivíduo à informação que diz respeito à coletividade. Esse direito desdobra-se no direito à verdade, o que propicia, além do acesso ao fato, a todos à ciência de toda a verdade que circunda esse fato, mesmo que desonrosos. Ademias, o direito à memória, quando garantido, enseja na proteção da identidade e a rememoração dessas violações são uma forma de prevenção para que tais práticas não se repitam.

Por último, o artigo versou sobre a Comissão Nacional da Verdade que foi uma importante ferramenta para a justiça social e para a efetivação da democracia em nossa nação. Essa comissão contribuiu com relatórios que descreveram inúmeras violações aos direitos humanos no período da ditadura e teceu recomendações para o Estado respaldada pelo princípio da cidadania. Nessa seção, o texto tratou de um dos resultados da Comissão: a Casa da Morte. Essa casa foi um imóvel escolhido estrategicamente para tornar-se num centro clandestino de prisões ilegais, tortura, assassinato e ocultação de cadáveres de presos políticos nos anos de chumbo, localizada na cidade de Petrópolis/RJ. Calvário que Inês, a única presa sobrevivente que passou por essa Casa, permaneceu por mais de 90 dias e depois de libertada denunciou as atrocidades, os torturadores e as vítimas.

Como resultado do estudo, foi percebido que a busca pela verdade e o resgate da memória histórica das violações ocorridas no período ditatorial são fundamentais no processo de efetivação da cidadania, razão pela qual se justifica o trabalho da Comissão Nacional da Verdade. Essa publicização, como nos ensina Hanna Arendt, é um elemento indispensável para a construção e preservação do espaço público comum. Onde a relação de interdependência, entre acesso à informação e direito à verdade e à memória, transforma-se em instrumento eficaz para a garantia do direito a ter direitos. Conclui-se, portanto, que a publicidade dos dados propicia a consolidação no âmbito público dando efetividade ao direito à cidadania.

Bibliografia

ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro.** Trad. Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2005.

_____. **A Condição Humana**; trad: Roberto Raposo. 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013.

COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. **Relatório Preliminar de Pesquisa sobre a Casa da Morte**. Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/pdf/petropolis/Versao_final_-_Casa_da_Morte_-_relatorio_preliminar_revisado.pdf>. Acesso em: 21/04/2018.

_____. **Sobrevivente da Casa da Morte de Petrópolis Reconhece Seis Agentes da Repressão**. Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/index.php/outros-destaques/456-sobrevivente-da-casa-da-morte-de-petropolis-reconhece-seis-agentes-da-repressao>. Acesso em: 21/04/2018.

KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua. Um Projecto Filosófico**. Trad: Artur Mourão. Covilhã, Universidade da Beira Interior, 2008. Disponível em: http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf. Acesso em 18 jun. 2016.

LAFER, Celso. **Justiça, História, Memória: Reflexões sobre a Comissão da Verdade**. In: PRADO, Inês Virginia; PIOVISAN, Flávia (Coord). Direitos Humanos Atual. ed 1. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 175-184.

_____. Hannah Arendt: **Pensamento, Persuasão e Poder.** 2ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

_____. **A Reconstrução dos Direitos Humanos – Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. Cidadania e Constituição: As Cores da Revolução Constitucional do Cidadão. **Revista Jurídica Unijus**, Editora da Universidade de Uberaba, 1997, MG. Ano 1, n 1º, v. 1. Disponível em: <http://www.revistas.uniube.br/index.php/unijus/article/viewFile/1029/1203#page=36>. Acesso em: 01/10/2018.

RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. Cidadania é Direito. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu**: São Paulo, 2014. Nº 2. Disponível em: <https://www.usjt.br/revistadireito/numero-2/03-oswaldo-peregrina.pdf>. Acesso em: 04/10/2018.

SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça; SOARES, Ricardo Maurício Freire. **As Funções do Direito à Verdade e à Memória.** Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC, v. 1, p. 273-288, 2012.

SAMPAIO, José Adércio Leite; LEMOS, Eduardo Loureiro. **Notas sobre o Direito à Memória e à Verdade**. In: PRADO, Inês Virginia; PIOVISAN, Flávia (Coord.). Direitos Humanos Atual. ed 1. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 202-219.

Cidadania, diversidade e sustentabilidade: um projeto de educação em Direitos Humanos no ensino superior.

Fillipe Ponciano Ferreira

1. Educação em Direitos Humanos

Conforme Andreopoulos e Claude, a educação em direitos humanos é uma obrigação internacional, com uma história de meio século. Sendo assim, a educação em direitos humanos não é um modismo educacional passageiro, nem mesmo uma invenção excêntrica, resultado de seminários de planejamento projetando cuidadosamente, sonhos para o século XXI. (ANDREOPOULOS E CLAUDE, 2007, p 35)

1.1 Uma certa noção de Direitos Humanos

Os Direitos humanos não possuem um sentido único, nem mesmo delimitam-se a um confortável espaço para discussão e não se relacionam a uma comunidade específica, pois, como afirma Carbonari "Direitos humanos é um conceito polissêmico, controverso e estruturante" (CARBONARI, 2006, p 152).

Para Macedo "os direitos humanos são, pois, entendidos como direitos subjetivos, sendo seu sujeito a humanidade" (MACEDO, 2003, p 44). No entanto, possuem uma certa especialidade, conforme observa John Rawls (JOHN RAWLS apud MACEDO, 2003, P44), pois sua função principal é especificar limites à soberania dos povos e às instituições internas de cada país e desta forma seu respeito é a condição necessária da legitimidade de um regime político e da decência de sua ordem legal.

Os direitos humanos estão ligados ao valor da pessoa, sua dignidade e liberdade. O indivíduo humano tem seu valor e deve ser preservado em sua plenitude, daí sua característica de inexauribilidade (MACEDO, 2003, p 46).

O tema dos direitos humanos constitui, sem dúvida, uma preocupação jurídica universal (FERRAZ JR.,1990, p 99) e Victoria Camps nos diz que o "culto do nosso tempo é o dos direitos humanos e normalmente a queixa é que não são cumpridos ou levados a sério" (CAMPS apud MACEDO, 2003, p 49). Tércio Sampaio compartilha a ideia de haver uma certa banalização dos direitos humanos, principalmente no nível da ação, "aquela que ao afirmar direitos humanos, conserva-os na sua intocabilidade e supremacia na exata medida em que os destitui na prática, a ponto de trivializar os direitos fundamentais da pessoa humana (FERRAZ JR., 1990, p 99).

No entanto, para Upendra Baxi a proliferação dos padrões de direitos humanos, especialmente na práxis do discurso das Nações Unidas é a melhor parte do século XX. Considera que nossa época é a Era dos Direitos, pois nenhum outro século na história da humanidade teve o privilégio de testemunhar tantas declarações de direitos como a nossa (BAXI, 2007, p 227).

Nesse sentido, Machado e Oliveira reconhecem esse século como sendo o que assistiu à ampliação do reconhecimento dos direitos que devem ser garantidos a cada ser humano e, apoiados em Marshall, defendem a educação enquanto um direito social proeminente, como um pressuposto para o exercício adequado dos demais direitos sociais, políticos e civis (MACHADO e OLIVEIRA apud DIAS, 2007, p 443). Carbonari sustenta que a educação deve orientar-se para o pleno desenvolvimento da personalidade humana e no sentido de sua dignidade, e deve fortalecer o respeito pelos direitos e pelas liberdades fundamentais (CARBONARI, 2006, p 152).

Apesar de este ser o nosso momento (o momento do humano), com a existência de vários textos legais garantidores dos Direitos Humanos, ainda nos deparamos com tensões, contradições e conflitos que vão de encontro com a afirmação de uma cultura dos Direitos Humanos. Candau salienta que a globalização, políticas neoliberais, segurança global são algumas das realidades que estão acentuando a exclusão em suas diferentes formas e manifestações, mas que precisamos buscar em meio aos desafios atuais caminhos de afirmação de uma cultura dos Direitos Humanos, que seja "capaz de penetrar todas as práticas sociais, articular a afirmação dos direitos fundamentais de cada pessoa e grupo sócio-cultural, de modo especial os direitos sociais e econômicos, com o reconhecimento dos direitos à diferença" (CANDAU, 2006, p 400), pois os direitos humanos são naturais[8] e universais, uma vez que não se referem a um membro de uma nação ou de um Estado, mas à pessoa humana na sua universalidade (BENEVIDES, 2006, p 337)

No entanto, mesmo com a previsões legais e de um certo querer sobre o reconhecimento dos direitos humanos, por todos, como uma característica intrínseca a todo ser humano, conforme dispõe Kant "O homem é a única criatura que precisa ser educada" (KANT, 2002, p 11) e em direitos humanos não é diferente, pois a educação é o único processo capaz de tornar humano os seres humanos (DIAS, 2006, p 441), o que caracteriza a educação, não apenas como um direito da pessoa, mas como seu elemento constitutivo e garantidor da dignidade humana.

O que se busca elucidar não é uma educação formativa, de base escolar em todos os seus níveis curriculares, pois é claro que o direito à educação se vincula, historicamente, à concepção de direitos humanos (DIAS, 2006, p 452), mas uma formação acadêmica, na qual o aprendizado seja simultâneo às compreensões de uma educação para os direitos humanos, a qual defende o aprendizado das pessoas para que a sua dignidade e sua liberdade sejam protegidas e mantidas.

Shulamith Koenig defende a necessidade de estímulo à educação em direitos humanos numa perspectiva de que "a comunidade veja os

8. "São naturais, porque vinculados à natureza humana e também porque existem antes e acima de qualquer lei, e não precisam estar legalmente explicitados para serem evocados." (BENEVIDES, 2006, p 337)

direitos humanos como um sistema valioso, totalmente abrangente e holístico, capaz de orientar nossa vida de maneira produtiva e de evitar abusos aos nossos direitos humanos" (KOENIG, 2006, p 15). E, mais, salienta a essencialidade de uma educação em direitos humanos como o meio capaz de transformar: "A educação em direitos humanos é essencial para um processo genuíno de mudanças sociais globais, e deve ser incluída nas atividades educacionais e culturais de cada sociedade ao redor do mundo" (KOENIG, 2006, p 15).

A educação em direitos humanos pode ser um meio de aprendermos a olhar para nossas vidas a partir de uma perspectiva de compaixão e de justiça social, e com a humidade necessária para romper o ciclo vicioso da humilhação. Pois em termos humanos, o ponto de alavancagem capaz de provocar mudanças verdadeiras e duradouras é o reconhecimento da dignidade, igualdade e das diferenças, a partir de um diálogo sobre educação em direitos humanos (KOENIG, 2006, p 16 - 17).

1.2 Educar em Direitos Humanos

Conforme Andreopoulos e Claude, "em 1946, a Carta das Nações Unidas especificou um dos objetivos da organização como sendo a promoção dos direitos humanos e o estímulo a sua realização" (ANDREOPOULOS E CLAUDE, 2007), objetivo que restou claro em 1948, quando da adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Tanto que em seu preâmbulo orienta todos os povos e todas as nações a "empenhar-se, por meio do ensino e da educação, em promover o respeito por esses direitos e liberdades" (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948). Desta forma, a educação está vinculada à tarefa da DUDH de promover os direitos humanos, considerando, inclusive, que as funções de "ensino e educação" são apresentadas como sendo obrigação de "cada indivíduo e de cada órgão da sociedade" (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948).

Conforme expõe Richard Claude, ao postularem a educação como um direito, os autores da Declaração Universal dos Direitos Humanos basearam-se, axiomaticamente, na noção de que a educação não é

neutra em relação a valores. Com esse espírito, o Artigo 26 estabelece uma série de metas educacionais, analisadas aqui juntamente com a discussão que focaliza a educação para os direitos humanos à luz desse artigo (CLAUDE, 2005, p 37).

Ainda com base em Claude:

> "A Educação para os Direitos Humanos é uma estratégia de longo prazo direcionada para as necessidades das gerações futuras. Essa educação para o futuro dificilmente terá o apoio dos impacientes e dos provincianos, mas é essencial elaborar programas educacionais inovadores a fim de fomentar o desenvolvimento humano, a paz, a democracia e o respeito pelo Estado de Direito. (CLAUDE, 2005, p 38).

A prática de educação em direitos humanos não é uma ação neutra, mas essencialmente política e socialmente construída e comprometida com a promoção, a proteção e a defesa dos direitos individuais e coletivos de toda a humanidade, considerando o seu surgimento no contexto das lutas sociais engajadas com a construção das forças sociais democráticas, através dos movimentos sociais e organizações populares (ZENAIDE, 2006, P 353). A educação em direitos humanos na América Latina, conforme Basombrio, é uma prática jovem, a qual possui muitos desafios (BASOMBRÍO apud SILVA, P 63). Segundo Magendzo,

> O desafio fundamental no planejamento da EDH nas democracias emergentes é também elementar; é o problema de definir direitos humanos. O objetivo dos direitos humanos é construir um mundo que respeite a dignidade humana. A concepção de direitos humanos como um todo concentra-se na importância dos direitos civis e políticos, mas, ao mesmo tempo, exige respeito pelos direitos econômicos, sociais e culturais; além disso, apoia a consolidação dos direitos dos povos. (MAGENDZO apud CLAUDE, p 669)

Considerando que os objetivos da educação em direitos humanos inserem-se em uma análise crítico-transformadora de valores, atitudes, relações e práticas sociais e institucionais é natural que haja uma tensão constante entre o que objetiva a educação em direitos humanos

com as contradições sociais (ZENAIDE, 2006, p 353). Gadotti, em Pedagogia do conflito, afirma:

> A relação pedagógica é fruto da tensão, de desequilíbrio para aqueles que a vivem, na medida que ela implica naquilo que são, os interroga, coloca em questão as preferências, seus valores, seus atos, sua maneira de ser, seu projeto de existência (...) o papel do educador é político. Sempre que este deixa de fazer política, se esconde da pseudo-neutralidade (...) o trabalho crítico não consiste apenas em denunciar a domestificação, a seletividade, a injustiça salarial, mas consegue igualmente em pesquisar e aportar reais soluções (...) fazer frente ao momento presente. (GADOTTI, apud ZENAIDE. P 352)

Falar de educação em direitos humanos é exigir condutas de ação e não de omissão é desconsiderar uma posição de neutralidade, segundo Carbonari, "a indiferença é a morte do humano e da humanidade que há na gente. Daí a importância do ser humano humanizar-se e humanizar é diferenciar-se do outro, abrir-se à alteridade" (CARBONARI, 2006, p 153). Conforme Kozicki, "a alteridade é elemento cimentar para a (re) construção de uma sociedade mais humana." Ainda, segundo Carbonari:

> Viver é primordialmente a busca permanente e encontro com os outros, com o humano que se faz reconhecimento. Educar e educar-se em direitos humanos é humanizar-se e pretender humanizar as pessoas e as relações. Isso porque os processos de educação em direitos humanos tomam a cada humano a partir de dentro e por dentro, em relação com os outros. Ora educar em direitos humanos é promover a ampliação das condições concretas de vivência da humanidade. Nesse sentido, a educação em direitos humanos, mais do que um evento, é um processo de formação permanente, de afirmação dos seres humanos como seres em dignidade e direitos e da construção de uma nova cultura dos direitos humanos. (CARBONARI, 2006, P 153)

A reflexão de uma definição da educação em direitos humanos deve partir da prática. A prática em educação em direitos humanos, conforme salienta Zenaide, "é constituída nas ações de seus atores sociais e

institucionais, que resultam em produtos e efeitos pela intervenção de recursos e instrumentos, com limites e possibilidades e com âmbitos de ação" (ZENAIDE, 2006, p 259).

Os partícipes da educação em direitos humanos são sociais e institucionais[9], e dentre os participes institucionais, o educador em direitos humanos, como um agente institucional da educação em direitos humanos tem participação essencial no processo de formação, segundo Bovi:

> O educador em direitos humanos é um agente social que intencionalmente cria condições para a produção de conhecimentos que induzem tanto a tomada de consciência como ao desenvolvimento de um comportamento consequente com a vigência, defesa e promoção dos direitos humanos (BOVI apud ZENAIDE, 2006, p 360).

E os agentes da educação em direitos humanos são os diversos profissionais das áreas acadêmicas, todos aqueles envolvidos no processo de formação profissional, considerando que a educação em direitos humanos é essencialmente uma prática interdisciplinar, pois ela requer um diálogo entre saberes e práticas, que deem conta das dimensões do objeto de educar em direitos humanos.

Conforme Maria Victoria Benevides:

> A educação em Direitos Humanos parte de três pontos: primeiro é uma educação permanente, continuada e global. Segundo, está voltada para a mudança cultural. Terceiro, é **educação em valores, para atingir corações e mentes e não apenas instrução** (...).[10] (BENEVIDES, 2006, p 346).

E essa formação que leve em consideração os valores do respeito à dignidade humana, que promova a reflexão acerca da pluralidade cultural e, ao mesmo tempo, exige a educação na identidade e na semelhança,

9. Os atores sociais são constituídos pelo conjunto dos movimentos sociais e entidades da sociedade civil que promovem e defendem os direitos humanos. Os atores institucionais por sua vez são formados pelo público, pelos agentes e pelo mandante dos órgãos, que podem ser públicos e privados (ZENAIDE, 2006, p 359).

10. Grifos nossos.

promovendo o respeito à diversidade, tem sido potencializada no campo das práticas pedagógicas que norteiam as elaborações curriculares dos cursos de graduação no nosso país.

O Ministério da Educação tem orientado suas políticas públicas para perceber e incluir os grupos historicamente apartados buscando a promoção dos direitos humanos e o reconhecimento dos diversos saberes das diferentes populações.

As suas regulamentações legais visam promover o debate sobre a educação como um direito fundamental, que precisa ser garantido a todos e todas sem qualquer distinção, promovendo a cidadania, a igualdade de direitos e o respeito à diversidade sociocultural, étnico-racial, etária e geracional, de gênero e orientação afetivo-sexual (FRAUCHES, 2008, p 17).

Nessa perspectiva, é necessário constituir no ambiente acadêmico o enfrentamento e desconstrução do preconceito, permitindo que a escola escape da lógica reprodutivista que a orienta e transforme-se em um espaço sócio-cultural de defesa e de busca do princípio ético de respeito à diversidade humana, no qual tenta-se superar nas relações sociais a exclusão dos indivíduos, seja por questões de gênero, etnia, linguagem, classe social, origem, credo, nível de escolaridade, capacidade física, sensorial ou intelectual, dentre outras.

A Educação em Direitos Humanos, como mecanismo de transmissão e reprodução do conhecimento tem um papel fundamental na socialização de práticas e informação sobre as questões tratadas pelos temas da diversidade cujo eixo fundador baseia-se na garantia dos direitos fundamentais e na dignidade humana, condições essenciais para o enfrentamento das desigualdades. Assim, o Ministério da Educação tem orientado suas políticas públicas para perceber e incluir os grupos historicamente apartados buscando a promoção dos direitos humanos e o reconhecimento dos diversos saberes das diferentes populações.

2. A atuação do Ministério da Educação para a garantia dos Direitos Humanos no ensino superior

O Ministério da Educação empenha-se no sentido de orientar, através das diretrizes curriculares nacionais, as Instituições de Ensino Supe-

rior para a elaboração dos currículos visando assegurar a flexibilidade e a qualidade da formação oferecida aos estudantes, além de uma educação em direitos humanos como um dos eixos fundamentais do direito à educação no sentido de utilização de concepções e práticas educativas fundadas nos Direitos Humanos e em seus processos de promoção, proteção, defesa e aplicação na vida cotidiana e cidadã de sujeitos de direitos e de responsabilidades individuais e coletivas (BRASIL, 2012).

O Ministério da Educação vem atuando através de várias ações a fim de fortalecer a cultura de uma educação em direitos humanos no âmbito de sua legitimidade legal, exigindo a valorização e inserção dos temas da diversidade no cotidiano da prática pedagógica, temas como os direitos humanos, a educação ambiental, a diversidade étnico-racial, indígenas e afro-brasileiros, pessoas com necessidades especiais, questões de gênero e diversidade de orientação afetivo-sexual.

Dentre as várias ações ministeriais, temos a implementação do Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos, com ações de formação de profissionais da educação básica e produção de materiais didáticos, incentivo à estruturação de centros de referência em educação em direitos humanos nas instituições de educação superior, fomento financeiro de projetos às instituições, oferta de formação continuada em direitos humanos, através do Sistema Universidade Aberta do Brasil, edição das Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos, conforme disposto no Parecer CNE/CP Nº 8, de 06/03/2012, que originou a Resolução CNE/CP Nº 1, de 30/05/2012, Diretrizes Curriculares Nacionais para Educação das Relações Étnico-Raciais e para o Ensino de História e Cultura Afro-Brasileira, Africana e Indígena, nos termos da Lei Nº 9.394/96, com a redação dada pelas Leis Nº 10.639/2003 e Nº 11.645/2008, e da Resolução CNE/CP Nº 1/2004, fundamentada no Parecer CNE/CP Nº 3/2004 e Políticas de Educação Ambiental com redação dada pela Lei 9.795, de 27 de abril de 1999 e Decreto Nº 4.281 de 25 de junho de 2002.

As ações ministeriais são uma importante iniciativa ao avançar no sentido do desenvolvimento de uma maior responsabilidade social das Instituições de Ensino Superior – IES, pois a legislação supramencionada não se destina apenas ao combate a qualquer forma de discriminação, mas são também legislações afirmativas, ao reconhecerem o espaço

acadêmico como lugar da formação de cidadãos comprometidos com a construção de uma cultura dos direitos humanos, considerando que o PNDH-3, ao tratar do ensino superior, estabelece metas que objetivam:

> "Incluir os Direitos Humanos como disciplinas, áreas de concentração, transversalização incluída nos projetos acadêmicos dos diferentes cursos de graduação e pós-graduação com em programas e projetos de pesquisa e extensão" (BRASIL, PNDH-3, 2010, p 186)

Destacamos a Resolução do Conselho Nacional de Educação nº 1 de 30/05/2012, a qual instituiu as diretrizes nacionais para Educação em Direitos Humanos, estabelecendo a sua observação pelos estabelecimentos de ensino, conforme segue:

> Art. 1º A presente Resolução estabelece as Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos (EDH) a serem observadas pelos sistemas de ensino e suas instituições.
>
> Art. 2º A Educação em Direitos Humanos, um dos eixos fundamentais do direito à educação, refere-se ao uso de concepções e práticas
>
> § 2º Aos sistemas de ensino e suas instituições cabe a efetivação da Educação em Direitos Humanos, implicando a adoção sistemática dessas diretrizes por todos(as) os(as) envolvidos(as) nos processos educacionais.
>
> Art. 3º A Educação em Direitos Humanos, com a finalidade de promover a educação para a mudança e transformação social, fundamenta-se nos seguintes princípios:
>
> I – dignidade humana
>
> (...)(BRASIL, 2012)

Porém, na medida em que as referidas Diretrizes Curriculares Nacionais estabelecem a obrigatoriedade da inclusão da educação em Direitos Humanos e outras temáticas nos currículos dos cursos superiores, o cumprimento desse dispositivo legal pela forma como foi inserido nos instrumentos avaliativos não tinha uma força coercitiva para operacionalização pelas IES, considerando que os requisitos Nor-

mativos e Legais não integravam o cálculo do conceito da avaliação do curso, de acordo com o anexo 2.

Diante daquela constatação, o Ministério da Educação ao atualizar os instrumentos avaliativos, publicou, no ano de 2017, um novo instrumento de avaliação dos cursos superiores, o qual está em vigor até a presente data, e com fulcro nas políticas que institucionalizaram a obrigatoriedade do tratamento da Educação em Direitos Humanos na educação superior, incluiu na Dimensão que avalia a Organização Didático-Pedagógica, como critério de análise dos Conteúdos Curriculares, no indicador 1.5, a Educação em Direitos Humanos, conforme anexo 3.

Com essa mudança na forma e no conteúdo do instrumento de avaliação externa, no que concerne à verificação da aplicabilidade institucional da Educação em Direitos Humanos nos currículos dos cursos de graduação, o Ministério da Educação garantiu o cumprimento da legislação, para verificar a qualidade da educação e para induzir a transformação das práticas de ensino, pesquisa e extensão na educação superior brasileira, pois de Requisito Legal e Normativo o respectivo tema passou a integrar o cálculo do conceito do curso, como Indicador Avaliativo Específico, maximizando ou minimizando a nota final do curso de graduação, quando da avaliação *in loco*, de acordo com o grau de importância curricular que a instituição concede à Educação em Direitos Humanos nos projetos pedagógicos dos cursos de graduação.

Em suma, é possível observar uma evolução institucional em busca de garantir que o ensino e a aprendizagem reúnam condições favoráveis para a valorização de uma educação em direitos humanos.

3. Cidadania, diversidade e sustentabilidade: um projeto de educação em Direitos Humanos no ensino superior

A educação em Direitos Humanos possuí um potencial crítico e transformador da realidade pedagógica, da realidade social e institucional. Por isso, o Centro Universitário Serra dos Órgãos a fim de atender às demandas legais impostas pelas diretrizes curriculares nacionais de educação em direitos humanos, e com base na sua responsabilidade en-

quanto agente institucional capaz de promover mudanças na sociedade, resolveu instituir no currículo dos seus cursos de graduação a disciplina Cidadania, Diversidade e Sustentabilidade – CDS[11].

O Projeto Pedagógico da disciplina CDS resultou de um processo natural de amadurecimento institucional no âmbito da implantação das diretrizes nacionais para a Educação em Direitos Humanos, diretrizes nacionais para Educação das Relações Étnico-Raciais e para o Ensino de História e Cultura Afro-brasileira e Africana, e diretrizes nacionais para Educação Ambiental.

Inicialmente, em uma análise preliminar da necessidade de cumprimento das respectivas diretrizes nacionais - exigidas pelo Ministério da Educação como Requisitos Legais a serem cumpridos por todos os cursos superiores - cogitou-se a implantação das temáticas de maneira isolada nos currículos de cada curso de graduação, seja criando disciplina específica dentro de cada projeto pedagógico de curso, ou ainda, inserindo-as na ementa de disciplinas preexistentes que possuam afinidade temática.

Todavia, discussões acirradas na área acadêmica em nível de Reitoria resultaram na conclusão de que esta seria uma oportunidade de a Instituição de Ensino formar cidadãos com base em uma educação comprometida com a emancipação, fincando suas bases no processo de conscientização e de tomada de responsabilidades frentes às situações de opressão, de dominação, de exclusão social e política, de uma nova barbárie, tanto mais sutil, como mais perigosa, pautando-se na afirmação intransigente de uma cultura em Direitos Humanos dentro da Universidade.

Assim, foi criada a disciplina institucional denominada **Cidadania, Diversidade e Sustentabilidade – CDS** com a finalidade de fomentar e reafirmar o compromisso institucional com a formação de cidadãos em uma perspectiva crítico-transformadora de Educação em Direitos Humanos, com a consolidação dos cursos de graduação como um espaço acadêmico real e propício à prática social e política emancipatória, espaço de conquistas e proteção de direitos.

11. O componente curricular do CDS foi aprovado pela Resolução do Conselho de Administração Superior do UNIFESO nº 032 datada de 03 de dezembro de 2015.

3.1 Concepção da disciplina

A disciplina de Cidadania, Diversidade e Sustentabilidade - CDS tem como essência o desenvolvimento de aptidões cognitivas e práticas, comprometida com a formação de cidadãos e profissionais bons, tolerantes, seguros e respeitadores dos outros, fortalecendo dessa forma a cultura dos direitos humanos.

Buscando garantir e incorporar institucionalmente estratégias pedagógicas para atender às diretrizes do ministeriais, o CDS é um componente curricular, a distância, de caráter autoinstrucional e obrigatório em todos os cursos de graduação da Instituição de Ensino, para as matrizes curriculares com vigor a partir de 2016.

3.2 Dos objetivos

O Objetivo Geral do CDS é formar cidadãos em uma concepção de educação que tem em vista a consolidação da cidadania ativa, propiciando o exercício do respeito, da tolerância, da valorização das diversidades de toda e qualquer natureza e a solidariedade entre os homens e entre os povos, traduzindo-se em condição indispensável à instalação de práticas democráticas pautadas no diálogo e no entendimento. Já os Objetivos Específicos visam assegurar a autonomia intelectual do estudante, conscientizando-o da necessidade para o aprendizado permanente; a afirmação de valores, atitudes e práticas sociais que expressem a cultura dos Direitos Humanos em todos os espaços da sociedade; a formação de uma consciência cidadã capaz de se fazer presente em nível cognitivo, social, ético e político; o desenvolvimento de processos metodológicos participativos e de construção coletiva, utilizando linguagens e materiais didáticos contextualizados; o fortalecimento de práticas individuais e sociais que gerem ações e instrumentos em favor da promoção, da proteção e da defesa dos Direitos Humanos, bem como da reparação das violações e estimular o pensamento crítico, dentro de uma lógica racional e ética, em um mundo de diversidades.

3.3 Competências e habilidades

O componente curricular deve abranger conteúdos e atividades que fundamentem, de forma coerente e orgânica, a formação dos estudantes de acordo com os eixos temáticos das Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos, Educação das Relações Étnico-Raciais e para o Ensino de História e Cultura Afro-brasileira e Africana e Educação Ambiental.

As seguintes competências e habilidades devem ser materializadas:

- Compreender a diversidade étnica e cultural na construção histórica do que é concebido pelo povo brasileiro.
- Pensar os relacionamentos interculturais em estreita relação com a educação socioambiental.
- Interpretar situações que possibilitem a desconstrução de ideias e imagens pré-concebidas.
- Ressignificar o entendimento dos valores culturais formadores do Brasil através da história e da arte.
- Propor nova visão dos relacionamentos interculturais na sua área de formação e atuação.
- Discutir e refletir a educação em direitos humanos, suas características conflitivas e transformação histórica do seu conceito.

3.4 Organização curricular

Baseados nas Diretrizes Curriculares Nacionais, bem como nos fundamentos ético-políticos, epistemológicos e pedagógicos do Plano Institucional, a estrutura curricular foi organizada visando à integração entre as temáticas do componente curricular e facilitando a interação entre os diversos cursos de graduação. Foi concebido de modo a atender aos princípios da excelência acadêmica das responsabilidades social e profissional e do compromisso regional que, por sua vez, informam os currículos pleno dos Cursos de Graduação.

3.5 Estrutura da disciplina

Considerando a diversidade institucional no âmbito dos seus quinze cursos de graduação nas áreas de saúde, de humanas e sociais e de tecnologia, assim como a necessidade de estabelecer trocas de experiência sobre as temáticas estabelecidas pelas diretrizes nacionais, a implantação do componente curricular Cidadania, Diversidade e Sustentabilidade acontecerá na modalidade a distância, sendo autoinstrucional com encontros tutoriais e avaliações a serem realizadas presencialmente.

O componente curricular é composto por cinco unidades curriculares (sessões de aprendizagem) com carga horária total de 80h. A carga horária é dividida em dois semestres, sendo ofertado o componente curricular nos 1º períodos dos cursos (CDS1) e no 2º períodos (CDS 2) com carga horária de 40h cada.

As sessões de aprendizagem na temática Direitos Humanos e Educação Ambiental se baseiam em uma metodologia de desenvolvimento de situações de aprendizagem organizadas no bojo de um storytelling dividido em cinco capítulos, visando à construção de um trajeto crítico-reflexivo em torno das seguintes temáticas; a) Liberdade b) Igualdade c) Diferenças d) Solidariedade e) Proposta de Intervenção na Realidade e Elaboração de pôster.

Em 2017, foram incorporadas novas propostas metodológicas que integram pedagogicamente tecnologias que podem ser acessadas em dispositivos móveis. Além disso, foi criada uma nova identidade visual para este componente curricular e feita a reestruturação do Ambiente Virtual de Aprendizagem, incorporando formatos multimidiáticos com utilização de vídeos, animação, obras de arte, bibliografias digitais de domínio público etc.

Conclusão

Atuar para uma educação em Direitos Humanos na educação superior exige considerar desafios concretos voltados para a configuração de posicionamentos criativos na formação de sujeitos de direitos em perspectiva integral.

Acredita-se as ingerências ministeriais na qualidade da educação em nível superior é uma oportunidade concreta para a construção em nossos estudantes e docentes o sentimento de herdeiros de uma cultura pluralista para que sejam capazes de estabelecer um diálogo respeitoso com as comunidades interna e externa, experimentando a integração com diferentes sujeitos sociais.

O momento se coloca propício a criar oportunidades de aprendizagens de modo a adotar uma postura cidadã diante da diversidade social e para a formação de uma cultura de respeito à dignidade humana através da promoção e da vivência dos valores da liberdade, justiça, igualdade, solidariedade, cooperação, tolerância e da paz.

Referências

ANDREOPOULOS, George J.; CLAUDE, Richard Pierre. **Educação em Direitos Humanos para o Século XXI**: Traduzido Ana Luiz Pinheiro. São Paulo: Editora Edusp, 2007.

BAXI, Upendra. **Educação em Direitos Humanos**: Promessa do Terceiro Milênio? In: ANDREOPOULOS, George J.; CLAUDE, Richard Pierre. **Educação em Direitos Humanos para o Século XXI**: Traduzido Ana Luiz Pinheiro. São Paulo: Editora Edusp, 2007.

BENEVIDES, Maria Victoria. **Direitos humanos: desafios para o século XXI.** In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy et al (Orgs.). Educação em direitos humanos: fundamentos teóricos-metodológicos. João Pessoa, PB: Editora Universitária da UFPB, 2007.

BRASIL. Decreto nº 1.904, de 13 de maio de 1996. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/pp/pndh/textointegral.html#Pref%C3%A1cio Acesso em 07 jul 2018.

BRASIL. Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm Acesso em 07 de jul 2018

BRASIL. Ministério da Educação. Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos. Resolução Nº 1, de 30 de maio de 2012.

BRASIL. Resolução do Conselho Nacional de Educação nº 1 de 30/05/2012.

BRASIL. Instrumento de Avaliação de Cursos de Graduação presencial e a distância. Brasília: 2015. Disponível em http://portal.inep.gov.br/web/guest/instrumentos .

BRASIL. Inep. 2015. Disponível em: http://portal.inep.gov.br/web/guest/instrumentos1

CANDAU, Veramaria. **Educação em direitos humanos: desafios atuais**. In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy et al (Orgs.). Educação em direitos humanos: fundamentos teóricos-metodológicos. João Pessoa, PB: Editora Universitária da UFPB, 2007.

CARBONARI, Paulo César. **Educação em direitos humanos: esboço de reflexão conceitual.** Apresentado no II Encontro Anual da ANDHEP. São Paulo, 7 a 9 de junho de 2006, no GT "Educação para os Direitos Humanos".

CLAUDE, Richard Pierre. **Direito à educação e educação para os direitos humanos**. In: Sur-Revista internacional de Direitos Humanos. São Paulo; Rede Universitária de Direitos Humanos, ano2, nº2,2005, p37-63

DIAS, Adelaide Alves. **Da educação como direito humano aos direitos humanos como princípio educativo**. In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy et al (Orgs.). Educação em direitos humanos: fundamentos teóricos-metodológicos. João Pessoa, PB: Editora Universitária da UFPB, 2007.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Traduação Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2005.

KOENIG, Shulamith. **Introdução.** ANDREOPOULOS, George J.; CLAUDE, Richard Pierre. **Educação em Direitos Humanos**

para o Século XXI: Traduzido Ana Luiz Pinheiro. São Paulo: Editora Edusp, 2007.

MACEDO, Ubiratan Borges. **Democracia e direitos humanos**: ensaios de filosofia prática (política e jurídica). Londrina: Edições Humanidade, 2003.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **A Trivialização dos Direitos Humanos**. In: Novos Estudos-nº28, SP:CEBRAP, p 99-115, OUT. 1990.

FRAUCHES, Celso da Costa. Diretrizes Curriculares para os Cursos de Graduação. Brasília: ABMES,2008.

ZENAIDE, Maria de Nazaré Tavares. A educação em direitos humanos.

O direito social à alimentação adequada: uma análise do reconhecimento das obrigações correlativas do estado à luz do comentário geral da ONU nº 12

Tauã Lima Verdan Rangel

Introdução

Josué de Castro (2003, p. 79), sobre a fome, especificamente na região nordeste do país, já discorreu que ela não atua apenas sobre os corpos das vítimas da seca, consumindo sua carne, corroendo seus órgãos e abrindo feridas em sua pele, mas também atua sobre seu espírito, sobre sua estrutura mental, sobre sua conduta moral. Mais que isso, há que se destacar que nenhuma calamidade pode desagregar a personalidade humana tão maciçamente e num sentido tão nocivo quanto à fome, quando alcança os verdadeiros limites da inanição.

Sobre a influência da imperiosa necessidade de se alimentar, os instintos primários são despertados e o homem, como qualquer outro animal faminto, demonstra uma conduta mental que pode parecer das mais desconfortantes. Jean Ziegler (2013, p. 32), em mesmo sentido, já colocou em destaque que "dolorosa é a morte pela fome. A agonia é

longa e provoca sofrimentos insuportáveis. Ela destrói lentamente o corpo, mas também o psiquismo".

Inexoravelmente, a questão da fome fundamenta-se em conceitos de incidência específicos, desdobrados na *fome aguda* e na *fome crônica.* A primeira equivale à urgência de se alimentar, a um grande apetite, e não é relevante para a discussão proposta no presente. Doutro aspecto, a fome crônica, permanente, a que subsidiará a pesquisa apresentada, ocorre quando a alimentação diária, habitual, não propicia ao indivíduo energia suficiente para a manutenção do seu organismo e para o desempenho de suas atividades cotidianas.

A fome crônica e permanente é capaz de provocar um sofrimento agudo e lancinante no corpo, produzindo letargia e debilitando, gradualmente, as capacidades mentais e motoras. É a marginalização social, perda da autonomia econômica e, evidentemente, desemprego crônico pela incapacidade de executar um trabalho regular. Inevitavelmente, conduz à morte. Oliveira *et all* sustentam que a fome crônica "é um fenômeno que possui elementos socioeconômicos e culturais: insatisfeita, prolongada ou apenas parcialmente saciada, cria vulnerabilidades e muitas vezes se traduz em importantes patologias" (2009, p. 415).

A complexidade do tema, segundo Maluf (2003, p. 53), fomenta maior discussão quando se estabelece como pilar inicial o fato de que a alimentação humana se dá em uma interface dinâmica entre o alimento (natureza) e o corpo (natureza humana), realizando-se integralmente apenas quando os alimentos são transformados em gente, em cidadãos e cidadãs saudáveis. A situação é agravada, sobretudo no território nacional, em decorrência do antagonismo existente, pois, conforme aponta Oliveira *et all* (2009, p. 414), o Brasil, na proporção que, sendo um dos maiores produtores de alimentos do mundo, ainda convive com uma condição social em que milhões pessoas se encontram, já que não tem plenamente assegurado o direito humano à alimentação adequada.

1. O direito social à alimentação adequada alçado ao *status* de direito fundamental

É fato que alimentação e nutrição são requisitos básicos para a promoção e a proteção da saúde, viabilizando a afirmação plena do poten-

cial de crescimento e desenvolvimento humano, com qualidade de vida e cidadania, tal como estruturação de condições sociais mais próximas das ideais. Podestá (2011, p. 27-28) destaca que a locução *segurança alimentar,* durante o período da Primeira Guerra Mundial (1914-1918), passou a ser empregado na Europa, estando associado estritamente com o de segurança nacional e a capacidade de cada país de produzir seu próprio alimento, de maneira a não ficar vulnerável a possíveis embargos, boicotes ou cercos, em decorrência de políticas ou atuações militares.

Contudo, posteriormente à Segunda Guerra Mundial (1939-1945), sobretudo com a constituição da Organização das Nações Unidas (ONU), o conceito da locução supramencionada passa a se fortalecer, porquanto compreendeu. Assim, nas recém-criadas organizações intergovernamentais, era possível observar as primeiras tensões políticas entre os organismos que concebiam o acesso ao alimento de qualidade como um direito humano, a exemplo da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura (FAO), e alguns que compreendiam que a segurança alimentar seria assegurada por mecanismos de mercado, tal como se verificou no Fundo Monetário Internacional (FMI) e no Banco Mundial.

Após o período supramencionado, "a segurança alimentar foi hegemonicamente tratada como uma questão de insuficiente disponibilidade de alimentos" (PODESTÁ, 2011, p. 28). Passam, então, a ser instituídas iniciativas de promoção de assistência alimentar, que foram estabelecidas em especial, com fundamento nos excedentes de produção dos países ricos. Havia, portanto, o entendimento de que a insegurança alimentar decorria da produção insuficiente de alimentos nos países pobres. Todavia, nas últimas décadas, a concepção conceitual de segurança alimentar que, anteriormente, estava restrita ao abastecimento, na quantidade apropriada, foi ampliada, passando a incorporar, também, o acesso universal aos alimentos, o aspecto nutricional e, por conseguinte, as questões concernentes à composição, à qualidade e ao aproveitamento biológico.

Em uma perspectiva individual e na escala coletiva, sobreditos atributos estão, de maneira expressa, consignados na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, os quais foram, posteriormente reafirmados no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos e Sociais e incorporados à legislação nacional em 1992. Historicamente, a inter-relação

entre a segurança alimentar e nutricional e o direito humano à alimentação adequada (DHAA) começa a ser delineada a partir do entendimento existente acerca dos direitos humanos na Declaração Universal de 1948.

Convém pontuar, ainda, que, em um cenário internacional, apenas em 1996, durante a realização da Cúpula Mundial de Alimentação, em Roma, que chefes de estados e governos, empenharam a sua vontade política e asseveraram, de maneira clara, sobre o direito a uma alimentação adequada e o direito fundamental de todos a não sofrer a fome. Oportunamente, o documento ora mencionado reconheceu que a problemática da fome e da insegurança alimentar possui uma dimensão global e são questões que tendem a persistir e aumentar dramaticamente em algumas regiões, a não ser que medidas urgentes sejam tomadas, notadamente em decorrência do crescimento populacional e a pressão existente sobre os recursos naturais. Estruturou-se, ainda, o ideário de que a pobreza é a maior causa de insegurança alimentar, logo, apenas um desenvolvimento sustentável seria capaz de promover sua erradicação, melhorando, por consequência, o acesso aos alimentos.

É possível frisar que a concretização dos direitos humanos, sobretudo o direito humano à alimentação adequada, abarca responsabilidade por parte tanto do Estado quanto da sociedade e dos indivíduos. Assim, nas três últimas décadas, denota-se que a segurança alimentar e nutricional passou a ser considerada como requisito fundamental para afirmação plena do potencial de desenvolvimento físico, mental e social de todo o ser humano. A Cúpula de Roma de 1996 estabeleceu, em órbita internacional, que existe segurança alimentar quando as pessoas têm, a todo o momento, acesso físico e econômico a alimentos seguros, nutritivos e suficientes para satisfazer as suas necessidades dietéticas e preferências alimentares, com o objetivo de levarem uma vida ativa e sã. Afirma Podestá que "ao Estado cabe respeitar, proteger e facilitar a ação de indivíduos e comunidades em busca da capacidade de alimentar-se de forma digna, colaborando para que todos possam ter uma vida saudável, ativa, participativa e de qualidade" (2011, p. 26).

Dessa maneira, nas situações em que seja inviabilizado ao indivíduo o acesso a condições adequadas de alimentação e nutrição, tal como ocorre em desastres naturais (enchentes, secas, etc.) ou em circunstân-

cias estruturais de penúria, incumbe ao Estado, sempre que possível, em parceria com a sociedade civil, assegurar ao indivíduo a concretização desse direito, o qual é considerado fundamental à sua sobrevivência. A atuação do Estado, em tais situações, deve estar atrelada a medidas que objetivem prover as condições para que indivíduos, familiares e comunidade logrem êxito em se recuperar, dentro do mais breve ínterim, a capacidade de produzir e adquirir sua própria alimentação. "Os riscos nutricionais, de diferentes categorias e magnitudes, permeiam todo o ciclo da vida humana, desde a concepção até a senectude, assumindo diversas configurações epidemiológicas em função do processo saúde/doença de cada população" (BRASIL, 2011, p. 11). Hirai (2011, p. 24) aponta que os elementos integrativos do conceito de segurança alimentar e nutricional foram se ampliando e passam, em razão da contemporânea visão, a extrapolar o entendimento ordinário de alimentação como simples forma de reposição energética. Convém destacar que, no território nacional, o novo conceito de segurança alimentar foi consolidado na I Conferência Nacional de Segurança Alimentar, em 1994.

No cenário nacional, as ações voltadas a garantir a segurança alimentar dão em consequência ao direito à alimentação e nutrição, ultrapassando, portanto, o setor de Saúde e recebe o contorno intersetorial, sobretudo no que se refere à produção e ao consumo, o qual compreende, imprescindivelmente, a capacidade aquisitiva da população e a escolha dos alimentos que devem ser consumidos, inclusive no que tange aos fatores culturais que interferem em tal seleção. Em tal cenário, verifica-se que o aspecto conceitual de Segurança Alimentar e Nutricional (SAN), justamente, materializa e efetiva o direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade satisfatória, de modo a não comprometer o acesso a outras necessidades essenciais da dignidade da pessoa humana. "Nunca é demais lembrar que o direito humano à alimentação adequada tem por pano de fundo as práticas alimentares promotoras de saúde, atinentes à diversidade cultural e que sejam social, econômica e ambientalmente sustentáveis" (MEDEIROS; SILVA; ARAÚJO, s.d., p. 34).

Atualmente, consoante Hirai (2011, p. 24), as atenções se voltam para as dimensões sociais, ambientais e culturais que estão atreladas na origem dos alimentos. Ademais, a garantia permanente de segurança alimentar e

nutricional a todos os cidadãos, em decorrência da amplitude e abrangência das questões que compreende, passa a reclamar diversos compromissos, tais como: políticos, sociais e culturais, objetivando assegurar a oferta e o acesso universal a alimentos de qualidade nutricional e sanitária, atentando-se para o controle da base genética do sistema agroalimentar.

O diploma legal supramencionado estabelece que a segurança alimentar e nutricional consiste na realização na realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem que haja comprometimento do acesso a outras necessidades essenciais, tendo como fundamento práticas alimentares promotoras de saúde que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis. Destaca Ribeiro (2013, p. 38) que o direito humano à alimentação adequada não consiste simplesmente em um direito a uma ração mínima de calorias, proteínas e outros elementos nutritivos concretos, mas se trata de um direito inclusivo, porquanto deve conter todos os elementos nutritivos que uma pessoa reclama para viver uma vida saudável e ativa, tal como os meios para ter acesso.

A partir da Lei Orgânica da Segurança Alimentar (LOSAN), a segurança alimentar e nutricional passou a abranger a ampliação das condições de acesso aos alimentos por meio de produção, em especial da agricultura tradicional e familiar, do processamento, da industrialização, da comercialização, incluindo-se os acordos internacionais, do abastecimento e da distribuição dos alimentos, compreendendo a água, bem como a geração de emprego e da redistribuição de renda. A locução supramencionada compreende a conservação da biodiversidade e a utilização sustentável dos recursos, bem como a promoção da saúde, da nutrição e da alimentação da população, incluindo-se os grupos populacionais específicos e populações em situação de vulnerabilidade sociais.

A LOSAN abrange, ainda, a garantia da qualidade biológica, sanitária, nutricional e tecnológica dos alimentos, bem como seu aproveitamento, estimulando práticas alimentares e estilos de vida saudáveis que respeitem a diversidade étnica e racial e cultural da população. Está inserido na rubrica em análise a produção de conhecimento e o acesso à informação, bem como a implementação de políticas públicas e estratégias sustentáveis e participativas de produção, comercialização e consumo de alimen-

tos, respeitando-se as múltiplas características culturais do País. A visão existente em torno do DHAA alcança como ápice, em sede de ordenamento jurídico interno, a Emenda Constitucional nº 64/2010 responsável por introduzir na redação do artigo 6º, o direito fundamental em comento.

2. As obrigações correlativas na promoção do direito à alimentação adequada

A efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais não se apresenta apenas como uma obrigação moral dos Estados, mas substancializa uma obrigação de cunho jurídico, alicerçada nos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, em especial o PIDESC. Ao contrário do que se verifica no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, cujo reconhecimento e efetivação dão-se de imediato, de acordo com o §1º do artigo 2º e artigo 3º, os direitos contidos no PIDESC serão assegurados progressivamente pelos Estados. Assim, em relação à implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais, Flávia Piovesan acena para o desafio da construção de um paradigma, em que "o imperativo da eficácia econômica seja conjugado à exigência ética de justiça social, inspirada em uma ordem democrática que garanta o pleno exercício dos direitos humanos" (PIOVESAN, 2007, p. 47).

As obrigações correlativas dos Estados, a exemplo do direito humano à alimentação adequada, não se encontravam definidas no momento da adoção do PIDESC. Golay, porém, enfatiza que "elas o foram desde então, principalmente graças aos trabalhos de A. Eide, do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Relator especial sobre o direito à alimentação" (GOLAY, 2009, p. 14). No Comentário Geral nº 12 foi retomada a definição apresentada pelo CDESC e acrescentou-se vários elementos sobre a definição de aludidas obrigações. As obrigações correlativas dos Estados encontram-se divididas em *jurídicas gerais*, previstas nos artigos 2º e 3º do PIDESC, e as obrigações *jurídicas específicas* dos Estados de respeitar, de proteger e de fazer cumprir esses direitos.

Ao se tornarem partes do PIDESC, os Estados assumem, igualmente, as obrigações preconizadas nos artigos 2º e 3º daquele, compreendendo a obrigação de garantir que o direito humano à alimentação será exercido

sem discriminação e de modo igual entre o homem e a mulher, bem como a obrigação prevista no §1º do artigo 2º. A obrigação de não discriminação foi definida pelos Princípios de Limburgo sobre a aplicação do PIDESC. O §2º do artigo 2º do Pacto foi reconhecido como de aplicação imediata e requer uma garantia explícita por parte de cada um dos Estados-Partes, bem como os motivos de discriminação mencionados na redação daquele dispositivo não são exaustivos. Em seu §37, os Princípios de 1986 estabelecem que "al ratificar el Pacto, los Estados eliminarán *de jure* la discriminación mediante la abolición imediata de toda legislación, regulación y práctica discriminatoria (incluyendo acciones de omisión y comisión) que afectan el desfrute de los derechos económicos, sociales y culturales"

Golay (2009, p. 15), ainda, afirma que a obrigação de não discriminação *de jure* é cumprida fundamentalmente por medidas legislativas. Assim, no que atina ao DHAA, ela exige que os Estados promovam uma revisão em sua legislação com o objetivo de assegurar que ela não possua disposições discriminatórias em matéria de acesso à alimentação ou aos meios e aos serviços que viabilizem sua obtenção. Os Estados, portanto, deverão adotar leis específicas para promover o combate à discriminação, tal como abster de qualquer prática discriminatória. Tem-se, assim, que essa faceta da não discriminação substancializa a denominada isonomia formal, ou seja, garantia legislativa de ausência de discriminação entre os indivíduos.

Os Princípios de 1986, em seu §38, aludem que "se deberia poner fin con toda la rapidez posible a cualquier discriminación *de facto* que resulte de uma desigualdade en el goce de los derechos económicos, sociales y culturales debido a una escasez de recurso u otros factores". A obrigação da não discriminação *de facto* implica que os Estados deverão adotar medidas positivas para garantir um exercício isonômico do DHAA às pessoas ou aos grupos de pessoas histórica e socialmente discriminados. O §38 dos Princípios de Limburgo traz à tona a ideia de uma isonomia material, ou seja, a promoção de medidas que, diante do caso concreto e considerando variáveis peculiares (sociais, históricas, econômicas, de gênero ou de etnia) inerentes a determinados grupos de pessoas, reclamem uma postura positiva para assegurar, no plano concreto, a prática.

Em complementação, o §39, de maneira expressa, clarificou a ideia de isonomia material supramencionada, estabelecendo que não se consi-

derará discriminação a adoção de medidas especiais cujo único fim seja assegurar o progresso adequado de determinados grupos ou indivíduos que requerem a proteção necessária para assegurar a ditos grupos ou indivíduos igualdade no desfrute dos DESC. "Se uma proteção legislativa não existir contra a discriminação em relação às mulheres, essa proteção deverá ser elaborada e adotada" (GOLAY, 2009, p. 15). Além disso, o §39 ressalva que essas medidas devem ser empregadas enquanto perdurar a situação de desigualdade, logo, alcançados os objetivos planejados e eliminada a desigualdade, é essencial a abolição das medidas isonômicas materiais, com o objetivo de evitar uma situação de discriminação.

Os Princípios de 1986, em seu §45, ao estabelecer a interpretação a ser conferida a redação do artigo 3º do PIDESC, apontam para ter atenção ao conteúdo da Declaração e a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, os outros instrumentos pertinentes e a as atividades realizadas pelo Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, conforme dita a Convenção. A obrigação aludida pelo §1º do artigo 2 do PIDESC comporta uma abordagem tridimensional, a saber: (i) a obrigação de agir por todos os meios apropriados, inclusive a adoção de medidas legislativas; (ii) a obrigação de agir em vista de assegurar progressivamente o exercício pleno do DHAA; e (iii) a obrigação de agir, tanto por seu esforço próprio quanto pela assistência e pela cooperação internacionais, até o máximo dos recursos disponíveis.

O primeiro aspecto da obrigação, consistente em "adotar medidas [...] por todos os meios apropriados, inclusive em particular a adoção de medidas legislativas", estabelece que todos os Estados têm a obrigação de começar, de maneira imediata a adotar medidas que persigam a plena realização dos direitos reconhecidos no Pacto. Os Estados utilizarão de todos os meios apropriados em nível nacional, o que inclui medidas legislativas, administrativas, judiciais, econômica, sociais e educacionais, coerentes com a natureza dos direitos, com o fim de cumprir as obrigações cominadas pelo PIDESC. O §18 dos Princípios de 1986, ao promover a interpretação da primeira dimensão da obrigação, reconhece que as medidas legislativas, por si só, não são suficientes para assegurar o cumprimento do PIDESC. Contudo, é oportuno anotar que, de acordo ainda com

o §1º do artigo 2º do Pacto, as medidas legislativas serão imprescindíveis quando a legislação em vigor violar as obrigações contidas no PIDESC.

A segunda dimensão da obrigação, "para assegurar progressivamente [...] a plena efetividade dos direitos", requer que os Estados atuem com toda a rapidez possível para lograr a efetividade dos direitos. "Bajo ninguna circunstancia esto será interpretado de manera que implique que los Estados tienen el derecho de aplazar indefinidamente esfuerzos destinados a asegurar la plena efectividad". A obrigação para "assegurar progressivamente" existe independentemente de qualquer aumento de recursos; requer, porém, a utilização eficaz dos recursos que estejam disponíveis. Golay, ainda, sustenta que "a obrigação de realização progressiva implica ainda que toda medida regressiva seja dificilmente compatível com as obrigações do PIDESC" (GOLAY, 2009, p. 15).

Os Estados têm, deste modo, a obrigação de agir de forma deliberada, concreta e trabalhando, de maneira rápida e eficazmente possível, para assegurar o pleno exercício do DHAA. Independentemente dos recursos e o nível de desenvolvimento do Estado, este deverá adotar medidas para assegurar o direito fundamental de estar ao abrigo da fome. Logo, há violação ao PIDESC quando um Estado não assegura o mínimo essencial necessário para que o indivíduo esteja ao abrigo da fome.

Em relação à segunda dimensão da obrigação, "até o máximo dos recursos que disponha", os Estados têm a obrigação independentemente de seu nível de desenvolvimento econômico, de assegurar o respeito aos direitos de subsistência mínima de todas as pessoas. A locução "até o máximo dos recursos de que disponha" se refere aos recursos próprios que o Estado possui, como também os recursos advindos da comunidade internacional, mediante cooperação e assistência internacional, como estabelece o §26 dos Princípios de 1986. "Se um Estado quiser alegar que limitações em matéria de recursos o colocam na impossibilidade de fazer cumprir o direito à alimentação, ele deverá demonstrar que não poupou nenhum esforço na utilização de todos os recursos" (GOLAY, 2009, p. 16), que se encontravam disponíveis para o cumprimento da obrigação.

De igual modo, o Estado deverá também demonstrar que se empenhou para obter um apoio internacional para garantir a disponibilidade e a acessibilidade da alimentação. Extrai-se, assim, que a dimensão da obri-

gação tem como ponto maior a cooperação e a assistência internacionais, ao qual estão submetidos os outros Estados Parte do PIDESC. A obrigação de cooperação e de assistência internacionais é impositiva para a realização do DHAA, que é o direito que os Estados mais se comprometeram a cooperar em direito internacional. O §30 dos Princípios de Limburgo afirma que a cooperação e a assistência internacionais devem se orientar para o estabelecimento de uma ordem social e internacional na qual os direitos e liberdades previstos no PIDESC possam lograr sua plena realização. No Pacto, os Estados reforçam tal compromisso por três passagens distintas, a saber: no §1º do artigo 2º e nos §§1º e 2º do artigo 11.

Parcela considerável dos indivíduos que lutam para assegurar o acesso à alimentação o fazem empregando seus próprios recursos, individualmente ou em grupos. Partindo-se de tal cenário, surgiram as obrigações jurídicas específicas dos Estados de respeitar e proteger o acesso à alimentação. Assim, com o objetivo de auxiliar os indivíduos que ainda não possuem acesso a tais recursos e que, independentemente de sua vontade, não pode acessá-los, os Estados são detentores das obrigações de facilitar e garantir o DHAA, isto é, assegurar o seu cumprimento. Eide foi responsável por estabelecer a tipologia das obrigações dos Estados de *respeitar, proteger* e *fazer cumprir* o direito à alimentação, sendo, posteriormente, retomada pelo CDESC e pelos Estados nas diretrizes sobre o DHAA.

Em relação à obrigação de *respeitar,* Ziegler (2001, p. 07) sustenta que a governo não deve privar, de maneira arbitrária, as pessoas do DHAA, ou, ainda, estabelecer dificuldades para o acesso aos alimentos. Golay (2009, p. 17) assinala que a obrigação de *respeitar* é essencialmente uma obrigação de abstenção, logo, é a obrigação dos Estados de se absterem de tomar medidas que tenham efeito de privar os indivíduos de seu acesso à alimentação. "Abstenerse de realizar intervenciones que afecten las posibilidades de que las personas o las comunidades produzcan sus alimentos o accedan de manera legal, física o económica a los mismos" (JUSIDMAN-RAPOPORT, 2014, p. 89). A obrigação de *respeitar* não implica, em um primeiro momento, a qualquer previsão orçamentária por parte do Estado, estando limitada à postura absenteísta e não intervencionista daquele em relação ao indivíduo ou a grupos sociais.

Como formar de violação à obrigação de *respeitar,* pode-se fazer menção ao governo que desaloja ou desloca, de maneira arbitrária, as pessoas de sua terra, em especial quando a terra é o meio fundamental de subsistência. Ziegler (2001, p. 07), ainda, afirma que configura violação se o Estado suprimir as disposições relativas à seguridade social sem assegurar que as pessoas vulneráveis disponham de meios alternativos para alimentar-se ou, ainda, se o governo introduzir, de maneira consciente, substâncias tóxicas na cadeira produtiva alimentar, eis que o DHAA preconiza que o acesso a alimentos deve compreender àqueles livres de substâncias nocivas.

Já a obrigação de *proteger* reclama uma postura positiva, devendo o Estado zelar para que empresas ou pessoas não privem os indivíduos do acesso a uma alimentação adequada. Eide aponta que "es obligación del Estado ofrecer una activa protección contra otros elementos más vigorosos o combativos – o contra intereses económicos más poderosos" (EIDE, 1999, p. 17). Trata-se, portanto, de um comportamento que impele ao Estado adotar uma postura de combate à fraude, a um comportamento contrário à ética nas relações comerciais e contratuais e contra a comercialização de produtos perigosos ou contaminados, em especial quando se considera que o DHAA requer o acesso a alimentos aptos ao consumo humano.

Golay (2009, p. 18) diz que essa obrigação se assemelha à obrigação de proteger os direitos civis e políticos, porquanto ela implica que os Estados implantem um quadro legislativo e institucional e um sistema judiciário apropriados para ofertar proteção ao DHAA. A função protetora assumida pelo Estado é ampliada, no que concerne ao DHAA, sobretudo em decorrência das obrigações advindas das obrigações contraídas no Pacto. No §15 do Comentário Geral nº 12, é explicitado que "a obrigação de proteger requer que medidas sejam tomadas pelo Estado para assegurar que empresas ou indivíduos não privem outros indivíduos de seu acesso à alimentação adequada" (CDESC, 1999, p. 03). Assim, a obrigação de *proteger* significa que o Estado atue em duas frentes distintas: (i) promulgar leis para evitar que pessoas ou organizações poderosas comprometam o DHAA; e (ii) estabelecer órgãos para investigar e proporcionar recursos eficazes para combater a violação do direito.

A obrigação de *fazer cumprir,* por sua vez, é aquela que mais se aproxima da obrigação preconizada no §1º do artigo 2 do PIDESC, consisten-

te em agir, até o máximo de seus recursos disponíveis, com o objetivo de assegurar progressivamente o exercício pleno do DHAA por todos os meios apropriados, inclusive adoção de medidas legislativas. "La obligación de satisfacer significa que el gobierno debe adoptar medidas positivas para individualizar a los grupos vulnerables y aplicar políticas para velar por que tengan acceso a una alimentación suficiente facilitando su capacidad de alimentarse por sí mismos" (ZIEGLER, 2001, p. 07). Para os Estados e para o CDESC, a obrigação significa que os Estados devem, em um primeiro momento, *facilitar* a realização do direito à alimentação, estabelecendo um ambiente que propicie ao indivíduo e aos grupos e alimentarem por seus próprios meios.

Em segundo lugar, os Estados devem *realizar* o direito à alimentação daqueles que não são capazes de se alimentarem, por razões independentes de sua vontade, promovendo a distribuição de alimentos ou implantando programas de proteção social. "Os Estados têm ainda a obrigação de *realizar* o direito à alimentação daqueles que não têm à (*sic*) longo prazo nenhuma possibilidade de ter acesso por seus próprios meios a uma alimentação adequada" (GOLAY, 2009, p. 18). Há que reconhecer que a obrigação vale para as pessoas detidas e para as crianças em situação de abandono. "Sempre que um indivíduo ou grupo está impossibilitado, por razões além do seu controle, de usufruir o direito à alimentação adequada com os recursos a sua disposição, os Estados tem a obrigação de satisfazer (prover) o direito diretamente" (CDESC, 1999, p. 03).

Assim, os Estados promoverão a implantação de sistemas de seguridade social, a fim de apoiar os membros mais vulneráveis da sociedade, a exemplo das pessoas idosas, as pessoas em emprego ou as pessoas deficientes (GOLAY, 2009, p. 18). Os sistemas de proteção social poderão ser elaborados sob formas monetárias ou alimentares. A obrigação de *realizar* deve existir em situações de desastres naturais ou, ainda, provocados por causas diversas. Assim, os Estados deverão enviar um auxílio alimentar com maior rapidez possível às pessoas vulneráveis, sozinhos, ou, caso não disponham de mecanismos para isso, com o auxílio dos outros Estados, das agências das Nações Unidas e das ONG nacionais e internacionais.

Conclusão

Alimentar-se é muito mais do que a mera ingestão de alimentos. É, conforme o artigo 2º da LOSAN, a materialização de um direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal, devendo o Poder Público adotar as políticas e ações que se façam necessária para promover a segurança alimentar e nutricional da população. O ato de alimentação requer a presença de alimentos em qualidade, em quantidade e de maneira regular, a fim de que haja concretização do ideário de dignidade que reveste a vida humana. A reunião dos três pilares materializa o ideário de segurança alimentar e nutricional e direito humano à alimentação adequada. Denota-se que está se valendo da premissa de acesso de alimentos, o que é diferente de disponibilidade de alimentos, já que esses podem estar disponíveis, mas as populações mais pobres podem não ter acesso a eles, em decorrência da renda ou outros fatores.

Como conclusão, reconhece-se que as obrigações correlativas contraídas pelo Estado, ao se tornar signatário do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Culturais e Sociais de 1966, desempenham especial importância na promoção dos direitos de cunho progressivo. Especialmente, tais obrigações asseguram que o direito humano à alimentação adequada, nas múltiplas órbitas, seja passível de oponibilidade ao Estado na função de garantidor e promotor de direitos humanos.

Bibliografia

BRASIL. *Relatório Anual da Comissão Especial de Monitoramento de Violação do Direito Humano à Alimentação Adequada.* Brasília: SDH, 2011.

CASTRO, Josué. *Fome:* um tema proibido. CASTRO, Ana Maria de (org.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. *Geografia da Fome.* Rio de Janeiro: Edições Antares, 1984.

CDESC. *Comentário Geral número 12:* O Direito Humano à Alimentação (art. 11). 26 abr.-14 mai. 1999, Genebra. Disponível em: <http://www.sesc.com.br>. Acesso em 04 ago. 2018.

COSTA, Thadeu Estevam Moreira Maramaldo *et all.* Avaliação de Risco dos Organismos Geneticamente Modificados. *Ciências e Saúde Coletiva*, n. 16, v. 1, 2007; p. 327-336. Disponível em: <http://www.scielosp.org>. Acesso em 04 ago. 2018.

EIDE, Asbjørn. *E/CN.4/Sub. 2/1999/12, de 28 de junio de 1999***:** El derecho a una alimentación adecuada y a no padecer hambre: Estudio actualizado sobre el derecho a la alimentación, presentado por el Sr. Asbjørn Eide em cumplimiento de la decisión 1998/06 de la Subcomisión. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org>. Acesso em 26 jul. 2017.

_____. *El derecho humano a una alimentación adecuada y a no padecer hambre.* Disponível em: <http://www.fao.org>. Acesso em 04 ago. 2018.

GOLAY, Cristophe. *Direito à Alimentação e Acesso à Justiça:* Exemplos em nível nacional, regional e internacional. Roma: FAO, 2009. Disponível em: <http://www.fao.org/docrep/016/k7286p/k7286p.pdf>. Acesso em 04 ago. 2018.

HIRAI, Wanda Griep. *Segurança Alimentar*: Em tempos de (in) sustentabilidades produzidas. Jundiaí: Paco Editorial, 2011.

JUSIDMAN-RAPOPORT, Clara. El derecho a la alimentación como derecho humano. *In*: *Salud Publica de Mexico*, Ciudad de Mexico, v. 56, supl. 1, 2014, p. 86-91. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx>. Acesso em 04 ago. 2018.

MALUF, Renato Sérgio. Economia de Rede. O Papel da Distribuição e a Problemática da Segurança Alimentar. *In*: _____; WILKINSON, John (org.). *Reestruturação do Sistema Agroalimentar.* Rio de Janeiro: REDCAPA, 1999.

_____. Fome, desnutrição e cidadania: inclusão social e direitos humanos. *Saúde e Sociedade***,** v. 12, n. 1, p. 51-60, jan.-jun. 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br>. Acesso em 04 ago. 2018.

MEDEIROS, Robson A. de; SILVA, Eduardo P.; ARAÚJO, Jailton M. de. *A (in) segurança alimentar e nutricional no Brasil e o desenvolvimento*

humano. Disponível em: <http://periodicos.ufpb.br>. Acesso em 04 ago. 2018.

MOSS, Bob. *Genetically Modified Organisms (GMOs):* Transgenic Crops and Recombinant DNA Technology, 2008. Disponível em: <http://www.nature.com>. Acesso em 04 ago. 2018.

NODARI, R. O.; GUERRA, M. P. Plantas transgênicas e seus produtos: impactos, riscos e segurança alimentar. *Revista Nutrição,* n. 16, v. 1, 2003, p. 105-116. Disponível em: <http://www.scielo.br> Acesso em 04 ago. 2018.

OLIVEIRA, Juliana Souza *et all.* Insegurança Alimentar e estado nutricional de crianças de São João do Tigre, no semi-árido do Nordeste. *Revista Brasileira de Epidemiologia,* a. 12, n. 3, p. 413-423, 2009. Disponível em: <http://www.scielosp.org>. Acesso em 04 ago. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *El derecho a la alimentación adecuada.* Disponível em: <http://www.ohchr.org >. Acesso 04 ago. 2018.

_____. *Los Princpios de Limburg sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales e Culturales***.** 2-6 junio de 1986, Maastricht, Países Baixos. Disponível em: <http://www.derechos.org.ve>. Acesso em 04 ago. 2018.

_____. *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.* Adoptado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela Assembleia Geral das Nações Unidas pela Resolução nº 2200-A (XXI), de 16 de dezembro de 1966. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/caju/tratados.pdf>. Acesso em 04 ago. 2018a.

_____. *Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.* Adotado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela resolução 2200A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 16 de Dezembro de 1966. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br>. Acesso em 04 ago. 2018b.

PODESTÁ, O. P. G. de. *Programa Bolsa de Família e a Segurança Alimentar e Nutricional:* O Caso do Município de Anchieta-ES. 139f.

Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas e Desenvolvimento Local) – EMESCAN, Vitória, 2011.

RIBEIRO, Isabelle Geoffroy; MARIN, Victor Augustus. A falta de informação sobre os Organismos Geneticamente Modificados no Brasil. *Ciência e Saúde Coletiva***,** n. 17, v. 2, 2012, p. 359-368. Disponível em: <http://www.scielo.br>. Acesso em 04 ago. 2018.

RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima. *Direito Fundamental Social à Alimentação Adequada*: Análise com ênfase no ordenamento jurídico brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

ZIEGLER, Jean. *Destruição em massa*: geopolítica da fome. PAULO NETTO, José (trad.). São Paulo: Cortez Editora, 2013.

._____. *E/CN.4/2001/53, de 7 de febrero de 2001***:** El Derecho a la Alimentación. Informe preparado por el Sr. Jean Ziegler, Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, de conformidad con la resolución 2000/10 de la Comisión de Derechos Humanos. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc>. Acesso em 04 ago. 2018.

DIREITOS FUNDAMENTAIS

A responsabilização do Estado por ato lícito vista como Direito Fundamental

Alessandra Tauk Santos

Introdução

O Estado é pessoa jurídica de direito público nacional e internacional detentor de direitos e deveres e apresenta como elementos constitutivos povo, território, soberania e finalidade qual seja promover o bem comum. Sendo este, um dos objetivos da República Federativa do Brasil, previsto no art. 3º, IV[12] da Constituição Federal.

No direito brasileiro consolidou-se a responsabilidade objetiva do Estado, amparada pela teoria do risco administrativo, já prevista em textos constitucionais anteriores ao vigente e ampliado na Constituição Federal de 1988, ao incluir no dever de reparar o dano as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público.

Essa responsabilidade objetiva exige os seguintes requisitos: a) ocorrência do dano; b) ação ou omissão administrativa; c) existência de nexo

12. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; **IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.**

causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa; e d) ausência de causa excludente da responsabilidade estatal.

Nessa linha, não mais se invoca o caráter lícito ou ilícito da ação estatal para fins de ressarcimento. [...] Deixa-se de lado, para fins de ressarcimento do dano, o questionamento do dolo ou culpa do agente, o questionamento da licitude ou ilicitude da conduta, o questionamento do bom ou do mau funcionamento da Administração. Demonstrado o nexo de causalidade, o Estado deve ressarcir o dano, (MEDAUAR, 2000, p.430).

O tema em questão foi tratado de forma específica na obra de Daniel Ustárroz. Aponta o autor que, ao lado do conhecido exemplo da responsabilidade civil por estado de necessidade, outras situações cotidianas ensejam a indenização de dano causado por ato lícito, dentre as quais a desapropriação. (USTÁRROZ, 2014).

Nesse sentido, o julgado do Supremo Tribunal Federal, em ação de indenização ajuizada por particular contra Município, em razão de danos decorridos da construção de viaduto, decidiu:

> A responsabilidade civil do Estado, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, que admite pesquisa em torno da culpa do particular, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade estatal, ocorre, em síntese, diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexo causal entre o dano e a ação administrativa. A consideração no sentido da licitude da ação administrativa é irrelevante, pois o que interessa, é isto: sofrendo o particular um prejuízo, em razão da atuação estatal regular ou irregular, no interesse da coletividade, é devida a indenização, que se assenta no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais. (STF,2009, on-line)

Nesse contexto verifica-se que a responsabilidade objetiva estatal independe do caráter ilícito ou lícito da ação estatal, tendo em vista que o foco da ordem jurídica contemporânea não é sancionar a conduta, mas, sim, reparar o dano causado.

Assim, considerando que a ilicitude da conduta do poder público não se apresenta como requisito indispensável à caracterização da responsabilidade civil da Administração Pública, é que o objetivo deste trabalho é explorar a responsabilidade civil do Estado por atos lícitos,

no intuito de compreender tal instituto e facilitar o ressarcimento devido à parte lesada. Desde que preenchidos os requisitos ensejadores da mencionada responsabilidade civil do Estado e não haja nenhuma causa apta a excluir o pretenso ressarcimento.

Observando o momento histórico ora vivenciado no qual tomamos consciência como assinala Habermas, "de que a história e a cultura são fontes de uma imensa variedade de formas simbólicas, da especificidade das identidades individuais e coletivas, bem como da grandeza do desafio representado pelo pluralismo epistêmico" (HABERMAS, 2007, p. 09). Dessa forma, a aplicação tradicional do Direito tornou-se insustentável, a qual o Pós-positivismo jurídico pretende combater, almejando a superação do Positivismo Jurídico que dominou a ciência jurídica no século XX.

Nessa moldura, no denominado constitucionalismo pós-moderno ou pós-positivismo, autores como Ronald Dworkin (2006), Luiz Alberto Barroso (2007) e Robert Alexy (2008) reconhecem a insuficiência de critérios formais de validade do Direito, sendo necessária a correção material dessa ciência, com o ingresso de alguns parâmetros morais de justiça, com ênfase no papel exercido pelos princípios. Nesse paradigma que rege o Estado Constitucional, a eficácia da Constituição ocupa um papel relevante, no que diz respeito à efetivação dos direitos fundamentais. Sendo razoável situar a reparação civil do cidadão pelo Estado, prevista no art.37, § 6º da Constituição Federal, como direito fundamental. A propósito do tema, vale ressaltar que, o § 2º, do art. 5º, da Carta Magna confere amplas possibilidades de reconhecimento de direitos fundamentais atípicos no âmbito do constitucionalismo pátrio.

Uma pesquisa realizada no âmbito da jurisprudência da Justiça Federal da Quinta Região, que abrange seis dos Estados do Nordeste do Brasil, evidenciou que são raros os julgados que contemplam de forma explícita a responsabilização do Poder Público por ato lícito perante o cidadão. A exemplo do caso da Apelação Cível nº 08002403201340582000, julgada pelo TRF5, segundo a qual:

> Na questão em análise, em que pese não ter ocorrido à prática de ato ilícito por parte da Administração Pública, resta inegável o dever de indenizar decorrente do risco administrativo, que

> fundamenta a responsabilidade objetiva estabelecida no regime jurídico dos atos da Administração. (TRF, 2015, on-line)

Para Alexy a positivação dos direitos fundamentais representa "uma abertura do sistema jurídico perante o sistema moral." O autor considera que é mais fácil identificar o conteúdo axiológico dos princípios do que o das regras, Dessa maneira para ele "os princípios têm uma importância substancial fundamental para o ordenamento jurídico" (ALEXY, 2008, p. 109).

Segundo Dworkin (2006), a leitura moral (axiológica) da Constituição só não é adequada para a interpretação de regras, a exemplo da idade mínima para a candidatura a cargos públicos, considerando que, nesses casos a leitura moral já foi feita pelo legislador.

Barroso (2007) considera o pós-positivismo o marco filosófico do novo direito constitucional, justificando que esta corrente do pensamento busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas.

A partir desses pressupostos é que o presente estudo volta-se para analisar se a ilicitude da conduta do ente público constitui condição para reparação civil da parte lesada e, mais que isto, poderá ser considerado um direito fundamental, já que é previsto na Carta Magna.

1. Teorias da responsabilidade civil do Estado: principais abordagens

A responsabilidade civil do Estado ou da Administração Pública, consiste na obrigação a este imposta em reparar danos causados a terceiros, em consequência de suas atividades ou omissões, apresentando características peculiares em cada regime jurídico.

A responsabilidade civil subjetiva, amparada na doutrina civilista, tem no elemento culpa (sentido lato) a sua viga mestra, já que é componente indispensável do ato ilícito que, ao ensejar um dano a terceiro, comporta a respectiva recomposição. Ela está prevista no art. 159[13] do Código Civil

13. **Art. 159.** Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. CC/16 - Lei nº 3.071 de 01 de Janeiro de 1916.

Brasileiro. Vale salientar que a legislação francesa serviu de inspiração para a elaboração do conceito legal da responsabilidade civil subjetiva no Brasil.

A partir das ideias de Kant (2016), ao considerar a responsabilidade como o desempenho formal da liberdade, isto é, primeiro vem a liberdade para depois vir a responsabilidade, é possível afirmar que o fundamento da responsabilidade subjetiva é um dever de consciência.

Por outro lado, a responsabilidade civil objetiva consiste na obrigação de reparar os danos, sem que se indague acerca de eventual conduta dolosa ou culposa, por parte do agente para a produção do evento danoso. Ela tem origem nas teorias publicistas que defendem a efetiva submissão do Estado à responsabilidade com base em princípios de direito público a exemplo do emblemático caso Blanco[14] julgado na França em 1873.

O fundamento da responsabilidade civil objetiva é o risco, no caso do sistema jurídico brasileiro o chamado risco administrativo, no qual é possível a redução ou supressão do dever de indenizar em algumas hipóteses. Assim, para a configuração da responsabilidade objetiva basta a verificação dos seguintes elementos: a) ação; b) dano e c) nexo causal. No Brasil, atualmente, a responsabilidade civil objetiva do Estado está prevista no art. 37, § 6 § da Constituição Federal de 1988.

Para justificar a necessidade de reparação dos prejuízos sofridos pelo indivíduo socialmente considerado frente ao Estado burocrático Wolkmer destaca que "Todas as alternativas de administração devem ter em vista o bem-estar de uma cidadania emancipada." (WOLKMER, 1995, p. 59). Nessa ótica, a Administração Pública deve priorizar servir mais que subordinar o indivíduo.

2. Da irresponsabilidade civil à responsabilidade objetiva do Estado à luz dos Direitos Fundamentais

A fase da irresponsabilidade civil do Estado remonta à idade moderna, em que o Estado era absoluto, encarnado na pessoa do príncipe, vigendo o princípio da infalibilidade do soberano, traduzido pela máxima "o rei

14. No caso Blanco, a menina Agnès Blanco foi atropelada por uma vagonete da Companhia Nacional de Manufatura de Tabaco, de exploração do Estado, em 1872, em Bordeaux, na França. O pai da menina acionou a justiça, com um pedido de indenização, alegando a

não erra." O princípio segundo o qual o Estado não podia cometer atos ilegítimos teve, durante séculos, papel decisivo em países como França e Inglaterra. O que levou a limitar ou até mesmo excluir a responsabilidade do Estado por atos danosos aos cidadãos. A própria ideia de soberania era incompatível com a responsabilidade do Estado. (CAPPELLETTI, 1989).

A partir do Código Civil Francês (Código Napoleônico) de 1804[15] surgem os pilares da chamada responsabilidade subjetiva, que admite a responsabilização de qualquer pessoa que cause dano à outra, desde que aja com culpa (sentido lato). É visível a influência deste código no ordenamento jurídico brasileiro cuja a responsabilidade subjetiva está prevista no já mencionado art.159 do Código Civil de 1916 e apresenta como elementos definidores: fato antijurídico, dano, nexo de causalidade e culpa (sentido lato).

No Brasil contemporâneo consolidou-se a responsabilidade objetiva do Estado, amparada pela teoria do risco administrativo, já prevista em textos constitucionais anteriores ao vigente. Ampliado na Constituição Federal de 1988 ao incluir no dever de reparar, as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público.

Vale salientar que, a teoria da responsabilidade estatal adotada no texto constitucional, vigente no Brasil, é a do risco administrativo, que admite a exclusão da responsabilidade da Administração Pública sempre que se verificar que o dano ocorreu por culpa exclusiva da vítima ou de terceiros. Ou ainda provocado por caso fortuito ou de força maior.

Por seu turno, os direitos fundamentais são tradicionalmente considerados como direitos básicos previstos na Constituição Federal de uma nação. Luigi Ferrajoli (2010) os define como aqueles direitos cuja garantia é necessária a satisfazer o valor das pessoas e a realizar-lhes a igualdade. Tais direitos não são negociáveis e dizem respeito a "todos" em igual medida, como condições da identidade de cada um como pessoa e/

responsabilidade civil do Estado por prejuízos causados a terceiros, em face das atividades de seus agentes. O pedido chegou ao Conselho de Estado Francês, que decidiu pela responsabilização do Estado pela reparação dos danos causados à menina atropelada.

15. O Art. 1382 do Código Civil Francês de 1804 tem a seguinte redação no idioma original: "Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autri un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le reparer".Traduzindo, "Todo fato qualquer do homem que causa um dano a outrem obriga aquele por culpa do qual isso aconteceu a repará-lo".

ou como cidadão. Serão eles sempre invioláveis, inalienáveis, indisponíveis e por assim dizer, "personalíssimos".

Essas características acham-se presentes nas ideias da Revolução Francesa de 1789, cujos os principais ideais de liberdade, igualdade e fraternidade foram consolidados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Reconhece-se a partir deste momento histórico a sedimentação dos direitos fundamentais, considerando que os indivíduos passam a ter não apenas deveres em relação ao Estado, mas direitos frente a esse ente que assume agora o dever de cuidar das necessidades de seus cidadãos. (BOBBIO, 1992). É possível observar que o ambiente histórico da Revolução Francesa limitou-se a garantir os direitos fundamentais de natureza individual vinculados essencialmente à liberdade e à dignidade humana.

Coube à Constituição da Alemanha de 1919, a chamada Lei Fundamental de Weimar estabelecer além dos direitos civis e políticos conquistados anteriormente, direitos econômicos e sociais.

No final do século XX, com o surgimento do constitucionalismo pós-moderno, passa-se a defender que a constituição abandone a natureza retórica e busque a sua efetivação com a concretização dos direitos fundamentais. Autores como Ronald Dworkin (2006), Luiz Alberto Barroso (2007) e Robert Alexy (2008) reconhecem a insuficiência de critérios formais de validade do Direito, sendo necessária a sua correção material, com o ingresso de alguns parâmetros morais de justiça, com ênfase no papel exercido pelos princípios. Na perspectiva da efetivação dos direitos fundamentais é, portanto, razoável situar a reparação civil do cidadão pelo Estado como direito fundamental. Considerando o entendimento contemporâneo segundo o qual o conteúdo dos direitos fundamentais não é definido de acordo com a sua localização constitucional (MARQUES, 2014).

3. Da responsabilidade civil do Estado por ato lícito com fundamento no princípio da isonomia

Com a adoção da responsabilidade objetiva pelo ordenamento constitucional, as análises dos parâmetros das teorias que classificam a responsabilidade em objetiva e subjetiva perdem um pouco o seu valor, deslocando a discussão para o exame dos próprios pressupostos da responsabilidade.

No direito brasileiro, a partir da Constituição de 1946 a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público é objetiva. Essa responsabilidade objetiva exige os seguintes requisitos: a) ocorrência do dano; b) ação ou omissão administrativa; c) existência de nexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa; e d) ausência de causa excludente da responsabilidade estatal.

O dispositivo vigente na atualidade é o art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988, que delimita a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas de direito privado prestadoras de serviço público, assim expresso:

§ 6º – As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Embora o enunciado não seja suficientemente esclarecedor acerca dos pressupostos da responsabilidade civil, já que não define qual conduta administrativa enseja responsabilidade, não resta dúvida de que o ato ilícito, por desobedecer à própria lei, enseja a responsabilidade do autor da conduta que cause dano a alguém.

Marçal Justen Filho (2006) defende a antijuridicidade como elemento indispensável à responsabilização civil do Estado. Para o autor, só é possível falar em responsabilidade do Estado diante de conduta antijurídica. Para ele, mesmo os defensores de concepções objetivistas concordam com a insuficiência da mera relação de causalidade entre conduta estatal e a consumação do dano.

Os autores que apontam a conduta contrária ao direito como requisito indispensável à responsabilização civil utilizam, a título de exemplo, a inocorrência da responsabilidade civil do Estado pela persecução penal, já que há nexo de causalidade entre ato lícito e dano suportado pelo investigado criminalmente.

Por outro lado, a grande preocupação dos defensores do reconhecimento da antijuridicidade, como pressuposto da responsabilidade objetiva do Estado, é evitar que a reparação irrestrita pelo ente público ocasione injustiças. Inclusive com a própria sociedade a qual o Estado visa a proteger.

No mundo contemporâneo, a maioria dos Estados adota a responsabilidade objetiva, amparada na teoria do risco, e tendo como foco a reparação do dano causado em detrimento da mera repressão da conduta. Sendo razoável o entendimento segundo o qual a responsabilidade objetiva estatal independe do caráter lícito ou ilícito da ação estatal.

Autores como Celso Antônio Bandeira de Mello (2000), Odete Medauar (2000) e Yussef Cahali (2014) defendem que há responsabilidade civil do Estado também por ato lícito, quando o poder do Estado, embora legítimo, ocasione lesão a direito alheio, desde que o dano seja considerado acima do normal ou, como preferem alguns, injusto.

Nesse sentido, não mais se invoca o dolo ou culpa do agente ou o mau funcionamento do serviço ou ainda a falha da Administração. [...] "Deixa-se de lado, para fins de ressarcimento do dano, o questionamento do dolo ou culpa do agente, o questionamento da licitude ou ilicitude da conduta, o questionamento do bom ou do mau funcionamento da Administração. Demonstrado o nexo de causalidade, o Estado deve ressarcir o dano," (MEDAUAR, 2000, p. 430).

O tema da responsabilidade civil por ato lícito foi tratado de forma específica na obra de Daniel Ustárroz. Aponta o autor que, ao lado do conhecido exemplo da responsabilidade civil por estado de necessidade, outras situações cotidianas ensejam a indenização de dano causado por ato lícito, dentre as quais a desapropriação. (USTÁRROZ, 2014).

Vale salientar que a discussão doutrinária entre os conceitos de indenização e responsabilidade não tem o condão de afastar a possível responsabilização do Estado pela prática de ato lícito. Considerando que, a lesão à esfera juridicamente protegida dos indivíduos, embora resulte de ato lícito, sendo ilegítima, haverá responsabilidade estatal por ato lícito e não simples indenização. A título de exemplo, é possível lembrar o caso de nivelamento de uma rua que resulta em desnível de algumas casas, neste caso o conteúdo do ato não constitui apenas o sacrifício de direito alheio indenizável, implica em responsabilidade estatal.

Dessa maneira, constata-se que o fundamento da doutrina que defende a responsabilidade civil do Estado, mesmo diante de ato lícito, é o princípio da igualdade. Considerando a necessidade de repartição isonômica dos ônus provenientes de atos lesivos, evitando que somente

algumas pessoas suportem eventuais prejuízos advindos de atividades que visam a beneficiar a coletividade.

Conclusão

A noção de responsabilidade civil evoluiu desde a teoria da completa irresponsabilidade do Estado, passando pela responsabilidade exclusiva do funcionário, depois acolheu o conceito de culpa (sentido lato) como elemento indispensável a sua caracterização. Chegando aos dias atuais sob a égide da responsabilidade objetiva, focada na reparação do dano.

No direito brasileiro, como vimos, a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público, prevista na Constituição Federal de 1988, é objetiva na modalidade do risco administrativo. Tal responsabilidade objetiva exige os seguintes requisitos: a) ocorrência do dano; b) ação ou omissão administrativa; c) existência de nexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa; e d) ausência de causa excludente da responsabilidade estatal.

Verifica-se que a responsabilidade objetiva estatal independe do caráter ilícito ou lícito da ação estatal, tendo em vista que o foco da ordem jurídica contemporânea não é sancionar a conduta, mas, sim, reparar o dano causado.

Considerando que a ilicitude da conduta do poder público não se apresenta como requisito indispensável à caracterização da responsabilidade civil da Administração Pública, é plausível o entendimento segundo o qual o Estado deve ser responsabilizado por suas atividades, ainda que lícitas, lesivas aos particulares. Desde que preenchidos os requisitos ensejadores da mencionada responsabilidade civil do Estado e não haja nenhuma causa apta a excluir o pretenso ressarcimento. É bom lembrar que os direitos fundamentais são tradicionalmente considerados como direitos básicos previstos na Constituição Federal de uma nação.

No final do século XX, com o surgimento do constitucionalismo pós-moderno, passa-se a defender que a constituição abandone a natureza retórica e busque a sua efetivação com a concretização dos direitos fundamentais. Autores como Ronald Dworkin (2006), Luiz Alberto Barroso (2007) e Robert Alexy (2008) reconhecem a insuficiência de

critérios formais de validade do Direito, sendo necessária a sua correção material, com o ingresso de alguns parâmetros morais de justiça, com ênfase no papel exercido pelos princípios.

Nesse paradigma de Estado Constitucional, a eficácia da Constituição ocupa um papel relevante, no que diz respeito à efetivação dos direitos fundamentais. Sendo razoável situar a reparação civil do cidadão pelo Estado, prevista no art.37, § 6º, como direito fundamental. Nesse sentido, como destaca Clarissa Marques (2014) a existência de um catálogo, como é o caso do art. 5º da Constituição Federal, não exaure a existência de todos os direitos fundamentais da Constituição Brasileira.

Referências

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

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, ano 23, n. 1, p. 20-49. jan. 2007.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de janeiro: Campus Elsevier, 1992.

BRASIL. Código Civil. Lei n° 3.071 de 1° de janeiro de 1916. Disponível a partir de: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm>. Acesso em: 09/07/2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível a partir de: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29/06/2018.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado.** 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?**. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1989.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HABERMAS, Jünger. **A ética da discussão e a questão da verdade.** Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. A Responsabilidade do Estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 226-248.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática.** Tradução Monique Hulshof. 1ª ed. Petrópolis: Vozes, 2016.

MARQUES, Clarissa, O conceito de direitos fundamentais. In: BRANDÃO, Claudio (Coord.). **Direitos humanos e fundamentais em perspectivas**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 151-168.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. Recurso Extraordinário nº 113.587-SP. Relator: Ministro Carlos Veloso. Decisão unânime. Brasília, 18.02.92. Disponível a partir de: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1469664>. Acesso em: 25/10/2017.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. 1ª Turma. Apelação Civel nº 0800240320134058200 – PB. Relator: Desembargador Manoel Erhardt. Decisão unânime. Recife, 18/06/2015. Disponível em <https://www4.trf5.jus.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=exibir&tipo=1>. Acesso em: 16/102017.

USTÁRROZ, Daniel. **A responsabilidade civil por ato lícito.** 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

____. **História do Direito no Brasil.** 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

O exercício da liberdade de expressão sob a perspectiva da liberdade religiosa

Bruno de Assis Pimentel Carvalho
Daiana Seabra Venancio

Introdução

A análise da prática dos direitos à liberdade religiosa e à liberdade de expressão demonstra o aparente conflito entre estas normas constitucionais, uma vez que, por vezes alguns grupos religiosos utilizam da liberdade de expressão para denegrir outras religiões. Essas manifestações podem ser interpretadas como forma de limitar a liberdade religiosa, o que faz surgir à importância de entender qual o sentido de uma religião comparar a outra a seu maior "adversário", fato facilmente percebido através de expressões sistematicamente utilizadas, como "inimigo" e "opressor".

A aplicação do princípio de razoabilidade, através da dedução lógica, tem como objetivo sanar a aparente antinomia. Segundo Müller, esta é a melhor forma de resolver um conflito de normas constitucionais.

Para Müller, o processo de decisão jurídica consiste em um procedimento de dedução lógica, sendo então o questão da realização do direitos, um problema cognitivo. Sendo portanto a concretização da norma, nada mais do que a interpretação do referido dispositivo, não havendo nada além da reelaboração da vontade da norma. (MÜLLER, 2005, p.5).

O presente trabalho objetiva descrever algumas formas de interpretar a constituição, a fim de que estas possam auxiliar a sanar a antinomia objeto deste. Müller descreve algumas formas de interpretar as normas constitucionais, a fim de tentar entender a vontade do legislador, a interpretação gramatical, sistemática, teleológica, histórica as quais serão analisadas adiante. (MÜLLER, 2005, p.6). Estas formas serão analisadas mais adiante, ao expor o princípio de razoabilidade e dedução logica, explicitados por Barroso. (BARROSO, 2015, p.255).

É possível justificar esta pesquisa considerando o aumento dos casos de intolerância religiosa no Brasil. A título de ilustrar tal argumento, destaca-se aqui reportagem veiculada pela Empresa brasileira de comunicação – EBC, publicada no dia 05 de agosto de 2018. Esta reportagem aponta que só na cidade do Rio de Janeiro os casos aumentaram 56% no período de janeiro a março de 2018, quando comparados com o mesmo período do ano anterior.

Buscando analisar a temática proposta, este trabalho será pautado na investigação a respeito da intolerância religiosa. De forma a atingir a maior veracidade possível no processo de conhecimento da problemática a ser estudada, o trabalho examinará com um olhar investigativo situações referentes ao objeto estudado que no caso desta analise trata-se do conflito entre a liberdade de expressão e a liberdade religiosa. O estudo visa abordar a o papel do Ministério Público para sanar tal conflito, para isso se faz necessário direcionar a abordagem em base da utilização de material teórico. Estabelecendo uma linha de investigação pela qual será conduzido o trabalho, para que seja levantado todo o material necessário com o intuito de estabelecer uma avaliação pratica do que se propõe o estudo.

Após o levantamento do material teórico o estudo seguirá distribuído em duas fases distintas as quais serão avaliadas separadamente. A primeira buscará o conhecimento teórico referente a contextualização do objeto estudado. A segunda buscará estudar quis o dispositivos legais que asseguram tais direitos. Este trabalho visa atuar utilizando o método da pesquisa bibliográfica a fim de produzir um aprofundamento acerca do tema proposto, desta forma avaliando a veracidade das hipóteses levantadas.

1. A relevância da liberdade na constituição.

A Constituição Federal traz em seu escopo, diversas normas com fins de assegurar direitos fundamentais ao indivíduo. O constituinte buscou garantir liberdades variadas, que são essenciais para assegurar a dignidade da pessoa humana. Tamanha a relevância, que o constituinte originário considera a dignidade da pessoa humana como condição de fundamento do Estado Democrático de Direito.

Diversos tratados e convenções internacionais versam sobre o assunto. Após a Emenda constitucional nº 45 (EC/45), os tratados que versam sobre direitos humanos, ao serem ratificados pelo Brasil, passaram a ser inseridos no ordenamento jurídico brasileiro com grande relevância. O Recurso Extraordinário 466.339, julgado em 2009, do Supremo Tribunal Federal (STF) passou a reconhecer que os tratados que versam sobre Direitos Humanos, mesmo quando aprovados por maioria simples, possuem status de norma supralegal, ou seja, acima das leis e abaixo da Constituição Federal. O parágrafo 3º, incluído pela EC/45, reconhece o *status* de emenda constitucional desses tratados, quando aprovados pelo Congresso Nacional, pelas duas casas, em dois turnos, com três quintos de seus membros.

Na esfera internacional, há no continente americano a Convenção Americana de sobre Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, que institui o Sistema Interamericano de proteção aos Direitos Humanos. Este complementa a proteção aos Direitos Humanos dos Estados membros. O Pacto de São José da Costa Rica institui a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que possui o papel consultivo e contencioso, este último apenas para os Estados que são parte do Pacto e aceitaram a jurisdição da Corte.

O tema da dignidade de pessoa humana, na constituição brasileira possui caráter de *conditio sine qua non*, para a existência do Estado Democrático de Direito. Por este motivo existem diversos direitos fundamentais assegurados no texto constitucional e, conforme dispõe o art. 5º §2º, tais direitos não excluem outros previstos em convenções e tratados internacionais. Uma eventual violação a estes direitos fundamentais podem levar o Brasil a ser acionado na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

1.1 Liberdade de expressão.

A liberdade de expressão é inerente ao indivíduo. Na Antiguidade clássica já é possível encontrar o exercício deste direito. Na democracia de Atenas, em 507 a.c. quando Clístenes assumiu o poder, ele estendeu os direitos políticos a todos os cidadão atenienses, ou seja, homens livres, maiores de idade e nascidos em Atenas. Com isso, todo cidadão ateniense passou a ter o direito de fazer uso da palavra na *Bulé*. Esta consiste em uma assembleia formada pelo povo que entre outras coisas, era consultada em assuntos importantes. (KITTO, 1970, p.108). No ordenamento jurídico brasileiro, encontramos na carta magna, a garantia deste direito à liberdade de expressão como fundamental e indispensável ao Estado Democrático de Direito.

O direito de manifestar seu pensamento está expresso no o artigo 5º, inciso IV da Constituição "é livre a manifestação do pensamento sendo vedado o anonimato" juntamente com o inciso XIV deste mesmo artigo, no qual "é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional". Une-se ao artigo 5º o artigo 220º com o mesmo propósito de assegurar o direito à liberdade de expressão, em seu *caput*, afirma que "a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta constituição", bem como o § 1º deste artigo: "nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no artigo 5º, IV, V, X, XIII e XIV." Por fim, o § 2º estabelece que "é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.". São dispositivos constitucionais que buscam garantir o direito à liberdade de expressão.

Tamanha a relevância deste direito, que encontra amparo na legislação internacional para sua garantia. Neste sentido, serão analisadas a seguir algumas declarações e tratados internacionais, através dos quais o Brasil se comprometeu com a preservação da liberdade de expressão.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos consiste em um documento que proclama os direitos humanos básicos, estabelece no

artigo XIX que "todo homem tem direito à liberdade de opinião e de expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opinião e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios, independentemente de fronteiras.".

A Declaração Internacional de Chapultepec, uma carta de princípios que se tornou decisiva para a defesa da liberdade de expressão na América Latina, foi assinada pelo Brasil em 09 de agosto de 1996. Busca defender e valorizar a liberdade de imprensa e de expressão em seus princípios estabelece que:

> I. Não há pessoas nem sociedades livres sem a liberdade de expressão e de imprensa. O exercício desta não é uma concessão das autoridades; é um direito inalienável do povo.
>
> II. Toda pessoa tem direito de buscar e receber informação, expressar opiniões e divulgá-las livremente. (ONU. Declaração Internacional de Chapultepec, 1994, art. I e II).

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) foi promulgado no Brasil através do decreto nº 592 de 6 de julho de 1992. Possui um Protocolo Facultativo, ratificado pelo Brasil em 2009, que busca assegurar o melhor resultado dos propósitos do Pacto, criando um mecanismo de petições individuais. Buscou-se que este fosse um Pacto que reunisse todos os direitos e garantias individuais, como exemplificado no artigo abaixo:

> Toda pessoa terá o direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, de forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha. (ONU. Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), 1992, art.16).

O Pacto de São José da Costa Rica é um dos documentos mais importantes no campo dos Direitos Humanos no continente americano. Este é o instrumento fundamental do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos (SIPDH) e institui a Corte Interamericana de Direi-

tos Humanos. Esta corte é um órgão jurisdicional do SIPDH que tem a função de resolver casos de violação aos direitos humanos perpetrados pelos Estados partes, como pode-se observar no seguinte trecho:

> Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha. (OEA. Pacto de São José da Costa Rica, 1969, art.13).

Os tratados acima ao mesmo tempo em que buscam defender e assegurar o direito à liberdade de expressão, não o definem como um direito absoluto. Assim sendo, este deve ser entendido de forma a assegurar também outros direitos fundamentais de igual grandeza. A liberdade de expressão deve ser exercida de forma responsável. Na verdade, todas as liberdades constitucionais devem ser exercidas com responsabilidade, de modo que o direito de um indivíduo não interfira no direito do outro.

O direito à liberdade de expressão é um dos direitos fundamentais mais importantes, pois deriva do clamor individual do homem de todos os tempos. O filosofo austríaco, economista e ganhador do prêmio Nobel de economia de 1974, Friedrich August Von Hayek, no capítulo cinco de seu livro "Os fundamentos da liberdade", explica que a relação entre o indivíduo, a sociedade e a liberdade deve dar-se de modo responsável, consciente de que o indivíduo arca com as consequências de suas ações, como pode-se observar neste trecho:

> Liberdade não apenas significa que o indivíduo tem a oportunidade e, ao mesmo tempo, a responsabilidade de escolher; também significa que deve arcar com as consequências de suas ações, pelas quais será louvado ou criticado. Liberdade e responsabilidade são inseparáveis. (HAYER, 1983, p.90).

Liberdade e responsabilidades são inseparáveis, diz Hayek, desta forma todas as liberdades garantidas na Constituição devem ser exercidas com responsabilidade. O indivíduo ao exercer sua liberdade, deve ter consciência, de que irá responder por suas atitudes. Assim na garantia

da liberdade religiosa, o indivíduo precisa ter claro que o limite do seu direito e o direito do outro.

1.2 Liberdade religiosa.

No rol das liberdades asseguradas dentre os Direitos Fundamentais, igual magnitude possui a garantia da liberdade religiosa. Ao falar de liberdade religiosa, inclui-se a liberdade de crença e a liberdade do exercício de seu devido culto. O ordenamento jurídico brasileira assevera que o Estado não possa interferir na organização da entidade religiosa, nem em sua economia. (BRANCO, 2010, p.511).

Em igual sentido destaca-se que esta liberdade deve assegurar ao indivíduo a liberdade de não crer, de não exercer nenhuma crença. Ou seja, se o texto magno garante que o indivíduo possa escolher livremente sua crença neste mesmo sentido, deve permitir a este o direito de não possuir crença - ou seja, o ateísmo - sem por isso sofrer qualquer tipo de discriminação ou censura.

O artigo 19, I da Constituição garante que o Brasil seja um país laico, no sentido de não confessional. O Estado brasileiro, não pode possuir uma religião oficial, para assim não constranger o exercício de nenhuma prática religiosa. Desta forma, não pode o Estado impedir ou dificultar nenhum tipo de manifestação religiosa, garantindo a cada indivíduo o direito de escolher e praticar a sua religião.

Por religião entende-se um conjunto de rituais e crenças em um ser transcendental. (GARVEY, 1996, p.595). O Brasil é um Estado laico, porém não é um Estado inimigo da religião, como é possível observar no preâmbulo da Constituição:

> Nós representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade à segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica

> das controvérsias promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

O constituinte promulga a constituição "sob a proteção de Deus", entretanto este não professa nenhum tipo de credo em concreto, pode-se entender que ao evocar a proteção de Deus, este esteja se referindo a ideia abstrata de um ser transcendente, não a divindade de alguma religião específica. Neste sentido compreende-se que seja admitido o ensino religioso confessional nas escolas, para os alunos interessados, como decidiu o STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.439, julgada em 27 de setembro de 2017.

Na ADI *supra* citada a Suprema Corte brasileira entende que a menção a Deus no preâmbulo da constituição não fere a laicidade do Estado, tendo em vista que o preâmbulo não possui força normativa, não cria direitos nem obrigações.

O Estado laico, não significa um Estado inimigo da fé. Inclusive são possíveis alguns tipos de parcerias entre o Estado e as religiões, que visem atender o interesse público, como por exemplo, estender os efeitos do casamento civil aos casamentos religiosos.

As religiões, em geral, buscam promover o bem integral de seus adeptos e por consequência, o bem coletivo. Esta busca pelo bem-estar social de cada indivíduo se compatibiliza com uma das finalidades do Estado Democrático, expresso no preâmbulo da Constituição.

Branco afirma que para o sistema jurídico a religião consiste em um bem em si, como um valor a ser preservado e fomentado. Além disso, o Estado ao reconhecer a liberdade religiosa como um direito fundamental deve promover e estimular esta liberdade. (BRANCO, 2010, p.513). Neste aspecto, concorre o fato de por inúmeras vezes a formação moral apregoada pelas religiões contribuem para a formação de caráter do indivíduo.

Neste mesmo aspecto, os feriados religiosos são entendidos no sentido de reacender na memória as raízes culturais e históricas do povo. (HABERLE, 2001, p.284). Considerando que liberdade religiosa consiste em assegurar o direito de cada um professar a sua fé, não é cabível, arguir a liberdade religiosa a fim de impedir a demonstração de fé de outrem.

Pode uma religião recomendar que seus adeptos não frequentem outras, alegando que seus dogmas são incompatíveis. Neste sentido, o

Estado não pode interferir, uma vez que está impedido de intervir no funcionamento de qualquer religião, desde que assim não o imponha algum valor constitucional concorrente. (HABERLE, 2001, p.285).

Quando uma religião, ao proibir que seus adeptos frequentem outra, utilizam de um discurso de ódio, fomentando assim em seus adeptos a ideia de que outras religiões não são boas, não visam o bem-estar social. E quando estas ideias, ao serem muito difundidas, acompanhadas de uma tradição de preconceito e discriminação contra as classes e etnias majoritárias desta religião, geram discriminação e preconceito, pode o Estado intervir?

É dever do Estado assegurar e promover a liberdade religiosa para todos, assim sendo, quando uma religião utiliza um discurso de ódio para com outra, o que acarreta na limitação e até na violação do seu direito à liberdade religiosa, deve o Estado impedir.

2. A antinomia entre liberdade de expressão e liberdade religiosa.

A Constituição Federal de 1988 define os direitos fundamentais e os proclama. Estes direitos fundamentais designam no nível do direito positivo as prerrogativas que visam garantir uma convivência digna, livre e igual, segundo José Afonso da Silva. (SILVA, 2015, p.57). As normas constitucionais gozam de mesmo *status* hierárquico, não havendo distinção entre elas.

O constituinte assegura com grande relevância o direito à liberdade religiosa, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos. De igual forma assegurou com igual importância o direito à liberdade de expressão.

Ambas as garantias são imprescindíveis a uma democracia. Entretanto há momentos em que um direito pode conflitar com o outro. Quando em nome da liberdade de expressão, uma pessoa, ou um líder religioso, afirma que outra religião é "coisa do demônio" ele pode estar ferindo o direito à liberdade religiosa?

A Igreja Católica Apostólica Romana, em um dos livros que são base de sua doutrina, o Catecismo da Igreja Católica, descreve sua visão acerca do espiritismo:

> Todas as formas de *adivinhação* hão de ser rejeitadas: recurso a Satanás ou aos demônios, evocação dos mortos ou outras práti-

> cas que erroneamente se supõe "descobrir" o futuro. A consulta aos horóscopos, à astrologia, a quiromancia, a interpretação de presságios e da sorte, os fenômenos de visão, o recurso a médiuns esconde uma vontade de poder sobre o tempo, a história e, finalmente, sobre os homens, ao mesmo tempo em que um desejo de ganhar para si os poderes ocultos. Essas práticas contradizem a honra e o respeito que, unidos ao amoroso temor, devemos exclusivamente a Deus. (CIC, 2116).
>
> Todas as práticas de *magia* ou de *feitiçaria* com as quais a pessoa pretende domesticar os poderes ocultos, para colocá-los a seu serviço e obter um poder sobrenatural sobre o próximo – mesmo que seja para proporcionar a este a saúde –, são gravemente contrárias à virtude da religião. Essas práticas são ainda mais condenáveis quando acompanhadas de uma intenção de prejudicar a outrem, ou quando recorrem à intervenção dos demônios. O uso d amuletos também é repreensível. O *espiritismo* implica frequentemente práticas de adivinhação ou de magia. Por isso a Igreja adverte os fiéis a evitá-lo. O recurso aos assim chamados remédios tradicionais não legitima nem a invocação dos poderes maléficos nem a exploração da credulidade alheia. (CIC, 2117).

Em virtude da descrição utilizada, entendemos que esteja se referindo ao espiritismo em sentido amplo, o que abrange o chamado "Kardecismo" e as religiões de matrizes africanas. Tendo em vista que a doutrina católica e outras religiões de origem cristã consideram o espiritismo e as religiões de matriz africana como ligadas ao "demônio", faz-se necessário buscar brevemente entender o que seria o "demônio" para o cristianismo, segundo a Bíblia.

Neste trabalho utilizam-se os termos "demônio, satanás, diabo" como sinônimos. O texto da Bíblia, livro sagrado para os cristãos, fala que: "até mesmo os espíritos impuros dá ordens, e eles obedecem!" (BÍBLIA DE JERUSALÉM, MC 1, 27b); "chamou os doze discípulos e deu-lhes autoridade de expulsar os espíritos impuros" (Ibidem, MT 10, 1ª.); "Sede sóbrios e vigilantes! Eis que o vosso adversário, o diabo, os rodeia como um leão a rugir procurando a quem devorar." (Ibidem, 1Pe, 5,8.).

Segundo os trechos *supra* citados, a figura do "demônio" é associada como algo "impuro, adversário". Desta forma, é possível afirmar que, ao

comparar uma religião ao demônio, subtende-se que esta religião é impura, é adversária aos valores cristãos. Considerando que, segundo os cristãos, o demônio é aquilo que deve ser combatido, que deve ser erradicado da sociedade, é possível deduzir que o cristianismo prega que as religiões chamadas de espíritas devem ser combatidas? É importante frisar que não é a proposta deste trabalho julgar as doutrinas das religiões, mas sim, analisar as atitudes de alguns de seus praticantes. A partir disso, busca-se compreender o surgimento de uma aparente antinomia entre a liberdade de manifestação do pensamento e a liberdade de crença, bem como o papel do Ministério Público no enfrentamento deste problema.

De que modo o Estado consegue assegurar o direito à liberdade de expressão sem que esta seja conflitante com a liberdade religiosa? Interpretando a Constituição através do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade e da dedução lógica.

2.1 O princípio da razoabilidade.

Segundo Barroso, este princípio "é o produto da conjugação de ideias vindas de dois sistemas diversos" (BARROSO, 2015, p.255) o estadunidense, no devido processo legal; e do alemão, no princípio da proporcionalidade. Funciona com um critério de aferição da constitucionalidade de algumas leis, possui em si valores como racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários.

Pode-se dizer que o princípio de razoabilidade consiste em um mecanismo de controle da discricionariedade legislativa. Entende-se por razoável tudo aquilo que é conforme a razão, o que não é arbitrário. Consiste em uma adequação entre o meio empregado e o fim pretendido.

Teve-se ter em vista também a necessidade ou a aplicabilidade da medida, devendo-se verificar a existência de meio menos gravoso para a obtenção do mesmo fim. Por fim deve-se ainda considerar a ideia de proporcionalidade em sentido estrito, devendo-se sempre ponderar entre o ônus imposto e o benefício obtido, a fim de aferir se a medida é válida. (Idem, 2015, p.267).

Barroso afirma que este princípio é habitualmente utilizado para sanar aparentes antinomias entre dispositivos constitucionais, de modo

especial as que tangem os direitos humanos. (Idem, 2015, p.268). Segue ele afirmando que este princípio é utilizado de modo estrito quando a matéria em disputa envolve temas como, entre outros, a liberdade de expressão e a liberdade religiosa.

2.2 A dedução lógica.

Muller, citando o Tribunal Constitucional Federal da República da Alemanha, diz que a norma deve ser interpretada de modo que esta possa ser aplicada na prática. Tal interpretação deve se dar "a partir do nexo sistemático da norma a partir de sua codificação ou do ordenamento jurídico global e, por fim, a partir do sentido e da finalidade, a partir da *ratio*". (MÜLLER, 2005, p.6).

Deste modo entende-se que a forma mais própria para a interpretação da norma constitucional se dá através do silogismo lógico, devendo-se identificar o conteúdo da norma. A interpretação deve ser feita ultrapassando a vontade objetiva da norma e buscando a vontade subjetiva do constituinte. (Idem, 2005, p.6).

Assim deve-se compreender o teor da norma como premissa maior. Em seguida são submetidas às circunstâncias da vida como premissa menor e a decisão jurídica é obtida através de dedução lógica. Desta forma o problema jurídico de interpretação de normas constitucionais é entendido como uma questão cognitiva. Servem também de subsídio à interpretação da norma constitucional, quatro outros métodos:

> Ao objetivo da interpretação de identificar a vontade do legislador objetivada na lei servem as interpretações a partir do teor literal da norma (interpretação gramatical), a partir do seu nexo (interpretação sistemática), partir da sua finalidade (interpretação teleológica) e a partir dos materiais legais e da história genética (interpretação histórica). (Idem, 2005, p.7).

Estes métodos de interpretação devem ser usados em conjunto a fim de se compreender a vontade do legislador, presente na norma constitucional. Esta vontade do legislador deve sempre ser levada em consideração com cautela, na medida em que ela pode ser identificada expressa

na norma escrita. Não se deve, todavia, igualar a vontade subjetiva do legislador, a sua vontade objetiva, expressa na norma.

2.3 A aplicação dos princípios à dicotomia entre liberdade de expressão e liberdade religiosa.

O caso em voga trata-se de um aparente conflito entre direito fundamentais previstos na constituição brasileira e balizados por convenções e tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. De um lado, o direito inalienável à liberdade de expressão, de outro, de igual envergadura, o direito à liberdade religiosa.

Por vezes, a título de fazer uso do direito à liberdade de expressão, denigre-se e difama-se outras religiões, em especial àquelas de matriz africana, simplesmente por não concordarem com suas doutrinas. A difusão desse pensamento faz brotar um sentimento de ódio contra essas religiões e seus adeptos, fazendo com que sejam vítimas de discriminação e intolerância religiosa.

Ao tratar aqui de intolerância religiosa, entende-se em seus diversos aspectos. Intolerância religiosa vai desde a prática de agressão moral, verbal e até física contra outrem, unicamente em virtude da religião. Incluem-se aqui também os atos velados de discriminação religiosa, quando instituições religiosas ou seus adeptos são privados de seus direitos que são assegurados a todos os indivíduos, unicamente em virtude da religião professada.

A fim de solucionar esta antinomia aparente, deve-se utilizar a dedução lógica e o princípio de razoabilidade da interpretação da norma constitucional. O bem maior a ser tutelado pelo Estado é a vida, a dignidade da pessoa humana. Nestes termos, as normas têm que se coadunar de modo que a coisa mais importante a ser garantida deva ser a vida e a dignidade da pessoa humana.

Destarte, não pode haver uma liberdade de expressão que fomente ideias que coloquem em risco a vida de outrem. Todas as pessoas têm o direito de se manifestar em favor ou contra determinada religião, Entretanto esta manifestação não pode de forma alguma, direta ou indiretamente, colocar em risco a integridade ou a dignidade de outrem.

Como foi citado acima, Hayer, pontua que liberdade e responsabilidade são indissociáveis. Então aquele que se propõe a tecer comentários ou críticas contra outrem, deve usar de bom senso e parcimônia, a fim de que seu direito na interfira no direito do outro.

O direito à liberdade de expressão não é absoluto, cessa onde começa outro direito, neste caso, o direito à liberdade religiosa. Não podendo harmonizar os dois direitos, deverá prevalecer um sobre o outro, tendo como norte a defesa da vida e da dignidade da pessoa humana.

Conclusão

O texto magno busca assegurar direitos fundamentais ao indivíduo. Entre estes direitos, estão às liberdades, que devem sempre ser exercidas com responsabilidade. Dentre estas liberdades está a de expressão, que consiste no direito de manifestar seu pensamento. Esse direito constitucional está fundamentado também nas convenções e tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Igual importância possui a garantia à liberdade religiosa. Esta assegura ao indivíduo o direito de escolher qual credo deseja professar e lhe permite exercer a prática de sua crença sem qualquer intervenção do Estado.

Por vezes, o exercício da liberdade de expressão entra em confronto com a liberdade religiosa, quando, por exemplo, utiliza-se da liberdade de expressão para denegrir alguma religião. Por vezes estas manifestações acabam por disseminar uma ideia de ódio a religiões diferentes. Este discurso de ódio, muitas vezes se converte em atos concretos de intolerância.

Este aparente conflito de normas encontra solução ao ser interpretado através da dedução lógica e do princípio de razoabilidade. Deve se interpretar estes dispositivos constitucionais de modo que o bem mais importante seja a garantia da vida e da dignidade da pessoa humana. Desta forma pode-se exercer a liberdade de expressão com responsabilidade, de modo que a manifestação do pensamento de um indivíduo, não ofereça risco à vida ou à dignidade de outrem.

Referências:

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Bíblia de Jerusalém. São Paulo: Paulus, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. Brasília: Malheiros, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 1988.

Catecismo da Igreja Católica. São Paulo: Loyola, 2000.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CODERCH, Pablo Salvador. **El derecho de La libertad**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

GANDRA, Alana. **Casos de intolerância religiosa sobem 56% no estado do Rio.** EBC. Rio de Janeiro, 08/05/2018. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2018-05/casos-de-intolerancia-religiosa-sobem-56-no-estado-do-rio>. Acessado em: 20 jun. 2018.

GARVEY, John H. e SCHAUER, Frederick. **The first amendment: a reader.** St. Paul: West Publishing Co., 1996.

HABERLE, Peter. **El Estado constitucional.** México: UNAM, 2001.

HAYER, Friedrich August. **Os Fundamentos da liberdade.** [S.l.] Editora visão, 1983.

KITTO, H. D. F. **Os gregos**. Coimbra: Armério amado, editor, sucessor, 1970.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAZZILLI, Hugo. **Regime Jurídico do Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 1993

MENDES, Gilmar Ferreira e COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

OEA. **Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).** Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acessado em 11 jan. 2018.

ONU. **Declaração Internacional de Chapultepec**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-não-Inseridos-nas-Deliberações-da-ONU/declaracao-de-chapultepec-1994.html>. Acessado em 27 jan. 2018.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaração>. Acessado em 10 jan. 2018.

_____. **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acessado em: 27 jan. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

Uma análise dos direitos fundamentais e a invisibilidade das pessoas com deficiência na aplicação da política pública brasileira.

Caio Silva de Sousa

Introdução

A democratização do país permitiu a elaboração da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que por ter participação popular, lhe garantiu o apelido de Constituição Cidadã. Posteriormente, as pressões de setores organizados da sociedade pela regulamentação de diversos direitos sociais estabelecidos levaram à ampliação de direitos e ao estabelecimento de meios ao devido financiamento de sua implementação. Desde então, o poder público encontra dificuldades na política pública voltada para as ações na esfera social. Significativos avanços foram conseguidos, em quase todas as áreas setoriais, mas muito ainda precisa ser feito.

Na realidade a retirada da cidadania das pessoas com deficiência é um dos mais devastadores problemas sociais enfrentados hoje. Infelizmente não faz parte do cotidiano da sociedade buscar a mudança desse problema. Faz-se necessária então uma discussão ampla do problema, resultando assim na convergência de alguns aspectos distintos.

O presente estudo aborda as diferenças existentes entre a situação brasileira e a de outros países, com o objetivo principal de esclarecer quais os aspectos relevantes na diferença entre as políticas públicas, bem como a sua aplicação em cada país. Assim, é de extrema importância conceituar e entender o que diz a nossa legislação sobre pessoa com deficiência, afim de realizar uma comparação.

1. Breves considerações sobre as pessoas com deficiência no Brasil

O universo da pessoa com deficiência pode ser interpretado em nossos dias como o espaço onde se corporificam algumas das principais questões da sociedade. Direitos sociais, consciência social, educação, saúde, medicina, tecnologia, produção e eficiência são alguns dentre tantos assuntos que estão sempre perpassando a questão dessa parcela da população.

Dessa forma, debater os direitos das pessoas com deficiência significa tratar sobre cidadania, igualdade, liberdade, democracia, dentre outros. Esses temas exigem uma série de estudos que envolvem justiça social e direitos humanos, devendo-se considerar as imposições econômicas e sociais que fazem dessa parcela da sociedade radicalmente excluída do meio social em que vivem.

O grande desafio se dá quanto à observância da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU de 2007 (Decreto Federal nº 6.949/09), pela ruptura do modelo adotado no Brasil, que de certa forma estigmatizava a pessoa com deficiência com a adoção de meios de efetiva inclusão da pessoa com deficiência na sociedade, garantindo a convivência entre os atores sociais com e sem deficiência.

Essa mudança paradigmática exigiu uma completa reformulação do sistema brasileiro, inclusive com a mudança do modelo exclusivamente biomédico da deficiência. As terminologias utilizadas na legislação e na área médica baseada exclusivamente no Código Internacional de Doenças – CID[16], que serve de referência para as equipes multidisciplinares que

16. A sigla CID designa a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (em inglês: *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems* – ICD) e fornece códigos relativos à classificação de doenças

emitem os laudos médicos nos atendimentos de pessoa com deficiência, foram alteradas para o Código Internacional das Funcionalidades – CIF[17].

A aludida Convenção também introduz novo conceito de deficiência, considerando o modelo social, baseado em direitos humanos. Assim, a deficiência não mais se encontra somente na pessoa, mas ela aparece na interação com fatores e barreiras existentes no ambiente, senão vejamos.

> *Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.*

Cumpre destacar que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU de 2007, conforme dispõe o artigo 5º, §3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por se tratar de Convenção Internacional sobre Direitos Humanos, e sendo aprovada em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, tem equivalência à emenda constitucional.

Neste ponto, cabe ressaltar que a Lei Brasileira de Inclusão – LBI[18] utiliza redação semelhante e trata-se do primeiro Projeto de Lei da Câmara dos Deputados a ser traduzido para Libras (Língua Brasileira de Sinais) durante sua discussão. Seu texto preliminar ficou sob consulta pública no portal "e-democracia", mantido pela Câmara dos Deputados, por cerca de seis meses. Por meio deste canal foram encaminhadas cerca de mil propostas. A consulta pública virtual no portal "e-democracia" foi feita de uma forma que pessoas com deficiência visual conseguissem acessar e também pudessem contribuir.

---

e de uma grande variedade de sintomas, aspectos anormais, circunstâncias sociais e causas externas para ferimentos ou doenças.

17. A sigla CIF é um sistema novo de classificação inserido na Família de Classificações Internacionais da Organização Mundial de Saúde (*World Health Organization Family of International Classifications* – WHO-FIC), constituindo o quadro de referência universal adotado pela OMS para descrever, avaliar e medir a saúde e a incapacidade quer ao nível individual quer ao nível da população.

18. Lei nº 13.146/15.

A Lei Brasileira de Inclusão foi sancionada no ano de 2015, após 15 anos de tramitação, com vigência a partir de 02 de janeiro de 2016, com mudanças em várias áreas. É um real avanço na inclusão de pessoas com deficiência na sociedade. Um dos principais pontos desta lei é o seu objetivo de "mudar a visão sobre o conceito de deficiência", que deixa então de ser atribuída à pessoa e passa a ser vista como consequência da falta de acessibilidade que não só o Estado, mas a sociedade como um todo apresenta.

2. Como construir a partir da igualdade e diferença

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 é necessário buscar os mais complexos meandros dos contextos que perpassam a questão, para verificar a grande frequência de erros na utilização do conceito.

Entretanto, é possível descobrir que a construção da alteridade na sociedade influenciará sua posição frente à deficiência e será fator preponderante, no mundo de hoje, com relação a discriminação desenvolvida em relação à pessoa com deficiência.

A discussão da ideia de que democracia e diferença, igualdade e deficiência podem, em um determinado ponto da história, em uma determinada hora das preocupações do indivíduo, mostrar que juntas identificam, e podem desenvolver, pontos primordiais para a construção de um mundo novo é de fundamental importância.

A grande questão a ser debatida é como superar os principais obstáculos ao equacionamento da questão da pessoa com deficiência, que não tem um opressor direto identificável, diferentemente da análise de questões como homofobia e machismo, onde o opressor é facilmente identificado.

Pela correlação democracia-diferença passam certamente importantes questões da atualidade em seus aspectos mais variados. É nessa diversidade de problemas e enfoques que poderemos compreender a diversidade do indivíduo e encontrar um ponto de reflexão para novas formas de compreender o social.

HABERMAS (2002) dispõe que o problema das minorias explica-se pelo fato de que os indivíduos não são abstratos, ou seja, não são ampu-

tados de suas relações de origem. De acordo com esse pensamento, uma minoria discriminada só pode obter a igualdade de direitos por meio da secessão, sob pena de velhos problemas ressurgirem com outros sinais.

Entende ainda que a discriminação não pode ser abolida pela independência nacional, mas apenas por meio de uma inclusão que tenha suficiente sensibilidade para a origem cultural das diferenças individuais e culturais específicas.

Nesse mesmo sentido, SANTOS (2010) retrata claramente as questões da desigualdade e da exclusão, quando dispõe que a primeira está ligada a uma questão de integração social e a segunda a um sistema dominado pela segregação. Ainda segundo o Professor, os dois sistemas são tipos ideias, uma vez que na pratica esses grupos sociais inserem-se simultaneamente nos dois, em combinações complexas.

Dessa forma, a discriminação manterá o diferente à distância, o deficiente longe, segregado. O local escolhido desde sempre pela sociedade, está reservado ao diferente, ao deficiente, o lugar do preconceito e do estigma, mantido durante séculos através das posições assumidas de protecionismo e de paternalismo, que na verdade perpetuam a discriminação e negam a igualdade.

Assim, a falsa consciência desenvolvida pela sociedade em relação a pessoa com deficiência o define por uma absoluta diferença, diretamente ligada ao preconceito, à segregação, à discriminação. A igualdade negada pela falta atinge-o diretamente, marcando-o pela concepção de uma falta absoluta, pela definição de uma diferença insuperável, segrega definitivamente o diferente.

A construção do direito à igualdade, do respeito e da convivência com as diferenças, deve encontrar a resistência da permanência do paradigma, mas pode começar a ser efetuada, em relação a deficiência, se discutida a não-consciência existente na sociedade e procurar entender as possibilidades de um processo para sua conscientização.

Poderia uma intervenção no problema, através de um trabalho de conscientização, resultar na aceitação da diferença, na consciência da deficiência, no começo do fim da marginalização da pessoa com deficiência?

Se houvesse consciência da gravidade social do problema da deficiência, suas dimensões seriam mais circunscritas e a questão seria me-

nos aguda. A não-consciência e a falta de consciência são alguns dos dados constitutivos da natureza social do problema da deficiência. Pode-se acreditar que se trata de uma inconsciência, e uma inconsciência com enorme abrangência, perpassando a insensibilidade, o desconhecimento, o medo, o preconceito, a falta de informação, a ocultação da realidade, o paternalismo entre tantas outras atitudes.

A inconsciência permeia a sociedade e é a tal ponto comum que já não é percebida como discriminação e marginalização concreta do deficiente. Ela está presente em toda parte e a todo momento, na legislação, na arquitetura, no dimensionamento do espaço urbano, nos transportes, no ensino, nos serviços de saúde, na organização do mercado de trabalho dentre outros. O resultado dessa inconsciência generalizada é a boa consciência da cidade e do Estado, que assim têm oculto o problema de cidadania presente na questão da deficiência.

Como um dos principais invólucros que fazem o contorno da inconsciência em relação à deficiência aparece o desconhecimento do assunto, a falta de informação. A deficiência é de tal forma ignorada que mesmo seus conceitos mínimos fogem à grande maioria da sociedade.

A definição pela falta, a negação de qualidades, a imprecisão de abrangência e objeto fazem com que a questão não seja conhecida nem mesmo em seus aspectos fundamentais. E por isso mesmo, por esse desconhecimento, a informação está em falta. Ela não se faz necessária, ela é supérflua em uma sociedade onde o assunto não circula, formando uma relação eminentemente negativa entre desconhecimento e falta de informação.

Outra face dessa questão da inconsciência é formada pelo preconceito. Basicamente apoiadas no desconhecimento, e formadas pela construção do outro em uma sociedade onde a busca da excelência elimina a deficiência, essas duas projeções da inconsciência são fundamentais no entendimento da questão.

O preconceito conciliando desconhecimento e medo, a sociedade buscando a proteção da consciência às avessas, legitimam a discriminação e constroem um mundo à parte, com a negação do deficiente e a barreira de segregação que possibilita a não-convivência e coloca o deficiente, o diferente, à margem.

A insensibilidade por um lado e o paternalismo por outro fecham o invólucro da inconsciência, ocultando a realidade e criando um mundo

onde a discriminação encontra justificativa. Pela insensibilidade distancia-se o diferente, nega-se o outro. A cidadania é ferida em seu princípio de igualdade e a sociedade reafirma a discriminação na inconsciência da questão. Pelo paternalismo aceita-se o objeto, camuflando-o em diferença, em falta, fraqueza a ser superprotegida.

São essas as principais questões que formam a inconsciência sobre a questão da pessoa com deficiência. Elas fazem com que a sociedade não perceba a inconsciência e não a conheça como forma acabada da discriminação dirigida ao deficiente. A banalização da inconsciência torna possível a convivência com a questão mesmo quando ela se transforma em um problema de dimensões sociais profundas, porque ele está colocado à parte e a sociedade dele não participa, dele não toma nem mesmo conhecimento.

3. Como é a vida das pessoas com deficiência na América Latina e no Caribe?

Desde a assinatura, em 2006, da Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência esta questão tem sido incorporada com maior intensidade à agenda política e social de todos os países signatários. A Convenção garante o direito das pessoas com deficiência a viver na sociedade em igualdade de condições com o resto da população, inclusive garantindo o gozo de seus direitos, requerendo assim a instalação de uma rede idônea de assistência pessoal e outros serviços de apoio e ajudas técnicas.

Analisando por esse prisma, apresenta-se aqui os resultados da exploração das informações disponíveis sobre a situação das pessoas com deficiência na América Latina e no Caribe. Cumpre destacar que os dados disponíveis são variáveis entre os países, pois as estimativas se modificam de acordo com o grau das deficiências (leve, moderada e severa) consideradas nos questionamentos dos diversos instrumentos de medição, sejam censos ou pesquisas domiciliares e/ou especializadas.

Por outro lado, proporcionará uma visão regional das necessidades geradas pelo crescimento de um grupo da população ao qual todos podem pertencer em algum momento do ciclo de vida ou ao qual pode-se estar vinculado através do cuidado de outra pessoa.

Parte-se então da análise das complexas necessidades e implicações, como a formulação de políticas públicas com um enfoque de direitos por

exemplo, levando em conta que a política voltada para as pessoas com deficiência pode ser o instrumento para obter uma vida com autonomia e independência para assumir o controle dos processos de decisões que envolvem suas necessidades e constituir o mecanismo para assegurar o exercício de seus direitos e sua participação social.

Nos países da América Latina e do Caribe, a informação obtida nos censos de 2000 e 2010 permite um cálculo aproximado do tamanho da questão. Entretanto, devido a uma importante diferenciação nos critérios de medição, é limitada a comparação entre os países, não sendo possível traçar um mapa preciso da incapacidade na região.

De todo modo, conforme o Panorama social da América Latina (2012) é possível estimar que atualmente cerca de 12,0% da população da América Latina e do Caribe vive ao menos com uma incapacidade, o que envolveria aproximadamente 66 (sessenta e seis) milhões de pessoas. Além disso, prevê-se que esta proporção aumentará devido ao envelhecimento da população e as mudanças nos estilos de vida. Isto permite prever uma pressão crescente sobre o cuidado nas famílias, sobre as redes disponíveis e os limitados recursos e serviços que o Estado destina a esses fins.[19]

Na maioria dos países as mulheres registram uma taxa de deficiência mais elevada que a dos homens, especialmente a partir dos 60 (sessenta) anos. Isto poderia obedecer ao fato de que a maior esperança de vida das mulheres aumenta a possibilidade de ter uma deficiência gerada por um acidente ou uma doença crônica.

Da mesma forma, as mulheres vivem essas etapas de suas vidas em um contexto de maior vulnerabilidade econômica e com altas expectativas de ficarem sozinhas, o que aumenta ainda mais o risco de que qualquer problema de saúde se transforme em deficiência, devido à falta de recursos que as impede de custear serviços de apoio e a ajuda técnica necessária para minorar o impacto das limitações adquiridas com a idade.

Além das mulheres, os grupos que apresentam maior vulnerabilidade econômica e social também têm taxas mais altas de incapacidade: os idosos,

19. A velocidade de expansão relativa da população acima de 60 anos na América Latina, e especificamente da população acima de 80 anos, apresenta desafios enormes aos serviços de cuidado e seu financiamento e ao tratamento da sociedade, já que haverá uma porcentagem claramente superior de pessoas com deficiências por causa deste envelhecimento.

os habitantes das zonas rurais, os povos indígenas e afrodescendentes e as pessoas com menores rendas. Esses grupos sofrem uma maior incidência de pessoas com deficiência (ou de maior intensidade da incapacidade) por falta de atenção oportuna e por não contar com os recursos e serviços pertinentes, bem como com políticas públicas adequadas as suas necessidades.

Ainda de acordo com o Panorama social da América Latina (2012), no Chile, Costa Rica e México as pesquisas dos últimos anos mostraram uma incidência de incapacidade proporcionalmente mais alta entre os mais pobres à medida que aumenta a idade. Embora a partir dos 40 (quarenta) anos a desigualdade seja evidente, ela se torna especialmente notável nas pessoas de 60 (sessenta) anos ou mais.

Isto demonstra que existem fatores de contexto que vão exercendo um efeito cada vez maior conforme se avança o ciclo de vida, onde os recursos econômicos e sociais claramente pesam para poder antecipar-se a uma velhice com maior ou com menor autonomia. Por tal razão, são ainda mais importantes as políticas que possam contrabalançar estas diferenças de trajetórias segundo o nível de renda das pessoas.

A falta de recursos das famílias, o custo dos apoios técnicos e serviços de cuidado e os obstáculos à geração de renda que enfrentam as pessoas com deficiência e os que cuidam delas potenciam o impacto negativo das deficiências sobre a qualidade de vida dos afetados, o que inclui seu empobrecimento.

A qualidade de vida das pessoas com deficiência também está relacionada com o tipo de limitação que devem enfrentar, tanto pelas dificuldades ocasionadas pelos próprios tipos de deficiência (sensorial, intelectual ou física) como pelas diferenças na resposta do ambiente a cada uma delas quanto à capacidade de autocuidado, adaptação do meio físico, participação social, oferta de oportunidades educativas e profissionais e respeito do direito à autodeterminação.

Segundo informação de 18 (dezoito) países da região, disposto no Panorama social da América Latina (2012), prevalecem na América Latina e no Caribe as limitações visuais e de mobilidade, seguidas pelas deficiências da audição na América Latina e das dificuldades relacionadas com a deficiência intelectual no Caribe. A deficiência visual e a física são as que menos impacto negativo têm no acesso à educação e ao emprego,

enquanto as pessoas com deficiências cognitivas e intelectuais ou com pouca capacidade de autocuidado são as que encontram mais obstáculos para integrar-se à atividade econômica e social.

As dificuldades para atender às necessidades de cuidado das pessoas com deficiência dependem de seu grau de autonomia funcional e de independência, que tem relação com as características dos tipos de deficiência com os quais devem viver. Por sua vez, o tipo de deficiência com a qual deve viver uma pessoa influi de maneira acentuada em suas oportunidades de participação social.

A informação sobre o auxílio escolar das pessoas com deficiência de 13 (treze) a 18 (dezoito) anos em 17 (dezessete) países da América Latina e do Caribe revela uma grande dificuldade de acesso segundo o tipo de deficiência, tendo em vista que o percentual de acesso vai desde 17% no caso das pessoas com deficiência intelectual em El Salvador, até 100% no caso das pessoas com deficiência auditiva nas Bermudas. Quanto aos resultados educativos, a deficiência visual, a auditiva e a dificuldade de locomoção são as limitações que menos atrapalham.

Seguindo essa linha, a atividade econômica das pessoas com deficiência varia em função do tipo de deficiência, uma vez que em 14 (quatorze) países observa-se que as pessoas com deficiência visual são as que têm mais facilidade para incorporar-se à força de trabalho, superando a participação econômica total das pessoas com deficiência em todos os países, com exceção de Barbados e Santa Lúcia.

As pessoas com deficiência auditiva e física têm mais oportunidades que as pessoas com deficiência intelectual. Em todos os casos, o percentual de pessoas de 15 (quinze) anos ou mais com algum tipo de deficiência que são economicamente ativas é mais baixa que o das pessoas sem deficiência.

As pessoas com deficiência necessitam de apoio e assistência para conseguir uma boa qualidade de vida e participar na vida econômica e social em igualdade de oportunidades com as outras pessoas.

Embora exista uma parcela de pessoas com deficiência na América Latina residindo sozinhas, a maioria recebe cuidados e apoios por parte de membros da família com diversos sistemas de convivência. Esta situação tem um efeito importante no bem-estar emocional e financeiro da família, o que evidencia a insuficiência da oferta de políticas públicas por parte dos Estados, do mercado e das organizações civis.

Contudo, o problema vem sendo pouco enfrentado nos países da região, o que se reflete na expansão de programas governamentais que oferecem apoio aos familiares, na concessão de serviços de cuidado domiciliares e de apoio à vida independente e na implementação de programas orientados a impulsionar o gozo dos direitos econômicos e sociais por meio do acesso à educação inclusiva, emprego e cobertura de seguridade social de pessoas com deficiências.

Os tipos de programas que os governos da região oferecem não incluem serviços de atenção domiciliar para as pessoas com deficiência e seus familiares, muito menos provisão de ajuda técnica, órtese e prótese, seja diretamente ou através de financiamento para sua aquisição. Não há adaptação de moradias para as pessoas com deficiência, nem centros de cuidado e de reabilitação.

A análise mostra que uma minoria de países da América Latina e do Caribe oferece benefícios não contributivos cuja entrega é independente da atividade laboral, enquanto a maioria concede subsídios familiares, benefícios focalizados, pensão mínima garantida à pessoa com deficiência ou a seus filhos com deficiência.

Conclusão

A questão da ausência de política pública é hoje o centro das discussões, mas só poderá ser encaminhado com um movimento de construção social no qual Estado e sociedade trabalhem juntos os direitos de cidadania.

No Brasil examina-se o fracasso do Estado em desenvolver de forma centralizada esse trabalho e propõe-se uma tarefa conjunta que, harmonicamente, una as diferentes formas de contribuição para poder obter resultados mais adequados, transformadores e duradouros, através do apoio institucional do Estado no cumprimento pleno de seus deveres e da sabedoria das práticas da comunidade.

Essa tarefa é extremamente difícil em um país com nossas características de pobreza, marginalidade e violência, mas o significado dessa aproximação é altamente positivo e dele poderá resultar uma nova dimensão de encaminhamento para nossas questões sociais.

Aqui a parceria Estado e Sociedade tem na questão da pessoa com deficiência um significado diferente, que resulta de omissão e descaso. O

lugar da omissão e o vazio da irresponsabilidade teve que ser ocupado pela comunidade das pessoas com deficiência, por aqueles que, através da necessidade, tiveram que encontrar soluções imediatas, e é por isso que no Brasil grande parte de seu atendimento é realizado precariamente por instituições da sociedade civil.

As ajudas técnicas e os métodos e técnicas de educação e saúde possibilitariam que essa população vivesse perfeitamente integrada e tivesse sua cidadania plenamente exercida, e é isso que acontece em outros países mas não é assim no Brasil.

Também em relação às órteses e próteses para o deficiente físico, aquele que tem dificuldades motoras, o mesmo perfil desumano de concessão é repetido. O Estado presta como favor o que é sua obrigação, ou a sociedade faz como caridade o que é obrigação do Estado. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a Convenção da ONU asseguram uma discriminação positiva às pessoas com deficiência: que elas sejam privilegiadas e não excluídos.

O movimento de pessoas com deficiência existe e diferentes foram suas formas de nascer e sobreviver, mas todas tiveram um sentido de necessidade e reivindicação comum: enfrentar, com as infinitas e solitárias possibilidades do homem, o vazio criado pela falta de consciência generalizada do Estado e da Sociedade no atendimento à pessoa com deficiência.

O desconhecimento, o medo, o preconceito e o paternalismo tornaram a discriminação de tal modo banal que em toda parte encontramos seus sinais: nas ruas, no transporte, no ensino, no mercado de trabalho, nos centros de saúde. Essa atitude permeia instituições públicas e privadas e não é percebida como marginalização.

E foi dessa inconsciência generalizada que se transformou o que era direito e dever em favor.

E essa violência faz parte do olhar da sociedade sobre a pessoa com deficiência e é como se os que trabalham com a questão estivessem sob o mesmo estigma. O olhar do outro, o olhar de quem se dispõe a escutar o assunto é o olhar de estar frente a algo que constrange, como já se anunciasse o pedido de esmola. E ninguém gosta de pedir esmola.

O direito de cidadania dado como favor é uma violência. A esmola do apoio suplicado a projetos e demandas mínimas é uma violência. E é a

isso que a pessoa com deficiência está sujeita: a conquistar seus direitos de cidadania pela vertente do favor.

Não é de favores que essa parcela da população precisa, mas sim do cumprimento do dever do Estado de dar acesso aos diferentes serviços que formam e constroem a cidadania de cada um dos cidadãos. O que se precisa do Estado, da Sociedade e de cada comunidade é um novo olhar de respeito e a efetiva inclusão.

Não se quer mais a violência do favor para os milhões de brasileiros que não têm cidadania e nem do Estado como favor o que é devido como obrigação.

Referências Bibliográficas

ASSIS, Olney Queiroz; POZZOLI, Lafayette. **Pessoa Portadora de Deficiência:** direitos e garantias. 2. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de; CAMPANTE, Renata Ramos. A acessibilidade como instrumento de promoção de direitos fundamentais. In: **Manual dos direitos da pessoa com deficiência.** Coord: FERRAZ, Carolina V.; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **História constitucional do Brasil**. 5 ed., Brasília, OAB, 2004, 479-481

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 jun. 2016.

_____. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 30 jun. 2016.

_____. Decreto Legislativo nº 186, de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm>. Acesso em: 30 jun. 2016.

_____. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 30 jun. 2016.

_____. Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**: Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008: Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. 4 ed. rev. e atual. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v. 1. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERRAZ, Carolina Valença. **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência.** São Paulo: Saraiva, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro:** estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002.

MENDEZ, Juan. O`DONNELL, Guilhermo. PINHEIRO, Paulo Sérgio. **Democracia, Violência e Injustiça**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

NEME, Eliana Franco. **Dignidade, Igualdade e Vagas Reservadas**. In: ARAUJO, Luiz Alberto David. Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência. São Paulo: RT, 2005.

Panorama social da América Latina 2012 - Disponível em: <http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/1246/S2012895_pt.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 jul. 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

RESENDE, Ana Paula Crosara de; VITAL, Flavia Maria de Paiva. (Coord.). A **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: versão comentada.** Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política.** 3ª. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

WALZER, Michel. **Esferas da Justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Do Vestibular ao Concurso Público? A ADPF nº 186/DF como um precedente para a expansão das ações afirmativas raciais no Brasil

Christine Geneveve Silva Elcock Bradford

Introdução

O presente artigo trata principalmente de questões desenvolvidas na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 186 do Distrito Federal, acerca da constitucionalidade da implementação de cotas raciais em universidades. Naquela decisão, o Supremo Tribunal Federal propõe a discussão pautada apenas nas cotas para o ingresso em universidades públicas. Neste trabalho, porém, o objetivo é ir além disso, discutindo a constitucionalidade das ações afirmativas também nos concursos públicos.

A igualdade material (igualdade de fato) vai muito além da formal (igualdade de direito). Ademais, o princípio da isonomia substancial exerce dois papéis fundamentais: a exigência de um tratamento igualitário, além de abranger também o pressuposto trazido pela igualdade formal, ou seja, a proibição de tratamentos discriminatórios (MENDES, 2002).

Este princípio, para o presente trabalho, é de suma relevância, tendo em vista que não é de hoje que a distribuição desigual de bens na sociedade gera vantagens demasiadas para uns, que só são beneficiados em razão

da desigualdade de outros (ROTHENBURG, p. 79, 2008). Estes "outros", correspondem as diversas minorias que integram a sociedade brasileira. No caso em estudo, será enfocado o grupo específico da população afrodescendente, pois mesmo após se passarem mais de 100 anos da abolição da escravatura, eles ainda pertencem à margem da sociedade brasileira.

Inegavelmente os negros são uma "minoria", não em quantidade, mas em oportunidades, pois em que pese fazerem parte de 54% da população brasileira, são apenas 17% entre os mais ricos do país[20]. Assim sendo, os serviços de domésticos, empregos informais, e trabalhos subalternos é o que resta aos "não-brancos" e, no mercado de trabalho a discriminação ainda permanece de forma velada, mas bastante eficiente (DA COSTA SILVA, 2013).

Consideram-se medidas afirmativas as políticas públicas (ou privadas) que têm o fulcro de concretizar o princípio da igualdade material, que visam combater os nefastos efeitos das discriminações raciais, étnicas e sexuais ainda enraizadas no Brasil (GOMES, 2001). Então, é por este motivo as cotas seriam fundamentais para aumentar o ingresso dos negros nas universidades, o que automaticamente, ajudaria na diminuição das desigualdades que lhe são impostas há tantos anos.

1. Entendendo uma *Ratio Decidendi* na visão de Frederick Schauer

Aqui explica-se a utilização de uma *Ratio Decidendi* em um Tribunal Superior. Neste momento, haverá duas preocupações principais a serem desenvolvidas, quais sejam: (i) o conceito de *ratio decidendi* – "razão de decidir" e (ii) como identificar uma *ratio decidendi* numa decisão auferida de um Tribunal. Vale ressaltar que toda interpretação sobre tal tema será analisada com base no capítulo três do livro *"Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning"* escrito em 2009, pelo ilustre autor e professor de direito da Universidade de Virgínia (EUA), Frederick Schauer.

20. NEGROS representam 54% da população do país, mas são só 17% dos mais ricos. In: **UOL Economia**. Disponível em: <http://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2015/12/04/negros-representam-54-da-populacao-do-pais-mas-sao-so-17-dos-mais-ricos.htm>. Acesso em: 29 mar. 2016.

A problemática que envolve na escolha de qual é o precedente relevante a ser usado como base está ligada principalmente ao conceito de *ratio decidendi*. Para Schauer (SCHAUER, 2009), a *ratio decidendi* é o fundamento da decisão, o porquê, a razão de o Tribunal ter escolhido determinada tese ao invés de outra. Como base nas ideias do livro de Frederick Schauer, passa-se a analisar os votos extraídos da ADPF nº 186 do Distrito Federal, observando as posições adotadas por cada um dos Ministros nesta ação, a fim de identificar qual a razão de decidir por detrás delas.

2. A *Ratio Decidendi* de cada Ministro na ADPF nº 186/DF

A ADPF nº 186 do Distrito Federal, como já mencionado, tem como principal tema a ser resolvido a (in)constitucionalidade da implementação do sistema de cotas raciais para o ingresso no vestibular da Universidade de Brasília. O Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal foi o órgão julgador de tal ação. Por isso serão analisados os votos dos nove Ministros do STF: Ricardo Lewandowski (relator), Luiz Fux, Rosa Weber, Cármen lúcia, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Ayres Brito (Presidente da Corte em 2012).

2.1 Ministro Ricardo Lewandowski

Para desenvolver seu voto, o Ministro fez uma divisão didática em doze tópicos diferentes. Cada um desses tópicos trouxe motivos distintos e relevantes para corroborar sua tese de que o sistema de cotas, tal como implantado na Universidade de Brasília, deveria ser considerado constitucional. Nas palavras do Ministro:

> A adoção de tais políticas, que levam à superação de uma perspectiva meramente formal do princípio da isonomia, integra o próprio cerne do conceito de democracia, regime no qual, para usar as palavras de Boaventura de Sousa Santos, "[...] temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça

> as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades (SANTOS, p. 56, 2003).

Em seu primeiro tópico, buscou trazer a importância observância da igualdade material em detrimento da formal. A mera "igualdade de todos diante da lei" não seria suficiente para lidar com situações em que os indivíduos são diferentes e pertencem a diversos grupos sociais.

Em segundo lugar, ideias acerca da justiça distributiva vieram à tona, ou seja, concomitantemente a igualdade material é necessário que haja uma igualdade de oportunidade, no que tange a "participação equitativa nos bens sociais". De acordo com esta lógica de justiça, os bens devem ser realocados a ponto de que toda a sociedade tenha acesso amplo a eles de maneira igual.

2.2 Ministro Luiz Fux

O magistrado começa a sua primeira premissa começa com a forte frase "no Brasil, a pobreza tem cor", segundo o IBGE 50% da população brasileira é negra, mas são uma porcentagem muito menor no que diz respeito a oportunidades nas áreas da saúde e da educação. A segunda alegação reforça que não há mera consciência entre a cor da pele e a pobreza, mas isso decorre de uma origem histórica em que, ser negro mostra qual espaço você ocupa na sociedade, isto é, o da marginalização.

Pela terceira diretriz, reforça a ideia de que a abolição da escravidão no final do século XIX tirou a discriminação institucionalizada, para transformá-la em um preconceito silenciado.

Da análise das medidas afirmativas por meio dos valores implícitos na Carta Magna, Fux deixou claro que o antigo conceito de igualdade formal não é satisfatório para resolver esta diversidade social. Ademais, ações afirmativas baseadas em um critério étnico-racial, de maneira nenhuma podem ser vistas como prejuízos aos brancos que dela não se beneficiam diretamente. Esta seria uma premissa deturpada, porque, o que ocorre é exatamente o contrário, o intercâmbio cultural dentro das universidades agrega muito valor aos alunos, que poderão conviver com pessoas de diferentes origens sociais e econômicas.

2.3 Ministra Rosa Weber

> Identificadas essas desigualdades concretas, a presunção de igualdade deixa de ser benéfica e passa a ser um fardo, enquanto impede que se percebam as necessidades concretas de grupos que, por não terem as mesmas oportunidades, ficam impossibilitados de galgar os mesmos espaços daqueles que desfrutam de condições sociais mais favoráveis. E, sem igualdade mínima de oportunidades, não há igualdade de liberdade. Inegavelmente as possibilidades de ação, as escolhas de vida, as visões de mundo, as chances econômicas, as manifestações individuais ou coletivas específicas são muito mais restritas para aqueles que, sob a presunção da igualdade, não têm consideradas suas condições particulares.

A partir do trecho acima, a Ministra entendeu que a necessidade de o Estado interferir por meio das cotas se move pelo fato de que os negros claramente possuem uma origem histórica que os colocou em uma condição social inferior aos brancos no quesito "oportunidades". Isso ocorre pelo simples fato de que, segundo dados, negros estão alocados entre a população mais pobre do país e, por isso, não tem a mesma possibilidade de ingressar nas universidades como os brancos.

Por fim Rosa Weber traz à tona o fato de que dentro os conceitos de preconceito de origem (discriminação baseada na ascendência) e preconceito de marca, o Brasil se finca neste último. Então, a aparência racial (o simples fato da pessoa ser negra) faz com que ela sofra discriminação, isto é, a pessoa "escura", de acordo com Oracy Nogueira, sempre se apresentará em uma posição abaixo da pessoa mais clara, tendo em vista que, vive sobre um recorrente critério de preterição advindas de questões ligadas a mero fenótipo.

2.4 Ministra Cármen Lúcia

No começo de seu voto, trouxe duas histórias que aconteceram no seu meio familiar que a fez começar a pensar sobre o tema, segue abaixo a transcrição de uma das histórias destacadas:

> O primeiro é que, no início da década de 90, dei de presente a duas sobrinhas umas bonequinhas artesanalmente feitas. As duas eram bonecas negras. Uma das meninas encantou-se com a sua bonequinha, achou uma gracinha o presente. A outra, linda menina de pele negra, rejeitou o presente, não aceitou a boneca. E eu dizia: - Como não, está boneca é linda! E ela: - Não é não, é feia, parece comigo.
>
> [...] A marca de uma pessoa que tem um espelho que é o outro, tão diferente, é uma marca que assinala a fragilidade humana, difícil de se recompor quando atingida. Ninguém nunca disse nada sobre a cor em minha casa, até onde me consta. Aquela menina é que, nas escolas onde frequentava, não se reconhecia como padrão, como modelo que não era aquele dela. Por isso ela não aceitava o meu presente.

Assim sendo, foi destacado que a desigualdade de oportunidades entre negros e brancos já começa a ser marcada desde a infância, e não pode a sociedade ser omissa, fingir que todos são iguais, fingir que se vive em uma "democracia racial". A Ministra ainda contextualiza que não acredita que as ações afirmativas sejam a melhor medida para dirimir estas diferenças, porém, na atual conjuntura devem ser observadas como apenas uma etapa de um longo de um processo.

Por fim, Cármen Lúcia traz um argumento novo ao entender que as políticas de cotas não podem vir desacompanhadas de outras políticas de combate à desigualdade. Trouxe como exemplo, a medida adotada pela PUC de Minas que além do sistema de cotas para o ingresso, dava apoio pedagógico aos cotistas por meio de aulas de reforço em português e em outras línguas. Só assim, poder-se-ia efetivar o princípio constitucional dinâmico da igualação, fazendo com que não se dê "a cada um o que lhe pertence, mas adotam-se políticas para dar a cada um segundo a necessidade".

2.5 Ministro Cezar Peluso

> Objeta-se, ao depois, que as pessoas devem ser avaliadas pelo que elas são e pelo que fazem. Está certo. Só que o argumento esquece que o que as pessoas são e o que fazem depende também das oportunidades e meios que tiveram para se constituírem como pessoas.

O Ministro Cezar Peluso, ao iniciar sua exposição, trouxe premissas para serem a base do desenvolvimento de seus argumentos. A primeira premissa se norteou no princípio da igualdade e a sua relevância para que haja equiparação de situações que não podem deixar de ser desequiparadas sem um meio efetivo jurídico. Já na segunda desenvolveu um conceito de "déficit educacional e cultural da etnia negra" que por origens históricas indiscutíveis, colocaram sempre os negros em uma posição de inferioridade educacional em relação aos brancos.

Este trouxe um argumento novo que nenhum dos cinco votos anteriores havia destacado, isto é, se as redes de faculdades públicas fossem pagas não haveria o que se discutir acerca da constitucionalidade das cotas raciais.

2.6 Ministro Gilmar Mendes

É de suma relevância destacar que este é um voto que se diferencia dos demais, tendo em vista que, em sua grande parte ele destaca que o modelo de cotas adotado pela Universidade de Brasília não é o melhor modelo a ser implementado no Brasil.

A primeira observação feita foi sobre "A questão das ações afirmativas à luz da liberdade, igualdade e fraternidade". O segundo assunto trazido foi a análise das "Ações afirmativas baseadas exclusivamente no critério da 'raça'". O Ministro reforçou a ideia de que não existem raças humanas, mas tão somente, tal separação advém de um contexto social e histórico. No Brasil houve um processo de miscigenação racial que traz implicitamente o preconceito em relação de benefícios aos brancos em detrimento dos negros, isto é, ao contrário do que se entende não há "democracia racial" alguma.

Atrelado a isso, isto é, além da dificuldade de se identificar critérios objetivos para que se diferencie da melhor forma os negros e pardos dos brancos, ações afirmativas que seguem este modelo racial devem ser limitadas no tempo.

Em outra elucidação do tema Gilmar Mendes trouxe a "A questão em face do modelo de educação como um todo". Parte-se de uma premissa de que "universidade pública é altamente excludente" e um dos fatos que aumenta está verdade é o baixo número de vagas oferecidas. Assim, a

política de cotas deve ser pesada conjuntamente a novos modelos que ajudem a aumentar as vagas para ingresso no ensino superior.

Por fim, Ministro destacou que o modelo da Universidade de Brasília mesmo não sendo o melhor modelo para o Brasil, mas que se trata de um modelo experimentalismo institucional de suma importância para o país.

2.7 Ministro Marco Aurélio de Mello

Segundo Marco Aurélio, o art. 3º da CF/88 é o que concretiza a implementação das ações afirmativas como uma forma de diminuir com as desigualdades sociais, pois, para isso não vale uma atitude apenas estática, é necessário que haja uma atuação positiva pela população e pelo Estado. Neste sentido, nas falas do Ministro:

> Pode-se dizer, sem receio de equívoco, que se passou de uma igualização estática, meramente negativa, no que se proibia a discriminação, para uma igualização eficaz, dinâmica, já que os verbos "construir", "garantir", "erradicar" e "promover" implicam mudança de óptica, ao denotar "ação". Não basta não discriminar. É preciso viabilizar – e a Carta da República oferece base para fazê-lo – as mesmas oportunidades. Há de ter-se como página virada o sistema simplesmente principiológico. A postura deve ser, acima de tudo, afirmativa. Que fim almejam esses dois artigos da Carta Federal, senão a transformação social, com o objetivo de erradicar a pobreza, uma das maneiras de discriminação, visando, acima de tudo, ao bem de todos, e não apenas daqueles nascidos em berços de ouro?

De acordo ele, "as normas proibitivas não são suficientes para afastar do cenário a discriminação", e, por isso, há grande necessidade de que se implemente políticas públicas para os cidadãos que estão à margem da sociedade.

Ao fim de seu voto, explicou que a implementação das ações afirmativas em faculdades é autorizada constitucionalmente, por meio da autonomia universitária prevista no art. 207 da Constituição da República. Não há o que se falar em "Estado racializado" e nem em arbitra-

riedades feitas pelas comissões de avaliação, tendo em vista que, não existem provas concretas para tais afirmações, pois os critérios usados são transparentes e objetivos.

2.8 Ministro Ayres Britto

> E eu também digo, apenas a título de fundamentação, que a política pública e, portanto, estatal, de justiça compensatória, chamada de política pública afirmativa, ou política pública restaurativa, ou política pública compensadora de desvantagens historicamente sofridas por determinados segmentos sociais, é uma política abonada pela Constituição, que decola, arranca da Constituição Federal e se caracteriza como instituto jurídico; essa política pública afirmativa compensatória, ou restaurativa, ou reparadora, é uma figura de Direito Constitucional antes de tudo, é um instituto jurídico constitucional.

Para o Ministro "o preconceito nosso é histórico" e por este motivo, não se deve levar em consideração o argumento de que se estaria cobrando das gerações futuras o que foi causado pelas gerações passadas. A nação é uma só, e por isso, tudo pode ser revisto ao longo das gerações, porque todos são responsáveis por tentar resolver os preconceitos nascidos no passado que são perpetuados até os dias atuais.

Consoante ao entendimento previsto pelo magistrado, o preconceituoso "é um aproveitador; ele tira vantagem econômica-social do preconceito", e, por isso, é necessário que se coloque em pratica a fraternidade, e, só então, todos poderão viver em reais igualdades de condições e sem preconceitos. O grande empecilho é o fato de que o preconceito vem desde a época da escravidão, e uma cultura tão forte como está não é esquecida do dia para a noite.

Atrelada a negação ao racismo, é necessário que o Estado adote medidas positivas, isto é, cuidar dos grupos desfavorecidos por meio de políticas públicas de promoção. Por isso, a Constituição traz "seu propósito de ir muito além da proibição da discriminação", e assim as cotas serviriam para gerar a Ascenção dos grupos marginalizados.

3. A instituição de cotas raciais EM CONCURSOS é constitucional de acordO com a ADPF nº 186/df?

> Há quem pense que racismo diz respeito somente a ofensas, injúrias e não percebem o quanto vai muito mais além: se trata de um sistema de opressão que privilegia um grupo racial em detrimento de outro. No Brasil, foram 354 anos de escravidão, população negra escravizada trabalhando para enriquecer a branca. [...] Se hoje a maioria da população negra é pobre é por conta dessa herança escravocrata e por falta da criação desses mecanismos. É necessário conhecer a história deste País para entender porque certas medidas, como ações afirmativas, são justas e necessárias. Elas precisam existir justamente porque a sociedade é excludente e injusta para com a população negra (RIBEIRO, 2015).

O trecho acima traz de forma objetiva os problemas que as cotas raciais implementadas pela Universidade de Brasília buscam resolver. Em quase todas as *Rationes Decidendi* dos votos que foram explicitados pelos Ministros do Supremo, buscou-se demonstrar que o racismo é algo inerente à cultura brasileira e, portanto, políticas universais não são suficientes para medicar tamanha doença social.

Assim, a desigualdade de oportunidades entre negros e brancos foi a clara herança deixada pela época da escravidão e por isso cabe ao Estado adotar medidas positivas para oferecer aos negros espaços nunca antes alcançados, isto é, universidades e agora, os concursos públicos. Para resumir o que foi apresentado até então, pode-se fazer jus à fala do juiz federal William Douglas, ao dizer que na sociedade brasileira "ser pobre é um problema, ser pobre e negro é um problema maior ainda".

É de suma importância ressaltar que em junho de 2015 o Conselho Nacional de Justiça aprovou a Resolução nº 203/2015, que dispõe de 20% de cotas para negros para vagas oferecidas nos concursos públicos no âmbito do poder judiciário. Dessa maneira, a magistratura foi a primeira carreira a adotar uma ação afirmativa baseada num critério étnico capaz de separar vagas para afrodescendentes.

Com base nisso, a primeira observação trazida pela lei que claramente está de acordo com o posicionamento da grande maioria dos Ministros na ADPF nº 186/DF é o fato da necessidade de que a as co-

tas raciais tenha uma limitação ao longo do tempo. De acordo com o art. 6º da Lei nº 12.990/2014 a obrigatoriedade das cotas em concursos públicos se dará num prazo máximo de 10 anos. O art. 1º reserva uma porcentagem de 20% quando lido conjuntamente com o art. 4º traz o critério da proporcionalidade.

Já conforme previsto no art. 2º o critério de aferição para saber quem seriam os negros e pardos considerados cotistas o critério seriam o da autodeclaração de acordo com os conceitos do IBGE. Assim, conforme o próprio Relator da ação do controle concentrado tanto o critério da autodeclaração como o da heteroidentificação desde que "jamais deixem de respeitar a dignidade pessoal dos candidatos, são, a meu ver, plenamente aceitáveis do ponto de vista constitucional".

Em virtude das observações acima mencionados não resta dúvidas de que se os mesmos Ministros do Supremo Tribunal Federal estivessem hoje diante de uma nova ADPF para julgar a constitucionalidade das cotas raciais em concursos de acordo com a Lei de cotas, julgariam a mesma constitucional.

Considerações finais

No presente artigo buscou-se elucidar a *ratio decidendi* desenvolvida por cada um dos nove Ministros votantes e com isso chegou-se na seguinte visão: mesmo que tenha havido a identificação de um mesmo problema por todos os magistrados, não se pode dizer que houve uma única *ratione* na Suprema Corte brasileira.

Por este motivo, como observaram diversos Ministros do STF na ADPF nº 186, medidas meramente universalistas não são suficientes, pois, em casos como estes é necessário que o Estado tenha uma atitude positiva. Isso viria por meio das ações afirmativas, que são medidas que podem dar eficácia ao princípio da igualdade material previsto na Constituição Federal.

Assim sendo, pode-se evidenciar que caso as cotas baseadas num critério meramente racial chegassem as mãos do Supremo, se fossem usadas as mesmas *ratios decidendis*, certamente tal medida seria considerada constitucional, eis que os seus argumentos também se aplicam na área da administração pública.

Dessa maneira, insta salientar que o STF não possui uma cultura de obediência estrita à precedentes (VOJVODIC, p. 27) e, portanto, as cotas em concursos públicos poderiam vir a ser consideradas inconstitucionais, caso entendam que nesta situação outras *ratios* deveriam ser desenvolvidas, de acordo com as peculiaridades deste ambiente que em nada tem a ver com o de uma universidade pública. Mas esta é uma questão que no momento não faz parte deste trabalho responder. Para finalizar, deixa-se registrado a excelente explanação do Dr. William Douglas sobre o deferimento de cotas para negros:

Se você é contra as cotas para negros, eu o respeito. Aliás, também fui contra pôr muito tempo. Mas peço uma reflexão nessa semana: na escola, no bairro, no restaurante, nos lugares que frequenta, repare quantos negros existem ao seu lado, em condições de igualdade (não vale porteiro, motorista, servente ou coisa parecida). Se há poucos negros ao seu redor, me perdoe, mas você precisa "passar um dia na cadeia" antes de firmar uma posição coerente não com as teorias (elas servem para tudo), mas com a realidade desse país. Com nossa realidade urgente. Nada me convenceu, amigos, senão a realidade, senão os meninos e meninas querendo estudar ao invés de qualquer outra coisa, querendo vencer, querendo uma chance.

Referências

ANNONI, Danielle; LIMA, Fernanda da Silva. **As políticas de ações afirmativas para a efetivação de direitos da minoria negra no Brasil.** Rio Grande do Sul: UNISC, 2009. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/1181/874>. Acesso em: 30 mar. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CHARÃO, Cristina. O longo combate às desigualdades raciais. **IPEA,** 2012. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/igualdaderacial/index.php?option=com_content&view=article&id=711>. Acesso em: 01 mai. 2016.

COSTA, Aldo de Campos. A toda prova – ADPF pode evitar ou reparar o dano a preceito fundamental. **Revista Consultor Jurídico**, 27 mar. 2013. Disponível em <http://www.conjur.com.br/>. Acesso em: 03 abr. 2016.

DA COSTA SILVA, R. M. A Constituição de 1988 e a discriminação racial e de gênero no mercado de trabalho no Brasil. International Law, **Revista Colombiana de Derecho Internacional**, n. 23, 2013, p. 244-247.

DIAS, Paula Regina Pereira dos Santos Marques Dias; SOARES, Zilmar Timoteo. O sistema especial de proteção dos direitos humanos: busca pela igualdade e o respeito à diferença. **Iniciação Científica CESUMAR**, v. 16, n. 1, 2014.

DIFERENÇA cai em 2015, mas negro ganha cerca de 59% do salário do branco. In: **UOL Economia**. Empregos e Carreiras, publicado em 28 fev. 2016. Disponível em: <http://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2016/01/28/diferenca-cai-em-2015-mas-negro-ganha-cerca-de-59-do-salario-do-branco.htm>. Acesso em: 29 mar. 2016.

DIODATO, Camila. Cotas raciais: lei ainda gera polêmica nos concursos. In: **UOL Notícias**. Concurso, publicado em 03 ago. 2015. Disponível em: <http://jcconcursos.uol.com.br/portal/noticia/concursos/lei-cotas-raciais-negros-pardos-61228.html>. Acesso em: 02 mai. 2016.

DOUGLAS, William. As cotas para negros: por que mudei de opinião por William Douglas, juiz federal (RJ). **Geledés**, Instituto da Mulher Negra, 06 dez. 2011. Disponível em: <http://www.geledes.org.br/>. Acesso em: 03 mai. 2016.

GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GORCZEVCKI, Clovis; TERRA, Rosane Beatriz Mariano da Rocha Barcelos. O princípio da igualdade na Constituição Brasileira e sua

aplicabilidade nas ações afirmativas referentes ao ingresso no ensino superior. **Revista Direito e Justiça**, reflexões sociojurídicas, ano VI, n. 9, nov. 2006, p. 121-122.

HERINGER, Rosana. Desigualdades raciais no Brasil: síntese de indicadores e desafios no campo das políticas públicas. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, n. 18 (suplemento), p. 57-65, 2002.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. IBGE. **Indicadores de cor ou raça, segundo a Pesquisa Mensal de Emprego**, março de 2009. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/marco2009.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2016.

LEGAL DICTIONARY. ***The Free Dictionary.*** *Ratio decidendi*. Disponível em: <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/ratio+decidendi>. Acesso em: 25 mai. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Jurídica Virtual**, n. 14, jul. 2002.

NEGROS representam 54% da população do país, mas são só 17% dos mais ricos. In: **UOL Economia**. Disponível em: <http://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2015/12/04/negros-representam-54-da-populacao-do-pais-mas-sao-so-17-dos-mais-ricos.htm>. Acesso em: 29 mar. 2016.

OLIVEIRA, Edmundo Alves. Políticas públicas sociais: ações afirmativas como instrumento jurídico para a concretização da igualdade e o acesso à educação. **Nucleus**, v. 11, n. 1, abr. 2014, p. 223.

PASCHE, Cristiane; SPAREMBERGUER, Raquel Fabiana Lopes. Um olhar para a inclusão: as cotas raciais nas universidades brasileiras e o princípio da isonomia**. Novos Estudos Jurídicos**, v. 11, n. 2, jul./dez. 2006, p. 241.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas: a questão das cotas. In: FERREIRA, Renato (cood.). **Ações afirmativas no Brasil:** desafios e perspectivas. Niterói: Impetus, 2011. p. 118-119

_____. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. Revista de Direito Constitucional e Internacional, RDCI 45/216, 2003. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. **Direito constitucional:** teoria geral da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RIBEIRO, Djamila. Ser contra cotas raciais é concordar com a perpetuação do racismo. **Carta Capital**, 15 jul. 2015. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/ser-contra-cotas-raciais-e-concordar-com-a-perpetuacao-do-racismo-1359.html>. Acesso em: 03 mai. 2016.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade material e a discriminação positiva: o princípio da isonomia. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, Univali, v. 13, n. 2, 2008.

ROVER, Tadeu. Juiz da Paraíba considera inconstitucional cota para negros em concurso público. **Revista Consultor Jurídico**, 20 jan. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jan-20/juiz-considera-inconstitucional-cota-negros-concurso-publico>. Acesso em: 03 mai. 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar:** os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning.* **Harvard University Press**, Cambridge Massachusetts, London, England, 2009.

SILVA, Marcos Luiz da. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e o conceito de "preceito fundamental". **Biblioteca Digital Jurídica,** Supremo Tribunal de Justiça, Brasília, 2011. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/63409/arguicao_descumprimento_preceito_silva.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2016

SOUZA, Beatriz. 8 dados que mostram o abismo social entre negros e brancos. In: **Revista Exame,** online, publicado em 20 nov. 2014.

Disponível em: <http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/8-dados-que-mostram-o-abismo-social-entre-negros-e-brancos>. Acesso em: 29 mar. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF. **ADPF nº 186**, do Distrito Federal. Min. rel. Ricardo Lewandowski, julgado em 26 abr. 2012a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso em: 08 ago. 2015.

_____. Glossário Jurídico. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/>. Acesso em: 03 abr. 2016.

_____. Publicado acórdão de ADPF sobre cotas raciais na UnB. **Notícia STF**, 21 out. 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/>. Acesso em: 06 abr. 2016.

_____. STF julga constitucional política de cotas na UnB. **Notícia STF**, 26 abr. 2012b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/>. Acesso em: 06 abr. 2016.

THEODORO, H. Mito e espiritualidade: mulheres negras. Rio de Janeiro: Pallas, 1996. In*:* DA COSTA SILVA, R. M. A Constituição de 1988 e a Discriminação Racial e de Gênero no Mercado de Trabalho no Brasil. International Law, **Revista Colombiana de Derecho Internacional**, n. 23, 2013, p. 244-247.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VERUCCI, Florisa. **Igualdade formal, igualdade material, ações afirmativas.** Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998.

VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um romance em cadeia, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. **Revista Direito GV**, São Paulo, jan./jun. 2009.

Constituição de 1988 e juventude negra: para a desconstrução de um dispositivo tanatológico

Danielle Ferreira Medeiro da Silva de Araújo
Walkyria Chagas da Silva Santos

Introdução

O objetivo do artigo é analisar a criminalização do corpo negro, em especial o genocídio da juventude negra, a partir de reflexões sobre as bases estruturais desiguais que fundamentam a origem da sociedade brasileira e que ainda hoje são centrais para se analisar o fenômeno do controle e criminalização do corpo negro. O texto se propõe a uma caminhada histórica que revela relações de poder, que limitam o acesso da população negra ao acúmulo de capital social, econômico e cultural[21], e como as normas legais se constituíram como um instrumento de dominação e sujeição[22] que insistem em se perpetuar no corpo social.

21. O capital – pode existir no estado objetivado, em forma de propriedades materiais, ou, no caso do capital cultural, no estado incorporado, e que pode ser juridicamente garantido (BORDIEU, 2009).

22. No caso do direito, seria evitar a questão central da soberania e obediência dos indivíduos e fazer aparecer em seu lugar o problema da dominação e da sujeição que se operam de múltiplas formas na sociedade e funcionam no interior do corpo social (FOUCAULT, 1979).

É necessário olhar a desigualdade social da realidade brasileira como um objeto de estudo necessário para a desconstrução do pensamento sobre os modos de vida da população negra interpretados ou construídos[23] como um problema social. Busca-se a partir de uma dialética multidisciplinar ampliar as lentes de compreensão e ressignificação para a questão dos modos de vida periféricos, estigmatizados, criminalizados ou deslegitimados.

Na primeira sessão será abordada a estrutura social escravocrata e a elaboração de legislação para controlar os corpos negros, além de discutir o lugar social da população negra na sociedade brasileira a partir de breve revisão bibliográfica e de estatísticas. Já na segunda sessão a tratativa será sobre a tanatopolítica no Brasil, apresentando a política para morte do país que ceifa a vida de muitos jovens negros por ano. E por fim, na última sessão, serão apresentadas as considerações finais.

A metodologia do trabalho baseia-se na pesquisa bibliográfica realizada a partir dos registros disponíveis em fontes impressas e digitais sobre a temática, além de registros estatísticos oficiais.

1. População negra: um *habitus* construído em uma estrutura social escravocrata

1.1 Revisitando a história de exclusão da população negra

As bases que estruturam a construção das relações sociais no Brasil se apoiam em um sistema hierárquico e questões raciais que perpassam todo o espaço social[24]. O Brasil nasceu fundamentado na ideologia católica, no sistema de monocultura escravista e no formalismo jurídico, em que o poder e o prestígio diferencial e hierarquizado correspondiam, grosso modo, a diferenças de tipos físicos e de origens sociais (DA MATTA, 1981).

23. Trata-se de estudar os passos que fizeram de um problema particular se tornasse um problema social, ou seja, um problema público (BORDIEU, 2009).

24. Compreendido como espaço multidimensional de posições, descrito também como um campo de forças, ou seja, como um conjunto de relações de forças objetivas impostas a todos os que entrem nesse campo e irredutíveis às intenções dos agentes individuais ou mesmo às interações diretas entre os agentes (BORDIEU, 2009).

Assim, privilégios e cor passam a marcar e diferenciar os habitantes do território. A legitimação do poder estava fundada numa poderosa junção de interesses religiosos, políticos e comerciais, numa ligadura que era ao mesmo tempo moral, econômica, política e social e que tendia a mexer-se como uma totalidade (DA MATTA, 1981).

A elite branca buscava a dominação e sujeição dos negros que perpassava por todas as esferas sociais, desde a religião, o corpo, a identidade linguística, a cultura, os valores, ou seja, o corpo negro não era compreendido em sua dimensão humana porque era tratado como uma mercadoria, uma propriedade. O negro escravizado, em regra, não tinha leis que pudessem apoiar a defesa de seus direitos humanos (MATTOSO, 2003). Esse não-direito abria caminhos para qualquer forma de utilização do corpo do outro.

A partir da Constituição de 1824 o escravizado alforriado[25] passa pela primeira vez a ter a condição de cidadão brasileiro, nascido no Brasil como cidadão brasileiro, mas os seus direitos eram bem limitados (MATTOSO, 2003). Apesar da igualdade de direitos civis entre cidadãos brasileiros já ser reconhecida, se confundidos com cativos ou libertos, os negros estariam automaticamente sob suspeita de serem escravizados fugidos – sujeitos, então, a todo tipo de arbitrariedade, se não pudessem apresentar sua carta de alforria (MATTOS, 2004).

Ora, ainda hoje se assemelha muito com os limites vivenciados pela população negra na sociedade brasileira, a carta de alforria do jovem negro de periferia é a sua identificação estudantil ou sua carteira profissional, instrumentos utilizados como forma de conter as arbitrariedades do poder policial nestes territórios. O direito, como norma legal, por vezes não abarca a proteção de grupos que historicamente são alvo de violência institucional no país.

O período que marca o caminho para a Abolição da Escravatura, que acontece em 1888, também se revela como um tempo de medidas repressivas contra a população negra por parte do Poder Público. Na Bahia, após a Revolta dos Malês, em 1835, ponto culminante de um ciclo

25. As cartas de alforria, concedidas a partir de 1831, são reflexo nítido da mentalidade dos senhores que, numa sociedade escravista, não teriam qualquer necessidade de justificar a liberdade concedida, mas adoravam convencer-se de que agem de acordo com o bom direito e a estrita equidade (MATTOSO, 2003).

de revoltas negras na Bahia no séc XIX, o Poder Público adotou medidas extremamente duras em relação à população negra, como a Lei Imperial de 10 de junho de 1835 que estabelecia a pena de morte aos escravizados por prática de ofensa ou ferimento contra senhores, administradores, respectivas mulheres e familiares (FENELON, 1973).

Observa-se no Brasil que com o findar da escravidão, o crime passa a ser, não somente os atentados contra a pessoa e propriedade, ou ameaças à ordem instituída, mas também as ações e práticas contrárias a um novo mundo de trabalho que se descortina a partir do processo de transição da mão de obra escravizada para assalariada. Na Bahia, a maioria das prisões do ano de 1872 aconteceram por vadiagem, embriaguez, ofensas à moral pública e desordens sem ferimentos. A relação dos crimes cometidos nos diz algo sobre o que era considerado indesejável ou atentatório a essa ideia de civilização (MATTOS, 2008).

De acordo com Fausto (1984), em São Paulo, durante o período de 1880-1924, a proporção de negros e mulatos presos (28,5%) era mais que o dobro de negros e mulatos na população (10%), esta falta de proporção é atribuída ao fato que a maioria das prisões era por pequenas contravenções. Em pesquisa realizada no Rio de Janeiro com dados de crimes levados a julgamento de 1890 a 1930, constata-se que a cor do acusado era um fator determinante para motivar a condenação (RIBEIRO, 1995). Percebe-se então que a construção do que se define por problema social encontra-se atrelada a um recorte racial de determinado grupo, que passa do estado de controle total de sua existência (escravidão) para o controle de suas práticas livres. Uma liberdade, porém, sempre dissidente.

Diante da notável profusão de criação e extinção de vários órgãos policiais, pode-se afirmar que a questão de segurança pública foi uma constante durante o período imperial na Bahia. Toda a luta da população negra escravizada por liberdade no Brasil culminou na construção de um aparato de controle social organizado, a segurança pública substitui o papel dominador sobre o corpo e as práticas sociais da população negra (MATTOS, 2004).

A preocupação do Poder Público com as mudanças de uma mão-de-obra escravizada para livre tratava-se de uma questão de poder e dominação que vai desde o lugar social que as populações negras iriam ocu-

par em uma nova ordem jurídico-formal, até a consequente necessidade de edificações de padrões modernos de urbanidade (MATTOS, 2008).

As argumentações a favor da exclusão dos africanos e escravos eram no sentido de que os mesmos não poderiam ter em suas relações os hábitos de urbanidade, e que a aglomeração de escravos seria um empecilho para o progresso da civilização e da moral pública (MATTOS, 2008). Os negros foram excluídos do "processo de civilidade" que passou a sociedade brasileira no século XIX, nunca tendo reconhecido a sua humanidade enquanto sujeito integral, mas, mesmo com a sua inclusão no plano normativo houve a criação da figura do marginal com a intenção de se manter a exclusão, a dominação e a sujeição desta população.

Assim, as tentativas de exclusão dos indesejáveis, a interferência na relativa autonomia do mundo do trabalho negro e a disciplinarização das condutas individuais, tanto no mundo do trabalho quanto fora dele, parece ter se constituído como formas de controle que se mostravam mais eficazes para a manutenção de uma ordem de dominação ameaçada pelo fim da escravidão (MATTOS, 2008). O controle do corpo negro encontra-se naturalizado no discurso de deslegitimação e marginalização de suas práticas, como a capoeira e as religiões afro-brasileiras, tornando-o vulnerável a todos os tipos de arbitrariedades e violências.

Não ocorreram grandes mudanças políticas com a Abolição da Escravatura em 1888 e Proclamação da República em 1889[26], posto que, os negros não receberam qualquer auxílio do Estado ou daqueles que exploraram sua força de trabalho durante anos. Assim, enquanto o Estado estabelecia sua concepção de ordem, o desvio, ou marginalidade, apresentava-se como condição obrigatória para milhares de indivíduos, que não conseguiam se inserir no trabalho assalariado (PEDROSO, 2006).

Nesse mundo de desordem, a existência do crime, da vadiagem e da ociosidade justificava o discurso de exclusão e perseguição policial às camadas populares pobres e despossuídas, ou seja, aos negros. Assim, a segurança pública terminava por ditar a racionalidade do sistema (PEDROSO, 2006).

26. Com exceção da Constituição de 1934, que faz uma referência velada à raça no art. 138, que estabeleceu "é dever da União, dos Estados e dos Municípios implementar em sua leis: a promoção da educação eugênica" (ECCLES, 1991, p.135, 138).

De acordo com Pedroso (2006), o século XX também foi marcado pelo autoritarismo do Estado, eventos como a Revolta da Vacina (1904), a Ditadura Militar (1964-1985), o massacre do Eldorado dos Carajás (1993), da Candelária (1993), do Vigário Geral (1993), reforçam a marca de atuação autoritária do Poder Público em relação às populações negras e periféricas. No Brasil do século XXI, mesmo alcançada à cidadania civil e política, o país ainda encontra-se longe da concretização de uma cidadania social[27], como continuidade da violação de corpos negros é possível citar a Cachina do Cabula (2015).

1.2 A população negra contra a ordem

A questão racial como ponto de análise permanente em indicadores de desigualdades sociais atrai para o corpo negro, em especial da juventude, um campo de análise sobre o *habitus*[28], entendido como um conjunto de práticas, pré-figurado como ilegítimo e criminoso. Para Bourdieu (2009), o discurso de visão legítima de mundo, formalmente cristalizado nas normas legais, criaria um campo de ilegitimidade das condutas não pertencente a essa ordem social, que abarcaria como impróprios os modos de ser de determinados grupos e pessoas. A juventude negra seria o principal alvo dos discursos de deslegitimidade social somado a uma política pública de segurança pautada em dispositivos tanatológicos[29], ou seja, uma política com pressupostos que levam à morte esta parcela da população.

Durante o período da escravidão no país, e mesmo depois dele legalmente extinto, as práticas transgressivas das populações negras – sobre-

27. A cidadania civil está ligada aos direitos individuais, o elemento político relacionado ao direito de participar do exercício do poder político, e o aspecto social diz respeito a um mínimo bem-estar econômico e segurança ao direito de participar por completo na herança social (MARSHALL, 1967, p.63).

28. Para Bourdieu (2009) o habitus se configura como um conjunto de bens, práticas, consumos que separam os grupos sociais.

29. O autor Roberto Esposito (2017) em seu livro Filosofia da Bíos analisa os pressupostos tanatológicos do nazim os, a saber, a carne, o nascimento e a norma de vida como forma de se desconstruir estes pilares que deram origem ao extermínio dos judeus na Segunda Guerra Mundial, e busca na filosofia novos sentidos possíveis para se construir uma política da vida e não da morte.

tudo as escravizadas – foram interpretadas como crimes que, no conjunto, remeteria a categoria de resistência com características multiformes à luta cotidiana contra a escravidão, instituíram modos de vida e sobrevivência como formas culturais próprias, alternativas a uma concepção hegemônica, "ordeira" e disciplinada de urbanidade (MATTOS, 2008).

Desta forma, o lutar do negro, protegido ou não pelas normas legais, foi sempre de luta pela vida, pela sobrevivência. Essa luta sempre existiu porque as normas legais se constituíram como forma de controle social desta população. Abre-se então um campo de ilegitimidade que justifica todo o tipo de arbitrariedade e violência, cria-se o marginal. O negro, morador de periferia, com baixa escolaridade é o marginal. A permanência na violência seletiva não é contra o "jovem" é contra o "marginal", o negro marginal pode ser vítima de abuso de autoridade, tortura, prisão arbitrária e morte, porque é marginal. O corpo negro não é igual. Aliás, ser "marginal" constituía crime. Classificavam-se dessa forma os vadios, os capoeiristas, os escravizados e os estrangeiros (PEDROSO, 2006). Até os dias de hoje as classes populares são vistas como *classes perigosas*[30] e que demandam o controle social.

A construção da conduta criminal dos pobres e negros no Brasil auxiliou no permanente processo de estigmatização destas populações, revelando o estereótipo do corpo marginal. As teorias eugênicas reforçaram a necessidade de branqueamento da população como via de construção de uma nação desenvolvida, assim, a partir da segunda metade do século XIX, quando se discutia o fim do regime escravista o racismo científico ganhava terreno estimulando a imigração[31] do elemento europeu.

Todo o pensamento social racista se reflete em todos os níveis das relações sociais, uma realidade que se naturaliza e por isso encontra dificuldades de espaço de discussão nos fóruns públicos. É o Movimento

30. De acordo com Pinheiro (2000) na América Latina a lei teria caráter discriminatório para pobres e marginalizados, e seria fortalecida pela percepção negativa das elites em relação a estas populações.

31. O Decreto n. 528, de 28 de junho de 1890, ratifica o interesse da imigração européia. Art 1º É inteiramente livre a entrada, nos portos da República, dos indivíduos válidos e aptos para o trabalho, que não se acharem sujeitos a acção criminal do seu paiz, exceptuados os indígenas da Àsia, ou da Àfrica que somente autorização do Congresso Nacional poderão ser admittidos de accordo com as condições que forem estipuladas.

Negro, fortalecido a partir de 1970, que permanece lutando pela bandeira da igualdade racial, militando contra o modelo racista que posiciona o branco europeu ariano como padrão positivo superior, enquanto considera o negro africano como padrão negativo inferior[32].

1.3 *O lugar social da população negra na sociedade brasileira: o que dizem as estatísticas?*

Os efeitos do poder simbólico perpassa pela aceitação social[33] de diversas formas de violência contra a população negra, desde a omissão do Poder Público quanto à efetividade dos direitos sociais[34] em comunidades periféricas, na ausência de políticas de segurança pública cidadã (que se configurem na segurança e não no controle das populações mais pobres), ao genocídio da juventude negra no país. De acordo com Domingues (1994), a periferia seria um lugar de exclusão e marginalidade, de segregação social e do *deficit* de cidadania. Para o autor, estes ambientes encontram-se afastados dos centros simbólicos de poder.

O pertencimento a elites de poder, a origem de classe, gênero, raça e posição socioeconômica também reforçam a cultura do privilégio, reproduzindo estas desigualdades por meio de estruturas e instituições sociais (CEPAL, 2018). A naturalização do lugar social dos agentes no espaço social invisibiliza a raiz de desigualdade racial que mantêm esta diferenciação. A naturalização significa ver o lugar do negro vinculado a determinados papéis e funções (SILVA, 2011).

De acordo com o Relatório Final CPI do Assassinato de Jovens - 2016 para a concretização de um verdadeiro ambiente democrático o Brasil precisa superar seus estorvos como o patrimonialismo secular, o autoritarismo de suas elites, a inerte e histórica desigualdade e a

32. Relatório da CPI dos Assassinados dos Jovens.

33. Pode exemplificar essa aceitação social pelo abuso da força policial e o extermínio de jovens negros pela polícia nas periferias. "O público no Brasil frequentemente parece não se preocupar muito se as mortes da polícia podem ser legalmente justificadas." (CHEVIGNY, 2000).

34. Art. 6º da Constituição Federal de 1988 - "são direitos sociais a educação, a saúde, 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"..

mobilidade social seletiva. Dados do PNAD/IBGE demonstram que a população negra representa 53,6% da população total e dentre os 10% mais pobres participa na ordem de 76%.

Os dados estatísticos reafirmam esse lugar do negro na sociedade. De acordo com dados do GEEMA 2017, a divisão racial do trabalho acaba por alocar os brancos nas ocupações intelectuais e os não-brancos representados nos trabalhos manuais, com destaque para a alta proporção de pretos nos serviços domésticos (7% brancos e 14% negros).

O Mapa do Encarceramento – Os Jovens do Brasil (2015) analisou dados sobre o sistema prisional brasileiro, de 2005 a 2012, nesta pesquisa observou-se que a maioria dos encarcerados era jovem (entre 18 e 24 anos), ou seja, 54,8% da população encarcerada. A seletividade racial aponta para a maioria negra entre os presos no país, em 2012 o percentual era de 60,8% de negros na população prisional.

Ressalta-se que faltam dados sobre cor/raça em relatórios sobre o sistema carcerário em âmbito nacional, o que dificulta muito as análises sobre para a formulação e avaliação de políticas públicas que visem a superação das desigualdades entre os diversos grupos étnico raciais na população brasileira (BRASIL, 2015).

De acordo com o Mapa de Vulnerabilidade da Juventude – 2017 a violência atinge principalmente os jovens negros do sexo masculino, moradores das periferias e áreas metropolitanas dos centros urbanos. O risco de um jovem negro ser vítima de homicídio no Brasil é 2,7 vezes maior que de um jovem branco (BRASIL, 2017).

Segundo o Atlas da Violência 2018, entre 2006 e 2016, a taxa de homicídios de negros cresceu 23,1%, enquanto a de brancos teve uma redução de 6,8%. Em 2016, a taxa de homicídio contra negros foi duas vezes e meia superior aos não negros (16,0% contra 40,2%). O Anuário Brasileiro de Segurança Pública analisou 5.896 boletins de ocorrência decorrentes de intervenções policiais entre 2015 e 2016 e identificou 76,2% das vítimas como negras. Ainda segundo o Atlas da Violência – 2018 (2018, p.40) "uma das principais facetas da desigualdade racial no Brasil é a forte concentração de homicídios na população negra. É como se, em relação à violência letal, negros e não negros vivessem em países completamente distintos".

A Nota Técnica do IPEA – Indicadores Multidimensionais de Educação e Homicídios nos Territórios Focalizados pelo Pacto Nacional pela Redução de Homicídios – 2016 (IPEA, 2016) aponta bem para a origem transversal do problema da delinquência e criminalidade que exige uma ação conjunta e intersetorial das áreas de saúde, educação, habitação, esporte, mercado de trabalho, entre outros. O fenômeno da criminalidade estaria associado a muitas portas fechadas que a criança e adolescente encontram na família, no convívio social, na escola e no mercado de trabalho, a única porta aberta seria o mercado do crime, um universo de retornos financeiros e simbólicos.

Toda essa realidade que aprisiona a população negra é apresentada no Relatório da CPI dos Assassinados dos Jovens que assevera "a sociedade racista cria mecanismos, institucionais ou não, que impingem limites e mesmo a exclusão, fazendo com que a pessoa negra esteja mais vulnerável a situações de imobilidade social associadas à pobreza e à miséria, quando não a situações extremas que levam à alienação e, no limite, à morte" (2016, p. 36).

É para a desconstrução de um dispositivo tanatológico impregnado em normas legais criminalizadoras ou em políticas públicas que alcançam os grupos sociais de forma desigual, que novos pressupostos de sociabilidade devem ser pensados a partir de um processo mais igualitário de relações sociais.

2. Tanatopolítica no Brasil: como construir uma política da vida?

2.1 Biopolítica e a população negra: uma política para a morte

Uma análise histórica possibilita visualizar o caminho que a população negra faz no país tendo origem no não-direito até as garantias na Constituição Federal de 1988, que, no entanto, não correspondem a uma efetividade de direitos na realidade social. O que se opera é uma desconstrução da humanidade, que sempre justifica os abusos de autoridade a até mesmo a letalidade para a manutenção da ordem pública, a afirmação "ele é marginal" ainda é a senha para o massacre de jovens negros no Brasil.

De acordo com o Relatório da CPI do Assassinato de Jovens – 2016 "o racismo institucional constitui a forma mais sofisticada e bem-acabada do preconceito, envolve o aparato jurídico-institucional e está presente em todos os seguimentos sociais" (2016, p.39). Este tipo de racismo seria responsável pela diferenciação no acesso e tratamento para negros e brancos nos serviços públicos no Brasil. Além das desigualdades nas áreas de saúde e educação, o sistema judiciário também seria responsável por aplicar penas mais rigorosas aos réus negros.

Laís Avelar (2017) em sua dissertação intitulada "O 'pacto pela vida', aqui, é o pacto pela morte!" traz como tema da pesquisa a análise da Base Comunitária de Segurança instalada no Grande Nordeste de Amaralina (GNA), em Salvador/BA. As bases comunitárias, 11 no total, resultado do plano de segurança do Governo do Estado da Bahia, o Pacto pela Vida, são marcadas pelo racismo institucional, sendo escolhidos territórios com forte presença negra e histórico de segregação.

O discurso do Governo do Estado da Bahia é que as Bases Comunitárias são necessárias para o restabelecimento da segurança, mas o que foi verificado é que elas significam mais controle no território negro GNA, mais produção de uma sociabilidade baseada no medo e de mortes que não são apenas físicas, mas também sociais. A retrospectiva aponta que o programa atual está inserido na mesma lógica de morte e de criminalização racial das políticas de segurança pública anteriores. Para Avelar a implementação das Bases Comunitárias de Segurança implantadas no GNA "servem como evidências de como os "pactos de segurança" são construções políticas conscientes e essenciais para a manutenção do pacto social e do regime de cidadania racializados" (AVELAR, 2017).

Conforme apresentado a norma de morte que atinge a juventude negra está diretamente relacionadas à ação ou omissão do Estado. Assim, a falta de segurança pública, serviços públicos e órgão do Estado em regiões periféricas é que propicia o surgimento de grupos organizados como traficantes, milícias, e o índice de mortalidade da juventude negra nesses espaços é altíssima, da mesma forma como a violência policial contra estes jovens também é uma chocante realidade, mortes estas justificadas pelos autos de resistência.

"A cada 23 minutos morre um jovem negro do Brasil" (RELATÓRIO CPI DOS ASSASSINATOS DE JOVENS, 2016, p.41). Pode-se refletir esta realidade a partir da concepção foucaultiana de biopolítica, ou seja, a prática de poder tendo o corpo como atuação do poder. Para Foulcault (2017), o Estado atuaria no corpo coletivo e na gestão da vida social. O poder assume a função de gerir, garantir, reforçar, multiplicar e pôr em ordem a vida. Para o autor, na Antiguidade, o soberano tinha o direito de fazer morrer e deixar viver, "o poder era, antes de tudo, nesse tipo de sociedade, direito de apreensão das coisas, do tempo, dos corpos e, finalmente, da vida; culminava com o privilégio de se apoderar da vida para suprimí-la" (FOUCAULT, p. 146, 2017).

A partir do século XIX a nova lógica se perfaz pelo fazer viver e deixar morrer. A partir daí se proliferam as tecnologias políticas de investimento sobre o corpo, a saúde, as condições de vida e todo o espaço da existência. Ou seja, nas mãos do Estado estaria a decisão de quem vive e quem morre (FOUCAULT, 2017)

Assim, quando começamos a pensar no racismo como política de Estado falamos de um cuidado da vida a partir da proliferação da morte. Exatamente a criação do marginal que possibilita a matança de determinado grupo, porque de certa forma a sociedade acredita estar "assegurando" a sua saúde e sobrevivência, desta forma, matamos para viver. Para matar seria preciso invocar a enormidade do crime, a monstruosidade do criminoso, sua incorrigibilidade e a salvaguarda da sociedade, desta forma, a morte seria legítima, pois se constituía uma espécie de perigo biológico para os outros (FOUCAULT, 2017).

Outro autor importante para compreensão da biopolítica é Roberto Esposito (2017), que inicia o seu pensamento afirmando que a biopolítica teve seu nascimento na era moderna, e para tanto dialoga com outros pensadores como Hobbes e Locke. Acredita ter sido o nazismo uma forma extrema e perversa da biopolítica, ou seja, uma versão particular. Todavia, mesmo com o fim do nazismo ainda hoje todas as questões de interesse público seriam interpretadas a partir de uma conexão profunda e imediata com a esfera do *bíos*, desde a importância do elemento étnico nas relações entre os povos, assim como a questão sanitária e a ordem pública seriam exemplos do achatamento tendencial da política sobre os corpos.

Um dos dipositivos tanatológicos do nazismo que Esposito analisa é a norma de vida. Quanto à normatização absoluta da vida o autor chama a atenção para o fato de que o ordenamento jurídico nazista estava enraizado em uma matriz biológica, a conotação racial seria o fundamento do direito de existência do povo.

A "norma de vida" criada pelo nazismo encerrava toda a extensão da vida a uma norma de morte. A determinação biológica, racial era então o fundamento para a aplicação de uma norma com caráter tanatológico. Ao se refletir sobre o sistema social e jurídico-institucional brasileiro também observamos uma raiz racial que determina as ações políticas e jurídicas do Estado, seja pela ação ou omissão, estigmatizando, marginalizando e, por fim, matando ou permitindo morrer uma parcela da sociedade, a juventude negra.

Evandro Duarte, Marcos Vinicius e Pedro Argolo (2016) em texto abordando a hipótese colonial em diálogo com Michel Foucalt, trouxeram o racismo como tema central para analisar o controle social e a discriminação dos negros, a partir de temas tradicionais atrelados ao conhecimento historiográfico e aos debates do presente. Os autores informam que a racialização do sistema penal surge tardiamente para o campo criminológico no Brasil – silêncio acadêmico, racismo institucional e branquidade.

A hipótese colonial atribui ao colonialismo um papel decisivo na compreensão do racismo e da relação entre os sistemas penais e os afrodescendentes e traz para o centro do debate novas perspectivas que propõe uma releitura de categorias fundamentais, especialmente, a Modernidade, a Igualdade e a Liberdade (DUARTE, 2016).

O genocídio da juventude negra trouxe novamente para arena política uma pauta conhecida do movimento negro, o racismo, o preconceito e a discriminação como problemas. Em verdade não é só uma pauta conhecida, mas uma pauta de luta também, que nem sempre encontrou eco nas esferas públicas (DUARTE, 2016).

2.2 Caminhos para a construção de uma política de vida

Diante deste cenário persistente, mesmo após a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, como transformar esta lógica em uma po-

lítica de vida? Os caminhos que Esposito (2017) apresenta sinalizam para o pensamento de Spinoza que acredita que norma e vida fazem parte de uma única dimensão em contínuo devir. O autor entenderia a vida normatizada desde sempre ao mesmo tempo em que a norma seria provida de um conteúdo vital de forma natural, assim toda a forma de existência, mesmo as desviantes, teriam legitimidade para viver segundo suas possibilidades advinda das relações em que se estaria inserida.

O nazismo mediria o direito à vida a partir da censura biológica constituída pela norma, o que Spinoza propõe seria que a norma estivesse fundada no princípio de equivalência ilimitada para todas as formas de vida singulares (a norma seria emanada na própria capacidade de existência do sujeito). A dificuldade da filosofia do direito seria pensar a norma na vida, ou seja, na constituição biológica do organismo vivente. Para Spinoza os indivíduos são fruto de um processo de sucessivas individuações, que continuamente reproduzem. A potência expansiva do indivíduo aumentaria a partir da freqüência de relações e intercâmbios em que o mesmo estaria exposto, essa relação complexa com o ambiente deixará subsistir de forma reduzida a sua identidade originária. Sendo os indivíduos múltiplos em seus modos de substância, a norma também seria multiplicada, assim "o ordenamento jurídico, no seu conjunto, é produto dessa pluralidade e resultado provisório do seu mutável equilíbrio" (ESPOSITO, 2017, p.237).

Esse pensamento impediria a criação de um critério normativo com base em medidas de exclusão porque entende a multiplicidade dos modos de vida advindos das relações sociais a que todos estamos expostos. Assim, seria possível se refletir sobre a possibilidade de mutabilidade das normas e no seu próprio fundamento, compreendendo de forma crítica quais os pressupostos de criação de uma visão legítima de mundo e, por conseguinte, a violência simbólica que esta normatização pode ter sobre os diferentes grupos sociais, como a população negra no país.

O processo normativo seria então caracterizado pelo confronto das normas individuais que se medem segundo as diferentes potências que as mantêm vivas, sem nunca extraviar a medida da sua relação recíproca. Mais do que um aparato imunitário de autoconservação, a ordem jurídica se configuraria em Spinoza como um sistema metaestável de

recíprocas contaminações em que a norma jurídica se enraíza na biológica, reproduzindo as suas mutações. O único valor que permaneceria estável na transformação das normas de um sistema para outro, seria a consciência da sua traducibilidade em formas diferentes e mutáveis. A constituição das normas, para Spinoza estaria introduzida no movimento da vida fazendo da vida a fonte primária de instituição das normas.

Por isso, pensar o fundamento das normas e sua urgente necessidade de mudança, de crítica e reflexão é também não deixar-se dominar pelo discurso da legitimidade, universalidade e impessoalidade que, na prática, diferencia, exclui e separa os grupos sociais a partir de suas práticas, tendo como pressuposto um recorte racial. Uma política de vida nasce no reconhecimento da multiplicidade e da diversidade da vida e dos seus modos de constituição. A juventude negra precisa ter as suas particularidades reconhecidas e sua dignidade respeitada, visando assim a concretude de uma sociedade livre, justa e solidária (Art. 3º, I, da CF 1988). Para Esposito (2017) "toda a vida é forma de vida e toda a forma se refere à vida", assim qualquer vivente deveria ser pensado na unidade da vida, mas está em nossas mãos a criação de uma política de vida ou de morte.

Ponderações finais

O corpo negro ainda é visto como um corpo marginal e descartável no Brasil. Para a desconstrução dessa realidade é necessário fazer o caminho da valorização da dignidade humana, que requer uma efetividade dos direitos humanos sob uma perspectiva multicultural, prevê a efetividade dos direitos sociais (previstos no art.6º da Constituição Federal de 1988), e também o reconhecimento das diferenças para a coexistência em uma sociedade plural.

Fala-se de novas bases de sociabilidade que se fundamente na igualdade, o primeiro passo para a liberdade do corpo, dos costumes, do pensamento, da religião, um caminho para a concretização de uma diretriz constitucional (preâmbulo) que abrace a diversidade para a concretização da igualdade e da justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

O caminho não é fácil, tendo em vista a assimetria de poder que se reproduz no campo do conhecimento científico, mas torna-se necessária

em um tempo de lutas pela coexistência de visões de mundo,e principalmente, de luta pela vida.

Referências bibliográficas

AVELAR, Laís da Silva. **O pacto pela vida, aqui, é o pacto pela morte!:** o controle racializado das bases comunitárias de segurança pelas narrativas dos jovens do grande nordeste de Amaralina. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos e Cidadania) - Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Geral. **Mapa do Encarceramento**: os jovens do Brasil/ Secretaria-Geral da Presidência da República e Secretaria Nacional de Juventude. Série Juventude Viva. Brasília: Presidência da República, 2015.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Governo. **Índice de Vulnerabilidade Juvenil à violência 2017:** desigualdade racial, municípios com mais de 100 mil habitantes/ Secretaria de Governo da Presidência da República, Secretaria Nacional de Juventude e Fórum Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** – 1988.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução: Fernando Tomaz, 12ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.

CEPAL - Comissão Econômica para a América Latina e Caribe. **A inefciência da desigualdade**. Síntese (LC/SES.37/4), Santiago, 2018. Disponível em: https://www.cepal.org/pt-br/publicaciones/43569-ineficiencia-desigualdade-sintese. Acesso: 09 jul. 2018.

CHEVIGNY, Paul. **Democracia, violência e injustiça**: o Não – Estado de Direito na América Latina. Org. Juan E. Méndez, Guilhermo O'Donnell, Paulo Sérgio Pinheiro, trad. Ana Luiza Pinheiro, Octacilio Nunes, São Paulo: paz e terra, 2000.

CLASTRES, Pierre. **A Sociedade Contra o Estado**. Rio de Janeiro: Francisco Alves Editora S.A. 1978.

DA MATTA, Roberto. **Relativizando**: uma introdução à Antropologia Social. Rio de Janeiro: Rocco. 1987.

DUARTE, Evandro; QUEIROZ, Marcos; COSTA, Pedro H. Argolo. A **hipótese colonial:** a modernidade e o Atlântico Negro no centro do debate sobre racismo e sistema penal. Revista Universitas Jus, 2016.

ESPOSITO, Roberto. **Filosofia do *Bíos* do livro Bios:** biopolítica e filosofia**.** tradução Wander Melo Miranda. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2017.

FAUSTO, Boris. **Crime e Cotidiano**: A criminalidade em São Paulo (1880-1924). 1984.

FENELON, Dea Ribeiro. **Levantamento e sistematização da legislação relativa aos escravos no Brasil**. In: SIMPÓSIO DE PROFESSORES UNIVERSITÁRIOS DE HISTÓRIA, São Paulo. Anais. Coleção Revista de História. 1973.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

_____. **História da Sexualidade 1**: A vontade de saber. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 4ª Ed. Rio de Janeiro/São Paulo, Paz e Terra. 2017.

IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Nota Técnica nº 18**. Brasília, Maio. 2016.

LEÃO, Natália; CANDIDO, Marcia Rangel; CAMPOS, Luiz Augusto; FERES JÚNIOR, João. **Relatório das Desigualdades de Raça, Gênero e Classe** (GEMAA), n. 1, 2017, pp. 1-21.

MARSHALL, T.H. **Cidadania, classe social e status**. Trad. Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar Editores. 1967.

MATTA, Roberto da. **Relativizando**: uma introdução à antropologia social. Petrópolis: Vozes, 1981. p. 63-64,75.

MATTOS, Hebe Maria. **Escravidão e cidadania no Brasil monárquico**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 2004.

MATTOSO, Kátia M. de Queirós. **Ser escravo no Brasil**. Trad. James Amado. São Paulo: Brasiliense, 2003.

PEDROSO, Regina Célia. **Violência e Cidadania no Brasil**: 500 anos de exclusão. São Paulo: Ática, 2006.

RIBEIRO, C.A.C. **Cor e criminalidade**: Estudo e Análise da Justiça no Rio de Janeiro (1900-1930). Rio de Janeiro: UFRJ. 1995.

SILVA, Ana Célia da. **A representação social do negro no livro didático**: o que mudou? Por que mudou? Salvador: EDUFBA: 2011.

Exclusão social e criminalização da pobreza: análise da violação à presunção de inocência a partir teoria das janelas quebradas

Ericleuson Cruz de Araujo
Iasmim Barbosa Araújo
Guilherme Alves de Moura Mendes
Kenedy Vieira dos Santos

Introdução

O presente estudo tem como ponto de partida a análise da exclusão social e da criminalização da pobreza no Brasil, correlacionando os tópicos com a Teoria das Janelas Quebradas. O fundamento para a necessidade de discussão da temática abordada surge com a crescente imputação do crime de associação ao tráfico a jovens moradores de favelas, ainda que a quantidade portada da droga seja mínima, contrariando o princípio constitucional da presunção de inocência e tornando evidente a ocorrência da criminalização da pobreza no país.

Para iniciar o estudo, é importante que se ressalte a estrutura social do Brasil, que apresenta dois tipos de "sociedades" descritas pelo sociólogo Émile Durkheim. Entende-se que o país possui uma macrossociedade, a qual envolve todos os membros da vida social, e, ao mesmo

tempo, possui microssociedades, distribuição das formas de relacionamento e convívio social de acordo com características particulares de cada grupamento humano, em que os membros se unem por interesse comum e relação de pertencimento.

Exemplos desse tipo de microssociedade no Brasil são as favelas, por serem comunidades visivelmente segregadas, cujos membros partilham de uma mesma realidade social, em regra, e que, muitas vezes, têm do Poder Público apenas uma contraprestação repressiva, em vez das garantias do Estado Democrático de Direito. Dentre as garantias constitucionalmente previstas, mas desrespeitada, conforme se demonstrará no transcorrer do estudo, figura a presunção de inocência, insculpida no artigo 5º, LVII da Constituição Federal de 1988.

Não raros são os casos de agressões sofridas por moradores de favela por parte do corpo policial, que atua, primordialmente, na busca pela repressão à criminalidade da localidade, mas acaba afetando direitos fundamentais de terceiros sem qualquer envolvimento com o crime. Nessa discussão, é importante é salientar que a generalização da criminalidade feita pelos policiais acaba gerando efeitos ainda mais negativos do que a feita pela sociedade civil, já que os policiais são responsáveis pela manutenção da ordem na comunidade e, muitas vezes, acabam abusando do poder, como se todos os habitantes devessem ser alvo de sua repressão.

Como consequência da atuação repressiva desmedida, têm-se as arbitrariedades constantemente cometidas por membros do Poder Público, em nome da "manutenção da ordem pública", em detrimento de direitos e garantias individuais constitucionalmente previstos, partindo-se de estereótipos e padrões de conduta previamente estabelecidos, de acordo com a localização geográfica do indivíduo. Ademais, salienta-se a atuação equivocada do Poder Judiciário na busca da penalização desses indivíduos, sem observar os ditames constitucionais e aplicando, muitas vezes, as normas da Carta Magna de forma equivocada.

O objetivo deste estudo, portanto, é realizar uma abordagem sociológica e jurídica a respeito dos direitos e garantias fundamentais, bem como sobre os processos de marginalização no Brasil, que levaram à conjuntura social atual, em que se visualizam quadros flagrantes de desrespeito a direitos fundamentais, como a presunção de inocência,

especialmente no que diz respeito à aplicação do direito penal em se tratando de moradores de favelas.

Para o desenvolvimento desta análise, fez-se uso unicamente da perspectiva metodológica dedutiva, utilizando-se, para tal, de bibliografia pertinente à temática tratada, com foco nos autores das áreas da sociologia e da criminologia, dentre os quais destacam-se Émile Durkheim, Loic Wacquant, Ulrich Beck, Pierre Bourdieu, George Kelling e James Wilson, sendo estes últimos os expoentes da Teoria das Janelas Quebradas, ponto-chave deste estudo. Além disso, também foram utilizados dados extraídos de noticiários de veiculação nacional, a respeito da criminalidade nas periferias e do *modus operandi* da Polícia na região.

1. Exclusão na sociedade brasileira

No Brasil, a marginalização dos grupos de pessoas consideradas "indesejáveis" sempre se fez presente, a exemplo da segregação racial - em decorrência da escravidão e pós-abolição - e da proibição do voto às mulheres e analfabetos, que só puderam adquirir a condição de cidadãos no século XX. Porém, a exclusão dos menos favorecidos economicamente se deu de forma bastante evidente, especialmente por ter sido intensificada no início do século XX e, notadamente, criado nichos específicos e nitidamente separados geograficamente para os diversos grupos. Tal processo se deu, sobremaneira, com as reformas urbanas ocorridas principalmente nas grandes metrópoles e capitais dos Estados.

Saliente-se que os projetos de urbanização não tinham como único objetivo promover o embelezamento urbano, mas, sobretudo, "limpar" a cidade, excluindo dela tudo aquilo o que não estivesse dentro dos seus padrões, o que incluía negros e pobres, em geral. Desse modo, foi segregada a parcela social de "indesejáveis", como os residentes nos cortiços, que em decorrência disso se amontoaram nos morros, criando as favelas, lugares com pouca ou nenhuma infraestrutura, em que a atuação do Estado é meramente repressiva. Nessa ótica, Nascimento (2003, p. 27-65) defende que o processo de repressão é um gradativo afastamento desses "agentes incômodos" do espaço de representação social.

Na análise do processo de evolução social, Émile Durkheim (1999, p. 40-83; 128-146) compreende a sociedade como sendo semelhante a um organismo vivo, em que os membros existem e executam determinados papéis em função de um todo. Entre tais membros haveria um elo, denominado por este autor de solidariedade, sendo esta subdividida em dois tipos: mecânica ou orgânica. Nas sociedades primitivas, em que há uma homogeneidade em sua composição, da qual deriva um alto grau de coesão social, podemos observar o primeiro tipo de solidariedade, a mecânica, por meio da qual as pessoas estão ligadas por haver uma relação de identificação entre seus membros, em que os valores e interesses coletivos sobrepõem-se ao indivíduo e o define; assim, tal relação possibilita que, mecanicamente, os membros sejam solidários entre si. Nesse sentido, pode-se notar que a solidariedade mecânica é configurada em face do "ser coletivo", haja vista que os homens não pensam no seu modo de agir diante do outro, mas agem mecanicamente, com um ideal de coletividade; em outras palavras, não se vive para o "eu", mas para o "nós", para a comunidade.

Acontece que, com a ocorrência do processo de segregação social já explicitado, os elos de solidariedade se tornaram cada vez mais enfraquecidos, aumentando também as distinções entre "bons e maus" conforme o local em que o indivíduo habita. É o que Nascimento (2003, p. 65-69) chama de "geografia da exclusão", conceito que surge a partir da concepção generalista, criada pela sociedade civil em geral e a própria polícia, considerando todos os moradores de favela, independentemente de sua atuação pessoal, bandidos em potencial, pelo simples fato de lá morarem.

2. Criminalização da pobreza e afronta à presunção de inocência

Conforme o ponto de vista defendido pelo sociólogo Pierre Bourdieu (2008, p. 160 *et seq*), os seres humanos, entendidos como indivíduos biológicos e agentes sociais, estão situados em um lugar e ocupam um local. Esse lugar pode ser entendido absolutamente como o sítio em que um agente ou coisa se situam (espaço físico); ou relativamente, como posição, escalão no interior de uma ordem. Os agentes, por sua vez, nada mais são que o resultado de sua interação com o espaço social, ou seja, com o meio que vivem.

A estrutura do chamado espaço social manifesta-se sob a forma de oposições espaciais, fazendo com que o espaço habitado se torne um símbolo espontâneo do espaço social. Ele acrescenta que

> Em uma sociedade hierarquizada, não existe espaço que não seja hierarquizado e que não exprima as hierarquias e as diferenças sociais de um modo deformado (mais ou menos) e, sobretudo, mascarado pelo efeito de naturalização acarretado pela inscrição durável das realidades sociais no mundo físico: diferenças produzidas pela lógica social podem, assim, parecer emergidas da natureza das coisas (basta pensar na ideia de "fronteira natural"). (BOURDIEU, 2008, p. 160)

O espaço social fisicamente realizado, ou seja, enquanto espaço habitado e construído socialmente, se apresenta como distribuição, no espaço físico, de diferentes espécies de bens raros (públicos ou privados), agentes individuais e de grupos que estão lá localizados e dotados de oportunidades de se apropriar desses bens, que dependerá do seu capital, assim como da distância física em relação a esses bens, que também está ligado ao capital.

Esse capital, que abarca o econômico, o cultural e social, permite que pessoas e coisas indesejadas sejam mantidas à distância e, inversamente, aqueles não o possuem sejam afastados, física ou simbolicamente, e condenados a viver com bens e pessoas mais indesejáveis e menos raros.

Assim, a depender do capital que possui e de qual espaço social fisicamente realizado ocupam, os indivíduos podem ser consagrados simbolicamente ou simbolicamente degradados, o que o autor explica através do "efeito clube" e "efeito gueto"

> O efeito de gueto é o inverso exato do efeito de clube: enquanto o bairro chique, funcionando como um clube fundado na exclusão ativa das pessoas indesejáveis, consagra simbolicamente cada um de seus habitantes permitindo-lhe participar do capital acumulado pelo conjunto dos residentes, o gueto degrada simbolicamente seus habitantes, ajuntando em uma espécie de reserva um conjunto de agentes que, estando privados de todos os trunfos necessários para participar dos diferentes jogos sociais, só partilham de sua comum excomunicação. Além do efeito de estigma-

> tização, o ajuntamento, em um mesmo lugar, de uma população homogênea na despossessão tem também por efeito redobrar a despossessão, notadamente em termos de cultura e de prática cultural (assim como, inversamente, ele reforça a prática cultural dos mais abastados).(BOURDIEU, 2013, p. 140).

Loïc Wacquant (2001, p. 28-29), em seus estudos sobre a marginalidade avançada, apregoa que considerar a explosão da violência vinda das classes menos abastadas como sintomas de crise moral, de patologias das classes baixas, ou como tantos outros indícios de iminente ruptura societal da lei e da ordem é um discurso muito sedutor, porém, a análise da inquietação pública dos pobres urbanos constitui uma resposta à violência estrutural lançada sobre eles.

Essa violência vinda de cima apresenta três componentes primordiais: 1) o desemprego em massa, que traz consigo a aguda privação material; 2) o exílio em bairros decadentes, nos quais os recursos públicos e privados são escassos e; 3) a crescente estigmatização na vida cotidiana e no discurso público.

Lucas Eduardo Dantas (2014, p. 117 *et seq*) descreve que o processo criminalizador das classes menos favorecidas deve-se, em um primeiro momento, a dois motivos: a dominação social e o estabelecimento do discurso da classe dominante, de cunho conservador. Assim, esse processo, tutelado e fomentado pelo Estado e reproduzido em massa pela mídia a fim de moldar o imaginário social, é uma medida paliativa de tratar problemas estruturais da sociedade.

Esse discurso chancelado pelo Estado e reproduzido pela mídia, constrói a todo tempo uma relação de dependência entre a pobreza e a criminalidade, utilizando argumentos que reiteram a tentativa de estigmatizar a população periférica, atrelando-as à imoralidade, à poluição visual e à periculosidade, como também tentando reforçar a ideia de que a inclinação para práticas delituosas é uma característica inata.

Portanto, esse discurso criminalizador da pobreza, por ser uma construção histórica e, como tal, reiteradamente aceita e reproduzida, se mantém porque se caracteriza como uma coerção exterior do pensamento. Durkheim (2007, p. 2-3), ao explicar o fato social, conclui que as maneiras de agir, pensar e de sentir apresentam uma notável característica

de existirem fora das consciências individuais. Além de serem exteriores aos indivíduos, possuem uma força imperativa e coercitiva, cujo grau faz-se sentir mais ou menos, a depender da conformação voluntária a ela.

Assim, considerando a coerção social como uma força exercida pelos fatos sobre os indivíduos, que os faz internalizar e conformar com as regras sociais, o discurso que entrelaça a pobreza e a criminalidade tem o condão de fazer com que garantias fundamentais sejam minoradas ou até totalmente ignoradas, como é o caso do princípio da Presunção de inocência.

Presente, à nível internacional, nas principais declarações e pactos, e a nível nacional, no art. 5º, LVII da Constituição Federal de 1998, a presunção de inocência é princípio basilar da persecução penal. Consagra, sob uma ótica humanista e de preservação da dignidade da pessoa humana, que ninguém poderá ser considerado culpado sem o transcorrer do devido processo legal e, por conseguinte, a sentença condenatória irrecorrível.

Para que haja a efetivação do Estado Democrático de Direito, com a consequente legitimidade da pretensão punitiva estatal, se faz necessária a comprovação da culpabilidade do indivíduo; caso contrário, estar-se-ia diante de possível regressão ao estado de total arbítrio do Leviatã. Apesar disso, a violência estrutural vivenciada pela clientela habitual do direito penal faz com que, ao contrário, seja presumida a sua culpabilidade, permitindo que outros princípios, como o *in dubio pro reo*, não sejam privilegiados diante da fragilidade probatória.

Não apenas há uma violência de um ponto de vista "positivo", levando em conta os indivíduos privilegiados pela mão repressora estatal, mas também uma violência que pode ser considerada "negativa" ou "reflexa", quando não é dispensado um tratamento simétrico a outros transgressores da norma penal. De acordo com Aléssio e Santos (2006, p. 125-126), nas pesquisas realizadas com pais e professores sobre a incidência dos jovens na criminalidade é ressaltado o binômio pobreza-violência, sendo as classes menos favorecidas a ameaça da violência vivida pelas camadas mais abastadas. Porém, nessas pesquisas, a violência causada por jovens de classe média não chega a ser citada, com a desigualdade social sendo considerada como a causa principal da violência causada e sofrida pelos jovens.

Partindo dessa informação, já se confirma a mencionada "geografia da exclusão", à medida que os próprios pesquisadores apontaram como

agentes causadores de violência apenas os jovens de camadas menos favorecidas, deixando de lado sequer o questionamento sobre a possibilidade de cometimento de infrações por jovens de classes mais abastadas.

3. Teoria do risco e bumerangue de Ulrich Beck

O sociólogo alemão Ulrich Beck desenvolveu a importante Teoria da Sociedade de Risco, a partir de uma abordagem relacionada ao problema do individualismo, já mencionado no primeiro tópico, da exclusão na sociedade brasileira. A tese defendida pelo autor é a de que, como aumento da produção, a sociedade teria que arcar com os riscos que a produção traria consigo, dentre eles incluem-se os riscos sociais, biológicos etc. Logo, enquanto nas sociedades modernas haveria a distribuição de riquezas, na sociedade contemporânea o que se verifica é a distribuição dos riscos causados pela modernização, sendo que o processo de modernização é reflexivo, sendo, ao mesmo tempo, tema e problema (BECK, 2010, p. p. 23-27).

Em geral, os riscos de que Beck trata são, primordialmente, relacionados à saúde e ao meio ambiente, sendo que podemos fazer um recorte sociológico, para inserir a problemática dos riscos ao tema pertinente a este estudo. De acordo com este autor: "com a distribuição e o incremento dos riscos, surgem situações sociais de ameaça [...] contém um efeito bumerangue, que implode o esquema de classes". Porém, os riscos, assim como as riquezas, são objetos de distribuição, mas de maneira inversa: enquanto as riquezas são distribuídas de cima para baixo, os riscos são distribuídos de baixo para cima, não reduzindo, mas ratificando a sociedade de classes, de modo que o pobre, além de não ter acesso às riquezas, é quem mais tem acesso aos riscos, justamente por não ter a primeira.

Com relação ao efeito bumerangue, por se tratar de algo que se reflete na própria elite, é o que mais a preocupa, visto que, com tal efeito, pode haver riscos na lucratividade e na produtividade, sendo apenas nesse momento que a classe mais abastada começa a se preocupar com os riscos que o desenvolvimento pode trazer. De fato, enquanto ele está seguro, tendo condições para comprar segurança, não se importa com os riscos que o consumo traz. Todavia, quando o efeito bumerangue começa a agir, há uma preocupação maior com tais riscos, haja vista que

a classe em questão começa a ser diretamente afetada por riscos que já afetavam diretamente a classe mais baixa.

Assim, como será mais amplamente abordado no tópico que segue, grande parte da população não se importa com o uso de meios pouco convencionais, ou mesmo ilegais, para a manutenção da ordem pública, ainda que tais condutas sejam lesivas a direitos fundamentais. O que se objetiva é garantir que os riscos de que Beck trata sejam mantidos apartados, marginalizados, juntamente com os mais pobres, que devem arcar com esse risco sozinhos.

4. Aplicação da teoria da Escola de Chicago/ Teoria das Janelas Quebradas

A Teoria das Janelas Quebradas, desenvolvida pela chamada Escola Sociológica de Chicago, foi originalmente publicada em 1982, com o título "Broken Windows - the police and neighborhood safety", por George L. Kelling e James Q. Wilson, trazendo uma espécie de estudo de caso sobre o policiamento em Nova Jersey, no anos 70.

Baseada no experimento realizado por Philip Zimbardo em 1969, uma das principais conclusões a que os autores chegam, talvez uma das que definem mais fortemente a sua Teoria, é a de que a desordem e o crime, a nível de comunidade, se estabelecem em uma relação de causalidade. Usando o exemplo dos estudiosos, se uma janela em um prédio estiver quebrada e for deixada sem reparos, todo o resto das janelas serão, em breve, quebradas, em decorrência da relação existente entre a desordem preexistente e a perpetuação da criminalidade. Afirmam, ainda, que o fenômeno se daria porque, se uma janela está quebrada e ninguém a conserta, significa que não haveria interesse em consertar qualquer uma delas.

Segundo os autores, foi instituída pelo Governo a política de policiamento a pé, visando a reduzir o índice de criminalidade na área, embora tal forma de desenvolvimento de patrulha fosse desacreditada, por reduzir a mobilidade dos policiais e outras desvantagens inicialmente vislumbradas. Cinco anos após o início da patrulha nesses moldes, foram divulgados relatórios sobre os índices de criminalidade, demonstrando que os resultados haviam sido melhores que os esperados. De acordo

com os resultados dos relatórios, não houve redução da criminalidade, mas, surpreendentemente, os cidadãos residentes nas áreas com esse tipo de patrulha se mostraram mais confiantes e seguros, assim como os policiais que realizaram as rondas tiveram sua "moral" elevada e maior satisfação no desempenho das suas funções. Com base nesses resultados, Kelling e Wilson desenvolveram o que se passou a conhecer como Teoria das Janelas Quebradas, a partir da análise do caso supramencionado, a partir de uma perspectiva sociológica e da criminologia.

As regras estabelecidas pela comunidade, a fim de estabelecer a ordem, se tornaram espécie de lei local. Ainda que outros não conhecessem a sua existência ou quais eram as normas, os residentes na região as conheciam, tornando-se costume local seguir tais determinações não escritas. Segundo os autores, caso as regras fossem quebradas:

> If someone violated them, the regulars not only turned to Kelly for help but also ridiculed the violator. Sometimes what Kelly did could be described as "enforcing the law," but just as often it involved taking informal or extralegal steps to help protect what the neighborhood had decided was the appropriate level of public order. Some of the things he did probably would not withstand a legal challenge. [...]
>
> Second, the police in this earlier period assisted in that reassertion of authority by acting, sometimes violently, on behalf of the community. Young toughs were roughed up, people were arrested "on suspicion" or for vagrancy, and prostitutes and petty thieves were routed. "Rights" were something enjoyed by decent folk, and perhaps also by the serious professional criminal, who avoided violence and could afford a lawyer. (KELLING; WILSON. 1982)

A população local, como se observa, não se preocupou com a atuação dentro dos limites da legalidade, chegando a permitir que fossem tomadas medidas extralegais, ou informais, em nome da proteção da comunidade em primeiro plano.

Acontece que os resultados encontrados se alinham perfeitamente ao tópico anteriormente tratado, da Teoria do Risco de Beck, resguardadas as devidas proporções e aplicando-se analogicamente ao objeto do presente estudo, à medida que, enquanto na comunidade descrita por

Kelling e Wilson os cidadãos de um mesmo local "lutam" pela redução da criminalidade, independentemente das medidas aplicadas, no caso brasileiro, a sociedade civil em geral busca a repreensão dos delitos, ainda que disso decorra a violação de princípios constitucionais, como a presunção de inocência, sob a justificativa de proteção social.

A realidade que se esconde por trás de tais argumentos, porém, é clara: a perpetuação da exclusão e alocamento dos agentes "indesejáveis" em "seus lugares", seja na comunidade em que vivem, ou nas prisões. Desde que os que detêm maior capital estejam protegidos dos riscos trazidos pela sociedade atual, não importam quais medidas sejam tomadas e quais direitos sejam violados, a suposta "justiça" terá sido feita.

5. Realidade dos moradores de favelas. Casos práticos

De acordo com pesquisa realizada pelo Jornal Folha de São Paulo no Banco Nacional de Mandados de Prisão do Conselho Nacional de Justiça, enquanto a média nacional de prisão por associação ao tráfico juntamente com o crime de tráfico de drogas é de 12%, no Rio de Janeiro esse índice chega a cerca de 41%, especialmente se tratando de moradores de comunidades carentes, ou favelas.

Conforme os resultados obtidos na *Pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do Rio de Janeiro* (2018), produzida pela Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro em convênio com o Fundo Nacional Antidrogas da Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas, em 44,14% das sentenças houve referência de a ação ter ocorrido em favela, morro ou comunidade.

A pesquisa ainda demonstra que, quando há condenação pela prática das condutas previstas no art. 33 e 35 da Lei de Drogas em concurso, a justificativa mais utilizada pelos magistrados em seus razões de condenar é a **presunção** de que o réu é integrante de associação criminosa, em razão do local da apreensão, que é dominado por facção criminosa.

Outro dado alarmante é que, em 62,33% dos casos, o agente de segurança foi a única testemunha ouvida no processo e em 53,79% dos casos

o depoimento do agente de segurança foi a principal prova valorada pelo magistrado para formar seu convencimento.

Assim, o magistrado, embasado principalmente no testemunho dos agentes de segurança pública, sem provas que comprovem vínculo associativo, estável e permanente para caracterização do delito disposto no art. 35 da Lei de Drogas, presume que o réu é integrante de associação criminosa, em razão do espaço social fisicamente realizado que este ocupa. Por fim, concluiu-se que

> a maior parte dos processos se refere a réus homens (91%), sem antecedentes criminais (77,36%) e sem condenações em juízo (73,85%), que foram abordados sozinhos (50,39%) em flagrantes decorrentes da operação regular da polícia (57%), em lugar dito conhecido pela venda de drogas (42,41%), portando consigo uma espécie de droga (48,04%), majoritariamente até 10g cocaína (47,25%) ou até 100g de maconha (49,52%). Esses réus têm a maior probabilidade de serem processados pelo artigo 33 ou pelos artigos 33 e 35 em concurso (83%), de terem o agente de segurança que como a única testemunha no processo (62,33%), e de serem condenados integral ou parcialmente (80%) ao cumprimento de uma pena de 71,09 meses ou de 27,4 meses – a depender da aplicação ou não do benefício previsto no parágrafo 4º do artigo 33, aplicado a 42,35% dos casos – em regime fechado (58,6%).

Ademais, em notícia veiculada pelo mesmo Jornal, demonstra-se a grande divergência de tratamento entre os moradores de favela e os demais, ao ser reportado que, enquanto uma jovem moradora de Ipanema, portando 300g de maconha, foi acusada de tráfico e responde ao processo em liberdade, um jovem morador de Manguinhos, que sequer portava drogas ou armas, foi pego em perseguição policial contra os traficantes da localidade, pelo que foi preso preventivamente e condenado a sete anos e seis meses pelo crime de associação ao tráfico. A dicotomia existente para o tratamento do suposto criminoso morador de favela e aquele que reside em área "nobre" é evidente e fica clara a existência da criminalização da pobreza no Brasil.

Alessandro Baratta (2002, p. 161 *et seq*) ao tecer seus comentários a respeito da virada sociológica no âmbito da sociologia criminal e a

ascensão da criminologia crítica, apregoa que a criminalidade se revela, principalmente, como um *status* atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: primeiramente, a seleção dos bens protegidos e dos comportamentos que ofendem a estes bens, presentes no tipo penal; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que transgridem a norma.

Análises teóricas e uma série inumerável de pesquisas empíricas conduziram a crítica do direito penal a resultados condensáveis em três proposições: 1) o direito penal não ofende todos e somente os bens essenciais e quando pune as ofensas aos bens essenciais, o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário; 2) a lei penal não é igual para todos assim como o *status* de criminoso é distribuído desigualmente; 3) o grau efetivo da tutela e a distribuição do *status* de criminoso não guarda relação com a danosidade social das ações e da gravidade das transgressões.

Assim, desmistifica o mito do direito penal como igual por excelência, demonstrando sua afinidade com ramos do direito burguês, sendo, ao contrário, desigual por excelência. Nas palavras do autor:

> As maiores chances de ser selecionado para fazer parte da "população criminosa", aparecem, de fato, concentrados nos níveis mais baixos da escala social (subproletariado e grupos marginais). A posição precária no mercado de trabalho (desocupação, subocupação, falta de qualificação profissional) e defeitos de socialização familiar e escolar, que são características dos indivíduos pertencentes aos níveis mais baixos, e que na criminologia positivista e em boa parte da criminologia *liberal* contemporânea são indicados como as causas da criminalidade, revelam ser, antes, conotações sobre a base das quais o *status* de criminoso é atribuído. (BARATTA, 2002, P. 165).

Portanto, ainda que a pobreza seja realidade flagrante no país, pouco - ou nada - se faz visando à alteração deste estado social, ou mesmo buscando a redução das iniquidades sociais existentes. Pelo contrário, o que se tem na realidade prática é a aplicação de normas cada vez mais duras com aqueles cuja condição financeira seja menor, penalizando-os pelo fato de residirem em locais cujos índices de criminalidade sejam

mais elevados e presumindo, muitas vezes equivocadamente, pelo seu envolvimento em condutas delituosas.

Considerações finais

A exclusão social intensificada no país em decorrência da modernização e dos projetos urbanísticos empreendidos, especialmente, nas capitais provocaram inegáveis consequências na estrutura social do país, especialmente no que diz respeito à organização e distribuição espacial, provocando maior estratificação da sociedade com base, principalmente, na classe social a que o indivíduo pertence. Inegavelmente, as consequências desse fenômeno não puderam ser benéficas, tendo sido ampliada a marginalização e o pensamento generalizado de criminalização da pobreza, ou de associação dos mais pobres à prática de delitos em geral.

Ocorre que, em decorrência disso, inúmeros são os casos de pessoas a quem são imputadas penas injustas, em total assimetria ao procedimento realizado quando se trata de indivíduo residente em área mais nobre, por exemplo. O método adotado para o tratamento e julgamento dos mais pobres, especialmente aqueles que residem nas favelas, é flagrantemente arbitrário e desrespeitoso, conforme se exprime dos casos apresentados.

Verifica-se, igualmente, que a sociedade civil e o Poder Público têm empreendido parcos esforços em alterar a realidade apresentada, sendo necessário que haja melhor orientação dos policiais no que tange às prisões e autuações realizadas com os moradores dessas localidades, bem como que o Poder Judiciário coadune sua atuação com as garantias individuais dos cidadãos, evitando que haja agressões à Carta Magna e perpetuação dos flagrantes desrespeitos até então cometidos.

Referencial teórico

ALÉSSIO, Renata Lira dos Santos; SANTOS, Maria de Fátima de Souza. In: ALMEIDA, Ângela Maria de Oliveira; et al (orgs.). **Violência, exclusão social e desenvolvimento urbano**: estudos em representações sociais. Brasília: UnB, 2006. p. 125-126.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BOURDIEU, Pierre. **A miséria do Mundo**. Contribuições de A. Accardo ... I et. ai. 17. ed.- Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

_____. **Espaço físico, espaço social e espaço físico apropriado**. Revista Estudos Avançados (79), 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição**: República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988

DANTAS, Lucas Eduardo. **Processos de criminalização da pobreza na televisão**: a construção dos estereótipos nos telejornais. Nova et Vetera. Vol. 23 núm. 67. Enero/deciembre 2014.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **As regras do Método Sociológico**. Trad. Paulo Neves. Revisão Eduardo Brandão. 3ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KELLING, George L.; WILSON, James Q. **Broken Windows.** In: The Atlantic Monthly. Mar. 1982. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/304465/>. Acesso em 2 out. 2018.

LEMOS, Amanda; CASTRO. Daniel E. de; PORTINARI, Natália. Morar em favela do Rio é agravante em condenação por tráfico de drogas. Folha de São Paulo. 27 de abr. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/04/morar-em-favela-do-rio-e-agravante-em-condenacao-por-trafico-de-drogas.shtml>. Acesso em: 26 set. 2018.

NASCIMENTO, Elimar Pinheiro. In: BURSZTYN, Marcel (org.). No meio da rua: nômades, excluídos e viradores. Rio de Janeiro: Garamond, 2003.

RIO DE JANEIRO. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. **Relatório Final – Pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/palavra-policiais-foi-unica-prova-54.pdf. Acesso em 06 out. 2018.

WACQUANT, Loïc. **Os condenados da cidade**: estudo sobre a marginalidade avançada. Trad. João Roberto Martins Filho...et al. Rio de Janeiro: Revan; FASE, 2001.

Mandado coletivo de busca e apreensão: o direito à moradia sob a perspectiva da favela

Isabela Moreira Campos

Introdução

O direito à moradia é um direito humano e também um direito fundamental social, que integra o rol de direitos básicos sem os quais não há falar-se em vida com dignidade. Trata-se, portanto, de um dos elementos de concretização da dignidade da pessoa humana.

De início, reflete-se sobre o tratamento que é dado ao direito à moradia no âmbito doméstico e internacional, para, então, proceder à análise do direito sob as suas dimensões positiva e negativa. A dimensão positiva se relaciona ao dever do Estado em garantir moradia digna a toda população, enquanto que a dimensão negativa tem um viés defensivo, e está intimamente ligada à garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio. Sem pretensão de esgotamento do assunto, analisar-se-á no presente estudo o grau de realização do direito à moradia nas favelas brasileiras, e, ainda, os reflexos da desídia do Estado no que tange ao seu dever constitucional de promover o referido direito em suas facetas positiva e negativa, notadamente sobre a população das periferias, que já possuem um alto grau de vulnerabilidade social.

1. O Direito Fundamental social à moradia

O direito à moradia está previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6º, que trata dos direitos sociais, que consistem em um conjunto de faculdades e posições jurídicas pelas quais um indivíduo pode exigir prestações do Estado ou da sociedade ou até mesmo a abstenção de agir, tudo para assegurar condições materiais e socioculturais mínimas de sobrevivência (RAMOS, 2018, p. 70).

O conteúdo dos direitos sociais é essencialmente prestacional, exigindo-se uma conduta ativa do Estado e da sociedade para superar desigualdades fáticas e situações materiais ofensivas à dignidade. Há também direitos sociais que possuem uma carga mais densa de abstenção (ou de defesa), que impõe ao Estado uma postura de contenção, de modo a não interferir indevidamente em determinado direito social, como, por exemplo, a liberdade de associação sindical ou ainda o direito de greve.

No que tange ao direito à moradia, é cediço que foi introduzido na Carta Constitucional pela Emenda Constitucional nº 26/ 2000. Todavia, há quem defenda que o direito de moradia já estava amparado no texto original da Constituição, pois o artigo 23, IX, já previa que todos os entes federativos têm competência administrativa para promover programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais.

Pode-se dizer que o direito à moradia também já havia sido eleito pelo constituinte originário para figurar entre os preceitos constitucionais, pois o artigo 7º, inciso V, quando se refere às necessidades vitais básicas dos trabalhadores rurais e urbanos e de suas famílias, inclui o direito à moradia.

Ademais, ao tratar da usucapião especial urbana, no artigo 183 da Constituição, o constituinte elencou a moradia, já no texto original, como um dos pressupostos da prescrição aquisitiva da propriedade.

O direito à moradia também está ligado a outros valores constitucionais, sendo um desdobramento direto da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da Constituição Federal), que norteia o ordenamento pátrio. A dignidade humana só se implementa verdadeiramente quando o Estado cumpre o seu compromisso constitucional, de garantir a todos, indistintamente, o mínimo existencial, que é o núcleo de direitos sem os quais o ser humano não consegue viver com alguma qualidade vida.

Trata-se de uma extensão da própria pessoa, de modo que sua inviolabilidade está diretamente relacionada com o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, previstos no art. 5º, inciso X da CF. Tanto é verdade que na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a moradia é tratada no artigo referente à proteção da vida privada, honra e reputação (artigos 11.2 e 17.1, respectivamente).

A proteção à moradia não se restringe à Constituição, existindo em nosso ordenamento diversas normas que tutelam a habitação digna, ainda que reflexamente. A Lei de Locações (8.245/91), por exemplo, protege o direito de moradia do locatário. A Lei do Bem de Família (8.009/90), quando determina a impenhorabilidade, também está a preservar o direito de moradia da entidade familiar. Também se dedicam à proteção da moradia a Lei nº 9.785/99, que alterou a Lei do Parcelamento do Solo Urbano (6.766/79), bem como o Estatuto da Cidade (10.257/2001), a Lei do Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social (Lei 11.124/05), a lei conhecida como "Minha Casa Minha Vida" (Lei nº 11.977/09), a Medida Provisória 2.220/01, a Lei 13.465/17, e outros tantos instrumentos normativos de regularização fundiária que servem à salvaguarda do direito à moradia.

2. O direito à moradia na normativa internacional

O direito à moradia é um direito fundamental, afinal está contido no Título II da Constituição - "Dos Direitos e Garantias Fundamentais"; um direito social, por integrar o Capítulo II - "Dos Direitos Sociais" e também um direito humano, que encontra previsão em diversos diplomas internacionais.

Antes de prosseguir, deve-se registrar que muito embora existam doutrinadores que sustentem que há uma equivalência entre as duas noções, prevalece que o termo "direitos fundamentais" se aplica àqueles direitos (em geral atribuídos à pessoa humana) reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, enquanto que a expressão "direitos humanos" guarda relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independente-

mente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e em todos os lugares, de tal sorte que revelam um caráter supranacional (internacional) e universal (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2017, p. 394).

Feita a ressalva, é importante registrar que a primeira menção ao direito à moradia ocorreu na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, em seu artigo 25.1, que dispõe que "Toda pessoa tem direito a um padrão de vida de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis (...)".

O direito à moradia também está presente no artigo 11.1 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, segundo o qual toda pessoa tem direito a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, o que inclui alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua das condições de vida.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966 (artigo 17.1) e a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969 (artigo 11.2), igualmente, blindam o direito à moradia de ingerências arbitrárias ou abusivas.

Os tratados que versam sobre minorias também tutelam a moradia e rechaçam qualquer discriminação no que tange a esse direito, seja por motivos de raça, idade ou gênero. São exemplos as Convenções sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965 (art. 5. iii); a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979 (art. 12.2.h); a Convenção sobre os Direitos das Crianças, de 1989 (art.16.1); entre outros.

A luta pela garantia do direito à moradia ganhou reforço com a Habitat I, agência da ONU criada em 1978, cujo objetivo era tratar dos assentamentos humanos, com vistas a promover cidades social e ambientalmente sustentáveis.

Em 1996, as Nações Unidas realizaram uma segunda conferência sobre cidades, a Habitat II, para avaliar o progresso alcançado desde a Habitat I e definir novas metas.

Deve-se citar também como exemplos outras conferências e declarações que reafirmaram os compromissos da ONU com o direito à moradia

adequada, como a Agenda 21 (1992); a Declaração do Milênio e de Desenvolvimento do Milênio (2000); entre outros.

Por fim, cabível mencionar que o direito humanitário internacional também protege o direito à moradia durante os conflitos armados. No artigo 8º, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional reconhece como crime de guerra o ataque ou bombardeio, por qualquer meio, de cidades, vilarejos, habitações ou edifícios que não estejam defendidos e que não sejam objetivos militares.

Conclui-se, portanto, que com a ratificação dos diplomas internacionais, o Brasil se compromete frente à comunidade internacional a efetivar o direito à moradia digna, existindo uma verdadeira obrigação legal no que tange às convenções, tratados e pactos, conforme o § 2º do artigo 5º da Constituição.

3. A dimensão positiva do direito à moradia

O direito à moradia geralmente é associado aos direitos de segunda geração (ou dimensão), que são aqueles que exigem do Estado prestações positivas, com o fito de efetivar o direito à igualdade material.

É cediço que a inserção formal dos direitos de liberdade e igualdade no ordenamento jurídico não foi suficiente para garantir a sua satisfatória concretização, o que gerou movimentos sociais que lutavam pela assunção de um papel ativo por parte do Estado.

Os direitos humanos de segunda geração surgem então como "fruto das chamadas lutas sociais na Europa e Américas, sendo seus marcos a Constituição mexicana de 1917 (que regulou o direito ao trabalho e à previdência social), a Constituição alemã de Weimar de 1919 (que, em sua Parte II, estabeleceu os deveres do Estado na proteção dos direitos sociais) e, no Direito Internacional, o Tratado de Versailles, que criou a Organização Internacional do Trabalho, reconhecendo direitos dos trabalhadores" (RAMOS, 2018, p.60).

A implementação do direito social à moradia tradicionalmente é associada a um direito prestacional, assumindo uma dimensão positiva.

O STF tem consolidado o entendimento de que cabe ao Estado, em primeiro lugar, o dever de assegurar as prestações indispensáveis ao mínimo

existencial, de tal sorte que em favor do cidadão há que reconhecer um direito subjetivo, portanto, judicialmente exigível, à satisfação das necessidades vinculadas ao núcleo irredutível de direitos, e, portanto, à dignidade da pessoa humana. Em que pese ainda não haver julgado assegurando um direito subjetivo à construção de moradia digna por parte do Estado, já existem diversas decisões relacionadas a outros direitos sociais reconhecendo um dever de prestação (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2017, p. 770), devendo-se aplicar ao direito à moradia exatamente essa mesma lógica.

Em termos de efetivação da dimensão prestacional do direito à moradia, é preciso relembrar que, na condição de direito positivo, também o direito à moradia abrange prestações fáticas e normativas, que se traduzem em medidas de proteção e de caráter organizatório e procedimental, à exemplo do "Estatuto da Cidade", que representou, apesar do lapso temporal bastante longo, uma resposta do legislador ao dever (prestação) de legislar nessa matéria, com fundamento na Constituição Federal (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2017, p. 785).

Também guarda relação com uma dimensão positiva do direito à moradia a previsão, já no plano da Constituição, da usucapião especial urbana, onde o que está em jogo, na sua essência, é a garantia da propriedade para quem tem a posse para fins de moradia, a teor do disposto no art. 183 da CF, na Lei 10.257/2001 e no Código Civil (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2017, p. 786).

4. A dimensão negativa do direito à moradia

Quando o assunto é mínimo existencial - que engloba todos os direitos sociais – a tendência é que se estabeleça uma relação imediata com ações programáticas e obrigações de fazer por parte do Poder Público.

Todavia, não se pode esquecer da dupla dimensão desses direitos: defensiva e prestacional. Nesse diapasão, "o conteúdo do mínimo existencial deve compreender o conjunto de garantias materiais para uma vida condigna, no sentido de algo que o Estado não pode subtrair ao indivíduo (dimensão negativa) e, ao mesmo tempo, algo que cumpre ao Estado assegurar, mediante prestações de natureza material (dimensão positiva)" (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2017, p. 769).

Ocorre que, não obstante se admita que os direitos sociais possam assumir uma posição negativa, a moradia sempre é rotulada como um direito prestacional. São apresentados como exemplos de "liberdades sociais" outros direitos, como os direitos de greve, de associação sindical, entre outros.

Todavia, é imperioso observar que "o direito social à moradia abrange um complexo de posições jurídicas objetivas e subjetivas, de natureza negativa (direito de defesa) e positiva (direito a prestações). Na condição de direito de defesa (negativo), o direito à moradia impede que a pessoa seja privada arbitrariamente e sem alternativas de uma moradia digna, por ato do Estado ou de outros particulares" (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2017, p. 784).

Como exemplo de manifestação negativa do direito à moradia, é possível citar a impenhorabilidade do bem de família (Lei 8.009/1990), por ser justamente uma manifestação do dever de não interferência na moradia do devedor e sua família.

Outra situação em que se verifica claramente a dimensão negativa do direito à moradia é a garantia constitucional de inviolabilidade do domicílio, prevista no artigo 5º, XI da Constituição. Embora a violação domiciliar não resulte em uma privação em absoluto do direito, por ser uma ingerência efêmera, configura uma conduta estatal que igualmente viola a intimidade, a imagem, a honra e a dignidade.

5. O direito fundamental à inviolabilidade do domicílio

O artigo 5º da Constituição dispõe, em seu inciso XI, que "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial".

Cumpre registrar que embora a Constituição tenha usado o termo "domicílio" e não "casa", devem ser tomados como sinônimos, pois a proteção do domicílio é tomada em sentido amplo e não guarda relação necessária com a propriedade, mas, sim, com a posse para efeitos de residência e, a depender das circunstâncias, até mesmo não de forma exclusiva para fins residenciais (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2017, p. 590).

É necessário, a priori, tratar sobre a extensão do conceito de casa. Costuma-se atribuir à palavra "casa" o sentido de edifício destinado a

habitação; local onde se vive; domicílio; morada. Para o Código Penal (artigo 150, §4º) a expressão compreende "qualquer compartimento habitado; aposento ocupado de habitação coletiva; compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade".

Ramos (2018, p. 762) ensina que o conceito de "casa" é abrangente, atingindo todo e qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde determinada pessoa possui moradia ou exerce profissão ou atividade, sendo essa também a posição do Supremo Tribunal Federal.

Esclarecido o conceito de "casa", passa-se à análise da evolução histórica da inviolabilidade. A proteção contra ordens gerais de buscas domiciliares já existia no bojo da Declaração dos Direitos do Homem da Virgínia, de 1776 (art. X), e na Constituição americana (4.ª Emenda à Constituição de 1791). Não obstante a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, não contivesse garantia do domicílio ou equivalente, a primeira Constituição da França, do ano de 1791, já contemplava uma prescrição de acordo com a qual as forças militares e policiais apenas poderiam entrar na morada de algum cidadão mediante ordem expedida pela autoridade civil competente (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2017, p. 587).

A primeira manifestação da garantia da inviolabilidade do domicílio, tal como difundida pelas constituições da atualidade, teria sido passada pela Constituição belga de 1831, muito embora, ainda que sem referência ao termo domicílio, tal proteção já tenha sido incluída na Carta Imperial brasileira de 1824, onde se definia casa como asilo inviolável do indivíduo. De lá para cá o direito à inviolabilidade do domicílio passou a constar em todas as Constituições, e mesmo do direito internacional dos direitos humanos (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2017, p. 587).

Da forma como está disposta na Constituição de 1988, a inviolabilidade não é um direito absoluto, podendo ser afastada nos casos de: flagrante delito, desastre, prestação de socorro e determinação judicial.

No primeiro caso, tem-se que "embora as hipóteses de flagrante delito estejam definidas na legislação (o ingresso no domicílio se legitima apenas quando e se configurada a figura do flagrante), nem todas as situações se revelam tão claras e reclamam contextualização e adequada interpretação. Possivelmente a hipótese mais recorrente seja a da configuração da flagrância nos casos dos assim chamados crimes permanen-

tes, como se dá no tráfico de drogas, quando o estado de flagrância se protrai no tempo. Aqui, o STF consolidou o entendimento de que, embora o flagrante delito legitime o ingresso, sem mandado judicial e a qualquer hora, no domicílio, há que ocorrer o controle jurisdicional posterior, sem o qual restaria esvaziada a correspondente garantia constitucional. Assim, os agentes estatais devem demonstrar a ocorrência de elementos mínimos caracterizadores do flagrante, de modo a justificar a medida – no caso, fundadas razões de que no interior da casa esteja ocorrendo um flagrante delito" (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2017, p. 594).

Já quanto às situações de desastre e socorro, deve-se asseverar que não há parâmetro normativo fechado para sua devida compreensão e aplicação. É certo que por desastre se deve ter acontecimento (acidente humano ou natural) que efetivamente coloque em risco a vida e saúde de quem se encontra na casa, sendo o ingresso a única forma de evitar o dano. Algo semelhante se passa no caso da prestação de socorro, em que a entrada no domicílio apenas se justifica quando alguém no seu interior está correndo sério risco e não haja como obter a autorização prévia (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2017, p. 594).

Além das hipóteses mencionadas supra, a Constituição admite a intervenção no domicílio mediante ordem judicial, restringindo tal possibilidade ao período diurno. Cuida-se, portanto, de uma reserva absoluta de jurisdição (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2017, p. 595).

No tópico a seguir, esmiuçar-se-á esta última hipótese, qual seja, a violação do domicilio por ordem judicial.

6. A flexibilização da inviolabilidade por mandado de busca e apreensão domiciliar

No caso da limitação em decorrência de ordem judicial, tem-se como uma das suas possibilidades, a busca domiciliar. Trata-se de uma medida coercitiva institucionalizada - haja vista que é realizada pelo próprio Estado - que, naturalmente, afronta a intimidade, a vida privada e a incolumidade física e moral do indivíduo. Neste diapasão, mesmo que a violação ocorra dentro dos limites legais e constitucionais, ela estará a ferir a liberdade individual do investigado (ou acusado), motivo pelo qual deve seguir a risca o procedimento estabelecido.

O artigo 240, § 2 do CPP disciplina que a busca somente ocorrerá quando existirem fundadas razões que a autorizem, devendo se destinar a algum dos objetivos previstos em suas alíneas: a) prender criminosos; b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato; g) apreender pessoas vítimas de crimes; h) colher qualquer elemento de convicção.

O art. 243 do CPP, por sua vez, estabelece os elementos indissociáveis do mandado de busca, que deverá indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem (inciso I); mencionar o motivo e os fins da diligência (inciso II) e ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir (inciso III).

7. Os mandados coletivos de busca e apreensão no contexto da intervenção federal no estado do Rio de Janeiro

O ordenamento jurídico brasileiro não admite os mandados de busca e apreensão genéricos, coletivos, afinal o mandado de busca deverá "indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador" (art. 243, I, CPP).

Ocorre que a intervenção federal no Rio de Janeiro reacendeu as discussões sobre os limites dos mandados de busca e apreensão. Isto porque Raul Jungmann, Ministro da Defesa à época da decretação da intervenção, afirmou que as operações poderiam demandar mandados de busca e apreensão coletivos, ou "mandados com múltiplos alvos" - mandados que permitem a busca baseada em posições de GPS com descrição de áreas da comunidade, sem a individualização exigida pela lei.

Este tema já foi objeto de decisões judiciais, como em 2016, quando quatro policiais militares morreram na queda de um helicóptero durante operação contra o tráfico na Cidade de Deus e houve expedição de mandado de prisão coletivo, nos autos nº. 0397891-81.2016.8.19.0001. Em 2017, outro mandado foi expedido nos mesmos moldes, dessa vez no processo nº. 0220241.13.2017.8.19.0001, por fato ocorrido no Complexo do Jacarezinho, após a morte de um policial civil.

De fato, se há um mandado judicial, a inviolabilidade do lar deve ser flexibilizada (art. 5º, inciso XI, CF). Todavia, o art. 243, inciso I do Código de Processo Penal não deixa dúvidas quanto à impossibilidade de generalizações em sede de mandado de busca.

José Afonso da Silva (2002) leciona que quando dispõe que a casa é asilo inviolável do individuo, "a Constituição está reconhecendo que o homem tem direito fundamental a um lugar em que, só ou com sua família, gozará de uma esfera jurídica privada e íntima, que terá que ser respeitada como sagrada manifestação da pessoa humana". O recesso do lar é o ambiente que salvaguarda a privacidade, a intimidade, a vida privada, de modo que o objeto da tutela não é a propriedade, mas o respeito à personalidade, de que a esfera privada e íntima é aspecto saliente.

A inviolabilidade do domicílio é uma garantia constitucional. É cláusula pétrea, integrando o núcleo duro da Constituição, não podendo ser objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a aboli-la (Art. 60, § 4º da Constituição). Mas, não se trata apenas de vedação a abolição. Essa previsão constitucional deixa antever duas diretrizes, quais sejam: "a) não apenas as alterações da Constituição que objetivam a supressão dos princípios guindados à condição de "cláusula pétrea", mas também as que revelam uma tendência à sua supressão se encontram vedadas; b) os projetos de emenda que atentam contra esses mandamentos não poderão sequer ser apreciados e votados pelo Congresso, de tal sorte que, mesmo antes de sua promulgação, se viabiliza o controle jurisdicional de sua constitucionalidade" (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2017, p. 185).

Logo, se nem mesmo uma emenda constitucional pode ser proposta com o fito de ofender o núcleo dos direitos e garantias fundamentais, não há que se admitir que o Poder Judiciário, através de mandados coletivos de busca e apreensão, o faça.

8. A dupla penalização dos moradores das favelas: desrespeito às dimensões positiva e negativa do direito à moradia

O conjunto constituído por uma considerável quantidade de unidades habitacionais, que possui como característica a ausência de título de propriedade, irregularidade das vias de circulação, carência de serviços públicos essenciais - como coleta de lixo, rede de esgoto, rede de água, energia elétrica e iluminação pública - é denominado de aglomerado subnormal, mais conhecido como favela.

As favelas são o resultado da manifestação da desigualdade social na divisão do espaço geográfico das cidades. Surgem, nesse contexto, como a resposta encontrada por uma parcela da população à necessidade de moradia, diante da acentuada especulação imobiliária e fundiária, que acaba por resultar no povoamento de espaços menos valorizados pelo setor imobiliário.

O Estatuto das Cidades (10.257/01), ao prever em seu artigo 2º que a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, elenca como uma de suas diretrizes gerais a garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.

Esse dispositivo leva à conclusão de que o direito à moradia digna constitui parte do que a doutrina chama de "direito à cidade", indo muito além do direito a ter uma residência, já que engloba o serviço satisfatório de saneamento básico, educação, saúde, cultura, lazer, trabalho, etc.

O descaso do Poder Público com as favelas – notadamente as de cidades de grande e médio porte, como Rio de Janeiro e São Paulo – faz com que os moradores da periferia não consigam gozar plenamente do seu direito à moradia, sobretudo do direito à moradia visto sob o viés do direito à cidade.

As favelas brasileiras consistem em uma clara demonstração da ausência ou ineficiência de políticas de habitação social. Não há, portanto, a concretização do direito à moradia sob a sua dimensão positiva.

O problema repousa na falta de imóveis adequados; construções sem a devida regularização por parte dos órgãos públicos; precariedade na oferta

de serviços públicos essenciais; e, ainda, ausência de segurança da posse das moradias, o que acaba aumentando a vulnerabilidade da população.

A ausência de políticas públicas, investimentos e vontade política fazem com que a população que habita as periferias fique absolutamente à margem da cidade "formal" e suas potencialidades, em uma demonstração inequívoca de negligência do Estado, cuja omissão resulta em notório descumprimento do seu dever de fornecer moradia digna aos indivíduos, indistintamente.

Ao mesmo tempo em que se verifica essa omissão do Estado em garantir os direitos mais básicos do morador da favela, um dos principais argumentos utilizados pelos defensores dos mandados coletivos é justamente a sua urbanização precária, que acaba por dificultar a localização dos endereços.

Nota-se, portanto, que a não realização da dimensão positiva do direito à moradia é o fundamento utilizado para desrespeitar a dimensão negativa desse direito. Penaliza-se duplamente a população pobre: além de ser esquecida pelas políticas públicas e não ter acesso aos direitos sociais mais básicos, seria justamente a ausência de condições dignas de moradia que se prestaria a chancelar a invasão de seu domicílio, violando, assim, o direito à moradia em seu viés negativo, defensivo.

Admitir a violação da moradia por mandados coletivos é permitir que pessoas que não têm absolutamente nenhum envolvimento com a criminalidade tenham a sua intimidade vulnerada pelo simples fato de morarem em comunidades carentes, o que fere, em absoluto, a sua dignidade humana.

No cenário de intervenção federal nas favelas cariocas essa violação já ocorre de maneira informal. Contudo, o tema ganhou relevância, pois houve a tentativa de legitimar essa violação à Constituição, com a admissão de mandados genéricos de busca e apreensão.

Nesse sentido, se revela imperiosa a seguinte reflexão: um mandado coletivo em um condomínio de luxo, em um bairro nobre da cidade, é algo impensável, chegando a configurar uma ideia teratológica, enquanto que o debate acerca dos mandados genéricos de busca e apreensão no contexto das favelas está constantemente presente no âmbito do Poder Judiciário, emergindo evidenciado que a proteção constitucional é interpretada de forma seletiva pelas instâncias formais de poder, e desprotege ainda mais aqueles que já são acometidos por uma situação de extrema vulnerabilidade social.

Considerações finais

As políticas públicas devem ser implementadas pelo Estado de modo a abranger todos os direitos sociais, sendo a omissão do Poder Público um descumprimento de seu dever prestacional de garantia do mínimo existencial. No que tange ao direito à moradia, deve-se fazer uma leitura ampla, devendo ser ele compreendido como direito à cidade. Neste diapasão, somente quando o Estado assegura moradia digna à população é que ele se desincumbe de sua obrigação de garantir o direito à moradia em seu viés positivo. Ao mesmo tempo, percebe-se que a ausência de concretização deste direito no âmbito das favelas vem sendo indevidamente utilizada como critério autorizador da não realização do direito à moradia em sua faceta negativa, no que tange à garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio.

Verifica-se, portanto, que a intromissão do Estado nos domicílios alheios fora das hipóteses legais é uma realidade nas periferias, configurando uma flexibilização seletiva desse direito. A seletividade da proteção do domicílio acaba por chancelar e institucionalizar a criminalização da pobreza, pois a inviolabilidade que se garante ao proprietário de uma casa de alto padrão em uma localidade privilegiada não é a mesma que é garantida àqueles que habitam em simplórios barracões na favela. A presunção de inocência, o devido processo legal, a observância das demais garantias processuais e o respeito aos direitos fundamentais oscilam de acordo com a classe social, variando a inviolabilidade domiciliar de acordo com endereço.

Referências

RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. 5. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

SARLET, I. W.; MARINONI, L.G.; M ITIDIERO, D. Curso de direito constitucional. 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017

SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional. 22ª ed. – São Paulo: Malheiro, 2002.

A busca pela felicidade como direito fundamental implícito na constituição federal de 1988

Isadora Cortez Lustoza

Introdução

A felicidade vem sendo cada vez mais almejada pelo homem, o qual, frente às inúmeras responsabilidades e obrigações do dia a dia, busca como objetivo final uma vida de qualidade, digna e, sobretudo, feliz.

Tendo, no entanto, a felicidade um aspecto subjetivo, quando formado pelo próprio indivíduo por meio de suas crenças, valores e desejos, não havendo um conceito pronto e pré-estabelecido a ser seguido, cabe ao Estado se dedicar ao seu aspecto objetivo ao fornecer os meios para que aquela possa vir a ser alcançada.

Por ser o Direito uma ciência que caminha junto com a sociedade, ou seja, uma ciência que está em constante modificação por lidar diretamente com os fenômenos sociais, aos poucos, tem-se alcançado grandes conquistas históricas e evolutivas relacionadas àquilo que faz parte essencial do homem.

Busca-se, desta forma, além de atender às necessidades individuais, estabelecer uma sociedade funcional, que seja capaz de se perpetuar ao longo do tempo, mediante garantias mínimas de existência e de um con-

vívio social harmônico e equilibrado, justificando-se, inclusive, a consagração de um Estado Democrático de Direito.

Observando, então, a importância da expressa redação no texto constitucional dos direitos fundamentais já positivados, passa-se a discutir se a busca pela felicidade, como um direito, está sendo abordada e tratada de forma que, mesmo não havendo a sua positivação, esteja sendo tutelada ao ser inserida no ordenamento jurídico quando associada a outros dispositivos constitucionais como, por exemplo, a liberdade, a saúde e a educação. Cabendo pensar, consequentemente, no direito à busca pela felicidade como direito fundamental implícito na Constituição Federal de 1988.

Ademais, por não haver um caso concreto a ser solucionado, o método utilizado para realizar a pesquisa será o método hermenêutico-concretizador, pelo qual a interpretação parte da norma positivada na Constituição, ou seja, é por meio da harmonização de elementos subjetivos (pré-concepções) e objetivos (o texto) que se buscará estruturar a norma a ser aplicada, afinal, tem-se que aqui o resultado interpretativo a ser defendido não será aquele apenas possível, mas sim o mais possível que os demais.

Com efeito, o que se pretende é conduzir a pesquisa um passo à frente, traçando o que se entende pela busca da felicidade, como ela é tratada no plano do Direito comparado e do direito internacional, se ela é amparada pelo ordenamento jurídico pátrio, pautando-se sempre na jurisprudência do Superior Tribunal Federal e na legislação pertinente, para que se descubra, enfim, se aquela deve, ou não, ser entendida como direito fundamental.

1. O que é a busca pela felicidade?

Sabe-se que o Direito, a partir de uma perspectiva liberal, tem como principal função promover a paz na sociedade por meio da organização das relações jurídicas pessoais ao solucionar conflitos de interesses entre os indivíduos que dela fazem parte.

Essa harmonização social pretendida, todavia, já não é considerada atualmente como sua única e exclusiva função, afinal, ao observar a transformação causada pelas novas relações sociais e, consequentemente, a importância da formação de novas políticas públicas que se encaixassem melhor com a população, o Estado passou a se comprometer a impulsionar fatores que, diretamente, influenciavam a vida dos

indivíduos e de toda a coletividade, como por exemplo, a promoção da educação, da cultura, da saúde, do lazer, da moradia, entre tantos outros.

Logo, tendo em vista essas modificações do papel do Estado, no que diz respeito a sua prestação perante os novos anseios da sociedade, foi possível analisar que, a relação entre a felicidade e o direito, tem ganhado cada vez mais espaço no mundo jurídico nacional e internacional, e com isso, é natural que se questione: o que é a felicidade?

A princípio, pode-se perceber a felicidade como um estado de consciência plenamente satisfeita, a qual permite ao indivíduo uma sensação de bem-estar, de contentamento e de realização pessoal.

Entretanto, em decorrência de sua abstração de significação, não há como chegar a um consenso conceitual satisfatório para especificar, de forma geral, o que seria, de fato, a felicidade.

Nesse sentido, leciona Kant (2007, p. 54-55):

> [...] infelizmente o conceito de felicidade é tão indeterminado que, se bem que todo o homem a deseje alcançar, ele nunca pode dizer ao certo e de acordo consigo mesmo o que é que propriamente deseja e quer. A causa disto é que todos os elementos que pertencem ao conceito de felicidade são na sua totalidade empíricos, quer dizer têm que ser tirados da experiência, e que, portanto, para a ideia de felicidade é necessário um todo absoluto, um máximo de bem-estar, no meu estado presente e em todo o futuro.

À vista disso, passa-se neste momento a investigar quais as concepções formadas acerca, não da palavra felicidade isoladamente considerada, mas sim, do que se entende pela sua busca.

De início, a busca pela felicidade pode ser compreendida como a realização de vontades legais, que não ferem o direito de outros indivíduos, tampouco o Direito de um modo geral, com o objetivo principal de que tenham a oportunidade de viver a sua vida de forma plena, sem interferências e proibições desnecessárias do Estado.

Segundo Leal (2013, p. 206):

> A acepção do direito à felicidade enquanto direito de não sofrer interferências ilegítimas por parte do Estado ou do particular na execução de projetos racionais de realização de preferências ou

> desejos legítimos, os quais ofereçam, ao titular, chances de êxito, será chamado de direito à busca da felicidade.

Leal (2013, p. 208) aduz, ainda, que, Adam Smith é quem fornece as primeiras concepções quanto à busca da felicidade, a qual seria percebida como "um direito de ordem negativa, que impõe ao Estado tanto não embaraçar a execução de planos racionais do indivíduo de conseguir a satisfação de desejos ou preferências legítimas, quando impedir que os particulares o façam". De acordo com ele, essas preferências legítimas, são "aquelas preferências ou desejos que não descabem para os prazeres perversos que, via de regra, maculam a dignidade da pessoa humana".

Com isso, pode-se perceber uma conexão entre a felicidade e o constitucionalismo liberal por meio dos direitos constitucionais de primeira dimensão, afinal, a busca pela felicidade, a partir dessa perspectiva, exige uma abstenção do Estado para que os direitos dos indivíduos sejam efetivamente exercidos, deixando claro, portanto, a necessidade de se conceder certa liberdade aos cidadãos.

Ainda, em um segundo momento, de acordo com Ministro Celso de Mello, em seu voto proferido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277/DF que reconheceu sobre a natureza jurídica de entidade familiar das uniões homoafetivas, o direito à busca pela felicidade é entendido como "fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar, ou até mesmo esterilizar direitos e franquias individuais", ou seja, buscar a felicidade seria possibilitar a concretização de direitos individuais, sem que o Estado se omita quanto às projeções da sociedade, tampouco exerça práticas abusivas ao impedir a realização dos direitos pleiteados.

Desta forma, quando Mello fala em evitar a omissão do Estado, tem-se aqui a busca pela felicidade a partir de uma percepção dos direitos sociais, mais conhecidos como direitos de segunda dimensão, pois estes direitos requerem uma ação por parte do governo para que sejam efetivamente assegurados. Nesse diapasão, a felicidade, poderá ser alcançada por meio do agir do Estado, caracterizando, portanto, o status positivo formulado por Jellinek[35] – compreensão da proporcio-

35. De acordo com Mendes (2012, p. 230-231) "em algumas situações, o indivíduo tem o direito de exigir do Estado que atue positivamente, que realize uma prestação. O in-

nalidade sob sua dimensão de *untermassverbot*, ou vedação à proteção insuficiente (MENDES, 2012).

Como consequência disso e, em um terceiro momento, existe uma visão mais avançada do direito à busca pela felicidade quando associado ao desenvolvimento, progresso, assim como à autodeterminação dos povos, buscando-se, sobretudo, uma qualidade de vida para a sociedade como um todo. Tem-se, deste modo, a busca pela felicidade associada aos direitos fundamentais de terceira dimensão. Segundo Leal (2013, p. 211):

> [...] além do direito à busca da felicidade (que é o direito à felicidade no seu viés liberal), há também o direito prestacional à felicidade, que consiste na obrigação, por parte do Estado, de criar instrumentos possibilitadores da majoração direta na felicidade das pessoas, por meio da garantia de certos direitos prestacionais, mas**, ultrapassando a ideia de direitos sociais**, de garantias outras que, de alguma forma, adicionem as sensações de bem-estar dos indivíduos ou entregue parcelas dos projetos racionais de realização de preferências ou desejos legítimos (grifo nosso).

Ademais, além da conexão dos direitos fundamentais em seus variados momentos históricos, dadas as suas três dimensões, Mello, em tópico específico de seu voto (página 855), trouxe como fundamento principal o reconhecimento da ligação entre a dignidade do homem e a sua busca pela felicidade.

O Ministro, desta forma, qualificou a busca da felicidade como um dos postulados constitucionais implícitos mais significativos no âmbito jurídico por, justamente, estar esta busca inserida no princípio da dignidade da pessoa humana, afinal, seria incabível pensar na busca pela felicidade sem, ao menos, tratar da dignidade do indivíduo.

Nesse diapasão, aduz Leal (2013, p. 301):

> A dignidade da pessoa humana se relaciona com o princípio da busca da felicidade, mas como elemento complementar e, em muitos casos, escudo limitador da busca pela felicidade a qualquer

---

divíduo se vê com a capacidade de pretender que o Estado aja em seu favor. O seu status é, assim, positivo *(status civitatis)*".

> custo. Portanto, não reconhecemos que a porta de entrada do princípio da busca da felicidade é o princípio da dignidade da pessoa humana, nada obstante saibamos que ele se relaciona de várias formas com o princípio e além disso, o condiciona e o conforma.

Isto posto, pode-se perceber que as várias percepções aderidas à procura pela felicidade, por meio da manifestação dos direitos fundamentais em suas variadas dimensões encontradas no ordenamento jurídico, permitiram que esta fosse idealizada e planejada para a realidade e vontade pessoal de todos os indivíduos, juntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana.

2. Como a busca pela felicidade é tratada no plano do direito comparado e do direito internacional?

A busca pela felicidade no Brasil e sua relação com o Direito é bastante recente. Entretanto, no plano do direito internacional, esta relação já existe há algum tempo.

Desta forma, os Estados Unidos, em sua Declaração de Independência, trouxe este assunto à tona pela primeira vez, tento como figura de extrema importância seu ex-presidente, Thomas Jefferson.

Segundo Leal (2013, p. 129) a declaração "reafirmava que o povo está em seu direito de fundar um novo governo, organizando o poder da forma que mais lhe pareça provável, de assegurar sua segurança e felicidade".

Ainda, outros documentos que também influenciaram muito nesse processo hermenêutico de novos direitos fundamentais pautados na busca pela felicidade, foram ressaltados pelo senador Cristovam Buarque na elaboração da Proposta de Emenda à Constituição nº 19, de 2010, mais conhecida como PEC da felicidade. De acordo com ele:

> Na Declaração de Direitos da Virgínia (EUA, 1776), outorgava-se aos homens o direito de buscar e conquistar a felicidade; na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França, 1789) há a primeira noção coletiva de felicidade, determinando-se que as reivindicações dos indivíduos sempre se voltarão à felicidade geral. Hoje, o Preâmbulo da Carta Francesa de 1958 consagra a

> adesão do povo francês aos Direitos Humanos consagrados na Declaração de 1789, dentre os quais se inclui toda a evidência, à felicidade geral ali preconizada.

Contudo, no que tange à positivação deste direito, há de se ressaltar que, mesmo a busca pela felicidade não tendo sida mencionada de forma expressa na Constituição dos Estados Unidos, esta, juntamente com direitos como a vida e a liberdade, foi inserida nas constituições de quase dois terços seus estados-membros (LEAL, 2013).

Por conseguinte, atualmente, ainda no plano internacional, insta mencionar as influências da busca pela felicidade no ordenamento jurídico de países como o Reino de Butão, Japão e Coréia do Sul, além da sua importante influência na Organização das Nações Unidas – ONU, que adotou em 2011 uma resolução para que os estados e governos de seus 193 países membros passassem a observar com mais atenção a felicidade e o bem-estar da sociedade no processo de implantação de novas políticas públicas, para que tanto o desenvolvimento econômico, quanto social, fossem satisfatoriamente alcançados (LEAL, 2013).

Logo, sempre associada ao princípio da dignidade da pessoa humana, a busca pela felicidade passou a ser enxergada expressamente por algumas Constituições, até que a ONU, finalmente, ressaltasse a sua importância na atuação dos governos que dela fazem parte.

3. É a busca pela felicidade amparada pelo ordenamento jurídico pátrio? Breve análise da jurisprudência do Superior Tribunal Federal e da legislação pertinente

Sendo a busca pela felicidade considerada como um direito e já assegurada na Constituição de alguns países pelo mundo, importa saber neste momento como esta busca está sendo considerada e amparada no âmbito jurisdicional brasileiro.

De início, destaca-se a ADI nº 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n º 132 que trataram do reconhecimento da natureza jurídica da entidade familiar das uniões entre pessoas do mesmo sexo.

No julgamento em conjunto, os Ministros do Superior Tribunal Federal, em decisão unânime, proferiram seus votos evidenciando além dos argumentos baseados no próprio texto constitucional, o direito à busca pela felicidade, a fim de adequar o artigo 1.723 do Código Civil ao sentido da Constituição.

Desta forma, ao observar os fundamentos utilizados pelo Superior Tribunal Federal no julgamento dessas ações, outros Tribunais passaram a incluí-los em suas decisões para decidir casos semelhantes relativos à união entre duas pessoas do mesmo sexo, como, por exemplo, o Recurso Especial (REsp) nº 1183378-RS, 2010, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Ainda, além do reconhecimento das uniões homoafetivas, a busca pela felicidade foi utilizada também como fundamento pelo Superior Tribunal Federal no Agravo de Instrumento (AI) nº 548146-AM, 2005, no Recurso Extraordinário (RE) nº 370212-RS, 2010 e na ADI nº 3510-DF, 2008, que tratavam, respectivamente, sobre temas como a permanência de gratificações concedidas a servidor público antes da Constituição Federal de 1988, a proibição de penhora sobre o faturamento de empresa, assim como a manutenção das pesquisas com células-tronco embrionárias.

Outrossim, além desses julgamentos em que houve a menção expressa do direito à busca pela felicidade, importa destacar algumas decisões que, mesmo não citando abertamente este direito, trouxeram o seu conteúdo na *ratio decidendi*, mormente ao aspecto relacionado à dignidade da pessoa humana, ao mínimo existencial, ao bem estar e à qualidade de vida dos indivíduos.

Cita-se como exemplo a decisão proferida em sede do RE 646721-RS, 2011, que equiparou o regime sucessório do cônjuge e companheiro (casamento e união estável), a Ação Civil Pública em sede do Recurso Especial (REsp) nº 1.607.472-PE, 2016, proposta pelo Ministério Público Federal contra a Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, com a finalidade de obrigar a recorrente a iniciar as obras de adaptação para pessoas portadoras de necessidades especiais em todo seu espaço físico, e a ADPF nº 347-DF, 2015, ajuizada pelo Partido Socialismo e liberdade – PSOL, com o objetivo de reconhecer a violação dos direitos fundamentais dos presos devido às condições inadequadas dos presídios brasileiros, assim como aos serviços internos prestados.

Isto posto, mesmo já havendo precedentes judiciais quanto ao direito à busca pela felicidade, cabe dizer que atualmente não há qualquer positivação deste direito na Constituição Federal de 1988. A única Constituição brasileira que mencionou a palavra felicidade em seu texto, foi a Constituição Federal de 1824 que o fez em seu preâmbulo.

Contudo, nota-se em diversos artigos do presente texto constitucional (arts. 23, 186, 219 e 225 da CF), inclusive em seu preâmbulo também, menções das expressões "qualidade de vida" e "bem-estar", as quais coadunam com a palavra felicidade.

Por fim, vale mencionar o Projeto de Emenda à Constituição n. 19/10, denominado como "PEC da Felicidade" elaborado pelo Senador Cristovam Buarque para inserir a frase "essenciais à busca da felicidade" na redação do artigo 6º da Constituição Federal que trata do rol dos direitos sociais.

No entanto, o Projeto de Emenda proposto foi arquivado no final de 2014 e o texto constitucional permaneceu como está, sem sofrer qualquer modificação.

Assim, ante o exposto, entende-se melhor a relevância da pesquisa realizada para que seja possível descobrir se a busca por uma vida feliz pode ou não ser compreendida como um direito fundamental implícito na Constituição Federal de 1988.

4. Pode a busca pela felicidade ser tida como direito fundamental? Análise a partir da cláusula aberta de direitos fundamentais e da função criadora de novos direitos da dignidade da pessoa humana

Como observado até aqui, a busca pela felicidade vem sendo mencionada e amparada há algum tempo em textos normativos tanto na esfera internacional, como também na esfera nacional, ou seja, não se trata de um direito inovador e sem precedentes.

Por conseguinte, mesmo não estando elencada no rol de direitos fundamentais, destaca-se a existência da cláusula aberta de direitos fundamentais localizada no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal, permitindo, desta forma, o reconhecimento de novos direitos de caráter fundamental no ordenamento jurídico brasileiro.

Segundo Mendes (2012, p. 248), no que se refere à abertura da cláusula, "o propósito da norma é afirmar que a enumeração dos direitos não significa que outras posições jurídicas de defesa da dignidade da pessoa estejam excluídas da proteção do direito nacional", ou seja, os direitos fundamentais não são limitados ao que está apenas destacado expressamente no texto constitucional, devido à sua ligação com a dignidade do homem.

Nesta senda, o princípio da dignidade da pessoa humana, por ser um princípio que está conectado àquilo que faz parte essencial do ser humano, caminha de forma paralela ao que se entende pela busca da felicidade. Afinal, não há como buscar a felicidade sem, ao menos, ser conferido aos indivíduos o mínimo de dignidade possível.

Celso de Mello (2011, p. 859), por sua vez, explica:

> [...] o postulado constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o princípio da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais.

Logo, ao fazer parte do núcleo da dignidade da pessoa humana, a busca pela felicidade tem refletida em sua atuação as funções atribuídas ao princípio da dignidade do homem, dando destaque à sua função criadora, a qual possibilita a criação de novos direitos, afinal, trata-se de um princípio inerente ao ser humano, em constante desenvolvimento em razão de sua grande carga axiológica e de elevada abstração, devendo, por esta razão, acompanhar constantemente os valores que permeiam a sociedade em seus diferenciados momentos.

Nesse sentido, Reale (2002, p. 305) ensina:

> A nosso ver, princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas.

Por conseguinte, ao associar esta função criadora à cláusula de abertura dos direitos fundamentais, torna-se viável, a princípio, começar a pensar na busca pela felicidade como um direito fundamental implícito na Constituição Federal de 1988, podendo estar, inclusive, subentendida nas normas de direitos fundamentais já expressamente positivadas - como a educação, a saúde, a moradia, assim como nos direitos pleiteados nos julgados trazidos nesta pesquisa.

De acordo com Sarlet (2018, p. 333):

> [...] é preciso atentar para a possibilidade de compreender tal rótulo de forma mais abrangente ou restrita, como inclusivo dos direitos decorrentes do regime e dos princípios, ou distinguindo esta categoria dos direitos implícitos propriamente ditos, no caso, considerados como direitos subentendidos nas normas de direitos fundamentais expressamente positivadas.

Dito isso, a busca pela felicidade pode ser observada em vários contornos diferentes, possibilitando, desta maneira, a sua visualização na primeira, segunda e terceira dimensão de direitos fundamentais.

A primeira dimensão – os chamados direitos "negativos", que requerem uma abstenção do Estado - busca, portanto, garantir a liberdade necessária para o indivíduo possa realizar um desejo pessoal lícito, que não fere, de forma alguma, os preceitos constitucionais, tampouco o direito de outrem.

É o caso do homossexual que pleiteia ao Poder Judiciário o reconhecimento de sua união homoafetiva como entidade familiar, assim como do companheiro que requer possuir o mesmo tratamento sucessório em relação ao cônjuge.

A segunda dimensão - os chamados direitos "positivos", que precisam de uma ação do Estado - segundo Mendes (2012, p. 206) são direitos "por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos. Dizem respeito a assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer etc."

Essa assistência do Estado, desta forma, interfere diretamente no direito à busca pela felicidade dos indivíduos, ou seja, uma mãe, com um filho gravemente doente, sem possuir condições financeiras para custear

um tratamento adequado, que, recebe atendimento gratuito e eficiente pelo hospital público de sua cidade, tem por meio da ação daquele, a possibilidade de ter e dar ao seu filho uma vida digna e feliz.

Por conseguinte, os direitos fundamentais de terceira dimensão - difusos e coletivos – que, estão relacionados ao progresso, ao desenvolvimento, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente, assim como ao direito de propriedade e comunicação – tem a busca pela felicidade subentendida em ações que emanam a solidariedade e a fraternidade no convívio social.

A defesa da Amazônia, por exemplo, emana a conservação de uma qualidade de vida pretendida socialmente, ou seja, o direito de ter um ambiente sadio e confortável, necessário para cultivar uma vida mais feliz e que deve, sobretudo, ser observado tanto pelo Estado, quanto pela população.

Assim, ao visualizar as diferentes inserções da busca pela felicidade nos direitos fundamentais e suas dimensões, é possível concluir que esta trata sim de um direito fundamental implícito e que, consequentemente, este direito encontra-se subentendido em outros direitos já positivados, sendo, conforme verificado na jurisprudência do Superior Tribunal Federal e os demais Tribunais, utilizado como um dos fundamentos para julgar os mais diversos casos que assiste o Poder Judiciário.

Nesse diapasão, não obstante ainda não haver consolidação doutrinária quanto este assunto, a busca pela felicidade já vem sendo utilizada como fonte de interpretação para decisões judiciais. Conforme aborda Leal (2013, p. 66):

> A ideia da felicidade como elemento norteador de uma decisão pública, a exemplo de uma decisão judicial, não caminha afastada dos direitos fundamentais. Nada impede, portanto, que, diante de colisões aparentes de direitos fundamentais, a felicidade seja um *telos* disponível ao julgador no momento de buscar a resposta correta àquele conflito da vida levado a julgamento.

Isto posto e, a partir da observação da cláusula aberta de direitos fundamentais do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição e da função criadora de novos direitos da dignidade da pessoa humana, a qual está intimamente ligada ao conceito de felicidade, assim como por toda jurisprudência pertinente, conclui-se por meio da pesquisa ora realizada, pela existência do direito à busca pela felicidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Considerações Finais

A pesquisa realizada, tendo em vista sua relevância temática, teve como objetivo responder se a busca pela felicidade pode ser considerada como um direito fundamental implícito na Constituição Federal de 1988.

Para isto, o presente estudo se deu da seguinte forma: num primeiro momento foi feita uma retrospectiva histórica da busca pela felicidade, analisando seus aspectos conceituais e suas primeiras aparições no mundo jurídico, para confirmar, logo em seguida, seu acolhimento no plano do direito internacional e do direito comparado.

Posteriormente, com base na pesquisa feita na jurisprudência dos Tribunais Superiores e na legislação pertinente, foi observado o amparo outorgado pelo ordenamento jurídico pátrio ao direito pela busca da felicidade, constatando que, mesmo este direito não estando positivado, já se encontra assegurado em diversas decisões proferidas pelos Tribunais.

Logo, ao utilizar a hermenêutica constitucional concretizadora, pôde-se concluir pelo reconhecimento da busca pela felicidade como um direito fundamental implícito na Constituição Federal de 1988, afinal, leva-se em consideração no direito constitucional tanto a consagração de um rol aberto de direitos fundamentais e sua constante evolução histórica e dimensional, quanto a relação do princípio da dignidade da pessoa humana com a sua função criadora de novos direitos, e a utilização deste novo direito como fonte de interpretação para decisões judiciais.

Nesse cotejo, ao admitir-se a busca pela felicidade enquanto direito fundamental, resta a obrigação do Estado – e de toda a coletividade, a partir de uma perspectiva de dimensão horizontal dos direitos fundamentais – em, pautar suas ações e omissões a fim de evitar qualquer comportamento conflitante com o direito à busca pela felicidade de outrem, seja sob um viés de vedação ao excesso, como também de vedação à proteção deficiente.

Essa é a leitura constitucionalmente adequada do tema.

Referências

BRANCO, Paulo Gustavo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL, Constituição (1824). **Constituição Política do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1824.

BRASIL, Organização das Nações Unidas. **Políticas públicas devem ser voltadas para a felicidade e o bem estar.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/politicas-publicas-devem-ser-voltadas-para-felicidade-e-bem-estar/>. Acesso em: 21 jun. 2018.

BRASIL, Senado Federal. **Proposta de Emenda Constitucional Nº 19**, de 2010. Brasília, DF: Secretaria-Geral da Mesa. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/97622>. Acesso em: 27 maio 2018.

FEDERAL, Supremo Tribunal. **A Constituição e o Supremo**. 5. ed. atual. Até a EC 90/2015. — Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/aconstituicaoeosupremo/>. Acesso em: 08 jun. 2018.

FURASTÉ, Pedro Augusto. **Normas Técnicas para o trabalho**. 16. ed. atual. amp. Porto Alegre: Dáctilo Plus, 2012.

JAPÃO, Embaixada no Brasil. **A constituição do Japão.** Disponível em: <http://www.br.emb-japan.go.jp/cultura/constituicao.html>. Acesso em: 21 jun. 2018.

KANT, Immanuel. ***Fundamentação da Metafísica dos Costumes.*** *Tradução* de *Paulo Quintela.* Lisboa: Edições 70, *2007.*

JELLINEK, Georg. **Teoria general del Estado**. México: Fondo de Cultura Econômica, 2000.

LEAL, Saul Tourinho. **Direito à felicidade:** História, Teoria, Positivação e Jurisdição. 2013. Pontifícia Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/6202/1/Saul%20Tourinho%20Leal.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 27 ed. São Paulo: Saraiva 2002.

_____. ***Dignidade da pessoa humana* e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI: 3510 DF**. Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 29/05/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14720566/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3510-df>. Acesso em: 07 jun. 2018.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI: 4277 DF.** Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>. Acesso em: 07 jun. 2018.

_____. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF: 347 DF**. Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 17/11/2015, Data de Publicação: DJe-237 25/11/2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 07 jun. 2018.

_____. **Agravo de Instrumento - AI: 548146 AM.** Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 22/12/2005, Data de Publicação: DJ 10/02/2006 PP-00035. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14784618/agravo-de-instrumento-ai-548146-am-stf?ref=topic_feed>. Acesso em: 07 jun. 2018.

_____**Recurso Extraordinário - RE: 370212 RS.** Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 08/09/2010, Data de Publicação: DJe-176 DIVULG 20/09/2010 PUBLIC 21/09/2010. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16076754/recurso-extraordinario-re-370212-rs-stf>. Acesso em: 07 jun. 2018.

_____. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário - RG RE: 646721 RS.** Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 10/11/2011, Data de Publicação: DJe-232 07-12-2011. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311629404/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-646721-rs-rio-grande-do-sul/inteiro-teor-311629414?ref=serp>. Acesso em: 07 jun. 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Conflito de Competência - CC: 108442 SC.** Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 10/03/2010, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 15/03/2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19152865/conflito-de-competencia-cc-108442-sc-2009-0194206-4/inteiro-teor-19152866?ref=-juris-tabs>. Acesso em: 06 jun. 2018.

_____. **Recurso Especial - REsp: 1183378 RS.** Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 25/10/2011, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/02/2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21285514/recurso-especial-resp-1183378-rs-2010-0036663-8-stj>. Acesso em: 06 jun. 2018.

_____. **Recurso Especial - REsp 1607472-PE.** Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 15/9/2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/393734068/andamento-do-processo-n-2016-0155431-8-recurso-especial-11-10-2016-do-stj>. Acesso em: 05 jun. 2018.

A Possibilidade de penhora de salários e a violação do Direito Positivo – dos limites entre o ativismo judicial e a usurpação das funções dos órgãos legiferantes.

Luana de Azevedo Oliveira
Thiago Rodrigues Pereira

Introdução

Alguns magistrados carregam entendimento particular que por vezes se sobrepõem aos princípios e regras positivados na CRFB/88, que podem trazer à tona conflitos, uma vez que há lacunas onde o Judiciário adentra sem se ater a premissas. Tais brechas colocam em risco o direito sabidamente existente em face do trabalhador e seu salário, sua fonte de subsistência, mesmo que garantido constitucionalmente. A tensão existente entre os princípios ou os conflitos entre regras, serão elucidados nos capítulos posteriores, para que o problema examinado no presente estudo seja entendido através de uma ótica melhor embasada.

Analisaremos uma decisão emitida pela mais alta corte federal brasileira, o Supremo Tribunal de Justiça, onde a mesma consentiu com uma penhora sobre o salário de um trabalhador, em aparente discrepância

com as regras explicitadas na Consolidação das Leis Trabalhistas, como no anterior e no atual Código de Processo Civil brasileiro.

A possibilidade de a decisão estar equivocada será esmiuçada, ante as leis advindas do Poder Legislativo, e sancionadas pelo Poder Executivo, poderem sofrer com o déficit democrático, sendo supostamente reescritas e interpretadas pelo Poder Judiciário.

Inicialmente o salário e seu caráter alimentar no Direito brasileiro serão conceituados, para que em seguida seja apresentada a distinção entre regra e princípios, levando-se em consideração que a decisão objeto de análise exposta no presente artigo, foi fundamentada no princípio da razoabilidade, da regra adequadamente positivada no CPC. Por fim, será exposto o caso em tela, apontando o a decisão do STJ, seus possíveis argumentos estruturais, bem como se tal conduta pode ser sedimentada no atual momento da ciência do Direito.

1. O conceito de salário e seu caráter alimentar

A Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto Lei N.5.452 de 1º. De Maio de 1943), não estipula o que seja salário, contudo, os componentes do salário são elencados em seu artigo 457.[36]

> Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.
>
> Parágrafo 1º. Integram o salário, não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viajem e abonos pagos pelo empregador.
>
> Parágrafo 2º. Não se incluem nos salários as ajudas de custo, assim como as diárias para viajem que não excedam de cinqüenta por cento do salário percebido pelo empregado.
>
> Parágrafo 3º. Considera-se gorjeta não só a importância espontaneamente dada pelo cliente ao empregado, como também aquela que for cobrada pela empresa ao cliente, como adicional nas contas, a qualquer título, e destinada à distribuição aos empregados."

36. CLT - Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto Lei nº 5.452 de 1º de Maio de 1943).

Nesse sentido, podemos perceber que a definição de salário é mais ampla, como define o autor Russomano, Victor Mozart[37] (1954, p.87), onde afirma que "salário é a contraprestação devida pelo empregador em face do serviço desenvolvido pelo empregado".

O salário possui o cunho indiscutível para toda a sociedade, visto que seus reflexos atingem as esferas psicológicas, sociais, culturais, políticas e de crescimento econômico, este considerado coletivamente.

Ainda sobre o salário, este é fornecido ao trabalhador pelo seu empregador, como forma de retribuição ao labor prestado, da disponibilidade deste e demais cenário previsto em lei.

Seu caráter alimentar se preconiza através de seu papel na vida no trabalhador, conforme afirma Antônio Álvares da Silva[38] (p. 48), onde diz que "trabalho não é apenas o meio de subsistência do trabalhador, mas o sustento da vida social e o suporte de toda a produção de bens e serviços necessários à sua existência".

2. Regras e princípios

Desde o advento da CRFB/88, o Brasil viveu (ou deveria ter vivido) uma verdadeira revolução copernicana no direito constitucional, pois o então novo texto constitucional, colocava o país dentro de uma nova perspectiva, de um novo paradigma constitucional. Essa nova fase poder-se-ia denominar de fase principiológica do Direito.

Entretanto, não se pode crer que esse novo paradigma inaugurado tenha derrogado as regras propriamente ditas. Não é esse o sentido constitucionalmente correto que se deve atribuir ao novo (será?) momento pátrio.

Sobre a diferença, Dworkin (2002, p. 42) ensina que os princípios possuem uma dimensão, um sopesamento inexistente nas regras. Com isso, por exemplo, existindo algum conflito entre eles, aquele que irá dirimir a controvérsia deverá levar em conta a força relativa de cada um, naquele caso concreto sob análise.

Continuando sobre a diferença entre regras e princípios, Dworkin (2002, p. 43) ensina que em relação às regras, podemos apenas afirmar

37. Russomano, Victor Mozart, Manual Popular do Direito do Trabalho, vol. 1, 1954, p.87.

38. SILVA, Antônio Álvares da. Competência Penal Trabalhista. São Paulo: Ltr, 2006, p. 48.

que são funcionalmente mais ou menos importantes (ou até desimportantes), mas nunca utilizar a mensuração utilizada nos princípios. Sendo assim, uma regra jurídica poderá ser mais ou menos importante, de acordo com a regulação daquele comportamento social. Sendo assim, uma apenas será superior a outra em razão da posição que ocupa em um ordenamento jurídico hierarquizado.

Portanto, via de regra, podem ocorrer conflitos entre princípios ou conflitos entre regras, mas não entre uma regra e um princípio. Se uma regra estiver violando um princípio (especialmente um princípio constitucional), muito provavelmente essa regra deverá ser declarada inconstitucional.

Se essa regra estiver contida na Constituição de forma originária, não poderia, de forma alguma, ser declarada inconstitucional, tendo em vista inexistir a chamada inconstitucionalidade originária ou mesmo uma inconstitucionalidade superveniente, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal – STF. Apenas se ocorrer um conflito entre uma regra constitucional, inserida por emenda à constituição, contra um princípio constitucional, é que, via de regra, deverá prevalecer o princípio, salvo se tal princípio não mais estiver em acordo com os anseios sociais.

Não apenas Dworkin, mas também Alexy se preocupou com a distinção entre regras e princípios. Alexy (2008, p.90) vai afirmar que princípios seriam mandamentos de otimização, cuja característica principal seria a possibilidade de serem satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fálicas, mas também das possibilidades jurídicas.

Já sobre as regras, Alexy (2008, 91) afirma não possuir tal possibilidade de satisfação variada, ou seja, são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se a regra for existente e estiver valendo, não se pode fazer qualquer outra coisa que não cumpri-la, obedecendo exatamente aquilo que ela exige.

Sendo assim, conforme mencionado, como possuem natureza jurídica diferentes, apenas deverá haver conflito, entre regras, ou entre princípios, excetuando-se violações de regras em face de algum principio (constitucional). Nesse caso, resolver-se-á a questão por controle de constitucionalidade.

Contudo, o caso objeto versa sobre a não aplicação de uma regra, contida no Código de Processo Civil brasileiro, sob o argumento de se aplicar um princípio, sem, contudo, declarar a inconstitucionalidade da-

quela regra, e sem objetivar salvaguardar direitos e garantias fundamentais da parte mais fraca da relação jurídica.

Portanto, a questão gira em torno da possibilidade ou não, de um magistrado afastar a aplicação de uma regra absolutamente clara sobre um determinado assunto, para aplicar um princípio que ele julga relevante em um caso concreto.

Merece ser mencionado que, dentro do modelo positivista (especialmente o legalista), existe um respeito quase cego às regras, devendo o intérprete apenas aferir se a mesma foi elaborada de acordo com o que determina o ordenamento jurídico, especialmente a Constituição Federal. Seria apenas na ausência de regras claras e explícitas que o intérprete poderia lançar mão dos princípios para dirimir uma questão.

Conforme mencionado, no caso sob análise, existe uma regra que regulamenta a questão de forma contrária ao decidido pelo STJ. A discussão versa então sobre a possibilidade do STF em decidir como decidiu, afastando a aplicação de uma regra sob o fundamento de um princípio, que será abordado em item subsequente.

3. O erro no entendimento do STJ, a violação a dispositivo legal e o erro hermenêutico

O caso em comento, conforme já mencionado, versa sobre uma decisão do STJ em sede de embargos de divergência nº 1582475 que decidiu pela possibilidade de penhora de salário:

> Recurso especial. Execução extrajudicial. Penhora de valores em conta salário. Excepcional possibilidade. Questão a ser sopesada com base na teoria do mínimo existencial. Possibilidade de se excepcionar a regra do artigo 649, IV, do CPC/73, quando o montante do bloqueio se revele razoável em relação à remuneração pelo devedor percebida, o que, não afronta a dignidade ou a subsistência do devedor e de sua família. Precedente específico. Recurso especial desprovido. (STJ, 2018, on-line)

No voto vencedor, o Min. Paulo de Tarso Sanseverino afirmou seu entendimento, em consonância com a 3ª Turma do STJ, ao defender a possibilidade de penhora de salário:

> Entretanto, em recente julgamento, 25/10/2016, a Colenda Terceira Turma desta Corte Superior firmou posicionamento no sentido da possibilidade de se excepcionar a regra do artigo 649, IV, do CPC/73, quando o montante do bloqueio se revele razoável em relação à remuneração pelo devedor percebida, o que, não afronta a dignidade ou a subsistência do devedor e de sua família. (STJ, 2018, *on-line*).

A decisão mencionada pelo Min. Paulo de Tarso Sanseverino em seu voto, que serviu de fundamento para seu entendimento

> RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. PENHORA DE VALORES EM CONTA SALÁRIO. EXCEPCIONAL POSSIBILIDADE. QUESTÃO A SER SOPESADA COM BASE NA TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL. 1. Controvérsia em torno da possibilidade de serem penhorados valores depositados na conta salário do executado, que percebe remuneração mensal de elevado montante. 2. A regra geral da impenhorabilidade dos valores depositados na conta bancária em que o executado recebe a sua remuneração, situação abarcada pelo art. 649, IV, do CPC/73, pode ser excepcionada quando o montante do bloqueio se revele razoável em relação à remuneração por ele percebida, não afrontando a dignidade ou a subsistência do devedor e de sua família. 3. Caso concreto em que a penhora revelou-se razoável ao ser cotejada com o valor dos vencimentos do executado. 4. Doutrina e jurisprudência acerca da questão. 5. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (STJ, 2018, *on-line*)

Merece ser mencionado que o antigo Código de Processo Civil – CPC brasileiro já trazia vedação a tal possibilidade

> Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:
>
> (...)
>
> IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3o deste artigo;

O legislador pátrio brasileiro continuou firme no entendimento da impossibilidade de penhora de salários, e positivou esse entendimento no novo CPC de 2015

> Art. 833. São impenhoráveis:
>
> (...)
>
> IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º;
>
> (...)
>
> § 2º O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8º, e no art. 529, § 3º.

Portanto, não resta dúvida que o legislador pátrio, desde o antigo CPC, já tinha vedado qualquer forma de penhora ao salário, sem fazer qualquer distinção nem abrir qualquer exceção.

Uma interpretação *contra legem* pode gerar enormes danos ao ordenamento jurídico e a democracia, pois acabam por gerar enorme insegurança jurídica, permitindo que o magistrado interprete a lei de acordo com seu entendimento solipsista, sem qualquer preocupação com uma interpretação de acordo com o ordenamento jurídico a qual faz parte.

Sobre o tema, a muito Miguel Reale (2004, p. 113) já se mostrava contrário a tal possibilidade de interpretação *contra legem*, colocando tal interpretação no mesmo nível de uma lei má quando afirmava que:

> "os tribunais não podem recusar aplicação às normas em vigor, a não ser quando, como veremos, estiver caracterizado e comprovado que a lei invocada caiu em efetivo desuso. Mesmo, porém, quando ainda não se caracterizou o desuso, o Judiciário, ao ter de aplicar uma regra em conflito com os valores do ordenamento,

> atenua, quando não elimina, os seus efeitos aberrantes, dando-lhe interpretação condizente com o espírito do sistema geral, graças à sua correlação construtiva com outras regras vigentes. Deve observar-se que não se sabe qual o maior dano, se o das leis más, suscetíveis de revogação, ou o poder conferido ao juiz para julgar *contra legem*, a pretexto de não se harmonizarem com o que lhe parece ser uma exigência ética ou social."

Sem entrar na discussão hermenêutica, Reale já apresente o perigo e o erro em se admitir esse tipo de interpretação *contra legem*. E será essa forma equivocada de se interpretar a lei que se percebe no caso decido pelo STJ.

Se o modelo positivista jurídico já recebeu inúmeras críticas, desde a proposta legalista de Kelsen até o modelo de H.L.A. Hart, o caso sob análise se mostra ainda mais preocupante. Em qualquer que seja o modelo positivista, via de regra, o problema maior consiste na ausência de lei, de uma regra clara que, supostamente, resolveria o problema. No presente caso, essa lei, essa regra existe, e afirma categoricamente que são impenhoráveis os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, etc. O legislador brasileiro não afirmou que se o devedor receber um salário mais alto, ou quaisquer outras questões, que a impenhorabilidade de seu salário poderia ser revestida. Isso não é ativismo judicial, mas simplesmente violação a uma lei expressa.

Portanto, o caso ora estudando versa sobre uma decisão que, entendeu, estar incompleta a legislação federal, e o STJ, por ser o guardião da legislação federal, poderia, completar, o que estaria incompleto, ou seja, criando um parágrafo no CPC, antigo ou novo, com tal possibilidade.

Verifica-se que a decisão, supostamente, estaria aplicando o princípio da razoabilidade, para afastar a aplicação da regra contida no texto do CPC. O que se defende aqui é uma hermenêutica filosófica aplicada ao direito, procurando com isso encontrar não a resposta universalmente e metafisicamente correta, mas simplesmente a resposta constitucionalmente correta. Nem aqueles que defendem a ideia da abertura principiológica, onde os princípios serviriam para abrir a interpretação (tese oposta a ora defendida), como Robert Alexy e entre nós Luiz Roberto Barroso, Ana Paula de Barcelos, dentre outros, admitiriam essa possibilidade por parte do Poder Judiciário. Como disse sabiamente o

Ministro César Peluso, em seu voto sobre a ADPF nº54, o máximo que o Poder Judiciário pode atuar é como legislador negativo, nunca como positivo. Tal impossibilidade ocorre justamente pelo que garante uma melhor atuação, com menos pressões populares, que é o chamado déficit democrático, ou seja, um juiz pode (e deve) decidir contra a vontade de uma maioria passageira se essa maioria quiser uma decisão violadora dos princípios e regras contidos na constituição e na legislação.

O que ocorreu no presente caso examinado é o que Lenio Streck vem denunciando a muito em várias obras, a chamada baixa constitucionalidade das decisões judiciais brasileiras e da crença equivocada na liberdade decisória dos juízes, que confundem independência com liberdade para violar o princípio democrático contido na CRFB/88, que no presente ano de 2018 completa 30 anos sem ter muito que comemorar. Portanto, não podemos nos sujeitar a depender da consciência do juiz, do seu livre convencimento e da sua busca pela chamada verdade real, pois tais expressões apenas mascaram a realidade, que é tentar esconder a subjetividade "assujeitadora" do julgador (STRECK, 2013, 107).

Isso não é discricionariedade judicial, mas sim um desrespeito pensado, refletido, uma soberba que atinge, infelizmente, aqueles que juraram postura oposta. Se um ministro de uma Corte Constitucional deve defender a constituição, um juiz de um tribunal máximo federal, como o STJ, deve defender as leis federais. Contudo, o que se percebe, é justamente o oposto, ou seja, a crença de que podem atribuir qualquer sentido aos respectivos textos que juraram defender e mais, podem criar verdadeiros apêndices a tais textos, completamente a revelia do princípio democrático que regula a República Federativa do Brasil.

No caso em tela, nem mesmo existe alguma lacuna para, erradamente, poder ser alegado um pretenso ativismo judicial. Sobre isso, Lenio Streck (2011, p. 43) vai afirmar que

> "Esclareça-se que, no Brasil, a discricionariedade vai muito além do informado por Hart e pela crítica de Dworkin. Em qualquer "espaço" de sentido – vaguezas, ambiguidades, cláusulas "abertas" etc. –, o imaginário dos juristas vê um infindável terreno para o exercício da subjetividade do intérprete. Quando esse "espaço" se apresenta em dimensões menores, o intérprete apela para os

> princípios que funcionam como "axiomas com força de lei" ou enunciados performativos com pretensões corretivas, fazendo soçobrar até mesmo o texto constitucional. Isto é, em terrae brasilis, discricionariedade quer dizer duas coisas: a) primeiro, um modo de superar o modelo de direito formal-exegético (e, infelizmente, acaba não passando disso); b) segundo, uma aposta no protagonismo judicial, considerado, assim, uma fatalidade (no fundo, Kelsen já havia pensado assim no Capítulo VIII de sua Teoria Pura do Direito)".

Essa posição do STJ em criar exceção onde o legislador não criou, em total afronta ao princípio democrático que ainda rege o país, não parece ser coincidência, pois foi no mesmo STJ que o Min. Humberto Gomes de Barros, mostrou como o tribunal ainda não se coadunou com a viragem linguística, com a hermenêutica filosófica aplicada ao direito, quando afirmou, no Agravo Regimental em Embargos de Declaração em Recurso Especial nº 279.889 - AL que

> "Não me importa o que pensam os doutrinadores**.** Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico — uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja" (STRECK, 2006, *on-line)*

Assim, essa postura não democrática da nossa maior corte federal mostra que, nem entramos ainda no chamado Positivismo Jurídico, que no Brasil quase virou sinônimo do positivismo jurídico legalista (ou normativista) de Hans Kelsen. Para o autor austríaco, pai da Teoria Pura do Direito, não se poderia conceber, nem mesmo em um intérprete autêntico (como denominada os juízes), a possibilidade de desobedecer a uma lei existente, válida, que foi aprovada respeitando todo o processo legislativo exigido em um texto constitucional.

Na verdade, essa postura do STJ, que conforme mencionado não e recente, apenas descortina a real necessidade de uma reviravolta na forma de se pensar o Direito no Brasil. Fazer entender os magistrados que não possuem essa liberdade decisória, e que portanto, não podem decidir conforme sua consciência. Pode escolher uma postura política, filosófica, religiosa, etc., de acordo com sua consciência, livremente. Mas atuando como magistrado, onde, por ficção jurídica é o próprio Estado a atuar, não pode existir qualquer espaço para solipsismos, para valores pessoais, entendimentos pessoais, para decisões com base em pré-compreensões.

Cumpre asseverar que a hermenêutica filosófica aplicada ao Direito em nada se confunde com as teorias positivistas. Talvez o único grande ponto de contato entre tais teorias seja na ideia do respeito ao Direito Positivo, que é justamente o que não se vislumbrou no caso decidido pelo STJ, que decidiu absolutamente *contra legem*. É claro que não se está defendendo, como acreditou Kensen, na possibilidade de se excluir a moral do Direito. E a hermenêutica filosófica aplicada ao Direito apenas poderá existir dentro de paradigmas democráticos. (STRECK, 2013, p. 93)

Portanto, é dever de toda a sociedade, mas principalmente do Poder Judiciário, defender o Direito Positivo, sem com isso, ter que defender o Positivismo Jurídico, que, se já foi superado em termos acadêmicos, ainda não foi iniciado em termos judiciais, onde ainda vemos a mesma forma de decidir, solipsista moderna dos séculos XVII e XVIII, vigendo em solo brasileiro, ou seja, não saímos da fase do "você sabe com quem está falando?". Essa é a grande dificuldade para os cientistas brasileiros e pensadores e aplicadores do Direito em geral, ter que superar uma importante fase como a do Positivismo Jurídico, sem nunca ter entrado.

Considerações finais

O problema investigado no presente estudo foi se uma decisão, exarada pela mais alta corte federal brasileira, o STJ, onde aquela corte permitiu uma penhora sobre o salário de um indivíduo, em total dissonância com regras expressas, tanto no antigo como no atual Código de Processo Civil brasileiro.

A hipótese de que a decisão está equivocada foi efetivamente demonstrada, onde foi apresentado o risco para qualquer democracia quando um tribunal qualquer resolve reescrever as leis oriundas do Poder Legislativo e sancionadas pelo Poder Executivo, mesmo existindo o chamado déficit democrático existente no Poder Judiciário.

Em um primeiro momento foi demonstrado o conceito de salário e seu caráter alimentar no Direito brasileiro. Em momento subsequente procurou-se apresentar a distinção entre regra e princípios, tendo em vista que a decisão objeto de análise no presente artigo foi baseada no princípio da razoabilidade para criar exceção a regra devidamente positivada no CPC. Por fim, foi abordado propriamente o caso em si, apontando o equivoca da decisão do STJ, mostrando que, a luz da hermenêutica filosófica aplicada ao Direito, a decisão não consegue ser defendida e não se sustenta aos argumentos mais basilares de respeito ao Estado Democrático de Direito.

Não era objetivo do presente artigo adentrar em discussões mais aprofundadas em termos teóricos, mostrando de forma ainda mais explícita o equívoco decisório. O objetivo central era mais modesto. Simplesmente apresentarar inconsistências básicas, basilares da decisão, mostrando que, dentro do atual momento da ciência do Direito, não se pode mais admitir tal postura.

É dever da sociedade, e especialmente da academia, criticar tais decisões, defender a democracia e o respeito as leis. A muito Montesquieu já afirmava que de nada adiantaria um Estado ter boas leis se tais leis não fossem respeitadas. E é justamente isso que não estamos a observar, um respeito as leis, sem entrar em discussões se tais leis são boas, ótimas ou excelentes, ou que poderiam ter sido feitas de forma melhor, dessa ou daquela forma.

Merece mencionar que o respeito à tais leis apenas se mostram necessárias dentro de um paradigma democrático. Fora de tal paradigma

toda a presente discussão se liquefaz, pois em um regime autoritário, onde direitos e garantias fundamentais não são respeitados, tais leis carecem de legitimidade, e por conseguinte, o seu próprio caráter de jurídicas poderia ser desconsiderado, como a muito ensinou Radbruch.

Assim, o presente estudo é mais uma forma de mostrar a irresignação diante de uma afronta a uma regra, a uma lei absolutamente clara, violando assim o próprio Estado de Democrático de Direito. Quando não se respeita o princípio democrático, o Estado está a beira de um colapso, pois o esgarçamento social se mostra tamanho, que ideias radicais de todas as opções políticas voltam a eclodir, colocando em risco séculos de conquistas sociais.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

CLT - Consolidação das Leis do Trabalho - Decreto Lei nº 5.452 de 1º De Maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm

DOWKIN, Ronald. Levando os Direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

STJ. RECURSO ESPECIAL : REsp 686209 RS 2004/0111329-9. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. DJ: 03/11/2009. **JusBrasil**, 2009. Disponivel em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5915977/recurso-especial-resp-686209-rs-2004-0111329-9-stj>. Acesso em: 14 out. 2017.

REALE, Miguel. Lições Preliminares do Direito. 27ª ed. 4ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2004)

RUSSOMANO, Victor Mozart. Manual Popular do Direito do Trabalho, vol. 2. Rio de Janeiro. Editora: José Konfino, 1959.

SILVA, Antônio Álvares da. Competência Penal Trabalhista. São Paulo: Ltr, 2006, p. 48.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme a minha consciência? – 4ª ed. rev. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2013.

_____. Verdade e Consenso. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz. Disponível em https://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos_importar_sim_doutrina?pagina=2. Acesso em 13.10.2018.

A crescente insegurança jurídica gerada sobre o princípio da presunção de inocência em virtude das decisões do supremo tribunal federal

Lucas de Souza Gimenes

Introdução

O Supremo Tribunal Federal possui a função de guarda da constituição, sendo seu dever, sempre que provocado, prolatar decisões que resguardem a segurança jurídica e a uniformização das normas do ordenamento jurídico, garantindo que tanto a legislação infraconstitucional, como as decisões emanadas do judiciário estejam em conformidade com o que expressa a carta constitucional.

Diante de tal realidade, é também sua incumbência zelar pela correta aplicação e o respeito dos direitos e garantias fundamentais elencados na constituição nas relações entre os particulares ou destes com o Estado, devendo sempre garantir a sua máxima efetividade e impedir retrocessos.

No entanto, no ano de 2016, a corte intendeu a possibilidade de cumprimento pena privativa de liberdade em caráter provisória, confrontando diretamente o direito a presunção de inocência da Constituição.

A decisão, que se tornou o entendimento dominante, gerou incontestáveis dúvidas a respeito legitimidade do STF, onde muitos acreditam que o supremo esteja indo contrário a suas funções constitucionais, e, acima de tudo, restringido direitos os quais deveria conceder interpretações extensivas.

O presente artigo busca analisar o significado do princípio da presunção de inocência e os seus efeitos, bem como demonstrar o estado de insegurança que tem surgido em todo o poder judiciário decorrente da nova interpretação judicial.

Para a realização da pesquisa, foi feito um levantamento Bibliográfico entre doutrinadores do direito nacionais e estrangeiros, uma pesquisa documental com os principais textos sobre direitos e garantias fundamentais, além de uma análise jurisprudencial das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a Temática.

1. Delineamentos históricos do direito fundamental à presunção de inocência

Compreender o princípio da presunção de inocência é, no âmbito histórico, compreender a formação dos próprios direitos fundamentais, em sua luta pelo fim do absolutismo e da repressão estatal advinda sobre os governados.

Surgida juntamente com tantos outros direitos fundamentais, como a dignidade humana e o princípio de não autoincriminação, os quais seriam incorporados nas mais diversas constituições e ratificados por tantos pactos internacionais, a presunção de inocência acabou por fazer parte de um sistema de garantias individuais os quais limitavam a possibilidade da chamada vingança pública, consistente na aplicação de penas cruéis e desumanas que se prestavam a garantir o sofrimento corporal dos acusados e que também possuíam finalidade de intimidação.

Era um sistema de punição baseado na premissa de que haveria um menos valor dos cidadãos frente ao Estado e que, para que se mantivesse a ordem, se mostrava necessário proteger a autoridade e o governo do soberano, visto que, o cometimento de um crime ou um ataque direto às instituições estatais, se mostrava como um confronto direto a sua pessoa.

Nesse aspecto, é importante destacar que "o princípio da presunção de inocência surgiu em face das práticas do *ancien regimé* contra a liberdade das pessoas, em razão das prisões arbitrárias e da consideração da pessoa como sendo culpada, mesmo antes de ser provada a sua culpabilidade". (GIACOMOLLI, 2013, p. 444)

Ou seja, com o advento dos ideais iluministas e em sequência o surgimento das revoluções liberais ocorridas na França a partir do final do século XVIII, se buscou colocar fim ao autoritarismo do rei, limitando o poder governamental.

A principal forma de contenção do absolutismo ocorreu durante o ano de 1789, quando fora celebrada a "Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão", a qual cuidou de elencar uma série de prerrogativas, isto é, de direitos, em função daqueles que se mostram indefesos contra qualquer arbitrariedade advinda dos entes estatais. Surgira, pela primeira vez na história, os chamados direitos fundamentais.

Visualiza-se em seu artigo 9° o ideal de presunção de inocência:

> A Assembleia Nacional reconhece e declara, na presença e sob a égide do Ser Supremo, os seguintes direitos do homem e do cidadão: [...]
>
> Artigo 9º- Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei. (1789)

O dispositivo do aludido diploma revolucionário não adverte somente a ideia de que só será culpado aquele que for, por força jurisdicional, condenado, o que no ordenamento brasileiro se traduziria pelo trânsito em julgado, mas também demonstra que o réu terá presumido o estado de sua inocência, não podendo incorrer em qualquer tratamento que se aplica aos definitivamente condenados, bem como não deverá vir a ser tratado de forma diferente àquele não possui qualquer acusação. O artigo demonstra forçosamente a necessidade de proteger o particular de juízos do Estado, em especial aqueles que tangem a esfera da sua culpabilidade.

Através do constitucionalismo moderno que ali surgiu, passou-se a positivar os direitos e garantias fundamentais de primeira geração, os chamados direitos individuais, relacionados ao valor de liberdade dos cidadãos.

Sobre a temática, aduzem Gilmar Mendes e Gonet Branco (2016, p. 39):

> É daí que surgem os atributos da Constituição como instrumento orientado para conter o poder, em favor das liberdades, num contexto de sentida necessidade de preservação da dignidade da pessoa humana. Entende-se, então, que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, proclamasse, no seu art. 16, que não teria constituição a sociedade em que os direitos não estivessem assegurados, nem a organização estatal em que não se definisse a separação dos poderes.

Ievguêni Zamiatin, romancista russo, escreveu que as revoluções seriam infinitas[39], embora tenha falecido no ano de 1937, a preposição do autor se adequa perfeitamente a necessidade que surgiria de se reafirmar os direitos já constituídos a todos os entes como fundamentais.

Acontece que, após duas guerras mundiais e o horrendo massacre realizado pela ideologia nazista na Alemanha, tornou necessário que se buscasse, novamente, ratificar os direitos inerentes a pessoa, no entanto, buscando eliminar a concepção restritiva deixada pela declaração de 1789, estes agora seriam denominados de direitos humanos, ao invés de direitos do homem e do cidadão.

Promulgada em 1948 pela organização das nações unidas, a "Declaração Universal dos Direitos Humanos", o documento dotado de proporções internacionais também trouxe o princípio da presunção de inocência em seu rol de direitos, em seu artigo 11:

> Artigo 11
>
> 1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido 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. (1948)

39. Zamiatin foi um escritor russo e militante do partido bolchevique, que, contudo, se rebelou contrário a ditadura stalinista e também ao regime soviético que vigorava na Rússia após a revolução de 1917, a qual ele chamava de distopia. Devido as constantes perseguições que sofria, Zamiatin se exilou voluntariamente de sua pátria. A frase citada foi escrita e, sua obra "Nós" e publicada no ano de 1924 nos EUA.

Mais uma vez, o que se observa é que a inocência permanece como a regra, e a sua negação é a exceção a qual precisa ser obtida consoante a observância do devido processo legal, vale dizer, a culpa deverá ser alcançada somente mediante o respeito a tantas outras premissas e direitos consagrados na constituição, bem como consoante a concessão das devidas garantias do acusado, tais como o direito a um advogado e os remédios constitucionais como *habeas corpus*, para esquivar-se dos excessos e das incompetências do poder judiciário.

Ainda que não se dê da mesma forma que a vingança pública, através das penas físicas, o desrespeito aos princípios constitucionais, mitigando a sua eficácia, significa garantir o retorno do poder e da arbitrariedade estatal no julgamento e na aplicação de penas, voltando, pois, a permitir os abusos do governo sobre seus governados

Ocorreu que no Brasil, com o início do processo da redemocratização na década de 80, adveio a promulgação da constituição federal de 1988. No texto constitucional buscou-se, semelhante aos demais eventos históricos e constituições que se baseavam também nos preceitos do constitucionalismo moderno, traduzir-se os direitos fundamentais a todos os cidadãos, aqueles que, na relação com o ente estatal são mais fracos, como se vira no período militar que antecedeu a reabertura democrática.

O constituinte originário, então, erigido de tamanha preocupação a respeito das violações e arbitrariedades sobre as prerrogativas fundamentais que ocorreram e que, em qualquer sinal de instabilidade das instituições, poderiam reaparecer, propôs-se a positivar em cláusulas pétreas os instrumentos protetivos do indivíduo, estatuindo ali os direitos fundamentais.

2. Questões jurídicas e constitucionais a respeito do princípio da presunção de inocência.

A presunção de inocência, por sua vez, foi normatizada no inciso LVII do artigo 5° da constituição de 88, com a redação de que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (BRASIL, 1988).

No texto extraído da carta magna brasileira é observável que se prevalece a ideia de que o réu permanecerá inocente até que se tenha

fundamentos suficientes que demonstrem a prática do delito, e que assim permita realizar o juízo de reprovação da culpabilidade, o que ocorre somente com a condenação.

Sobre o princípio da presunção de inocência, mostra-se oportuna a preciosa lição de GIACOMOLLI (2013, p. 442), onde o autor afirma que:

> As constituições brasileiras anteriores à de 1988, embora destinassem um capitulo especifico aos Direitos e Garantias Individuais, através de um rol meramente exemplificativos, não previam, expressamente, o princípio da presunção de inocência, limitando-se a mencionar que a especificação dos direitos e das garantias contidos na constituição não excluiria outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios nelas adotado.

Ademais, o princípio constitucional, como salienta FERNANDES (2016), tem o objetivo de vedar qualquer julgamento antecipado de cognição sumária, que advenha do aparato judiciário, assim como os juízos de valor que podem se erigir da sociedade, em uma demonstração típica de justiça social.

Para NOGUEIRA ALCALÁ (2005, p. 223), o direito a presunção de inocência:

> É o direito que todas as pessoas têm de serem consideradas a priori, como regra geral, de que agem de acordo com a correta razão, comportando-se de acordo com os valores, princípios e regras da ordem jurídica, enquanto que um tribunal não adquira a convicção, através dos meios de prova legal, de sua participação e responsabilidade em um ato punível determinado por sentença firme e bem fundamentada, obtida respeitando todas e cada uma das regras do devido e justo processo. (Tradução Nossa)

No entanto, há aqueles os quais preferem denominar como princípio da não culpabilidade ao invés de presunção de inocência, o motivo se deve justamente ao fato de que o texto constitucional não presumiria uma situação de inocência, mas que ele prefere aguardar o transito em julgado para depositar qualquer juízo de culpabilidade sobre o réu, não se podendo falar em culpado até este momento (CUNHA, 2016). No entanto, é mais prudente a posição que se mostra contrária a qualquer dis-

tinção entre os termos, visto que reduziria o "alcance da regra humanitária do *status libertatis*, afastando-se do conteúdo da previsão constante nos diplomas internacionais [...] diferencia-los é afastar a presunção de inocência" (GIACOMOLLI, 2013, p. 442).

Por se denominar presunção de inocência e não presunção de culpabilidade, significa dizer que durante todo o trâmite do processo penal se acredita fielmente em que o réu seja inocente de quaisquer acusações que se oponham contra ele. Em consonância a isso, significa que o magistrado só irá declarar qualquer grau de culpa quando esta se mostrar fundamentada em matéria fático-probatória, e na não existência desta ou em caso de razoável dúvida, pela sua absolvição.

Mais do que isso, o fato de o constituinte ter optado por tal nomenclatura se relaciona com o disposto no inciso LXI, também do artigo 5º da constituição (BRASIL, 1988), que declara categoricamente que a prisão ocorrerá somente em casos de flagrante delito e de ordem fundamentada por autoridade judiciaria competente. Também se acrescenta aqui a prisão cautelar, com finalidades meramente processuais, previstas no artigo 283 do CPP.

Ademais, a presunção de inocência torna-se um princípio orientador de todo o processo penal dentro do atual viés ideológico da constituição, visto que "Constitui também um critério básico que condiciona a interpretação das normas jurídicas enquanto elas devem ser interpretadas conforme a constituição e os direitos fundamentais, em uma interpretação finalista e sistemática". (NOGUEIRA ALCALÁ, 2005, p. 227 – Tradução Nossa)

Trata-se, pois, de norma fundamental para a significação de tantos outros princípios processuais constitucionais, a exemplo do devido processo legal e a busca da verdade real pelo julgador, afinal, o princípio da inocência teria por si só o condão de organizar toda a sistemática processual, vale dizer, ela por si só é capaz de desqualificar qualquer vestígio de um sistema inquisitorial, é o que se observa no que tange a possibilidade de produção de provas, vendando as provas ilícitas:

> A presunção de inocência exige que a condenação se funde em provas licitamente obtidas e praticadas com as devidas garantias processuais, que contenham elementos de culpa suficientes a respeito da participação do imputado nos atos delitivos submetidos a apreciação do tribunal, e que formem a convicção neste último

> sobre a responsabilidade do acusado no delito, possibilitando sua condenação. Ela obriga o órgão jurisdicional a não receberas provas de caráter antijurídico e violadoras dos direitos fundamentais pela posição que ocupam na ordem constitucional e sua condição de direitos invioláveis, o que gera a nulidade de todo ato violador de tais direitos. Constituem uma garantia objetiva da ordem constitucional. (NOGUEIRA ALCALÁ, 2005, p. 236 – Tradução Nossa)

Aliás, é interessante notar que o princípio de não culpabilidade gera efeitos próprios os quais incidem de uma forma tripla no processo penal, pois, tal norma se consubstancia em uma regra probatória, uma regra de juízo e também uma regra de tratamento.

O fato de se tratar de uma regra probatória, significa quem não incumbirá ao réu provar a sua inocência, mas sim de que caberá a acusação, isto é, ao ministério público ou ao querelante, demonstrar perante o magistrado, de maneira incontestável a existência de indícios de autoria e materialidade de um crime, de forma que se possa provar a culpabilidade do acusado a respeito do fato.

Já a norma de juízo se traduz pela máxima de que na dúvida, decide-se em favor do réu; ela virá, pois, a orientar e a conformar o momento decisório do julgador, onde ele, ao analisar todos os indícios apontados pela acusação, deverá decidir pela suficiência destas para formar seu convencimento sobre a culpa, ou, no caso de ainda gerar dúvidas acerca da prática do delito criminal, favorecerá o agente, decidindo pela sua inocência aplicando o princípio do *in dubio pro reo*.

Já a regra de tratamento é, talvez, a mais importante das dimensões que a presunção de inocência pode incidir; através dela, se depreende que o réu não poderá ser submetido a qualquer tratamento desumano, ou até mesmo vir a ser submetido as mesmas condições que se encontram aqueles que já estão devidamente condenados.

Deriva de tal aspecto as razões pelas quais a prisão só ocorrera em excepcionalidades, no caso da aplicação das medidas cautelares, dentre as quais impõe algumas exigências como a necessidade de separação do preso provisório dos já definitivamente condenados, ou também a prisão será aplicada na forma de sanção, através de decisão fundamentada e transitada em julgado por meio da qual esvai a ideia de inocência,

"Consequentemente, o que se tem na Constituição de 1988 é uma clara limitação ao poder punitivo estatal". (FERNANDES, 2017, p. 528)

Ainda assim, há aqueles que, embora em posição minoritária, optam pela relativização da incidência de tal princípio, defendendo a plausibilidade de se impor restrições ao direito de presunção de inocência e considerando a possibilidade de ocorrer a execução provisória da pena privativa de liberdade, antes mesmo da formação de um juízo sobre a culpabilidade do acusado. Defensores desta posição, argumentam BRANCO e MENDES (2016, p. 562) que:

> Em suma, a presunção de não culpabilidade é um direito fundamental que impõe o ônus da prova à acusação e impede o tratamento do réu como culpado até o transito em julgado da sentença.
>
> Ainda assim, não impõe que o réu seja tratado da mesma forma durante todo o processo. Conforme se avança [pelas instancias do judiciário] e a culpa vai ficando demonstrada, a lei poderá impor tratamento algo diferenciado.
>
> Com isso, a execução imediata da pena privativa de liberdade na pendencia de recursos extraordinários não deve ser considerada incompatível com a presunção de inocência.

Essa modalidade de intepretação parece, pelo que se vê, ser a nova tendência do Supremo Tribunal federal, entretanto, não se trata de um entendimento pacifico na corte e tampouco para a doutrina ou para os demais órgãos do judiciário.

3. Os atuais precedentes do stf sobre a presunção de inocência e os seus reflexos nos tribunais pátrios: o início de uma insegurança jurídica

No ano de 2009, durante o julgamento do *Habeas Corpus* 84.078, de relatoria do Ministro Eros Grau, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a decretação de culpa, por meio do transito em julgado de sentença penal condenatória, seria fator decisivo para decretação da prisão e o início do cumprimento da pena aplicada.

Ficara firmado naquela corte a tese de que o princípio da presunção inocência teria uma efetividade máxima, e que seria uma presunção quase que absoluta durante todo o processo penal. Se mostrava superado, pois, o antigo entendimento do tribunal a respeito da plausibilidade da execução provisória da pena.

No entanto, é interessante destacar que a mudança jurisprudencial que ocorreu foi originada das diversas mudanças legislativas advindas sobre as leis materiais e processuais penais, a exemplo, cita-se a incorporação no ordenamento das penas restritivas de direito diferentes da prisão, bem como as guinadas jurisprudências que passaram a entender como inconstitucionais vedações a liberdade provisória e a obrigatoriedade do regime inicial fechado. (FERNANDES)

Aliás, acrescenta-se aqui que mesmo após a afirmação desse entendimento pelo STF o legislador continuou a determinar reformas nos diplomas legais, como a reformulação da parte relativa às medidas cautelares do código de processo penal, se mostrando cada vez mais disposto a corroborar o ideal de que a liberdade seria a regra, e a prisão, quando não originada do transito em julgado, é a exceção.

Entretanto, durante o julgamento do *Habeas Corpus* 126.292 em fevereiro de 2016, o Relator Ministro Teori Zavascki trouxe à baila o antigo entendimento que vigorava na década de 1990, salientando que "a possibilidade de execução provisória da pena era a orientação que prevalecia na jurisprudência do STF, mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988". (BRASIL, 2016, p. 5)

Já para o Ministro Luís Roberto Barroso, que se manifestou em consonância com o voto do relator, aduziu que é necessário ser realizada uma ponderação a respeito do instituo, visto que "não há dúvida de que o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade adquire peso gradativamente menor na medida em que o processo avança, em que as provas são produzidas e as condenações ocorrem" (BRASIL, 2016, p. 41).

Para Barroso, o avançar do processo penal pelas instâncias do judiciário faz com que o conteúdo a presunção de inocência se esvazie em detrimento da expectativa da realização do direito penal e da efetiva proteção dos bens jurídicos tutelados.

Restaram vencidos, defendendo a continuidade da jurisprudência firmada 2009, os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Melo e Ricardo Lewandowski, este último, argumentara que:

> Isso é absolutamente taxativo, categórico; não vejo como se possa interpretar esse dispositivo. Voltando a, talvez, um ultrapassadíssimo preceito da antiga escola da exegese, eu diria que *in claris cessat interpretatio*. E aqui nós estamos, evidentemente, *in claris*, e aí não podemos interpretar, *data venia*. (BRASIL, 2016, p.97)

No entanto, foram propostas, no mesmo ano de 2016, as ADC nº 43 e 44, que pediam que o supremo declarasse constitucional a norma prevista no artigo 283 do CPP, a qual corroborava com o disposto sobre presunção de inocência na constituição, e que suspendesse cautelarmente todas as execuções provisórias em andamento.

Mesmo ainda não tendo transitado em julgado, o STF chegou a decidir na época pela constitucionalidade do artigo do código de processo penal e manteve sua posição sobre a possibilidade das execuções provisórias, vindo a indeferir a medida cautelar.

Entretanto, a questão não chegou a ser pacificada nem pela doutrina e tampouco pelos tribunais, onde esse curioso caso de ativismo judicial reverso, no qual se tem uma interpretação nem um pouco inovadora do disposto na constituição, parece ter colidido com o princípio da vedação do retrocesso e ocasionado uma r*eformatio in pejus* sobre os jurisdicionados.

Outra constatação importante é a de que os próprios ministros do STF parecem estar decidindo, na maioria das vezes, de formas antagônicas, ora concedendo ordem de *habeas corpus* e ora denegando-as, tendo como base o seu entendimento acerca da presunção de inocência.

Ademais, fora observado que em grande parte das decisões emanadas dos tribunais de 2ª instancia onde se ordena o cumprimento imediato da execução provisória da pena sem devidamente fundamentar a necessidade desta, só tendo como base o fim da incumbência das instancias ordinárias. O ministro Ricardo Lewandowski, ao julgar o HC 137.063, veio a conceder a liberdade pela falta de motivos para decretar a prisão:

> Na espécie, é possível verificar que a fundamentação (pág. 1 do documento eletrônico 3) utilizada para decretar-se a prisão do paciente mostrou-se frágil, inidônea, porquanto apenas faz referência à ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinários e ao julgamento do Plenário desta Suprema Corte... (BRASIL, 2017a, p. 11)

Inclusive, o Ministro Gilmar Mendes chegou a decidir de forma idêntica, condenando os juízos arbitrários para o cumprimento provisório da pena:

> Nesse sentido, a decisão de prisão diverge do firmado por esta Corte. É que a constrição provisória deve estar embasada em elementos concretos, e não abstratamente, como vazio argumento de retórica. O apelo a fórmulas vazias, desvinculadas da base empírica, não se coaduna com caráter excepcional da medida de restrição de liberdade, que exige fundamentação consistente. (BRASIL, 2017b, p. 7)

Em consonância a esses entendimentos, O Ministro Lewandowski chegou a proclamar que havendo sentença ou acórdão que permitisse a réu recorrer em liberdade, este não poderia cumprir a pena provisória, apenas, nos casos extremos, elencado no artigo 312 do CPP, ter decretada a sua prisão preventiva. O entendimento, desta forma, veio a restringir os efeitos da jurisprudência dominante no STF. Declarou o relator que:

> Na hipótese sob exame, ficou consignado no dispositivo da sentença condenatória que o paciente poderia apelar em liberdade – comando que, ao meu ver, não pode ser interpretado restritivamente, impedindo, por conseguinte, que o tribunal de segunda instância determine sua prisão depois de julgado este recurso. (BRASIL. 2017a, p. 18)

A jurisprudência atual do STF também deixou de considerar o princípio do duplo grau de jurisdição, ainda que não positivado no texto constitucional, a garantia se encontra presente em tratados ratificados pelo Brasil, e possui força de emenda constitucional, vale dizer, trata-se de princípio processual que deve ser respeitado em favor do devido processo legal.

Contudo, o Ministro Lewandowski, ainda no julgamento do mesmo HC, argumenta a respeito dos riscos que a nova interpretação vem trazendo às garantias processuais:

> [A decisão] não respeitou, necessariamente, o princípio do duplo grau de jurisdição, uma vez que deu azo ao início do cumprimento de pena tanto do indivíduo absolvido em primeiro grau e condenado em segundo grau de jurisdição, bem como daquele que apenas foi condenado em segunda instância, por ter foro por prerrogativa de função em Tribunal de Justiça ou em Tribunal Regional Federal. (BRASIL, 2017a, p. 15).

Não bastasse o exposto acima, a segunda turma do Supremo Tribunal Federal, em agosto de 2018, contrariou expressamente o entendimento firmado pelo plenário no julgamento do HC 126.292 e das ADC 43 e 44, ao condicionar a execução provisória a uma manifestação do Superior Tribunal de Justiça, conforme trecho exposto abaixo:

> Decisão: A Turma, por votação unânime, julgou improcedente a reclamação e, por maioria, concedeu ordem de habeas corpus de ofício para, excepcionalmente, suspender a execução provisória da pena imposta ao reclamante, até que, nos moldes da compreensão firmada no HC nº 152.752/PR, o Superior Tribunal de Justiça decida seu recurso, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin e Celso de Mello. (BRASIL, 2018, on-line)

O entendimento presente na Reclamação era minoritário na Corte, sendo pertencente apenas ao Ministro Dias Toffoli e ao Ministro Gilmar Mendes, após a mudança de seu entendimento no HC 142.173 em maio de 2017.

Contudo, a nova tese, ainda que minoritária, foi suficientemente forte para causar um revés nas decisões judiciais, acarretando inúmeros pedidos de relaxamento, *habeas corpus* e revisões das atuais execuções provisórias.

No mais, serviu para desgastar ainda mais o judiciário, colocando-o em descrédito e fomentando ainda mais a sensação de insegurança jurídica sobre os direitos fundamentais consagrados na constituição.

Considerações finais

Na seara de direitos e garantias fundamentais, não se pode discutir qualquer temática sem levar em conta a sua principal função: limitação do poder estatal, em especial do seu poder punitivo.

A constituição federal prega taxativamente o direito a presunção de inocência, e garantiu a ela efeitos que deverão se estender até o fim do processo penal. No entanto, a jurisprudência do STF, cada vez menos uníssona ou coerente, roga por limitar sua incidência.

Dessa forma, caso ousássemos corroborar com tal entendimento firmado na corte, estaríamos por relativizar profundamente o status de Norma da carta constitucional, conferindo a ela apenas um simbolismo para dizer ou significar qualquer coisa que, oportunamente, poderá ser mudada, ignorando todo o contexto histórico e as evoluções jurídicas que ela se presta a traduzir.

Embora possa-se pensar que a mais nova orientação surgida no STF de condicionar execução provisório da pena a decisões do Superior Tribunal de Justiça possa significar uma revalidação da presunção de inocência, ou, pelo menos, o início de um caminho que leve a retomada da jurisprudência firmada no julgamento do ano de 2009, ainda assim estaríamos distantes do que preceitua a Constituição.

Longe de uma resposta satisfativa a respeito das interpretações que poderão ser dadas às garantias fundamentais, e em especial, aos princípios penais e processuais penais, resta apenas esperar para que tais decisões não sirvam como um precedente legitimador de outras violações e nem que se destoe o lugar das liberdades individuais, a maior conquista frente a história do abuso e das arbitrariedades estatais.

Referências

BRANCO, P. G. G.; MENDES. G. F. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev., e atual. São Paulo: Saraiva. 2016.

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em:< https://goo.gl/wC-7cpH>. Acesso em: 11 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Habeas Corpus** nº 126.292. Inteiro teor do acórdão. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: < https://goo.gl/vLCH1s>. Acesso em: 11 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** n° 137.063. Paciente: Aladio Palmieri Jose Adriano. Relator. Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 12 de setembro de 2017a. Disponível em<https://goo.gl/D5bd3o>. Acesso em: 10 de out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** nº 142.173. Inteiro teor do acórdão. Paciente: Bruno Papai Diniz. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 23 de maio de 2017b. Disponível em: < https://goo.gl/m5hDWq>. Acesso em: 10 de out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Reclamação** 30.245. Reclamante: josé Dirceu de Oliveira e Silva. Reclamada: Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Relator Ministro Carmem Lucia. Brasília, 21 de agosto de 2018. DJe 30/08/2018.

CUNHA. R. S. **Manual de Direito Penal**: parte geral (Arts. 1° ao 120). 4. ed. ver., ampl., e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Disponível em: <https://goo.gl/nH2P4o>. Acesso em: 10 out. 2018.

Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Disponível em: <https://goo.gl/xJZzsk>. Acesso em: 10 out. 2018.

FERNANDES. B. G. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

GIACOMOLLI, N. J. Comentário ao artigo 5°, inciso LVII. In: CANOTILHO, J. J. G. et al. (Coords.) **Comentários à constituição do Brasil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 440-445.

NOGUEIRA ALCALA, Humberto. Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia. **Ius et Praxis**, Talca, v.

11, n. 1, p. 221-241. [S.I.] 2005. Disponível em <https://goo.gl/7x-N1CP>. Acesso em 11. Out. 2018.

A mitigação da liberdade de expressão em detrimento da democracia brasileira.

Manoel Bessa Filho
Eduardo Humberto Deneriaz Bessa

Introdução

Democracia e liberdade, são realidades que, como irmãos siameses tem que existir de tal forma que, eliminar-se uma dessas realidades, seria a impossibilidade de que a outra continuasse a existir.

Sem liberdade, conceitos como igualdade, fraternidade não seriam mais que figuras de retórica. Os homens devem ser igualmente livres, para que possam exercer a fraternidade, exigir igualdade.

Nossa constituição de 88, que marcou o processo de redemocratização do País, se iniciou com uma proclamação libertaria: todos são iguais perante a lei. Foi a caracterização do que Ulisses Guimarães chamou de "constituição cidadã".

Neste trabalho pretendemos esclarecer essa relação intrínseca entre essa duas realidades, que como vasos comunicantes são interdependentes, e para tanto vamos trabalhar esses dois conceitos, mais precisamente essas duas realidades ônticas, tais como estão previstas no nosso ordenamento constitucional.

1. A essência da Democracia

Neste parágrafo não procuraremos achar um conceito definitivo ou correto para o termo democracia, nem nos aprofundaremos acerca de sua origem etimológica. Nos resguardaremos no foco de buscar sua essência, ultrapassando os limites de seus efeitos meramente literais

Platão em "A República", traz o diálogo de Sócrates e Adimanto, sobre a dissolução da democracia. Indagando seu interlocutor, Sócrates pergunta: "não é a ambição daquilo que a democracia assinala como o bem supremo a causa da sua dissolução?", logo em seguida Sócrates responde sua própria pergunta, afirmando ser a liberdade esse bem supremo (PLATÃO, 2001).

Já na "Política", Aristóteles (2002) afirma que existe democracia sempre que homens livres detêm a supremacia do poder. Reiterando a posição preponderante da liberdade na democracia, em conjunto com a igualdade, sendo os dois princípios mais poderosos na sua visão.

Em "o espirito das leis - de l'esprit des lois", segundo Montesquieu (2000) nasce a democracia como um Estado popular, que é preenchido por uma "virtude". Se conclui no mesmo capitulo da obra, que tal virtude trata-se da liberdade, ao mostrar que Roma era uma cidade escrava, sem a virtude da liberdade após governos de Nero, César, Domiciano.

O autor ao definir a democracia como um Estado popular, aquele que decorre da vontade soberana do povo, traz como substancia principal deste Estado a liberdade, sendo esta uma virtude inerente ao próprio povo livre; virtude esta que se perdeu diante dos diversos governos tiranos de Roma, tornando os romanos cada vez mais escravos, súditos dos governos autoritários da época (MONSTESQUIEU, 2000).

Ao avançarmos na linha do tempo da história, quase duzentos anos após a obra de Montesquieu, Hans Kelsen, tido como um dos maiores influenciadores do estudo do direito da humanidade, dedica uma obra exclusivamente à democracia. Para Hans Kelsen, a liberdade é um instinto primitivo do homem, sendo fundamental para democracia: "a liberdade e igualdade são as ideias fundamentais da democracia e os dois instintos primitivos do homem enquanto ser social; o desejo de liberdade e o sentimento de igualdade estão em sua base" (KELSEN. 2000, p.167).

Bobbio busca uma definição de democracia, primeiro partindo da análise de um sistema político, para depois ir ao encontro com sua essência:

> No entanto, mesmo para uma definição mínima de democracia, como é a que aceito, não bastam nem a atribuição a um elevado número de cidadãos do direito de participar direta ou indiretamente da tomada de decisões coletivas, nem a existência de regras de procedimento como a da maioria (ou, no limite, da unanimidade). É indispensável uma terceira condição: é preciso que aqueles que são chamados a decidir ou a eleger os que deverão decidir sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condição de poder escolher entre uma e outra. Para que se realize esta condição é necessário que aos chamados a decidir sejam garantidos os assim denominados direitos de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião, de associação, etc. (BOBBIO, 1986, p.19)

Para o autor a democracia vai além do poder de um elevado número de cidadãos de participarem das decisões coletivas de forma direta ou indireta. Para o autor é necessário que haja uma real possibilidade de alternativas, e o respeito de escolha entre um ou outro ponto, sendo através desse respeito imposta a liberdade de escolha do indivíduo.

Para um aprofundamento no conceito da palavra, usaremos o ensinado por José Afonso da Silva:

> Democracia é conceito histórico. Não sendo por si um valor fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo de cada etapa do evolver social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. Sob esse aspecto, a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história. (2005, p. 125)

A partir da definição do ilustre professor, conseguimos identificar que a democracia necessita do resguardo dos direitos fundamentais do homem,

dentre eles a liberdade, a igualdade, para que só assim possa de forma límpida emanar a soberania do povo em suas escolhas, sendo, segundo o autor, um processo continuo de afirmação da soberania popular e da garantia de tais direitos advindos dela. Complementa ainda da seguinte forma:

> "Diz-se que é um processo de convivência, primeiramente para denotar sua historicidade, depois para realçar que, além de ser uma relação de poder político, é também um modo de vida, em que, no relacionamento interpessoal, há de verificar-se o respeito e a tolerância entre os conviventes" (SILVA. 2005, p.126).

Sahid Maluf divide a democracia em dois tipos: Formal e Substancial. Ele define a democracia formal como: "Um sistema de organização política em que a direção geral dos interesses coletivos compete à maioria do povo, segundo convenções e normas jurídicas que assegurem a participação efetiva dos cidadãos na formação do governo" (MALUF. 1999, p. 291).

Já em sentindo substancial Maluf, afirma que a democracia é: "Um sistema de governo temporário e eletivo, democracia é um ambiente, uma ordem constitucional, que se baseia no reconhecimento e na garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana" (MALUF. 1999, p. 291).

Através dessa ideia de democracia substancial de Maluf, conseguimos ver que a democracia passa por um conjunto de direitos e garantias fundamentais que exaltam a liberdade, igualdade, e legitimidade.

Por fim, fica demonstrado que diante de uma viagem para o início da era democrática, até os tempos contemporâneos, a democracia sempre manteve intacta sua essência, que é o que buscamos neste recorte do trabalho. Tal essência se configura com a liberdade; liberdade em homens livres de seus senhores, liberdade de homens livres em suas convicções, liberdade de escolha e crença, e acima de tudo, da legitimidade para exercer tal liberdade. Este conjunto é fruto moderno da revolução francesa que liberta o homem da pedra do absolutismo pesando em suas costas; Contudo conclui-se que no núcleo da democracia encontra-se a liberdade acima de todos os demais direitos fundamentais, pois, só através desta será possível encontrar a plenitude democrática.

2. O caminho à liberdade no universo jurídico brasileiro

É importante destacar que o processo de democratização de um país, é um motor em funcionamento continuo. Quando tratamos de Brasil tem que ser verificada sua mocidade democrática. Como sabemos a democracia é um conjunto de características que tem como sua essência a liberdade. E justamente nossa constituinte nasceu após aproximadamente vinte anos de regime militar que reprimiu certas liberdades e garantias fundamentais do indivíduo.

Para o nosso estudo, a priori, nos interessam os direitos e deveres individuais e coletivos, expressos amplamente no art. 5° da CRFB/88. Vale ressaltar que a doutrina majoritária, com cumplicidade do Supremo Tribunal Federal, tem se posicionado com a ressalva de que os direitos individuais e coletivos não se esgotam no referido artigo.

No decorrer dos tempos, com o advento da Revolução Francesa de 1789, os direitos fundamentais ganharam força no mundo contemporâneo, sob a égide dos lemas: Liberdade, Igualdade e Fraternidade. Classificando assim o direito em gerações, ou dimensões, como prefere a doutrina maior.

No contexto deste trabalho ficaremos com a explanação acerca da 1ª geração/dimensão dos direitos fundamentais, que deriva do lema revolucionário chamado de "liberdade". Nesta dimensão dos direitos fundamentais o centro do ordenamento jurídico é o indivíduo, tem sua ebulição para frear o Estado cerceador, para poder sobressair os direitos individuais. Temos como exemplos desses direitos de 1ª dimensão, o direito à vida; à liberdade em sentido geral e estrito; direito à propriedade; ao voto; ao devido processo legal.

É catedrático Bonavides (1997) ao descrever os direitos de 1ª dimensão como direitos onde o titular é o indivíduo, fazendo este uma oposição ao Estado. Sendo marcante a subjetividade de cada indivíduo ao resistir e se opor ao Estado.

Após entendermos o significado de um direito fundamental relativo à liberdade, dado como um direito de 1ª dimensão, podemos avançar na busca da compreensão do sentido de liberdade no mundo jurídico, compreendendo de onde a liberdade deriva. A liberdade está intrinse-

camente ligada aos direitos individuais e coletivos assegurados pela Constituição da República, e para isso devemos entender do mesmo modo, o que são os direitos individuais.

José Afonso da Silva, conceitua os direitos individuais como:

> como direitos fundamentais do homem-indivíduo, que são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo a iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado. Por isso, a doutrina (francesa, especialmente) costuma englobá-los na concepção de liberdade-autonomia. (SILVA, 2005, p. 191)

Já Sahid Maluf, segue a mesma linha de José Afonso da Silva, classificando os direitos individuais como direitos fundamentais propriamente ditos:

> "Os direitos fundamentais propriamente ditos referem-se aos atributos naturais da pessoa humana, invariáveis no espaço e no tempo, segundo a ordem natural estabelecida pelo Criador do mundo e partindo-se do princípio de que todos os homens nascem livres e iguais em direitos. Estendem-se, portanto, a todos os homens, sem distinção de nacionalidade, raça, sexo, ideologia, crença, condições econômicas ou quaisquer outras discriminações. São os direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual, à propriedade, etc.". (MALUF, 1999, p.223)

Para os autores fica claro que os direitos individuais seguem uma natureza interpretativa puramente literária, estando presentes na substancia do indivíduo. A CRFB/88, dedicou aos direitos individuais e coletivos um dos seus artigos mais extensos do corpo constitucional que é o art. 5°. Entretanto não deixou que tais direitos e garantias se esgotassem somente neste rol, e afastou por expresso sua interpretação taxativa.

Vale ressaltar que o caput do Art. 5º de nosso texto constitucional traz uma visão generalizada dos direitos e garantias individuais previstos, que prontamente direciona os demais dispositivos para a efetividade da garantia do indivíduo como um ser livre.

Assim diz o caput, do art. 5° da CRFB/88: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasilei-

ros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:". (BRASIL, 1988).

Após a dissecação sobre os direitos fundamentais, e sobre, os direitos individuais e coletivos do homem, chegamos ao ponto de partida do nosso trabalho: A tão sonhada liberdade. Acreditamos que não há uma democracia sem a liberdade como essência para o seu correto funcionamento, com toda certeza trata-se de um pilar fundamental do Estado democrático de direito.

Para Montesquieu (2000) a liberdade em uma constituição consiste em não obrigar ninguém a fazer aquilo que a lei não obriga; "a liberdade só pode consistir em poder fazer o que se deve querer e em não ser forçado a fazer o que não se tem o direito de querer." (MONTESQUIEU. 2000, p. 166).

Já José Afonso da Silva, vai um pouco além em seu conceito sobre liberdade dispondo que: "liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal." (SILVA. 2005, p. 233).

Vivemos em uma sociedade cujo direito positivo é o que rege o Estado. Diante disto não interessa ao Estado democrático tratar das liberdades internas do indivíduo, devendo apenas se preocupar com suas liberdades externas, objetivas, de onde advém o querer fazer da consciência, o exteriorizar dos pensamentos.

Para o prosseguimento de nosso estudo analisaremos a liberdade de expressão como uma espécie da liberdade no seu todo, como gênero das espécies de liberdades de pensamento e suas livres convicções político-filosóficas; a liberdade cientifica, artística; a liberdade intelectual, etc.

3. Da liberdade de expressão como direito fundamental

No presente estudo classificamos a liberdade de expressão como a liberdade suprema do indivíduo. Entendemos ser liberdade de expressão aquela relativa ao pensamento, à opinião, à religião e crença, à informação, artística, de conhecimento, filosófica, política, cientifica, intelectual, etc.

Quanto a liberdade de pensamento José Afonso da Silva nos ensina que: "se caracteriza como exteriorização do pensamento no seu sentido mais abrangente. É que, no seu sentido interno, como pura consciência, como pura crença, mera, opinião, a liberdade do pensamento é plenamente reconhecida, mas não cria problema maior." (SILVA. 2005, p.241).

SILVA (2005) chega à conclusão que o homem não vive preso ao seu interior, necessitando ser um ser social. Tendo tendências e necessidade de expressar e trocar suas ideias e opinião com outros humanos, se relacionando na sociedade.

A liberdade de manifestação de pensamento está prevista no art. 5°, IV e V, da CRFB/88. No cerne do tema, se extrai o seguinte ensinamento: "A Constituição assegurou a liberdade de manifestação do pensamento, vedando o anonimato. Caso durante a manifestação do pensamento se cause dano material, moral ou à imagem, assegura -se o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização." (LENZA. 2012, p.980).

De acordo com os autores fica nítida a metamorfose que se configura na manifestação do pensamento, sendo como a exteriorização de algo pessoal do indivíduo emissor. É onde seu íntimo abstrato ganha contornos, com margens puramente sociais. Sendo sua fronteira o interior pensante de outrem, que molda, absorve ou repudia aquilo emitido por seu semelhante.

No tocante a liberdade de opinião, trazemos o ensinamento de que: "trata-se da liberdade de o indivíduo adotar a atitude intelectual de sua escolha: quer um pensamento íntimo, quer seja a tomada de posição pública; liberdade de pensar e dizer o que se crê verdadeiro". (SILVA. 2005, p. 241).

Por fim, no que tange à liberdade de pensamento, conseguimos analisar que se configura como uma liberdade interna do indivíduo, mas sem nenhum vínculo carcerário com seu interior, podendo ou não serem exteriorizadas sempre que o indivíduo assim quiser. Na nossa convicção trata-se de uma liberdade perfeita, intangível, com efeito centrifugo, não se configurando, em uma primeira análise, em um fato social. Entretanto não negamos, que em sua concepção, o pensamento tem uma grande possibilidade de sofrer uma influência externa do meio em que o indivíduo pertence.

Ao adentrar um pouco mais nos ramos da liberdade de opinião nos deparamos com a salvaguarda ao direito à crença, a partir de uma intepretação do art. 5°, VI, da CRFB/88. Concluímos estar diante de um Estado

laico, tendo como consequência a neutralidade institucional, não promovendo ou aderindo, e muito menos discriminando nenhuma religião.

Dispõe nosso texto constitucional no seu art.5°, VI, que: "é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;". (BRASIL, 1988)

É notável que o legislador optou por pregar a diversidade e o pluralismo de consciência e de crença, podendo assim satisfazer a todos os indivíduos, proporcionando liberdade em sua escolha e no seu exercício seja de forma positiva (atuante), ou negativa (não aderindo a nenhuma crença). Silva (2007) nos ensina que a liberdade de crença é apregoada na escolha em aderir qualquer seita, porém, consiste também na liberdade por optar pela descrença, podendo o ateu exprimir seu agnosticismo.

Entendemos que o indivíduo tem o direito de se expressar a respeito de sua atividade intelectual, artística, cientifica, e inclusive de comunicação (escolhendo ou não o que quer como informação receptível) e para isso nosso texto constitucional garantiu tais direitos (liberdades) ao indivíduo, independentemente de censura, ou da necessidade de licença, conforme nos ensina o art. 220 da CRFB/88.

Ao analisarmos o direito de liberdade de pensamento, esbarramos no direito à liberdade de opinião como ponto de partida para todas as outras liberdades de expressão remanescentes: artísticas, cientificas e intelectuais, tais como: liberdade de crença, filosóficas, políticas, e até mesmo as de informação. Classificamos tais liberdades como formas de liberdades impuras, impura não por ser ruim, mas porque traz uma alta carga de fragmentos externos da sociedade para o indivíduo, fazendo um movimento centrípeto para o seu interior. Derivam quase sempre de movimentos externos, seja de seitas religiosas; ou, seguindo os ensinamentos político-ideológicos alinhados com a esquerda ou com a direita, optando também pelo centro; ou até mesmo tendo como preferência uma fonte jornalística "A" ou "B".

Concluímos que não há uma hierarquia entre tais liberdades independente da denotação de suas nomenclaturas. Apenas uma reúne uma porcentagem maior de característica pessoal ou social do que a outra. Ambas formam um verdadeiro ciclo intelectual que consiste na formação do indivíduo como ser social.

4. O risco à Democracia na mitigação da liberdade de expressão

Em torno deste trabalho, focamos na premissa maior que a democracia tem como essência fundamental a liberdade, sendo uma subsistente a outra. Sendo assim, podemos concluir que a democracia foi feita para o homem e não para o Estado, sendo a democracia uma forma de inserir o homem na vida estatal, livrando-o, ao mesmo tempo, das garras autoritárias do Estado.

Nesta visão onde o homem é o centro do Estado, Milton Friedman, em sua obra "capitalismo e liberdade" traz a ótica de que:

> A liberdade é uma planta rara e delicada. Nossas próprias observações indicam, e a história confirma, que a grande ameaça à liberdade está constituída pela concentração do poder. O governo é necessário para preservar nossa liberdade, é um instrumento por meio do qual podemos exercer nossa liberdade; entretanto, pelo fato de concentrar poder em mãos políticas, ele é também uma ameaça à liberdade. (FRIEDMAN, 2014, p. 11)

Muitos autores partem do ponto que é preciso relativizar o direito à liberdade de expressão, sempre que este for de encontro a outros direitos tais como a honra, a intimidade, a vida privada, a imagem da pessoa, etc. Essa relativização acontece porque muitas vezes o exercício da liberdade de expressão entra em rota de colisão com outros direitos fundamentais, que também integram e são tão importantes para o Estado democrático de direito quanto a liberdade.

Entretanto, após longos anos fora de um regime democrático, a constituinte de 1988, se preocupou demasiadamente com a liberdade de expressão, diante dos abusos e arbitrariedades nesse sentido, dos governos autoritários da época, vedando em sua carta magna de forma expressa todo tipo de censura.

É nítido o choque da liberdade de expressão, com os demais direitos fundamentais do indivíduo. Hoje no brasil é empregada até a terminologia: "discurso do ódio", quando alguns grupos agem de forma extrema e única na defesa de suas convicções, pelo amparo da liberdade de expressão. Normalmente, mas não sendo uma regra, tais grupos

pertencem a uma minoria, que somente através de sua liberdade de expressão podem ser notadas e incluídas nas pautas da sociedade, graças ao instituto da democracia. Temos como exemplo de tais grupos os: índios, negros, LGBT´s, os anarquistas, entre outros.

Entendemos liberdade de expressão como uma manifestação pública e objetiva de ideias, opiniões, críticas, crenças, sentimentos etc., tendo em seu bojo uma integralidade que entra em conjunto com várias formas do ser humano exteriorizar sua subjetividade.

Como vimos acima, o homem é um ente social, que está em constante troca de informações e códigos, e é a partir daí que se aprofunda a análise de um possível risco a democracia quando se relativiza a liberdade de expressão. A discussão em foco fica longe da tratativa de a liberdade de expressão ser ou não um direito absoluto, o que se quer com esta é simplesmente tentar identificar até que ponto é saudável a reivindicação e o exercício deste direito.

Muitos doutrinadores consideram que o limite para a liberdade de expressão, seja quando esta entra no chamado "discurso de ódio". Pois a partir deste ângulo a liberdade de expressão já estaria ultrapassando os limites do princípio dignidade da pessoa humana, principio este, explicito em nossa carta magna no art.1°, III.

Ao olhar para os outros países, conseguimos verificar que discurso de ódio não vem sido aceito pela maioria deles, sofrendo limitações de seus órgãos de controle. Entretanto, nos Estados Unidos a ótica muda um pouco, pois, a liberdade de expressão é o mais valorizado direito fundamental do ordenamento jurídico norte americano.

No Brasil, pouco se ouve falar em causas judiciais oriundas do discurso do ódio, normalmente a judicialização só é notada quando há em confronto a liberdade de imprensa, mas em escala bem menor entre particulares ou grupos.

Ao defender a relativização da liberdade de expressão o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso traz limites a liberdade de expressão:

> É evidente que tanto a liberdade de informação, como a de expressão, e bem assim a liberdade de imprensa, não são direitos ab-

> solutos, encontrando limites na própria Constituição. É possível lembrar dos próprios direitos da personalidade já referidos, como a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem (arts. 5°, X e 220, §1°), a segurança da sociedade e do Estado (art.5°, XIII), a proteção da infância e da adolescência (art. 21, XVI); no caso especifico de rádio, televisão e outros meios eletrônicos de comunicação social, o art. 221 traz uma lista de princípios que devem orientar sua programação. (BARROSO. 2005, p.109).

Tais controvérsias a respeito do tema sempre geraram debate no mundo acadêmico, entretanto somente ganharam notoriedade maior no eixo social, a partir do emblemático caso de Siegfried Ellwanger, escritor que virou réu em ação que chegou ao Supremo Tribunal Federal sob a acusação de racismo.

O plenário da Suprema Corte manteve a condenação do autor, entretanto merece destaque para o fechamento da discussão o voto do ministro Marco Aurélio Mello:

> Estaria configurado o crime de racismo se o paciente, em vez de publicar um livro no qual expostas suas ideias acerca da relação entre judeus e os alemães na Segunda Guerra Mundial, como na espécie, distribuísse panfletos nas ruas de Porto Alegre com dizeres do tipo morte aos judeus, vamos expulsar estes judeus do País, peguem as armas e vamos exterminá-los. Mas nada disso aconteceu no caso em julgamento. O paciente restringiu-se a escrever e a difundir a versão da história vista com os próprios olhos. (voto min. Marco Aurélio Mello, HC 82.424 – 2003)

É evidente que se deve prezar pela dignidade da pessoa humana, fazendo com que o cidadão possa se proteger quando sentir sua honra aviltada, entretanto, guardamos distancia da ideia de qualquer controle preventivo que possa ser confundido com censura. Censura esta que lutamos anos para nos vermos livres, voltando a ter o direitos de nos expressarmos. Estaríamos caminhando para uma censura do povo para com o povo? Teríamos que aplicar instrumentos da democracia direta como plebiscito, ou júri popular para solução de tais impasses? É inimaginável este retrato, da censura do povo pelo povo, por meio da democracia dire-

ta, isso seria sempre uma foice diante das minoria. A democracia não se retrata no regime da maioria governando a minoria, mas sim da minoria opinando, divergindo e sendo ouvida mesmo quando não for maioria.

Nas vias judiciais só ao analisar o caso concreto poderá se atestar o tamanho do grau que deverá ser restringida, se for o caso, à liberdade de expressão. Acreditamos que os efeitos de uma sentença condenatória neste sentido deveria, ainda que para preservar a primazia da liberdade de expressão, buscar a indenização àquele que se sente ofendido e seu devido direito de retratação, do que a retirada de uma possível obra do mercado.

Nota-se que não podemos confundir a liberdade de opinião, de convicções filosóficas e políticas, de crença, artísticas ou intelectuais, e de informação, com os crimes de calúnia, difamação e injuria. Uma coisa é indivíduo discordar das cotas raciais em universidades públicas, ou até mesmo ser convicto filosoficamente que o negro muitas vezes foi escravizado pelo próprio negro; outra coisa é um indivíduo chamar um negro de macaco, o que constituiria uma injuria racial; ou mais grave: incitar que negros só deveriam usar o elevador de serviço; Isso sim deve ser combatido, sem restrições ou medição de esforços.

Considerações finais

No decorrer da história, a democracia se reformulou e se adaptou diversas vezes, sendo um antidoto ao poder tirano, exalando a supremacia de seu povo. Hoje a democracia é sinônimo de poder que emana do povo, a nosso ver uma conquista que só foi possível a partir de um pilar fundamental da democracia, que consideramos na verdade uma essência da democracia, que é a liberdade.

Tal braço de ferro da democracia só ganhou notoriedade após a revolução francesa, com os lemas de liberdade, igualdade e fraternidade, porém, já podiam ser notados desde a Grécia antiga, sendo lá o seu berço.

Por muitas vezes essa essência chamada por nós de liberdade é tão forte, que se confunde com o conceito de democracia. Para nós, facilmente seriam sinônimos, no que tange suas substâncias.

Vale ressaltar que se desconhece no mundo atual uma real democracia que fuja desse sentido. Concluindo: se a liberdade de expressão sofre

restrições por mínimas que sejam, em igual nível torna-se a democracia igualmente comprometida.

Referências

ARISTOTÉLES. **Política.** Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BARROSO, Luiz Roberto. **Liberdade de expressão versus direitos de personalidade: colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação**, In: Temas de Direito Constitucional, III, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 109.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia; uma defesa das regras do jogo**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRASIL. Constituição (1988**). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e Liberdade**. Org. Igor César Franco: LTC, 2014.

KELSEN, Hans. **A Democracia.** 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16ªed.São Paulo: Saraiva, 2012.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MONSTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, baron de. **O Espirito das Leis**. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PLATÃO. **A República**. 9. ed. Trad. Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed., rev. São Paulo: Malheiros, 2005.

————. Comentário contextual à Constituição. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

A fundamentalidade do direito à família

Paloma Braga Araújo de Souza

Introdução

Passados trinta anos da promulgação da Constituição e quinze anos de vigência do Código Civil, há entendimento convergente na doutrina contemporânea[40] de que estes diplomas marcam uma transição na hermenêutica do direito privado, que vem sendo chamada de constitucionalização do direito civil.

Na seara familiarista, observa-se que o modelo de família mononuclear burguesa, composta apenas pelo núcleo principal representado pelo chefe da família (pai), sua esposa e os seus descendentes considerados legítimos – único efetivamente amparado pela legislação anterior à atual Constituição – cedeu espaço a novos arranjos familiares, e a sociedade foi incorporando outras relações de afeto e cuidado, calcadas num projeto de vida em comum. A transformação da interação dos papéis familiares enfraqueceu relações hierarquizadas e oportunizou padrões mais equilibrados de relacionamento nas famílias.

Os novos paradigmas de relações afetivas e de exercício da sexualidade tornaram o sobredito conceito da família mononuclear estreito

40. Nesse sentido, Paulo Lôbo, Daniel Sarmento, Cristiano Chaves de Farias, Gustavo Tepedino, entre outros.

para dar conta da dinâmica da vida em sociedade. As famílias contemporâneas são plurais, eudemonistas, não hierarquizadas, democráticas e funcionais. Plurais, porque não se subsomem a um único modelo pré-estabelecido; eudemonistas porque são consideradas *lócus* de busca da felicidade; democráticas e não hierarquizadas, pois baseadas na igualdade material entre seus membros; funcionais porque destinadas ao desenvolvimento de indivíduos saudáveis e autônomos.

Do Estatuto da Mulher Casada, de 1962, ao Julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.° 132 em 2011,[41] uma longa estrada foi percorrida e se continua a percorrer. A Constituição Federal tem papel de destaque neste processo, uma vez que abraçou um conceito de família comprometido com a dignidade humana. Com o amparo da Constituição, o olhar do Direito sobre a família se volta mais às pessoas que à instituição.

Assim, é escopo deste trabalho analisar em que consiste, em que contexto foi gestada e de que forma se opera a proteção constitucional conferida à família. Se a proteção se volta mais às pessoas do que à instituição, impende compreender de que forma ela se concretiza e se é possível afirmar a existência de um direito fundamental à família.

1. As transformações nas relações familiares e o direito

Até o final do século XX, não se percebeu grande diversidade nos modos ocidentais de organização familiar. Pelo contrário: predominou um modelo de família "ideal" ou idealizado, composto por par heterossexual monogâmico e seus descendentes. Esse modelo é parte de uma imagem construída na história social do ocidente, especialmente nos últimos dois séculos, como se fizesse parte de uma natureza humana imutável, associada a uma concepção particular da moralidade (cristã) e da normalidade (JELIN, 2010, p.22).

A formação da consciência coletiva se dá pela elaboração de símbolos, funções e sistemas estruturantes coordenada pelos arquétipos,

41. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, na qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu como entidade familiar a união estável homoafetiva.

na dimensão cultural (BYINGTON, 2015, p.60). Assim, a família não pode ser estudada como uma instituição isolada, mas como parte de um conjunto de instituições e práticas sociais, nos quais o Estado, as leis, as crenças religiosas, o sistema econômico e outros fatores atuam simultaneamente para configurá-la (JELIN, 2010, p.25). Mudanças no modo de assimilar as estruturas familiares, portanto, estão diretamente ligadas a transformações sociais, econômicas e culturais.

No que diz respeito à formação das famílias, o século XX, especialmente em suas últimas décadas, trouxe mudanças sensíveis, que podem também ser compreendidas "[...] dentro da perspectiva histórica que descreve a grande transformação arquetípica entre a dominância patriarcal no Self cultural, familiar e conjugal, e sua passagem cada vez mais acentuada para a dinâmica de alteridade" (BYINGTON, 2011).

A alteridade é um padrão democrático e permite um tipo de relacionamento familiar mais equilibrado, em que todos têm direitos iguais de se expressar plenamente. Ele se revela tanto entre o homem e a mulher como cônjuges e, a partir da adolescência, também na relação entre pais e filhos. Segundo Byington (2011), é possível "aferir o grau de humanismo de uma cultura pelo grau da prática da posição de alteridade dentro das famílias que a compõem".

A história do Direito de Família no Brasil e em diversos ordenamentos jurídicos, é marcada por vários registros de exclusão (PEREIRA, 2006, p.195). A Declaração Universal dos Direitos Humanos trouxe uma mudança de paradigmas no que concerne à família, uma vez que colocou o direito à família como direito humano, nele incluído a igualdade entre homens e mulheres e a especial proteção à maternidade e à infância. Entretanto, a realização desses direitos não se deu de modo uniforme, tampouco concomitante, nas diversas nações.

No Brasil, os direitos humanos só ganharam força a partir da promulgação da atual Constituição. Como lembra Flávia Piovesan (1999, p.81), a carta política de 1988 é fruto de um gradual processo de redemocratização, após mais de duas décadas de ditadura militar, na qual se estabeleceu uma pujança do Poder Executivo e a supressão de diversos direitos individuais. Desse modo, a Constituição se consolidou como

"[...] marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil".

Do Preâmbulo aos Princípios Fundamentais, o núcleo material de todo o projeto constitucional pátrio se funda na busca de uma harmonia social, decorrente do respeito à pluralidade, à cidadania e à dignidade da pessoa humana. Mas, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, inspirada nos ideais – assumidos como palavras de ordem pela Revolução Francesa – de liberdade, igualdade e fraternidade, não prescinde da compreensão da pessoa humana como fundamento e fim da sociedade e do Estado (MIRANDA, 2000, p.180).

Essa compreensão, que deve recair sobre a pessoa concreta, na sua vida real e cotidiana, é que conduz à consagração constitucional de direitos fundamentais de matizes mais diversas: da vida e integridade física aos direitos sociais e trabalhistas; da presunção de inocência à proteção da intimidade; da liberdade de crença à proteção das crianças e dos deficientes, passando, é claro, pelas relações de família (MIRANDA, 2000, p.184-186).

A Constituição de 1988, apesar de dedicar à família apenas um único artigo, "[...] reescreveu o Direito de Família no Brasil (e não só ele), retirando do Código Civil de 1916 e demais normas a centralidade do sistema" (HIRONAKA, 2015, p.45). Além do reconhecimento da pluralidade de entidades familiares e o restabelecimento da igualdade entre os filhos, a igualdade entre o homem e a mulher no exercício de direitos e deveres na condução da família foi consagrada.[42]

O art. 226 da Constituição Federal reconhece a família como base da sociedade, devotando-lhe especial proteção do Estado. Mas, para além disso, sua estruturação como cláusula geral[43] trouxe em seu bojo a permissão para uma nova compreensão da família, abrindo espaço, ainda, para o reconhecimento de variados arranjos familiares.

---

42. Nesse sentido, Manoel Jorge e Silva Neto (2013, p.939) observa que o § 5°do art. 226, que estabeleceu a igualdade entre os cônjuges, levou também à modificação da nomenclatura do instituto do pátrio poder, que passou a se chamar, no Código Civil de 2002, de poder familiar.

43. Adota-se aqui o entendimento de Engish (2001, p.229), para quem a cláusula geral é uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos.

2. O conceito de família na constituição federal

Até o advento da Constituição Federal de 1988, o conceito de família estava imbricado ao conceito de casamento. Assim, só eram reconhecidas como entidades familiares aquelas constituídas através do vínculo jurídico do matrimônio, a denominada família mononuclear burguesa, notadamente hierarquizada e patriarcal.

Ao suprimir a cláusula de exclusão, que apenas reconhecia a família constituída pelo casamento, mantida nas Constituições anteriores, a atual Constituição promoveu importante transição paradigmática no campo do Direito de Família, uma vez que não estabeleceu "modelo preferencial de entidade familiar" (LÔBO, 2002, p.106).

Os primeiros parágrafos do art. 226 do texto constitucional se dedicaram a tratar das famílias formadas pelo casamento, pela união estável e pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, a chamada família monoparental. A referência expressa a esses três modelos de entidades familiares, passado o entusiasmo da inovação, gerou debates doutrinários acerca da natureza deste elenco trazido pelo art. 226: afinal, trata-se de rol exaustivo ou exemplificativo?

A maioria dos autores contemporâneos parece concordar que se trata de rol aberto. Por todos, veja-se Paulo Lôbo (2002, p.93):

> O fato de, em seus parágrafos, referir a tipos determinados, para atribuir-lhes certas conseqüências jurídicas, não significa que reinstituiu a cláusula de exclusão, como se ali estivesse a locução "a família, constituída pelo casamento, pela união estável ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos". A interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos.

O argumento de Paulo Lôbo teve ressonância no voto do Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento da ADPF n.° 132. Na ocasião, divergindo da fundamentação do relator, Ministro Carlos Ayres Britto, o Ministro Ricardo Lewandowski entendeu que união homoafetiva, a par da união estável, constitui "um quarto gênero, não previsto no rol en-

cartado no art. 226 da Carta Magna, a qual pode ser deduzida a partir de uma leitura sistemática do texto constitucional" (BRASIL, 2011).

Desse modo, filiou-se o Ministro à corrente que entende que o rol de entidades familiares previsto no art. 226 é *numerus apertus:*

> Assim, muito embora o texto constitucional tenha sido taxativo ao dispor que a união estável é aquela formada por pessoas de sexos diversos, tal ressalva não significa que a união homoafetiva pública, continuada e duradoura não possa ser identificada como entidade familiar apta a merecer proteção estatal, diante do rol meramente exemplificativo do art. 226, quando mais não seja em homenagem aos valores e princípios basilares do texto constitucional. (BRASIL, 2011).

Em sentido semelhante, em decisão um pouco mais recente, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça também reconheceu como entidade familiar agrupamento humano não contemplado nos parágrafos do art. 226, qual seja, a família anaparental.[44] Em seu voto, a relatora, Ministra Nancy Andrighi, asseverou que:

> O primado da família socioafetiva tem que romper os ainda existentes liames que a atrelam a uma diversidade de gênero e fins reprodutivos, não em um processo de extrusão, mas sim de evolução, onde as novas situações se acomodam ao lado de tantas outras, já existentes, como possibilidades de grupos familiares. (BRASIL, 2012)

De fato, a análise das diversas possibilidades de agrupamentos afetivos desconstrói a possível taxatividade do rol de entidades familiares previstas no art. 226 da Constituição Federal. Indissociáveis da realidade posta, as entidades familiares devem ser reconhecidas fora do âmbito das paixões, amparadas no fundamento da dignidade da pessoa humana, assim como nos princípios que vedam a discriminação e protegem a intimidade (Silva Neto 2013, p.939).

44. Considera-se família anaparental aquela em que não há a figura de um ascendente, como por exemplo, a comunidade formada apenas por irmãos.

Impende observar, inclusive, que outros critérios para fixação de parentesco que não o da consanguinidade e do casamento há muito são utilizados para a determinação desse vínculo (AGUIAR, 2005, p.5). Essa abertura ganha ainda mais corpo na sociedade multicultural contemporânea, especialmente em face de questões sobre técnicas de fertilização assistida e outras que tais que repercutem na concepção tradicional de modelos familiares (BOUCAULT, 2002).

As pretensões morais que fundamentam cada direito têm um caráter histórico; elas só aparecem quando surge a necessidade ou quando o progresso permite. Desse modo, assim como não há como se falar, por exemplo, em direito à liberdade de imprensa antes da consolidação desta na Europa dos séculos XVIII e XIX (PECES-BARBA MARTÍNEZ, 1994, p.624), também não é possível falar, por exemplo, em família mosaico, no Brasil da primeira metade do século XX.[45]

Observa-se, pois, que a Constituição Federal de 1988 permitiu a superação do paradigma da família exclusivamente conjugal. Com efeito, a compreensão de que o rol de entidades familiares previstas na Constituição Federal é meramente exemplificativo representa uma ruptura com um modelo de família mononuclear e traduz o conceito de uma família democrática e plural, que finca seus alicerces na dignidade humana, franqueando a todos o direito à busca da felicidade.

Luiz Edson Fachin (2011) observa, ainda, que as disposições constitucionais atinentes à família permitem o seu deslocamento de um lugar de poder, para um lugar de cidadania, que privilegia o afeto, a liberdade e a igualdade:

> A passagem do conceito de família-poder para a família-cidadã é também de um programa a se construir.
>
> A compreensão do texto constitucional brasileiro vigente vai dando espaço para que a família, nessa concepção contemporânea do direito, se inclua como ente aberto e plural. É desse degrau de efetivação da cidadania que reclama a pluralidade constitucional

45. Famílias mosaico ou famílias reconstituídas são aquelas que se formam após o desfazimento de outros núcleos familiares. Assim, por exemplo, a união entre pessoas que possuem filhos de relacionamentos anteriores.

> da família, não exclusivamente matrimonializada, diárquica, eudemonista e igualitária.

No mesmo sentido, Rodrigo da Cunha Pereira (PEREIRA, 2012, p. 27-29) assevera que a partir do espírito da Constituição de 1988, o tratamento jurídico dado à família sofreu uma revolução paradigmática, haja vista a superação de velhas concepções tais como: a ilegitimidade de filhos havidos fora do matrimônio, a suposta superioridade do homem sobre a mulher nas relações conjugais e o casamento como única forma de constituição de família.

Desse modo, o conceito de família que se extrai do texto constitucional é aberto e plurívoco, assentado na dignidade humana e permissivo da busca da realização e da felicidade dos seus membros. Casamento e procriação deixam de ser condicionantes para se tornarem opções disponíveis ao exercício da liberdade, no âmbito das novas famílias democráticas e plurais.

3. Proteção constitucional à família

Como afirmado alhures, a família, enquanto base da sociedade, goza de especial proteção do Estado, nos termos do art. 226 da Constituição Federal. Essa proteção especial, reconhecida desde a Constituição de 1934, teve seu eixo paulatinamente deslocado da família enquanto instituição para as pessoas humanas que a compõem. A proteção constitucional conferida à família não se dá pela família, mas em razão da pessoa humana, "sendo descabida (e inconstitucional!) toda e qualquer forma de violação da dignidade do homem sob o pretexto de garantir proteção à família" (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p.47).

Miguel Carbonell (2006, p.91-92) entende que a proteção constitucional à família, embora se faça por meio de disposições que garantam proteção às crianças, aos idosos, à moradia etc. não prescinde da implementação de uma série de políticas públicas substantivas, que reconheçam os mais variados arranjos familiares e provejam serviços em favor das famílias, a exemplo da oferta de creches para as crianças na primeira infância, permitindo às mães trabalhar fora de casa, e de centros de atenção familiar, entre outros.

Percebe-se, assim, que a proteção constitucional à família, na pessoa de seus membros, é materializada através da consagração de direitos e deveres que se lastreiam, essencialmente, na dignidade da pessoa humana.

Como leciona Miguel Reale (2010, p.101), a pessoa humana não pode se realizar vivendo de acordo com um padrão ideal que não corresponda à sua essência: a realização pessoal passa pela própria subjetividade e individualidade humanas, "[...] na condicionalidade de sua natureza e do meio histórico a que pertence". É por essa razão que o autor afirma ser a pessoa humana, em sua intersubjetividade, o valor-fonte de todos os valores.

A partir do momento em que a proteção constitucional se volta mais às pessoas que compõem os agrupamentos familiares do que à família enquanto instituição, fica claro que a dignidade é o pilar de sustentação dessa proteção.

A despeito de sua imprecisão conceitual,[46] a dignidade humana está tão naturalmente imbricada aos direitos fundamentais que, mesmo nos ordenamentos em que não há referência expressa ao postulado, "[...] não se poderá – apenas a partir deste dado – concluir que não se faça presente, na condição de valor informador de toda a ordem jurídica, desde que nesta estejam reconhecidos e assegurados os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana" (SARLET, 2011, p.115).

Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p.85), ao tratar da dignidade, propõe o reconhecimento de alguns desdobramentos que compõem seu substrato material:

> [...] i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado.

46. De acordo com Luhmann (2010, p.157), a dignidade é resultado de um processo de construção e interação social. Embora decorra da condição humana, não se trata de um dom da natureza, mas resultado de uma cooperação social permanente. Tomando por empréstimo as lições de Kant, segundo as quais o homem é um fim em si mesmo e, por isso, é dotado de dignidade e não de um preço, Ferrajoli (2011, p.102) coloca a dignidade como um entre quatro critérios para se atribuir fundamentalidade a um direito.

Não se trata – a dignidade – de recurso universal a ser utilizado indiscriminadamente, como garantidor de quaisquer direitos que resvalem, ainda que indiretamente, na Constituição. Com efeito, a utilização inflacionária do postulado pode implicar no esvaziamento de seu significado e importância, entretanto, no que concerne ao direito das famílias, como já dito, ele ocupa posição nuclear.

Como afirma Paulo Lôbo (2015, p. 110), até mais da metade do século passado, "a família era concebida como totalidade na qual se dissolviam as pessoas que a integravam, especialmente os desiguais, como a mulher e os filhos". Nesse contexto, os componentes da família não eram considerados nem gozavam de qualquer proteção atinente à sua dignidade.

Antes do Estatuto da Mulher Casada, de 1962, por exemplo, a mulher casada era considerada relativamente incapaz e precisava da autorização do marido para a prática dos mais simples atos da vida civil. O Estatuto, longe de ser um diploma igualitário, deu os passos iniciais para que a mulher casada pudesse se afirmar enquanto pessoa, dotada de vontade e dignidade, capaz de reger a própria vida e trabalhar. No entanto, sua função dentro da família ainda era de naipe inferior, haja vista ser o marido o chefe da sociedade conjugal, cabendo à esposa o papel de mera colaboradora.

A Constituição de 1988, ao proclamar expressamente a dignidade humana como fundamento da República e referi-la também no § 7° do art. 226, consagrou a ligação inexorável existente entre família e dignidade humana. Portanto, "o princípio da dignidade humana significa, para o Direito de Família a consideração e o respeito à autonomia dos sujeitos e à sua liberdade. Significa, em primeira e última análise, uma igual dignidade para todas as entidades familiares" (PEREIRA, 2012, p. 121).

4. A fundamentalidade do direito à família

Fixados alguns contornos acerca dos parâmetros constitucionais da família contemporânea, cumpre perquirir se é possível falar em um direito amplo à família e se tal direito, acaso existente, pode ser considerado um direito fundamental.

Como visto, a tipologia constitucional da família põe fim a qualquer tipo de hierarquia ou discriminações que diferenciem as famílias

e seus membros com base em critérios de legitimidade. A principiologia constitucional demonstra que no exercício da sua liberdade, que inclui o direito de se autodeterminar e realizar a própria dignidade, a pessoa humana tem o direito de participar de e/ou constituir uma família – que merecerá a mesma proteção que qualquer outra, ainda que de diferentes configuração. É possível, assim, falar-se na existência de um direito constitucional à família.

As normas que tutelam a família na Constituição, entretanto, não se encontram topograficamente no título destinado aos direitos e garantias fundamentais, mas naquele dedicado à ordem social. Embora haja algum consenso de que, atendido o requisito formal, qual seja, a identificação dos direitos fundamentais nos documentos constitucionais de cada nação, não há dúvidas quanto a sua fundamentalidade, o mesmo não se pode dizer quando o texto da norma não é tão claro.

Conforme afirma Ferrajoli (2011, p.10), "a previsão de tais direitos por parte do direito positivo de determinado ordenamento é, de alguma maneira, condição da sua existência ou vigor naquele ordenamento, mas não incide sobre o significado do conceito de direitos fundamentais". Desse modo, no que tange ao conteúdo de direitos fundamentais, o aspecto formal não é suficiente, podendo ser, inclusive, acrítico e indiferente à realidade (MIRANDA, 2000, p.11).

Nessa linha de intelecção, pode-se afirmar que a topografia de um direito no texto constitucional não é requisito para a atribuir-lhe fundamentalidade. Partindo-se da premissa de que, de fato, o caráter de fundamentalidade não pode estar desvinculado da realidade posta, a estipulação de direitos fundamentais está necessariamente vinculada "[...] ao arcabouço axiológico da cultura do constitucionalismo, [...] preenchido pela premissa cultural antropológica da Dignidade da Pessoa Humana" (BIELSCHOWSKY, 2015, p.87).

Jorge Miranda (MIRANDA, 2000, p.12) acrescenta, ainda, que a partir do momento em que a ordem constitucional incorpora certos valores, ao legislador não é mais dado o poder de disposição de certos direitos, antes, ao contrário, lhe é dada a possibilidade de reconhecer novos direitos coerentes com esses valores.

Desse modo, a fundamentalidade de um direito não reside apenas na decisão formal do legislador, mas na aproximação material existente entre esse direito e "o parâmetro normativo do Estado Democrático de Direito, que racionaliza sua própria premissa cultural antropológica" (BIELSCHOWSKY, 2015, p.94), qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Nessa perspectiva, a família, enquanto célula *mater* da sociedade e primeiro núcleo de desenvolvimento da pessoa, recebe especial proteção do legislador constituinte, consagrada no art. 226 da Constituição Federal. A topografia dessa proteção, entretanto, não deixa patente a jusfundamentalidade do bem jurídico família, de modo que não é comum na doutrina a referência a um "direito fundamental à família".

Sergio Resende de Barros (2003), reconhece o direito fundamental à família, no qual se inclui o exercício de todos "[...] os poderes-deveres que interagem nos grupamentos familiares, a fim de proteger aí a humanidade desde o nascituro até ao mais idoso dos sujeitos". No mesmo sentido, Marx Neto e Mafra (2010, p.8054) defendem a existência de um verdadeiro direito fundamental à família como decorrência do texto constitucional e "[...] uma forma de direito à felicidade implicitamente garantida pelo Estado" e Carbonell (2006, p.81) aduz que o estudo da família pertence à órbita do direito constitucional e, mais concretamente, ao campo dos direitos fundamentais.

Com efeito, o contexto completo do direito fundamental à família ainda não foi reconhecido pela dogmática, senão enquanto desdobramento dos direitos fundamentais à dignidade, à liberdade e à igualdade. Entretanto, somente uma análise da nova sociologia familiar é capaz de dimensionar "em que medida a família pertence a esse circuito de direitos fundamentais" (LUHMANN, 2010, p. 200).

Conclusão

Coerente com o percurso histórico das famílias no século XX, a Constituição brasileira representa marco significativo no tratamento jurídico a elas conferido. Conquanto a anterior legislação civil fosse eminentemente machista, patriarcal e patrimonialista, a sociedade já demonstrava fortes sinais de mudança. A Constituição de 1988, refletindo esse espírito,

incorporou os valores democráticos também na proteção dada à família, que além de ser considerada base da sociedade, passou a ser reconhecida também como lócus principal do exercício do direito à felicidade.

A democracia no tratamento jurídico das famílias se expressa através do reconhecimento da existência de multiplicidade de entidades familiares, sem qualquer hierarquia entre elas, superando-se assim o paradigma da família centrada no casamento, a família mononuclear burguesa.

Outro avanço importante no tratamento jurídico das famílias, propiciado pela Constituição Federal é o reconhecimento da isonomia entre e homem e mulher, bem como daquela existente entre os filhos. Assim, não existe qualquer exercício de autoridade de um cônjuge ou companheiro sobre o outro, bem como não é possível conferir tratamento jurídico diferenciado aos filhos, sejam eles biológicos ou adotivos, decorrentes ou não de vínculo conjugal.

A proteção constitucional conferida à família destina-se muito mais às pessoas de seus componentes do que à família enquanto instituição. A família deve ser o espaço primário de concreção da dignidade humana, através do respeito à autonomia e à liberdade dos sujeitos.

Embora as normas que tutelem as famílias não estejam no Título concernente aos direitos e garantias fundamentais do Texto Constitucional, não é possível negar a fundamentalidade de seu conteúdo. As normas que tutelam as famílias protegem dos nascituros aos idosos buscando assegurar a dignidade e o direito à felicidade de cada um.

O reconhecimento da fundamentalidade do direito à família traz a possibilidade de exercício de diversos direitos de liberdade nessa esfera, entre eles o da livre constituição de entidades familiares de configurações diversas. Trata-se, assim de imperativo necessário à correta valoração de seu conteúdo e à delimitação de seu campo de proteção.

Referências

AGUIAR, Monica. **Direito à Filiação e Bioética.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BARROS, Sergio Resende. **Direitos Humanos e Direito de Família**. Palestra proferida no dia 29 de agosto de 2003, na XII Jornada de

Direito de Família. Disponível em: < http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos-e-direito-de-familia.cont > Acesso em 18 abr.2016.

BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. Notas sobre a jusfundamentalidade: ou apontamentos sobre o problema de todo direito ser considerado fundamental. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 52 n. 208 out./dez. 2015.

BOUCAULT, Carlos. Multiculturalismo e Direito de Família nas Normas de Direito Internacional Privado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família e Cidadania**: o novo CCB e a vacatio legis. Belo Horizonte: IBDFAM Del Rey, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.° 132/RJ**, p. 106. Relator(a): Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.° 1217415/RS**, p. 10. Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/06/2012, DJe 28/06/2012.

CAENEGEM, R. C. van. **Uma Introdução Histórica ao Direito Privado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BYINGTON, Carlos Amadeu Botelho. **Psicologia Simbólica Junguiana:** a viagem de humanização do cosmos em busca da iluminação. 2 ed. São Paulo: Edição do Autor, 2015.

_____. **A família como sistema estruturante do self**: um estudo da psicologia simbólica junguiana. Artigo preparado para os seminários de formação de analistas da SBPA, IX, Turma, 4º Semestre, março de 2011. Disponível em: < http://www.carlosbyington.com.br/artigos/> Acesso em 25 jan. 2018.

CARBONELL, Miguel. Familia, Constitución y derechos fundamentales. In: LARA, Rosa María Álvarez de (coord). **Panorama Internacional de Derecho de Familia**: Culturas y Sistemas Jurídicos

Comparados, T.I. Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 91-92.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. Inovação e tradição do Direito de Família contemporâneo sob o novo Código Civil brasileiro. **ANIMA**: Revista Eletrônica do Curso de Direito da Opet. Ano II, n. 3, Curitiba, 2011. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima3/anima3-Luiz-Edson-Fachin.pdf>. Acesso em 18 mai. 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: famílias, v. 6. 5. ed. Salvador: Edições JusPodivm, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução: Alexandre Salim et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de Família e sua organização jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (org.). **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte, IBDFAM, 2015.

JELIN, Elizabeth. **Pan y afectos**: la transformación de las familias. 2. ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2010.

LÔBO, Paulo. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus. In: **Família e Cidadania**: o novo CCB e a vacatio legis: anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2002.

_____. Direito de Família e os Princípios Constitucionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (org.). **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte, IBDFAM, 2015

LUHMANN, Niklas. **Los Derechos Fundamentales como Institución:** Aportación a la sociología política.Universidad Iberoamericana, 2010.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 3. ed. Portugal: Coimbra Editora, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana:** uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **La universalidad de los derechos humanos**. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 15-16, 1994

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, Direitos Humanos, Psicanálise e Inclusão Social. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul,** Porto Alegre, n. 58, mai-ago. 2006, p. 195-201.

_____. Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 27-29.

PIOVESAN, Flávia. A Proteção dos Direitos Humanos no Sistema Constitucional Brasileiro. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 51/52, p.81-101, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Fededal de 1988**. 9. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Nem toda brincadeira é legal. Bullying: os limites da liberdade de expressão e a sua repercussão na infância e adolescência.

Raphaella Marques de Carvalho

A liberdade de expressão é um direito fundamental garantido na nossa Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, contudo percebemos que falta desrespeito aos limites desse princípio constitucional em detrimento às demais normas constitucionais, uma vez que vem crescendo os atos de intimidação, humilhação e discriminação na sociedade.

E diante dessa problemática, identificamos um conflito entre crianças e adolescentes, em especial, sobre a falta de respeito quanto a liberdade de expressão, que são os casos de Bullying.

Nesta presente artigo, a reflexão focará nas questões sobre a liberdade de expressão e o Bullying entre crianças e adolescentes nas escolas, pois o debate é amplo e não cabe desenvolver todas as suas hipóteses neste momento, tal como, apresentar as legislações que garantem a liberdade de expressão e uma análise sobre os principais aspectos do Bullying na Lei 13.185/2015.

1. Conceito de liberdade de expressão

E nos 30 anos da Constituição da República Federativa do Brasil, ainda é relevante abordarmos sobre a liberdade de expressão. Pode parecer desnecessário conceituá-la, em virtude do quanto é ventilado essa definição, por diversos meios de comunicação, de diferentes segmentos sociais, mas percebemos que a sociedade possui um empoderamento, um pouco equivocado sobre o referido direito fundamental, no qual propaga, geralmente, a possibilidade de um discurso libertário e ilimitado de se expressar. Dessa forma, é importante esse esclarecimento inicial, uma vez que se trata de um direito conquistado e que está presente na Constituição de 1988.

Uma sociedade que se considera democrática e que prioriza a dignidade da pessoa humana, possui como elementos basilares, na sua formação ideológica: a liberdade e a igualdade. Nesse caso, podemos citar o Brasil, uma vez que se constitui em um Estado Democrático de Direito e é garantidor desses direitos fundamentais.

Sendo assim, podemos definir liberdade de expressão, conforme o entendimento do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, como direito de todo e qualquer indivíduo de manifestar seu pensamento, opinião, atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, sem censura. É direito que garante o princípio da dignidade humana, tendo em vista que ampara a personalidade, é inalienável, irrenunciável, intransmissível e irrevogável, contudo, não abraça o anonimato, entre outros limites constitucionais.

2. Liberdade de expressão e o bullying

As redes de computadores cresceram muito nas últimas décadas, as diferentes possibilidades de se comunicar e interagir proporcionaram novas formas de relacionamento entre as pessoas. O limite entre o tempo e espaço não existe, a possibilidade de comunicação instantânea e colaborativa através das modernas ferramentas digitais permitem dinâmicas inovadoras e criativas na sociedade.

Dessa forma, o Direito se faz presente e vem se atualizando para caminhar na mesma velocidade das mudanças sociais e tecnológicas com o objetivo de garantir os direitos para a dignidade da pessoa humana.

Nessa perspectiva, serão apresentados as garantias constitucionais e legislativos quanto à liberdade de expressão na esfera do mundo digital e entre o público infanto-juvenil.

O desenvolvimento tecnológico é sagaz e pulsa em segundos novos aplicativos e modelos para o consumo digital. Podemos compreender essa nova cultura através das explicações da Araci Hack Catapan (2003) que diz:

> "O poder do saber na cibercultura não está mais centrado em uma pessoa ou em um grupo de pessoas, ou em uma determinada hierarquia curricular, ou naquele fundamento ou naquele livro. Encontra-se distribuído, desterritorializado, desmaterializado. Encontra-se na possível interação que se estabelece entre inúmeros sujeitos com saberes diferentes e diferenciados". (acessado em 10/01/2012)[47]

As crianças e adolescentes se apropriam da tecnologia para "gritar" para milhões de pessoas e compartilhar as suas ideias em tempo real, no qual não compreendem os limites desse mundo virtual dentro dos seus lares e escolas, uma vez que observamos os inúmeros casos de violações constitucionais, com a alegação deturpada que tudo é liberdade de expressão. Contudo, veremos que essa falta de educação ou ponderação podem causar danos ao próximo e passível de penalidade.

Em muitos casos, identificamos opiniões de cunho preconceituoso e agressivo que geram vítimas, pois possuem um entendimento sobre liberdade de expressão bem equivocado e não percebem que estão transgredindo o direito à privacidade, imagem, honra e dignidade. Como foi o ataque da adolescente, em 2016, à filha de Bruno Gagliasso e Giovanna Ewbank, de apenas 2 anos de idade, vítima de racismo, que foi xingada pela adolescente com o intuito de prejudicar uma outra adolescente, que se fazendo passar por essa com o objetivo de prejudicá-la e sem apresentar qualquer tipo de arrependimento posterior, relatado pelo investigador do caso. [48]

47. CATAPAN, Araci Hack. Pedagogia E Tecnologia: A Comunicação Digital No Processo Pedagógico Disponível em: http://nourau.uniararas.br/pt_BR/document/?code=200 Acesso em 16/09/2018

48. Disponível em http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2016/12/menina-de-14-anos-confessa-ataques-racistas-filha-e-bruno-gagliasso.html Acesso em 16/09/2018.

É real o conflito entre a liberdade de expressão e demais direitos, cabe sinalizarmos que a Constituição Brasileira, de 1988, prevê a garantia da preservação da dignidade da pessoa da criança e o adolescente e a sua liberdade de expressão. E em tempo de internet, identificamos o referido direito nas seguintes legislações: no Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei 8.069/90; no Marco Civil da Internet – Lei 12.965/2014; Lei de Combate ao Bullying – Lei 13.185/2015 e a recente Lei de Proteção de Dados Pessoais – Lei 13.708/2018, que apresentaremos em seguida.

Em virtude dessa comunicação aberta e acessível que a internet proporciona para crianças e adolescentes, nascidos na Era Digital, se faz importante pontuarmos o artigo 227, da Constituição da República Federativa do Brasil/88, pois sinaliza que é o dever do Estado e com absoluta prioridade garantir, dentre vários os direitos, para esse público "à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária"[49]. Ou seja, deve existir uma harmonização e respeito entre os referidos direitos. Para Mendes, "A liberdade de expressão, portanto, poderá sofrer recuo quando o seu conteúdo puser em risco uma educação democrática, livre de ódios preconceituosos e fundada no superior valor intrínseco de todo ser humano."[50]

Também identificamos no Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 16, um rol de Direitos e Garantias à dignidade da criança e do adolescente, entre eles , o direito à liberdade de expressão no Inciso II:

> Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:
> II - opinião e expressão;[51]

O Direito busca acompanhar os anseios do mundo contemporâneo e o direito virtual é uma demanda atual, tendo em vista os inúmeros conflitos nessa esfera no cotidiano da humanidade, seja desde uma simples invasão de conta de email até transações financeiras hackeadas na grande rede.

49. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em 16/09/2018

50. MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. Saraiva. São Paulo. 2008.p368

51. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm Acesso em 16/09/2018.

Em 23 de abril de 2014, foi sancionada a Lei nº 12.965 (Marco Civil da Internet), que passou a tipificar condutas, direitos e garantias para o uso da Internet no Brasil. Identificamos nos artigos 2º, 3º e 8º a presença da liberdade de expressão como fundamento, princípio e garantias aos usuários e no artigo19, a responsabilização da liberdade de expressão. Percebemos que o legislador manteve o mesmo entendimento constitucional sobre a matéria, sendo aplicado nas questões digitais:

> Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão,
>
> Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:
>
> I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;
>
> Art. 8º A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.

O início da elaboração da Lei do Marco Civil foi bem interessante, uma vez que buscou um debate horizontal com os cidadãos através de uma rede social, o Twitter, e um site, dando realmente a "voz" para que a população se apropriasse da sua liberdade de expressão e sinalizasse os anseios e necessidades das relações sociais na esfera virtual. Para Magrani, essa lei foi uma "iniciativa democrática de se criar um texto elaborado a partir de um debate mais amplo e inclusivo do que aquele realizado por consulta pública tradicional."[52]

A recente Lei Geral de Proteção de Dados - Lei 13.709 sancionada em 15 de agosto de 2018, também marca um legado do Direito em acompanhar as necessidades da sociedade quanto aos aspectos e relações da vida digital, no qual regulamenta o uso, a proteção e a transferência de dados pessoais no Brasil. O texto garante aos cidadãos maior controle sobre suas informações pessoais, exigindo consentimento explícito para coleta e uso dos dados e obriga a oferta de opções para o usuário visuali-

52. MAGRANI, Eduardo. Democracia Conectada - A Internet como Ferramenta de Engajamento Político-Democrático - Coleção FGV Direito Rio. Curitiba.2014 .pg 168

zar, corrigir e excluir esses dados. Identificamos também que a liberdade, princípio constitucional, como um dos elementos basilares e fundamentais da referida lei, nos artigos 1º, 2º,III e 17:

> Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.
>
> Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:
>
> III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;
>
> Art. 17. Toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, nos termos desta Lei.[53]

3. Bullying: lei 13.185/15

Diante do exposto, constatamos que a liberdade de expressão é tutelada pelo Estado e sofre intervenção através dos limites Constitucionais e das Normas Legislativas que garantem a lisura dos demais direitos fundamentais, procurando preservar o princípio da dignidade da pessoa humana em sua magnitude.

Todavia, percebemos que o discurso do ódio vem crescendo numa proporção, principalmente com o advento da internet e das diferentes redes sociais, no qual infringe as garantias fundamentais. De acordo com nosso eixo de pesquisa, pautado no público infantil e adolescente, observamos que a compreensão desses quanto à liberdade de expressão sobrepõem aos demais valores constitucionais e julgam ser legítimo todo e qualquer discurso como afirmação democrática. Um exemplo desse discurso de ódio são os casos de bullying, que conforme as "estatísticas da organização não governamental Safernet mostram que o bullying na

53. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm Acesso em 17/09/2018

rede só aumenta. Entre 2012 e 2014, o número de denúncias de cyberbullying à organização aumentou mais de 500%."[54]

Neste momento, abordaremos o fenômeno do bullying e a sua respectiva Lei 13.185/15[55], uma vez que tem sido uma prática muito comum entre crianças e adolescentes e que vem crescendo nos últimos anos, segundo especialistas. Contudo, não é algo tão atual, pois os primeiros registros constam por volta dos anos de 1970, segundo o professor da Universidade da Noruega, Dan Olweus, que iniciou os estudos sobre as tendências suicidas entre adolescentes, nesse período, no qual "descobriu que a maioria desses jovens tinha sofrido algum tipo de ameaça e que, portanto, o bullying era um mal a combater. A popularidade do fenômeno cresceu com a influência dos meios eletrônicos, pois os apelidos pejorativos e as brincadeiras ofensivas foram tomando proporções maiores."[56]

Diante desse quadro, foi promulgada a Lei 13.185, no dia 06 de novembro de 2015, que instituiu o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (Bullying), em que se espera ações por diferentes membros da sociedade – públicos ou privados- na prevenção e combate deste comportamento, assim como deixa claro quais ações que caracterizam o bullying e há também, amparo no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Constituição Federal.

É pacífico que as referidas infrações cometidas, por menores de idade, têm provocado muitos danos e alguns irreparáveis no contexto social escolar, que deveria ser de aprendizado e convivência harmoniosa e democrática. A lei 13.185/15 prevê a responsabilização dos pais e/ou escola, uma vez que o ambiente escolar tem sido o fato gerador desses conflitos, cabendo aos mesmos deveres e orientações no processo educativo de seus filhos e alunos, ou seja, conforme no artigo 5º "é dever do estabelecimento de ensino, dos clubes e das agremiações recreativas

54. Disponível em http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/COMUNICACAO/504701-LEGISLACAO-ATUAL-JA-PUNE-CYBERBULLYING-E-CYBERSTALKING,-DIZ-ADVOGADA-A-CPI.html Acesso em 17/09/2018

55. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13185.htm Acesso em 17/09/2018

56. Disponível em https://novaescola.org.br/conteudo/1432/3-o-bullying-e-um-fenomeno-recente. Acesso em 17/09/2018

assegurar medidas de conscientização, prevenção, diagnose e combate à violência e à intimidação sistemática (bullying)."

Com base nessa lei, podemos conceituar bullying como um conjunto de práticas violentas em que não há razões plausíveis do agressor, por meio de comportamento físico e/ou moral, assédio e ação desrespeitosa, de maneira intencional e recorrente e que costuma ser praticado por pessoas de ambos os sexos, na sua maioria em ambiente escolar. Conforme prevê o art1º, §1º:

> Art. 1º Fica instituído o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (**Bullying**) em todo o território nacional.
>
> § 1º No contexto e para os fins desta Lei, considera-se intimidação sistemática (**bullying**) todo ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitivo que ocorre sem motivação evidente, praticado por indivíduo ou grupo, contra uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimidá-la ou agredi-la, causando dor e angústia à vítima, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas.

A vítima também pode sofrer com essas situações nas redes virtuais, conhecido como cyberbullying, uma vez que é atingida por mensagens difamatórias espalhadas em e-mails, vídeos no youtube, piadas em rede sociais, criação de comunidades, whatsapp nas redes sociais com o intuito de violentar a vítima, como está expresso no parágrafo único, do artigo 2º: "Há intimidação sistemática na rede mundial de computadores (**cyberbullying**), quando se usarem os instrumentos que lhe são próprios para depreciar, incitar a violência, adulterar fotos e dados pessoais com o intuito de criar meios de constrangimento psicossocial."

Buscando uma tradução para o termo *bully* significa valentão, mandão, tirano, brigão, enquanto, bullying caracteriza um conjunto de ações de violência física e/ou psicológica, intencionais e repetitivas, cometidas por um agressor (*bully*) em desfavor de uma ou mais vítimas que, geralmente, por diversos motivos, não têm possibilidades de se defender. Na referida Lei, no artigo3º, temos um rol taxativo de intimidação sistemática (**bullying**) e que pode ser classificada, conforme as ações praticadas, como:

> I - verbal: insultar, xingar e apelidar pejorativamente;
>
> II - moral: difamar, caluniar, disseminar rumores;
>
> III - sexual: assediar, induzir e/ou abusar;
>
> IV - social: ignorar, isolar e excluir;
>
> V - psicológica: perseguir, amedrontar, aterrorizar, intimidar, dominar, manipular, chantagear e infernizar;
>
> VI - físico: socar, chutar, bater;
>
> VII - material: furtar, roubar, destruir pertences de outrem;
>
> VIII - virtual: depreciar, enviar mensagens intrusivas da intimidade, enviar ou adulterar fotos e dados pessoais que resultem em sofrimento ou com o intuito de criar meios de constrangimento psicológico e social.

Nos dias de hoje, encontra-se das mais variadas "modalidades" de bullying, seja verbal, físico/material, psicológico/moral, sexual ou virtual. Cabe listarmos o que está previsto no artigo 2º, da Lei 13.185/15:

> Art. 2º Caracteriza-se a intimidação sistemática (**bullying**) quando há violência física ou psicológica em atos de intimidação, humilhação ou discriminação e, ainda:
>
> I - ataques físicos;
>
> II - insultos pessoais;
>
> III - comentários sistemáticos e apelidos pejorativos;
>
> IV - ameaças por quaisquer meios;
>
> V - grafites depreciativos;
>
> VI - expressões preconceituosas;
>
> VII - isolamento social consciente e premeditado;
>
> VIII - pilhérias.

Diante desse quadro, o artigo 4º pode ser considerado o norte para pais, responsáveis e educadores para a resolução dos conflitos ocasionados pelo bullying, uma vez que identificamos um rol de orientações

com os objetivos do Programa de Combate à Intimidação Sistemática (**Bullying**), como veremos a seguir:

> Art. 4º Constituem objetivos do Programa referido no **caput** do art. 1º:
>
> I - prevenir e combater a prática da intimidação sistemática (**bullying**) em toda a sociedade;
>
> II - capacitar docentes e equipes pedagógicas para a implementação das ações de discussão, prevenção, orientação e solução do problema;
>
> III - implementar e disseminar campanhas de educação, conscientização e informação;
>
> IV - instituir práticas de conduta e orientação de pais, familiares e responsáveis diante da identificação de vítimas e agressores;
>
> V - dar assistência psicológica, social e jurídica às vítimas e aos agressores;
>
> VI - integrar os meios de comunicação de massa com as escolas e a sociedade, como forma de identificação e conscientização do problema e forma de preveni-lo e combatê-lo;
>
> VII - promover a cidadania, a capacidade empática e o respeito a terceiros, nos marcos de uma cultura de paz e tolerância mútua;
>
> VIII - evitar, tanto quanto possível, a punição dos agressores, privilegiando mecanismos e instrumentos alternativos que promovam a efetiva responsabilização e a mudança de comportamento hostil;
>
> IX - promover medidas de conscientização, prevenção e combate a todos os tipos de violência, com ênfase nas práticas recorrentes de intimidação sistemática (**bullying**), ou constrangimento físico e psicológico, cometidas por alunos, professores e outros profissionais integrantes de escola e de comunidade escolar.

Se através da internet o bullying pode ser disseminado, é possível utilizarmos o mesmo meio para promovermos campanhas de conscientização como direcionam os objetivos do artigo 4ºdessa lei. Nessa perspectiva, o Conselho Nacional de Justiça, CNJ, tem uma campanha que visa ajudar

pais e educadores a prevenir e enfrentar o bullying através de uma cartilha disponível no site http://www.cnj.jus.br/campanhas-page/14312-bullying.

É possível também encontrarmos suporte para o desenvolvimento do artigo 4º na plataforma educacional MultiRio, no qual identificamos diversos materiais de apoio contra o bullying aos Professores da Rede Municipal de Educação, da cidade do Rio de Janeiro, a maior da América Latina.

A MultiRio – Empresa Municipal de Multimeios foi criada em 1993 e está vinculada à Secretaria Municipal de Educação da Prefeitura do Rio de Janeiro, que tem a "missão de pesquisar linguagens e formatos, experimentar possibilidades tecnológicas em conteúdos curriculares, produzir recursos de aprendizagem, ampliar as formas de distribuição de produtos educativo-culturais e capacitar os profissionais da educação para a utilização das mídias em sala de aula."[57].

Identificamos que a MultiRio disponibiliza mais de 50 títulos sobre bullying em formato de vídeos, podcasts, matérias jornalísticas, publicações, animações, livros infantis, tudo para ensinar, conscientizar e informar de forma fácil e atraente.

Diante exposto, compreendemos que bullying é uma forma específica de violência, praticada dentro do ambiente escolar e fora dela, no qual deve ser identificado e combatido. Para Ana Maria Barbosa Silva, "a escola pode e deve ser representar um papel fundamental na redução desse fenômeno, por meio de programas preventivos e ações combativas nos casos já instalados."[58] .

Cabe pontuarmos que se nada for desenvolvido quanto à prevenção ou a resolução desses conflitos, o sistema judiciário será o próximo caminho para solucionar tal questão. O que não pode é deixar o aluno que sofre com o bullying e o agressor sem respostas.

Ao longo do artigo, apresentamos os direitos e garantias Constitucionais e Legislativas que crianças e adolescentes possuem para terem a sua dignidade preservada, tal como, a sua liberdade de expressão respeitada entre as suas relações sociais, dentro e fora da escola. Contudo,

57. Disponível em http://www.multirio.rj.gov.br/index.php/multirio/a-multirio Acesso em 18/09/18

58. SILVA, Ana Beatriz Barboza. Mentes perigosas nas escolas. Bullying. Fontanas.Rio de Janeiro.RJ 2009 pg161

identificamos que o fenômeno do bullying é uma triste realidade e que não pode ser invisível aos olhos dos pais, responsáveis e escola, pois inúmeras crianças e adolescentes estão sendo marginalizadas e agredidas, sofrendo danos que podem marcar por toda vida. É dever do Estado, pais e responsáveis e escola garantirem o bem estar das crianças e adolescentes no processo ensino aprendizagem.

Bibliografia:

CALHAU, Lélio Braga. Bullying – O Que Você Precisa Saber - 3ª Ed. 2011 - Impetus

Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei 8.069/90

Lei de Combate ao Bullying – Lei 13.185/2015

Lei de Proteção de Dados Pessoais – Lei 13.708/2018

MAGRANI, Eduardo. Democracia Conectada - A Internet como Ferramenta de Engajamento Político-Democrático - Coleção FGV Direito Rio. Curitiba. 2014

Marco Civil da Internet – Lei 12.965/2014

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. Saraiva. São Paulo. 2008

NETO, Aramis Antonio Lopes. Bullying. Saber identificar e como prevenir. Editora Brasiliense.SP. 2011

NOGUEIRA, Sandro D' Amato. Crimes de Informática. Editora BH. 2009

SILVA, Ana Beatriz Barboza. Mentes perigosas nas escolas. Bullying. Fontanas. Rio de Janeiro. RJ.2009

O Princípio da dignidade da pessoa humana frente aos direitos fundamentais elencados na Constituição federal de 1988

Tatiana C. dos Reis Filagrana

Introdução

A dignidade da pessoa humana, embora seja uma tarefa árdua conceituá-la, refere-se à valorização das pessoas como seres detentores de direitos e obrigações. Trata-se de um atributo do ser humano, cabendo ao Estado o dever de protegê-lo, tendo em vista que todos têm o direito de ser respeitado.

Neste sentido, toda a forma de depreciação ou de redução do homem, considerando-o não como um sujeito, mas sim como um objeto de Direito é vedada, não havendo sequer alguma possibilidade de se rebaixar qualquer ser humano. (NOBRE JÚNIOR, 2000).

O princípio da dignidade da pessoa humana foi sendo "construído" ao longo dos anos, eis que, na antiguidade, apenas as pessoas com o status social elevado é que seriam dignos, ou seja, a dignidade estava atrelada à comunidade que o cidadão estava inserido. Com o passar dos anos, este conceito foi sendo modificado, tornando-se a base da nossa Carta Magna, elencado no art 1º, III.

Pertinente aos direitos fundamentais, estes foram ganhando espaço a partir de grandes reinvindicações da sociedade, ou seja, foram sendo positivados aos poucos.

Na Constituição Federal de 1988 são encontrados os direitos fundamentais, destacando-se o título II: "Dos direitos e garantias fundamentais", que regulamenta direitos individuais, coletivos, sociais e políticos.

Coelho (2009, p. 214) exprime que os direitos fundamentais são componentes de um regime democrático livre, sendo sua principal função possibilitar a existência e proteger a permanência deste regime.

O presente trabalho visa demonstrar a evolução e formas de conceituar o princípio da dignidade da pessoa humana, o que, frisa-se não é uma tarefa fácil, principalmente, por ser a dignidade um atributo intrínseco ao ser humano, não existindo um único conceito, mas sim, inúmeros conceitos, de acordo com os vários entendimentos doutrinários, conforme serão expostos no presente artigo cientifico.

Analisar-se-á as gerações pelas quais passaram os direitos fundamentais constitucionais: primeira, segunda, terceira, quarta e quinta gerações, embora estas duas últimas ainda não tenham um reconhecimento jurídico.

Por fim, sendo o ponto central do presente estudo e sua justificativa, estudar a interseção do princípio da dignidade da pessoa humana com os direitos fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988, utilizando como referência a metodologia qualitativa, através do método dedutivo.

1. Princípio da dignidade da pessoa humana: evolução e conceito

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana remonta a ideia de proteção, sendo a base atualmente, de todo o sistema constitucional brasileiro.

De acordo com as palavras de Fiorillo (2007, p.11), a Constituição deve trazer o princípio da dignidade humana como princípio fundamental para a convivência em sociedade. Assegurar à humanidade condições para continuar a existir neste frágil planeta corresponde a uma exigência ética, positivada de maneira muito explicita na Constituição de 1988.

Opção de todo compatível com a dignidade conferida pela ordem jurídica ao ser humano. A dignidade da pessoa humana é mais do que um princípio fundamental da republica do Brasil. É o norte inspirador de toda atuação – de Estado e Cidadania- na Democracia Participativa.

A Dignidade da Pessoa Humana foi tratada como princípio, incialmente, na Declaração Universal da ONU, em 1948, onde passamos a nos inserir num cenário de proteção ao indivíduo.

Moraes assevera que (2003, p. 117) a dignidade da pessoa humana tem um papel de suma importância para o Estado Democrático de Direito, sendo a imposição de limites aos poderes estatais, com o advento da Declaração Universal da ONU, em 1948, um meio eficaz para a convivência dos indivíduos em um ambiente de paz, segurança e, principalmente, dignidade em suas vidas.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada pela Organização das Nações Unidas de 1948, traz em seu artigo 1º o seguinte: "Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos".

Salutar mencionar que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana está intrinsecamente ligado aos direitos fundamentais, tendo em vista que estes também conquistaram seu espaço de acordo com a evolução da sociedade e, consequentemente das leis.

Analisa-se os ensinamentos de Sarlet (2015, p. 38) pertinentes à evolução da dignidade da pessoa humana e conclui-se que o valor fundamental da dignidade humana assumiu articular relevo no pensamento tomista, incorporando-se a partir de então, à tradição jusnaturalista, tendo sido o humanista italiano Pico Della Mirandola quem, no período renascentista e baseado principalmente no pensamento de Santo Tomás de Aquino, advogou o ponto de vista que a personalidade humana se caracteriza por ter um valor próprio, inato, expresso justamente na ideia de sua dignidade de ser humano, que nasce na qualidade de um valor natural, inalienável e incondicionado como cerne da personalidade do homem.

Como bem destaca Sarmento (2004, p. 375), os direitos fundamentais constituem, bem como a democracia, um reflexo do constitucionalismo contemporâneo. Direitos estes conquistados através de grandes lutas, visando a afirmação da dignidade humana.

Ressalta-se que a dignidade remonta um valor supremo do ser humano, ou seja, é a base para o Direito moderno.

Dworkin (1998, p. 307-310) ao tratar do conteúdo da dignidade da pessoa humana, menciona que o ser humano não poderá jamais ser tratado como objeto, isto é, como mero instrumento para realização dos fins alheios, eis que as pessoas nunca poderão ser tratadas de tal forma que se venha a negar a importância distintiva de suas próprias vidas.

Neste mesmo sentido, Rosenvald (2005, p. 08), cita Flórez Valdés (1990), para lembrar que, a dignidade da pessoa humana é a razão de ser do direito e fundamento da ordem política e paz social. Todo direito é constituído para servir ao homem (...). A dignidade situa o ser humano no epicentro de todo o ordenamento jurídico.

Assim, temos que a dignidade da pessoa humana, apesar de não existir um conceito definitivo, mas trata-se de um princípio que norteia todos os demais, eis que é a base, inclusive para nossa Constituição Federal de 1988.

De suma importância mencionar o entendimento de Sarlet (2005, p. 45-46), onde este assevera que o elemento distintivo da razão fundamenta-se justamente na proteção daqueles que são considerados mais vulneráveis pela sociedade, ou seja os doentes físicos ou mentais. A dignidade é a constante procura da "vida humana pura.

A dignidade da pessoa humana foi elevada à condição de princípio fundamental, sendo o principal direito constitucional, servindo de base para todos os demais direitos individuais, garantidos pela Carta Magna. (NUNES, 2009, p. 47).

2. Direitos fundamentais

Os direitos fundamentais foram sendo reconhecidos à medida em que o Estado também foi evoluindo, formando um Estado Democrático. A evolução dos direitos fundamentais seguiu alinhada ao reconhecimento da dignidade da pessoa humana.

Sarlet (2015, p. 36-37) observa que as gerações (ou dimensões) passam a ser analisadas com uma maior relevância a partir da consagração dos direitos fundamentais pelas primeiras Constituições, tendo em vista

às transformações geradas pelo reconhecimento de novas necessidades básicas, de modo especial em virtude da evolução do Estado Liberal (Estado formal de Direito) para o moderno Estado de Direito (Estado social e democrático [material] de Direito), bem como as mutações decorrentes do processo de industrialização e seus reflexos, pelo impacto tecnológico e científico, pelo processo de descolonização e tantos outros fatores direta ou indiretamente relevantes neste contexto e que poderiam ser considerados.

Na tentativa de conceituar direitos fundamentais, Martínez (1995) leciona que os direitos fundamentais são representantes de um sistema de valores concreto, de um sistema cultural que deve orientar o sentido de uma vida estatal contida em uma Constituição.

Nessa linha de raciocínio, Dimoulis e Martins (2007, p. 54) exprimem que, direitos fundamentais são direito público-subjetivos de pessoas (física ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

Na Constituição Federal de 1988 são encontradas em diversas partes do texto constitucional, destacando-se o título II: "Dos direitos e garantias fundamentais", que regulamenta direitos individuais, coletivos, sociais e políticos.

Assim, tem-se que direitos fundamentais são direitos de suma importância para vida em sociedade, cabendo ao Estado respeitá-los e protegê-los.

Conforme aponta Sarlet (2007, p. 56), os direitos fundamentais traduzem valores que o Estado deve respeitar, mas, acima de tudo, promover e proteger para que assim, alcance todo o ordenamento jurídico – público e privado – deixando de ser conceituados como sendo direitos subjetivos públicos, isto é, direitos oponíveis pelos seus titulares (particulares) apenas em relação ao Estado.

Ressalta-se que, a religião e a filosofia do mundo antigo influenciaram no entendimento de que o homem possui direitos inalienáveis e naturais, tais como, os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade. (SARLET, 2015, p. 38)

A Reforma Protestante foi de suma importância no surgimento dos direitos fundamentais, eis que, a partir deste fato histórico houve a reivindicação da liberdade religiosa e de culto em diversos países da Europa.

2.1. As dimensões dos direitos fundamentais

A primeira dimensão dos direitos fundamentais remonta uma fase individualista, de abstenção estatal, a ideia era que o Estado não intervisse nas reivindicações burguesas.

Bonavides (1997, p. 517) classifica essa fase como sendo tais direitos de defesa, eis que demarcam uma zona de não intervenção do Estado, remontando uma esfera de autonomia individual. São, por esse motivo, apresentados como direitos de cunho "negativo" uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, "direitos de resistência" ou de oposição perante o Estado.

No mesmo sentido, temos que o surgimento desses direitos fundamentais da primeira dimensão nasce através da doutrina iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, onde seus precursores foram Hobbes, Locke, Rousseau e Kant, segundo a qual a finalidade do Estado consistia na realização da liberdade do indivíduo, marcando o início da positivação das reivindicações burguês nas primeiras Constituições escritas no Ocidente. (SARLET, 2015, p.46)

Em um segundo momento, na fase da segunda dimensão, enfatiza-se os direitos econômicos, sociais e culturais, onde tem-se um ativismo por parte do Estado, buscando a liberdade e igualdade. A intervenção estatal passa a ser de suma importância para a realização da justiça social.

Conforme menciona Gomes e Freitas, em seu artigo jurídico, Direitos Fundamentais e Dignidade Humana (2010), o declínio do Estado Liberal, traz consigo o chamado *Welfare State* (Estado Social), cujo objetivo primordial era minimizar a injustiça e permitir aos cidadãos uma melhoria na qualidade de vida. Tem-se, nesse momento, um Estado intervencionista e assistencial, que adotava práticas no campo social, sendo estes direitos chamados de sociais.

Lafer (1991, p. 127) coloca-se na mesma posição quando infere que não há uma preocupação em evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas sim, de propiciar um "direito de participar do bem-estar social".

Destaca-se que estes direitos fundamentais de segunda geração estão interligados à noção de princípio da igualdade, pois busca-se não

somente a liberdade, mas a igualdade no sentido material. O cunho positivo desses direitos fundamentais marca o a distinção dessa fase em relação à primeira geração.

Sarlet (2015, p. 47) aponta que a industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, geraram amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social no decorrer do século XIX.

As liberdades sociais são apontadas como direitos de cunho positivo, onde cita-se como exemplos: liberdade de sindicalização, direito de greve, reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores – férias, repouso semanal remunerado, garantia de um salário mínimo, limitação de jornada de trabalho.

Destarte essa segunda geração foi caracterizada por ser a geração da incidência do princípio da justiça social, atendendo às reinvindicações da classe operária.

Os direitos da terceira geração caracterizam-se por refletirem diretamente no âmbito coletivo, há um desprendimento do indivíduo como único titular de direitos, de forma particular, são os direitos da solidariedade e fraternidade. Identifica-se como exemplos de direitos dessa terceira geração: os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida. Também não podemos esquecer do direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação.

Bonavides (1997, p. 523) assevera a respeito dos direitos de terceira dimensão, que estes têm destinatário precípuo o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencial idade concreta.

Enfaticamente Sarlet (2015, p. 48) descreve que tais direitos se desprendem, em princípio, da figura homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, consequentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa.

De suma importância mencionarmos o entendimento de Luño (1991, p. 206):

> Os direitos fundamentais da terceira dimensão podem ser considerados uma resposta ao fenômeno denominado de "poluição das liberdades", que caracteriza o processo de erosão e degradação sofrido pelos direitos e liberdades fundamentais, principalmente em face do uso de novas tecnologias. Nessa perspectiva, assumem especial relevância o direito ao meio ambiente e à qualidade d vida (que já foi considerado como direito de terceira geração pela corrente doutrinária que parte do critério da titularidade transindividual), bem como o direito de informática (ou liberdade de informática), cujo reconhecimento é postulado justamente em virtude do controle cada vez maior sobre a liberdade e intimidade individual mediante bancos de dados pessoais, meios de comunicação etc., mas que – em virtude de sua vinculação com os direitos de liberdade (inclusive de expressão e comunicação) e as garantias da intimidade e privacidade suscita certas duvidas no que tange ao seu enquadramento na terceira dimensão dos direitos fundamentais.

Deste modo, observa-se que todos esses direitos fundamentais conquistados nesta terceira geração possuem uma ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana, por estarem esses direitos atrelados à uma ideia respeito e proteção ao coletivo.

A existência de uma quarta ou quinta geração de direitos fundamentais ainda é alvo de vários posicionamentos doutrinários, eis que estes direitos ainda não são reconhecidos pelo direito pátrio e internacional.

Os direitos fundamentais da quarta geração, assim, como os da terceira geração teriam como base o princípio da dignidade da pessoa humana, eis que se referem aos valores da vida, liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade).

Bonavides (2001, p. 50), defende a existência desta quarta geração, sendo esta o resultado da globalização do estado Social, composta pelos direitos à democracia (no caso, democracia direta) e à informação, assim como pelo direito ao pluralismo. Ressaltando ainda, que, alguns destes direitos, notadamente os direitos à democracia, ao pluralismo e à informação, se encontram consagrados em nossa Constituição, de modo especial no preambulo do Título dos Princípios Fundamentais, salientando-se, todavia, que a democracia erigia à condição de princípio

fundamental pelo Constituinte de 1988 é a representativa, com alguns ingredientes, ainda que tímido, de participação direta.

Assim sendo, analisa-se que os direitos fundamentais da quarta geração refere-se à globalização, entretanto tal geração ainda não teve destaque em nosso Ornamento Jurídico, bem como de âmbito internacional, sendo ainda uma esperança objetivando um futuro melhor.

Outros autores, ainda fazem menção a uma quinta geração de direitos, onde estes também estariam ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo também muito próximos aos direitos fundamentais da terceira e quarta geração.

Sendo o entendimento de Oliveira Junior (2000, p. 97), no sentido de que os direitos de quarta e quinta gerações representam novas possibilidades e ameaças à privacidade, liberdade, enfim, novas exigências da proteção da dignidade da pessoa humana, especialmente no que diz com os direitos de quarta geração (relacionados à biotecnologia).

Deste modo, analisa-se que os direitos fundamentais da quinta geração, defendida por alguns autores, Oliveira Junior, por exemplo, assegura o direito à paz, também conectado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

3. O princípio da dignidade da pessoa humana e sua interseção com os direitos fundamentais elencados na Constituição federal de 1988

A dignidade da pessoa humana teve seu significado alterado de acordo com a evolução da sociedade, passando de um conceito bíblico para um conceito jurídico.

Sarlet (2001, p. 29-37) aponta que a dignidade expressa um valor intrínseco ao ser humano, sendo o caráter a chave-mestra do homem, tendo em vista que, de acordo com os escritos bíblicos, o homem é a imagem e semelhança de Deus.

Assim, tem-se que a dignidade é intrínseca ao ser humano, sendo a mesma limitada, no sentido de não afetar a dignidade de outra pessoa.

Kant (2006, p. 134) aborda a dignidade a partir da autodeterminação ética do ser humano, sendo a autonomia o alicerce da dignidade. Segun-

do a teoria da autonomia da vontade o ser humano é capaz de autodeterminar-se e agir conforme as regras legais, qualidade encontrada apenas em criaturas racionais. Logo, todo ser racional existe como um fim em si mesmo e não como um meio para a imposição de vontades arbitrárias.

Neste mesmo sentido, de acordo com Reale (1996, p.277), é oportuno destacar três concepções da dignidade da pessoa humana: individualismo, transpersonalismo e personalismo.

Para o individualismo, o homem, cuidando dos seus próprios interesses, indiretamente, protege e realiza os interesses coletivos.

No transpersonalismo é o contrário: deve-se realizar o bem coletivo para salvaguardar os interesses individuais. Inexistindo harmonia entre o bem do indivíduo e o bem do todo, preponderam os valores coletivos.

O personalismo refuta as concepções individualista e coletivista. É um "meio termo", ou seja, não há de se falar em predomínio do indivíduo ou do todo. Busca-se a solução na compatibilização entre os valores, considerando o que toca ao indivíduo e o que cabe ao todo.

Mas, onde a dignidade da pessoa humana liga-se aos direitos fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988?

Quando a nossa Carta Magna eleva o princípio da dignidade da pessoa humana como preceito fundamental, temos que cabe ao Estado proteger os valores individuais e coletivos de todas as pessoas. O princípio da dignidade da pessoa humana torna-se também a base do Ordenamento Jurídico, tanto quanto os direitos fundamentais constitucionais.

Segundo Jesus (2004, p. 244), a tendência dos ensinamentos constitucionais é no sentido de reconhecer e valorizar o ser humano como a base e o topo do direito.

De suma importância frisarmos que a dignidade por ser um princípio fundamental, elencado na Constituição Federal, é a base de todas as demais normas.

Ao fazermos uma análise da nossa Carta Magna, observamos que a dignidade da pessoa humana pode ser classificada em níveis, dentro do nosso sistema constitucional, conforme preconiza Medeiros (2008, p. 28-41), sendo estes:

> Em nível I, no seu preâmbulo, a Constituição faz menção ao Estado Democrático de Direito como forma de garantir os exercícios dos direitos sociais e individuais.

> Em sequência, no artigo 1º, incs. I e II e no artigo 170, *caput*, verifica-se a incumbência da ordem econômica em assegurar a todos uma existência digna.
>
> No artigo 226, §7º, foi dado ênfase a família, como forma de garantir a dignidade da pessoa humana.
>
> Em nível II, o artigo 3º, inc.III e o artigo 23, inc.X, apresentado como "dos objetivos fundamentais", é o responsável pela afirmação da "exterminação da pobreza e das desigualdades sociais". No nível III, a Carta Magna traz, em seu artigo 6º o mínimo que cada indivíduo necessita: educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

Portanto, analisa-se que há uma interseção entre os direitos fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988 e o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que a própria Constituição insere a dignidade da pessoa humana como preceito fundamental.

Considerações finais

A dignidade da pessoa humana enquanto princípio inserido na Constituição Federal de 1988, alcança o patamar ser a base do sistema jurídico, bem como os direitos fundamentais constitucionais, cabendo ao Estado o dever de proteger os indivíduos, concedendo-lhes uma vida digna, com respeito, fazendo com que a justiça social não seja apenas um sonho distante de ser alcançado.

Considera-se, diante do que foi exposto, que até mesmo nos primórdios dos tempos a honra e a nobreza eram respeitadas pelos grupos que formavam a sociedade. Mesmo não tendo um conceito exato a respeito da dignidade da pessoa humana, mas estava presente no íntimo dos indivíduos esse preceito fundamental.

Ressalta-se que a dignidade da pessoa humana deve figurar como valor jurídico supremo, pois ela é a base das pretensões essenciais e o fundamento de uma constituição operante, sendo a base do Direito moderno.

A relação existente entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais constitucionais é que ambos fazem parte do

mesmo ordenamento jurídico, sendo sua base. O respeito aos direitos fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988 são de suma importância, no sentido de que estes protegem o ser humano tangente à sua liberdade, sua moral e dignidade.

Conclui-se pela necessidade de ser feita uma reflexão sobre como estamos tratando os indivíduos, estamos respeitando a sua dignidade, como queremos que nos respeite, afinal de contas, a convivência harmônica na sociedade depende de todos nós!

Referências bibliográficas

ALARCÓN. Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio Genético Humano: e Sua Proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004, p. 244.

Boanvides, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 517-523.

_____ **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 50.

COELHO, Luiz Eduardo de Toledo. **Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana aplicados às relações privadas**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, ano 17, n. 67, p. 214-243, abr./jun. 2009.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais** –São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 54.

DWORKIN, Ronald. **El domínio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la liberdad individual**. Barcelona: Ariel, 1998, p.307-310.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental**. p. 11. São Paulo: Saraiva, 2007.

FLÓREZ VALDÉS apud ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e Boa-Fé no Código Civil**, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 08.

GOMES, Magno Federici; FREITAS, Frederico Oliveira. **Direitos Fundamentais e Dignidade Humana.** In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 82, out 2010. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8404>. Acesso em 25 de fevereiro de 2017.

HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, María del Pilar. **Constitución y derechos fundamentales**. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México D.F., ano XVIII, n. 84, set./dez. 1995. Disponível em:

http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/84/art/art5.htm>. Acesso em 25 de fevereiro de 2017

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006. Coleção A Obra-Prima de Cada Autor, 2006, p. 134.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**, São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 127.

MEDEIROS, Benizete Ramos. T**rabalho com Dignidade: Educação e Qualificação é Um Caminho?** São Paulo: LTR, 2008, p. 28-41.

MORAES, Maria Celina Bondin. O conceito da dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In. SARLET, Ingo Wolfgang, org. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 117

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O Direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana**. Jus Navigandi**,** Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/161>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2017.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. 2ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 47.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. **Teoria Jurídica e Novos Direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2000, p. 97.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 277.

SARLET, Ingo Wolfgand. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 36-38.

_____ **Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito Constitucional**. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2005, p. 45-46.

_____**Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Revista Jurídica, Porto Alegre: Notadez, ano 55, n. 352, p. 45-94, fev. 2007b.

SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Crise e desafios da constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 375-414.

DIREITO DO TRABALHO

“Operário em construção”: a mobilização dos direitos trabalhistas do processo constituinte de 1987-1988 ao fenômeno da terceirização

Aimée Schneider Duarte
Tayssa Botelho dos Santos

Introdução

O objetivo desta pesquisa perpassa às discussões sediadas na Assembleia Nacional Constituinte (doravante ANC) de 1987-88 com a finalidade de desvelar a dupla importância – histórica e atual – dos direitos trabalhistas. Entender a trajetória de formação da Carta Magna demanda uma análise que envolve, a um só tempo, o momento constituinte brasileiro e a forma como a discussão do Direito do Trabalho tem-se colocado nesse momento, em razão dos seus reflexos continuarem sendo projetados para o debate político e jurídico da atualidade.

A metodologia que viabilizou essa análise tem caráter historiográfico na medida em que mantém uma perspectiva da compreensão das Ciências não condicionada apenas a dogmas, mas sim a premissas permanentemente questionáveis, viabilizando, com isso, uma análise crítica do Direito. Considera-se que a norma jurídica é um produto do momento histórico

em que concebida e, nesse aspecto, a ANC de 1987-88 é um desdobramento da redemocratização brasileira após anos de ditadura. Nesta esfera, será adotado, como referencial metodológico de análise, o mapeamento de duas etapas: os debates e as propostas, ocorridos durante a Constituinte, acerca dos direitos do trabalhador e, em seguida, a análise do que seriam tais direitos, pensados a partir da atual conjuntura trabalhista.

No entrelace com tais bases constitucionais, a questão trabalhista brasileira será examinada a partir daqueles que se revelam como seus nortes e agentes de teor mais contemporâneo. A relação dos trabalhadores com o Poder Judiciário em face de estruturas nas quais seus direitos se deparam com o risco de expressiva relativização – notadamente, por meio de serviços terceirizados – será, assim, abordada, buscando analisar como a própria remodelação deste Poder constituído pode contribuir para a maior participação política do trabalhador, em conjunto com a própria democratização do acesso à Justiça. As possíveis maneiras de se atingir tais objetivos, bem como as dificuldades concretas que se impõem, serão escrutinizados a seguir.

1. Os trabalhadores no processo constituinte de 1987-1988

Antes mesmo do início dos trabalhos da Constituinte de 1987-88 já existiam reivindicações da sociedade brasileira endereçadas à ANC. O Congresso Nacional recebeu, desde o ano de 1986, correspondências de todo o país, fosse de forma individual, fosse através de entidades sociais. Entre março daquele ano e julho de 1987, o ente estatal, através da Comissão de Constituição e Justiça do Senado, lançou o plano "Diga Gente e Projeto Constituição", com o intuito de que os cidadãos expressassem suas sugestões para a vindoura Lei Maior. Cinco milhões de formulários foram distribuídos e disponibilizados nas agências dos Correios do Brasil, o qual os encaminhava, sem custos, para o Senado Federal, que recebeu um total de 72.719 respostas (BACKES; AZEVEDO, 2008, p. 73). Aparentemente, as iniciativas individualizadas não possuíam vínculo institucional, sendo mensagens pessoais enviadas às autoridades políticas. Ao pesquisar os termos "direitos dos trabalhadores", "trabalhador"

e "trabalho", foram encontrados respectivamente 103, 5.942 e 12.296 registros, e as sugestões, no geral, conclamavam a ampliação dos Direitos dos Trabalhadores – não apenas urbano, mas em inúmeras propostas há o destaque para os trabalhadores rurais.

Com a instalação da ANC, os próprios parlamentares apresentaram sugestões totalizando a soma de 12.000 propostas sobre os mais diversos assuntos. Atinentes às questões trabalhistas, a busca resultou em 1449, 822 e 552 registros para "direitos dos trabalhadores", "trabalhador" e "trabalho", respectivamente. Em sua maioria, textos se apresentam com redações mais genéricas se comparados com as propostas populares, tais como a criação de normas protetivas dos trabalhadores. A temática rural também é recorrente (BRASIL, 1987a).

A sociedade civil também se manifestava por diferentes formas: envio de sugestões por entidades sociais, audiências públicas, cartas pessoais e emendas populares. O mecanismo de Projetos de Emendas Populares (PEP), por exemplo, exerceu grande influência na organização e na mobilização social, tornando-se um canal aberto para versar sobre diversos temas: foram apresentadas 122 PEP que obtiveram um "total de 12.277.423 assinaturas" (BRANDÃO, 2011, p. 79). No tocante aos Direitos dos Trabalhadores, quatro versaram diretamente sobre o assunto, quais sejam: PEP 009, PEP 054, PEP 066 e PEP 074 (BRASIL, 1987b).

O número de assinaturas da PEP 009 foi de 30.240. Dentre as proposições, destaca-se a ideia de que o que toda organização da ordem econômica deve "fomentar-se no reconhecimento da primazia do trabalho sobre o capital. A Lei assegurará a prioridade de remuneração do trabalho, atendidas as necessidades básicas do trabalhador (...)" (BRASIL, 1987b, p. 12). Por sua vez, o número de assinaturas da PEP 054 foi de 743.718. Alguns dos direitos pleiteados foram o salário mínimo, o salário família, a duração máxima de jornada diária, o repouso remunerado, o fundo de garantia e a greve (BRASIL, 1987b, pp. 54-55). Já a PEP, que atingiu 272.624assinaturas, estabelecia que a Justiça do Trabalho poderia normatizar situações que requeiram tratamento especial ou que não estejam previstas. O texto também afirmava que não se podia admitir "o estabelecimento de normas constitucional, que certamente alcançarão o século XXI, preservando-se o grau de miséria e abandono da classe tra-

balhadora". A proposta fixava também que os artigos previstos independeriam de lei, evitando-se, assim, as "situações em que a previsão constitucional permanece ao longo de décadas sem regulamentação" (BRASIL, 1987b, pp. 65-67).[59] Por fim, a PEP 074, que obteve 13.549 assinaturas,[60] além de defender os direitos acima expostos, resguardava os direitos dos trabalhadores de criarem comissões nos locais de trabalho, liberdade e autonomia sindical (BRASIL, 1987b, p. 74).

A Subcomissão temática que recebeu maior número de propostas populares foi a dos Direitos dos Trabalhadores e Servidores Públicos com 1.418 (MICHILES et. al., 1989). Tal número condiz com a ampla participação de entidades de classe e representantes de categorias voltados para as discussões acerca dos direitos trabalhistas – além desses, dois representantes do Estado falaram nas audiências públicas: o Ministro do Trabalho e o Ministro da Administração. A análise desses discursos revela nuances importantes sobre o conteúdo e a articulação das propostas populares, oferecendo, ainda, uma perspectiva do processo de incorporação dos direitos sociais e do pluralismo no texto constitucional.

Dentre as várias reivindicações encaminhadas pelos trabalhadores, a autonomia no ambiente de trabalho e a liberdade sindical representam as demandas mais urgentes. A liberdade de organização e de gestão seria um modo de se aplicar a Constituição, na medida em que tornaria o texto constitucional mais próximo da realidade e das práticas cotidianas. O depoimento do representante do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE), Joel Alves de Oliveira, é significativo no que tange às reivindicações dos trabalhadores que, para ele, os principais tópicos são: a redução da

59. Confirmando o ponto aqui exposto, com relação à Constituição Federal de 1988, a jurista e política Anna Maria Rattes elucidou que, até o ano de 2009, "66 dos 250 artigos aprovados não foram regulamentados e por isso ficam sem aplicação prática. Ou seja: 26,4% do texto existem apenas no papel" (RATTES, 2009, p. 28)

60. Apesar de o Regimento Interno da ANC estabelecer, em seu artigo 24, que a emenda popular deveria ser subscrita por pelo menos 30.000 (trinta mil) eleitores brasileiros, o sucesso da campanha de coleta de assinaturas fez com que os Constituintes decidissem que todas as 122 emendas fossem apresentadas no Plenário. Chegou-se ao ponto de 39 delas, que não conseguiram cumprir as exigências regimentais, serem subscritas por Constituinte, garantindo, assim, a sua apreciação.

jornada de trabalho, a representação dos trabalhadores nos locais de trabalho, e a garantia no emprego. Alertou que se "pararmos para verificar qual a evolução dos direitos dos trabalhadores, vamos observar que nas questões fundamentais ainda há muito o que se conquistar".[61]

Em outro momento, o Presidente da Central Única dos Trabalhadores, Jair Antônio Meneghelli, tratou da liberdade e autonomia sindical. A liberdade de organização dos trabalhadores seria a chave para que a democracia fosse vivenciada de fato. A experiência democrática é evocada para que se estabeleçam relações baseadas nas liberdades ampliadas e em uma menor intervenção estatal. Nesse sentido, Meneghelli afirma acreditar na capacidade de "organização da classe trabalhadora brasileira, mas nos deem liberdade de autonomia sindical, nos deem a possibilidade de organizarmos como bem entendermos. Aí, eu não terei dúvidas de que conseguiremos conquistar as nossas reivindicações".[62]

Os direitos trabalhistas foram reivindicados em todas as instâncias, sobretudo as populares, de modo que a constitucionalização desses direitos, elevando-os a categoria de Direito Fundamental, permitiu novas maneiras de se pensar o Direito do Trabalho. A sua valorização passou a ser atrelada na ordem constitucional à dignidade da pessoa humana e à justiça social. A ampliação dos direitos sociais e do trabalho, portanto, no âmbito constitucional foi influenciada pela participação da sociedade no processo constituinte.

Projetando-se a análise para o momento atual, é de se questionar acercadas mudanças trazidas ao panorama constitucional por meio das reformas já engendradas – dentre as alterações mais recentes que acenam para a retirada de direitos, destaca-se a reforma trabalhista, delineada na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) – e daquelas que poderiam advir do panorama político corrente, desbotando, com o passar dos anos e dos capítulos da ainda jovem democracia, os direitos e as garantias plasmadas no texto da Carta Magna de 1988.

61.Ata da 18ª reunião da Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores e Servidores Públicos,em 06 de maio de 1987, p. 229.

62.Ata da 20ª reunião da Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores e Servidores Públicos, em 07 de maio de 1987, p. 262.

2. O fenômeno da terceirização

A terceirização no mercado brasileiro tem uma longa história cuja origem remonta ao final da década de 1960. Inicialmente, as relações trilaterais foram incentivadas dentro da própria Administração Pública, conforme se observa nas primeiras leis que abordam a delegação de serviços a terceiros. Posteriormente, elas se estenderam para o setor privado, sempre atraindo trabalhadores da base da pirâmide social. O movimento adquiriu relevância na década de 1990, coincidindo com os processos de abertura comercial e desregulamentação dos contratos de trabalho. Obteve um crescimento contido até 1994, quando foi impulsionado pela estabilização monetária (POCHMANN, 2014).

Em pesquisa realizada na indústria petroquímica da Bahia no ano de 1995, Graça Druck (DRUCK e FRANCO, 2008) distinguiu algumas das espécies de terceirização presentes no cenário nacional. Eram elas: subcontratação do trabalho doméstico ou domiciliar na qualidade de autônomo, modalidade comum aos setores mais tradicionais da indústria; redes de empresas fornecedoras de componentes e peças, encontradas principalmente na indústria automobilística; subcontratação de serviços periféricos ou de apoio; subcontratação de empresas ou trabalhadores autônomos nas áreas produtivas e nucleares, como na atividade de manutenção; quarterização, uma cascata de subcontratações. Desde aquele ano, a terceirização expandiu-se tanto no setor público, quanto no privado, difundindo-se por todos os âmbitos da estrutura empresarial, inclusive os que antes eram considerados nucleares. Novas modalidades têm surgido, dentre as quais se destacam o trabalho domiciliar, agora internacionalizado, o microempreendedorismo individual, o cooperativismo e as franquias.

Os modelos recentes priorizam a terceirização realizada mediante trabalho por conta própria. Eles incentivam o processo de assalariamento disfarçado, no qual o trabalhador redefine a sua personalidade jurídica e assume os encargos pelo trabalho realizado. O poder constitutivo de uma simples mudança do *nomem juris* é capaz de pôr empresas contratantes e trabalhadores terceirizados no mesmo patamar jurídico. De acordo com a pesquisa elaborada pela Central Única dos Trabalhadores (CUT) em parceria com o Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeco-

nômicos (2014), utilizando a base de dados da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS) de 2013, os trabalhadores terceirizados compõem 26,8% do mercado formal de trabalho no Brasil, perfazendo um total de 12,7 milhões de assalariados, conforme se verifica na tabela abaixo. Este número seria ainda maior caso fossem considerados os trabalhadores informais.

O estudo aponta que a terceirização influencia diretamente na distribuição de renda. Em 2013, a remuneração dos trabalhadores terceirizados foi 24,7% menor do que a concedida aos trabalhadores diretamente contratados. No mesmo ano, 78,5% dos terceirizados concentravam-se nas faixas salariais de até três salários mínimos. Enquanto isso, suas jornadas semanais de trabalho foram, em média, três horas maior do que a dos trabalhadores diretos. A taxa de rotatividade também é maior entre os terceirizados [Rais 2013. (DIEESE e CUT, 2014)].

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) (STEIN et. tal, 2015) também apresentou informações sobre a terceirização no Brasil, utilizando dados da RAIS identificada[63] de 2007 a 2012. A pesquisa realizada pela instituição indica que a participação da mão de obra terceirizada cresceu 0,1 ponto percentual entre aqueles anos, chegando a 24,5% do mercado formal de trabalho. Para os pesquisadores (STEIN et. tal, 2015), este percentual permite supor que a estimativa elaborada pela CUT/DIEESE é superestimada. O estudo ainda demonstra que a disseminação da terceirização é heterogênea. O IPEA confirma que os trabalhadores terceirizados recebem salários inferiores aos empregados diretos. A diferença chega a 17%, cai para 12% quando os pesquisadores controlam a amostragem de acordo com características observáveis e cai novamente para 3% quando considerada a diferença média na remuneração de um mesmo indivíduo que muda de emprego e transita da forma de contratação direta para a terceirizada.

Outras pesquisas sobre a terceirização em território nacional trazem dados preocupantes no tocante à violação dos direitos trabalhistas. Segundo Victor Araújo Filgueiras, pesquisador do Centro de Estudos Sindicais e Economia do Trabalho, o trabalho terceirizado e o trabalho análogo ao escravo estão intimamente relacionados. Nos dez maiores flagrantes ocorridos no Brasil entre 2010 e 2013, dos 3.553 (três mil, qui-

63. A RAIS identificada permite o acompanhamento dos mesmos indivíduos ao longo do tempo.

nhentos e cinquenta e três) trabalhadores resgatados em situação análoga à escravidão, 2.998 (dois mil, novecentos e noventa e oito) eram terceirizados (FILGUEIRAS, 2014).

Em diversos setores econômicos, os números indicam a diferença entre a proteção conferida aos prestadores de serviço e aos trabalhadores diretos. Nos setores elétrico e petrolífero, a probabilidade da morte de um prestador de serviços em decorrência de acidentes de trabalho é maior justamente entre os terceirizados. A disparidade pode ser justificada pela intensa delegação das atividades que trazem para a empresa principal a ideia de risco, pela incerteza acerca do agente sobre o qual recai a responsabilidade com a saúde e a segurança dos trabalhadores terceirizados, ou mesmo pelo baixo investimento que das empresas contratadas com os mecanismos que garantam a proteção da saúde e da segurança do trabalhador terceirizado.

O relatório de Estatísticas de Acidentes do Setor Elétrico Brasileiro, produzido pela Fundação Comitê de Gestão Empresarial (COGE), denunciou que o número de acidentes fatais é, em média, 3,4 vezes maior entre empregados que prestam serviços para distribuidoras, geradoras e transmissoras da área de energia elétrica (DIEESE e CUT, 2014). No ano de 2011, 61 (sessenta e uma) das 79 (setenta e nove) mortes no setor foram de trabalhadores terceirizados. Na última década, poucas têm sido as avaliações de prestígio e de continuidade sobre o desenvolvimento e as tendências da terceirização no Brasil. As efetuadas apresentam problemas metodológicos, dentre os quais, dados quantitativos insuficientes; estimativas indiretas; múltiplos vieses de análise (CAMPOS, 2015).

3. O judiciário como lugar de mobilização dos direitos trabalhistas

A atividade jurisdicional sempre foi um campo de disputas e um campo em disputa. Um espaço estruturado por relações de força que disputam o "direito de dizer o direito" (BOURDIEU, 2007). Um ambiente, ao mesmo tempo, influenciado por atores que visam compelir o Estado a fazer concessões e influenciador das demandas, das estratégias políticas e, até mesmo, da vida cultural de um povo.

Medidas de política judiciária, tais como a criação de juizados de pequenas causas e a institucionalização das *class actions*, generalizam-se, fortalecendo a atuação do juiz na tomada de decisão em matéria de políticas públicas. O juiz passa a ser o protagonista da questão social. Como afirma Werneck Vianna et. al. (2007), "o cidadão volta-se para ele, mobilizando o arsenal de recursos criado pelo legislador a fim de lhe proporcionar vias alternativas para a defesa e eventuais conquistas de direitos". Em uma espécie de memória das origens escolásticas da autoridade, invocam-se agentes externos à relação de trabalho a quem foram outorgados o saber e o poder.

A terceirização é uma das áreas representativas da expansão da atuação política direta e indireta dos tribunais. A configuração das decisões da Justiça do Trabalho nos dissídios individuais e coletivos influencia as estratégias adotadas pelos trabalhadores terceirizados e pelos empresários na luta pela mobilização de direitos. À medida que as decisões ressaltam determinadas questões e ignoram outras, são construídos os significados e as expectativas através dos quais os atores do local de trabalho fissurado vão operar.

Em 2014, o Supremo Tribunal Federal deu maior atenção ao tema. O Ministro Luiz Fux reconheceu a repercussão geral da discussão sobre a delegação de atividades fins no Recurso Extraordinário com Agravo n.º 713.211 interposto no curso da ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Trabalho da 3ª Região em face da Celulose Nipo Brasileira S/A – CENIBRA. Logo depois, o Ministro Teori Zavascki também reconheceu a repercussão geral da matéria no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo n.º 791.932, interposto pela empresa Contax S.A. em ação que questiona a terceirização de serviços de *contact center*.

Mas o desempenho político da Justiça vai além das decisões judiciais. O Tribunal Superior do Trabalho fixou os próprios limites para a delegação de atividades a terceiros e para as relações trabalhistas dela decorrentes no Enunciado n.º 256 e, posteriormente, na Súmula n.º331. Além disso, promoveu uma audiência pública para debater o tema em 2011. No evento, foi articulada a criação do Fórum Nacional Permanente em Defesa dos Direitos dos Trabalhadores Ameaçados pela Terceirização, composto por diversas instituições e profissionais ligados ao mundo do

trabalho. Os magistrados ainda têm atuado de forma enfática no trâmite do Projeto de Lei n.º 4.330/2004 através da sua entidade representativa, a Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho.

Há dois fatores que parecem favorecer a ampliação da interferência dos tribunais em se tratando de terceirização. O primeiro deles é a demora na produção de um marco normativo específico. Enquanto o Poder Legislativo está preso às questões políticas e às disputas de poder que lhes são próprias, é o Judiciário quem assume o papel de fixar as políticas referentes a matérias controvertidas (WERNECK VIANNA, 1999). Dada a falta de definição legislativa, a terceirização foi incluída na agenda judicial e recebeu a chancela estatal sob as condições estabelecidas na Súmula n.º 331.

O segundo fator é a falta, ou a impossibilidade[64] da garantia de efetividade das normas trabalhistas existentes. A criação de normas regulamentadoras não implica a sua observância. E a inobservância leva os trabalhadores aos tribunais na tentativa de que o Estado use a sua força para impor condutas aos empregadores. No entanto, os usuários deparam-se com dificuldades para acessar o Judiciário, com lacunas no processo de democratização da estrutura judiciária, com o excesso de demandas e com a longa duração processual. Inclusive, esta última é um dos principais incentivos para que os trabalhadores optem pela conciliação do conflito, deixando de receber a integralidade dos montantes que lhe caberiam.

Adalberto Cardoso e Telma Lage (2007) defendem que o aumento do número de demandas na Justiça do Trabalho brasileira está diretamente ligado ao modelo de disciplina das relações trabalhistas, cujas características contribuem para a sua própria deslegitimação. Os empresários realizam um cálculo de custo e benefício e chegam à conclusão de que os possíveis gastos com a condenação judicial são mais compensadores do que o cumprimento da legislação trabalhista. Os autores também chegam a essa conclusão pesquisando as limitações do modelo de inspeção

64.Aqui, cabe a crítica que o professor Raffaele De Giorgi (2011, p.10-11) faz sobre a ausência de sentido na distinção entre validade e eficácia, já enunciada no capítulo anterior. A validade não consegue impor causas objetivas ao agir e apenas fixa a possibilidade de ser diferente do que é. A eficácia, por sua vez, esconde as inúmeras possibilidades de ser diferente do que foi construído como dever ser e traz consigo a idéia de que o Direito aplica-se a uma realidade externa, quando é ele quem constrói a própria realidade fundada no dever ser e no binômio lícito e ilícito.

do trabalho no Brasil (CARDOSO; LAGE, 2005). Eles reconhecem que, desde a ratificação da Convenção n.º 81 da Organização Internacional do Trabalho, que versa sobre a inspeção do trabalho na indústria e no comércio, o país aprimorou as instituições de fiscalização, adotou um sistema informatizado de controle, alterou os trâmites burocráticos e passou a treinar os fiscais do trabalho. No entanto, a despeito do progresso na área, a inspeção ainda atinge uma fração muito pequena dos potenciais destinatários, além de contar com um número deficiente de fiscais e com uma taxa pequena de regularização de vínculos empregatícios por parte das grandes empresas, já que essas esgotam os artifícios legais para retardar a solução dos processos administrativos e judiciais.

De fato, as estatísticas do Tribunal Superior do Trabalho indicam que os processos sobre terceirização vêm aumentando, especialmente os que questionam a responsabilidade pelas obrigações trabalhistas. Na lista dos cem assuntos mais recorrentes em casos novos julgados pelas Varas do Trabalho, a responsabilidade em casos de terceirização ocupa o trigésimo nono lugar, com 65.647 (sessenta e cinco mil, seiscentos e quarenta e sete) processos. Nos Tribunais Regionais do Trabalho, o tema ocupa a trigésima quarta posição, com 18.607 (dezoito mil, seiscentos e sete processos). Já no TST, a matéria ocupa o sétimo lugar, com 12.184 (doze mil, cento e oitenta e quatro) processos, mas é imediatamente precedida pela responsabilidade em caso de terceirização por ente público, que conta com um total de 14.576 (quatorze mil, quinhentos e setenta e seis) processos.

Considerações finais

Se a constitucionalização foi a tentativa de conferir previsibilidade às relações trabalhistas, na era do capitalismo desorganizado, marcada pela reestruturação empresarial e trabalhista, ela se torna insuficiente para garantir ao trabalhador o exercício da sua cidadania. Neste contexto, o Poder Judiciário surge como um ator de políticas diretas e indiretas. Suas respostas configuram o cenário no qual os trabalhadores mobilizam o seu direito. Elas influenciam na construção de estratégias, limitando ou ampliando possibilidades de mobilização. O Judiciário é, ao mesmo tempo, um campo de disputas e um campo em disputa.

O aumento da atuação dos tribunais indica que, em tempos de instabilidade, a noção de cidadania pelo trabalho deve ser alargada para além do aspecto puramente estatutário, porque este já não é capaz de assegurá-la. Segundo Marshall (1967), o exercício dos direitos sociais de cidadania[65] está diretamente ligado à ideia da igualdade. Esta, por sua vez, materializa-se em direitos civis e políticos, cujo exercício enriquece o conteúdo da cidadania e da noção de igualdade que ele comporta. Portanto, as possibilidades da ação cidadã são construídas de modo circular e por intermédio de um abastecimento constante: a efetividade da igualdade e dos direitos civis e políticos a ela relacionados conduz ao enriquecimento da cidadania e dos direitos sociais a ela ligados e vice-versa.

No campo jurídico, para fomentar este processo, não basta a simples regulamentação da terceirização. É essencial que o Direito do Trabalho encontre novos caminhos entre a estagnação como único meio de proteção do trabalhador e a flexibilização em nome de um progresso abstrato e irrealizável. No entanto, o Direito, que constrói a realidade a partir da lógica binária entre lícito e ilícito, não é capaz de garantir a efetividade das suas próprias disposições. Ele é apenas uma técnica de projeção do não saber futuro.

No sistema político, é preciso incentivar a participação política do trabalhador por intermédio da politização dos espaços de produção (SANTOS, 1997), um processo multidimensional de identificação das relações de poder que permeiam o local de trabalho fissurado. Pelo mesmo motivo, deve-se democratizar não somente o acesso à Justiça, como também a própria estrutura do Poder Judiciário, tendo em vista a sua relevância tanto na composição do ambiente no qual os atores buscam o poder de dizer o direito do trabalho quanto na construção da vida cultural e da identidade do trabalhador brasileiro.

Somente através do efetivo exercício da cidadania, o trabalhador deixa de ser um simples produto do local de trabalho instável e precarizado para converter-se em agente de determinação do destino individual e coletivo.

65.Segundo Theodore H. Marshall (1967, p. 149-153), os direitos sociais de cidadania constituem um direito absoluto a determinado padrão de civilização que é condicional apenas à contrapartida de obrigações gerais da cidadania. Seu conteúdo inclui desde o bem-estar e segurança econômicos até o direito de compartilhar uma herança social e de viver a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões prevalentes na sociedade.

Referências bibliográficas

BACKES, Ana Luiza; AZEVEDO, Débora Bithiah de (org.). *A sociedade no Parlamento Imagens da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2008.

BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas linguísticas*. São Paulo: Edusp, 2008.

BRANDÃO, Lucas Coelho. *Os movimentos sociais e a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988:* entre a política institucional e a participação popu87lar. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP, 2011.

BRASIL. *Anais da Assembleia Nacional Constituinte.* Brasília: Senado Federal, 1988a. Disponível em <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp>. Acesso em 17 de mai. de 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988b. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 08 de mai. de 2018.

_____. *Emendas Populares encaminhadas à Assembleia Nacional Constituinte*. Câmara dos Deputados, 1987b. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituinte/comissao-de-sistematizacao/emendas-de-plenario-e-populares>. Acesso em 21 de mai. de 2018.

_____. *Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987c. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/regimento_interno_anc>. Acesso em 21 de mai. de 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Coordenadoria de Estatística e Pesquisa*. Lista das 100 pessoas jurídicas com maior núme-

ro de processos com débitos trabalhistas na Justiça do Trabalho. 19 jun. 2012. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/070672fb-8d29-4b04-a20f-6edb244c2807>. Acesso em 05 de mai. de 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Relatório Geral da Justiça do Trabalho 2014*. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/887f0a39-0471-45da-9bd5-1fcc72ab3a1b>. Acesso em 05 de mai. de 2018.

MICHILES, Carlos [et al.]. *Cidadão constituinte:* a saga das emendas populares. RJ: Paz e Terra, 1989.

CARDOSO, Adalberto Moreira; LAGE, Telma. *As normas e os fatos:* desenho e efetividade das instituições de regulação do mercado de trabalho no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGC, 2007.

_____. A inspeção do trabalho no Brasil. *Dados - Revista de Ciências Sociais*, v.48, n.3, p.451-490, jul/set 2005.

DE GIORGI, Raffaele. *A investigação sociológica do Direito na Teoria dos Sistemas*. Palestra proferida no II Congresso da Associação Brasileira dos Pesquisadores em Sociologia do Direito. Porto Alegre-RS. 26 de outubro de 2011.

DIEESE (Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos). *O processo de terceirização e seus efeitos sobre os trabalhadores no Brasil*. 2007. Disponível em: <http://ftp.medicina.ufmg.br/osat/arquivos/6-07082015.pdf>. Acesso em 20 de mai. de 2018.

_____. O emprego no setor de telecomunicações dez anos após a privatização. *Estudos e pesquisas*, n.46, jul. 2009. Disponível em: <http://www.dieese. org.br/estudosepesquisas/2009/estPesq46PrivatizacaoTelecomunicacoes.pdf>. Acesso em 20 de jun. de 2018.

DIEESE; CUT (Central Única dos Trabalhadores). *Tercerização e desenvolvimento*: uma conta que não fecha. 2014. Disponível em:

<http://www.cut.org.br/system/uploads/ck/files/Dossie-Terceirizaçao-eDesenvolvimentolayout.pdf>. Acesso em 20 de jun. de 2018.

DRUCK, Maria da Graça; FRANCO, Tânia (Org.). A terceirização no Brasil: novo e velho fenômeno. *Laboreal*, v.4, n. 2, p.83-94, 2008.

DRUCK, Maria da Graça; THÉBAUD-MONY, Annie. Terceirização: a erosão dos direitos dos trabalhadores na França e no Brasil. In: DRUCK, Graça; FRANCO, Tânia. (Org.). *A perda da razão social do trabalho*: terceirização e precarização. São Paulo: Boitempo, 2007.

FILGUEIRAS, Vitor Araújo. *Terceirização e trabalho escravo: coincidência?* Repórter Brasil, 24 jun. 2014. Disponível em: <http://reporterbrasil.org.br/2014/06/terceirizacao-e-trabalho-analogo-ao-escravo-coincidencia/>. Acesso em 22 de mai. de 2018.

FGV (Fundação Getúlio Vargas). *Relatório do ICJ Brasil.* 1º Trimestre de 2014 ao 4º Trimestre de 2014. Ano 06. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ dspace/bitstream/handle/10438/14089/Relat%C3%B3rio%20ICJBrasil%20-%20ano%206.pdf ?sequence=1&is Allowed=y>. Acesso em 22 de mai. de 2018.

IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística). *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua.* Agosto de 2015. Disponível em: <http:ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_ Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Mensal/Comentarios/pnadc_201508_comentarios.pdf>. Acesso em 20 de mai. de 2018.

_____. *Comissão Nacional de Classificação.* Disponível em: <http://www.cnae.ibge.gov.br/>. Acesso em 25 de mai. de 2018.

MARSHALL, Thomas Humphrey. *Cidadania, classe social e status.* Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

POCHMANN, Márcio. Terceirização desregulada e seus efeitos no mercado de trabalho no Brasil. *Revista do TST*, Brasília, v.80, n.3, p.215-227, jul./set. 2014.

RATTES, Anna Maria. "Um olhar de vinte anos". *In*: *Constituição 20 Anos*: Estado, Democracia e Participação Popular. Caderno de Textos. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O Estado e o Direito na transição pós-moderna: para um novo senso comum sobre o poder e o Direito. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n.30, jun. 1990.

_____. *A crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência.* São Paulo: Cortez, 2009.

STEIN, Guilherme; ZYLBERSTAJN, Hélio; ZYLBERSTAJN, Eduardo. Terceirização e salários In: IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica aplicada). *Mercado de trabalho:* conjuntura e análise, ano 21, n. 59, p.27-34, out. 2015.

WERNECK VIANNA, Luiz. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.* Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

_____, Luiz; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Revista Tempo Social*, São Paulo, v.19, n.2, p.39-85, nov. 2007.

Reforma trabalhista: altos empregados e a afronta ao princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas

Anne Carolline Rodrigues da Silva Brito
Renata Gomes de Lima Felix

Introdução

O presente estudo tem por escopo analisar a Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, a qual altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), bem como as Leis nos. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, dispondo assim, sobre as novas relações de trabalho. Nesse ínterim, buscar-se-á entender a origem histórica e funcionamento de tais normas, correlacionando-as com as referidas legislações que sofreram alteração. Além de analisar as consequências, desde a sua vigência, para a sociedade em geral, será discutido também sobre a possibilidade de negociação individual entre os empregadores e os "altos empregados" – funcionários que percebem salário igual ou superior a duas vezes o teto dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (RPGS) e possuem nível superior –, com vista ao princípio da Irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas.

Outrossim, tem-se como objeto de análise deste trabalho tanto as normas e princípio já anteriormente referidos em relação ao tema, como

outros que regulamentem sobre aspectos relevantes à matéria a ser estudada, inclusive abordando referências à Constituição Federal. Visa-se, ainda, uma comparação e análise crítica em relação ao que estabelece a nova Lei, implantada atualmente no Brasil, que modifica a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), e a antiga norma que tratava do assunto.

Para tanto, o método utilizado nesta pesquisa baseou-se em pesquisas legislativas e doutrinárias. Também foi fonte de embasamento deste estudo consultas às obras de Maurício Godinho Delgado, Estácio Bahia Guimarães, Sérgio Pinto Martins, Vólia Bomfim Cassar, entre outros renomes na área. Ademais, fora realizado estudo aprofundado da Lei 13.467 de 2017, no que concerne aos dispositivos referentes aos chamados altos empregados.

Como objetivo, esse trabalho se propõe a fazer, inicialmente, uma análise histórico-jurídica sobre as normas trabalhistas, suas origens e contexto nos quais estas se inserem. Também intenta-se averiguar se a negociação individual entre o empregador e o alto empregado fere o Princípio da Irrenunciabilidade, bem como entender se tal norma pode vir a ser prejudicial ao trabalhador ou atingir o equilíbrio da relação empregatícia. Objetiva-se, ainda, verificar se deveras esse empregado com maior nível intelectual e financeiro não é prejudicado pelo novo dispositivo ou se ainda assim existe a relação de subordinação deste perante o empregador empresário, causando-lhe prejuízos.

Por fim, tem-se como justificativa à realização desta pesquisa a relevância do tema para entender diversos acontecimentos na conjuntura social e, consequentemente, jurídica, visto que a temática atualmente ocupa notável espaço no cenário nacional. Tal qual, há o propósito de investigar sobre o assunto por ele trazer conhecimento útil para a sociedade como um todo, principalmente para as pessoas que estão submetidas a uma relação de trabalho, de modo que buscar-se-á entender como essa relação social prevista na legislação é regulada na prática. Sobretudo em relação a aplicabilidade da norma objeto desta pesquisa diante da situação de hipossuficiência nessa relação empregatícia, já que relevante parte da população do país não tem ciência a fundo dos seus direitos.

1. Evolução histórica

Imprescindível à temática de Direito do Trabalho é a alusão à sua origem e ao contexto histórico no qual insere-se para possibilitar uma melhor compreensão de seu funcionamento. É sabido que até meados do século XVIII, quando adveio a Revolução Industrial, o sistema de produção dominante era o artesanal, no qual o próprio artesão realizava todas as etapas de produção, formando uma organização de caráter familiar. Díspar à tal situação, com o advento das máquinas e transições tecnológicas, surgiram as categorias de "patrão" e "empregado".

Destarte, as alterações no sistema de produção não produziram efeitos apenas na posse da matéria prima, do produto final e do lucro, mas também na esfera social de toda a sociedade. Essa Revolução que consolidou o sistema capitalista, fez surgir duas novas classes sociais. Na lição de Guimarães: "O divórcio entre o capital e o trabalho resultante da Revolução Industrial, é representado socialmente pela polarização entre burguesia e proletariado". (GUIMARÃES, 2008, p. 21). O autor refere-se aos empresários – capitalistas proprietários dos bens de produção – e aos operários – empregados que vendem sua força de trabalho por um salário.

Nesse ínterim, devido às grandes concentrações urbanas decorrentes do êxodo dos indivíduos que habitavam as zonas rurais para as cidades, a classe operária, por ser facilmente explorada, era exposta a condições degradantes dentro das fábricas. Diante do desamparo legal dessa nova relação social, as jornadas de trabalho ultrapassavam quinze horas diárias, não havia segurança de trabalho, nem benefícios indispensáveis, a exemplo do horário de descanso ou férias, como aduz Guimarães (2008).

Com essa nova configuração da sociedade, organizam-se movimentos formados por operários que vão de encontro aos empresários, surgindo, assim, uma relação conflituosa entre esses dois pólos. Em alusão ao surgimento dessas organizações coletivas de trabalhadores, expõe Mauricio Godinho Delgado:

> No plano da sociedade civil, tem fundamental relevância a descoberta, pelos trabalhadores, da ação coletiva (...). Em seguida, o aperfeiçoamento dessa estratégia coletiva de ação, mediante a formação e consolidação de organizações coletivas de tra-

> balhadores, seja sindicais, seja mais nitidamente políticas. Por fim, como síntese de todo esse processo, o surgimento de movimentos claramente políticos, com forte participação obreira (...). (DELGADO, 2016, p. 90).

Conforme o autor (2016), o Direito vigorante à época consistia no Direito Civil e, por este apresentar-se como formação liberal-individualista, não tinha resposta jurídica adequada ao fato novo da relação empregatícia. "A matriz civilista clássica tendia a reduzir todas as questões surgidas no interior da relação de emprego a questões típicas e próprias ao velho modelo de contrato bilateral". (DELGADO, 2016, p.91).

Dessa forma, ante os conflitos empregador-empregado e os movimentos sociais de trabalhadores que buscavam condições mais favoráveis de trabalho, urgia uma regulamentação para essa nova relação empregatícia, como traduz Guimarães:

> As relações trabalhistas passaram a despontar nos palcos de muitos países como artista principal, atraindo os holofotes das preocupações dos governantes e legisladores, que procuravam regulamentar o convívio entre os que possuíam a força do trabalho e os que detinham a propriedade dos bens de produção. (GUIMARÃES, 2008, p. 32).

Nesta senda, o Direito Civil não mais era suficiente para tratar de forma adequada o problema, uma vez que se fazia imperiosa uma legislação específica. De acordo com Raquel Verás Franco (2008):

> O Direito e a Justiça do Trabalho são, em última análise, uma das expressões desse Estado Social (menos liberal e mais interveniente), na medida em que um dos pressupostos do direito trabalhista é que há, entre empregado e empregador, um desnível de poder que deve ser sanado, inclusive através da atuação jurídica estatal. Dessa forma, não é exagero dizer, a pressão dos trabalhadores ao longo dos séculos XIX e XX ajudou a democratizar várias sociedades capitalistas no Ocidente – e isso na medida em que fez surgir, como consequência de suas lutas, as primeiras normas do Direito do Trabalho, materializadas nos primeiros acordos entre trabalhadores e patrões. (*apud* Guimarães, 2008, p.33).

Como ressalta a autora (2008), as primeiras legislações envolvendo Direito do Trabalho decorreram dos movimentos sociais dos trabalhadores da época, sendo uma delas a Constituição do México (1917), a qual trouxe direitos como proibição de trabalho de menores de 12 anos, jornada máxima noturna de 7 horas, salário mínimo, direito de sindicalização e de greve, entre outros.

Em 1919, o Tratado de Versalhes previu a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), agência da Organização das Nações Unidas responsável pela formulação e aplicação das normas internacionais do trabalho, promovendo a justiça social. Acerca do surgimento e relevância da OIT, explica a autora Rúbia Zanotelli de Alvarenga:

> Em época sob o impacto da Primeira Guerra Mundial e do processo de reconstrução social, a OIT surgiu no plano político como o mais importante organismo internacional responsável em assegurar bases sólidas para a paz mundial e obter melhores condições humanas para a classe trabalhadora. A idéia da internacionalização da legislação social trabalhista surgiu, portanto, na primeira metade do século XX, quando se generalizou, em diversos estados nacionais, a tese de que o Estado deveria intervir nas relações sociopolíticas e econômicas, com o objetivo de assegurar um mínimo de direitos sociais aos indivíduos. Esse movimento da classe operária subsidiou o nascimento do direito social ao trabalho, que é considerado como um dos direitos fundamentais de segunda geração. (ALVARENGA, 2007, p. 03).

No Brasil, não houve impacto imediato, em razão de a economia ser, àquela época, focada na produção agrícola e utilização da mão-de-obra escrava. Apenas em 1907, durante o governo de Afonso Pena, houve a primeira tentativa de criação de órgãos jurisdicionais trabalhistas, por meio da Lei 1.637 de 5 de novembro de 1907; contudo, esta não obteve êxito. Em 1912, fora constituída a Confederação Brasileira do Trabalho (CTB), esta visava proporcionar diversas reivindicações da classe operária, como jornada de trabalho de oito horas diárias, fixação de salário mínimo, entre outros.

Em 1922, a Lei estadual nº 1.869 faz surgir os primeiros órgãos voltados a resolver conflitos trabalhistas, como ensina Guimarães (2008). No entanto, foi ao ingressar na já aludida Organização Internacional do Tra-

balho que o Brasil de fato inicia um contato mais definitivo com temas sociais e trabalhistas. A pressão externa internacional foi um dos fatores propulsionadores desse maior envolvimento com questões trabalhistas.

A Revolução de 1930 foi um catalisador para questões referentes aos direitos trabalhistas, inclusive nesse ano fora criado o Ministério do Trabalho. Durante a presidência de Getúlio Vargas, através do Decreto nº 19.770, de 19 de março de 1931, foi criada também a Lei da Sindicalização, a qual regulamentava a sindicalização das classes operárias e patronais.

O Decreto-lei 1.237 de 1939 instituiu a Justiça do Trabalho, solidificando em seu primeiro artigo que os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados seriam resolvidos por esta e que este serviço seria obrigatório. Diante da existência de diversas normas esparsas no que concerne ao tema, era imperiosa a elaboração de uma Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Logo, em maio de 1943, fora aprovado o Decreto-lei nº 5.452, o qual sistematizava essas normas já existentes.

A CLT institucionalizou o Direito do Trabalho, tornando-se importante marco histórico-legislativo. Para Capelato (1998, p. 173), o trabalho passa a ser visto como "forma de emancipação da personalidade, algo que valorizava o homem e tornava-o digno de respeito e da proteção da sociedade". (*apud* Gabriela Neves Delgado, 2013, p. 7). A estrutura sistemática e conteúdo normativo da referida Consolidação passaram por diversas nuances, como ressalta a citada autora:

> (...) destacam-se os seguintes exemplos: a Lei nº 605/1949, reguladora do descanso semanal remunerado e em feriados, em patamar mais avançado do que no texto original de 1943; a Lei nº 4.090/1962, que instituiu o 13º salário; (...) a Lei nº 12.506/2011, reguladora do aviso prévio proporcional. (DELGADO, 2013).

Não obstante a existência destes e outros avanços relativos à proteção ao trabalho no Brasil, surgiram também algumas normas que reduziram esse resguardo ao trabalhador subordinado; principalmente durante o período de regime autoritário, quando foram documentadas mais de 400 intervenções em sindicatos naquele período. Nos anos de 1970 e 1990, com a ascensão do pensamento neoliberal, ocorreu a Lei do Trabalho Temporário e a Lei do Contrato Provisório, respectivamente.

Para Delgado (2013, p. 278), "A CLT ainda recebe a influência definitiva da Constituição Federal de 1988, o que também ocasiona fluxos e refluxos de proteção ao trabalho no diploma consolidado e no próprio Direito do Trabalho." Além de a Constituição de 1988 dispor a respeito da competência e organização da Justiça do Trabalho, deu aos direitos dos trabalhadores a qualidade de direitos humanos fundamentais, o que foi de suma importância.

No contexto histórico-jurídico atual, a Consolidação de Leis Trabalhistas passou por mudanças significativas devido à Reforma Trabalhista. Sob o argumento de redução do nível de desemprego e crise econômica instaurada no país, o então presidente Michel Temer propôs projeto de lei alterando diversas questões relativas ao conteúdo da CLT. Em suma, a lei 13.467/2017 trouxe mudanças em relação à jornada de trabalho, à terceirização, à negociações e acordos coletivos – que agora poderão prevalecer à legislação – e, inclusive, à previsão da possibilidade de negociação individual entre patrões e os chamados altos empregados, não mais sendo necessárias as negociações sindicais para todos os funcionários.

2. Princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas

Acerca dos princípios, dispõe Sérgio Pinto Martins (2011, p.14):

> Determina o artigo 8º da CLT que, na falta de disposições legais ou contratuais, o intérprete pode socorrer-se dos princípios de Direito do Trabalho, mostrando que esses princípios são fontes supletivas da referida matéria. São princípios do Direito do Trabalho: proteção do trabalhador, da irrenunciabilidade de direitos, da continuidade da relação de emprego, da primazia da realidade.

O Princípio da Indisponibilidade dos direitos trabalhistas, também conhecido como Princípio da Irrenunciabilidade, é uma limitação à vontade das partes, empregado e empregador. Nesse sentido, tem-se a "inviolabilidade técnico-jurídica de poder o empregado despojar-se, por sua simples manifestação de vontade, das vantagens e proteções que lhe asseguram a ordem jurídica e o contrato". (DELGADO, 2009, p. 186). Outrossim, vale ressaltar, a nível de comparação,

> Dispõe o art. 3º da Lei do Trabalho da Venezuela que 'em nenhum caso serão renunciáveis as normas e disposições que favoreçam os trabalhadores'. O parágrafo único prevê que "a irrenunciabilidade não exclui a possibilidade de conciliação ou transação sempre que se realize por escrito e contenha uma relação circunstanciada dos fatos que a motivem e os direitos nela compreendidos. (PINTO MARTINS, 2016, p.135).

Além disso,

> A indisponibilidade inata aos direitos trabalhistas constitui-se talvez no veículo principal utilizado pelo Direito do Trabalho para tentar igualizar, no plano jurídico, a assincronia clássica existente entre os sujeitos da relação socioeconômica de emprego. O aparente contingenciamento da liberdade obreira que resultaria da observância desse princípio desponta, na verdade, como o instrumento hábil a assegurar efetiva liberdade no contexto da relação empregatícia: é que aquele contingenciamento atenua ao sujeito individual obreiro a inevitável restrição de vontade que naturalmente tem perante o sujeito coletivo empresarial. (DELGADO, 2009, p.186-187).

Dessa maneira, nota-se que o princípio em questão foi criado para proteger a figura do empregado, pois a relação de emprego é permeada por um desequilíbrio, em que o empregador conta com o capital e o poder de subordinar juridicamente o empregado, enquanto que esse trabalhador dispõe apenas da força de trabalho. O artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), dispõe que serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na referida Consolidação. Contudo,

> Poderá, entretanto, o trabalhador renunciar a seus direitos se estiver em juízo diante do juiz do trabalho, pois nesse caso não se pode dizer que o empregado esteja sendo forçado a fazê-lo. Estando o trabalhador ainda na empresa é que não se poderá falar em renúncia a direitos trabalhistas, pois poderia dar ensejo a fraudes. É possível, também, ao trabalhador transigir, fazendo concessões recíprocas, o que importa um ato bilateral. (PINTO MARTINS, 2011, p.14).

Ademais, o artigo 444 da CLT destaca que as relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes. Além do artigo 468 que, da mesma norma, que afirma

> Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

Isto posto, entende-se que esses institutos visam proteger os direitos e garantias dos empregados, tendo em vista que esses dispositivos possibilitam a estipulação das cláusulas contratuais desde que não se prejudique o trabalhador, pois podem ser sujeitas a uma nulidade caso contrariem as normas e princípios protetores. Destaca-se que, no Direito Civil, as partes são, em sua maioria, livres para negociar, pois existe uma maior autonomia. Contudo, no Direito do Trabalho, essa autonomia pode ocasionar problemáticas como a submissão do empregado a situações em que deve abrir mão de seus direitos para manter ou adquirir um emprego. Com isso, aduz Vólia Bomfim Cassar (2015) que, como regra geral, "não pode o empregado, antes da admissão, no curso do contrato ou após seu término, renunciar ou transacionar seus direitos trabalhistas, seja de forma expressa ou tácita". Ressalta ainda que "o impedimento tem como fundamento a natureza das normas trabalhistas, que são de ordem pública, cogentes, imperativas, logo, irrenunciáveis e intransacionáveis pelo empregado". (CASSAR, 2015).

Desta feita, entende-se que tal princípio é vital no contexto apresentado, pois proporciona uma maior segurança àquele que não possui tantas vantagens no momento da negociação devido a sua hipossuficiência diante do empregador. No entanto, o Princípio da Indisponibilidade não é absoluto, existem casos em que esse princípio pode ser flexibilizado e, com a aprovação da Lei 13.467 de 2017, foi reduzido para algumas situações específicas.

Antes da aprovação da referida lei que consagra a denominada Reforma Trabalhista, o Princípio da Indisponibilidade já era passível de re-

lativizações como em casos expressamente autorizados por lei. Mas, com a reforma, esse princípio foi reduzido para, por exemplo, os chamados "altos empregados", que são aqueles com nível superior e que recebem salários superiores a duas vezes o teto do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), tendo em vista que esses poderão negociar diretamente com seus empregadores por não serem considerados hipossuficientes e, assim, não necessitarem de assistência e intermediação do sindicato profissional para efetivar tais negociações.

Logo, tais empregados terão a possibilidade de abdicar de direitos consagrados pela legislação em vigor e, inclusive, assegurados por acordos coletivos e convenções coletivas, o que descontrói a interpretação trabalhista como se conhece, tendo em vista que não mais se objetiva utilizar a norma mais favorável ao empregado, tampouco garantir que direitos não sejam reduzidos ou abdicados por esses indivíduos. Mesmo porque, tal prerrogativa que impossibilitava o empregado de dispor de garantias servia como freio às intenções do obreiro em manter seu emprego e acatar a ordens de seu empregador. Contudo, com o advento da Reforma Trabalhista, não mais podemos falar em irrenunciabilidade como antes era entendida, pois surge a possibilidade de negociar direitos passíveis de tal transação e expressamente indicados como permitidos para esse fim.

3. Altos empregados

Os "altos empregados", segundo a Lei 13.467 de 2017, são aqueles que percebem salário igual ou superior a duas vezes o teto dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), que é, atualmente, aproximadamente onze mil reais. Além disso, como requisito cumulativo, é necessário que esse empregado tenha nível superior. Com isso, é relevante destacar que a Reforma Trabalhista estabeleceu que os altos empregados poderão negociar de forma individual com seus empregadores.

Assim, aqueles que percebam salário igual ou superior a duas vezes o teto do RGPS e tenham nível superior poderão ter relações contratuais regulamentadas por acordos individuais em detrimento, inclusive, das negociações coletivas. É importante destacar a importância desse entendimento, pois as negociações coletivas ganharam grande destaque com

a lei em questão, tendo em vista têm prevalência sobre a lei nos pontos elencados no artigo 611-A da CLT.

Dessa maneira, nota-se que a negociação coletiva poderá prevalecer sobre a lei em determinadas situações e, para os altos empregados, as negociações individuais poderão ter a mesma prerrogativa, ou seja, prevalecerão quando confrontados com benefícios assegurados por lei ou por negociação coletiva quando o negociado abranger temas relacionados no referido artigo. Destaca-se, ainda, o artigo 444 da CLT: "As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes" e o artigo 444, parágrafo único da CLT "A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social".

Entretanto, destaca-se que o legislador, no art. 611-B da lei 13.467 de 2017, determinou diversos aspectos que não poderão ser objeto de negociação. Deste modo, é possível compreender que existe certa preocupação quanto as matérias passíveis tanto da negociação coletiva quanto da negociação individual que é realizada pelos altos empregados. Assim, garantiu-se a inviolabilidade, principalmente, de direitos constitucionais do trabalhador, impedindo que tais garantias pudessem sofrer qualquer mitigação em face de negociações e transações que prevalecem sobre a lei mesmo quando prejudiciais ao empregado.

Entende-se que o legislador presumiu que os altos empregados não estão em situação de desequilíbrio econômico como estão os demais empregados ou que não haveria o que se falar em hipossuficiências destes altos empregados. Por isso, foi estabelecido que eles possuem condições de negociar, sem se fazer necessária a presença do sindicato, pois estariam em condições de igualdade com seus empregadores. Todavia, a crítica a esse dispositivo se dá pelo fato de esses empregados não estarem em real situação de isonomia com o empregador, pois não possuem a

mesma estrutura que possui uma empresa para contratar advogados que auxiliem na elaboração dos contratos. Outro ponto relevante é que os altos empregados se encontram em posição desfavorável em relação ao empregador, uma vez que existe a possibilidade de aquele que contrata oferecer propostas não tão favoráveis ao contratado e este acabar aceitá-las, apenas visando a manutenção do seu emprego.

Para mais, a subordinação a que se submetem os empregados é a jurídica e não a econômica ou a técnica, portando, os altos empregados não têm a subordinação afastada, apenas atenuada, pois não possuem a autonomia própria do trabalhador autônomo, apenas pelo fato de receberem uma remuneração determinada e possuírem nível superior. Por isso, não cabe indicar que tais negociações seriam feitas em pé de igualdade entre as partes e alegar que tal isonomia seria alcançada por não haver subordinação econômica do empregado que receber igual ou superior a duas vezes o teto do benefício do RGPS, pois a subordinação que prevalece para todos os empregados, como dito, não é a econômica, mas sim a jurídica.

Destarte, ao estabelecer uma remuneração alta como requisito para a negociação individual não se descaracteriza a subordinação do empregado e, portanto, não afasta o desequilíbrio existente na relação de emprego. Entende-se que,

> A subordinação é o estado de sujeição em que se coloca o empregado em relação ao empregador, aguardando ou executando ordens. A subordinação jurídica do contrato de trabalho não pode ser confundida com orientações gerais ou conselhos. Não pode ser considerada a subordinação como *status* do empregado. Subordinação é decorrente da atividade do empregado, ao prestar serviços ao empregador. São várias as espécies de subordinação: a) econômica[…] O empregado dependeria economicamente do empregador para sobreviver[…]. b) técnica. O empregador detém os conhecimentos técnicos e científicos da produção. Assim, estaria sob as ordens do empregador. Associa Herz a subordinação técnica à econômica. Entretanto, verifica-se que os altos empregados, executivos, não dependem do empregador, mas este depende tecnicamente daqueles.[…] f) jurídica. A subordinação jurídica decorre do contrato de trabalho (art. 6º CLT). O empregado está sujeito a receber ordens em decorrência do pacto laboral, sendo proveniente do poder de

> direção do empregador, de seu poder de comando, que é a tese mais aceita. O empregado está subordinado ao empregador em razão do contrato de trabalho e da lei (art. 3º da CLT). É no contrato de trabalho que são observados os limites e os fundamentos da subordinação". (PINTO MARTINS, 2016, p. 228-229).

Com isso, nota-se que a possibilidade de negociação individual pelo alto empregado faz com que o Princípio da Irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas tenha significativa redução para tais trabalhadores e essa realidade ocasiona diversas problemáticas, tendo em vista que a mitigação desse princípio faz com que também se tenha a redução do Princípio da Proteção do trabalhador e o Princípio da norma mais favorável ao empregado. Tais princípios determinam que a legislação deve visar proteger o trabalhador, por ser este hipossuficiente na relação laboral, e é preciso aplicar a norma mais favorável a este quando houver dúvida sobre qual legislação deve ser aplicada a cada caso.

Contudo, com a negociação individual dos altos empregados, não será possível aplicar tais princípios de forma plena, pois, como já dito, existem situações em que o negociado irá prevalecer sobre o legislado, mesmo que tal negociação não seja tão favorável ao empregado quanto o previsto em lei. Assim, cabe apontar que o ideal seria manter a participação do sindicato em tais negociações, pois asseguraria a licitude e equilíbrio do acordo. É por essa razão que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 8º, inciso III, afirma caber ao sindicato a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.

Então, depreende-se que a presença sindical é importante e, mesmo em casos como os dos altos empregados, seria de suma relevância garantir uma real igualdade entre as partes da negociação por meio de um terceiro, a exemplo do sindicato e do juiz, mesmo porque, os sindicatos tem como objetivo a defesa e a coordenação de interesses econômicos e profissionais de indivíduos (empregados, empregadores, profissionais liberais e autônomos, por exemplo) que exercem a mesma atividade ou atividades similares ou conexas.

Esse aspecto promove a reflexão acerca da desproteção consagrada por tal dispositivo da lei 13.467 de 2017, o que contraria, como já dito, o prin-

cípio basilar do Direito do Trabalho, o Princípio da Proteção e o Princípio da Irrenunciabilidade de direitos. E tal problemática ratifica a desconstrução do Direito do Trabalho como se conhece e desmonta suas estruturas fundamentais e que o justificam. Além disso, as negociações feitas de tal maneira, aproximam a esfera trabalhista da civil, pois, nesta, a negociação é de livre entendimento entre as partes, como citado anteriormente.

Relevante apresentar o posicionamento de ministros do Tribunal Superior do Trabalho que, dentre seus 27 integrantes, 17 se posicionaram de forma contrária a diversos pontos do Projeto de Lei da Câmara n. 38/2017, que trata da Reforma Trabalhista e que foram mantidos após sua aprovação. Tal documento elenca diversas mudanças que se apresentam de forma negativa para a população que depende do trabalho empregatício e similares.

Conclusão

Então, pode-se concluir que a implementação de um novo conceito sobre altos empregados e as prerrogativas conferidas a estes diante da alteração da Consolidação das Leis do Trabalho, promovidas pela lei 13.467 de 2017, se apresentaram de forma negativa para a relação empregatícia como um todo. As alterações estudadas promovem uma série de problemáticas, sendo a desproteção do empregado apresenta- a principal delas. Com estas modificações, desconstitui-se a interpretação justrabalhista como se conhecia e mitiga-se os direitos e princípios basilares desse seguimento, como os Princípios da proteção, da norma mais favorável e da indisponibilidade dos direitos trabalhistas.

Ante o exposto, vê-se que a prerrogativa de negociação individual feita pelo empregado com nível superior e que recebe duas ou mais vezes o teto do Regime Geral de Previdência Social perpetua o desequilíbrio existente na relação de emprego e expõe o empregado a situações prejudiciais, tendo em vista que tais negociações prevalecem sobre a lei. Assim, nota-se que os altos empregados podem dispor de direitos antes considerados como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho. Logo, entende-se que o Princípio da Indisponibilidade dos direitos trabalhistas é afastado ou consideravelmente diminuído nas hipóteses de negociação individual dos altos empregados. Esse fator propulsiona uma

realidade refutada desde os primórdios da regulação da relação laboral, pois, desde a implementação da Justiça do Trabalho, busca-se a proteção desse indivíduo pela sociedade.

Referências

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. A Organização Internacional do Trabalho e a Proteção dos Direitos Humanos Sociais do Trabalhador. *Revista LTr*, v. 71, p. 604-615, 2007.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6023: Informação e Documentação - Referências - Elaboração. Rio de Janeiro: ABNT, 2000.

BRASIL, Decreto n. 19.770, de 19 de Março de 1931. Regula a sindicalização das classes patronais e operárias e dá outras providências. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 29 mar. 1931. Disponível.em:.<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19770-19-marco-1931-526722-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 15 nov. 2017.

BRASIL, Decreto-lei n. 1.237, de 02 de Maio de 1939. Organiza a Justiça do Trabalho. Diário.Oficial.da.União..Rio.de.Janeiro,.06.mai..1939.. Disponível.em:.<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1237-2-maio-1939-349344 publicacaooriginal-1-pe.html.> Acesso em: 15 nov. 2017.

BRASIL, Lei n. 13.467, de 13 de Julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União. Brasília,.14 de jul. de 2017..Disponível.em:.< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm.> Acesso em: 25 out. 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 15ª edição. São Paulo: LTr, 2016.

DELGADO, Gabriela Neves. A CLT AOS 70 ANOS: rumo a um direito do trabalho constitucionalizado. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 79, n. 2, p. 268-294, 2013.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8ª edição. São Paulo: LTr, 2009.

GUIMARÃES, Estácio Bahia. *Justiça do Trabalho*: evolução histórica no Brasil e em Sergipe. Aracaju, 2008. 258 p.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2011 – (Série Fundamentos Jurídicos).

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, Ministros do. *Documento de Considerações Jurídicas acerca do Projeto de Lei da Câmara n. 38/2017*. Brasília, 18 de maio de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/trabalhista-reforma-tst.pdf.> Acesso em: 26 out. 2017.

A análise da possibilidade ou não de cumulatividade dos adicionais de periculosidade e insalubridade.

Caíque Machado Camilo

Introdução

O tema se insere no contexto atual pois, proporcionará maior importância ao assunto; Há afinidade com o tema diante da importância social, econômica e cultural. O tema foi escolhido diante da necessidade de se conhecer melhor o assunto. Tem como objetivo geral: A análise da possibilidade ou não de cumulatividade dos adicionais de periculosidade e insalubridade. E como objetivo específicos: Conceituar a insalubridade e a periculosidade; demonstrar os requisitos para o adicional de insalubridade e periculosidade; além de arrolar as principais formas prevenção dos agentes nocivos, perigosos e insalubres; conceito de saúde e de meio ambiente; gastos com acidentes de trabalho e doenças ocupacionais. Na metodologia foram utilizados o método hipotético-dedutivo e o da revisão da literatura e também o método histórico. Os livros dos professores Renato Saraiva e Rafael Tonassi Souto, André Luiz Paes de Almeida e também da professora Vólia Cassar Bonfim e Carlos Henrique Bezerra Leite entre outros; e artigos, dissertações e teses dos sites http://bdtd.ibict.br/vufind/ e http://www.scielo.br/ , Dicionário de medicina e saúde, além de outros pertinentes

do mundo interconectado global. Também foram colecionadas Jurisprudências e/ou súmulas especificas para o tema em tela.

Diante da existência de trabalhos penosos, insalubres e perigosos, surge em contrapartida o adicional por insalubridade e periculosidade. Uma problema não tão recente mais sempre recorrente é a possibilidade ou não da acumulação do adicional de insalubridade com o adicional de periculosidade.

Primeiramente será feito um breve histórico sobre periculosidade, insalubridade e direitos decorrentes, logo em seguida será feito um breve estudo sobre os conceitos de segurança do no trabalho, insalubridade e periculosidade. A porcentagem que é devida a título de adicional e a base de cálculo. Também será trabalhada meios e/ou aparelhos de proteção e seus reflexos nos adicionais de periculosidade e insalubridade. Ademais será examinado com o auxílio da jurisprudência pátria, a possibilidade ou não de cumulação do adicional de insalubridade com o adicional de periculosidade. A saúde e ambiente. Por fim estatísticas sobre o adoecimento e acidentes na esfera laboral.

1. Histórico

Os primeiros trabalhadores que surgiram nas civilizações foram os escravos. Esses não tinham qualquer direito. Eram tratados como coisa.

Logo após disso teve a evolução para o Feudalismo, onde o senhor Feudal sedia a propriedade e proteção, em troca disso os vassalos tinham que produzir/trabalhar/cuidar e zelar pela propriedade.

Depois disso adveio a revolução industrial onde trabalhadores não tinham nenhuma proteção ao trabalhar em maquinas pesadas, penosas e agentes insalubres, muitos eram triturados, esmagados e amassados pelas maquinas, além de não ter qualquer proteção da seguridade social.

Finalmente com o advento da Constituição Federal de 1988 surgiram normas de proteção ao trabalhador, no capítulo de direitos sociais art. 6º e 7º da Carta magna que nos dá a importante lição:

> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação**, o trabalho**, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previ-

dência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (grifo meu)

[...]

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

(Grifos meus)

(BRASIL,1988)

[...]

Nesse sentido são direito dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros trabalhadores, a busca por melhores condições de trabalho como redução de riscos de acidentes e doenças do trabalho ou ocupacionais, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Bem como também conseguir adicional de insalubridade e periculosidade para atividades penosas, insalubres ou perigosas.

2. Comissão interna de prevenção de acidentes (CIPA)

De acordo com André Luiz Paes de Almeida, nas empresas com mais de 50 trabalhadores tornou-se obrigatório a instalação da CIPA. A CIPA é formada por empregados e empregadores e tem como função eliminar riscos, diminuí-los ou mitiga-los, gerando assim maior segurança ao trabalhador.

3. Equipamentos de proteção individual (EPI)

Nas lições de André Luiz Paes de Almeida(2014) a legislação obriga o fornecimento gratuito pelo empregador ao empregado do equipamento de proteção Individual.

Importante mencionar que existem também equipamentos de proteção coletiva.

Ambos equipamentos deverão estar em perfeitas condições de conservação e funcionamento e o mais importante - tem que conter o selo do **IMETRO**.

De acordo com a Súmula nº 80 do TST:

> ***Súmula nº 80 do TST***
>
> **INSALUBRIDADE (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003**
>
> A eliminação da insalubridade mediante fornecimento de aparelhos protetores aprovados pelo órgão competente do Poder Executivo exclui a percepção do respectivo adicional. (BRASIL,2003)

Em outras palavras a anulação do agente nocivo pelo uso de Equipamento de Proteção Individual(EPI) ou por uso de Equipamento de Proteção Coletivo(EPC) pode ser total ou parcial, se no caso total, cessa o adicional por insalubridade, se no caso for parcial, diminuí o grau da insalubridade e por consequência o valor do adicional devido.

Não basta somente a entrega do EPI e EPC é preciso também fiscalizar verificando se o empregado está usando corretamente, como também treiná-lo para o uso adequado do equipamento de proteção.

A Súmula 289 do TST é clara ao dizer que não é a simples entrega do equipamento que irá eximi-lo da obrigação de pagar adicionais, tem que ocorrer a devida diminuição ou eliminação do agente nocivo.

Conforme transcrevo abaixo:

> ***Súmula nº 289 do TST***
>
> **INSALUBRIDADE. ADICIONAL. FORNECIMENTO DO APARELHO DE PROTEÇÃO. EFEITO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003**
>
> O simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade. Cabe-lhe tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, entre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado.(BRASIL,2003)

Importante mencionar que a eliminação da insalubridade deve ocorrer primeiro na fonte. No caso uma máquina que faz muito barulho, primeiro deve tentar um isolamento acústico ou outra técnica, para somente depois utilizar os EPI(s) e EPC(s).

Fonte: http://www.urbe.com.br/wp-content/uploads/2016/02/epi-nordeste.jpg> acesso em 25.02.2017

São exemplos que equipamento de proteção: luvas, capacete, botas, protetor auricular, mascara, óculos, roupas especiais.

4. Insalubridade

Insalubre é aquilo capaz de gerar doença.
Nesta troada o art. 189 da CLT:

> Art. . 189 - Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos. (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977) (BRASIL,1943).

É de competência do Ministério do trabalho a checar se a condição de trabalho é insalubre ou perigosa, podendo ainda ser verificadas na Justiça do Trabalho.

Segundo Ricardo Guimarães de Paula(2008) e a American Industrial Hygienist Association(AIHA) - que tem como função social a proteção do ser humano contra perturbações a saúde e o bem estar contra poluição sonora, tensões e outros agentes causadores de doenças ocupacionais, são agentes causadores de tais males:

Agentes físicos:
Ruídos
Temperaturas Extremas
Vibrações
Umidade
Radiações

Agentes químicos:
Poeiras e fibras
Neblinas
Névoas
Gases e vapores

Agentes Biológicos:
Vírus
Bactérias
Fungos
Bactérias em Geral

A NR – 15 Traz em seu bojo regras regulamentadoras taxativas, ou seja, só é insalubre naquelas hipóteses previstas na norma regulamentadora 15.

Também traz o Rol de Adicionais por insalubridade quando o agente nocivo não tenha sido neutralizado ou destruído.

Neste sentido o art.192 da CLT estabelece:

> Art. 192 - O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Tra-

> balho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo. (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)(BRASIL,1943)

Conforme já dito é possível a eliminação do adicional através da eliminação do agente causador.

> Art. 191 - A eliminação ou a neutralização da insalubridade ocorrerá: (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)
>
> I - com a adoção de medidas que conservem o ambiente de trabalho dentro dos limites de tolerância; (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)
>
> II - com a utilização de equipamentos de proteção individual ao trabalhador, que diminuam a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância. (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)
>
> Parágrafo único - Caberá às Delegacias Regionais do Trabalho, comprovada a insalubridade, notificar as empresas, estipulando prazos para sua eliminação ou neutralização, na forma deste artigo. (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977) (BRASIL,1943).

Se o EPI(equipamento de proteção individual) ou o EPC(Equipamento de proteção coletiva) conseguirem neutralizar ou diminuir o agente causador da insalubridade, ocorrerá a diminuição ou extinção do adicional de insalubridade.

5. Periculosidade

É considerado perigoso aquele trabalho que traz risco a vida ou a integridade do corpo humano.

A CLT em seu artigo 193 aponta várias hipóteses em que o adicional em periculosidade é cabível, como abaixo transcrevo:

> Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho,

> impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a: (Redação dada pela Lei nº 12.740, de 2012)
>
> I - inflamáveis, explosivos ou energia elétrica; (Incluído pela Lei nº 12.740, de 2012)
>
> II - roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial. (Incluído pela Lei nº 12.740, de 2012)
>
> [..]
>
> § 4º São também consideradas perigosas as atividades de trabalhador em motocicleta. (BRASIL,1943)

Preenchidos os requisitos acima e das normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho, os trabalhadores terão direito a 30% de adicional sobre o salário básico.

Importante reforçar que a eliminação ou diminuição do adicional de periculosidade e insalubridade cessará conforme art. 194 da CLT no caso utilização de EPC (Equipamento de proteção coletiva) e de EPI (equipamento de proteção individual). Podendo reduzir ou eliminar a exposição.

Nesse sentido o Julgado do TRT7:

> LAUDOS PERICIAIS CONCLUSIVOS. INSALUBRIDADE. USO DE EPIs. INDEVIDO O ADICIONAL RESPECTIVO. DOENÇA OCUPACIONAL. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. INDEFERIMENTO DOS DANOS DEMANDADOS. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. SÚMULA 378, I, DO TST. Comprovado, pela perícia técnica, que o uso de EPI's neutralizava a insalubridade, e que não há nexo causal entre a enfermidade acometida ao empregado e o exercício de suas atividades laborais rotineiras, forçosa é a manutenção da sentença que indeferiu os pedidos vindicados na exordial. Concernente à estabilidade provisória, o reclamante não faz jus a este direito, pois a resilição do contrato de trabalho se deu quando já não mais gozava desta modalidade de estabilidade, que perdura durante os 12 meses seguintes à cessação do auxílio-doença.(BRASIL,2012)
>
> (TRT-7 - RO: 1367005220095070032 CE 0136700-5220095070032, Relator: JOSÉ ANTONIO PARENTE DA SILVA, Data de Julgamento: 11/06/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: 22/06/2012 DEJT)

Conforme se vê no r. julgado o EPI(Equipamento de proteção individual) neutralizava o aspecto insalubre do ambiente, não caracterizando nexo de causalidade entre a insalubridade e o empregado, pois o EPI o protegia da poluição em tais ambientes.

6. Possibilidade ou não da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade

O TST sempre foi pacífico no sentido de não ser possível a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

Surgiu então uma decisão totalmente inovadora em sentido contrário, ou seja, admitindo a acumulação de adicionais desde que presente os requisitos e que sejam fatos geradores distintos. Tal decisão levou as empresas as se preocuparem no sentido: Vamos ter que pagar dois adicionais?

Segue a polemica decisão:

> **PROCESSO Nº TST-RR-776-12.2011.5.04.0411**
>
> RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA – CUMULAÇÃO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E DO ADICIONAL DE PERICULOSIDADE – POSSIBILIDADE – PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUPRALEGAIS SOBRE A CLT – JURISPRUDÊNCIA DO STF – OBSERVÂNCIA DAS CONVENÇÕES NºS 148 E 155 DA OIT. No julgamento do RR - 1072-72.2011.5.02.0384, de relatoria do Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, esta Turma julgadora firmou entendimento de que a norma contida no art. 193, § 2º, da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal, que, em seu art. 7º, XXIII, garantiu o direito dos trabalhadores ao percebimento dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, sem ressalva acerca da cumulação. A possibilidade de recebimento cumulado dos mencionados adicionais se justifica em face de os fatos geradores dos direitos serem diversos. No caso, a Corte a quo manteve a sentença que deferira o pedido de pagamento do adicional de insalubridade em grau máximo decorrente do contato com álcalis cáusticos e hidrocarbonetos e de pagamento do adicional de periculosidade em face da exposição do obreiro à fonte radioativa. A inclusão no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais nºs 148 e 155, com a qualidade de normas materialmente constitucionais

> ou supralegais, como decidido pelo STF, determina a atualização contínua da legislação acerca das condições nocivas de labor e a consideração dos riscos para a saúde do trabalhador oriundos da exposição simultânea a várias substâncias insalubres e agentes perigosos. Assim, não se aplica mais a mencionada norma da CLT, afigurando-se acertado o entendimento adotado pela Corte a quo que manteve a condenação ao pagamento cumulado dos adicionais de insalubridade e de periculosidade. Recurso de revista não conhecido. **(BRASIL, 2011)**

Conforme se extrai da decisão:

O Tribunal manteve a sentença de cumulação do adicional de periculosidade com o adicional de insalubridade.

7. Outras decisões favoraveis

> **TRT-4 - Recurso Ordinário : RO 00002689320125040811 RS 0000268-93.2012.5.04.0811**
>
> Ementa
>
> CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E DE INSALUBRIDADE.
>
> Reconhecido o direito do trabalhador à cumulação do adicional de periculosidade pago pela reclamada com o adicional de insalubridade a que faz jus, em face das condições nocivas que caracterizam a sua prestação laboral em favor da empresa demandada, conforme apurado no laudo pericial técnico realizado nos autos. Apelo parcialmente provido.**(BRASIL,2012)**

Decisão essa do TST que não se repetiu. Sendo proibido o adicional em Insalubridade em conjunto/cumulação com adicional de periculosidade, devendo o empregado optar por uma delas (a mais vantajosa).

Neste sentido o TST em 2017:

> TST - RECURSO DE REVISTA RR 204448820145040014 (TST)
>
> Data de publicação: 10/03/2017
>
> Ementa: a impossibilidade de cumulação, estando prevista a possibilidade de opção pelo empregado do percebimento do adi-

> cional que melhor lhe convier. 3. No caso dos autos, o Tribunal Regional entendeu ser impossível a cumulação dos adicionais de periculosidade e de insalubridade, com fundamento no art. 193 , § 2º , da CLT . Assim, fica mantida a decisão regional. Recurso de revista não conhecido**(BRASIL 2017).**

8. Saúde e meio ambiente

De acordo com a Organização Mundial de Saúde(OMS), saúde é o completo bem estar físico, mental e social.

Segundo o Dicionário de termos técnicos de medicina e saúde, organizado por Luís Rey (Ed. Guanabara Koogan), a definição de saúde é a seguinte:

> "saúde é uma condição em que um indivíduo ou grupo de indivíduos é capaz de realizar suas aspirações, satisfazer suas necessidades e mudar ou enfrentar o ambiente. A saúde é um recurso para a vida diária, e não um objetivo de vida; é um conceito positivo, enfatizando recursos sociais e pessoais, tanto quanto as aptidões físicas. É um estado caracterizado pela integridade anatômica, fisiológica e psicológica; pela capacidade de desempenhar pessoalmente funções familiares, profissionais e sociais; pela habilidade para tratar com tensões físicas, biológicas, psicológicas ou sociais com um sentimento de bem-estar e livre do risco de doença ou morte extemporânea. É um estado de equilíbrio entre os seres humanos e o meio físico, biológico e social, compatível com plena atividade funcional."

Já sobre meio ambiente a lei nº 6938 de 1981 que Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente em seu art. 3º no inciso I dispõe:

> Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:
>
> I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;(Brasil,1981)

É preciso cuidar do ambiente em quer vivemos/trabalhamos para evitar doenças ou acidentes.

9. Gastos e estatísticas com acidentes de trabalho e doenças ocupacionais

De acordo com a revista gazeta do povo são 5 milhões de acidentes ocorridos entre 2007 e 2013 no Brasil, sendo que 45% acabaram em morte.

Em uma previsão de conta atualizada até 2015, geraria o equivalente, somente contando os trabalhadores formais, ou seja, de carteira assinada, trabalhadores formais que sofreram acidentes de trabalho gerariam um gasto em torno de R$70.000.000,00 (setenta bilhões de reais).

Segundo OIT 2,02 milhões de pessoas morrem a cada ano de doenças relacionadas ao trabalho, 321 mil de pessoas morrem a cada ano, como consequência de acidente de trabalho. 160 milhões de sofrem de doenças não letais relacionadas ao trabalho. 317 milhões de pessoas sofrem acidentes de trabalho.

Considerações finais

No presente trabalho foi abordado primeiramente aspectos históricos onde demonstra a forte exploração e não proteção do trabalhador desde escravo, passando pela revolução industrial até chegar a Constituição de 1988, que consagra o direito ao trabalho como direito social e o direito ao trabalho se torna um direito fundamental.

Surgem as normas de segurança do trabalho trazendo a CIPA (formada por empregadores e empregados) a fim de prevenir acidentes.

Os equipamentos de proteção coletiva e individual, frisando que antes de usar qualquer EPI ou EPC busca-se solucionar o problema na fonte. E o equipamento de proteção tem que ter o selo do **INMETRO**.

Foi mencionado os conceitos e adicionais de insalubridade e periculosidade tendo mencionado os agentes causadores. No caso de insalubridade os agentes físicos, químicos e biológicos atendo as disposições do Ministério do Trabalho e no caso de periculosidade são aqueles estampados no artigo 173 da CF, atendido as exigências do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE).

Quanto a cumulatividade ou não dos adicionais de Insalubridade e Periculosidade, conforme dados acima expostos, o presente trabalho se posiciona em sentido junto com a posição majoritária do Tribunal Superior do Trabalho(TST), pela não cumulatividade. Por fim os dados da OIT

de acidentes e doenças ocupacionais são alarmantes, poderia sim ter os números diminuídos se as empresas cumprissem as exigências legais de prevenção de acidentes e fizessem outras medidas extralegais.

Finalmente o conceito de saúde e meio ambiente saudável.

Finalizando com dados estatísticos com números gigantescos de acontecimentos de acidente do trabalho e doença ocupacional.

Nosso país não é um país preventivo, o trabalhador acaba pagando caro por isso. Não há fiscais suficientes para avaliar o descumprimento de normas ambientais, de saúde e de segurança. Todavia vale mencionar que esse é um problema global.

Referências

ALMEIDA, André Luiz Paes de, Direito do trabalho: material, processual e legislação especial – 15. Ed – São Paulo: Rideel 2014.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA FEDERATIVA DE 1998.

BRASIL. **DECRETO-LEI N.º 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943.**

BRASIL. LEI Nº 6.938, DE 31 DE AGOSTO DE 1981

BRASIL. JURISPRUDÊNCIA. (TRT-7 - RO: 1367005220095070032 CE 0136700-5220095070032, Relator: JOSÉ ANTONIO PARENTE DA SILVA, Data de Julgamento: 11/06/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: 22/06/2012 DEJT)

BRASIL. JURISPRUDÊNCIA. TRT-4 - Recurso Ordinário : RO 00002689320125040811 RS 0000268-93.2012.5.04.0811

BRASIL. JURISPRUDÊNCIA. TST-RR-776-12.2011.5.04.0411.

BRASIL. JURISPRUDÊNCIA. TST - RECURSO DE REVISTA RR 204448820145040014 (TST).

CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. Ed. Impetus, Niterói, 2008.

CLT interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo/ vários autores, Costa Machado[org]; Domingos Sávio Zainaghi, coordenador. 8º ed. – Barueri, SP. Ed. Manole, 2017.

Dicionário de termos técnicos de medicina e saúde, [ORG] Luís Rey. Ed. Guanabara Koogan, 2003.

RABBANI, Roberto Muhájir Rahnemay. Poluição Sonora e proteção ambiental: Intervenção Estatal atual e Possibilidade de tributação ambiental. Revista de Direito Econômico e Socioambiental.

SARAIVA, Renato. SOUTO, Rafael Tonassi. Direito do Trabalho. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito do Trabalho. 8 ed. Saraiva. São Paulo,2017.

Mazzuoli, Valerio. TST desrespeita tratados internacionais ao julgar pagamento de adicionais. Revista **Consultor Jurídico**, 13 de maio de 2016, 19h37 > disponível em **http://www.conjur.com.br/2016-mai-13/valerio-mazzuoli-tst-desrespeita-tratados-adicionais**< acesso em 29/08/2017.

PAULA, Ricardo Guimarães de. Dissertação. Caracterização Técnico Jurídica da Insalubridade e Periculosidade e sua aplicação na Gestão de Segurança de Pedreiras. Universidade de São Paulo(USP) 2008.

PORTELLA, Daiane Andretta. Monografia – Possibilidade ou não da cumulatividade de periculosidade e insalubridade. UNIJUÍ – Ijuí(RS) - 2014.

WÜNSCH FILHO, Victor. Perfil Epidemiológico dos trabalhadores. Rev. Bras. Med. Trab., Belo Horizonte • Vol. 2 • No 2 • p. 103-117 • abr-jun • 2004.

http://www.urbe.com.br/wp-content/uploads/2016/02/epi-nordeste.jpg>acesso em 25.07.2017

http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/especiais/acidentes-de-trabalho-no-brasil/perdas-humanas-em-cifras-bilionarias.jpp> acesso em 30.07.2017

http://www.oit.org.br/content/doencas-profissionais-sao-principais-causas-de-mortes-no-trabalho > acesso em 31.07.2017

Trabalho escravo contemporâneo no Brasil: a política de combate através da ação civil pública

Carla Sendon Ameijeiras Veloso
Hector Luiz Martins Figueira
Larissa Pimentel Gonçalves Villar

Introdução

O presente artigo possui como finalidade demonstrar a atuação da ação civil pública como mecanismo jurisdicional de erradicação do trabalho escravo contemporâneo no Brasil. Para atingir esse objetivo opta-se por realizar pesquisas de caráter bibliográfico e científico.

A Ação Civil Pública Trabalhista que iremos abordar terá como foco a erradicação do trabalho escravo contemporâneo, sendo a análise voltada para os direitos metaindividuais difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Vale asseverar, que o direito do trabalho, surgiu, em sua concepção como um direito da classe dos trabalhadores, sendo certo afirmar que as demandas iniciais possuíam caráter individual ou coletivo, através da representação sindical. Excetuando o direito sindical não haviam outros mecanismos de tutela coletiva.

Em nosso direito pátrio constata-se que a Lei 4.717/65 instituiu a ação popular significando grande avanço à tutela dos chamados direitos

metaindividuais, ou seja, aqueles direitos que transcendem o indivíduo para alargar-se de formas, sempre em grupos, definidos ou não.

Entretanto, considerando-se que a ação popular se destina à defesa do patrimônio público e que a sua legitimidade para propô-la é do cidadão, que em regra é a parte hipossuficiente na relação de trabalho, na esfera trabalhista ela foi restringida ou quase anulada[66].

Desta sorte, cumpre asseverar, que a Ação Civil Pública, inserida através da Lei 7.347/85, e, ampliada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e pelo Código de Defesa do Consumidor através da Lei 8.078/90 preencheram a lacuna na defesa dos interesses metaindividuais, com ampla aplicação no direito do trabalho.

Nas lições de Maurício Godinho Delgado: "As ações metaindividuais não se dirigem, portanto, à tutela de qualquer tipo de pretensão, em face de qualquer tipo de interesse e direito, em decorrência de qualquer tipo de dano. É fundamental que haja certo nexo de massividade em torno do dano, do interesse, do direito e da pretensão objetivados. Tal nexo de massividade é encontrado nos chamados interessses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. (DELGADO, 2011)"

A escolha do tema se justifica por representar o trabalho análogo a escravidão uma ameaça à ordem interna Estatal, caracterizando-se frontal violação aos direitos humanos, sendo, necessário uma abordagem sobre este instrumento jurídico eficaz de proteção aos interesses metaindividuais.

Por se tratar de uma pesquisa bibliográfica e científica, opta-se por trabalhar com doutrinadores, teóricos e estudiosos que possam contribuir para a discussão de forma crítica com a expectativa de superar o senso comum sobre o fenômeno do combate a escravidão através da Ação Civil Pública, assim como análise de casos concretos.

66. O TRT da 10ª Região declarou, inclusive, a incompetência da Justiça do Trabalho para conhecer da ação popular com finalidade de anular licitação de mão de obra temporária da Caixa Econômica Federal ante o argumento de que na Justiça do Trabalho tal questionamento deveria se dar via ação civil pública e não ação popular, que teria a Justiça Comum como competente para o seu julgamento (TRT 10ª Região, 1 Turma, RO:00992-206-009-10).

1. Considerações iniciais:

1.1. Origem:

A Ação Civil Pública surge no ordenamento jurídico processual brasileiro através do advento da Lei Complementar número 40/1981 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), de forma restritiva, e, ampliada com a criação da Lei 7.347, de 24 de julho de 1885. O atual texto foi integrado pelas modificações inseridas pelas normas processuais da Lei 8.078/1990 que estabeleceu o Código de Defesa do Consumidor em nosso sistema jurídico.

Vale aduzir, que as legislações pretéritas foram recepcionadas pela Carta da República de 1988 em seu artigo 129, inciso III, conferindo legitimação ativa ao Ministério Público, bem como utilizando-a como instrumento de cidadania, destinado à defesa de quaisquer interesses metaindividuais da sociedade.

Um ano após a promulgação da referida carta, a lei n° 7.853, de 24 de outubro de 1989, previu a tutela jurisdicional coletiva ou difusa para atender os anseios dos portadores de deficiência, também o fez a lei n° 7.912, de dezembro de 1989 que tratava de Ação Civil Pública por danos causados aos investidores no mercado de valores. Tornando-se assim precedentes preciosos para a tutela total dos direitos da coletividade.

Contudo, foi somente com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990, foi inserido, em nosso ordenamento jurídico, os conceitos legais de interesses difusos e dos interesses coletivos que oportunamente serão abordados no decorrer do trabalho.

A Lei Complementar número 75/1993, em seu artigo 83, estabeleceu o cabimento na esfera trabalhista da Ação Civil Pública, verbis: [67]

> "Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho:
>
> I - (.....)

67. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm, visitado em 06/01/2016.

> II- (....)
>
> III- promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos."

Observa-se, portanto, que a Justiça do Trabalho, possui ampla competência para processar e julgar esta demanda, sendo, relevante, destacar que ela possui um papel fundamental na punibilidade das demandas que envolvem a escravidão contemporânea.

1.2. Conceito e competência da justiça do trabalho:

A Ação Civil Pública, disciplinada pela Lei n.º 7.347/85, é conceituada por Hely Lopes Meirelles (2008) como:

> *"... instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, protegendo os interesses difusos da sociedade. Não se presta a amparar direitos individuais, nem se destina à reparação de prejuízos causados por particulares pela conduta, comissiva ou omissiva, do réu*".

Gianpaolo Poggio Smanio, aduz que a Ação Civil Pública "é aquela que tem por objeto os interesses transindividuais ou metaindividuais". (SMANIO, 1999)

Hugo Nigro Mazzini (2000), justifica o uso da expressão Ação Civil Pública em contraposição a Ação Penal Pública que é competência exclusiva do Ministério Público. Sua designação é justificada tanto pela titularidade da ação, como pelo seu objeto que é a defesa de interesse público, ou seja, interesse difuso especificamente.

Vale aduzir, que tanto a Lei n. 7.347/85, como as Leis posteriores, e a própria Constituição, ao disciplinarem a "ação civil pública", não a restringiram à iniciativa do Ministério Público.

Ação civil pública passou a significar não só a ação ajuizada pelo Ministério Público, como a ação proposta por outros legitimados ati-

vos — pessoas jurídicas de direito público interno, associações e outras entidades — desde que seu objeto fosse a tutela de interesses difusos ou coletivos (agora um enfoque subjetivo-objetivo, baseado na titularidade ativa e no objeto específico da prestação jurisdicional).

O conceito de ação civil pública alcança hoje, portanto, mais que as ações de iniciativa ministerial; é útil, contudo, dar atenção especial a estas últimas, porque, ordinariamente, é o Ministério Público quem toma a iniciativa de sua propositura. Em se tratando das ações de que cuida o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), em regra seu ajuizamento cabe aos órgãos do Ministério Público investidos nas funções de Curadoria de Menores (os quais, nas novas Leis Orgânicas do Ministério Público, certamente oficiarão perante os Juízes da Infância e da Juventude, sendo provável que venham a chamar-se os Curadores da Infância e da Juventude, cf. artigos 146 e 148, IV, do Estatuto).

Ibraim Rocha esclarece acerca da competência material ser da Justiça do Trabalho competente para apreciar as ações civis públicas para conciliação e julgamento ligadas aos interesses metaindividuais, envolvendo trabalhadores e empregadores, Administração Pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União decorrentes da relação de trabalho. (LOTTO, 2015)

Assim, podemos afirmar que caso a ação civil pública tenha por objeto controvérsia decorrente de relação de trabalho, a competência para apreciação será da Justiça do Trabalho, por expressa previsão constitucional através do artigo 114, CRFB, inserido com a EC 45/20014. Por se tratar de competência em razão da matéria, temos que esta é absoluta.

Desta forma, serão da competência da Justiça do Trabalho as Ações Civis Públicas que visem tutelar direitos metaindividuais trabalhistas. Insta mencionar que tais ações coletivas têm sido amplamente utilizadas na seara trabalhista, eis que nas relações de trabalho encontramos uma enorme quantidade de lesões em massa, principalmente em razão de ser o empregador, essencialmente, um ser coletivo, de modo que seus atos provocam consequências amplas, podendo lesar, ao mesmo tempo, diversos, milhares de trabalhadores.

Nesse diapasão, vale exemplificar no campo de aplicabilidade da ação civil pública na Justiça do Trabalho os casos em que se visa tutelar

o meio ambiente do trabalho e a saúde do trabalhador, o combate ao trabalho infantil e a regularização do trabalho do adolescente, combate às discriminações nas relações de trabalho, ao trabalho escravo, às terceirizações ilícitas, cooperativas de trabalho fraudulentas, assédio moral, casos de greve e de lime simulada.

Observa-se que na seara trabalhista, a importância da ação civil pública destaca-se ainda mais, tendo em vista a hipossuficiência do trabalhador, o qual, diante de ameaças de desemprego, não teria condições de bem tutelar seus direitos.

Nesse mesmo sentido, Raimundo Simão de Melo: "Há, contudo, outros fatores inibidores da defesa de tais direitos, como ocorre, por exemplo, no Direito do Trabalho, em que, além da subordinação econômica e da hipossuficiência presumida do trabalhador, sofre este ameaças do desemprego e até mesmo as retaliações praticadas por empregadores inescrupulosos em represália pela busca de uma reparação perante o Poder Judiciário Trabalhista. Por essas e outras razões verificadas em cada caso concreto, a Ação civil pública trabalhista representa uma adequada forma de acesso do cidadão ao verdadeiro direito de ação, que, individualmente, vem, em muitos casos, tornando simples retórica o comando do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, que diz que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito. Por isso, é considerada essa ação como um instrumento ideológico de satisfação dos direitos e interesses fundamentais da sociedade moderna" (2008, p. 89/90).

Podemos concluir a temática do cabimento afirmando a extrema importância da ação civil pública na seara trabalhista, eis que é nessa seara que mais encontramos lesões em massa e que, normalmente, atingem a própria saúde e integridade física dos trabalhadores. Por isso a necessidade de um instrumento célere e eficaz, capaz de conferir a tutela jurisdicional adequada aos direitos metaindividuais decorrentes de relação de trabalho.

1.3. Objeto

O artigo 3º da Lei 7.347/85 dispõe que a ação civil pública poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de

fazer ou não fazer, ao passo que o artigo 11 da mesma lei prevê que na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

Saliente-se que foi com o advento do Código de Defesa do Consumidor, o qual acrescentou o inciso IV ao artigo 1º da Lei 7.347/85, que a ação civil pública passou a constituir o meio apto para a tutela de qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

O artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor, aplicável à ação civil pública, dispõe que, para a defesa dos direitos e interesses por ele protegidos, são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela. Assim, como a lei não traz qualquer restrição, podemos afirmar que a ação civil pública pode ter por objeto um comando condenatório, declaratório, cautelar, mandamental, constitutivo positivo, constitutivo negativo, de liquidação, de execução ou qualquer outra espécie que seja necessária à tutela dos interesses metaindividuais em questão.

Deste modo, a ação civil pública pode ser utilizada para se obter uma decisão cominando obrigação de fazer, não fazer ou pagar, sempre com cominação, ainda, de *astreinte* em caso de descumprimento da ordem judicial.

O dano moral coletivo já encontra fundamento legal, conforme se depreende do artigo 6º, incisos VI e VII do Código de Defesa do Consumidor, sendo que, na esfera do direito do trabalho, temos tidos diversas condenações em dano moral coletivo. Neste mesmo sentido, Raimundo Simão de Melo: "*A esfera do Direito do Trabalho é bastante propícia para eclosão do dano moral, como vem ocorrendo com frequência e realmente reconhecem a doutrina e a jurisprudência, inclusive no ambiente laboral, em que são mais comuns as ofensas morais no sentido coletivo sctricto sensu. No Direito do Trabalho não são raros os casos de ocorrência de danos morais coletivos, por exemplo, com relação ao meio ambiente do trabalho, ao trabalho análogo à condição de escravo, ao trabalho infantil, à discriminação de toda ordem (da mulher, do negro, do dirigente sindical, do trabalhador que ajuíza ação trabalhista, do deficiente físico etc.), por revista íntima etc* (2008, p. 105).

Quanto à possibilidade de se ter por objeto a reparação de direitos individuais homogêneos, tal tema será tratado mais adiante, no capítulo final do presente estudo. Por fim, insta salientar que a própria Lei 7.347/85, em seu artigo 12, autoriza a concessão de mandado liminar pelo juiz, com ou sem justificação prévia, a pedido da parte interessada ou até mesmo *ex officio*. Pela própria característica dos direitos metaindividuais, os pedidos de tutela de urgência são rotineiros, sendo que as tutelas de urgência pretendidas podem ser em relação ao próprio direito material vindicado (tutela antecipada) ou para proteção do processo (medida cautelar).

2. Atuação do Ministério Pblico do Trabalho

O Ministério Público do Trabalho, integrante do Ministério Público da União juntamente com o Ministério Público Federal, Ministério Público Militar e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, é um órgão essencial à justiça, atuando na defesa dos interesses públicos primários, sempre que tais interesses ou lesões/ameaças de lesões a estes decorram de relações de trabalho. Luís Antônio Camargo de Melo assim define o Ministério Público do Trabalho: "*Alçado à sua plenitude com a Magna Carta de 1988, como instituição comprometida com a democracia e justiça social, o Ministério Público do Trabalho, assim como os demais ramos do Ministério Público da União, atua de forma independente e imparcial na defesa dos direitos e interesses dos trabalhadores, desvinculado dos interesses particulares e estatais. O tratamento conferido pelo art. 127 da Constituição Federal foi claro e preciso: instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*" (2012, p. 21).

O Ministério Público do Trabalho, ao exercer suas atribuições constitucionalmente definidas, atua tanto na esfera judicial quanto na extrajudicial. No tocante à atuação extrajudicial, vide a Lei Complementar 75/93, artigo 84.

A atuação extrajudicial do Ministério Público do Trabalho vem crescendo mais a cada dia, sendo de suma importância, haja vista que tal modalidade de atuação, além de célere, tem se mostrado altamente eficaz na solução de diversos problemas. A eficácia de tal atuação deve-se espe-

cialmente ao fato de que o descumpridor da legislação protetiva do trabalhador envolve-se diretamente nas tratativas e acordos concernentes à regularização de sua conduta às determinações legais, que representam o mínimo de proteção à pessoa do trabalhador e a seus direitos coletivos.

Cumpre ressaltar que na solução de litígios por meios extrajudiciais não há obrigatoriedade de ajuste de conduta, a adesão é espontânea. Não há a possibilidade de o *Parquet* trabalhista, de *per si*, obrigar ao cumprimento da legislação protetiva, o que significa que em caso de resistência, será acionado o Judiciário para a resolução da questão e imposição da observância da legislação.

Exatamente por ser mais célere e mais econômica do que a atuação judicial, os meios extrajudiciais sempre preferem aos judiciais, de modo que, diante de uma situação em que seja necessária a intervenção do Ministério Público do Trabalho, deve este órgão, primeiramente, verificar a possibilidade de solução extrajudicial e, somente em não sendo esta eficaz, deverá o *Parquet* Laboral buscar a solução pela propositura da ação judicial cabível.

Além das funções extrajudiciais básicas previstas no artigo supra, temos também o papel do Ministério Público do Trabalho como articulador social. Nos dizeres de Carlos Henrique Bezerra Leite *"(...) desponta no seio da instituição uma outra forma de atuação administrativa, que é a do Ministério Público do Trabalho como agente de articulação social. Nesse caso, o Parquet Laboral atua de forma imediata, orientando os interessados por meio de audiências públicas, palestras, workshops, reuniões setoriais etc., visando a defender, de forma mediata, o cumprimento efetivo da ordem jurídica"* (2011, p. 127).

Na busca de ajuste de conduta de pessoa, seja física ou jurídica, que desrespeita a legislação protetiva do trabalhador, atua o Ministério Público do Trabalho, antes de acionamento do Judiciário, por meio de investigações levadas a cabo por inquérito civil, que pode resultar na propositura de assinatura de TAC – Termo de Ajuste de Conduta, documento que, em caso de descumprimento, pode ser executado diretamente, pelo fato de ser título executivo extrajudicial.

O Termo de Ajuste de Conduta comporta obrigações de fazer e não fazer, multa e pagamento de dano moral, sendo que os valores referen-

tes aos pagamentos em dinheiro podem ser revertidos diretamente em benefício da comunidade, pois há a possibilidade de o procurador do trabalho direcionar o montante a instituições sem fins lucrativos que atuam na profissionalização de jovens ou adultos, em programas de proteção à criança e adolescente, no resgate de moradores de rua, com abrigo e ensino profissional, entre outros.

Já judicialmente, a atuação do Ministério Público do Trabalho pode se dar na qualidade de parte ou de *custos legis*. O artigo 83 da Lei Complementar 75/93 trata de tais modalidades de atuação.

Considerando que a legitimação exclusiva do Ministério Público ocorre única e exclusivamente para a propositura de ação penal e que a Justiça do Trabalho não possui competência criminal, verifica-se que a legitimação para atuação judicial do Ministério Público do Trabalho será sempre concorrente.

Não obstante a ampla atuação em sede judicial, a realidade é que, atualmente, a Ação civil pública constitui o principal meio de ação do Ministério Público do Trabalho em âmbito judicial, haja vista que é o meio adequado a tutelar direitos transindividuais, podendo trazer em seu bojo pedido de cominação de obrigações de fazer, não fazer e pagar quantia.

2.1 Os instrumentos de atuação do Ministério do Trabalho e emprego.

O Ministério do Trabalho e Emprego, em sua atuação preventiva ou repressiva, ocupa-se da fiscalização das relações de trabalho, buscando o fiel cumprimento da legislação trabalhista, garantindo sua eficácia, especialmente por meio de reposições patrimoniais (art. 626, CLT).

Esta postura da fiscalização, balizada por lei, denota a compreensão de que o descumprimento dos preceitos trabalhistas viola não apenas o direito específico e particularizado de cada trabalhador a desenvolver relações dignas de trabalho, mas também a própria ordem pública, que rechaça a figura dos trabalhos degradantes e forçados.

Por essa razão é que ANTÔNIO ÁLVARES DA SILVA identifica, na relação de trabalho, "um caráter ao mesmo tempo privado-público", na

qual se considera "não somente o interesse subjetivo das partes, mas também o interesse social do cumprimento da lei trabalhista" (2006)

O artigo 627, da CLT, dispõe sobre a atuação preventiva do Ministério do Trabalho e Emprego, estabelecendo o "critério da dupla visita", instrumento por meio do qual a fiscalização do trabalho instrui os responsáveis sobre o fiel cumprimento das normas trabalhistas. Segundo orientação celetista, a atuação repressiva da fiscalização do trabalho, com a aplicação de multa, deve ocorrer prioritariamente na segunda visita, mas desde que comprovado que os sujeitos contratantes não respeitaram as normas de proteção ao trabalho que foram esclarecidas, previamente, na primeira visita (art. 627, CLT).

De toda forma, entende-se que o "critério da dupla visita" não se aplica às situações de trabalho forçado dada a necessidade urgente de seu combate, especialmente porque tal violação afronta um dos direitos mais inestimáveis do ser humano, a liberdade. Em todos os casos em que o auditor fiscal do trabalho concluir pela violação de normas trabalhistas, deverá lavrar auto de infração, imputando responsabilidade ao sujeito infrator, nos termos do art. 628, da CLT.

Pode-se afirmar que o objetivo institucional do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) é "promover o desenvolvimento da cidadania nas relações de trabalho, buscando a excelência na realização de suas ações, visando à justiça social".[68]

Quanto à erradicação do trabalho forçado e degradante, o art. 12, II, do Regimento Interno do MTE/MG, enuncia que: "À seção de fiscalização do trabalho compete: [...] II – combater o trabalho escravo, infantil, e quaisquer outras formas degradantes".

Para a concretização da missão institucional do Ministério do Trabalho e Emprego, especificamente com relação ao trabalho em condições análogas à de escravo, foi criado, repita-se em 1995, o GERTRAF – Grupo Executivo de Repressão ao Trabalho Forçado, subordinado à Câmara de Políticas Sociais do Conselho de Governo e coordenado pelo próprio MTE. Trata-se de grupo móvel de fiscalização concebido para apurar denúncias e suspeitas de ocorrência de trabalho forçado e degradante.

68. Missão institucional do Ministério do Trabalho e Emprego. Disponível no site http://www.mte.gov.br Acesso em 22 de outubro de 2015.

Com o mesmo desígnio – combate e erradicação ao trabalho em condições análogas à de escravo – foi instituído o GEFM, Grupo Especial de Fiscalização Móvel.

3. Dados atuais sobre o trabalho escravo:

O trabalho escravo contemporâneo é uma realidade a qual milhares estão sujeitos ao redor do mundo. São homens, mulheres e crianças que mudam de trabalho, de cidade, de estado, e até mesmo de país, em busca de uma vida melhor, mas acabam encontrando apenas sofrimento e desilusão.

Segundo dados da Organização Internacional do Trabalho - OIT atualmente, na América Latina e Caribe, diversos governos estão agindo seriamente contra o trabalho forçado. O Brasil tomou medidas fortes contra o trabalho forçado na agricultura e em acampamentos de trabalho afastados. O governo do Brasil assumiu oficialmente a existência de trabalho forçado perante a OIT em 1995. Desde então, tem combatido o problema com muita visibilidade. Um Plano Nacional de Ação contra o Trabalho Forçado foi implantado em março de 2003. Recentemente, vários outros governos latino americanos decidiram confrontar o trabalho forçado, especialmente em seus setores agrícolas. Bolívia, Peru e Paraguai deram passos importantes para desenvolver, juntamente com as organizações de trabalhadores e empregadores novas políticas para combater o trabalho forçado.

Existem cerca de 1,3 milhões de trabalhadores forçados na América Latina e no Caribe, de um total de 12,3 milhões em todo o mundo; 75% dos trabalhadores forçados na América Latina são vítimas de coerção para exploração do trabalho, enquanto o restante das vítimas estãou ou em trabalho forçado pelo estado ou na exploração sexual comercial forçada; 250.000 trabalhadores forçados, ou 20% do número total na região, foram traficados internamente ou através das fronteiras; O rendimento estimado derivado do tráfico para trabalho forçado na América Latina e Caribe é de US$ 1,3 bilhões.[69]

A escravidão pode ser conceituada como recrutamento de terceiros, pela fraude ou coação com propósitos de exploração. É uma grave violação dos direitos humanos e deve ser combatida de forma sistêmica pelo Estado.

69. http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/oit/relatorio/america_latina_caribe.pdf. Acesso em 29 de outubro de 2015.

A finalidade maior da escravidão contemporânea é o lucro, ou qualquer outro benefício, obtido por meio de alguma forma de exploração da vítima, mercantilizando sua força de trabalho, a integridade física e a principalmente a dignidade.

Serão analisados, também, os instrumentos jurídicos-institucionais do Ministério Público do Trabalho, tais como o termo de ajuste de conduta enquanto instrumento de atuação extrajudicial e a Ação Civil Pública que se mostra como mecanismo eficaz no combate ao trabalho escravo contemporâneo.

Considerações finais:

Apesar de todos os esforços constata-se a existência em pleno século XXI de trabalho escravo contemporâneo em nosso território nacional constatamos que mais de 125 anos após a abolição da escravatura, o Brasil ainda combate uma versão contemporânea de escravidão.

A presente pesquisa constatou que o trabalho escravo é uma chaga social que perpassa a história da humanidade desde os primórdios até os dias atuais. A existência desta forma tão degradante de exploração humana suscita o desenvolvimento de ações correlacionadas tanto na esfera jurídica, como na social, que sejam capazes de combatê-lo em favor da promoção de um trabalho decente, digno, respeitado e louvável pelo todo social, vez que construtor da própria identidade humana.

Sob o prisma jurídico, vale afirmar que escravizar é violar direitos fundamentais difusos da sociedade, infringindo o princípio constitucional.

Pode-se verificar que nosso país possui várias ferramentas de erradicação do trabalho escravo, tendo na esfera administrativa com o Plano de Erradicação do Trabalho Escravo, como na esfera judicial/extrajudicial com a ação civil pública, inquérito judicial e Termo de Ajuste de Conduta.

Mister salientar, que a Ação Civil Pública será interposta após a abertura de Inquérito Civil, com a utilização do Termo de Ajuste de Conduta, ou seja, como último instrumento para combater os escravocratas contemporâneos, tanto no âmbito rural como urbano.

Assim, na ousada proposta de enfrentar esse desafio, preza-se pela atuação do Ministério Público do Trabalho e do Ministério do Trabalho

e Emprego, dentro de suas prerrogativas, como um dos principais mecanismos jurídico-institucionais orientados à erradicação das modalidades de escravidão contemporânea, valendo destacar os Termos de Ajuste de Conduta e as Ações Civis Públicas.

Devemos encerrar destacando que a Ação Civil Pública Trabalhista contra o trabalho escravo no Brasil é eficaz na medida de sua propositura, ou seja, não é eal isoladamente, capaz de coibir tal prática ilegal, e sim mediante todo o complexo de normas constitucionais e infraconstitucionais, passando a ser mais eficaz na conscientização da classe trabalhadora acerca de seus direitos e maior na aplicação de penalidade aos infratores desta chaga nacional.

Bibliografia

AUDI, Patricia. A escravidão não abolida. In. Velloso, Gabriel, FAVA, Marcos Neves (coord). Trabalho escrevo contemporâneo: o desafio de superar a negação. São Paulo: Ltr. 2011.

BELTRAN, Ari Possidônio. Direito do Trabalho e direitos fundamentais. São Paulo. Ltr. 2002.

BITTAR, Eduardo C. B. ALMEIDA, Guilherme Assis. Curso de Filosofia do Direito. 11ª Ed. São Paulo, Atlas, 2015.

BOBBIO. Noberto. A era dos Direitos.; 21ª tiragem. Rio de Janeiro. Elsevir, 2004

DELGADO, Maurício Godinho, Direito Coletivo do trabalho, 4. ed. São Paulo, Ltr., 2011

FAVA, Marcos Neves. Ação civil pública trabalhista: teoria geral. São Paulo: Ltr. 2005.

FIGUEIRA, Ricardo Rezende; PRADO, Adonia Antunes; JUNIOR, Horário Antunes de Sant'Ana (Organizadores). Trabalho Escravo Contemporâneo: um debate transdiciplinar: Rio de Janeiro. 2011.

MANNRICH, Nelson. Revista de Direito do Trabalho. São Paulo: RT, 2004. Ano 30 – janeiro-março – 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 20 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007

MEIRELLES, Hely Lopes**. Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data.** São Paulo, Editora Malheiros, 2008

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Ministério do Trabalho: doutrina, jurisprudência e prática. 3. ed. São Paulo. LTr 2006.

LOTTO, Luciana Aparecida. Ação Civil Pública Trabalhista contra o Trabalho Escravo no Brasil. 2. Ed. São Paulo. Ltr, 2015.

PIOVESAN, Flávia. Trabalho escravo e degradante como forma de violação aos direitos humanos. In: NOCCHI, Andrea Saint Pastours; VELLOSO, Gabriel Napoleão; FAVA, Marcos Neves (Coord.). *Trabalho escravo contemporâneo.* 2 ed. São Paulo: LTR, 2011.

TEXTO-BASE – CNBB - Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. É para a liberdade que Cristo nos libertou (GI 5.1) Campanha da Fraternidade 2014 – Fraternidade e Tráfico Humano. Brasília.

SAKAMOTO, Leonardo. A reinvenção do trabalho escravo no Brasil contemporâneo. In: *Tráfico de pessoas reflexões para a compreensão do trabalho escravo contemporâneo.* NOGUEIRAS, Christiane V; Novaes, Marina; BIGNAMI, Renato. Disponível em: blogdosakamoto.blogosfera.uol.com.br. Acesso: 13 de maio de 2015.

SILVA, Antônio Álvares. Competência Penal Trabalhista. São Paulo: LTr, 2006

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Interesses difusos e coletivos** , 3ªedição. São Paulo: Editora Atlas S.A, 1999.

VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves. Trabalho Escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação. Colaboradores, São Paulo: LTr, 2006.

Trinta Anos à Frente e um Passo para Trás: a reforma trabalhista da lei 13.467/17 e o retrocesso na proteção dos direitos constitucionais trabalhistas

Cesar Augusto de Souza Carvalho
Klever Paulo Leal Filpo

Introdução

Este ensaio pretende fazer uma investigação dogmática dos princípios peculiares do Direito do Trabalho associada a uma constatação dos efeitos da Lei 13.467/2017[77], em detrimento dos direitos assegurados constitucionalmente aos trabalhadores brasileiros.

Ao longo de décadas, o Brasil manteve-se atento às relações entre empregados e empregadores, protegendo a parte mais fraca dessa relação, com intuito de se buscar uma sociedade mais justa, com distribui-

77. BRASIL. Lei n° 13.467, de 13 de julho de 2017. *Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm > Acesso em: 12 mar. 2018.

ção de renda mais equânime ou pelo menos, com menores distorções. O grande receio sempre foi o de não voltar-se a um período de nossa história em que tínhamos a vergonhosa condição de mão de obra escrava.

Neste sentido, o próprio legislador constituinte se preocupou, fazendo com que sua preocupação se materializasse em Direito Constitucional Trabalho, guindando o mesmo, a esfera constitucional. Não obstante, reforma ocorrida por força de legislação infraconstitucional (Lei 13.467/2017) ameaça colocar em xeque a proteção já assegurada, com graves consequências.

Este ensaio aborda o tema fazendo-o da seguinte maneira: em um primeiro momento, explora os princípios peculiares do direito do trabalho, fazendo-o por meio de revisão legislativa e bibliográfica, e apontando, em cada caso, os impactos sofridos pela legislação em comento. Depois, em um segundo momento, assume caráter opinativo para explorar as consequências da supramencionada lei, que podem ser extremamente prejudiciais para os direitos trabalhistas constitucionalmente assegurados, assim como para a própria sobrevivência da Justiça do Trabalho, como buscaremos demonstrar nas linhas seguintes.

1. Princípios peculiares do direito do trabalho

Além dos princípios gerais do direito, que são aplicáveis a todos os ramos e comuns aos mesmos, o Direito do Trabalho se rege por princípios próprios, que firmam sua autonomia e espaço próprios no conjunto do direito. Trata-se de fontes secundárias do direito, tal como disposto na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, cujo artigo 4º estabelece que "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito."

Em se tratando de legislação trabalhista, o artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) estabeleceu que:

> Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direi-

> to comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.
>
> § 1º O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho[78].
>
> § 2º Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei.
>
> § 3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

Do texto da lei pode-se inferir, portanto, a importância dos princípios dentro do Direito do Trabalho, razão pela qual os mesmos serão objeto do item seguinte.

1.1 Princípio da Proteção ao Trabalhador (hipossuficiente)

É um princípio que está intrinsecamente ligado à realização da justiça, partindo-se de uma presunção de que o trabalhador é hipossuficiente, vulnerável, em comparação com o empregador. Segundo a doutrina, (Martins, Sergio Pinto – Direito do Trabalho – 21ª. ED. Atlas) não pode ser promovida justiça na relação trabalhista se não se identificar o potencial real das partes (empregado e empregador) e, consequentemente, tratá-las de forma diferente.

Na área trabalhista, tem-se como certo que o tratamento igual para partes iguais, previsto no art. 5º. da Constituição da República[79], dá margem a um tratamento desigual, quando as partes estão em flagran-

78. Antes da lei 13.467, este era o parágrafo único do artigo 8º. Com a nova redação, tornou-se o parágrafo 1º e foram inseridos os parágrafos 2º e 3º.

79. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 28 fev. 2018.

te desigualdade (Zangrando, Carlos Henrique da Silva –Resumo do Direito do Trabalho). Por isso, não há como na Justiça do Trabalho, considerar que empregado e empregador, numa relação de emprego, tenham as mesmas forças, mesmo que esse empregado seja um trabalhador com curso universitário. Até porque o princípio, está relacionado a uma desigualdade econômica e financeira, pois o trabalhador depende financeiramente do empregador para sobreviver.

Desta forma, o empregado analfabeto e o intelectual, com curso universitário, estão, segundo este princípio, dentro da mesma proteção, posto que, enquanto perdurar a relação de emprego e nos seus desdobramentos, o bem maior a ser protegido pelo empregado é o emprego, do qual depende para sobreviver. Tal dependência inibe, assim, uma livre manifestação de vontade por parte do empregado, o qual, portanto, torna-se merecedor de especial proteção por parte do Juiz (Martins, Sergio Pinto – Direito do Trabalho – 21ª. ED. Atlas).

O Princípio da Proteção ao hipossuficiente distingue, por sinal, o direito do trabalho do direito civil, o qual, diversamente, tem como pressuposto o inverso , de que "as partes contratantes são, desde logo, iguais, e assim livres para contratar" (princípio *pacta sunt servanda*)[80], criando uma igualdade formal em preponderância e desconhecendo a desigualdade real.

1.2 Princípio da Irrenunciabilidade

Refere-se ao mínimo legal, normativo, estipulado em favor do trabalhador segundo os artigos 9º e 468 da CLT[81]. Esse princípio decorre de existir, no art. 7º da Constituição, uma relação dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, dentre outros que visem à melhoria da sua condição social. Trata-se de uma garantia constitucional que não admite retrocessos, daí porque são considerados direitos irrenunciáveis:

80. LATIM. Acordos devem ser mantidos. é um brocardo latino que significa "os pactos assumidos devem ser respeitados" ou mesmo "os contratos assinados devem ser cumpridos".

81. Art. 468 – Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

> Art. 7º: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria da sua condição social.

A *mens legis*[82] constitucional é clara, independentemente das recentes modificações da lei trabalhista. O legislador constitucional deixou nítido que as mudanças poderão ser realizadas no Direito do Trabalho, mas sempre visando à melhoria da condição social do trabalhador. Ou seja, admite-se mudanças *in mellius* (para melhor), mas jamais *in pejus* (em prejuízo).

Com o advento da Lei 13.467 de julho de 2017, o artigo 468 da CLT passou a ter a seguinte redação:

> Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.
>
> § 1º Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança. (Parágrafo único renumerado pela Lei nº 13.467, de 13.7.2017)
>
> § 2º A alteração de que trata o § 1º deste artigo, com ou sem justo motivo, não assegura ao empregado o direito à manutenção do pagamento da gratificação correspondente, que não será incorporada, independentemente do tempo de exercício da respectiva função". (Incluído pela Lei nº 13.467, de 13.7.2017)

Destaca-se que a alteração do art. 468 da CLT, supratranscrito, além de representar redução das garantias outrora conferidas ao trabalhador, contrariou o que determina a Súmula de no. 372 do Tribunal Superior do Trabalho, *in verbis*:

> "GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. SUPRESSÃO OU REDUÇÃO. LIMITES
>
> I – Percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado, se o empregador, sem justo motivo, revertê-lo a

82. Termo Jurídico latino que se refere ao "espírito da lei", a mensagem ou intenção do legislador.

> seu cargo efetivo, não poderá retirar-lhe a gratificação tendo em vista o princípio da estabilidade financeira.
>
> II – Mantido o empregado no exercício da função comissionada, não pode o empregador reduzir o valor da gratificação."[83]

Por este princípio, no Direito do Trabalho, a renúncia do trabalhador aos pisos legais e normativos, ou mesmo contratuais, é a renúncia tida como nula, por presunção legal (ex: art. 9º., 468 da CLT e também o supracitado art. 7º. da CF).

1.3 In dubio pro misero

Tal princípio indica que caso haja dúvidas, ao aplicar a norma jurídica às relações trabalhistas, as mesmas devem favorecer o operário. Este princípio segue exatamente o que se impõe para o direito penal, o princípio *in dubio pro reo*[84].

Enquanto no direito penal a dúvida beneficia o réu, no direito do trabalho, a dúvida, beneficia o empregado.

Em relação a este princípio, a modificação imposta pela lei em comento (13.467/17) dando nova redação ao art. 8º, § 2º da CLT, impôs obstáculo ao Judiciário trabalhista, impedindo que os Tribunais do Trabalho façam suas interpretações extensivas e restritivas não previstas na lei,

---

83. A Súmula em referência, parte do pressuposto da estabilidade financeira. Um trabalhador, com um salário mensal de R$ 3.000,00, recebeu uma promoção, e passo a ter direito a gratificação de função mensal de R$ 7.000,00. Com isso, passou a ter uma remuneração mensal de R$ 10.000,00. Ora, inicialmente é razoável que se tenha prudência, apesar do aumento substancial na quantia da remuneração mensal. Entretanto, o que previa a súmula do C.TST, como sendo tempo necessário para estabilidade financeira, era o parâmetro, da estabilidade do regime decenal, ou seja, 10 anos. Assim, era garantida a justiça aqueles trabalhadores que passavam anos da sua vida, se dedicando a um cargo de chefia e quando deveriam colher os frutos desse trabalho, eram jogados para baixo, pois perdiam a função injustamente, bem como, a gratificação, que por muitas vezes, é maior do que o próprio salário.

84. É uma expressão latina que significa literalmente na dúvida, por exemplo, insuficiência de provas, se favorecerá o réu.
12 BRASIL. Orientações Jurisprudenciais. Disponível em: <http://www.tst.jys.br/en/web/guest/ojs> Acesso em: 10 mar. 2018.

através de Súmulas e Orientação Jurisprudenciais, outrora tão comuns e tradicionais desses Tribunais. Vejamos:

> Art. 8º. As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Na nova redação, com vigência em 11/11/2017, temos: "§ 1º O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho". (Renumerado com nova redação pela Lei nº 13.467, de 13.7.2017). Na redação anterior, tínhamos: "Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste".

Na nova redação, com vigência desde 11 de novembro de 2017, lemos:

> § 2º Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 13.7.2017)

E ainda:

> § 3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva". (Incluído pela Lei nº 13.467, de 13.7.2017)

Nota-se que o legislador, ao operar a mudança aqui comentada, afastou-se do princípio que recomenda que a decisão sobre uma dúvida de interpretação deve, sempre, proteger o trabalhador. Nessa linha de pen-

samento, não caberia interpretação extensiva ou restritiva por parte do aplicador da lei, mas sim à aplicação da melhor condição, quando houver, por acaso, dúvidas entre uma e outra condição.

Analogicamente ao direito penal, se o aplicador da lei, não estiver convencido da real autoria do réu, aplicar-se-á o princípio *in dubio pro reo*, onde o mesmo será absolvido, em função da dúvida. Por analogia, no campo do direito do trabalho, não há como se cogitar a possibilidade de atingimento deste princípio, pela modificação imposta pelo legislador.

1.4 Princípio da norma mais favorável

Segundo no ensina o mestre Sergio Pinto Martins, em sua obra Direito do Trabalho (21ª. ed), tal princípio implica em que, em havendo conflito entre normas, independentemente da sua posição hierárquica[85], prevalecerá, sempre, a mais favorável ao trabalhador.

Tal princípio também foi alvo da modificação imposta pelo legislador ordinário, através da Lei 13.467/17, quando eliminou a diferença entre Acordo Coletivo de Trabalho (ACT) e Convenção Coletiva de Trabalho (CCT). A doutrina **(Cassar, Volia Bomfim)** define que a diferença entre ACT e CCT reside na representação, ou não, do empregador através de seu sindicato. Assim, quando o empregador chega a um denominador comum, em uma negociação coletiva, diretamente com o sindicato dos empregados, temos a caracterização de um ACT. E, quando esse consenso for resultado do entendimento do Sindicato dos empregados e, do Sindicato dos patrões (em ambas as situações, podem ser mais de um), a denominação do consenso será CCT.

Em momento algum, existiu qualquer tipo de hierarquia entre ACT e CCT, nem mesmo o legislador constitucional estabeleceu qualquer diferença hierárquica entre as duas. Porém, através da reforma trabalhista, o legislador ordinário, impõe a ordem hierarquia, onde o ACT prevalece sobre o CCT, e, o que vem a ser muito pior, a prevalência do ACT e CCT sobre a Lei. Assim, enfraqueceu-se o princípio que colocava o melhor

85. "...A condição mais benéfica ao trabalhador, já conquistada, não pode ser modificada para pior. É a aplicação da regra do direito adquirido (art. 5º., xxxvi, da CF)..." (Martins, Sergio Pinto – Direito do Trabalho – 21ª. pag. 97 ED. Atlas).

interesse do trabalhador como um critério de interpretação e aplicação da norma jurídica trabalhista.

O artigo 611-A, da CLT, determina o seguinte:

> Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho, observados os incisos III e VI do caput do art. 8º da Constituição, têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: (Redação dada pela Medida Provisória nº 808, de 2017) [86]
>
> IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;" (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Já o artigo 620 da CLT, modificado pela Lei 13.467/17, impõe a prevalência sempre do ACT sobre o CCT, quando determina que: "Art. 620. As condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho." Desta forma, passamos a ter contradições em relação ao princípio em análise, surgindo a dúvida quanto ao que deve prevalecer: o que for mais benéfico ou o que estiver em primeiro na ordem hierárquica agora estabelecida.

1.5 Princípio da primazia da realidade

No Direito do Trabalho, a habitualidade faz a contratualidade. A relação objetivamente mais evidenciada pela realidade dos fatos na relação de emprego, define a verdadeira relação jurídica. Quem prevalece não é a forma de que se revestem os atos praticados, mas a realidade, isto é, como realmente ocorreram.

Neste sentido temos que, se a justiça do trabalho consegue aplicar o direito ao fato em questão, é devido a este princípio que leva em consideração o que realmente ocorre no dia-a-dia da relação de emprego, independentemente do que está escrito, registrado.

86. BRASIL. Medida Provisória nº 808, de 14 de novembro de 2017. *Altera a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm#art3> Acesso em: 14 mar. 2018.

Para ficar mais claro, pode-se citar um exemplo bastante recorrente, o controle de frequência e de horário. Tais controles são, muitas vezes, utilizados pelo empregador de forma a não retratar a realidade dos fatos e, ainda, produzir prova contrária ao direito do trabalhador. Vamos supor que um determinado empregado tenha como horário de trabalho das 9h às 18h, com 1h para repouso e alimentação. Entretanto, o empregador determina que o mesmo, diariamente, quando dado o horário de término de sua jornada (18h), marque o seu ponto e retorne ao trabalho, onde deverá permanecer até às vinte horas.

Nessa hipótese, o empregador tem uma prova contundente de que o empregado jamais prestava serviço extraordinário. Afinal o cartão de ponto, marcado pelo próprio empregado, é capaz de documentar que o horário de saída contratado fora cumprido. Embora, no exemplo, essa não fosse a realidade. Evidencia-se, assim, uma contradição entre o que realmente ocorria e o que pode ser documentalmente comprovado. Contradição esta que pode ser resolvida com a prova testemunhal, a ser produzida pelo empregado, demonstrando o excesso de jornada.

No caso da lei reformista de que trata este texto, o abandono do princípio da primazia da realidade, ou seu enfraquecimento, aparece, por exemplo, na implementação do contrato intermitente. Esta modalidade contratual, prevista nos artigos 443, §3º. da CLT, a tal, em síntese, permite que se mantenha o empregado atrelado a empresa a custo zero.

Tal permissão legal é altamente questionável do ponto de vista da proteção ao trabalhador, não mais do que uma ficção jurídica, já que o contrato só gera efeito no momento em que o empregador desejar. Há, assim, uma subversão do risco do negócio, ou seja, quando o empregador não quiser ou não puder, simplesmente não paga[87]. Busca-se, assim, resultado favorável sem custo financeiro: o custo é social, ante à retirada da proteção ao direito do trabalhador e aumento da imprevisibilidade.

O contrato de trabalho intermitente, cria uma falsa segurança para o empregado, onde o mesmo tem sua CTPS assinada, porém sem direito a

87. Nessa modalidade contratual o trabalhador, que tem a sua CTPS assinada, com um contrato de trabalho, está, portanto, à disposição do empregador (principio da primazia da realidade). Mas a nova lei excetua tal situação, sendo desta forma, criada uma nova condição social, qual seja, o desempregado com carteira assinada.

recebimento do salário enquanto o empregador não quiser. Algo proveitoso para o empregador, pois não precisa demitir o empregado quando se tratar de contrato intermitente. Acabando-se assim, com todos os direitos resilitórios de uma só vez, sem, contudo, passar o legislador pelo desgaste político de aprovação de tais medidas.

1.6 Princípio da continuidade da relação de emprego

Presume-se salvo prova em contrário, que o intento do trabalhador é o de prosseguir no emprego. O empregado, por mais insatisfeito que esteja com o seu emprego, normalmente, não abre mão do mesmo, pois é de simples compreensão, se está ruim empregado, com certeza, ficará muito pior desempregado.

Logo, se o contrato foi rompido, por presunção acredita-se que a iniciativa do rompimento se deu por iniciativa do empregador. Trata-se de uma presunção *iuris tantum*[88], ou seja, admite prova em contrário.

Neste sentido, caso a iniciativa do rompimento contratual não tenha sido tomada pelo empregador, basta o mesmo fazer a prova de que o rompimento contratual se deu pelo empregado, para que haja o restabelecimento da verdade, amparado inclusive, pelo princípio da primazia da realidade.

O princípio em destaque foi objeto de preocupação do legislador constitucional que previu, no art. 7º, I, a proteção à relação de emprego, chegando inclusive a impor que a mesmo não poderia ser rompida sem justa causa ou arbitrariamente, o que à época da promulgação da Constituição Federal, causou um verdadeiro alvoroço.

> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
>
> I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

Assim, caso fosse mantida, a nosso ver, a proteção inicial dada pelo nosso legislador constitucional, o princípio da continuidade da relação

88. Do latim. É presunção relativa, isto é, presunção que admite prova em contrário

de emprego, seria absoluto, só podendo ser o contrato de trabalho por prazo indeterminado rompido, por iniciativa do empregado ou por justa causa. Já a CLT admite a rescisão do contrato de trabalho sem necessidade de haver justa causa, isto é, por interesse do empregador, caso em que devem ser pagas as verbas resilitórias.

1.7 Princípio da irredutibilidade salarial

Como regra geral, o salário do trabalhador não pode ser reduzido. Nem mesmo a eventualidade do negócio passar por dificuldades, decorrentes do risco do negócio, pode prejudicar o trabalhador. Mas, ao mesmo tempo em que, o legislador constitucional consagra o princípio da irredutibilidade do salário, permite que o mesmo seja reduzido, em determinadas circunstâncias, mediante Acordo ou Convenção Coletiva de Trabalho. Assim tem-se a previsão constitucional:

> *Art. 7º...*
>
> *VI – irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;*

Apesar da proteção imposta pelo legislador constitucional, contra a redução salarial, como existe diferença técnica entre salário e remuneração, sempre se discutiu se o manto da proteção contra a redução recairia sobre todos os ganhos mensais do trabalhador (remuneração) ou só atingiriam o salário, também denominado de salário básico ou salário base.

Segundo Vólia Bomfim Cassar, acabou prevalecendo a posição de que a proteção contra a redução existiria apenas em relação ao salário, e não à remuneração. Além disso, também foi muito discutida a hipótese da proteção contra a redução ser estendida ao poder de compra do salário, principalmente em épocas de altos índices de inflação. Noutros termos, a questão era saber se o poder aquisitivo do salário também estava garantido.

Tal discussão acabou por definir que a proteção contra a redução salarial era dada para o valor nominal dos salários e não para o valor real. Assim, um empregado que fosse contratado com o valor salarial de R$ 10.000,00, não poderia ter seu salário reduzido, por exemplo, para

R$ 9.000,00, (redução do valor nominal) mas poderia permanecer anos percebendo os mesmos R$10.000,00 (redução do poder aquisitivo).

Isso significa dizer que, o fato do legislador constitucional admitir que possa haver a redução salarial, que é a obrigação principal do empregador no contrato de trabalho, não quer dizer que qualquer outra obrigação do empregador poderia ser reduzida ou até mesmo suprimida. E este é um mandamento importante para preservar o trabalhador das reincidentes tentativas de esvaziar a proteção aos seus direitos.

2. Discussão sobre o mérito da reforma

Depois de analisados dogmaticamente os princípios que regem, no Brasil, as relações trabalhistas, assim como apresentadas os impactos de mudanças legislativas recentes sobre esses princípios, passaremos, neste item, a desenvolver reflexões a esse respeito.

Ao longo do texto, buscamos ilustrar todo o arcabouço constitucional que pretendia assegurar direitos ao trabalhador, os quais são considerados, neste texto, importantes conquistas sociais. Desde então 30 anos se passaram. E, no tocante ao direito trabalhista, pode-se constatar várias tentativas de reduzir a proteção outorgada a tais direitos.

Uma legislação trabalhista forte e protetiva, arraigada em costumes por décadas, através de princípios fortes e presentes no cotidiano do direito, além de uma Justiça do Trabalho comprometida fizeram com que, nesses 30 anos de vigência, fosse possível afastar todas as tentativas de eliminação dos direitos trabalhistas previstos constitucionalmente. Os sindicatos dos trabalhadores sempre foram grandes protetores desses direitos. Em algum momento, eram temidos pelo empresariado, um grande escudo que ajudava a manter afastada a imposição de redução de direitos trabalhistas, através de Normas Coletivas.

As mudanças ocorridas, objeto deste texto, começaram a ser edificadas há cerca de 20 anos. Apesar do governo federal naquela época (Presidente Fernando Henrique Cardoso), ter seu ápice representativo com o neoliberalismo, não foram vitoriosas, na época, as tentativas de: "Flexibilização dos direitos trabalhistas", "Término da Justiça do Trabalho", "Fim da CLT" . Tudo isso tentado, sempre com certo receio de que

tais medidas poderiam unir de uma forma irreversível o corpo dos trabalhadores e até mesmo, derrubar o governo.

O sucesso obtido à época, pelo governo do FHC, foi a derrubada da Lei de nº 6.708/79[89] que concedia reajustes automáticos aos salários, pela inflação transcorrida. Assim, hoje não temos nenhuma política salarial que garanta a reposição automática aos salários, pela inflação transcorrida. Entretanto, não houve maiores mudanças que pudessem ser interpretadas como derrocada dos direitos trabalhistas.

Com um governo federal identificado como defensor de demandas dos trabalhadores, houve o ápice de proteção e segurança aos tão atacados direitos trabalhistas, bem como, a tranquilidade de continuação da Justiça do Trabalho, que tanto era criticada. Porém, essa aparente proteção e tranquilidade também trouxe uma inércia por parte dos órgãos representativos, que começaram a se desorganizar, deixaram de praticar a união através de seus pleitos fervorosos. Mais recentemente, sobretudo desde o ano de 2016, tem-se verificado a redução de direitos trabalhistas, diminuição do poder da Justiça do Trabalho.

Legitimação de fraudes trabalhistas, através da legalização da terceirização da atividade fim, com a fragilização da relação de emprego e retirada da garantia de recebimento de direitos devidos e não pagos aos trabalhadores.

Houve também modificações na CLT, tanto no direito material quanto no direito processual, sendo que, de 77 (setenta e sete) modificações realizadas no direito material do trabalho, 70 (setenta) são obviamente prejudiciais, diretamente, ao trabalhador – algumas delas mencionadas neste artigo. Dentre estas, modificações do direito processual do trabalho que ameaçam sancionar os trabalhadores que venham a ingressar com Ações Trabalhista em face de seus empregadores, impondo aos mesmos, penalizações de custas processuais e condenações em honorários de sucumbência, deixando-se de lado sua condição de miserabilidade. A situação é, portanto, preocupante e incerta para os trabalhadores brasileiros.

Apesar da brava resistência ocorrida nessas três décadas, contando-se da promulgação da Constituição Federal, contrariando tudo aquilo

89. BRASIL. Lei n° 6.708, de 30 de outubro de 1979. *Dispõe sobre a correção automática dos salários, modifica a política salarial e dá outras providências.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1970-1979/L6708.htm> Acesso em: 8 jun. 2018.

que foi determinado pelo legislador maior, uma lei ordinária tenta alterar, indevidamente, regras guindadas a esfera constitucional.

Conclusão

Nossa atual Constituição Federal, foi promulgada em 05 de outubro de 1988 e transformou grande parte do direito do trabalho em direito constitucional do trabalho, prevendo direitos indisponíveis no seu art. 7º. Desde esse ponto, avançamos muito no reconhecimento e alguma efetivação de direitos sociais.

A partir de então, verificou-se que o legislador constitucional tinha razão em buscar outorgar proteção maior àqueles direitos, pois não foram poucas as investidas para reduzir ou acabar com vários direitos trabalhistas.

Não obstante, em nossa história recente, demos um passo para trás… se não muitos…

A situação imposta pelo legislador, através da lei de nº. 13.467/17, tem como intuito, preparar os ânimos para uma nova realidade de trabalho, por alguns chamada de: "flexibilização do direito do trabalho". Apesar da expressão simpática, seu intuito é um só: reduzir drasticamente os direitos e ganhos dos trabalhadores, ampliando os ganhos para aqueles que se beneficiam da mão de obra, muitas vezes de forma abusiva.

São muitas as reações de aversão a essa realidade que se apresenta. Por exemplo, a classe dos advogados trabalhistas está se unindo em torno de uma resistência contra aqueles grupos que, segundo eles, querem retirar direitos a dignidade e impor misérias sociais. A demonstração de tal união vem da criação do MATI[90], é a contribuição que vem sendo dada por advogados que estão dispostos a lutar para a melhoria da vida social em comum.

Todo esse movimento de resistência pode ser explicado por uma única percepção, por mais que a lei imponha, jamais poderá o empregado, ser equiparado, no desenvolver do contrato de trabalho, a mesma condição de força do empregador, sendo fundamental o princípio de proteção ao hipossuficiente, desde a realização do pacto laboral, até o fim do mesmo.

90. BRASIL. Movimento dos Advogados Trabalhistas Independentes. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI272207,81042-Viva+a+advocacia+trabalhista+independeente> Acesso em: 15 mar. 2018.

Do mesmo modo, temos os outros princípios importantes e que deverão ser observados sempre pelo legislador, bem como, pelo aplicador das leis. Restando apenas a esperança de que todas essas tentativas de ruptura da proteção já outorgada aos trabalhadores poderá ser rechaçada pelos Tribunais e Juízes do trabalho, sob pena de estarmos diante de irremediável processo de retroação de direitos sociais.

Referências

BOMFIM, Vólia Cassar e Borges, Leonardo Dias. Comentários à Reforma Trabalhista – 2ª. Edição – Ed. Método.

BOMFIM, Vólia Cassar. *Direito do Trabalho: De Acordo Com a Reforma Trabalhista Lei 13.467/2017*. 14. Ed, São Paulo: Metodo, 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil.* 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei n° 5.452, de 01 de maio de 1943. *Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>

BRASIL. Lei n° 13.467, de 13 de julho de 2017. *Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm >

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa e JORGE NETO, Francisco Ferreira. *Direito do Trabalho*. 4ª edição, Lúmen Júris, 2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabaho – 21ª. Edição – Atlas – 2004

A dupla função dos motoristas rodoviários e a jurisprudência do TST: aspectos fáticos e normativos

Dario Cartaxo Amorim de Sá

Introdução

No aniversário de trinta anos da Constituição Federal, questiona-se se essa Carta Política tem dotado da efetividade necessária para que as suas normas produzam efeitos de forma imediata na órbita das relações jurídicas.

Nesse panorama, tem-se o questionamento se as normas constitucionais são observadas nas decisões judiciais e se aquelas normas têm orientado o sentido e o alcance da aplicação das normas inferiores do ordenamento jurídico.

Um caso típico desse questionamento é pertinente às diversas lides que têm desafiado o Poder Judiciário em relação às pretensões de motoristas rodoviários que pleiteiam o acréscimo salarial em razão do acúmulo de funções que têm exercido em diversas cidades brasileiras. Além de exercerem a condução dos veículos, para a qual foram contratados esses trabalhadores também têm realizado os serviços de cobrança de passagens, em que alegam a alteração lesiva do contrato de trabalho.

Apesar de haver decisões divergentes no âmbito da Justiça do Trabalho, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) assentou sua jurisprudência no sentido de que, apesar de haver o acúmulo de funções, tal acúmulo

não é incompatível com a condição dos motoristas, razão suficiente para afastar a pretensão da percepção do *plus* salarial sob o pálio do artigo 456, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

No entanto, as decisões do TST nesse sentido têm sido aplicadas de forma que não consideram todo um complexo de normas que incide sobre os referidos casos concretos, como as normas atinentes ao Código de Trânsito Brasileiro (CTB), ao Código Civil de 2002, ao Código de Defesa do Consumidor de 1990, à própria Constituição Federal e à produção legislativa que tem sido criada na contramão dessa jurisprudência.

Sendo assim, a sobredita Corte tem conferido ao artigo 456, parágrafo único, da CLT mera interpretação literal, desconsiderando a incidência de normas sem a qual não se produz a solução mais justa aos casos em análise. Num primeiro momento, demonstrar-se-á a tese prevalecente naquela Corte, discorrendo sobre seus aspectos principais. Após tais considerações, abordar-se-á os principais argumentos contidos em julgamento divergente, os quais serão desenvolvidos e defendidos.

Objetiva-se com esse estudo, portanto, propor-se uma alternativa de interpretação do referido dispositivo a fim de que se privilegie a interpretação sistemática dos aludidos diplomas legais e que, com isso, dê-se a máxima efetividade das normas constitucionais.

1. A possibilidade de se acumular as funções de motorista e cobrador segundo o entendimento predominante do Tribunal Superior do Trabalho

A questão que se apresenta como o centro da divergência apontada é relativa ao parágrafo único do artigo 456, da Consolidação das Leis do Trabalho, que assim dispõe, *in verbis*:

> Art. 456. A prova do contrato individual do trabalho será feita pelas anotações constantes da carteira profissional ou por instrumento escrito e suprida por todos os meios permitidos em direito.
>
> Parágrafo único. A falta de prova ou inexistindo cláusula expressa e tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal.

Conforme estabelece o referido artigo, na ausência de prova ou de avença que disponha sobre o exercício de determinada função ou tarefa, presume-se que o empregado, durante a sua jornada de trabalho, compeliu-se a realizar quaisquer atividades pertinentes à função para qual foi contratado, desde que compatíveis com a sua condição pessoal.

Ponto nodal de sua interpretação é a verificação da compatibilidade do serviço prestado com a condição pessoal do empregado e da inexistência de prova ou cláusula que disponha sobre aquele serviço, em que o intérprete não pode deixar de considerá-los na solução de determinado caso que atraia a incidência do art. 456, parágrafo único, da CLT.

No entanto, a Corte Superior do Trabalho vem conferindo maior atenção à questão contratual e probatória em suas decisões, deixando em segundo plano a observância sobre a compatibilidade dos serviços prestados pelo empregador com a sua condição pessoal, ou seja, prevalece a mera aplicação da lei em relação às peculiaridades da realidade do obreiro.

Esse é o panorama dos motoristas rodoviários urbanos, os quais, em diversos municípios, acumulam a função de motorista com a função de cobrador de passagens. Contratados como motoristas, mas tendo o encargo de cobrar passagens, esses trabalhadores têm demandado em juízo o reconhecimento dessa dupla função e sua incompatibilidade com a conseguinte postulação pelo acréscimo salarial devido.

No entanto, o TST tem decidido que, na maioria dos casos, tais funções são compatíveis se realizadas durante uma única jornada de trabalho, não merecendo os motoristas rodoviários a percepção do acréscimo salarial em razão de exercerem, também, a função de cobrar passagens. O argumento que sustenta a tese é de que basta a ausência de prova ou previsão contratual sobre a função de cobrar passagens para que se entenda que os motoristas rodoviários se obrigaram a exercê-la, sendo as duas funções compatíveis com a condição pessoal da referida categoria.

Percebe-se tal entendimento no aresto dos Embargos em Recurso de Revista n.º 67-15.2012.5.0511, o qual afastou a condenação da Embargante ao pagamento das diferenças salariais pelo acúmulo de funções estabelecida no Recurso de Revista[91].

91. Tendo em vista a proposta do presente trabalho referida na introdução, o Recurso de Revista nº 67-15.2012.5.01.0511 será apreciado no tópico seguinte.

Tratou-se de reclamação ajuizada por motorista de ônibus perante o Tribunal Regional do Trabalho da 1º Região contra a empresa na qual exercia o labor, cujo fundamento consistiu no acúmulo de funções e, por serem distintas e incompatíveis, o reclamante faria jus ao acréscimo salarial.

Tal demanda não prosperou naquele Tribunal, que só veio a obter sucesso no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, por meio do Recurso de Revista n.º 67-15.2012.5.01.0511, cujo julgamento reconheceu a incompatibilidade entre as funções de dirigir e cobrar passagens numa mesma jornada de trabalho.

Tendo a reclamada oposto Embargos em Recurso de Revista, a referida Corte reformou aquele julgamento com base nos seguintes pontos: a) A atividade de cobrar é, em regra, compatível com a atividade de dirigir, desde que exercidas dentro da mesma jornada de trabalho; b) inexistindo prova ou cláusula contratual que proíbam o exercício de tais funções, entende-se que o motorista rodoviário urbano obrigou-se a realizar qualquer atividade compatível com a sua condição pessoal, desde que lícita, em atenção ao art. 456, parágrafo único, da CLT.

Logo, para essa Corte, só a existência de fato que comprovasse a proibição do acúmulo das funções de dirigir e de cobrar passagens ou de cláusula contratual que a expressasse e a incompatibilidade destas fariam admitir a percepção do acréscimo salarial, rompendo a presunção relativa do parágrafo único do art. 456 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Apesar de não ter analisado de forma genérica o sobredito artigo em relação a qualquer profissão, o relator desses Embargos, Ministro Alexandre Agra Belmonte, não expôs, *data vênia*, os motivos que fundamentam a dita compatibilidade entre a função de dirigir e a função de cobrar passagens e a compatibilidade de tais ofícios com a condição pessoal do motorista rodoviário.

Em primeiro lugar, o Eminente Ministro não discorreu sobre o que seria a "compatibilidade" entre aquelas funções e a condição pessoal do embargado, ora reclamante, além de não ter discorrido se tais funções são compatíveis entre si. Essa exposição seria necessária para uma melhor análise dos fatos antes de aplicar-se, de forma abstrata, o art. 456, parágrafo único, da CLT. Logo, se dirigir e cobrar passagens, de forma simultânea, guardam compatibilidade, o acórdão em análise deveria ex-

por as atribuições pertinentes a cada uma delas e verificar se realmente podem ser exercidas ao mesmo tempo, e aí afastar o pleito pela percepção do acréscimo salarial.

Em segundo lugar, essa verificação deveria analisar se o exercício dessas funções provocam danos ao empregado quando realizadas, o que seria razão suficiente para fundamentar se aquelas são compatíveis com a condição pessoal deste e, por conseguinte, fazer incidir a alteração contratual em prejuízo do motorista rodoviário, em atenção ao artigo 468, da CLT[92].

Em terceiro lugar, o exame da compatibilidade do serviço realizado com a aptidão pessoal do empregado também exigiria, em função da realidade do transporte de pessoas, a análise sobre a prestação desse serviço, tanto público quanto privado, além da segurança dos passageiros e a responsabilidade do motorista.

Não se vislumbrando tais exposições, entende-se que o acórdão analisado conferiu interpretação estritamente literal do artigo 456, parágrafo único, da CLT, deixando de considerar a realidade fática do embargado e outros dispositivos legais que não podem deixar de serem aplicados em tal realidade, fazendo com que o intérprete não crie a melhor decisão para o caso.

No nosso entender, a tese que tem sido cristalizada na jurisprudência do TST não guarda consonância com a realidade do cotidiano da categoria profissional que este trabalho retrata, pois as funções de dirigir e de cobrar passagens são incompatíveis entre si e, além disso, a cumulação destas não é benéfica para o bem-estar dos motoristas rodoviários e para a segurança tanto destes quanto dos passageiros.

Portanto, a simultaneidade daquelas funções não preserva a proteção constitucional do trabalhador assim como a sua valorização, além de guardar discrepância com as normas relativas à segurança no trânsito e à proteção do consumidor.

Inobservar essa gama de normas que se aplica à realidade dos motoristas de ônibus faz com que as decisões do Tribunal Superior do Trabalho não deem a resposta constitucionalmente adequada ao caso con-

92. Art. 468, CLT - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

creto, solucionando-o a partir de mera interpretação literal do art. 456, parágrafo único, da CLT.

Deixando de considerar o complexo de normas que deve incidir na órbita das lides que envolvem a pretensão de percepção de acréscimo salarial em razão do acúmulo de funções de dirigir e cobrar passagens, a Corte Superior do Trabalho não cria, então, a solução justa para esses casos, a qual não só o Texto Básico fornece ao intérprete, mas também a incidência de outros diplomas normativos que, integrados, viabilizam a melhor aplicação do direito.

Passa-se, então, a abordar os aspectos que devem ser considerados nas decisões relativas às sobreditas lides, para que, com isso, proponha-se a solução justa.

2. A incompatibilidade entre o acúmulo de funções do motorista de ônibus e a sua condição pessoal: razões para uma nova interpretação do artigo 456, parágrafo único, da CLT.

Questão imprescindível para a defesa da tese referida no tópico acima é a abordagem sobre os termos principais do art. 456, parágrafo único, da CLT, os quais são determinantes para a sua exata compreensão: o serviço realizado pelo empregado, a condição pessoal do empregado e a compatibilidade daquele com esta.

Pois bem. O serviço realizado pelos motoristas de ônibus que enseja a discussão presente é atinente ao acúmulo de duas funções: a de dirigir o coletivo e a de cobrar passagens para que pessoas possam utilizá-lo.

Antes de se verificar a compatibilidade desse acúmulo com a condição pessoal dos referidos profissionais, deve-se analisar se tais funções são, entre si, compatíveis.

Como se sabe, compatibilidade pressupõe harmonia, sintonia, afinidade, confluência, coexistência, etc. Nessa linha, dois elementos são compatíveis se a existência de um não anula a vivência de outro, ou se não agride, de forma suficiente, a vida do outro, revelando-se, então, elementos harmônicos, afins e coexistentes, capazes de conviverem juntos.

Além disso, deve-se observar se duas atividades são inerentes entre si, ou seja, uma delas decorre diretamente do exercício da outra, ou vi-

ce-versa. No âmbito das relações de trabalho, em que o trabalhador costuma exercer, além da função para qual foi contratado, tarefas que são inerentes à realização daquela, sem que isso importe em dupla função e, por conseguinte, a percepção de acréscimo salarial.

De acordo com Delgado (2002, p. 1009-1010), função e tarefa são conceitos que não se confundem, pois esta é "uma atividade laboral específica, estrita e delimitada". Por outro lado, aquela "consiste na reunião coordenada e integrada de um conjunto de tarefas, incluindo atribuições, poderes e atos materiais concretos, formando um todo unitário". Dessa maneira, na opinião do ilustre jurista, "uma mesma função pode ser formada por várias tarefas, e nisto nada existe de ilegal".

Analisando-se a realidade cotidiana do motorista de ônibus, vê-se que, além de ser encarregado de conduzir o coletivo, esse trabalhador também tem o dever de conduzi-lo com máxima atenção; ter zelo não só pela sua segurança, mas também pela segurança dos passageiros, dos pedestres e de todo o trânsito; orientar os passageiros; prover da técnica necessária para a condução do veículo; observar as condições de dirigibilidade; entre outras. Sendo assim, todo esse rol de atividades é inerente à função de motorista, sem o qual tal função restaria impossibilitada de ser exercida.

No entanto, no âmbito dessa categoria profissional, assim como em tantas outras, à função principal existem atividades afins ou correlatas, as quais se inserem no cotidiano de determinada empresa que presta determinado serviço.

Essas atividades correlatas são estranhas à função principal, verificando-se incompatíveis com esta já que não decorrem diretamente do seu exercício. Nessa toada, a afinidade diz respeito ao universo do local em que se realiza o ofício, mas não à função para qual o obreiro foi contratado.

No que toca à realidade fática dos motoristas de ônibus, os quais passaram a atuar, em diversos municípios brasileiros, como cobradores de passagens ao mesmo tempo em que conduzem o coletivo, esses trabalhadores passaram a concentrar as atividades de contabilizar o valor e o troco das passagens, fiscalizar a idoneidade dos documentos dos passageiros que usufruem da gratuidade das passagens, controlar o funcionamento das catracas, etc. Vê-se que, então, esse conjunto de atividades é inerente à função de cobrar passagens, mostrando-se esta totalmente incompatível com a função de dirigir.

Como a cobrança de passagens é correlata com a condução dos coletivos em razão de serem necessárias para a exploração do serviço de transportes de pessoas em ônibus, isso não quer dizer que aquela seja inerente a esta, e muito menos uma tarefa decorrente do ofício de dirigir. Na realidade, cobrar passagens e realizar suas tarefas inerentes são, com isso, funções diversas e independentes da função de dirigir e de suas atividades inerentes.

Logo, o exercício simultâneo dos serviços de dirigir e de cobrar passagens provoca uma concentração de funções ao motorista de ônibus, não se configurando como mero exercício de atividades afins ou correlatas. Na linha de pensamento de Delgado (2009, p. 935-937), "O simples exercício de algumas tarefas componentes de uma outra função não traduz, automaticamente, a ocorrência de uma efetiva alteração funcional no tocante ao empregado. É preciso que haja uma concentração significativa do conjunto de tarefas intregrantes da enfocada função para que se configure a alteração funcional objetivada".

Com isso, o acúmulo dessas funções provoca uma alteração funcional do motorista de ônibus, pois o exercício da cobrança de passagens prejudica o desenvolvimento do serviço principal (condução do veículo) em razão de consistir em uma função diversa e com suas próprias tarefas inerentes, mostrando-se, portanto, incompatível.

A incompatibilidade da função de cobrar passagens com a função de dirigir o ônibus incide, inevitavelmente, na condição pessoal do motorista. Compreendendo-se tal condição como a aptidão do empregado em relação às funções que deve exercer, o acúmulo das sobreditas funções faz com que o motorista seja incapaz de desenvolver um bom serviço, tornando-se inapto para a sua realização em razão da grande sobrecarga de tarefas.

Tal sobrecarga, aliada às peculiaridades rotineiras que ocorrem com os motoristas de ônibus, faz com que esses trabalhadores estejam sujeitos a um excessivo estado de estresse emocional. Discorrendo sobre essas peculiaridades, Alexandre Araújo Cordeiro de Sousa assentou que, em dissertação de mestrado que abordou a saúde mental de trabalhadores rodoviários que desempenham dupla função, a pressão pelo cumprimento dos horários, o desgaste físico resultante das prolongadas jornadas de trabalho, os ruídos e o estresse típico do trânsito, a preocupação

com a violência urbana[93] e a atenção desdobrada em conduzir o veículo concomitante à cobrança de passagens são fatores que potencializam esse estado de estresse, tolhendo a capacidade laborativa do motorista rodoviário e, por conseguinte, agravam sua saúde física e mental.

Com isso, o acúmulo das funções de dirigir e de cobrar passagens revela-se incompatível com a condição singular dos motoristas rodoviários, pois só agrava a realidade estressante que essa categoria vivencia e propicia graves danos à saúde do trabalhador e, portanto, acaba por não permitir um bom desempenho do serviço, sendo dissonante de uma ordem jurídica que é fundada no Princípio da dignidade da pessoa humana[94].

Ponto nodal para a mudança de interpretação do artigo 456, parágrafo único, da CLT que o Tribunal Superior do Trabalho tem conferido nas decisões que envolvem a pretensão dos motoristas rodoviários pela percepção de acréscimo salarial em razão de exercerem a função de cobrador de passagens é o fato de que o ordenamento jurídico brasileiro concede a resposta para tal mudança.

Como já dito anteriormente, o artigo 456, parágrafo único, da CLT não pode ser aplicado isoladamente nas sobreditas decisões, sob pena de se desconsiderar a complexa realidade em que a profissão de motorista rodoviário se insere.

Nessa realidade, ao motorista de ônibus incumbe-se o dever de atenção e prover com os cuidados indispensáveis à segurança do trânsito, conforme dispõe o artigo 28 do Código de Trânsito Brasileiro. Esse dever resta dificultado quando o referido profissional tem o encargo de ter o domínio do veículo ao mesmo momento em que cobra passagens, além de outras tarefas inerentes às funções de dirigir e de cobrar as tarifas. Dessa forma, o acúmulo dessas funções potencializa a responsabilidade do motorista, afetando a atenção necessária na condução do veículo e

93. Na cidade do Rio de Janeiro, no ano de 2018, conforme reportagem do Jornal O Dia, realizada em 01/09/2018, ocorreu um assalto a cada trinta minutos entre os meses de janeiro e julho, segundo dados do Instituto de Segurança Pública (ISP).

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

os cuidados imprescindíveis ao trânsito, fazendo com que o motorista possa ser penalizado, conforme disciplina o artigo 169 do CTB e responsabilizado, de acordo com os artigos 734 e 735 do Código Civil Brasileiro.

Tendo-se um olhar além da individualidade do motorista de ônibus, a ausência do dever positivado no artigo 28 do CTB acaba por atingir as pessoas que utilizam esse tipo de transporte, já que dependem da atenção e do cuidado do condutor. Com isso, a dupla função de dirigir e de cobrar tarifas propicia, em razão da sobrecarga de serviços imposta aos condutores, um risco à vida, à saúde e à segurança dos usuários dos transportes rodoviários, arranhando a proteção insculpida no artigo 6º, I, do Código de Defesa do Consumidor.

Na órbita dos transportes rodoviários públicos, a simultaneidade das funções referidas prejudica, como já tido anteriormente, o bom desempenho do serviço de transporte público. Atribuindo-se a um só profissional o encargo de conduzir o coletivo e cobrar as tarifas, é notório que tal serviço será realizado com menos qualidade e velocidade do que teria caso houvesse um profissional incumbido apenas da realização das cobranças. A duplicidade dessas funções encontra-se em desacordo, portanto, à eficiência exigida na prestação dos serviços públicos, de acordo com o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

Sendo verificada essa sobrecarga de tarefas ao motorista de ônibus, ocorre um desequilíbrio na relação contratual entre o empregado e o empregador. Não seria razoável supor que uma pessoa, pretendendo atuar como motorista rodoviário, concluindo um contrato para exercer as tarefas inerentes a essa categoria profissional, desejasse exercer outra função que sobrecarregasse em demasia a sua condição pessoal, sem que tal exercício proporcionasse um *plus* salarial.

Nessa linha, a ausência de prova ou cláusula contratual que determine o acúmulo das funções de dirigir e de cobrar tarifas não pode obstar aquilo que o motorista de ônibus, contratado para atuar como tal, pretendeu objetivamente na conclusão do contrato, sob pena de se romper com a boa-fé objetiva que, segundo Tepedino, Barboza e Moraes (2012, p. 16), reflete na imposição de "um padrão de conduta a ambos os contratantes no sentido da recíproca cooperação, com consideração aos interesses comuns, em vista de se alcançar o efeito prático que justifica a própria existência do contrato".

Sendo alcançado um efeito prático que injustifica a existência do contrato de trabalho, impondo-se ao motorista rodoviário uma sobrecarga de tarefas que transcende a sua condição pessoal, o contrato acaba por não cumprir sua função social, já que não realiza as finalidades econômicas e sociais visadas pela ordem jurídica, sem as quais o contrato não merece proteção do ordenamento jurídico. E que finalidades são essas?

Ao não cumprir sua função social, entendida por Tepedino, Barboza e Moraes (2012, p. 11) como a "*razão* da liberdade de contratar", o contrato não alcança os "fundamentos e objetivos da República (arts. 1º e 3º, CF)" e, por conseguinte, seus efeitos se encontram em desconformidade com a finalidade da valorização do trabalho no âmbito da ordem econômica, positivada no artigo 170 da Constituição Federal, do bem-estar social, prevista no artigo 193 da Lei Maior e de toda a gama de direitos conferida ao trabalhador que foi constitucionalizada no artigo 7°.

Sendo assim, o acúmulo das funções de condução do coletivo e de cobrança de tarifas revela-se incompatível com o ordenamento jurídico, proporcionando este o substrato para a mudança de interpretação nos casos em que os motoristas que exerçam dupla função pleiteiam a percepção de acréscimo salarial.

Sendo o ordenamento jurídico um sistema, pressupondo, com isso, ordem e unidade, não é cabível aplicar isoladamente o artigo 456, parágrafo único, da CLT isoladamente, mas deve-se interpretá-lo em conjunto com todo o ordenamento, que lhe dará o melhor sentido na sua aplicação ao caso concreto.

Atento a esse panorama, o Poder Legislativo tem considerado que o exercício da dupla função de motorista de ônibus e de cobrador de passagens é incompatível o ordenamento jurídico brasileiro.

Nessa toada, a Lei n.º 6.304/2017, no âmbito do Município do Rio de Janeiro, proibiu que motoristas de ônibus, micro-ônibus e micromaster, utilizados como veículos de transporte coletivo urbano, acumulem dupla função no exercício de sua profissão. No âmbito federal, tramita o Projeto de Lei n.º 2.163/2003[95]. Caso aprovado, a proibição de que o moto-

95. Na justificativa do referido Projeto de Lei, o Deputado Vicentinho (PT-SP) considerou diversos fatores que justificaram a proibição do acúmulo das funções de motorista e de cobrador, como o aspecto físico-psicológico a que está sujeito o motorista de ônibus, o

rista rodoviário acumule funções terá caráter nacional, em observância ao art. 23, XII, da Constituição Federal, o que representaria um grande avanço na proteção dos direitos dessa categoria profissional.

No Recurso de Revista n.º 67-15.2012.5.01.0511, o Relator Desembargador Convocado Cláudio Armando Couce de Menezes deferiu a um motorista rodoviário (reclamante) o acréscimo salarial correspondente a 40% do piso salarial da função de cobrador, em razão de ter entendido que o acúmulo das funções de conduzir o coletivo e de cobrar as tarifas é incompatível com a condição pessoal do motorista.

Apesar de ter sofrido reforma por meio de Embargos em Recurso de Revista[96], as razões que fundamentaram a decisão no sobredito Recurso contém diálogo exato com as ideias expostas neste trabalho. Nessas razões, o Relator assentou que as funções de motorista e trocador são inteiramente distintas, pois o exercício desta importa em grande sobrecarga aos motoristas dentro de um contexto de superexploração do trabalho e de desemprego dos trocadores.

Discorrendo sobre esse contexto, o Relator se utiliza do conceito de *downsizing* para explicar o acúmulo de funções na prática empresarial. Partindo da doutrina de Renato Sabino Carvalho Filho, o acórdão em análise expõe que *downsizing* é o fenômeno a partir do qual as empresas reduzem o número empregados, ampliando as funções dos demais. Num panorama de flexibilização das relações de trabalho, essa prática acaba por potencializar a responsabilidade do empregado através do incremento de novas tarefas, contribuindo para o aumento do desemprego e a fragilização das relações sociais.

Esse é o paradigma enfrentado pelos motoristas rodoviários, pois os empregadores realizam demissões de trocadores para diminuir custos em detrimento daqueles trabalhadores, que adquirem maior carga de trabalho sem que haja uma compensação para isso.

Fundamentando a incompatibilidade das referidas funções, o Relator assentou que a prática de *downsizing* culmina no rompimento da base

dever de atenção na condução do coletivo, a qualidade do serviço, a segurança do trânsito, o direito dos usuários, entre outros, alinhando-se às ideias expostas no presente trabalho.

96. O Reclamante interpôs Recurso Extraordinário em face da decisão reformatória, mas não admitido.

objetiva do contrato de trabalho, expondo o rodoviário a uma maior desigualdade na relação contratual quando exerce função diversa da que foi contratado para exercer e, por conta disso, sofre consequências que afetam o seu bem-estar sem que perceba uma revisão salarial.

Sendo questão fundamental de seu voto, o Relator interpretou o artigo 456, parágrafo único, da CLT de forma sistemática, ao considerar, no deferimento do acréscimo salarial ao Reclamante, ora recorrente, as normas atinentes ao Código de Trânsito Brasileiro e ao Código de Defesa do Consumidor, no que se referem ao dever de segurança incumbido aos motoristas e à proteção dos usuários do serviço, reforçando a tese da incompatibilidade do exercício da dupla função.

Por fim, o Relator entendeu que o Reclamante teve o seu contrato alterado de forma lesiva. Acumulando-se as funções de dirigir o coletivo e cobrar as tarifas, adquirindo maior responsabilidade e pondo em risco a segurança do trânsito e dos passageiros, o motorista não obteve benefício nenhum, sendo apenas o empregador o beneficiado, o que representou violação ao previsto no artigo 468 da CLT, merecendo o referido empregado o *plus salarial*.

Com isso, tem-se todo o substrato fático e normativo para que o TST realize uma mudança em sua atuação frente aos casos concretos que se analisaram neste estudo, interpretando-se o artigo 456, parágrafo único, da CLT, com todo o complexo de normas que deve incidir nesses casos, para que se produza a solução mais justa à luz da Constituição Federal.

Conclusão: O papel da Constituição na construção da solução mais justa.

Diante de todo o exposto, e possível sintetizar, em breves proposições, os principais pontos desenvolvidos no trabalho, os quais se seguem.

1) O TST tem conferido interpretação excessivamente literal e isolada ao artigo 456, parágrafo único, da CLT, desconsiderando outras normas que são imprescindíveis para a solução das lides que envolvem a pretensão de acréscimo salarial por parte de motoristas rodoviários.

2) Inexistindo prova ou cláusula contratual que proíba o acúmulo das funções de condução e de cobrança, entende-se que o empregado obrigou-se a realizar ambos os serviços, os quais o TST entende serem compatíveis.

3) Deve-se diferenciar tarefas inerentes e tarefas afins ou correlatas à função principal que é realizada. A execução de tarefas inerentes é essencial à função principal, mas as tarefas afins ou correlatas são estranhas a esta, em que a execução de serviços correlatos importa no acúmulo de funções, provocando sobrecarga funcional ao trabalhador.

4) A função de cobrador contém suas peculiaridades, sendo alheia à função de condução do veículo. Com isso, as duas funções são incompatíveis do ponto de vista prático, de modo que o seu acúmulo importa no direito à percepção do acréscimo salarial.

5) O acúmulo dessas funções prejudica a condição singular do motorista, pois potencializa os danos físicos e psicológicos do profissional dessa categoria, revelando-se incompatível.

6) O dever de segurança na condução do veículo, os direitos dos usuários do serviço de transporte, , assim como o princípio da eficiência atinente à prestação dos serviços públicos são fatores que obstam a compatibilidade entre essas funções.

7) O acúmulo das funções de dirigir e de cobrar passagens rompe com a base objetiva do contrato de trabalho, não merecendo tutela da ordem jurídica em razão de não perseguir os fins constitucionais da valorização do trabalho e de uma sociedade mais justa, cujo fundamento se assenta no Princípio da dignidade humana.

Referências bibliográficas

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 12 out. 2018.

_____. Código Civil (2002). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 12 out. 2016.

_____. Código de Defesa do Consumidor (1990). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm> Acesso em: 12 out. 2018.

_____. Código de Trânsito Brasileiro (1997). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm> Acesso em: 12 out. 2018.

_____. DECRETO-LEI N.º 5.452 (1943). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm> Acesso em: 12 out. 2018.

_____. Projeto de Lei n.º 2.163/2013. Disponível em < http://www. camara.gov.br> Acesso em: 14 out. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **E-RR nº 67-15. 2012. 5. 01. 0511**. Relator Ministro Alexandre Agra Belmonte. Julgado em 14-04-2016. Disponível em: < http://www.tst.jus.br> Acesso em: 12 out. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **RR nº 67-15. 2012. 5. 01. 0511**. Relator Desembargador Convocado Cláudio Armando Couce de Menezes. Julgado em 18-03-2015. Disponível em < http://www.tst.jus.br> Acesso em: 12 out. 2018.

CAVALCANTI, Aline; RIBEIRO, Gustavo; NASCIMENTO, Rafael. **Assalto a ônibus: Rio registrou um roubo a cada meia hora neste ano**. O Dia. Publicado em 01/09/2018 e disponível em < https://odia.ig.com.br/rio-de-janeiro/2018/08/5571297-assalto-a-onibus-rio-registrou-um-roubo-a-cada-meia-hora-neste-ano.html#foto=1> Acesso em: 12 out. 2018.

DELGADO, M.G. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2002.

_____. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

SOUSA, Alexandre Araújo Cordeiro de. **MOTORISTA-COBRADOR: Saúde mental de trabalhadores rodoviários que desempenham dupla função**. 2013. 99p. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) – Centro de Ciências da Saúde – UFC, Ceará. 2013.

RIO DE JANEIRO. **Lei n.º 6.304/2017**. Disponível em < http://www2.camara.leg.br/> Acesso em: 12 out. 2018.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin (Org.). **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República – vol. II.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

Negociação coletiva na constituição brasileira de 1988: o reconhecimento das especificidades das categorias no estado democrático de direito

Graciane Rafisa Saliba
Márcia Regina Lobato

Considerações iniciais

O reconhecimento das especificidades individuais e coletivas permeia inclusive a seara laboral, com a categorização dos trabalhadores e também das empresas, os instrumentos coletivos elaborados por cada categoria, em determinada base territorial, constituem-se como meio de diálogo entre as partes para entendimento e harmonização do que é mais relevante para os trabalhadores, dentro das possibilidades de pagamento e ajuste com os empregadores, mediante representação sindical ou não.

Nesse contexto, buscar-se-á apresentar os instrumentos decorrentes de uma negociação coletiva exitosa, as Convenções Coletivas de Trabalho (CCT) e os Acordos Coletivos de Trabalho (ACT), meios de autocomposição dos conflitos, reconhecidos e difundidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e previstos na Consolidação das Leis do

Trabalho (CLT), essenciais para a harmonização das relações trabalhistas, com vistas ao respeito às especificidades e individualidades das categorias.

Ressalta-se que os direitos trabalhistas individuais emergem dos direitos coletivos, a união dos trabalhadores possibilita a harmonização e a defesa de benesses para a categoria, o que, isoladamente, é muito mais árduo, e às vezes até impossível, diante da disparidade de forças que pode conturbar um contrato de trabalho celebrado entre empregado e empregador.

Busca-se, assim, o desenvolvimento do ambiente laboral, assegurando aos trabalhadores ajustes de jornada, feriados e outros direitos expressos na CLT e benefícios além do mínimo previsto legalmente, de maneira que se possa viabilizar o seu bem estar e resplandeça o viés constitucional democrático.

1. Categorias profissionais, diferenciadas e econômicas: os atores da negociação coletiva

A necessidade de intercâmbio e existência da interdependência entre trabalhadores e empregadores faz sobressair a importância dos instrumentos coletivos na seara laboral. Desponta a negociação coletiva para a equalização de direitos com o reconhecimento das especificidades de cada categoria, conforme a situação econômica e em determinado período.

Assevera Maurício Godinho Delgado (2017, p. 188) que, por meio dos acordos e convenções coletivas, faz-se "contraposição à hegemonia incontestável do ser individual no estuário civilista preponderante no universo jurídico", sendo um dos métodos mais importantes de solução de conflitos existente na sociedade contemporânea. Para tanto, as categorias revelam-se como essenciais no direito do trabalho brasileiro. A segmentação dos trabalhadores e dos empregadores conforme o ramo de atividade laboral é a base para a criação de sindicatos e para a feitura de acordos e convenções coletivas, ou seja, para a própria negociação coletiva como um todo. Dessa forma, o supramencionado autor explica:

> Os sujeitos do Direito Coletivo são, portanto, essencialmente os sindicatos, embora também os empregadores possam ocupar essa posição, mesmo que agindo de modo isolado. Tal diferenciação ocorre porque os trabalhadores somente ganham corpo, estrutura

> e potência de ser coletivo por intermédio de suas organizações associativas de caráter profissional, no caso, os sindicatos. Em contraponto a isso, os empregadores, regra geral, já se definem como empresários, organizadores dos meios, instrumentos e métodos de produção, circulação e distribuição de bens e serviços; logo, são seres com aptidão natural de produzir atos coletivos em sua dinâmica regular de existência no mercado econômico e laborativo. (DELGADO, 2018, p. 1579)

A atuação juscoletiva obreira, no Brasil, funciona com o sindicato da categoria no polo. Apesar da possibilidade de existir, em algumas remotas regiões, entidades organizativas não sindicais, em locais não abrangidos por sindicatos, a regra é que o poder seja conferido aos sindicatos, como elencado no inciso III da própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

> Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:
>
> I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;
>
> II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;
>
> III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;
>
> (...)
>
> VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho; (...)(BRASIL, 1988)

Denota-se que a figura dos sindicatos, entidades associativas permanentes, que representam trabalhadores de determinada categoria, em

determinada região, assim como empregadores de um ramo específico, dentro de um limite territorial, sendo no mínimo um município, constitui o cerne das negociações coletivas.

Há, assim, sindicatos obreiros, dos trabalhadores, que "representam trabalhadores vinculados por laços profissionais e laborativos comuns, visando tratar de problemas coletivos das respectivas bases representadas, defendendo seus interesses trabalhistas e conexos, com o objetivo de lhes alcançar melhores condições de labor e de vida" (DELGADO, 2018, p. 1580); e sindicatos da categoria econômica, os sindicatos dos empregadores.

A Consolidação das Leis do Trabalho segmenta em categoria profissional, diferenciada e de trabalhadores autônomos, além da categoria dos empregadores, nos termos expressos no art. 511:

> Art. 511. É lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos ou profissionais liberais exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas.
>
> § 1º A solidariedade de interesses econômicos dos que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas, constitui o vínculo social básico que se denomina categoria econômica.
>
> § 2º A similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas, compõe a expressão social elementar compreendida como categoria profissional.
>
> § 3º Categoria profissional diferenciada é a que se forma dos empregados que exerçam profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto profissional especial ou em consequência de condições de vida singulares.
>
> § 4º Os limites de identidade, similaridade ou conexidade fixam as dimensões dentro das quais a categoria econômica ou profissional é homogênea e a associação é natural.

Salienta-se, inicialmente, que o reconhecimento como ente sindical requer o cumprimento dos requisitos elencados na própria CLT, desde

o registro no Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), de acordo com o quadro de atividades e profissões que é abordado na lei trabalhista até publicação e verificação da inexistência de outro sindicato da mesma categoria, na mesma base territorial, que, como dito, não pode ser inferior a um município. Trata-se da unicidade sindical mencionada no art. 8o, II da Constituição Brasileira de 1988, que expressamente veda a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial. Não há, todavia, ingerência governamental na gestão dos sindicatos, sendo relevante o registro no MTE apenas para manutenção da unicidade sindical.

Vislumbra-se, pois, que a regra são as categorias profissionais abrangendo todos os trabalhadores de determinado segmento numa área específica, por exemplo, os trabalhadores da construção civil de um município, os trabalhadores das redes hoteleiras, os trabalhadores das indústrias de gêneros alimentícios, trabalhadores de telecomunicações, os quais envolvem pela atividade das empresas, independentemente da função que exercem nas mesmas. Enquanto isso temos as excepcionais categorias diferenciadas, que agregam os obreiros em virtude de seu ofício ou profissão, decorrentes de lei ou estatuto profissional, como ocorre com motoristas, professores, aeronautas, aeroviários, músicos profissionais, jornalistas profissionais, entre outros, e nesse caso, são englobados trabalhadores de empresas de vários segmentos, desde que tenham em seus quadros esses profissionais de carreira específica.

Maurício Godinho Delgado explicita a diferenciação das categorias laborais enfocando o ponto de agregação:

> O ponto de agregação na categoria profissional é a similitude laborativa, em função da vinculação a empregadores que tenham atividades econômicas idênticas, similares ou conexas. A categoria profissional, regra geral identifica-se, pois, não pelo preciso tipo de labor ou atividade que exerce o obreiro (e nem por sua exata profissão), mas pela vinculação a certo tipo de empregador. Se o empregado de indústria metalúrgica labora como porteiro na planta empresarial (e não em efetivas atividades metalúrgicas), é ainda, assim, representado, legalmente, pelo sindicato de metalúrgicos, uma vez que seu ofício de porteiro não o enquadra como categoria diferenciada. (DELGADO, 2018, p. 1583)

Já os sindicatos de categoria diferenciada, segundo o mesmo autor, "tem recebido o epíteto de sindicatos horizontais, porque se estendem no mercado de trabalho em meio a várias e distintas empresas, atingindo apenas certos trabalhadores dessas entidades econômicas, exatamente aqueles que guardam e exercem a mesma profissão". (DELGADO, 2018, p. 1583).

A similitude de condições de vida e labor, em decorrência do segmento laboral, unidos pela obrigatoriedade da unicidade sindical faz despontar a tentativa de uma agregação, que traria um sindicato mais amplo, mais abrangente, de base mais extensa e com maior número de afiliados. Entretanto, essa ideia não foi difundida no direito coletivo brasileiro, suscitando o debate, não abordado neste artigo, da unidade e da pluralidade sindical.

Enfim, o sistema da unicidade sindical, implantado no Brasil no período de 1930 a 1945, e mantido até a contemporaneidade, coloca a impossibilidade de criação de mais de um sindicato de determinada categoria, profissional ou diferenciada, numa base territorial, que não pode ser inferior a um município.

Há a liberdade sindical, que fica restrita à filiação ou não, conforme vontade dos trabalhadores e dos empregadores, não sendo compulsório o pagamento da contribuição sindical, que deve ser previamente e expressamente manifestada, nos termos do art. 578, CLT, a partir de mudança trazida pela Lei n. 13.467/17, conhecida como Reforma Trabalhista.

A estrutura sindical, recepcionada pela Constituição Brasileira de 1988, é piramidal, sendo a base composta por sindicatos, únicos por categoria numa base territorial, e, a conjugação de pelo menos cinco sindicatos da mesma categoria profissional, diferenciada ou econômica (art. 534, CLT), possibilita a formação de uma federação. As quais, quando conjugadas em pelo menos três da mesma categoria, podem compor uma confederação, com sede em Brasília (art. 535, CLT).

Já as Centrais Sindicais não compõem diretamente a estrutura sindical, mas se prestam a coordenar a representação dos trabalhadores por meio das organizações sindicais a elas filiadas, participam das negociações em fóruns, colegiados de órgãos públicos e demais espaços de diálogo social. Sempre atuam em favor das categorias profissionais ou diferenciadas, ou seja, em prol dos trabalhadores.

Assim são constituídas, pois, as categorias presentes no direito coletivo do trabalho, essenciais à ocorrência e viabilidade da negociação coletiva.

2. Negociação coletiva: o envolvimento das partes

É a partir das negociações coletivas que os entes envolvidos nos impasses ajustam acordos que irão estabelecer as condições gerais e abstratas para reger os contratos individuais de trabalho, através de normas autônomas, no Brasil são chamadas de Convenções Coletivas de Trabalho e Acordos Coletivos de Trabalho, e, quando frustradas, recorre-se ao Judiciário para que o Estado resguarde a paz social, através do dissídio coletivo.

As negociações coletivas ganham destaque no texto constitucional brasileiro e são reiteradamente incentivadas de tal modo que a tutela jurisdicional só será outorgada pelo Estado-Juiz após esgotadas todas as possibilidades de entendimento, por meio das negociações, entre os litigantes.

Neste artigo ater-se-á às negociações coletivas exitosas, que se consubstanciam em Convenções Coletivas de Trabalho (CCT) ou Acordos Coletivos de Trabalho (ACT). Estes instrumentos são tratados na Consolidação das Leis do Trabalho, e definidos como acordos de natureza normativa no quais "[...] dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho" – art. 611, de 01 de maio de 1943.

A Convenção Coletiva de Trabalho requer a bifrontalidade sindical, isto é, o pacto dela resultante é realizado entre representação profissional e patronal, ao passo que o Acordo Coletivo é firmado entre o ente sindical representativo dos trabalhadores com uma ou mais empresas (empregadores). A obrigatoriedade da participação dos entes sindicais, estabelecida pelo texto constitucional, tem como propósito impedir que os instrumentos coletivos de trabalho sejam firmados diretamente entre empregados e empregadores, já que a representação sindical no modelo brasileiro é obrigatória.

As negociações coletivas almejam as soluções das oposições de interesses das partes em contenda e a consequente produção de normas para regular as relações laborais na esfera de suas categorias. Tais normas são consideradas fontes formais autônomas, dado que a sua criação tem participação direta dos destinatários sem qualquer interferência de terceiros e podem produzir múltiplas vantagens uma vez que, no instante em que as controvérsias se sobressaem, o consenso realizado diretamen-

te entre os envolvidos no conflito geram resultados mais proveitosos e eficazes, resguardando-se os interesses bilaterais e a harmonia social.

Os instrumentos coletivos trabalhistas resultam dos ajustes realizados entre os entes sindicais profissionais e os patronais por intermédio da negociação coletiva. Importante assinalar, todavia, a necessária correlação entre as categorias envolvidas neste procedimento, que devem ser provenientes da mesma área e com representação do âmbito territorial respectivo, ou seja, o vínculo há de ser comum.

Historicamente, as convenções coletivas do trabalho (CCT) têm sua origem na Inglaterra, surgindo por volta de 1824, ocasião em que alguns trabalhadores, dentre os quais marceneiros e carpinteiros, reuniam-se para acertar as suas reivindicações sobre as condições de trabalho e salariais e, em momento posterior, as apresentavam aos seus empregadores. Naturalmente, determinados pleitos eram acolhidos e outros, por sua vez, rejeitados, conforme explicado por Arnaldo Lopes Sussekind (2004, p. 17).

Assevera ainda, o pré-citado autor, que nesse cenário nasceu a convenção coletiva de trabalho, sendo que "lei nenhuma impunha a sua eficácia erga omnes, todavia, o gentlemen's agrément assegurava a observância do pactuado entre os sindicatos e os empresários" e, uma vez bem sucedidas as reivindicações dos obreiros, estas consubstanciavam em CCT. (SUSSEKIND, 2004, p. 17).

Era um modelo incipiente de negociação cuja expansão ocorreu, paulatinamente, para além dos limites geográficos do território inglês, sendo acolhida por diferentes ordenamentos jurídicos que passaram a legislar acerca desta temática.

No contexto constitucional, a Alemanha foi a vanguardista ao contemplar a previsão da CCT na Carta de Weimar, cuja influência foi bastante significativa, servindo de inspiração também para o Brasil, que a legitimou por meio do Decreto n. 19.770, de 1931, o qual prevê a regulamentação da sindicalização da categoria do operariado e dos empregadores (BRASIL, 1931).

Em momento subsequente, a convenção coletiva de trabalho foi oficialmente definida por Getúlio Vargas com o advento do Decreto n. 21.761, de 1932, expondo explicitamente em seu art. 1º a definição, nos seguintes termos:

> Entende-se por convenção coletiva de trabalho o ajuste relativo às condições de trabalho, concluído entre um ou vários empregadores e seus empregados, ou entre sindicatos ou qualquer agrupamento de empregadores e sindicatos, ou qualquer agrupamento de empregado. (BRASIL, 1932).

Sua constitucionalização no Brasil emergiu a partir do advento da Constituição de 1934, subsistindo nas Cartas posteriores com algumas variações pouco significativas. Já, a Constituição Brasileira de 1988 faz remissão à CCT em alguns de seus dispositivos, todavia, passou a permitir a flexibilização de alguns direitos trabalhistas, desde que acordados mediante os instrumentos coletivos, a exemplo da redução salarial.

A Consolidação das Leis do Trabalho de 1943 dedicou o Capítulo VI às Convenções Coletivas do Trabalho, disciplinando-as nos arts. 611 ao 625, estabelecendo os procedimentos para a sua feitura, bem como para seu devido registro no Órgão competente, para aferir a sua validade.

É preciso salientar que, no decorrer do lapso temporal, diferentes mudanças legislativas se sucederam. Inicialmente os efeitos produzidos pelo conteúdo das cláusulas constantes das CCT's alcançavam exclusivamente os trabalhadores associados ao sindicato de classe. Apenas mais tarde esta limitação foi suplantada e, contemporaneamente, os efeitos jurídicos decorrentes de tais ajustes passaram a ser erga omnes.

O bojo desse instrumento é composto de, um lado, de cláusulas normativas ajustadas entre o sindicato profissional, representante dos trabalhadores de dada categoria e, de outro, da representação patronal, correlacionada à atividade profissional dos obreiros.

Tais normas têm por objetivo reger o contrato individual dos obreiros representados na negociação coletiva pelo sindicato de sua categoria, ressaltando que, o regramento ajustado não pode lhes conferir direitos inferiores aos já previstos em lei, isto é, a CCT propicia a possibilidade de a classe profissional obter melhores benefícios de natureza econômica, bem como de caráter social.

Segundo a Consolidação das Leis do Trabalho, a vigência das convenções limita-se ao prazo máximo dois anos, na forma preconizada pelo § 3º do art. 614, sendo vedada a ultratividade.

O acordo coletivo de trabalho (ACT) é outra modalidade de instrumento normativo, cuja previsão foi inserida na Consolidação em seu Título VI, a partir do Decreto-lei n. 229, de 1967.

Diferenciam-se as convenções coletivas de trabalho e os acordos coletivos de trabalho, apesar de ambos serem instrumentos normativos com representação da classe obreira pelo sindicato da categoria profissional, há representantes diferentes no polo da classe empregadora, já que, enquanto nas convenções estão sindicatos profissionais com sindicatos da categoria econômica, no acordo, de um lado encontra-se o sindicato profissional e, de outro, uma ou mais empresas do mesmo seguimento econômico, conforme se vislumbra no art. 611 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Há, todavia, vários pontos em comum, considerando-se o mais relevante aquele relacionado a sua finalidade: ambas regem o contrato individual de trabalho dos obreiros representados na negociação que resultou em tais instrumentos. A vigência, igualmente, é de no máximo dois anos. A elaboração e o registro do ACT se opera tal qual os da CCT.

Após expiração do lapso temporal definido para tais instrumentos, os efeitos jurídicos deles decorrentes não mais se perpetuam no tempo, de modo que, ante a inexistência de sua prorrogação ou ajustes mediante nova negociação, os contratos individuais do trabalho não serão mais acobertados por CCT ou ACT.

Enfim, a categorização é o meio brasileiro, previsto na Constituição Brasileira de 1988 que possibilita a negociação coletiva, que, se frutífera, possibilita que as partes, de comum acordo e sem emprego da força, façam concessões recíprocas mediante ajuste de vontades e consigam celebrar acordos e convenções que regerão as categorias de maneira a reconhecer as especificidades daqueles trabalhadores e também observando as regionalidades.

4 A negociação coletiva na constituição brasileira de 1988: limites e reconhecimento do estado democrático de direito

Os instrumentos normativos obtidos mediante a negociação coletiva emergem como um instrumento civilizatório. O direito coletivo, reco-

nhecido expressamente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e que confere legitimidade aos sindicatos para negociação, apresenta um papel relevante não só para o aumento dos direitos, mas constitui-se numa forma de adaptação à realidade da categoria, da própria região, da cultura e dos costumes de determinado grupo.

Com institutos e entes como os sindicatos, a greve e a negociação coletiva, ressalte-se, mais uma vez que todos elencados na Constituição Brasileira de 1988, pode-se vislumbrar que o direito trabalhista individual surge do direito coletivo, que se contrapõe à desigualdade existente no contrato de trabalho, ou seja, através de relações entre organizações coletivas de empregados e empregadores e/ou entre as organizações obreiras e empregadores diretamente, a par das demais relações surgidas na dinâmica da representação e atuação coletiva dos trabalhadores, e possibilita os trabalhadores conseguem discutirem com a classe empregadora condições e direitos que refletem diretamente nos contratos individuais de trabalho, ponto que demonstra a presença e o viés democrático do instrumento constitucional, ou seja, revela a existência, ou ainda que seja a tentativa, de um Estado Democrático de Direito.

Como ressalta Maria Cecília Máximo Teodoro, a conciliação resultante da negociação "configura verdadeira conquista dos trabalhadores, viabilizando o diálogo direto entre estes e seus empregadores, com o intuito de resolver os problemas inerentes à relação que os une" (TEODORO, 2007, p. 79), importa em concordância recíproca e não em renúncia de direitos revestidos de indisponibilidade absoluta reconhecidos internacionalmente, como os relacionados à dignidade da pessoa humana.

Vale ressaltar a liberdade contratual das partes envolvidas para estabelecer o conteúdo das normas que comporão estes instrumentos, sendo necessária a observância do disposto nos artigos 9º e 444 da CLT, com ressalva às previsões constitucionais atinentes à flexibilização de direitos, na forma do art. 7º, incisos VI, XIII e XIV.

A Lei n. 13.467, de 2017, ao inserir o art. 611-A na CLT, estabeleceu um rol de direitos sobre os quais há prevalência do negociado sobre o legislado. A título exemplificativo, com a possibilidade dos instrumentos disporem sobre o pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais, o banco de horas anual, o intervalo intrajornada,

respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas, o plano de cargos e salários, o regulamento empresarial, a representatividade dos trabalhadores no local de trabalho, o teletrabalho, o regime de sobreaviso, o trabalho intermitente, a modalidade de registro de jornada, troca de dia de feriado, entre outros:

> Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:
>
> I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;
>
> II - banco de horas anual;
>
> III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;
>
> IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei no 13.189, de 19 de novembro de 2015;
>
> V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;
>
> VI - regulamento empresarial;
>
> VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho;
>
> VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;
>
> IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;
>
> X - modalidade de registro de jornada de trabalho;
>
> XI - troca do dia de feriado;
>
> XII - enquadramento do grau de insalubridade;
>
> XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;
>
> XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;
>
> XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.
>
> (...) (BRASIL, 1943)

E, para conter as violações à qualidade de vida e dignidade do trabalhador, a mesma Lei n. 13.467, de 2017, incluiu o art. 611-B da CLT, o qual elenca taxativamente os direitos que não podem ser objeto dos instrumentos coletivos, sendo portanto, inegociáveis, pois considerados de indisponibilidade absoluta. Coincidem, tais direitos, com os fundamentais elencados no instrumento constitucional. Neste caso, sendo infringida esta norma por CCT ou ACT, estes serão considerados nulos de pleno direito.

Ressalta-se que, apesar Reforma Trabalhista, por meio da mencionada Lei n. 13.467, de 2017, expor que as negociações coletivas prevalecerão sobre a legislação, este aspecto deverá ser analisado com reserva, sem deixar de cumprir o papel de melhoria das condições sociais dos trabalhadores, e possibilitando o desenvolvimento. O Estado Democrático de Direito, que perpassa toda a Constituição Brasileira, deve ser semeado de maneira a propiciar a dignidade humana, o respeito às individualidades e necessidades de cada categoria, no caso da seara laboral, e também as regionalidades.

Os instrumentos oriundos da negociação coletiva se prestam exatamente à reconhecer essas especificidades, dando azo e fecundando o campo democrático, sem jamais, permitir a supressão de direitos fundamentais.

Diante da nova realidade, é de suma importância um controle jurídico e civilizatório da permissividade legal, de modo que as negociações coletivas permitidas pela Constituição, e a representatividade dos sindicatos nos termos do art. 8o da Constituição sejam resplandecentes e firmes, para que não sejam os direitos trabalhistas extintos ou retraídos, especialmente aqueles de indisponibilidade absoluta, considerando, neste caso, o necessário limite da negociação coletiva.

Considerações finais

O exercício da autonomia privada coletiva, reconhecido pela Constituição Brasileira de 1988, por meio da representação sindical, é uma das conquistas da classe trabalhadora e da classe empregadora, viabilizando a negociação coletiva e a celebração de ajustes entre as partes.

O método autocompositivo, com o êxito dos ajustes por meio das Convenções Coletivas de Trabalho e Acordos Coletivos de Trabalho, é considerado, por excelência, uma das formas mais democráticas para

resolver as desavenças laborais, porquanto independe de provocação da jurisdição estatal e, neste contexto, torna-se um procedimento mais célere e econômico, corroborando efetivamente para a pacificação social.

Quando a negociação coletiva é exitosa, portanto, além da função pacificadora, com harmonização dos conflitos, reveste-se de outras diversificadas funções, como a normativa, já que o resultado dela oriundo consubstanciará em instrumentos coletivos, com normas que regerão os contratos individuais de trabalho dos profissionais da categoria representada em tal procedimento, e reconhecidos sua existência e possibilidade pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no art. 8º.

Por fim, pode-se afirmar que as Convenções Coletivas de Trabalho e os Acordos Coletivos de Trabalho ganham maior expressão com as medidas da reforma trabalhista, o que deve ser avaliado com cautela, dada a possibilidade de eventual supressão de direitos fundamentais dos trabalhadores, cuja proteção é inerente, na forma do já reiterado instrumento constitucional.

A interpretação sistêmica da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, nos parâmetros do Estado Democrático de Direito traz à tona a necessidade de se vislumbrar a negociação coletiva e a representação sindical como uma via de fortalecimento e consolidação da dignidade humana do trabalhador, numa sociedade mais justa e igualitária e como um meio de incremento *e reconhecimento das especificidades dos trabalhadores e empregadores de cada categoria, bem como do atendimento das regionalidades. Proporcionando, assim, a resplandecência de melhores condições de trabalho.*

Referências

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. **Direito processual do trabalho.** 5 ed., rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

SANTOS, Jonabio Barbosa dos. **Liberdade Sindical e Negociação Coletiva como Direitos Fundamentais do Trabalhador:** Princípios da Declaração de 1998 da OIT. São Paulo: LTr, 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 10 ed. São Paulo: LTr, 2016.

BRASIL. Decreto Lei 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, 9 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 09 maio 2017.

BURUTARÁN, Roberto; PANIZZA, Carolina. La representación colectiva de los trabajadores: evolución de los regímenes legales desde la perspectiva de autonomia colectiva y de la libertad sindical *in* **IX Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**. Guayaquil, Ecuador, 2013.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 10 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 17 ed. rev., ampl. São Paulo: LTr, 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho.** 4 ed. São Paulo: LTr, 2013.

LEITE, Carlos Henrique. **Curso de direito processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2018.

LYRA FILHO, Roberto. O Que é Direito. **Coleção Primeiros Passos.** n. 62. São Paulo: Editora Brasiliense, 1982.

MENDES DE FREITAS, Manuel. Convenção e acordos coletivos *in* Franco Filho, Georgenor de Sousa (Coordenador). **Curso de Direito Coletivo do Trabalho:** Estudos em homenagem ao ministro Orlando Teixeira da Costa. São Paulo: LTr, 1998.

MOURA EÇA, Vitor Salino de (Coord.). **Direito processual do trabalho globalizado:** homenagem à professora Alice Monteiro de Barros. São Paulo: LTr, 2012.

SUSSEKIND, Arnaldo Lopes. **Curso de Direito do Trabalho**. 2 ed. revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

Teodoro, Maria Cecília Máximo. **O princípio da adequação setorial negociada no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

ZANGRANDO, Carlos. **Princípios jurídicos do direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2011.

Análise da garantia de direitos humanos no ambiente laboral a partir do movimento sindical

Marcelly de Santana Batista

Introdução

O conceito de sindicato pode ser entendido como uma entidade associativa com o escopo de proteger os direitos das categorias profissionais, com o objetivo de lhes proporcionar melhores condições de trabalho e de vida, se valendo, para tal, de mecanismos como a negociação e o acordo coletivos, ou até mesmo da greve, quando se fizer necessária. Embora alguns autores defendam que a antiguidade clássica é o berço do sindicalismo, com suas congregações de pessoas de determinadas categorias profissionais, acreditamos ser um movimento que tem como raízes as Corporações de Ofício da Europa Medieval e as sociedades de socorro mútuo, estas criadas com a Revolução Industrial no século XVIII. Contudo, os sindicatos sofreram graves limitações com a Revolução Francesa e os seus ideais liberais, que acabaram apoiando o lucro do empregador em detrimento da liberdade de greve do proletário, impedindo associações motivadas pela categoria profissional (BARROS, 2011, p. 961).

A mencionada revolução eclodiu em um momento de crise e caos social, visto que ao final do século XVIII, a França passava por uma situação de extrema pobreza, decorrente de um longo período de estiagem,

que abalou as plantações locais, tornando a fome uma realidade para os camponeses, situação esta agravada ainda pela alta quantidade de impostos que eram devidos à coroa, além dos dízimos, ônus senhoriais, somado ainda, ao aumento dos impostos com a finalidade de apoiar a Independência dos Estados Unidos. Em síntese, todo esse cenário de gerou uma forte insatisfação na população mais pobre, bem como nos burgueses que pretendiam ascender ao poder. Logo, instaurou-se uma Revolução inspirada nos princípios iluministas e guiada pela classe burguesa, a qual visava a ampliação de seus direitos políticos, o que foi conquistado em 1791, com a criação de uma Constituição; contudo, tais direitos continuavam restritos a pequena parcela da população e não atingiam ao camponês, que apenas serviu de ferramenta para operação da revolução.

Nesse contexto, torna-se evidente que os ideais da Revolução não foram voltados para a grande massa populacional, mas sim para um melhor desempenho econômico da classe burguesa. Assim, os clássicos princípios revolucionários, como bem conhecemos, não foram voltados para a maioria das pessoas. Com efeito, ao se fala em igualdade, fala-se em igualdade para determinado grupo; ao se falar em liberdade, fala-se em liberdade para quem pode ser livre e para livremente negociar; e ao se falar em fraternidade, então, entende-se uma fraternidade entre classes. Portanto, tais princípios, embora devessem se voltar para o bem comum, na realidade cotidiana voltam-se para os interesses de uma categoria, de uma camada social, já os então camponeses, continuaram a ter exploradas suas forças de trabalho e, muitos, a viverem em situações de miserabilidade e indignidade, passando agora a compor a classe dos operários.

Diante dessa situação, emergiram teorias e movimentos em prol da conquista de direitos para a classe operária, a qual começou a se organizar em associações, sendo fortemente reprimidas pelos detentores do capital. Exemplo disso foi a Lei de Le Chapelier (1791), marco da primeira fase da evolução sindical: a proibitiva, ao defender o exercício da livre empresa, punindo severamente aqueles que mantivessem alguma associação ou participasse de movimentos grevistas.

> 1. A aniquilação de todas espécies de corporações de cidadãos do mesmo estado ou profissão, sendo uma das bases fundamentais

> da constituição francesa, são proibidas de serem restabelecidas de fato, sob quaisquer pretexto e forma que seja. 2. Os cidadãos de um mesmo estado ou profissão, os empresários, os que tem loja aberta, os trabalhadores e companheiros de uma arte qualquer não poderão, quando se encontrarem reunidos, nomear-se nem presidente, nem secretários, nem síndicos, manter registros, tomar decisões e deliberações, formar regulamentos sobre seus pretendidos interesses comuns.

Essa retratação se mostra importante para pôr em tela a questão da luta social por direitos e busca por maior dignidade como geratriz do sindicalismo, uma vez que essa é, efetivamente, a sua finalidade de existência: atender aos anseios da classe trabalhadora. Atualmente, o movimento sindical incorporou outras demandas, não se preocupando apenas com as condições de trabalho propriamente ditas, mas também com a garantia da dignidade humana do trabalhador, não podendo ser este apenas um meio para alcançar determinados fins, mas sim considerado como um fim em si próprio, de acordo com a ética kantiana: "aja de forma a tratar a humanidade, seja na sua pessoa, seja na pessoa de outrem, nunca como um simples meio, mas sempre, ao mesmo tempo, como um fim" (KANT, 2007, p. 442).

Já no Brasil, podemos dizer que o nascimento do sindicalismo se deu tardiamente, em razão da prevalência quase absoluta do trabalho escravo, até meados do século XIX, situação esta que não configuraria ambiente fértil para a eclosão de movimentos de luta por direitos trabalhistas, até mesmo porque não havia relação de emprego, mas sim relação de dominação, o que, segundo Mauricio Godinho Delgado, não traz condições necessárias à emergência do próprio ramo justrabalhista (DELGADO, 2015, p. 1531). Assim, o sindicalismo do Brasil insurgiu tardiamente e, quando isso aconteceu, não se deu de modo tradicional – a partir da luta das categorias profissionais -, mas sim como uma atribuição do próprio Estado a fim de beneficiar e atrair trabalhadores estrangeiros que se preocupavam com as condições de trabalho, dado o histórico escravagista do Brasil.

Nesse diapasão, pode-se constatar grande diferença entre a história do sindicalismo europeu e a do brasileiro, o que pode ser comparado a uma árvore: no europeu, o sindicalismo fincou raízes para poder se desenvolver, criar folhas e dar frutos; enquanto o brasileiro começou dos

frutos e ainda está no processo de estabelecimento de suas raízes, sendo esta entendida como uma fragilidade no movimento sindical brasileiro, à medida que dificulta a assimilação de seus ideais e de seus mecanismos pela população, pelo poder público e, por vezes, pelo próprio trabalhador, mas que ainda é um dos mais relevantes instrumentos de conquista de direitos e garantia de sua efetividade, atuando, ainda, na tentativa de promover a igualdade material na reação de trabalho e, por conseguinte, mitigar vulnerabilidades, necessitando, portanto, de uma maior atenção da comunidade acadêmica.

1. Da modernidade e dos direitos humanos

Na modernidade contemporânea, a globalização do capital não pode ser analisada separadamente das concepções de cidadania e do acesso aos direitos humanos fundamentais, eis que estes são resultados da luta contra a opressão do poder, tratando-se de erigir um campo de proteção a pessoas e grupos sociais, em face de um domínio no mais das vezes revestido de postura oficial. De modo que tais direitos decorrem de uma necessária confluência ética, filosófica, jurídica e política, visto que o poder do Estado ou do capital, mesmo que juridicamente constituído, deve conhecer limites éticos que salvaguardem a liberdade, a igualdade, a autonomia e a dignidade das pessoas e dos povos.

Nesse contexto, é possível afirmar que o mundo hodierno tem assistido ao importante fenômeno do fortalecimento das compreensões de direitos humanos, sendo nesta perspectiva oportuno ressaltar o pensamento de Bobbio (2004), quando este autor salienta que, na época atual, é necessária, sobretudo, a busca da efetivação dos direitos humanos, isto é, da consolidação de seus mecanismos de aplicação. Por sua vez, também é visível, nos dias de hoje, um movimento de judicialização da política, em que o poder judiciário é trazido para o centro da arena política, sendo responsável por tomadas de decisões que buscam conciliar direitos individuais com exigências de caráter coletivo e difuso.

Assim sendo, dessa relação intrínseca entre Direitos Humanos e Poder Judiciário, resulta um sofisticado processo de calibragem da democracia; até porque este poder ocupa o lugar estratégico de protetor institucional

dos direitos fundamentais de pessoas e grupos sociais vulnerabilizados e subalternizados por longínquos processos históricos de dominação e opressão. Daí a necessidade de uma organização judiciária adequada no sentido de favorecer a luta contra todas as formas de dominação e exclusão.

Assim, inicialmente a concepção de Direitos Humanos pode ser discutida a partir de uma perspectiva filosófica para que posteriormente sejam contempladas algumas de suas relações interdisciplinares, como as ciências jurídicas, política e a ética. Uma acepção mais abrangente do assunto pode ser encontrada na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 em seu artigo VI: "Todo homem tem direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei".

Na ocasião da Conferência Mundial dos Direitos Humanos, realizada em Viena no ano de 1993, houve uma categórica explicitação a respeito do artigo anteriormente citado da Declaração Universal dos Direitos Humanos, onde foi consignado que:

> Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente, de modo justo e equitativo, com o mesmo fundamento e a mesma ênfase. Levando em conta a importância das particularidades nacionais e regionais, bem como os diferentes elementos de base históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados, independentemente dos seus sistemas políticos, econômicos e culturais, promover e proteger todos os direitos humanos e as liberdades fundamentais.

Para que os Direitos Humanos possam ser, de algum modo, atribuídos a todas as pessoas, seja enquanto indivíduos particularizados, seja como seres integrantes de uma rede de relações sociais, é necessário que se torne possível identificar a existência de interesses e valores comuns a todos, independentemente das variações sociais, políticas, culturais, econômicas, que lhes são inerentes. Em outros termos, tornar-se-ia possível admitir-se a hipótese de conferir à totalidade dos indivíduos certas noções genéricas, cuja participação globalizada assumiria a forma de princípios e valores atribuíveis a toda e qualquer pessoa enquanto ser humano. Nessa ótica, convém destacar alguns elementos diretamente

relacionados com essa discussão, ou seja, as noções de fato social, fato social total, representações coletivas, consciência individual e consciência coletiva. A ideia de fato social é competentemente tratada por Durkheim (2001, p. 8-11), quando este autor afirma que:

> É fato social toda maneira de agir fixa ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior; ou então ainda, que é geral na extensão de uma sociedade dada, apresentando uma existência própria, independente das manifestações individuais que possa ter.

Por sua vez, a concepção de fato social total é apresentada por Mauss (2001, p. 175 et seq), na oportunidade em que ele, ao analisar o sistema de trocas nas sociedades da Polinésia, Melanésia e Noroeste Norte Americano, encontra na obrigação de dar, receber e retribuir, a caracterização da dádiva como sendo um fato social total, ou seja, uma situação onde existem inúmeras dimensões envolvidas – social, política, econômica, moral, familiar, entre outras que fazem parte da vida em sociedade.

2. Da construção de uma consciencia coletiva e do deselvolvimento dos movimentos operários

Por sua vez, o conceito de representações coletivas, estas sempre exprimem uma situação presente em um determinado grupo social, sendo que tais representações exteriorizam fenômenos de consciência, podendo ser individuais, quando se referem a indivíduos particularizados (consciência individual), e coletivos, que dizem respeito ao pensamento conjunto de consciências (consciência coletiva). Portanto, a força dos fatos sociais advém da opinião, que dita e sanciona as regras morais, sendo possível afirmar que toda mudança nas instituições é, no fundo, uma mudança de opinião, onde existe toda uma convergência de consciências coletivas. Desse modo, os fatos sociais são causas, pois eles são representações ou atuam sobre elas, ou seja, no íntimo, a vida social é um conjunto de representações. De maneira que tudo se passa na esfera da opinião pública, que denominamos cientificamente de Sistema de Representações Sociais.

Nesse contexto, ressalta-se a importância dos movimentos sindicais, cuja eclosão foi ensejada pelas más condições de trabalho e de vida historicamente imputadas aos trabalhadores, a figura das organizações profissionais sempre se fez presente na luta por direitos, configurando um germe do movimento sindical, o qual tomou forma mais substancial após as Revoluções Industriais ocorridas na Inglaterra, com o surgimento das primeiras associações de trabalhadores em busca de melhores condições salariais e de labor nas fábricas, em 1720 (MARTINS, 2000, p. 602-603), caracterizando um movimento primordialmente urbano. Nesse contexto, observou-se que o sindicalismo europeu se desenvolveu em três principais fases: proibição, reconhecimento e direito.

Na França, a primeira fase iniciou-se com a aprovação da Lei de Le Chapelier, de 1791, que, como já exposto na introdução, proibia as associações de categorias profissionais. Outro importante marco dessa fase na França foi o Código de Napoleão, que tipificava como crime essas organizações. Em seu artigo 415, em tradução livre, qualquer coalizão dos trabalhadores para parar de trabalhar, ao mesmo tempo, proibir o trabalho em uma oficina de ajuda para chegar lá e ficar lá antes ou depois de certas horas, se houve tentativa ou início da execução, esse delito seria punido com pena de prisão de pelo menos um mês, enquanto os líderes do movimento deveriam ser punidos com penas de prisão de pelo menos dois anos.

Em seguida, houve a fase de tolerância dos movimentos sindicais, iniciada em 1824, na Inglaterra, e em 1884, na França, a partir da lei Waldeck Rousseau, que reconheceu a liberdade sindical e inspirou outras nações, sendo esta uma fase apenas de reconhecimento do direito, não de sua devida efetivação. Desde então, tornou-se mais evidente a necessidade de efetivar o reconhecimento dessa liberdade sindical, a fim de garantir os direitos em prol dos quais essas associações lutavam. Um dos primeiros instrumentos que positivou esse direito, tentando lhe conferir maior grau de eficácia foi o Tratado de Versalhes, realizado no término da Primeira Grande Guerra, que, em seu artigo 427, II, concretizou o direito à sindicalização para patrões e empregados (BARROS, 2011, p. 962). Nesse mesmo tratado, também foi instituída a Organização Internacional do Trabalho, que ampliou as noções de liberdade sindical, ao tratar especificamente dessa questão.

Contudo, apesar da positivação desses direitos, percebe-se forte caráter legalista dessas previsões, sendo o a sindicalização e a greve afirmados como direitos intrínsecos do trabalhador apenas com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, ao prever que:

> **Art. 20**
>
> I - Todo o homem tem direito à liberdade de reunião e associação pacíficas.
>
> II - Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação.
>
> **Art. 23**
>
> I - Todo o homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
>
> II - Todo o homem, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.
>
> III - Todo o homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como a sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.
>
> V) Todo o homem tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.

Como se pode observar, o sindicalismo europeu surgiu através de um forte movimento operário na busca de conquista e efetivação de direitos, o que nos leva a deduzir que sua estrutura básica é sólida, tendo fincado raízes na própria cultura social em relação ao reconhecimento da luta dos trabalhadores.

3. O movimento sindical e a conquista de direitos trabalhistas no Brasil

De forma diversa ao ocorrido na Europa, No Brasil, o sindicalismo não se instaurou como uma conquista da classe trabalhadora, mas sim como uma atribuição do poder público, com o objetivo de atrair imigrantes para trabalhar nas lavouras de café, vista a recente abolição da mão-de-obra es-

crava até então empregada (CAMPOS; MIRANDA, 2005. p. 416), fato este que amedrontava os imigrantes, que, como visto no tópico anterior, já tinham conquistado direitos de natureza trabalhista e temiam por perderem esses direitos no Brasil – o que de fato acabou acontecendo, de forma velada. Portanto, pode-se dizer que a primeira fase do sindicalismo brasileiro, ao contrário do modelo europeu, foi a do reconhecimento, visto que surgiu como prerrogativa instaurada pelo governo. Além disso, outra importante distinção a ser feita é que, devido ao tardio processo de industrialização brasileira, essa prerrogativa deu-se em favor dos trabalhadores rurais, enquanto o da Europa se deu em face dos urbanos. Esse fator interferiu na fragilidade do sindicalismo, uma vez que, no campo, as aglomerações trabalhadoras não encontram ambiente tão fértil quanto o das cidades.

Também contrariamente ao modelo europeu, a segunda fase do sindicalismo brasileiro foi a de proibição, com a tipificação das condutas paredistas como ilícitos, a partir do Código Penal de 1890, deixando de ser tipificada como crime logo em seguida, por outro Decreto (1.162/1890) editado em dezembro do mesmo ano. É interessante ressaltar que essa fase no Brasil, como veremos, foi caracterizada por ser um período de inconstância, havendo sucessivas mudanças em relação aos direitos trabalhistas, trazendo esse Decreto não o direito à greve, mas apenas o seu reconhecimento como liberdade. Em seguida, com o início do processo de industrialização, pós Primeira Guerra, os movimentos dos trabalhadores se fortificaram, surgindo, assim, o movimento operário. Com isso, significativas medidas operárias em busca da aquisição de direitos foram tomadas, como é o caso da Greve Geral de 1917, ocorrida em São Paulo, quando mais de 2.000 trabalhadores paralisaram suas atividades. É interessante salientar que, dentre esses trabalhadores, destacavam-se em maior número imigrantes europeus, com histórico de lutas sindicais, o que pode ser visto como uma expropriação da titularidade do movimento sindical e grevista brasileiro, haja vista que o ponto de partida por essa conquista por direitos trabalhistas brasileiros foi dado por iniciativa de estrangeiros. Esse movimento, porém, foi fortemente repreendido pelo governante à época, Artur Bernardes, e praticamente extinto na Era Vargas.

O período de 1930 a 1945, que compreende o governo de Getúlio Vargas, também se caracterizou por forte instabilidade na garantia desses

direitos. Com o estabelecimento do Estado de Sítio, em 1935, os movimentos operários e as greves perderam, definitivamente, o seu reconhecimento legal, como pode-se ver na Carta de 1937, havendo diplomas normativos infraconstitucionais que criminalizavam movimentos paredistas, como a Lei de Segurança Nacional e o próprio Código Penal. Ao fim desse período, com o processo de redemocratização do país, a greve foi permitida nas atividades acessórias, sendo, porém, esse direito ainda bastante restrito, como disposto nos arts. 158 e 159 da Constituição de 1946.

> Art 158 - É reconhecido o direito de greve, cujo exercício a lei regulará.
>
> Art 159 - É livre a associação profissional ou sindical, sendo reguladas por lei a forma de sua constituição, a sua representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas pelo Poder Público. (BRASIL, 1946)

Essa situação perdurou, porém, somente até a década de 1960, com a instauração do regime autoritário do governo militar, período em que houve forte restrição aos movimentos paredistas e aos direitos dos trabalhadores no geral, principalmente devido às restrições de qualquer manifestação de cunho político, bem como o impedimento de paralisação trabalhista, como se observa no Ato Institucional nº 5, de dezembro de 1968 (DELGADO, 2015. p. 1533).

Então, com o advento da Constituição Federal de 1988, a qual fora chamada de Constituição Cidadã, em virtude da série de garantias a direitos individuais e sociais que traz em seu corpo, inaugura-se, no Brasil, a terceira fase de desenvolvimento do movimento sindical: a de direito, momento em que os direitos trabalhistas voltaram a ser reconhecidos, em uma tentativa de, agora, efetivá-los. Tal iniciativa pode ser comprovada no seu art. 5º, XVII:

> Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> [...]

> XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar [...]

Nesta fase, o sindicato passou a desempenhar papel essencial nas relações de trabalho, cabendo a esta instituição a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas, conforme preceitua a Constituição Federal em seu art. 8º, III. Nesse sentido, Garcia (1982, p. 820) analisa que os sindicatos, como instituição de Direito Coletivo, têm como fim primeiro a determinação das condições de trabalho por meio de convenção coletiva, visando a melhores condições de vida para os trabalhadores e a assistência aos integrantes da categoria, sendo esta, ainda um meio de comunicação justo entre trabalhador e empregador, pois tem a prerrogativa de equilibrar a relação laboral e mitigar a vulnerabilidade do trabalhador em relação ao empregador e tendo legitimidade, inclusive, para litigar em representação àquele em juízo, onde atuará como substituto processual. Enfim, é notória a importância dos sindicatos para garantia de direitos e condições dignas de trabalho.

Considerações finais

Diante das reflexões realizadas ao longo do trabalho, é possível concluir que o movimento sindical representa um valoroso instrumento de conquista de direitos e promoção da efetividade das garantias já regulamentadas, sendo, em consequência, também imprescindível à garantia dos direitos humanos nas relações laborais, o que se trata de objetivo basilar do ordenamento jurídico e do próprio Estado de Direito, o qual só pode ser assim chamado se for eficaz na promoção do respeito à dignidade da pessoa humana e aos próprios direitos sociais como um todo.

Contudo, embora o direito à associação sindical seja garantia fundamental constitucional, alguns fatores já expostos dificultam o firmamento desse movimento no Brasil como um instituto decisivo na representação dos trabalhadores e no fortalecimento de uma identidade de classe. Do modo que, torna-se imperioso que a sociedade civil aprofunde o seu conhecimento sobre o movimento sindical e seu papel na contemporaneidade, para que, assim, possa desenvolver pensamento crítico e ativo

quanto aos recentes atos tolhedores de direitos e enfraquecedores deste instituto, cuja a função primeira, prevista constitucionalmente, é a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais dos trabalhadores.

Referências

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 14/04/2017.

_____. **Ato Institucional nº 5**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm>. Acesso em: 14/04/2017.

_____. **Constituição de 1937**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 15/04/2017.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Passim.

Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>. Acesso em: 16/04/2017.

CAMPOS, Flávio de; MIRANDA, Renan Garcia. **A escrita da história**. vol. único. 1. ed. São Paulo: Escala Educacional, 2005.

DELGADO, Mauricio Godinho**. Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

DURKHEIM, Emile. **As regras do método sociológico**. Trad. Maria Isaura P. Queiroz. 16. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2001.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**.8. Ed. Rev. Atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa/PT: EDIÇÕES 70, 2007.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MAUSS, Marcel. Ensaio sobre a dádiva: forma e razão da troca nas sociedades arcaicas. Trad. António Felipe Marques. Lisboa/PT: EDIÇÕES 70, 2001.

MERLEAU-PONTY, Maurice. **Fenomenologia da percepção**. Trad. Carlos Alberto Ribeiro de Moura. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SANTIAGO, Emerson. **Greve Geral de 1917**. In: infoescola: Navegando e Aprendendo. Disponível em < http://www.infoescola.com/historia-do-brasil/greve-geral-de-1917/ > Acesso em: 05/04/2017.

SARAIVA, Renato. **Direito do trabalho**: versão universitária. 2. ed. São Paulo: Método, 2009.

Universidade Federal de Minas Gerais: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas. Departamento de História. **Lei de Le Chapelier** (1791). Disponível em: < http://www.fafich.ufmg.br/hist_discip_grad/LeiChapelier.pdf> Acesso em: 10/04/2017.

DIREITO À SAÚDE

Reflexões sobre a judicialização da saúde no Brasil

Aline do Nascimento Pereira
Thaís Jeronimo Vidal
Felipe Dutra Asensi
Roseni Pinheiro

Introdução

A gradativa constitucionalização que os direitos sociais tiveram na década de 1980 no Brasil, associada aos desafios da implementação efetiva por parte do Estado, fez com que esses direitos fossem cada vez mais submetidos à apreciação do judiciário para o mandamento de efetivação.

Na Constituição de 1988, a saúde está escrita como um direito de todos e dever do Estado e, mesmo após aproximadamente três décadas de sua universalização e legitimação de princípios constitucionais basilares a efetivação do direito a saúde, ainda enfrenta desafios de diversas naturezas como culturais, políticos, sociais e econômicos.Ou seja, a tensão inerente ao direito à saúde consiste na divisão existente entre os direitos garantidos formalmente e os conflitos implícitos à sua efetivação no cotidiano das práticas dos atores sociais (ASENSI, 2011). Isso permite a inserção das instituições jurídicas nesse processo, seja na judicialização ou na juridicização da saúde. Asensi (2011, 2013) conceitua juridicização como conflitos que são tratados do ponto de vista

jurídicos, mas que não são ajuizados e judicialização como conflitos que são levados ao judiciário na forma de uma ação.

De acordo com o autor, no Brasil foi constituído um modo de sociabilidade em que a centralidade do Estado influenciou significativamente a forma por meio da qual os atores sociais concebem o seu direito e o reivindicam. Essa centralidade do Estado no Brasil foi fundamental para a constituição de uma cultura política via reinvindicação da saúde pelas vias formais estatais, atribuindo cada vez mais destaque o judiciário, o que ajuda a explicar a forte judicialização dos direitos. A legitimidade da atuação do judiciário em termos de direitos à saúde no Brasil permite a este Poder, inclusive, sentenciar a prisão de gestores públicos quando uma de suas ordens for descumprida ou quando há negligência na observância dos deveres de probidade administrativa (ASENSI, 2013).

Atrelados a ampliação do papel das instituições jurídicas, os processos de efetivação do direito à saúde têm estimulado discussões sobre: o que seria legítimo de se reivindicar como demanda de saúde; quais são os pressupostos sociais em políticos na efetivação desse direito; os desafios acerca do custeio de recursos econômicos para sua efetivação, dentre outros (ASENSI, 2011).

Entendendo que o Judiciário é o espaço que os usuários possuem para fazer cumprir seus direitos quando o Estado não os garante, a judicialização da saúde tem abordado diversos serviços públicos, tais como o fornecimento de medicamentos, realização de exames e cobertura de tratamentos de doenças e causado impactos importantes no sistema de saúde em váriossetorescomo financiamento, planejamento e nas atividades fins nas unidades de Saúde.

A judicialização da saúde é um tema importante que vem estimulando esforços do Poder Público e da Academia a fim de buscar/criar soluções para a questão em consonância com o debate da saúde publica no Brasil.Nesse sentido,o objetivo central desse textoé identificar e analisar teoricamente a judicialização da saúde no Brasil e as dinâmicas que reforçam e limitam a efetivação do direito a saúde no país. Espera-se assim contribuir para a construção de uma agenda que seja capaz de identificar e atualizar alguns desafios desse fenômeno. Busca-se, em duas sessões, pensar a genealogia do termo, refletindo criticamente sobre o que se tem produzido no campo da saúde coletiva e do direito sobre a judicialização

da saúde e, ainda,resgatar algumas dimensões e sentidos que tem sido atribuídos aos mesmos.

1. Genealogia do termo

Historicamente, o Estado brasileiro não garantiu à grande parte de sua população o direito ao acesso aos serviços e bens de saúde.No estudo dos sentidos atribuídos a saúde, Asensi (2012) identifica três concepções que se manifestaram no caminhar da história: como um favor; como um serviço decorrente de um direito trabalhista ou custeado diretamente; e na qualidade de direito. De acordo com o autor, tais concepções possuem uma forte institucionalidade no campo do Estado e das instituições jurídicas, e, também, permitem refletir sobre a cultura política que se cristalizou no Brasil em relação à efetivação dos direitos sociais e coletivos (ASENSI, 2012).

Resultado de diversas lutas e movimentos da população brasileira, a Constituição de 1988 representa um marco na normatização e no reconhecimento da saúde enquanto direito de cidadania, cujo provimento,a partir da consolidação do Sistema Único de Saúde (SUS), passou a ser de responsabilidade do Estado[97]a partir da consolidação do Sistema Único de Saúde (SUS). O SUS insere-se em um contexto mais amplo da política pública, o daseguridade social, que abrange, além das políticas de saúde, as políticas deprevidência e assistência social. A definição do modelo de seguridade social no Brasil significou a formulação, pela primeira vez na história do país, de uma estrutura de proteção social 'abrangente', pois prevê a universalidade da cobertura e do atendimento, 'justa' na medida em que pretende a uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais, 'equânime', pois estabelece equidade na forma de participação do custeio e com caráter democrático e descentralizado na gestão administrativa, na qual cabe ao Estado a provisão e o dever de atenção (BRASIL, 1988; BAPTISTA, 2009, MATTA, 2099).

A base legal do SUS é constituída fundamentalmente por três documentos que expressam os elementos básicos que estruturam e organizam o sistema de saúde brasileiro. São eles:

97. Artigo 196 – Constituição Federal de 1988

- A Constituição Federal de 1988, na qual a saúde é um dos setores que estruturam a seguridade social (Brasil, 1988).
- A Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, também conhecida como a Lei Orgânica da Saúde e que dispõe principalmente sobre a organização e regulação das ações e serviços de saúde em todo território nacional (Brasil, 1990a).
- A Lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990, que estabelece o formato a participação popular no SUS e dispõe sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde (Brasil,1990b).

Além disso, há diversas normas, decretos, portarias e medidas provisórias que atualizam, alteram ou revisam aspectos organizacionais e operacionais do sistema. Mas, a estrutura formal do SUS está disposta nesses três documentos basilares.

Cabe destacar que tais conquistas na política de saúde brasileira se deram paralelo ao momento em que os países capitalistas vivenciavam uma grande crise e desmonte dos direitos sociais. No Brasil, os impactos da crise foram mais intensos a partir da década de 1990 e os direitos sociais não avançaram tanto quanto previa a Constituição. Apesar da tentativa de desmonte e sucateamento dos serviços públicos que o país viveu a partir daí, o SUS se manteve como uma política consistente.Todavia, com um longo caminho a ser percorrido para a efetiva materialização dos preceitos constitucionais relativos à saúde. Diante dessa contradição de um direito constitucionalmente garantido, mas não assegurados plenamente na prática, diversos grupos da sociedade têm buscado a garantia desse direito articulando novas estratégias de lutas como a busca pela atuação do Poder Judiciário, o que tem ensejado o fenômeno da "judicialização da saúde".

O termo "judicialização da saúde" tem sua definição e sentidos historicamente datados e só podemos pensar no mesmo a partir do contexto desenhado, cuja saúde tornou-se direito da população e dever do Estado.

Machado e Dain (2012) recuperam o estudo feito por Gouvêa (2003) sobre as ações requerendo medicamentos para o tratamento da Aids, que mostra que o ano de 1996 foi um marco para a mudança de postura

do judiciário e verificam que, de acordo com este estudo, as ações encaminhadas à justiça eram, em sua maioria, negadas, ao passo que a partir dessa data todos os pedidos passaram a ser aceitos pelo Judiciário.

De acordo com os autores, o motivo para a negação do direito baseava-se na interpretação do artigo 196 da Carta Magna como uma mera norma programática, insuscetível de produzir efeitos jurídico-positivos. A mudança de postura do judiciário a partir de 1996 se deu primeiramente pela criação da Lei nº 9.313/1996 que garantiu a distribuição gratuita e universal de antirretrovirais (MACHADO E DAIN, 2012).

Messeder, Osório-de-Castro e Luiza (2005) demonstram em seu estudo que, a partir de 1997, com a estruturação do Programa Nacional de DST/Aids e a distribuição gratuita dos medicamentos para tal doença houve uma redução expressiva de processos judiciais nessa área. Interessante análise feita pelos autores é que a grande quantidade de ações para garantia de medicamentos estimulou a ampliação da própria lei, provocando tanto o Legislativo para criação da mesma e quanto o Executivo para adoção dessa política.

Machado e Dain (2012) argumentam que o surgimento de uma lei específica para o fornecimento de medicamentos antirretrovirais, que até então era o que mais se demandava judicialmente, poderia ter significado a discricionariedade dos juízes e, consequentemente, a redução da interferência do Poder Judiciário na saúde. No entanto, a partir de 1997 houve uma mudança na postura de interpretação do artigo 196. Se antes o mesmo era tratado como norma programática[98], a partir de 1997 o mesmo passa a ser reconhecidamente pelo Supremo Tribunal Federal (STF) uma norma constitucional de plena eficácia, ou seja, de aplicabilidade plena, direta e integral.

Segundo os autores, ações reivindicando a dispensação de medicamentos para outras doenças, estimuladas por essa mudança no padrão decisório baseado na interpretação de que o direito a saúde tem aplicabilidade imediata e eficácia plena, , foram se tornando mais frequentes e com maior

98.As normas programáticas são aquelas em que o constituinte não regula diretamente os interesses ou direitos nela consagrados, limitando-se a traçar princípios a serem cumpridos pelos Poderes Públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) como programas das respectivas atividades, pretendendo unicamente à consecução dos fins sociais pelo Estado (Maria Helena Diniz, Dicionário Jurídico, Saraiva, São Paulo, 1998, vol. 3, pág. 371).

quantidade de êxitos. No entanto, o aumento da quantidade de ações judiciais não seria o suficiente para nomear o processo como judicialização.

Verissímo (2006) realiza estudo sobre os fatores que seriam necessários para a caracterização do fenômeno da Judicialização no Brasil e afirma que o país detinha todas as condições que caracterizam esse processo, o que, efetivamente vem ocorrendo, mas destaca que é necessária análise cuidadosa do termo, pois não é qualquer atuação do Poder Judiciário que pode ser considerada como judicialização. (VERÌSSIMO 2006 *apud* MACHADO E DAIN, 2012)

Para Asensi (2013) no Brasil, observa-se o fortalecimento da intervenção judicial nos mais diversos domínios da vida social e política, inclusive no âmbito da saúde. Na leitura de Castro (1997) houveram três grandes e interelacionados fatores que facilitaram a expansão do judiciário no país, são eles: "a) a crescente mobilização sócia, canalizada através do processo judicial, contra as reformas políticas que buscaram superar o populismo econômico dos governos passados; b) a performance mais assertiva e ativista dos juízes e c) as mudanças institucionais introduzidas pela Constituição de 1988"(CASTRO, 1997, p. 242). Esse conjunto de elementos possibilitou o fortalecimento do Judiciário e deu este Poder à qualidade de ator privilegiado no processo de resolução de conflitos e reivindicação de direitos (ASENSI, 2013).

Para Maciel e Koener (2002), o estudo sobre a realidade brasileira requer que este termo tenha uma definição mais clara que permita identificar mais precisamente as características desse fenômeno no Brasil. Para tanto, propõem uma diferenciação da judicialização a partir de duas matrizes teóricas sobre o tema no cenário nacional.

A primeira utiliza da ideia de judicialização para referir-se ao ativismo voluntarista do Ministério Público e suas implicações negativas para a integridade das funções políticas das instituições representativas ou para a própria independência funcional da instituição, essa matriz é representada por Rogério Arantes.Asegunda matriz, representada por Werneck Vianna, trata a judicialização como fenômeno que amplia os instrumentos judiciais como mais uma arena pública a propiciar o acesso do cidadão à agenda das instituições públicas.

Na análise de Machado e Dain (2012) a conquista de novos direitos na saúde é um processo viável, e vem acontecendo porque o conteúdo das leis nessa área é amplo e geralmente indeterminado. O direito a saúde que compõe o texto da Constituição de 1988 criou no Brasil um duplo movimento: se em um primeiro momento os conceitos jurídicos eram insuficientes para garantir bens e serviços de saúde à população, essa mesma indeterminação, posteriormente, foi usada como artifício para garantia de direitos a população. Nesse meio tempo, é clara a mudança de postura do Poder Judiciário, que deixou de ser uma tímida instituição para assumir um papel de destaque na efetivação do direito à saúde, cuja responsabilidade de execução é do poder Executivo.

A judicialização da saúde, tema complexo e relativamente recente, tem se ampliado e tomado novas formas que ainda carecem de análise. O que começou com medicamentos em 1996, hoje configura-se como a possibilidade de reivindicar via judicial qualquer necessidade de saúde que não seja satisfeita pelo Estado. No próximo tópico, refletiremos sobre algumas abordagens que tem sido feitas sobre o tema e, em seguida apresentaremos alguns desafios a serem enfrentados.

2. Dimensões do termo: alguns eixos interpretativos

A partir de Tate e Vallinder (1995), é possível pensar a Judicialização como um termo pluridimensional. Os autores construíram um tipo ideal com oito condições para caracterizar esse fenômeno. São eles:

> "1) existência de um regime de governo democrático com a separação efetiva dos três poderes; 2) existência de uma política de direitos, inscrita ou não em uma declaração constitucional de direitos fundamentais; 3) existência de grupos de pressão que tenham identificado nos tribunais judiciais possíveis arenas para a veiculação de seus interesses; 4) uso eventual das cortes como instrumento político manejado pela oposição para impedir a edição de leis que ela, pelos canais de representatividade tradicionais, não conseguiria obstar; 5) existência de instituições majoritárias incapazes de reunir em torno de si apoio público suficiente para defender suas políticas, havendo, portanto, a necessidade de buscar no Poder Judiciário a efeti-

> vação destas políticas; 6) uma percepção geral negativa quanto às instituições originalmente responsáveis pela formulação de políticas públicas; 7) inércia proposital do legislativo quanto ao trato de certas questões; 8) uma postura dos juízes no sentido de aceitarem o desafio de opinar sobre questões políticas" (TATE E VALLINDER 1995 *apud* MACHADO E DAIN, 2012, p. 472).

Importante salientar que algumas dessas condições são necessárias e outras facilitadoras, mas nenhuma delas isolada seria suficiente para garantir a existência do fenômeno da judicialização. Ao nos debruçarmos sobre outros estudos sobre o tema, defrontamo-nos com diversas perspectivas sobre o ele, cada qual enfatizando uma ou várias das condições necessárias para caracterização do fenômeno (ASENSI E PINHEIRO, 2015; TRAVASSOS, 2013; ASENSI, 2013; PANDOLFO, DELDUQUE E AMARAL, 2012; PEPE, VENTURA E OSÓRIO-DE-CASTRO, 2011; PEREIRA, 2010; PEPE et al., 2010; SANTOS, 2010; VENTURA et al, 2010; WANG, 2009; VIEIRA E ZUCCHI, 2007). As análises, em sua maioria, são feitas tendo a judicialização como positiva ou negativa dependendo do ponto de vista e das consequências para do fenômeno para o direito em si, para o sistema de saúde e para a população que judicializa.

Vianna et al. (1999) discutem a judicialização a partir de dois eixos interpretativos. O primeiro deles, o procedimentalista, parte do princípio que este fenômeno favorece a diminuição (ou privatização) da cidadania. Nessa interpretação, a noção de justiça assumida é a de autonomia e não de bem-estar, logo, os cidadãos teriam que se reconhecer como autores de seu direito, e não como seus destinatários. Nessa lógica ocorreria uma privatização da cidadania, uma vez que o direito não seria igual para todos e sim para aqueles que o pleiteassem judicialmente. (VIANNA et al, 1999 apud MACHADO E DAIN, 2012)

No segundo eixo, o substancialista, a judicialização é tratada como o oposto, ou seja, como uma extensão da democracia e uma ampliação da cidadania. Numa perspectiva mais ampla, nos termos dos autores, "a política se judicializa a fim de viabilizar o encontro da comunidade com os seus propósitos, declarados formalmente na Constituição" (VIANNA et al, 1999, p.40 apud MACHADO E DAIN, 2012, p.475).

O avanço da política de DST/Aids pode nos ajudar a ilustrar, em um mesmo caso, os dois eixos interpretativos acima desenhados. A judicialização para obtenção de medicamentos estimulou o Legislativo na criação da lei e o Executivo na incorporação das orientações da política, o que serviu para o alargamento da cidadania, uma vez que todos passaram a usufruir o direito ao tratamento das DST/Aids. Entretanto, por outro lado, não podemos deixar de pensar que isso foi estimulado por uma parcela da sociedade que tinha acesso à justiça na época. Insta mencionar que o Judiciário não tem a capacidade de obrigar o Legislativo a criar leis da mesma forma que ele obriga o Executivo a executá-las.

Asensi (2013) argumenta que a judicialização da saúde pode ser pensada como uma "faca de dois gumes" para o SUS. Por um lado, as instituições jurídicas podem potencializar e qualificar as deliberações nos espaços de participação – inclusive participando deles – e contribuírem para intensificação das estratégias de efetivação do direito a saúde. De outro, tais instituições podem contribuir para o "apequenamento" ou "sufocamento" dos mecanismos participativos ou podem promover um relativo "abalo" na gestão continuada do SUS. (ASENSI, 2013, p.56)

Outra dimensão da judicialização possível de ser pensada tendo em vista o aspecto pluridimensional do termo é demanda. Machado e Dain (2012) consideram que ao menos quatro fatores são fundamentais na geração das demandas judiciais em saúde, são elas: 1) insuficiência do sistema; 2) vazios assistenciais; 3) conflitos entre evidência científica e opinião médica; 4) mercantilização da saúde. Estesúltimos referem-se à prescrição de medicamentos ainda não incorporados pelo SUS e a indução de incorporação tecnológica por grupos empresariais, respectivamente.Diante do quadro de múltiplas causalidades, a análise das demandas judiciais é complexa e requer cuidado para não ser extremista ou vaziade solução e pouco contributiva.Para cada ator envolvido as demandas são atribuídas de diferentes sentidos.

Para o cidadão que tem sua demanda atendida, a judicialização tem um valor positivo e isso pode repercutir em novas demandas judiciais e estimular a pleito judicial a outras pessoas. A questão que se coloca em diante disso é a criação de mais uma via de acesso a saúde, na qual, passa ter acesso a saúde quem tem acesso a justiça. Associada a análise dessas

demandas, segundo Machado e Dain (2012), outro fator tem chamado atenção: o fato de a concepção de direito estar se aproximando cada vez mais da ideia de acesso a serviços e ao consumo de medicamentos, reduzindo-se a ações curativas e paliativas, sem considerar o caráter essencial da promoção e prevenção de doenças.

Para o gestor que é obrigado a cumprir o mandado judicial,a judicialização provoca importante impacto no planejamento e financiamento. Machado e Dain (2012) destacam a importância do gestor não trabalhar apenas nos mandados, mas de utilizar as demandas judicias como indicadores de acesso da população para planejamento e organização dos bens e serviços de saúde. De acordo com os mesmos, deve-se ter cuidado ao observar os gastos com demandas judiciais para não corroborar com análises que veem essas demandas como empecilhos para o sistema de saúde.

3. Desafios: a guisa de considerações finais

Pensar a judicialização nos remonta ao primeiro desafio de articular áreas consideradas distintas no campo do saber o no campo prático, tais como direito e saúde coletiva. A legislação, apesar de ser escrita em um texto comum a todos brasileiros, demanda interpretação e esta, muitas vezes, é feita de forma diversa pelos atores do direito, da saúde coletiva e também pelos usuários.

O problema não é a falta de legislação específica, mas de execução (administrativa) das políticas públicas pelos entes federados. (ASENSI, 2013) Corroborando com esse raciocínio Machado e Dain (2012) afirmam que uma das condições para existência da judicialização da saúde no Brasil é a grande diferença entre a existência de direitos por meio de leis e as práticas das políticas públicas de saúde. Trata-se da materialização dos direitos formais. Portanto, a atuação do judiciário não significa necessariamente o preenchimento de lacunas legais, mas sim da lacuna entre as leis e as políticas.

Deste modo, entendemos que se faz cada vez mais emergente a necessidade de articulação desses campos e a criação de espaços interdisciplinares para discussão das demandas judiciais, do SUS e da complexidade que representa esse sistema de saúde e as necessidades da população. Em estudo realizado em parceria com o Conselho Nacional de Justiça, Asensi e Pi-

nheiro (2015) demonstram que muitas estratégias de diálogo institucional e gestão compartilhada entre as instituições jurídicas e os gestores de SUS já vem ocorrendo no país, cada uma levando em consideração características e necessidades locais e avançando nas questões da judicialização.

No entanto, há de se reconhecer que mais estratégias dessa natureza precisam ser realizadas caráter permanente em todos os municípios do Brasil, principalmente, nos que apresentam mais ações judiciais referentes a saúde. Somente assim, será possível atuar nas causas da judicialização e não apenas nos efeitos decorrentes dela. É notória a necessidade de se formular estratégias políticas e sociais associadas a outros mecanismos e instrumentos de garantia democrática, que aperfeiçoem os sistemas de saúde e de justiça com o objetivo de avançar na efetividade do direito à saúde.

Em relação à produção acadêmica sobre o tema, percebemos certa limitação nas análises, na medida em que se direcionam mais aos efeitos econômicos das ações judiciais em saúde. É mister que o financiamento da saúde é uma questão importante, no entanto deve-se haver um esforço para sugestões que ampliem o sistema e garantam o direito a saúde e isso perpassa, é claro, uma reorganização econômica.Também se faz necessário estudos sobre a opinião da população sobre o fenômeno e como este vem impactando outras frentes do sistema de saúde como os serviços e a regulação para especialidades por exemplo.

Ao longo deste texto apresentamos algumas polêmicas em relação ao fenômeno da judicialização, mas não temos a pretensão de fazer qualquer julgamento moral sobre o mesmo, ao contrário, embora tenhamos apontado diversas vezes as implicações que a judicialização tem, reconhecemos que ela constitui-se hoje como uma alternativa para os sujeitos que têm sua vida em risco.

Cada dia mais, a sociedade exige que os direitos abstratos, inscritos na Constituição, se materializem em suas vidas cotidianas, reduzindo o nível de assimetrias sociais presentes no Brasil. As estratégias para esta materialização são muitas, a judicialização é apenas uma delas. Deste modo, temos que reconhecer que a judicialização da saúde não é um problema, e sim um efeito de diversos problemas construídos para efetivação do SUS ao longo das últimas décadas.

Referências

ANGELA, S. R. Judicialização e juridicização da saúde no Ministério Público. In: ASENSI, F.D; PINHEIRO, R (Org.). **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. 614p.

ASENSI, F. D. Direito a saúde: três propostas para um direito material materialmente concebido. In: PINHEIRO, R; SILVA JUNIOR, A. G. (Org.). **Cidadania no cuidado: o universal e o comum na integralidade das ações de saúde**. Rio de Janeiro: CEPESC / IMS/UERJ / ABRASCO, 2011. 344p.

ASENSI, F. D. O direito a saúde no Brasil. In: ASENSI, F.D; PINHEIRO, R (Org.).

Direito Sanitário. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. 614p.

ASENSI, F. D. Judicialização talvez possa salvar o SUS. In: PINHEIRO, R; MÜLLER NETO, J. S; TICIANEL, F. A; SPINELLI, M. A. S; SILVA JUNIOR, A, G. (Org.). **Construção social da demanda por cuidado: revisitando o direito à saúde, o trabalho em equipe os espaços públicos e a participação**. Rio de Janeiro: CEPESC / IMS/UERJ / ABRASCO, 2013. 304p.

ASENSI, F. D; PINHEIRO, R. Judicialização e juridicização da saúde no Ministério Público: um estudo de caso. In: ASENSI, F.D; PINHEIRO, R (Org.). **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. 614p.

ASENSI, F. D; PINHEIRO, R. "A saúde é diferente": experiências inovadoras das instituições jurídicas na efetivação do direito a saúde. In:; PINHEIRO, R; GERHADT, T; ASENSI, F.D (Org.).**Vulnerabilidades e resistências na integralidade do cuidado:pluralidades multicêntricas de ações, pensamentos e a (re)forma do conhecimento**. Rio de Janeiro: CEPESC / IMS/UERJ / ABRASCO, 2017. 415p.

ASENSI, F. D; PINHEIRO, R. **Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência. Brasília**: Conselho Nacional de Justiça, 2015142 p.

BAPTISTA, T. W. F. História das políticas de saúde no Brasil: a trajetória do direito à saúde In: MATTA, G. C.; PONTES, A. L. M. (Org.). **Políticas de Saúde: organização e operacionalização do Sistema Único de Saúde**. Rio de Janeiro: EPSJV / Fiocruz, 2007. 284p.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei no 8.080/90. Brasília: Diário Oficial da União, 1990a.

BRASIL. Lei n. 8.142/90. Brasília: Diário Oficial da União, 1990b.

CASTRO, Marcos Faro. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol. 12, n.34, 1997.

DALLARI, S. G. Direito Constitucional à saúde. In: ASENSI, F.D; PINHEIRO, R (Org.). **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. 614p.

MACHADO, F. R. S; DAIN, S. Direito e saúde: contribuições para o estudo da judiciaização In: ASENSI, F.D; PINHEIRO, R (Org.). **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. 614p.

MACIEL, D. A; KOERNER, A. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**, São Paulo, n. 57, p.113-133, 2002. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57.pdf Acesso em 24/01/2018.

MATTA, G. C. Princípios de Diretrizes do Sistema Único de Saúde. In: MATTA, G. C.; PONTES, A. L. M. (Org.). **Políticas de Saúde: organização e operacionalização do Sistema Único de Saúde**. Rio de Janeiro: EPSJV / Fiocruz, 2007. 284p.

MESSEDER, A. M; OSÓRIO-DE-CASTRO, C. G. S; LUIZA, V. L. Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brail. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v.21, n.2, p. 525-534, 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2005000200019 Acesso em 24/01/2018

PANDOLFO, M.; DELDUQUE, M.C.; AMARAL, R.G. Aspectos jurídicos e sanitários condicionantes para o uso da via judicial no acesso aos medicamentos no Brasil. **Revista Salud Púbica**. 14(2): 340-349, 2012.

PEPE; VENTURA e OSÓRIO-DE-CASTRO. **Manual indicadores de avaliação e monitoramento das demandas judiciais de medicamentos**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ/ENSP, 2011, 56p.

PEPE, V.L.E. et al. A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. **Ciência & Saúde Coletiva**, 15(5):2405-2414, 2010.

PEREIRA, J.R et al. Análise das demandas judiciais para o fornecimento de medicamentos pela Secretaria de Estado da Saúde de Santa Catarina nos anos de 2003 e 2004. **Ciência & Saúde Coletiva**, 15 (Supl.3): 3551-3560, 2010.

SANTOS, L. Direito à saúde e sistema único de saúde: conceito e atribuições. O que são ações e serviços de saúde? In: SANTOS, L. et al. **Direito da Saúde no Brasil**. Campinas, SP: Saberes Editora, 2010.

VALLINDER, T. TATE, C. N. The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics. New York : New York University, 1995, 556 p.

VENTURA, M. et al. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Physis Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, 20 [1]:77-100, 2010

VIEIRA, F.S.; ZUCCHI, P. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. **Rev Saúde Pública**; 41(2):214-22, 2007.

WANG, D. W. L. Poder judiciário e políticas públicas de saúde: participação democrática e equidade. **Cadernos Gestão Pública e Cidadania**. V.14, n. 54 Jan/Junho de 2009.

ADPF 442 na luta contra a descriminalização do aborto e o direito efetivo das mulheres diante dos direitos e garantias fundamentais presente na constituição federal brasileira de 1988

Débora Nicodemo

Introdução

Falar sobre o aborto é um dos grandes tabus na sociedade brasileira atual, pois mesmo a própria constituição afirmando que o Brasil é laico, a influência religiosa está muito presente, prova disto é que dentro do congresso nacional existe a bancada evangélica, o que pode trazer consequências para a sociedade brasileira nas discussões que são necessárias como aborto, eutanásia, reprodução assistida, clonagem e dentre tantos outros temas relevantes para o país e que por muitas vezes não são discutidos.

O aborto no Brasil ainda é um tema pouco delineado, a lei do aborto se permanece em grande parte pelo que foi escrito em 1940, onde o aborto foi descrito no artigo 124 com pena de detenção de um a três anos (Brasil; 1940), porém na atualidade tal crime não se sustenta mais, primeiro que

aborto teve algumas alterações onde em casos de risco de vida à mãe ou caso a gravidez seja resultado de estupro é liberado a pratica do aborto.

Um segundo ponto também muito importante é que a época da criação do código penal o Brasil não tinha em vigência a constituição federal atual, constituição está que hoje tem como princípios basilares direito à liberdade, igualdade, dignidade e dentre outros princípios fundamentais necessário para um Estado justo e igualitário, quando se fala em aborto e na coerção estatal para obrigar a mulher a ter um bebê está ferindo diretamente todos estes princípios constitucionais presente na CF/88.

E é neste sentido que em 2017 foi interposto a ADPF 442, onde traz a discussão sobre os preceitos legais dispostos na constituição federal de 1988 e o direito das mulheres ao aborto, vendo o artigo 124 do código penal como uma afronta as garantias constitucionais. É será nestas analises que a presente pesquisa irá se pautar.

1. O embate entre os direitos e garantias fundamentais das mulheres frente aos direitos do nascituro

1.1 Conceito de nascituro e as teorias de inicio de sua personalidade juridica.

A luta do feminismo para obter o direito das mulheres ao aborto vem de longa data, porém mesmo o Brasil se dizendo um estado laico, as decisões do judiciário bem como do congresso nacional são por muitas vezes pautados nas lições e moralismo cristão, o que torna difícil se debater no país temas como aborto, eutanásia, suicídio assistido e dentre tantos outros temas necessários para o desenvolvimento, crescimento e efetivação dos direitos e garantias fundamentais a todos.

Para introduzir o tema será abordado em uma primeira análise as teorias da concepção e como o nascituro é visto pelo sistema jurídico brasileiro.

Nascituro nas palavras de Maria Helena Diniz é " aquele que foi concebido e ainda não nasceu" (Diniz, 2005). Há 3 correntes doutrinárias que abrangem a teoria da origem da vida. A primeira é a teoria natalista onde dispõe que a personalidade jurídica se inicia com o nascimento com vida, trazendo então que o nascituro não é pessoa e por tanto não tem direitos.

(Tartuce, 2007). Para a maioria da doutrina esta é a teoria adquirida pelo sistema judiciário brasileiro tendo em vista que no artigo 2° do código civil de 2002, traz que a personalidade jurídica tem início com o nascimento com vida, o nascituro apenas gera expectativas de direitos que irão se efetivar apenas após o nascimento com vida (Cavalcante, 2017).

A segunda teoria é a da concepção transcreve (Tartuce, 2007) que "é aquela pela qual a personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas os direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva, ou seja, são direitos eventuais", neste caso a condição é o nascimento do concebido.

Por último a terceira teoria é a da concepção, onde sustenta que o nascituro já é uma pessoa e tem seus direitos resguardados pela lei, desta forma desde a concepção seus direitos são assegurados, (Tartuce, 2007) caso o direito brasileiro fosse adepto desta teoria, não seria possível estudos na área de fertilização em embriões, sendo assim seriam considerados seres com direitos e desta forma haveria o delito de aborto (Cavalcante2017).

1.2 O inicio da vida

A constituição federal abarca no artigo 5° o direito à vida, entretanto ela não diz quando se tem este início. Há diversas discussões sobre o tema, uma delas é a teoria defendida da nidação onde se diz que a vida inicia com a fixação do embrião ao útero, há também uma outra teoria muito relevante que traz o início da vida quando se inicia as atividades cerebrais, e se manifesta no terceiro mês de gestação (Cavalcante, 2017).

No tocante aos estudos medicinais, cada vez mais os médicos vêm entendendo que até os três meses da gestação o que se tem é somente um amontoado de células e ainda sem formação do sistema nervoso não sentem dor, é uma teoria aceita por grande parte dos países onde o aborto é legalizado. (Cavalcante, 2017).

No Brasil, partidários contrários a descriminalização do aborto filiam-se a teoria da nidação, alegando que o inicio da vida já se dá desde o mundo da fecundação do ovulo.

Como a legislação não trouxe explicitamente o inicio da vida, tal questão fica aberta as discussões de ambos os lados, pessoas favoráveis e contrarias ao aborto se baseiam em suas convicções por meio de cada teoria.

O que muito interfere também nas discussões sobre o aborto são as questões religiosas, pois a igreja tem uma interferência direta na sociedade e prega o direito à vida, desde a concepção, trazendo que até mesmo os métodos anticonceptivos são abortivos e não devem ser utilizados (Cavalcante, 2017), mesmo o Brasil sendo um estado laico, suas decisões por diversas vezes se pautam em religião e assim torna ainda mais difícil mudar as opiniões sobre o início da vida bem como sobre o aborto.

1.3 Direito ao corpo

Mesmo com as diversas lutas que feministas enfrentaram durante muitos anos para fazer valer os direitos das mulheres, muita coisa ainda lhe é restringida e uma delas diz respeito ao seu próprio corpo: o aborto.

Na sociedade brasileira atual as mulheres perderam seus direitos de decidir sobre o próprio corpo, quando são obrigadas a manter uma gravidez que não desejam e não querem, mas por imposição estatal são obrigadas a mantê-las, pois caso contrário serão punidas (Brasil, 1940).

A declaração universal dos direitos humanos trouxe um grande salto a humanidade, onde resguardou o direito à liberdade de todos, independentemente de raça, cor, etnia e sexo, são ainda garantias aos direitos fundamentais presentes na constituição federal, o direito a igualdade entre homens e mulheres, o respeito aos direitos humanos e ainda o respeito a uma sociedade justa e igualitária (Brasil, 1988).

Quando se fala em todos estes direitos, há de se perceber que quando se força uma mulher a ter uma criança, todos estes direitos estão sendo infringidos, estão proibindo as mulheres de terem seus direitos ao corpo.

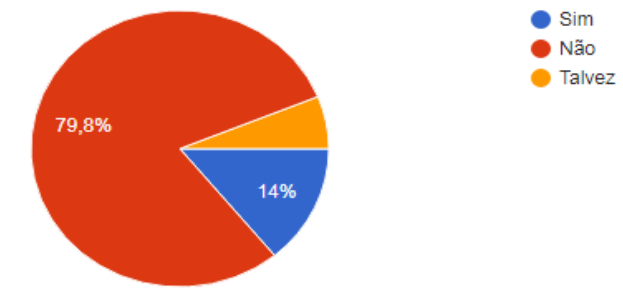
Defendem a vida do feto com garra, mas por que não defendem da mesma forma o direito ao próprio corpo e a liberdade de escolha da mulher?

2. Um pequeno balanço de dados realizado na cidade de Maringá- PR

A presente pesquisadora, enviou via e-mail á 150 pessoas um questionário, contendo perguntas como idade, religião, sexo e se são favoráveis a descriminalização do aborto, bem como a justificativa para tal

opinião, o resultado foi obtido por 114 pessoas que responderam ao questionário. O resultado consta abaixo por meio de um gráfico.

Figura 1. Pesquisa aplica com questionamento de ser favorável ao aborto



FONTE: A autora

Neste contexto o que se percebe é que 79,8% são contrários à descriminalização do aborto, na mesma entrevista foi interposto a justificativa para tais decisões, dentre as justificativas houveram respostas como está "Ninguém tem o direito de tirar a vida de outra pessoa, e quando se engravida aquela já não é mais o seu corpo, mais sim da criança que habita em você! " E ainda há pessoas contrárias até mesmo ao que já se aplica como regra permissiva do aborto, como nos casos de estupro e bebes "Sou contra o aborto pois desde que o espermatozoide fecundou com o óvulo já é uma vida, independentemente de ter algo formado ou não, já é um bebê inocente que não tem culpa de estar ali, independente dele ser fruto de um estupro ou qualquer outra coisa que seja, ele não tem culpa do que aconteceu e só quer nascer! ", estas foram as respostas fundamentadas que trouxeram na pesquisa pessoas contrarias ao aborto.

Com estas respostas de algumas pessoas é possível se perceber que muitas vezes as mulheres não têm vez em seu direito ao corpo, tendo em vista que muitos não apoiam a interrupção da gravidez nem mesmo em caso de estupro, algo que fere diretamente a dignidade de uma mulher.

A justificativa dos 14% das pessoas favoráveis a descriminalização do aborto deram como respostas o direito da mulher, os casos de mulheres que abortam e são ricas frente aquelas que são pobres e não conseguem se prevalecer do mesmo direito e ainda a saúde pública "Com a descriminalização do aborto, muitas mulheres poderão procurar o sistema de saúde sem correr qualquer risco em sua saúde. Muitas morrem por falta de recursos e até mesmo de informações. Não sou a favor do aborto, e não compactuo com tal prática. Mas todas as pessoas segundo a constituição são livres para decidirem o que fazer de suas vidas e com seu corpo". Nestas respostas de uma parcela pequena dos entrevistados o direito da mãe prevalece sobre o nascituro.

O que muito se percebeu é que embora o estado seja laico, o direito ainda sofre um percentual muito grande de represálias sobre estas questões por determinações e dogmas religiosos e talvez também este seja o motivo de até o momento o aborto não ser descriminalizados.

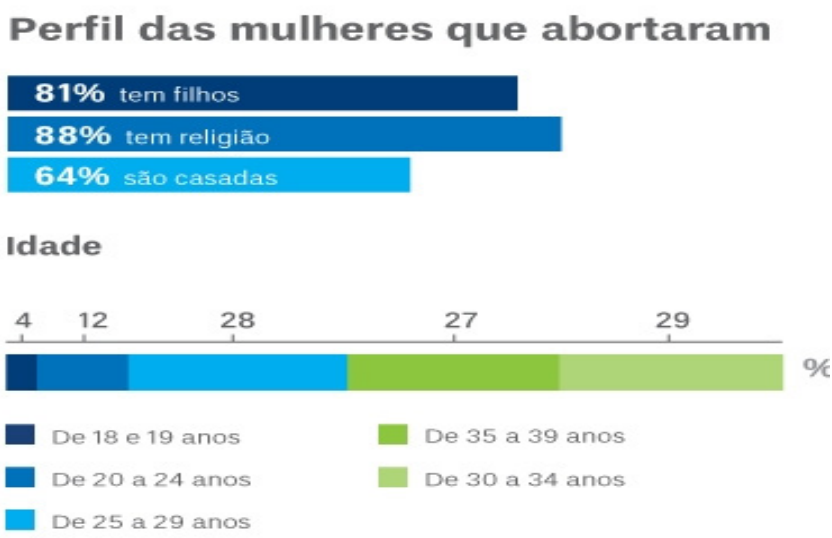
A pesquisa mesmo que realizada com uma parcela pequena de pessoas consegue vislumbrar o pensamento da grande maioria, no consentimento de serem contrários ao aborto, mas não pensarem em nenhum momento nas mulheres que carregam o fardo muitas vezes sozinhas de cuidar de uma criança que não desejam ou de na busca por sanar seu problema se dirigem as clinicas clandestinas de onde muitas vezes saem mortas ou com problemas graves.

3. Uma análise da sociedade brasileira nas questões do aborto e um reflexo nos paises onde o aborto é permitido

O que se percebe hoje é que o aborto é corriqueiro na vida das mulheres, a cada 1 minuto uma mulher faz aborto no Brasil (Diniz, 2016). Dentre estas mulheres há também mulheres ricas e brancas, mas que abortam de forma mais segura, com acesso econômico e a informação são mais amparadas para cometer o aborto. Já a mulher pobre e negra tem um acesso mais difícil, se amparando a abortos mais precários onde muitas vezes perdem suas vidas na tentativa de terem o direito ao próprio corpo.

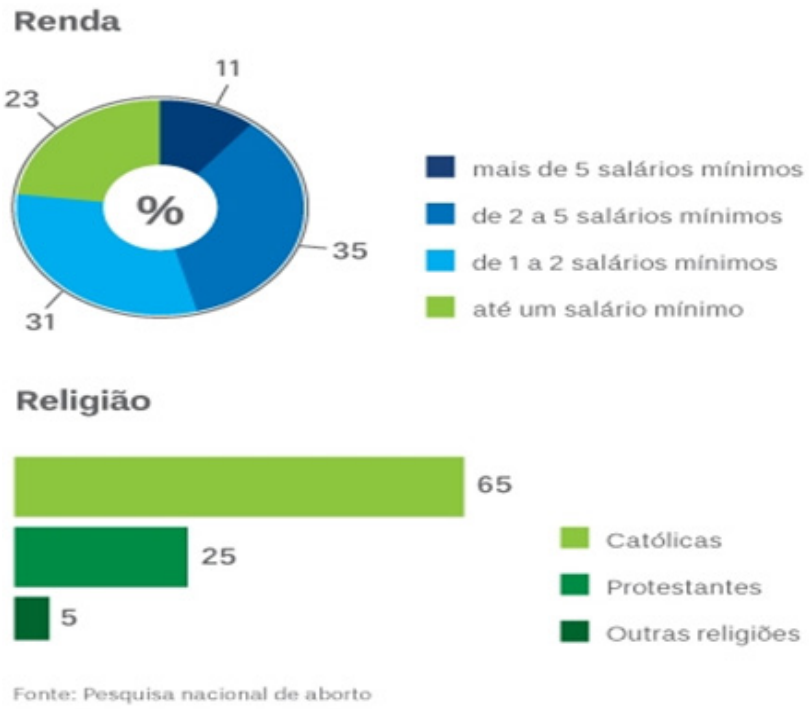
3.1 O aborto no brasil

Figura 2. Perfil das mulheres que abortam



Fonte: Pesquisa Nacional do Aborto. Retirado do site: UNBciência.

Figura 3. Perfil das mulheres que abortam



Fonte: Pesquisa Nacional do Aborto. Retirado do site: UNBciência.

O que se percebe pelos dados da Pesquisa Nacional do aborto é que a porcentagem maior de mulheres que praticam o aborto é católica, 54% tem renda de até 2 salários mínimos, grande parte são casadas e ainda tem filhos.

O que pode também se perceber é que mulheres casadas abortam e neste sentido cabe a discussão de que se elas abortam, provavelmente há um consentimento também do marido na pratica, porém, estes não são punidos pelo estado, transformando a carga de não desejar ter outra criança somente para a mãe e ela apenas é vista como criminosa.

Uma outra questão preocupante é as clinicas clandestinas que fazem o aborto, muitas vezes mulheres não saem vivas para contar a história ou ainda após a interrupção, sentem dores e sangramento e vão ao médico e constatado o aborto forçado são denegridas em sua imagem por

funcionários da saúde que atentos ao aborto as denunciam. (Silva, 2018) aborda sobre as clinicas clandestinas e transcreve:

> O aborto, ilícito, no Brasil é realizado em clínicas clandestinas, nas quais algumas delas ainda contam com médicos qualificados e são bem equipados para assegurar que a mulher não sofrerá maiores danos no procedimento. Por essas clinicas oferecem um suporte mais adequado tende a ter um custo bem mais elevado, atendendo assim as mulheres que podem pagar pelo procedimento. Porém essas clínicas são menos numerosas e a maioria não conta com médicos e muito menos equipamentos seguros. Assim os abortos acabam sendo realizados por pessoas sem qualificação alguma, que em caso de uma complicação não saberão o que fazer e podendo levar a gestante a óbito pela má realização do procedimento, o que não é raro de acontecer. (Silva ,2018)

O que se percebe então é que mulheres ricas abortam de forma segura e silenciosa, mulheres pobres ou saem mortas ou são denunciadas por empregados da saúde caso tenham alguma complicação e precisem de atendimento.

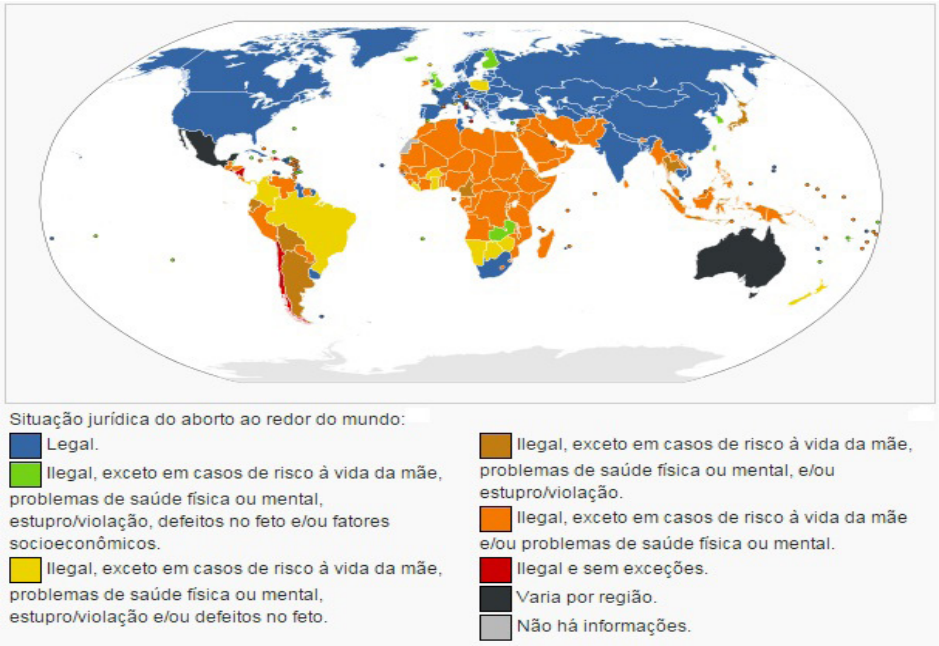
Dado está seletividade que a sociedade tem realizado em relação a quem comete aborto, punindo grande parte das vezes mulheres negras e pobres e ainda assim são poucas mulheres coercitivamente punidas e presas, se percebe que o aborto é cometido em massa, mas que poucas são presas pelo crime, assim se demonstra que a aplicação da lei em si não tem sido efetiva e ainda caso o Estado procurasse prender todas as mulheres que cometeram aborto o sistema carcerário já em crise com a superlotação apenas aumentaria ainda mais e a porcentagem que contem em grande o sexo masculino mudaria onde as mulheres seriam as principais figuras carcerárias.

3.2 O aborto ao redor do mundo

No Brasil, o aborto é possivel em alguns casos, como nos casos de estupro e ainda nos casos em que há risco para a vida da mãe, inclusive nos casos de bebes acéfalos.

No mapa abaixo consta como o aborto é tido no sistema juridico de vários paises.

Figura 4. Mapa dos países em relação ao aborto.



Fonte: Informe da ONU sobre o aborto no mundo (2011).
Retirado do site: Esquerda diário.

O que se percebe é que grande parte dos países desenvolvidos tem o direito ao aborto, Estados Unidos, a Europa em quase sua totalidade são favoráveis ao aborto e os tornam legal.

Uma outra situação que abrange um número razoável de países é o aborto ilegal como regra, mas com exceção aos casos de risco à vida da mãe e/ou problemas de saúde física ou mental, um fato pertinente é que nestes países o estupro com resultado gravidez não dá direito ao aborto, isso é uma afronta ao direito da mulher e sua dignidade.

Já em outros países, como no caso o Brasil, o estupro é ilegal, mas com exceção aos casos de risco à vida da mãe, problemas de saúde física ou mental, estupro/ violação e/ou defeitos no feto.

É fácil constatar pelo mapa que o direito ao nascituro em praticamente quase todos os países não é absoluto, pois em grande parte das

vezes a vida da mulher se sobrepõe ao do feto, o que torna a discussão do aborto ainda mais relevante, demonstrando que não sendo absoluto a possibilidade do favorecimento ao aborto se torna maior.

Nos países onde o aborto é legalizado geralmente podem ser realizados até a 12ª semana de gestação, onde as mulheres passam por um acompanhamento profissional antes de tomarem a decisão e depois caso queiram prosseguir com a interrupção tomam os medicamentos necessários caso estejam nas primeiras semanas no caso até 7ª semana ou depois deste período passam por uma pequena cirurgia denominada sucção, o procedimento pode realizado tanto em hospitais públicos quanto em hospitais particulares (Barroso, 2016).

É muito importante quando a mulher tem esse reforço do Estado em garantir seus direitos pois, desta forma o Estado pode controlar o aborto por saber quem são as pessoas que abortam, bem como as mulheres passam a confiar no estado e assim o mesmo pode dar uma assistência efetiva e o amparo necessário as mulheres e fazer com que não morram mais tantas mulheres em clinicas clandestinas.

Um outro dado importante é que em países onde o aborto foi regularizado, as taxas do mesmo foram menores, sendo assim mulheres abortaram menos onde o aborto é descriminalizado (G1, 2018).

3.3 O aborto no Uruguai

O mapa apresentado anteriormente é datado de 2011, sendo assim não se encontra o Uruguai, pais que aderiu a legalização do aborto em 2012.

A mulher tem o direito de abortar até as 12 semanas de gestação, onde é dado a ela um tempo de 5 dias após uma conversa com uma pessoa especializada para pensar se realmente que interromper a gravidez, após este período caso queira prosseguir com o aborto será dado a ela medicamentos abortivos que podem ser tomados em casa (Maranhão, 2017).

> Estudo da OMS (Organização Mundial da Saúde), de 2015, revelou que o Uruguai tem a menor taxa de mortalidade de gestantes da América Latina. Foram realizados em 2016 uma média de 26 abortos por dia no país, um a cada hora. Não houve registro de morte de mães. O Brasil, onde a prática é ilegal, registra 4 mortes

> em hospitais em decorrência de complicações no aborto por dia --cerca de 1.500, por ano (Maranhão, 2017).

O que se pode verificar é que onde há legalização do aborto as taxas de morte de mulheres diminui, o Uruguai pode ser um modelo a ser seguido futuramente pelo Brasil, para que tais taxas vergonhosas como as trazidas anteriormente diminuam e que as mulheres tenham realmente o acesso a sua liberdade de escolha.

4. ADPF 442 em discussão: uma mudança necessária para o brasil

Foi interposto uma arguição de descumprimento de preceito fundamental pela ministra Rosa Weber contra o aborto, numerada de 442, onde com base em diversas alegações traz que o aborto nos dias atuais é uma afronta aos direitos das mulheres, fere princípios como o da dignidade humana, o direito ao próprio corpo, planejamento familiar, direito à liberdade, a saúde, direitos sexuais reprodutivos, princípio da não descriminação de sexo e dentre tantos outros (ADPF 442, 2017).

Houve também a fundamentação no contexto social atual, onde mulheres abortam, mas as pobres quem sofrem com represálias ou morrem em clinicas clandestinas, jogadas a própria sorte, e caso após fizerem o aborto clandestino e ocorrer qualquer complicação com necessidade de serem atendidas pelo sistema único de saúde, correm o risco dos profissionais médicos, quebrarem a ética médica e as denunciarem pelo crime de aborto (ADPF 442, 2017).

O principal objetivo da ADPF foi liberar o aborto até 12ª semana de gestação para que as mulheres tenham acesso efetivo ao direito de seu corpo, onde as alegações se deram no intuito de que não autorizar o aborto fere princípios constitucionais e ainda preceitos fundamentais embasados na Declaração Universal dos direitos humanos (ADPF 442, 2017).

Com base nesta ADPF o Supremo Tribunal Federal chamou audiências públicas para debater o assunto onde diversos estudiosos apresentaram seu posicionamento sobre o tema.

Assim após dois dias de debates que ocorreram nos dias 03 e 06 de agosto de 2018 pessoas favoráveis e contrarias ao aborto puderam dar o seu

ponto de vista e auxiliar o STF na decisão de acatar ou não a ADPF 442. Até o momento não há uma data estabelecida para que o STF vote sobre o tema.

A ADPF 442 se acatada poderá trazer mudanças revolucionarias ao Brasil, pois o direito ao corpo da mulher será resguardado tão somente a ela e seu corpo não será mais uma propriedade do Estado.

A realidade do Brasil é o aborto, mulheres abortam, mas sem segurança, o que se precisa é de que as mulheres possam ir abortar e não correrem o risco de morrer em uma clínica clandestina. Enquanto o aborto não for liberado mulheres não terão seu direito constitucional a liberdade, nem próprio corpo e muito menos a sua dignidade! A arguição da ADPF 442 é uma luz ao fim do túnel para que a mulheres tenham efetivação em seus direitos.

Considerações finais

A presente pesquisa buscou discutir o tema aborto, demonstrando a necessidade de abarcar sobre o tema e repensar o código penal em seu artigo **214.**

É necessário ser efetivo o direito à liberdade, dignidade e igualdade, pois quando o Estado coercitivamente obriga uma mulher a ter uma criança que não deseja, está impondo seu poder em algo que não lhe pertence, o corpo e a decisão da mulher não é do Estado e sim dela mesma.

E ainda, conforme se pode visualizar no estudo, países onde o aborto é legalizado sofrem menos índices de mortalidade das mulheres gravidas, pois desta forma inibe-as a procurar clinica clandestina, transformando o aborto em algo seguro para a saúde da mulher, totalmente diferente do Brasil que tem uma taxa muito grande de mortalidade das mulheres gravidas. E as pesquisas ainda demonstram que países onde o aborto é legalizado tem índices menores de interrupção na gravidez.

Grande parte dos países desenvolvidos aderiram a legalização do aborto, pois é algo necessário, porque o aborto acontece, mas ao menos se for regulado a mulher que aborta não morrerá nas clinicas clandestinas.

Referencias

Assunção, L.K.R. Rodrigues, L.Q. **Regulamentação do aborto no Brasil em comparação a legalização do aborto no Uruguai**.

In: seminário nacional de formação de pesquisadores e iniciação cientifica em direito da FEPODI, 5., 2017., Belo Horizonte. Anais eletrônicos... Belo Horizonte: Fepodi, 2017. Disponível em < https://www.conpedi.org.br/publicacoes/696vp84u>. Acesso em 24 de set. 2018.

Albuquerque, M. P. A. P. C de. Calixto, A. J. Flores, A. **Direito à vida e a criminalização do aborto.** In: seminário nacional de formação de pesquisadores e iniciação cientifica em direito da FEPODI, 5., 2017., Belo Horizonte. Anais eletrônicos... Belo Horizonte: Fepodi, 2017. Disponível em < https://www.conpedi.org.br/publicacoes/696vp84u>. Acesso em 23 de set. 2018.

Barroso, S.L. **ABORTO: O que é? Em quais países este procedimento é permitido? Sob quais condições? Quais os argumentos favoráveis e contrários a descriminalização do aborto?** JusBrasil. 2016. Disponível em https://sergioluizbarroso.jusbrasil.com.br/artigos/414032349/aborto-o-que-e-em-quais-paises-este-procedimento-e-permitido-sob-quais-condicoes. Acesso em 04 de set. 2018.

Brasil. **Decreto – lei 2.848 de 07 de dez. De 1940.** Código Penal, Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 04 de out. 2018.

Brasil. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 04 de out. 2018.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Ação de descumprimento de preceito fundamento. ADPF, 442.** Relatora ministra Rosa Weber. Disponível em < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/DespachoConvocatoriointerrupcaoGravidez.pdf>. Acesso em 01 de set. de 2018.

Cavalcante. B.P.C. **Descriminalização do aborto no Brasil**. 2017. 65f. Monografia do curso de direito. Universidade federal do Ceara. Fortaleza. Disponível em < http://repositorio.ufc.br/bit-

stream/riufc/26284/1/2017_tcc_bpccavalcante.pdf>. Acesso em 01 de out. 2018.

Costa, C. B. J de. S. **Aborto provocado e sua interface com a gravidez não planejada.** 2010. 72 f. Dissertação mestrado em Enfermagem. Universidade Federal do Ceara. Fortaleza. Disponível em <http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/3991/1/2012_dis_cbjscosta.pdf.> Acesso em 01 de out. 2018.

DINIZ, D. M. M. **A cada um minuto uma mulher faz aborto no Brasil**. Carta capital. São Paulo. 05 de dz. De 2016. Disponível em < https://www.cartacapital.com.br/sociedade/aborto-a-cada-minuto-uma-mulher-faz-um-aborto-no-brasil>. Acesso em 01 de out. 2018.

DINIZ, D. M.M. **Aborto no Brasil: Uma pesquisa domiciliar com técnica de urna.** Disponível em < https://apublica.org/wp-content/uploads/2013/09/PNA.pdf>. Acesso em: 2 set. 2018.

DINIZ, M. H. **Dicionário jurídico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3.

Dworkin; R. **Domínio da vida, Aborto, eutanásia e liberdades individuais.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 1ªed. Martins Fontes, São Paulo, 2003.

G1. **Número de abortos cai no mundo, puxado por países desenvolvidos com legalização**. 22 de mar. de 2018. Disponível em < https://g1.globo.com/bemestar/noticia/numero-de-abortos-cai-no-mundo-puxado-por-paises-desenvolvidos-com-legalizacao.ghtml>. Acesso em 01 de out. de 2018.

GRECO, R. **Curso de direito penal: parte especial**. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.v. II.

Maranhão, **Brasileira conta como é o aborto no Uruguai**. UOL. 15 de nov. 2017. Disponível em <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2017/11/15/aborto-no-uruguai-e-legal-e-seguro-mas-doloroso-relata-brasileira.htm > . Acesso em 04 de out. de 2018.

Maria, Iraci. **Aborto legal x aborto ilegal: a realidade pelo mundo afora.** Esquerda diário, 14 de nov. de 2015. Disponível em <http://www.esquerdadiario.com.br/Aborto-legal-x-aborto-ilegal-a-realidade-pelo-mundo-afora>. Acesso em 01 de out. de 2018.

Silva, W. **O Aborto em torno das clínicas clandestinas. Mais que um assunto criminal, um assunto político-social**. JusBrasil. 2018. Disponível em < https://williansilvaa.jusbrasil.com.br/artigos/546026972/o-aborto-em-torno-das-clinicas-clandestinas> Acesso em 01 de out. 2018.

Tartuce. F. **A situação jurídica do nascituro: uma pagina a ser virada no direito brasileiro.** Revista Brasileira de Direito Comparado. Rio de Janeiro, n. 33, 2007, p. 155-177.

UNBciência. **Pesquisa reacende debate sobre descriminalização do aborto.** Disponível em < https://www.unbciencia.unb.br/biologicas/54-medicina/293-pesquisa-reacende-debate-sobre-descriminalizacao-do-aborto>. Aceso em 04 de out. de 2018.

O movimento sanitário brasileiro e o paralelo com as normas principiológicas do SUS

Dorival Fagundes Cotrim Júnior

Introdução

O Movimento Sanitário Brasileiro (MSB) exsurgiu, de uma forma mais restrita, em o ambiente acadêmico, sobretudo a partir da década de 1970, primeiramente como um movimento estratégico de oposição, tanto teórico quanto político, ao regime ditatorial cívico-militar, ora em vigor no país, destacando-se nestas lutas algumas figuras muito conhecidas, como Sérgio Arouca, David Capistrano, Gilson de Carvalho, e uma série de outros.

Devido à sua importância no cenário histórico do país, dele derivando a Reforma Sanitária, concomitantemente também para a formulação do SUS, e por consequência, para a definição dos princípios norteadores do Sistema Único de Saúde (SUS), torna-se imperioso traçar algumas linhas sobre ele, a partir da leitura que é feita por PAIM (2007), que faz uma leitura interessante sobre a Reforma Sanitarista, vendo-a enquanto uma ideia-proposta-projeto-movimento-processo.

1. A reforma sanitária e o msb

Dada a introdução acima, a Reforma Sanitária (RS) enquanto vista como uma ideia, pode ser apreendida, ainda que sem este codinome pró-

prio de Reforma Sanitária, a partir de um entrelaçamento de duas práticas, teórica e política, para o enfrentamento do que se convencionou chamar de "Dilema Preventivista" (AROUCA, 2003).

Com a criação do CEBS (Centro Brasileiro de Estudos em Saúde) no ano de 1976, e o lançamento do periódico "Saúde em Debate", possibilitou-se, materialmente, que esta ideia fosse vinculada ao aparato conceitual de "Direito à Saúde", delineado no segundo número desta revista, recebendo, enfim, a nominata de Reforma Sanitária em 1977 no editorial do seu terceiro número; sendo que a fundação da ABRASCO, em 1979, é tida como a expressão fenomênica da síntese entre as duas práticas citadas, política e teórica (PAIM, 2007, p. 150).

Na qualidade de Proposta, a RS pode ser lida como um conjunto articulado de uma série de princípios e proposições políticas, desenhadas e postas por escrito em "A questão democrática na área da saúde", assim como nos relatórios finais dos Simpósios de Política de Saúde da Câmara dos Deputados, sobretudo o primeiro em 1979 e o quinto em 1984 (PAIM, 2007, p. 150).

Na condição de Projeto, seria o somatório dos elementos de políticas articuladas, para a formação de uma totalidade conglobante, ou mesmo uma "bandeira específica e parte de uma totalidade de mudanças" (AROUCA, 1988b, p. 08), sistematizados no influente, decisivo e persuasivo Relatório Final da VIII Conferência Nacional da Saúde (CNS), realizada em 1986 (PAIM, 2007, p. 150).

Como um Movimento, são os fluxos no sentido da Democratização da Saúde, ou seja, o Movimento Sanitário Brasileiro (MSB), ou da RS, na qualidade de um conjunto de práticas ideológicas, políticas, culturais e sociais que consideram a saúde um referente fundamental, estruturante mesmo, emergindo na realidade a partir do CEBES, e nesse ínterim, atravessando as conjunturas examinadas no longo processo de formação do SUS, conquista de todos os nacionais (PAIM, 2007, p. 150).

Por fim, vista enquanto um Processo, a Reforma ou o Movimento, é a reunião interligada, conjuntiva, de múltiplos atos, em diversos espaços-tempos, representando práticas sociais, econômicas, políticas, ideológicas e simbólicas, visualizadas sobremaneira após a VIII CNS, com as iniciativas da implementação do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS)[99], de instalação da Comissão Nacional de Reforma Sanitária (CN-

99. Para uma análise focada do SUDS, no estado da Bahia, ver PAIM (1989).

RS)[100], de promulgação da Constituição de 1988 e, fundamentalmente, a partir da produção de fatos político-institucionais na conjuntura nacional pós 1988, abrangendo, ainda, inclusive, as diversas práticas integrantes da totalidade social (PAIM, 2007, p. 150). As práticas de saúde, têm, por consequência, uma natureza técnica de ordem direta, que "salta aos olhos", mas, concomitantemente, constituem práticas sociais com dimensões econômicas, políticas, simbólicas, culturais e ideológicas (PAIM, 1997, p. 22).

Nesse sentido, a RS foi, também, tal como o SUS, sem jamais perder de vista que a Reforma contribuiu significativamente para o nascimento deste Sistema, da forma como se deu, um longo movimento articulado da sociedade civil brasileira em defesa da Democracia, e além, da democratização no acesso à saúde, uma luta por direitos sociais e por um novo sistema de saúde, que muitos querem destruir com o uso das mais variadas técnicas de sabotagem, como o subfinanciamento, as constantes exposições midiáticas negativas e o correlato promocional da venda de uma imagem perfeita, quase sublimada, dos planos privados de saúde.

NETO (1997, p. 63) corrobora a ideia, destacando o movimento "mais global de democratização":

> "O chamado movimento sanitário brasileiro, do qual o CEBES foi o primeiro protagonista institucionalizado, teve como car-

100. "Não foi por acaso que se implantava o Suds, ao mesmo tempo em que se instalava a Comissão Nacional de Reforma Sanitária (CNRS). O Suds se constituía em uma estratégia-ponte para "a reorientação das políticas de saúde e para a reorganização dos serviços, enquanto se desenvolvessem os trabalhos da Constituinte e da elaboração da legislação ordinária para o setor" (CORDEIRO, 2004). Criada por Portaria Ministerial MEC/MS/MPAS n. 2/86, de 22 de agosto de 1986, a Comissão Nacional de Reforma Sanitária, apesar de seu caráter fortemente institucional, foi capaz de elaborar uma proposta de conteúdo de saúde que subsidiou a Constituinte, além de um projeto para a nova Lei do SUS. Embora não consensual, pois combatida pelos representantes da iniciativa privada, que a consideravam radical, e criticada pelos representantes do movimento sindical, que a consideravam insuficiente, a proposta da CNRS para a Subcomissão de Saúde, Seguridade e Meio Ambiente da Constituinte acabou aceita pelo movimento sanitário, por estar consentânea com as recomendações da 8ª Conferência Nacional de Saúde. De qualquer forma, a área da saúde conseguiu chegar à Assembléia Nacional Constituinte com sua proposta discutida, legitimada e completa, do ponto de vista do ideário do movimento sanitário (ESCOREL; NASCIMENTO; EDLER, 2005)" (BRASIL, 2007, p. 32). Para saber mais, consultar, por exemplo: BRASIL, 1987).

> acterísticas fundamentais, por um lado, a inserção da luta pela saúde no movimento mais global de democratização da sociedade brasileira, ainda sob a ditadura militar, e, por outro, uma estratégia de atuação diversificada, em várias frentes, decorrente tanto do conceito 'ampliado' de saúde que lhe servia de base, inspirado pelo movimento da Medicina Social dos anos 60 e 70, quanto da visão político-ideológica que predominava entre os seus militantes, a maioria oriunda de partidos políticos na clandestinidade, em particular o então Partido Comunista Brasileiro".

Com lastro nestas contribuições a RSB pode ser vista como um processo reformático social, calcada nos três seguintes e estruturantes pontos: (i) a democratização da saúde, o que implica no acrisolamento da consciência sanitária sobre saúde e suas determinações, assim como o reconhecimento do direito à saúde, afluxionado à cidadania, garantindo, por conseguinte, o acesso universal e igualitário ao SUS, e ainda a garantia de participação social no estabelecimento de políticas e na própria gestão em si, revelando a sua face de resistência e de continuidade, isto é, um esforço para tal perseveração; (ii) democratização do Estado e de suas estruturantes aparelhantes, com o respeito ao pacto federativo nacional, afirmando e normatizando a descentralização do processo decisório e o controle social, assim como o fomento importante da ética e da transparência nos governos, trazendo a sociedade civil para um acompanhamento mais de perto, lado a lado dos demais gestores, técnicos ou não; (iii) democratização da sociedade e da cultura, chegando aos espaços da organização econômica e cultural, seja na distribuição e produção justa da riqueza, seja na adoção de uma multiplicidade de transformações em torno de um conjunto de políticas e práticas públicas de saúde, revelando mais uma vez este forte caráter participativo que o MSB exigia, e em certa medida, com ressalvas, conseguiu.

É cristalina a proposta de radicalização democrática da RS, primeiramente construindo cidadãos verdadeiramente resistentes, conscientes de uma subordinação às ordens do Poder Político Instaurado e Institucional, sendo estes não elementos apáticos e passivos, mas sim ativos, partícipes da edificação do campo político. Portanto, representam os agentes do MSB reais potências produtivas, vez que tornou-se efetivadas nas expressões materiais da existência no âmbito das instituições do próprio Estado as

suas aspirações, desejos, teorias e formulações práticas, desenhadas nos próprios caminhos da resistência do Movimento, fazendo frente aos fins particulares, de ordem individual buscados no exercício do poder político em todas as suas expressões e claro, uma ferrenha oposição à privatização.

Razoável destacar, por fim deste tópico, uma fala contundente de Arouca:

> "O projeto da reforma é o da civilização humana, é um projeto civilizatório, que para se organizar precisa ter dentro dele princípios e valores que nós nunca devemos perder, para que a sociedade como um todo possa um dia expressar estes valores, pois o que queremos para a saúde é o que queremos para a sociedade brasileira" (AROUCA, 1988a, p. 04).

2. A resistência à privatização e a VIII CNS

No ano de 1979 o General Ditador João Baptista Figueiredo assumia a Presidência do país sob a promessa de "abertura política, lenta e gradual" [101]. Entre os dias 9 e 11 de outubro deste mesmo ano a Comissão de Saúde da Câmara de Deputados realizava o I Simpósio Sobre Política Nacional de Saúde, que teve a participação de vários integrantes do MSB, terminando por alcançar resultados favoráveis surpreendentes para a saúde pública do país.

Entretanto, o maior acontecimento da história da saúde pública e coletiva no Brasil ainda estava por ocorrer, se é cabível estabelecer com-

101. A expressão é do próprio General Geisel, em entrevista coletiva no dia 29 de agosto de 1974, significando que a transição não seria imediata, mas sim com a presença marcante de espaços de negociação com os próprios setores militares, parte da comunidade, já incomodada com as políticas em curso; e claro, a oposição cada vez mais articulada em defesas das suas posições e, consequentemente, na pressão junto ao governo ditatorial. O Jornal O GLOBO, de 30 de agosto de 1974, trouxe a íntegra do discurso do então presidente, o qual colaciona-se aqui um trecho: "- Prosseguirá o Governo na missão que lhe cabe de promover para toda a nação o máximo de desenvolvimento possível com o mínimo de segurança indispensável. E deseja, mesmo, empenhando-se o mais possível para isso, que esta exigência de segurança venha gradativamente a reduzir-se. Erram os que pensam que podem apressar este processo pelo jogo de pressões manipuladas sobre a opinião pública (...). Tais pressões só servem para provocar contrapressões (...) invertendo-se o processo de lenta, gradativa e segura distensão, desejado pelo Executivo".

parativos, tendo em vista a dimensão processual, porque contínua dos acontecimentos, de flexão e reflexão, ou seja, o intercâmbio radicularizado entre os elementos correlacionados, que seria a VIII CNS, decretada pelo então presidente Figueiredo, ganhando como data o período entre 17 a 21 de março de 1986, em Brasília.

Essa meritória e elogiável Conferência, tal como foi acordado, seria precedida de pré-conferências e reuniões preparatórias de âmbito estadual a serem realizadas em todos os cantos do país, nas quais elaborar-se-iam documentos técnicos que serviriam de bases para as reuniões prévias e posteriormente para a confecção das teses a serem discutidas na VIII CNS. Para a presidência desta Conferência foi designado o respeitado Professor Antônio Sérgio da Silva Arouca, presidente da FIOCRUZ, a Vice Presidência com o Dr. Francisco Xavier Beduschi, superintendente da SUCAM [102] e como relator geral, Guilherme Rodrigues da Silva, da FMUSP. Os três temas propostos foram: "Saúde como Direito", "Reformulação do Sistema Nacional de Saúde" e "Financiamento do Setor" (CORDEIRO, 1991, p. 65).

Estiveram presentes mais de mil delegados, todos com direito a voto e mais de quatro mil participantes (BRASIL, 1986/1987, p. 381). A VIII CNS foi um verdadeiro marco na história do SUS por uma série de motivos, dentre os quais destacam-se: (i) a Conferência foi aberta pelo primeiro presidente civil após a extinção do regime ditatorial, José Sarney; (ii) foi a primeira CNS a ser aberta para a sociedade civil, fundamental para o aspecto da construção produtiva da resistência democrática; (iii) contribuiu na propagação do MSB, muito em função, mas não somente, do Relatório Final da Conferência, que serviu de extensa e sólida base para os debates na Assembleia Nacional Constituinte de 1987, vez que representavam as demandas dos movimentos populares (BATISTA JÚNIOR, 2008); (iv) foi desta Conferência que resultou, logo em seguida, a implantação do SUDS,

102. A SUCAM é um órgão que resultou da fusão Do Departamento Nacional de Endemias Rurais (DENERU), da Campanha de Erradicação da Malária (CEM) e da Campanha de Erradicação da Varíola (CEV), herdando experiências e conhecimentos acumulados ao londo de décadas, com base nas atividades de combates às endemias de transmissão vetorial, que transformaram a SUCAM no órgão de maior penetração rural no país, estando presente em todos os estados brasileiros. Ver mais em: FUNASA. Assessoria de Comunicação. SUCAM. 07 de agosto de 2017. Disponível em: <http://www.funasa.gov.br/sucam>. Acesso em: 20 de dezembro de 2017.

um convênio entre o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS) e os governos estaduais; e (v) especialmente ter oferecido os subsídios conteudísticos, materiais, para a criação da seção "Da Saúde", artigos 196 ao 200 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). Como já afirmado, um dos pontos cruciais da Constituição Cidadã foi definir a saúde como um "direito de todos", igualitária e universalmente, sob a responsabilidade do Estado (BRASIL, 1988, art. 196) e, por isso, também, vista como marco na história do sanitarismo público nacional, além de ser marco em outros temas correlacionados.

O SUS, a seu turno, não nasceu da forma como hoje é conhecido, sendo paulatinamente configurado, e por vezes reconfigurado. Primeiro, como previamente pontuado, rasgou o horizonte o SUDS, com a universalização do atendimento; em seguida, a incorporação do INAMPS ao Ministério da Saúde (MS), pela via do Decreto nº 99.060/1990 (BRASIL, 1990a) e, por fim, viria a Lei Orgânica da Saúde, Lei nº 8.080/90, que institucionalizou e operacionalizou o SUS (BRASIL, 1990b).

Em poucos meses, veio ao mundo fático e também jurídico a Lei n 8.142/90, imprimindo ao SUS uma das suas mais basilares, meritórias e dignas de apreço, características: o controle social; isto é, a participação dos usuários, da população, as sociedade civil na gestão do serviço. Portanto, frisa-se, a democratização desta política pública de saúde, o SUS, não se deu apenas em seu aspecto de formação, considerando, inclusive, os antecedentes brevemente expostos, mas também na gestão, na continuidade da sua existência (, que vem refletindo, em alguma medida não quantificável aqui, os fins públicos (também conhecido como interesse público) dos indivíduos singularmente considerados e do corpo coletivo em geral.

Exemplos relativamente atuais, o que oferece a visão da continuidade da perspectiva de controle social na gestão do Sistema, foram o Fórum Paraibano em Defesa do SUS e contra a Privatização, realizado em 2011, assim como o Fórum em Defesa do SUS de Campina Grande, em 2012, ambos integrantes da Frente Nacional Contra a Privatização da Saúde, em 2010, a qual tem por objetivo central o resguardo, mediante a resistência e a luta, do SUS, tal como inicialmente proposto (SILVA & MENDES & MATIAS, 2015), isto é, enquanto uma política universal, pública, estatal e sob a administração direta do Estado, bem como protegê-

-lo da privatização e do reinvestimento nas lutas pela Reforma Sanitária, tal como formulada nos anos da década de 1980.

3. O sistema único de saúde

O SUS, institucionalizado na Constituição Federal de 1988, tem como princípios norteadores e diretivos a Universalidade do Atendimento, a Equidade das Ações, a Descentralização dos Serviços e a Participação Social em seu controle (BRASIL, 1988, art. 198), sendo este o Princípio a ser focado, em virtude da proximidade com a perspectiva de uma resistência cidadã democrática e institucionalizada.

Do ponto de vista formal, a participação social se dá por meio dos Conselhos de Saúde, nos três níveis federativos, nacional, estadual e municipal, com caráter deliberativo, cuja composição é divida entre as entidades e os movimentos da sociedade civil, os quais têm, por lei (a de nº 8.142/90), a garantia da reserva de 50% (cinquenta por cento) das vagas, sendo a outra metade composta entre os representantes dos trabalhadores, na fatia de 25% (vinte e cinco por cento) e dos prestadores de serviços com os 25% (vinte e cinco por cento) restantes, encontrando-se nesta última faixa a fração dos governos, os setores de filantropia e o privativo-lucrativo (BRASIL, 2013, p. 06).

Quanto à importância disso, COELHO (2007, p. 77) ressalta:

> "A partir dos anos 70, a participação e a deliberação nos 'novos espaços democráticos', criados na esfera estatal ou na esfera pública, nos níveis local e nacional, começaram a ser defendidas como fundamentais para tornar o sistema democrático mais inclusivo".

Portanto, como resta claro, a fatia composta pela sociedade, mais a dos trabalhadores em saúde representam maioria absoluta do Sistema de Participação Social, estando o governo (Estado) e as entidades privado-lucrativas com parcelas deliberadamente menos, o que demonstra uma saudável preocupação com a perspectiva plural, democrática, assim como o afastamento do perigo dos interesses particulares envolverem, ou melhor, capturarem o "interesse público", o que resultaria no esgotamento da perspectiva democrática fundada no povo.

3.1 Princípios constitucionais do sus

Em todos os princípios que orientam o SUS o caráter democrático pode ser vislumbrado, razão pela qual se mostra interessante apresentá-los, cujo caráter está sedimentado nas lutas pela sua formação, no mínimo desde a década de 70 e a chamada "crise do INAMPS", lutas estas eminentemente cidadãs, horizontais e não verticais, como sói acontecer no país, isto é, sem a participação fundamental e legitimadora daqueles que compõem o povo, múltiplos e plurais, e que, portanto, necessitam igualmente de uma representação pluralizada, na tentativa de abranger e de considerar os diversos gêneros de interesses para a formação das orientações, tanto teóricas quanto práticas, fazendo, enfim, como apontado, o contraponto com as ideias supracitadas do MSB.

De uma leitura atenta dos artigos 196 a 198 da Constituição Federal de 1988[103] (CF 88), inseridos na seção "Da Saúde", pode-se facilmente

103. Segue o texto literal dos três artigos: "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.
Art. 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.
Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:
I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
III - participação da comunidade.
§ 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. (Parágrafo único renumerado para § 1º pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)
§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)
I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento); (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015)

depreender que cinco Princípios Básicos norteadores foram formulados, a fim de orientar o sistema jurídico-formal do SUS, quais sejam: a Universalidade, previsto no art. 196; a Integralidade, art. 198, II; a Equidade, art. 196 (acesso universal e igualitário); a Descentralização, art. 198, I; a Participação Social, art. 198, III; e a Regionalização (BRASIL, 1988).

Forçoso destacar ainda que, tanto a Doutrina quanto o próprio Estado divide estes princípios em dois grandes grupos, sendo que os três primeiros compõem o que se denominou de "Doutrina do SUS"; e os três últimos como sendo "Princípios Organizadores" do SUS (BRASIL, 1990, pp. 04 e 05)

Quanto à Universalidade, imperioso é concluir que está no seguinte trecho: "direito de todos e dever do Estado", do qual infere-se que a saúde foi elevada não apenas ao patamar constitucional, mas como direito fundamental de qualquer cidadão e que, por isso, é também uma cláusula pétrea, sendo vedada a sua exclusão da Carta Constitucional, não importa o argumento, tal como exposto no art. 60, §4º, IV da CF 88.

Além disso, o Estado é o responsável legalmente pela garantia, concreta, de todos os meios necessários para que os cidadãos consigam gozar deste direito constitucional, de forma plena, sob pena de descumprimento do pacto formal, em respeito à função deste direito.

É a Universalidade, enfim, que garante que toda pessoa vá ser atendida, seja por meio dos serviços prestados pelo SUS em algum ente federativo, seja valendo-se dos serviços privados conveniados ou mesmo contratados com o Poder Público.

Quanto à Integralidade, determinou-se que o Estado possui o dever do "atendimento integral com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços existenciais", que todo cidadão precisa gozar. Diante disso é que o Estado necessita de estabelecer um grupo estável de ações e práticas sanitárias, envolvendo desde os mecanismos de prevenção aos curativos, dos mais simples aos mais complexos, como forma

---

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.(Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) [...]

de materialização do postulado imperativo da saúde pública coletiva. Ao menos no texto jurídico está previsto o destaque e o relevo que deveriam ser destinados às atividades preventivas, que, quando bem realizadas, reduzem significativamente os gastos com atividades assistenciais, sendo útil inclusive para o próprio cidadão, tanto do ponto de vista econômico, quanto energético, psíquico e emocional.

É a norma principiológica que permite reconhecer, através da prática preventiva e assistencial que: (i) cada singularidade humana é um todo indivisível e integrante de uma comunidade; (ii) as ações de promoção, proteção e recuperação da saúde constituem igualmente um todo indiviso, não podendo compartimentalizá-lo; (iii) as unidades prestadoras dos serviços de saúde, independente da complexidade, são também um todo indivisível e, juntas, tornam-se aptas ao engendramento de uma prestação integral, por mais difícil que seja. A singularidade é, então, "um ser integral, bio-psico-social e deverá ser atendido com esta visão integral por um sistema de saúde também integral, voltado a promover, proteger e recuperar a sua saúde" (BRASIL, 1990).

No que concerne à Equidade, percebe-se que esta norma está relacionada com a previsão de que a saúde é um direito de todos, mas com um diferencial fundamental, que é o postulado da Isonomia, que, por sua vez, tem como fundamento normativo o art. 5º, caput da CF 88, "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza". Por consequência simples, não há desigualdade, ao menos formal, no acesso à saúde, sendo vedada qualquer hierarquização ou favorecimento que a perfurem, matando-a.

Não obstante isso há desigualdades regionais e sociais, que limitam sobremaneira essa isonomia legal, residente do mundo das ideais, sendo imperioso que o Estado atenda as populações, consoante as demandas e necessidades próprias de cada área, com enfoque nas zonas mais deficitárias, considerando igualmente que, a República Federativa do Brasil tem como um dos seus objetivos fundamentais reduzir "as desigualdades sociais e regionais", além de "promover o bem de todos", exarados no art. 3º, III e IV, respectivamente. O acesso, por ser equânime, igualitário, não significa que, portanto, todos serão tratados de forma igual, mas sim que todo e qualquer um deverá ser atendido, com respeito às necessidades particulares de cada um, diante das diferenças próprias de todos.

A Descentralização, a seu turno, aponta no sentido de que as ações públicas de saúde "integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo [...]" (art. 198).

Lastreado nisso o SUS está presente em todos os níveis federativos, com as repartições conhecidas de competência, por exemplo, se de abrangência nacional será da responsabilidade do Governo Federal, e assim sucessivamente para os estados e os municípios, o que permite um maior diálogo com a sociedade civil, corporal, organicamente presente, que conheças as reais necessidades dos locais que moram e frequentam, além de estar mais próximo do Administrator Público, facilitando as cobranças de efetivação das políticas públicas.

Já a Participação Social é a práxis de envolvimento comunitário nas ações e serviços públicos de saúde, podendo atuar na formulação e no controle da execução destas. Pontua-se que o controle é regulamentado pela Lei nº 8.142/90. Pormenorizando, os usuários participam da gestão democrática do SUS através das Conferências de Saúde, que ocorrem a cada quatro anos em todos os níveis federativos (União, estados, Distrito Federal e Municípios). Durante estes Conselhos de Saúde, que serão formados com a paridade supra-explicada: enquanto os usuários são detentores de metade das vagas, o governo possui um quarto e os trabalhadores o outro quarto.

O que se pretende é fomentar a participação popular nas discussões sobre políticas públicas de saúde, conferindo-lhe maior grau de legitimidade ao sistema e suas ações implementadas, além de estar em conformidade com a perspectiva democrática, fornecendo a institucionalização da participação destas potências criadores, criativas, tanto singular quanto coletivamente consideradas.

O último princípio é o da Regionalização, que, juntamente com uma Hierarquização, advogada a tese de que "os serviços devem ser organizados em níveis de complexidade tecnológica crescente, dispostos numa área geográfica delimitada e com a definição da população a ser atendida", o que implica diretamente na capacidade dos serviços em oferecer a certo grupo populacional todas as modalidades de assistência, assim como a todas as tecnologias disponíveis, possibilitando um excelente "grau de resolubilidade" (BRASIL, 1990, p. 05).

Organizando desta forma a rede de serviços sanitários, poderão ser mais facilmente conhecidos os problemas reais de saúde daquela população que vive naquela área específica e delimitada, favorecendo, desde logo, "ações de vigilância epidemiológica, sanitária, controle de vetores, educação em saúde, além das ações de atenção ambulatorial e hospitalar em todos os níveis de complexidade" (BRASIL, 1990, p. 05).

Este novo modelo do SUS, portanto, é bastante diverso do que existia na época da Ditadura Militar, que apenas atendia os trabalhadores com carteira assinada, indo ainda mais além desta previsão, pois que garantidor dos Princípios Norteadores, dentre os quais este de participação, reforçando a concepção democrática de cidadão, como aquele que é ativo, propõe, trabalha, questiona, fazendo-se presente, exercendo o seu poder constituinte (NEGRI, 2015), contribuindo para a criação e manutenção dos mecanismos institucionais, levando os seus sentimentos e ideações para a esfera do público, no atendimento das necessidades locais, seja a nível dos corpos singulares, seja a nível dos corpos coletivos, e mesmo da própria máquina pública, isto é, o próprio Estado.

Por fim, com a exposição breve a respeito do MSB, assim como dos Princípios Norteadores do SUS, e o contínuo cotejo realizado entre eles, restou evidente a influência dos agentes do Movimento Sanitário especificamente sobre os princípios do Sistema Único, especialmente quando vislumbrado os documentos referentes à VIII CNS, já que foi o conteúdo desta que subsidiou a Constituinte de 1987, além, é claro, do projeto para a então nova Lei do SUS.

Referências bibliográficas

AROUCA, Antônio Sérgio da Silva. A reforma sanitária brasileira. Tema. Radis, n.11, 1988a.

AROUCA, Antônio Sérgio da Silva. Novo texto define a base para a implantação da Reforma Sanitária. Proposta – Jornal da Reforma Sanitária, nº 13, p. 08. Outubro de 1988b.

AROUCA, Antônio Sérgio da Silva. O Dilema Preventivista: contribuição para a compreensão e crítica da Medicina Preventiva. São Paulo: UNESP; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003. 268 p.

BATISTA JÚNIOR, Francisco. Entrevista concedida à equipe Web 2.0 da Federação Nacional dos Médicos durante a 185ª Reunião Ordinária do CNS, em Brasília. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=PsONL5uw5eQ>. Acesso em 29 de setembro de 2018.

BRASIL. ABC do SUS – Doutrinas e Princípios. Ministério da Saúde. Brasília, Distrito Federal. Dezembro de 1990. 10 p. Disponível em: <http://www.pbh.gov.br/smsa/bibliografia/abc_do_sus_doutrinas_e_principios.pdf>. Acesso em 05 de setembro de 2018.

_____. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Sistema Único de Saúde / Conselho Nacional de Secretários de Saúde. – Brasília: CONASS, 2007. 291 p. (Coleção Progestores – Para entender a gestão do SUS, 1).

_____. Comissão Nacional da Reforma Sanitária. Documentos III. Secretaria Técnica da Comissão Nacional da Reforma Sanitária. Coordenador Geral: Arlindo Fábio Gómez de Sousa. Maio de 1987. 167 p.

_____. Ministério da Saúde. Conselhos de saúde: a responsabilidade do controle social democrático do SUS / Ministério da Saúde, Conselho Nacional de Saúde. – 2. ed. – Brasília : Ministério da Saúde, 2013. 28 p.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

_____. Ministério da Saúde. Conferência Nacional de Saúde, 8ª, 1986. Relatório Final. Brasília: Ministério da Saúde, 1987.

_____. Câmara dos Deputados. Decreto nº 99.060, de 7 de Março de 1990a.

_____. Casa Civil da Presidência da República. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990b.

COELHO, Vera Schattan P. A democratização dos Conselhos de Saúde: o paradoxo de atrair não aliados. Novos estudos CEBRAP, São Paulo, n. 78, jul. 2007. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.

php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002007000200009>. Acesso em: 05 setembro 2018.

CORDEIRO, Hésio. Sistema Único de Saúde. Rio de Janeiro: Ayuri Editorial, 1991.

FUNASA. Assessoria de Comunicação. SUCAM. 07 de agosto de 2017. Disponível em: <http://www.funasa.gov.br/sucam>. Acesso em: 20 de dezembro de 2017.

NEGRI, Antônio. O Poder Constituinte: Ensaio Sobre as Alternativas da Modernidade. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lamparina, 2015. Tradução de Adriano Pilatti.

NETO, Eleutério Rodrigues. In Saúde e democracia: a luta do CEBES/ Sonia Fleury (organizadora). — São Paulo: Lemos Editorial, 1997.

PAIM, Jairnilson Silva. A gestão do SUDS no Estado da Bahia. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro , v. 5, n. 4, p. 365-375, Dec. 1989 Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X1989000400002&lng=en&nrm=iso>. access on 04 Setembro 2018. http://dx.doi.org/10.1590/S0102-311X1989000400002.

_____. Bases conceituais da Reforma Sanitária. In: FLEURY, S. (Org.) Saúde e Democracia: a luta do CEBES. São Paulo: Lemos Editorial, 1997.

_____. Reforma sanitária brasileira: contribuição para a compreensão e crítica /.*Jairnilson* Silva *Paim*. – Salvador: J.S. *Paim*, 2007. 300p. Orientadora: Profa. Dra. Carmen Fontes Teixeira. Tese (doutorado) – Instituto de Saúde Coletiva, Universidade Federal da Bahia.

O GLOBO. Edição de 30 de agosto de 1974. Íntegra do discurso do Presidente Ernesto Geisel. Disponível em: <https://acervo.oglobo.globo.com/em-destaque/ernesto-geisel-pai-da-distensao-lenta-gradual-segura-da-ditadura-militar-20071730>. Acesso em 29 de setembro de 2018.

SILVA, Alessandra Ximenes da Silva; MENDES, Flávia Jaiane; MATIAS, Thaisa Simplício Carneiro. Contrarreforma da Saúde e Sujeitos Políticos Coletivos: Considerações sobre Campina Grande/PB. I Congresso Internacional de Política Social: Desafios Contemporâneos. 2015. ISBN: 978-85-7846-337-3.

Formação histórica sucinta do sistema único de saúde – da década de 80 aos reflexos na assembleia nacional constituinte de 1987/1988

Dorival Fagundes Cotrim Júnior

Introdução

Com a chegada do Governo Figueiredo (1975-1985), caracterizado pela "abertura política, lenta e gradual" [104], também chamado de Disten-

104. A expressão é do próprio General Geisel, em entrevista coletiva no dia 29 de agosto de 1974, significando que a transição não seria imediata, mas sim com a presença marcante de espaços de negociação com os próprios setores militares, parte da comunidade, já incomodada com as políticas em curso; e claro, a oposição cada vez mais articulada em defesas das suas posições e, consequentemente, na pressão junto ao governo ditatorial. O Jornal O GLOBO, de 30 de agosto de 1974, trouxe a íntegra do discurso do então presidente, o qual colaciona-se aqui um trecho: "- Prosseguirá o Governo na missão que lhe cabe de promover para toda a nação o máximo de desenvolvimento possível com o mínimo de segurança indispensável. E deseja, mesmo, empenhando-se o mais possível para isso, que esta exigência de segurança venha gradativamente a reduzir-se. Erram os que pensam que podem apressar este processo pelo jogo de pressões manipuladas sobre a opinião pública (...). Tais pressões só servem para provocar contrapressões (...) invertendo-se o processo de lenta, gradativa e segura distensão, desejado pelo Executivo".

são[105], assim como pelo II Plano Nacional de Desenvolvimento (PND)[106], parecia mais propício para o campo da saúde, uma vez que as experimentações de reajuste dos serviços sanitários em âmbito municipal e o próprio Programa de Interiorização das Ações de Saúde e Saneamento (PIASS) demonstravam sinais de êxito. O Movimento Sanitário Brasileiro (MSB)[107] apontava propostas concretas quanto à expansão da área de assistência médica da Previdência, ampliando significativamente os conflitos de interesses com o Regime de Previdência, além do envolvimento do poder institucional e pressões políticas e sociais do setor privado (FIGUEIREDO NETO & SILVA & ROSA & CUNHA & SANTOS, 2010).

Essas influências coativas frutificarão em a criação de mecanismos de coordenação entre os ministérios, objetivando a elaboração de um projeto para reordenamento do setor (ESCOREL, 1999).

1. A década de 80 – da crise à sedimentação das propostas renovadoras

A década de 80, portanto, dá suas boas vindas em atmosfera de redemocratização, crises políticas, sociais e institucionais em todo o país,

105. Para uma leitura não unilateral do processo, isto é, que pensa a transição como sendo um processo "totalmente controlado pelos militares", não mais deixando em segundo plano os importantes e fundamentais "espaços de negociação" que foram estabelecidos, por pressão, de grupos outros, ver RESENDE (2014, p. 44): "Nesse sentido, o objetivo desse artigo foi compreender como foi construído o processo de abertura política, já que a concepção de uma transição totalmente controlada pelos militares acabar por relegar ao segundo plano os espaços de negociação que precisaram ser estabelecidos entre um governo que acenava com a saída dos militares, ao mesmo tempo em que mantinha funcionando o aparato repressivo; entre parte da comunidade de informações e segurança visivelmente incomodada com as mudanças políticas em curso; e, por fim, os espaços ocupados por uma oposição cada vez mais articulada em suas demandas e na pressão ao governo".

106. O II PND foi crucial para a consolidação do projeto do MSB, porque provocou o alargamento dos espaços institucionais disponíveis para a ocupação pelos agentes dos cargos e os programas que viriam a ser lançados, e assim foram, paulatinamente, penetrando o campo oficial-legal das instituições, possibilitando a transformação do pensamento sanitário nacional nos loci governamentais. Para uma boa análise, ver ESCOREL (1999, p. 40 e seguintes).

107. O termo Movimento Sanitário Brasileito (MSB) descende diretamente do termo Reforma Sanitária Brasileira (RSB), utilizado por PAIM (2007), que apresenta uma brilhante tese sobre a Reforma Sanitária em si.

sustentando, como primeira medida de transformação, após muitas outras em anos anteriores, a concretização da 7ª Conferência Nacional de Saúde (CNS), com o objetivo de reordenar a política de saúde, bem como a concepção do Programa Nacional de Serviços Básicos de Saúde (PREV-SAÚDE), que buscava, por sua vez, ser uma extensão em grau nacional do PIASS, isto é, trazia como missão beneficiar o país com uma rede de serviços básicos que ministrasse, em qualidade e quantidade, os cuidados primários de proteção, promoção e recuperação da saúde, possuindo como meta a cobertura de saúde para toda a "população até o ano 2000" (BRASIL, 1980, Relatório Final).

Assim está previsto em BRASIL (1980, p. 203):

> "A convocação da 7ª Conferência Nacional de Saúde teve por finalidade submeter a amplo debate os propósitos do governo quanto às ações a serem empreendidas, pelo Ministério da Saúde, com respeito à implantação e desenvolvimento de um programa nacional de serviços básicos de saúde que, sob a responsabilidade direta do setor público e sem prejuízo de um setor privado independente, vise oferecer à população brasileira um grau de cobertura de saúde que lhe permita levar uma vida social e economicamente produtiva. Por outro lado, quis o governo brasileiro marcar, com a vinda do Diretor-Geral da Organização Mundial da Saúde, o seu formal e definitivo engajamento no esforço de caráter mundial a que todos ao países, com base na Conferência de Alma-Ata, de setembro de 1978, e na 32ª Assembleia Mundial da Saúde, de maio de 1979, se comprometeram a realizar dentro do lema "Saúde para todos até o ano 2000", em prol da elevação do nível de saúde de suas populações. Desejou, por fim, o governo oferecer à Nação uma prova de sua determinação em imprimir à sua ação, no vasto campo da saúde, perfeita coerência e efetiva coordenação, através de ampla participação social e institucional, a ser orientada por uma nova política nacional de saúde devidamente integrada no processo de desenvolvimento do País".

O PREV-SAÚDE foi lançado durante a VII CNS, que já apontava, por parte do próprio governo, para um apelo à "participação social" e prometendo mesmo o resgate da "dívida social" perante os excluídos do processo de desenvolvimento nacional, como aponta PAIM (2007, p. 80),

apresentado aos mais de quatrocentos participantes da VII, e com o aval do Presidente da República e dos Ministros de Estado.

Portava como pressupostos básicos a hierarquização das formas de atendimento por níveis de complexidade; a integração dos serviços existentes em cada um dos níveis de complexidade, tanto na rede pública quanto na privada; e a regionalização dos atendimentos a partir das áreas de populações definidas. Todavia, ressalta-se que não ia além de uma proposta de investimento no nível primário de atenção, não tocando na rede hospitalar privada[108].

Todavia, o PREV-SAÚDE terminou não incorporado pelo governo, em razão de alguns fatores, dos quais ressaltam-se: (i) as resistências intra e interburocráticas, sobretudo no INAMPS; (ii) a oposição clara e bem sedimentada do setor médico privado (empresarial); e (iii) mesmo das forças tensionais provindas do setor médico-liberal e do setor privado contratado (CORDEIRO, 1991).

Segundo PAIM (2007, p. 81 e 82), que corrobora a tese acima,

> "Embora as análises preliminares da proposta indicassem os limites político-ideológicos da iniciativa governamental e questionassem a sua viabilidade se mantidos os interesses em jogo, não induziam, mecanicamente a uma oposição ao programa. Pelo contrário, o programa encontrou boa acolhida entre os profissionais de saúde preocupados com a melhoria dos serviços oferecidos à população, sendo entendido como uma conquista dos grupos sociais que defendiam a democratização da saúde e da sociedade brasileira (PAIM, 1984). A oposição ao programa passou a ser feita por setores do próprio governo articulados com os

108. Em sua versão original, como bem pontua PAIM (2007, pp. 80 e 81), o PREV-SAÚDE previa três objetivos: "a) estender a cobertura por serviços básicos de saúde a toda a população; b) reorganizar o setor público de saúde, pela articulação das diversas instituições existentes e pela reordenação da oferta de serviços, implicando a redução dos custos unitários e no aumento da produtividade dos recursos disponíveis; c) promover a melhoria das condições gerais do ambiente com ênfase em sistemas simplificados de abastecimento d'água e em medidas sanitárias necessárias ao controle da esquistossomose e da doença de Chagas. Tratava-se de um grande PEC, tendo em vista os 40 milhões de brasileiros excluídos do consumo médico e o controle de certas epidemias, mas como política racionalizadora visava o reordenamento do setor saúde para responder aos custos crescentes dos serviços".

> empresários médicos.101 Os Ministros de Estado da Saúde e da Previdência e Assistência Social foram submetidos a questionamentos pelos representantes da Federação Brasileira de Hospitais (FBH), Associação Brasileira de Medicina de Grupos (ABRAMGE) e Associação Médica Brasileira (AMB), durante uma entrevista organizada pelo jornal Estado de São Paulo.102 Constata-se, desse modo, que o PREV-SAÚDE constituiu-se no locus de expressão das contradições que permeavam o setor saúde, revelando ainda que os grupos empresariais médicos estavam fortemente articulados e dispondo de iniciativa política [...]".

Esses fatores cooperavam de forma harmônica, basicamente, para um objetivo principal, isto é, a fim de que o PREV-SAÚDE não se concretizasse, vindo a ser um projeto "natimorto", como sói acontecer no país quando determinado projeto vêm a ferir os interesses dos grupos privilegiados em vários setores, como o econômico, o político, o social, que, não sem razão, também, costumam estar interligados (FIGUEIREDO NETO & SILVA & ROSA & CUNHA & SANTOS, 2010). Portanto, o projeto conservou-se como um padrão de dever-ser, a ser alcançado, por óbvio, das reformas sanitárias e seus agentes, por estes pretendidos, assim como para boa parcela da sociedade, alheias às políticas de saúde à época (com exclusão de determinados que possuíam a famosa carteira de trabalho, e claro, quem podia pagar um plano de assistência privada). Acontece que, aos poucos, e mediante intenso trabalho de debates e ligações orgânicas entre os movimentos, a sociedade e mesmo determinados setores estatais, essas ideias de reforma, de transformação, começavam a serem incorporadas em uma proposta cada vez mais abrangente de saúde[109], isto é, uma conceituação mais polida e translúcida do que almejavam como uma política de saúde, que desembocaria no conceito de saúde da VIII CNS,

109. Sobre uma conceituação sobre a saúde, ver, por exemplo, AROUCA, 1975, pp. 112-114 e seguintes. No âmbito da VIII CNS, no Relatório Final, "ficou evidente que as modificações necessárias ao setor saúde transcendem aos limites de uma reforma administrativa e financeira, exigindo-se uma reformulação mais profunda, ampliando-se o próprio conceito de saúde e sua correspondente ação institucional, revendo-se a legislação que diz respeito à promoção, proteção e recuperação da saúde, constituindo-se no que se está convencionado chamar a Reforma Sanitária" (BRASIL, 1986/1987, p. 381).

> "1 – Em seu sentido mais abrangente, a saúde é a resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso a serviços de saúde. É assim, antes de tudo, o resultado das formas de organização social da produção, as quais podem gerar grandes desigualdades nos níveis de vida. [...]
>
> 5 – Deste conceito amplo de saúde e desta noção de direito como conquista social, emerge a idéia de que o pleno exercício do direito à saúde implica em garantir:
>
> – trabalho em condições dignas, com amplo conhecimento e controle dos trabalhadores sobre o processo e o ambiente de trabalho;
>
> – alimentação para todos, segundo as suas necessidades;
>
> – moradia higiênica e digna;
>
> – educação e informação plenas;
>
> – qualidade adequada do meio ambiente;
>
> – transporte seguro e acessível;
>
> – repouso, lazer e segurança;
>
> – participação da população na organização, gestão e controle dos serviços e ações de saúde;
>
> – direito à liberdade, à livre organização e expressão;
>
> – acesso universal e igualitário aos serviços setoriais em todos os níveis.
>
> 6 – As limitações e obstáculos ao desenvolvimento e aplicação do direito à saúde são de natureza estrutural".

1.1 Mais desdobramentos da década de 1980

A década de 1980 é marcada, ainda, por muitos movimentos de contestação ao sistema de saúde. Uma primeira medida aplicada foi a criação do Conselho Consultivo de Administração da Saúde Previdenciário (CONAPS), em 1981, na qualidade de órgão do Ministério da Previdência e Assistência Social. O CONASP deveria procurar respostas efetivas que contribuíssem para a compreensão da crise no setor, operando como um racionalizador (do ponto de vista gestorativo, organizador) da assistên-

cia médica, reduzindo, assim, os gastos (FIGUEIREDO NETO & SILVA & ROSA & CUNHA & SANTOS, 2010). Dessa forma, tinha a incumbência de apresentar critérios sugestivos para a destinação dos recursos previdenciários do setor da saúde; o aconselhamento de políticas de financiamento e de assistência sanitária; e a avaliação das operações e controles da Secretaria de Assistência Médica da Previdência Social.

Nas palavras de PAIM (2007, p. 84 e 85),

> "A criação do CONASP (Decreto nº 86.329 de 02/09/81) sugeria, contudo, mudanças importantes nas políticas de saúde.108 As atribuições desse órgão colegiado revelavam uma preocupação com a racionalização no uso dos recursos e com a operação e controle da assistência médica. O CONASP estabelecia princípios racionalizadores vinculados à redução dos custos unitários e controle dos gastos: 'O perfil majoritariamente liberal do CONASP, que assumiu uma missão 'moralizadora' em relação a assistência médica da Previdência, levou a que o mesmo resgatasse as análises e idéias que tinham, em grande parte, informado a elaboração do Prev-Saúde (RODRIGUEZ NETO, 1997, p.8)'. Não obstante as primeiras escaramuças organizadas pelos médicos-empresários no início de 1982, o CONASP avançou nas suas medidas racionalizadoras, culminando com a formulação e aprovação do Plano de Reorientação da Assistência à Saúde no Âmbito da Previdência Social, também conhecido como Plano do CONASP. Este Plano era orientado por um decálogo de princípios, representando uma inflexão nas políticas de saúde no Brasil, com a incorporação de políticas racionalizadoras na assistência médica da Previdência Social. Trazia o reconhecimento do aparelho previdenciário como "pilar sustentador da paz social", uma descrição detalhada das modalidades assistenciais apoiadas pelo INAMPS, uma crítica contundente às distorções e uma análise das implicações do modelo então vigente. Constatava-se que muitos dos princípios do Plano do Conasp eram superponíveis aos do PREV-SAÚDE, de modo que passaram a se manifestar as mesmas forças que atuavam no processo político de saúde, tais como a FBH, a ABRAMGE, a AMB e o DIESAT (PAIM, 1984). No que diz respeito à ABRASCO, reconhecia que em termos de princípios não havia muito do que discutir, já que atendiam em suas linhas fundamentais as críticas feitas pelos movimentos e entidades de

> saúde explicitando a seguinte posição: 'A Abrasco considera que as possíveis modificações precisam ser cuidadosamente analisadas. A atual diretoria decidiu examinar criticamente o referido plano e apresentar sugestões ao Conasp. O estudo das políticas de saúde no Brasil tem revelado inúmeros planos malogrados, quer por privilegiarem a ampliação de serviços preservando os interesses de um complexo médico-empresarial, quer por assumirem estratégias autoritárias e tecnocráticas. No entanto, a saúde como responsabilidade social e como direito conquistado requer a participação organizada da população, do mesmo modo que os serviços de saúde para serem modificados necessitam de uma participação dos profissionais de saúde e demais trabalhadores do setor nesse processo de redefinição (EDITORIAL, 1982)'".

A apreciação valorativa feita pelo CONASP demarcou uma série de alterações na métrica sanitária até então em vigor, como, por exemplo, (i) inadequação de serviços à realidade fenomênica concreta; (ii) inclusão deficitária e insuficiente de muitos prestadores de serviço do gênero; a sempre presente insuficiência de recursos financeiros; (iii) a desvalorização dos serviços próprios; e, claro, (iv) a superprodução dos serviços sanitários contratados (FIGUEIREDO NETO & SILVA & ROSA & CUNHA & SANTOS, 2010).

E o que esta avaliação teria a indicar? Muitas questões, dentre as quais, uma rede sanitária filamentosa de teor ineficiente, não-integrada, demasiadamente complexa e burocrática, além de, temivelmente, possibilitar fraudes várias e amplas possibilidades de desvios de recursos. Baseando-se nestas apreciações do CONASP propostas operacionais de cunho básico foram estabelecidas, em uma tentativa de reorganizar o campo, mas não de forma completa. Dentre as proposituras elencadas havia o Programa das Ações Integradas de Saúde (PAIS) e a Programação e Orçamento Integrada (POI).

O PAIS, talvez o mais conhecido de todos, que viria a ser chamado apenas de Ações Integradas de Saúde (AIS), apresentou-se como a principal saída, à época, para a universalização do direito à saúde e significou uma proposta de "integração" e "racionalização" dos serviços público-sanitários e de agenciamento destes com a teia conveniada e contratada, formando um sistema coordenado, unificado, regionalizado e hierarquizado, vista como "uma estratégia-ponte para a reorientação das políticas de saúde e para a reorganização dos serviços" (PAIM, 2007, p. 90).

Com o advento da Nova República (NR), a sociedade alcançou um governo civil. Não obstante os limites da Transição, "esta possibilitou, no período de 1985-1987, um desalojamento dos anéis tecno-burocráticos e ocupação de espaços do aparelho de Estado nas áreas de Saúde, Previdência e Ciência e Tecnologia por atores sociais identificados com políticas racionalizadoras ou democratizantes" (PAIM, 2007, p. 90).

De forma muito resumida, a proposta das AISs se apresentava como um espaço para estabelecimento de convênios entre os INAMPS, os estados federativos e os municípios para o repasse dos recursos vários com vistas à edificação de unidades da rede de saúde, com o comprometimento legal da parte dos governos para pôr à disposição a assistência gratuita a toda população, não somente para os felizardos beneficiários da Previdência Social de então.

Sob a defesa desta proposta oferecida, as AISs, de certa forma, recuperavam a estratégia operacional e lógica, vista no PREV-SAÚDE, avançando, todavia, significativamente na construção dimensional de políticas que conduziriam à reforma do campo da saúde, sedimentando com robustez a coordenação de ações entre a União e os Estados (entes federativos), bem como a incorporação da veia da programação e da elaboração de planos às práticas institucionais, já em curso, (FIGUEIREDO NETO & SILVA & ROSA & CUNHA & SANTOS, 2010) o que aumentava, e muito, a dificuldade destas novas ações virem a se tornar práticas, em seu aspecto de formação de hábitos. Consoante PAIM (2007, p. 91):

> "No debate político sobre o que fazer naquela conjuntura, a defesa AIS era justificada por um decálogo de motivos: princípios e objetivos consistentes com os do movimento de democratização da saúde; planejamento e administração descentralizados; instâncias deliberativas permeáveis à negociação política; possibilidade concreta da participação popular organizada; percurso para o estabelecimento do sistema unificado de saúde; respeito ao princípio federativo; respaldo das forças sociais atuantes no setor; perspectivas mais concretas de viabilidade; incorporação do planejamento à prática institucional; e responsabilidade das universidades na formulação e na implementação das políticas de saúde (PAIM, 1986a)".

2. O fim do regime ditatorial e a VIII Conferência Nacional De Saúde

Em 1985, enfim, a ditadura civil-militar é encerrada, tendo a primeira eleição indireta da chapa de oposição, com o apoio da própria dissidência do partido governista. O presidente então eleito, Tancredo Neves, falece antes da sua posse, assumindo o governo o vice-presidente José Sarney, inaugurando a chamada NR. No campo econômico, têm-se os planos Cruzado I e II; e no político a busca por um equilíbrio entre as forças vitoriosas ao abrigo hegemônico dos políticos liberais e democratas (FIGUEIREDO NETO & SILVA & ROSA & CUNHA & SANTOS, 2010). Com a chegada dessa NR, o plano das AIS é retomado, impelindo, juntamente com uma nova POI, a reformulação do sistema de saúde, com fins a edificação de uma rede unificada.

Líderes do MSB começam a ocupar posições de destaque político-institucional no Brasil, coordenando as políticas e negociações no setor da saúde e da previdência. Como fruto de tais articulações, em 1986, ocorre a 8ª CNS, presidida pelo grande Sérgio Arouca, então presidente da FIOCRUZ (BRASIL, 1986/1987).

Essa CNS "foi um marco histórico da política da saúde brasileira, pois, pela primeira vez, contava-se com a participação da comunidade e dos técnicos na discussão de uma política setorial". A VIII contabilizou mais de quatro mil pessoas nos debates, tornando claro que as modificações no setor saúde transpunha, e muito, os limites de uma reforma administrativa e financeira (BRASIL, 1986/1987, p. 381).

Como ponto que talvez tenha mais mobilizado os participantes e delegados foi com relação à Natureza do novo Sistema de Saúde, se estatizado ou não, de forma imediata ou progressiva (BRASIL, 1986/1987, p. 381).

Existia mesmo a necessidade, imperiosa, de uma reforma mais profunda, para além das superfícies circundantes, com a sedimentação estratégica do conceito de saúde e sua correlacionada ação institucional. Nesta CNS restou aprovada, por unanimidade, a linha básica diretiva da universalização da saúde e do controle social efetivo consoante as práticas de saúde estabelecidas, permanecendo as propostas de fortalecimento do setor público, com vistas a garantir um direito à saúde integral.

Em o relatório final da VIII CNS constam alguns temas, dentre os quais destacam-se: "Saúde como Direito" (Tema 1); "Reformulação do Sistema Nacional de Saúde" (Tema 2); e "Financiamento do Setor" (Tema 3).

No que concerne ao Tema 1, o relatório diz o seguinte:

> "[...] 2 – A saúde não é um conceito abstrato. Define-se no contexto histórico de determinada sociedade e num dado momento de seu desenvolvimento, devendo ser conquistada pela população em suas lutas cotidianas.
>
> 3 – Direito à saúde significa a garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação de saúde, em todos os seus níveis, a todos os habitantes do território nacional, levando ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade" (BRASIL, 1986/1987, p. 382).

O relatório da VIII foi o conteúdo substancial de referência em âmbito da Assembleia Nacional Constituinte em 1987/1988, sendo reconhecido, à época e até hoje, como um documento de expressão social, fundante da maior conquista social em políticas públicas do país no pós-regime (BATISTA JÚNIOR, 2008).

Em a VIII CNS também debateu-se a possibilidade de unificação do INAMPS com o Ministério da Saúde, e daí resultaria que a Previdência Social deveria ter a competência de gestão, administração e demais procedimentos referentes às ações próprias do seguro social, ao passo que a esfera da saúde ficaria sob a responsabilidade de um órgão federal com novas características, diversas do INAMPS. Nessa toada que restou aprovada a criação de um sistema único de saúde, absolutamente separado do campo relacionado à previdência.

É o que fica explícito em BRASIL (1986/1987, p. 384):

> "1 – A reestruturação do Sistema Nacional de Saúde deve resultar na criação de um Sistema Único de Saúde que efetivamente represente a construção de um novo arcabouço institucional separando totalmente saúde de previdência, através de uma ampla reforma sanitária.

> 2 – No nível federal, este novo sistema deve ser coordenado por um único Ministério, especialmente concebido para esse fim. Com este objetivo, o poder executivo deve encaminhar, a curto prazo, mensagem ao Congresso, garantindo-se, entretanto, que a reformulação proposta seja prévia e amplamente debatida por todos os setores da sociedade civil. A unicidade de comando deve ser reproduzida nos níveis estadual e municipal".

As propostas nela elencadas não foram realizadas imediatamente, pois, por exemplo, a discussão a respeito do financiamento e da operacionalização do novo sistema, ainda não tinham sido acordadas. Por isso que em julho de 1987 criou-se, primeira, o Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS), a partir de uma proposta do INAMPS/MPAS, que se apresentou como base operacional na construção do futuro Sistema Único de Saúde (SUS).

Todavia, ressalta-se

> "Um dos fatores determinantes deste entendimento é, provavelmente, o papel do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), por meio do Programa de Desenvolvimento de Sistemas Unificados e Descentralizado de Saúde nos Estados (SUDS), no período imediatamente anterior à aprovação da Lei Orgânica da Saúde e que continuou no início da implantação do SUS. O SUDS foi uma iniciativa do próprio INAMPS no sentido de universalizar a sua assistência que até então beneficiava apenas os trabalhadores da economia formal, com "carteira assinada", e seus dependentes.
>
> Na análise deste processo, é importante destacar que, o Sistema Único de Saúde começou a ser implantado por meio de uma estratégia que buscou dar caráter universal à cobertura das ações de saúde, até então proporcionada pelo INAMPS para os seus beneficiários" (SOUZA, 2002, p. 14)

3. O SUDS e a luta pelo SUS

O SUDS progrediu em alguns pontos, sendo razoável destacá-los: (i) na política orientacional de descentralização do campo da saúde, sobretudo na descentralização do orçamento, viabilizando uma autonomia mais pu-

jante dos estados federativos na configuração dos desenhos institucionais das atividades do setor (planificação mais adequada conforme cada localidade); (ii) levou adiante, em contínuo, as estratégias de universalização e hierarquização da rede cada vez mais filamentosa de saúde, retirando do INAMPS a grande concentração de poder que nele estava centralizado (ESCOLA POLITÉCNICA DE SAÚDE JOAQUIM VENÂNCIO, 2005).

Dessarte, por óbvio, os superintendentes do INAMPS, que possuíam vultuosos poderes políticos, até então, passaram a não mais gozar destes capitais políticos, sendo transferindo para uma espécie de segundo plano, já que, nos loci de poderes de primeiro nível, fundamental, estruturante, estavam agora os Secretários Estaduais de Saúde, na qualidade de gestores primários (FIGUEIREDO NETO & SILVA & ROSA & CUNHA & SANTOS, 2010).

Fato crucial, de importância notável, para além do simbolismo, foi que, pari passu com a implementação do SUS, e do que este viria a ser, estava a discussão da Assembleia Nacional de Constituinte de 1987/1988, portando consigo, em seu seio de lutas, na qualidade de herdeira direta da VIII CNS, o relatório desta Oitava Conferência, verdadeira e insigne base conteudística da discussão sobre saúde na Constituinte, isto é, sobre a Reforma Sanitária, e finalmente, a aprovação do SUS, garantia constitucionalmente prevista e assegurada no âmbito da Carta Constitucional.

O relatório final da VIII CNS já traz especificações bem claras neste sentido, tanto quanto às responsabilidades do Estado Brasileiro, de forma geral, quanto previsões específicas para a Assembleia Constituinte e a Constituição.

> "11 – O Estado tem como responsabilidades básicas quanto ao direito à saúde:
>
> – a adoção de políticas sociais e econômicas que propiciem melhores condições de vida, sobretudo para os segmentos mais carentes da população;
>
> – definição, financiamento e administração de um sistema de saúde de acesso universal e igualitário;
>
> – operação descentralizada de serviços de saúde;
>
> – normatização e controle das ações de saúde desenvolvidas por qualquer agente público ou privado de forma a garantir padrões de qualidade adequados.

> 12 – Para assegurar o direito à saúde a toda a população brasileira é imprescindível:
>
> – garantir uma Assembleia Nacional Constituinte livre, soberana, democrática, popular e exclusiva;
>
> – assegurar na Constituição, a todas as pessoas, as condições fundamentais de uma existência digna, protegendo o acesso a emprego, educação, alimentação, remuneração justa e propriedade da terra aos que nela trabalham, assim como o direito à organização e o direito de greve;
>
> – suspender imediatamente o pagamento dos juros da dívida externa e submeter à decisão da nação, via Assembléia Nacional Constituinte, a proposta de não pagamento da dívida externa;
>
> – implantar uma reforma agrária que responda às reais necessidades e aspirações dos trabalhadores rurais e que seja realizada sob o controle destes;
>
> – estimular a participação da população organizada nos núcleos decisórios, nos vários níveis, assegurando o controle social sobre as ações do Estado;
>
> – fortalecer os estados e municípios, através de uma ampla reforma fiscal e tributária;
>
> – estabelecer compromissos orçamentários ao nível da União, estados e municípios para o adequado financiamento das ações de saúde" (BRASIL, 1986/1987, pp. 383 e 384).

Corrobora PAIM (2007, p. 94):

> "Assim, a conquista da democracia permitia uma atenção maior para a opinião pública e a mobilização e organização da população na defesa dos seus direitos. A consciência do direito à saúde ia sendo irradiada, progressivamente, para a população que passava a cobrar a sua garantia e a melhoria dos serviços. Dessa forma, estava lançado o projeto da Reforma Sanitária Brasileira, legitimado e sistematizado na 8a. CNS e formalizado, posteriormente, na Assembleia Constituinte".

Os debates constituintes foram acirrados, revelando resistências variadas, como a dos prestadores de serviços privados de saúde e autôno-

mos, e também entre os reformistas da previdência social. Todavia, como límpido hoje, as tensões não foram suficientes para entravar a aprovação do SUS e seus princípios, mas impediram a definição de algumas políticas importantes para a materialização da reforma, como o financiamento aos moldes da VIII CNS, a regulação do setor privado, a estratégia para a descentralização e unificação do sistema, e outras mais (FARIA, 1997).

Por fim, ao longo de 1989, as negociatas se concentraram em torno da Lei Complementar que ofertaria as bases operacionais para o SUS e também para o projeto da Lei Orgânica da Saúde, que viria a ser a Lei nº 8.080/90 (LOS), que sofreria muitos vetos. Assim, nesta conjuntura de vitórias e derrotas, iniciar-se-ia a construção do SUS.

Referências bibliográficas

AROUCA, Antônio Sérgio da Silva. O Dilema Preventivista: contribuição para a compreensão e crítica da Medicina Preventiva. São Paulo: UNESP; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003. 268 p.

BATISTA JÚNIOR, Francisco. Entrevista concedida à equipe Web 2.0 da Federação Nacional dos Médicos durante a 185ª Reunião Ordinária do CNS, em Brasília. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=PsONL5uw5eQ>. Acesso em 29 de setembro de 2018.

BRASIL, Ministério da Saúde. Conferência Nacional de Saúde, 7ª, 1980. Relatório Final. Brasília: Ministério da Saúde, 1980.

BRASIL, Ministério da Saúde. Conferência Nacional de Saúde, 8ª, 1986. Relatório Final. Brasília: Ministério da Saúde, 1987.

CORDEIRO, H. O Sistema Único de Saúde. Rio de Janeiro: Ayuri, 1991

ESCOLA POLITÉCNICA DE SAÚDE JOAQUIM VENÂNCIO (Org). Textos de Apoio em Políticas de Saúde. Organizado por Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005.

ESCOREL, Sarah. Reviravolta na Saúde: origem e articulação do movimento sanitário. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 1999. 208 p.

FARIA, T. W. Dilemas e Consensos: a seguridade social brasileira na Assembléia Nacional Constituinte de 1987/88 – um estudo das micro-relações político-institucionais entre saúde e previdência social no Brasil. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: IMS / Uerj, 1997.

FIGUEIREDO NETO, Manoel Valente; SILVA, Priscyla Freitas da; ROSA, Lúcia Cristina dos Santos; CUNHA, Carlos Leonardo Figueiredo; SANTOS, Rafael Vitor Silva Gaioso dos. O processo histórico de construção do Sistema Único de Saúde brasileiro e as novas perspectivas. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 76, maio 2010. Disponível em: < http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=7781&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em set 2018.

O GLOBO. Edição de 30 de agosto de 1974. Íntegra do discurso do Presidente Ernesto Geisel. Disponível em: <https://acervo.oglobo.globo.com/em-destaque/ernesto-geisel-pai-da-distensao-lenta-gradual-segura-da-ditadura-militar-20071730>. Acesso em 29 de setembro de 2018.

PAIM, Jairnilson Silva. Reforma sanitária brasileira: contribuição para a compreensão e crítica /.Jairnilson Silva Paim. – Salvador: J.S. Paim, 2007. 300p. Orientadora: Profa. Dra. Carmen Fontes Teixeira. Tese (doutorado) – Instituto de Saúde Coletiva, Universidade Federal da Bahia.

RESENDE, Pâmela de Almeida. Da abertura lenta, gradual e segura à anistia ampla, geral e irrestrita: a lógica do dissenso na transição para a democracia. Revista Sul-Americana de Ciência Política , v. 2, p. 36, 2014.

SOUZA, Renilson Rehem de. Construindo o SUS: a lógica do financiamento e o processo de divisão de responsabilidade entre as esferas de governo. 2002. Dissertação (Mestrado em Programa de Pós-Graduação Em Saúde Coletiva) - Instituto de Medicina Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

A materialização do direito social à saúde pela via judicial e o confronto entre as teorias da reserva do possível e do mínimo existencial

Ericleuson Cruz de Araujo.
Iasmim Barbosa Araújo
Guilherme Alves de Moura Mendes
Kenedy Vieira dos Santos

Introdução

O presente estudo tem como ideia inicial analisar o paralelo entre a inaplicabilidade do princípio do mínimo existencial, no que tange à efetivação do direito à saúde, em face da chamada reserva do possível invocada pelo poder público e a correlata atuação do poder judiciário como mecanismo concretizador das premissas constitucionais.

O direito é saúde é qualificado pelo legislador como absoluta prioridade, na medida em que constitui preceito basilar de dignidade humana, fundamento no qual foi embasada a Carta Maior do ordenamento jurídico brasileiro. Diante disso, no campo dos direitos sociais de absoluta prioridade, as alegações de conveniência e oportunidade trazidas pelo administrador deixam de integrar o universo de incidência da reserva

do possível, estando o Judiciário apto a realizar juízo de valor em esfera na qual não há outra forma de decisão cabível que não seja a de exigir o imediato cumprimento dos deveres, completamente vinculados, da Administração Pública, já que a sua possibilidade é, preambular e obrigatoriamente, atribuída pela Constituição ou pela lei.

Objetiva-se, portanto, tratar de direito essencial, incorporado no conceito de mínimo existencial e, a partir disso, compreender a existência de entraves jurídicos para que o Judiciário fixe a inclusão de determinadas questões concretas nos planos orçamentários do ente político, diante da não constatação objetiva da incapacidade financeira da administração pública.

Tal investigação permite perceber a dimensão de agressão à separação mínima das funções do Estado moderno, na medida em que, na ordem jurídica brasileira, compete precipuamente ao juiz interpretar e aplicar a delimitação constitucional e legal dos poderes e deveres do Administrador e, como consequência, exigir cumprimento integral e tempestivo dos deveres vinculados.

Para tal análise, utilizou-se exclusivamente o método dedutivo, por entender mais adequado e referencialmente aplicado no Direito, posto que, partindo da razão, é possível alcançar o conhecimento verdadeiro, sendo as normas jurídicas e seus efeitos objetos ideais para a perspectiva metodológica dedutiva. Segundo REALE (1998) "a dedução é um processo de raciocínio, que implica sempre a existência de dois ou mais juízos, ligados entre si por exigências puramente formais". O método dedutivo é o proposto pelos racionalistas, como Descartes, tendo como protótipo o silogismo, em que parte-se do geral, de princípios tidos como verdadeiros, chegando-se ao particular, a conclusões lógicas.

1. A constitucionalização do direito à saúde e a força normativa da constituição: análise da aplicabilidade das normas constitucionais

A Constituição Federal, no artigo 6º, *caput*, bem como no artigo 196 e seguintes trata do direito fundamental à saúde, elencado no rol dos direitos sociais como 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. Nesse toar, a prestação de serviços básicos à saúde, em sentido amplo, deve ser cumprida de forma solidária entre os entes da federação que não podem se eximir de prestar, de forma concorrente, assistências àqueles que não tem condições de adquiri-las sem comprometimento da sua subsistência.

A Lei nº 8.080/90 trouxe as balizas estruturais do Sistema único de Saúde e impôs ao Estado o dever de prover as condições indispensáveis ao pleno exercício do direito à saúde. A referida lei orienta a atuação do Poder Público no sentido da integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema.

Na mesma seara, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, promulgado no âmbito interno pelo Decreto Legislativo nº 276/1991 denota a importância do direito à saúde, ao depreender que os Estados reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais alto nível possível de saúde física e mental e devem, para assegurar a plena efetividade deste direito, adotar a criação de condições que garantam a todos assistência médica e serviços médicos em caso de doença.

Hodiernamente percebe-se o surgimento de querelas entre doutrinadores, ou mesmo nas decisões judiciais, a respeito da aplicação da real eficácia das normas constitucionais, sendo a discussão acentuada pelo contexto constitucional recente que inovou em diversas matérias o Estado brasileiro.

Conforme entendimento pacificado, não existe norma constitucional destituída de eficácia, visto que a Constituição possui força normativa imperativa. No entanto, admite-se o que se pode apontar como "graus" de eficácia e aplicabilidade. O Supremo Tribunal Federal vem adotando o entendimento do professor José Afonso Silva a respeito da classificação das normas constitucionais quanto à eficácia e aplicabilidade das mesmas. De forma breve, o referido professor divide as normas constitucionais em eficácia plena, eficácia contida e eficácia limitada.

Respectivamente, norma de eficácia plena seria aquela que está apta a produzir todos os seus efeitos desde a sua promulgação, sem ter seu campo reduzido por nenhuma outra norma. Por sua vez, norma de eficácia con-

tida é a que também está apta a produzir todos os efeitos desde a sua promulgação, mas poderá ter seu campo reduzido por outra norma. Por fim, norma de eficácia limitada diz respeito à necessidade de regulamentação infraconstitucional para que então possa estar apta a produzir seus efeitos.

Com relação às normas de eficácia limitada, o supracitado professor também aponta como uma subespécie as normas de princípios programáticos afirmando que "tais normas estabelecem apenas uma finalidade, um princípio, mas não impõe propriamente ao legislador a tarefa de atuá-la, mas requer uma política pertinente à satisfação dos fins positivos nela indicados" (SILVA, 2012).

Em relação ao direito à saúde, ora posto em evidência, considerando a abordagem trazida pelo texto da Constituição Federal de 1988, é de se concordar que a literalidade do Art. 196 da Constituição, pelo que descreve como um "direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas...", dá margem para a interpretação de que se trataria de um direito cuja natureza jurídica se alinharia ao entendimento do Professor José Afonso da Silva quando fala das normas programáticas.

Por outro lado, Barbosa (1933, p. 489) afirma que "não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força imperativa, ditadas pela soberania nacional ou popular a seus órgãos."

Dessa forma, a doutrina moderna tem advogado que tais normas devem, ao menos, assegurar o mínimo de existência digna aos indivíduos. Sendo assim, o chamado mínimo existencial deve ser garantido de imediato, independentemente da implementação das políticas públicas pelo poder competente. Justamente pelo motivo de que, caso não fosse assegurado o mínimo existencial, essas normas seriam meros programas políticos ou súplicas ao legislador, sem nenhum grau de vinculação jurídica.

Além do mais, importante trazer à baila o §1° do artigo 5° da Carta Maior, que trata do rol de direitos fundamentais e sua aplicabilidade:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

> [...]
>
> § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm **aplicação imediata**. [grifo nosso].

Conforme já foi dito, considerando os graus de eficácia das normas constitucionais, por sua vez, o parágrafo §1° do artigo 5° da Constituição Federal deixa claro que as normas relativas a direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata. Assim como preceitua Vladimir Brega Filho, o direito fundamental "é o mínimo essencial gerador de uma vida digna, conforme os preceitos do princípio da dignidade da pessoa humana." (2002, p. 66). Tendo isso, pode-se afirmar que os direitos fundamentais estão sustentados pelo Estado de Direito, como também pelo próprio princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Em suma, o Estado de Direito diz respeito a poderes limitados do Estado. O então professor SILVA (2012, p.113) defende que o conceito de Estado de Direito engloba a submissão tanto dos governantes quanto dos cidadãos ao império da lei, como também a existência de separação dos poderes e a garantia dos direitos fundamentais.

Dessa forma, atualmente, com o avanço dos estudos do Direito Constitucional, entende-se que os direitos fundamentais é o núcleo da proteção da dignidade da pessoa humana e a Constituição é a norma suprema do ordenamento jurídico, na qual os valores mais sagrados dentro de uma sociedade devem estar resguardados, por ser documento jurídico com força vinculativa máxima, objetivando, justamente, a força, eficácia, e o respeito a tais valores.

2. A dicotomia entre a teoria da reserva do possível e do mínimo existencial na materialização do direito social à saúde

A tese da reserva do possível delineia-se em ideia de que a obrigação impossível não pode ser reclamada. O enfoque fático da reserva do possível é, portanto, questão intrinsecamente associada ao problema da escassez de recursos, segundo regras que direcionam a distribuição igual e simultânea para usufruto de todos. Por tal perspectiva, diante da insuficiência

financeira, o investimento do administrador em determinada área traduz ausência de dinheiro para prestação de outros serviços em área diversa.

Ocorre que, num primeiro momento, essa tese se mostra claramente oposta à efetivação dos direitos fundamentais, já que, como matéria constitucional essencial, não cabe ao administrador público preterir sua concretização com base em escolhas discricionárias.

A materialização de direitos fundamentais, e notadamente o direito à saúde, não é opção do governante e jamais pode ser julgada como temática que depende apenas da vontade política. Ora, os direitos que estão essencialmente atrelados ao mínimo existencial abrangem questões que ultrapassam a mera sobrevivência e atingem patamares de mínima inclusão do indivíduo no meio social.

Nesse toar, a eventual alegação de falta de recursos por parte do Poder Público não pode ser empecilho para o não cumprimento do direito subjetivo da pessoa a ter uma vida digna, consubstanciada pelo atendimento integral a sua saúde. Assim já consignou o Supremo Tribunal Federal:

> "Ademais, a falta de prévia dotação orçamentária não serve como justificativa para inviabilizar o direito do agravado à intervenção cirúrgica; o direito à saúde, como está assegurado na Carta, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas, no sentido de reduzi-lo ou de dificultar o acesso a ele." (AI 547863, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, julgado em 06/06/2005, publicado em DJ 17/06/2005 PP-00115).

De acordo com esse entendimento, a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada objetivamente pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja usada como uma justificativa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social, como a saúde.

É imperioso reconhecer que a efetivação dos direitos sociais, bem como dos demais e garantias individuais, depende de disponibilidade econômica, por isso mesmo é que se vê a necessidade da implementação de um planejamento orçamentário sistemático que englobe as prioridades das quais o Estado se presta a promover.

A teoria da reserva do possível, fruto oriundo de uma decisão do Tribunal Constitucional Alemão, em 1972, que ficou conhecida como Nu-

merus Clausus[110], quando se decidiu pela limitação de vagas de ensino do curso de Medicina nas Universidades de Hamburgo e Baviera, hoje é conhecida por ser um pressuposto utilizado para justificar a inviabilidade econômica de o Estado prestar certos serviços.

Entretanto, em que pese a referida teoria encontrar respaldo em alguns precedentes jurisprudenciais brasileiros, não merece interpretação ao arrepio da lei. A teoria da reserva do possível não pode ser utilizada como meio para legitimar a omissão do Estado em relação aos direitos e necessidades dos que dele precisam para ver saciadas as suas necessidades básicas, como é no caso do acesso à saúde, consequentemente preservando o direito à vida.

O orçamento público precisa assumir a sua função social, e, considerando que a saúde é um de direito garantido a todos, pelo princípio da universalidade, se faz necessário que o Estado disponha de mecanismos para garantir o cumprimento da função a qual se presta.

Há, assim, a necessidade de se garantir o mínimo existencial, o qual sustenta o próprio fundamento da existência do Estado, não sendo possível oposição a essa garantia, nem mesmo se valer dos critérios de seletividade ou distributividade para justificar uma omissão estatal, sob pena de se configurar uma arbitrariedade.

Para DALLARI (2012, p. 112), o fim do Estado reside na garantia de meios para que indivíduos e demais sociedades nele existentes possam atingir os seus respectivos fins particulares. Enquanto REALE (2002, p. 112) prefere defender que o Estado é a institucionalização do poder para a realização do bem comum.

Assim, entendemos, seguindo a doutrina majoritária, pela relativização das teorias ora estudadas, de modo que em nenhum momento estas se sobreponham às garantias individuais de quaisquer indivíduos, principalmente quando se trata de um direito regido pelo princípio da universidade, onde compete à União, aos Estados e Municípios os meios para que os administrados tenham as suas pretensões satisfeitas.

110. Trata-se da decisão BVerfGE2 33, 303, onde foi analisada a constitucionalidade, em controle concreto, de normas de direito estadual que regulamentavam a admissão aos cursos superiores de medicina nas universidades de Hamburgo e da Baviera, na Alemanha, nos anos de 1969 e 1970. Em razão do exaurimento da capacidade de ensino dos cursos de medicina, foram estabelecidas limitações absolutas de admissão, por isso ficou conhecida como numerus clausus.

3. A judicialização dos direitos sociais como alternativa à omissão estatal e a proteção ao mínimo existencial

A inépcia do Estado, em relação às condutas que deveriam ser positivas, tem impulsionado, cada vez mais, o fenômeno da judicialização dos direitos sociais, o que dá às pessoas a possibilidade de exigir em juízo a concretização forçada de prestação de cunho social que não foi cumprida da forma devida.

As decisões do Superior Tribunal de Justiça têm reconhecido a exigibilidade de condutas positivas do Executivo com relação aos direitos tidos como mínimos, a exemplo do direito à saúde, desconsiderando a possível invocação da teoria da reserva do possível, como se pode perceber com a leitura da ementa da decisão de um julgado que segue abaixo, com grifos nossos:

> AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.199.254 - SP (2017/0286767-1) RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO AGRAVANTE : UNIÃO AGRAVADO : LUCIA HELENA MICHELINO ADVOGADO : CRISTIANE DA SILVA - SP125644 INTERES. : MUNICÍPIO DE OSASCO PROCURADOR : JOSE ROBERTO DA FONSECA E OUTRO (S) - SP079541 DECISÃO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRATAMENTO DE SAÚDE. QUESTÃO DECIDIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM COM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. NÃO INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SÚMULA 126/STJ. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL DA UNIÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Agrava-se de decisão que inadmitiu Recurso Especial interposto pela UNIÃO com fundamento no art. 105, III, a da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3a. Região, assim ementado: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. FORNECIMENTO DE TRATAMENTO ODONTOLÓGICO E PRÓTESES. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. DIREITO À SAÚDE. ART. 196 DA CF/8S. PRIMAZIA DOS PRECEITOS FUNDAMENTAIS. NECESSIDADE DE TRATAMENTO DEMONSTRADA POR PROVA PERICIAL. FILA DE ESPERA. PRINCÍPIO

DA ISONOMIA E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. VIOLAÇÃO NÃO - CONFIGURADA. TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL. INAPLICÁVEL. I- Nos termos do § único do artigo 198 da Constituição Federal as ações e serviços públicos de saúde constituem um sistema único, financiado com recursos do orçamento da seguridade social de todos os entes, União, Estados e Municípios, consoante artigo 195 da Carta Magna, caracterizando competência solidária. II - Embora a implementação de políticas de saúde seja de competência do Poder Executivo, a Constituição Federal determina como dever do Estado a preservação da dignidade da pessoa humana e dos direitos e garantias individuais (art 1o, inc. III da CF), a alegação de que o SUS não possui recursos suficientes para atender a todos os necessitados não justifica negar ao cidadão o direito à saúde ou ao hipossufiente o tratamento ou medicações gratuitas (art. 196 da CF). III- A perícia odontológica verificou sofrer a autora efetivamente de disfunção tempero mandibular (DTM) que corresponde à ausência de normalidade nas funções do aparelho mastigatório, resultando em graves prejuízos das atividades do cotidiano, como o sono e a alimentação, além de intensas dores na região afetada. **IV- Inexiste justificativa para uma pessoa aguardar em uma fila para atendimento odontológico por um período de quase dez anos, sofrendo de dores e sendo medicada por anos a fio com analgésicos orais e injetáveis, sem que a causa de sua moléstia seja tratada e possivelmente resolvida.** Não há violação ao princípio da isonomia quando a paciente já aguarda há muito tempo em fila de espera, e diante do agravamento de sua saúde procura por guarida judicial. **V- A teoria da reserva do possível traduzida como insuficiência de recursos, também denominada reserva do financeiramente possível somente tem aptidão de afastar a intervenção do Poder Judiciário na efetivação de direitos fundamentais quando comprovada a ausência de recursos orçamentários suficientes para tanto, o que não ocorreu**. VI- Remessa oficial e apelações improvidas e dado provimento ao recurso adesivo da autoria (fls. 436/437). 2. Opostos Embargos de Declaração, foram eles rejeitados. 3. No Recurso Especial (fls. 482/493), a parte recorrente aponta violação dos seguintes dispositivos: lo,parágrafo 3o, e artigo 3o da Lei 8.437/92, o parágrafo 3o do artigo 300, caput, artigos 496, I, parágrafo único do art. 796, bem como dos artigos 2o e 5o, caput e inciso II, e artigo 198,

> inciso I, da Constituição Federal (...) (fls. 485). Sustenta, em síntese, a existência dos princípios da hierarquização, regionalização e descentralização dos serviços e ações de saúde vinculados ao SUS. Afirma que não cabe a execução direta dos serviços de saúde pública, tarefa esta essencialmente afeta às atribuições dos Municípios (fls. 489) 4. Inadmitido o Recurso Especial às fls. 508/509, sobreveio o Agravo de fls. 511/525. 5. É o relatório do essencial. 6. Verifica-se que o Tribunal de origem utilizou tanto fundamento infraconstitucional, quanto constitucional para dirimir a controvérsia. Entretanto, não consta dos autos a interposição do competente Recurso Extraordinário, a fim de impugnar essa motivação, suficiente à manutenção do aresto. 7. Portanto, incide na hipótese o óbice da Súmula 126 do STJ, que dispõe: é inadmissível Recurso Especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário. 8. Ante o exposto, nega-se provimento ao Agravo em Recurso Especial da União. 9. Publique-se. 10. Intimações necessárias. Brasília/DF, 10 de setembro de 2018. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO MINISTRO RELATOR.

Ao Estado Social é necessário, antes de tudo, o compromisso e envolvimento, por parte dos governantes e dos parlamentares, para a sua efetivação. Hodiernamente, a exemplo das próprias Leis Orçamentárias Anuais (LOA's) e do estabelecimento, por leis de iniciativa do Poder Executivo, conforme prevê o Art. 165 da C.R.F.B./88, do Plano Plurianual (PPA) e das Diretrizes Orçamentárias, é possível identificar mecanismos que devem viabilizar a instituição de programas que defendam os interesses sociais da coletividade, não o contrário disso.

O planejamento orçamentário servirá, não para outra coisa, se não para tornar possível e viável a adequada distribuição dos recursos públicos. É certo que a toda distribuição de um recurso finito, como no caso do orçamento, é preciso se eleger prioridades. Defendemos, assim como a parte majoritária da doutrina brasileira, a existência de direitos mínimos existenciais.

A própria teoria do mínimo existencial, citando as palavras de TORRES (2013), configura "um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas".

Assim, talvez o ponto alto deste breve estudo seja a identificação da existência de um rol de direitos mínimos existenciais que pressupõe o exercício de outros direitos, onde o direito à saúde encontra-se em evidência, apesar de não falarmos aqui em hierarquia, não devendo estar submetido a limitações superáveis, o que torna possível a superação da dicotomia entre as teorias até então discutidas.

Outrossim, a via administrativa, antes do judiciário, se mostra a alternativa mais viável para a efetivação do direito à saúde, através da instituição de políticas públicas que tenham como cerne a concentração do incentivo público necessário para priorizar o que merece ser priorizado: o mínimo. Fábio Konder Comparato (2010, p. 77), em uma feliz colocação, comunga com o que temos dito, quando diz que os direitos sociais "se realizam pela execução de políticas públicas, destinadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres; ou seja, aqueles que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente".

Habacuque Wellington Sodré proferiu pensamento comum ao nosso e de contundente pertinência:

> As políticas públicas são indispensáveis à efetivação de direitos fundamentais e estão condicionadas às ações de poderes políticos (...). Em síntese, são instrumentos de efetivação de direitos, a serem utilizados após a análise de custos e benefícios na relação entre receitas e despesas, visando distribuir, regular e redistribuir benefícios a fim de minorar as desigualdades e aumentar o padrão de vida médio. (SODRÉ, 2011, p.279.)

Quando o Poder Público assume o seu papel efetivamente, tentando satisfazer na medida do máximo possível as prestações sociais positivas, a dignidade é materializada. Ao contrário, o Estado corre o risco de se desvincular da sua própria razão de ser e existir.

Considerações finais

Defendemos o direito à saúde como sendo um mínimo a ser garantido materialmente, constituindo o núcleo da própria dignidade humana. Trata-se de um direito ao qual deve se dar interpretação lato sensu, de

modo que seja entendido como promotor do bem-estar social, protegendo, consequentemente, o direito à vida.

Todos os meios possíveis devem ser utilizados para que sejam garantidas as condições mínimas inerentes à subsistência humana. O acesso ao direito à saúde é essencial para que outros direitos possam ser exercidos. Evitando a manifestação do judiciário, o quanto for viável, as políticas públicas, bem como os demais meios de incentivos disponíveis, deverão dimensionar a sua causa de existir à satisfação das carências das pessoas para que seja a sua condição humana refirmada.

Em tempo, entendemos que o Estado deve cumprir a sua função social e satisfazer, da maneira mais máxima possível, às necessidades de todos, principalmente as de quem dele dependem, através da viabilização do exercício dos direitos sociais que estão intrinsicamente vinculados à promoção da dignidade do homem, materializando a eficácia das normas constitucionais fundamentais e corroborando com a materialização da finalidade ao qual se presta.

Referencial teórico

BARBOSA, Ruy. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**, II, São Paulo: Saraiva, 1933, p. 489.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 45.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em: 18 set. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em recurso especial Nº 1.199.254 – SP.** Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento?seq_documento=19216114&data_pesquisa=06/06/2018&parametro=42>. Acesso em: 21 set 2018.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 set. 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 7ª ed. Rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 77.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 112.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 112.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª ed. Rev. E atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2013, pp. 288-289.

_____. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**; Ed. Malheiros; 8ª edição; 2012.

SODRÉ, Habacuque Wellington. **As contingências das demandas individuais frente à questão da universalização dos direitos sociais no contexto da judicialização da política**. In. Revista de Processo (RePro). n. 200, ano 36, São Paulo: RT, 2011.

Ambiência em uma casa de parto, centro de parto normal e centro obstétrico no Rio de Janeiro: pesquisa avaliativa

Geiza Martins Barros

Introdução

A definição de saúde como "um completo bem estar físico, mental e social", as múltiplas dimensões do ser humano e a complexa identidade sociocultural e histórica dos seres fizeram com que as políticas públicas de saúde ampliassem suas ações para além do biológico/patológico, e neste contexto as questões que envolvem a ambiência ganham destaque.

O tratamento dado aos espaços de saúde compreende a ambiência em saúde e esta integra além dos aspectos físicos, os espaços sociais, profissionais e de relações interpessoais que devem proporcionar atenção acolhedora, resolutiva e humana (Brasil, 2010)1. A relação entre ambiência e nascimento se intensifica e é resguardada no modelo de atenção que valoriza o ambiente do nascimento e propõe que este seja o mais acolhedor possível, promovendo segurança, privacidade, garantia do acompanhante e conforto (Brasil, 2014; Bryar R, Sinclous M, 2011; Buckley SJ, 2004; Lothian JA, 2004)2,3,4,5.

Uma importante pergunta deve ser feita: Quais as melhores condições ambientais para o bebê nascer? As evidências científicas ratificam que a mãe é a melhor pessoa para receber o seu bebê, quando este nasce com boas condições de vida e, com ela deve permanecer, sendo que o ambiente ao seu entorno deve procurar manter as condições físicas, tais como temperatura, luminosidade e sons, adequadas para que essa interação inicial não seja prejudicada (Brasil, 2014)2.

O ambiente onde ocorre o parto e nascimento deve, portanto, procurar minimizar os estímulos sensoriais, uma vez que este também é um cuidado importante nesta assistência. O recinto do nascimento possui a capacidade de evocar respostas do RN e estas podem ser comportamentais ou mesmo fisiológicas (Leboyer, 1992)6.

Com a adequação dos elementos ambientais, o neonato quando colocado em contato pele a pele com o colo materno tem a possibilidade de ouvir os sons ao encostar a orelha sobre o coração materno, isso o faz relembrar o ambiente anterior, ouve a frequência cardíaca, sente a mãe, sua respiração, as impressões do passado devem ser recapituladas para que esse "mundo novo" seja entendido como algo familiar para que ele possa se tranquilizar(Leboyer, 1992)6.

A ambiência em saúde é discutida no manual produzido pelo MS de 20101, Cadernos HumanizaSUS de 2014 (Brasil, 2014)2 e RDC n° 36/2008 (Brasil,2008)7. Segundo estas referências os serviços de atenção obstétrica e neonatal devem procurar manter a possibilidade de controle da luminosidade, temperatura e ruídos no ambiente (Brasil, 2010; 2014; 2008)1,2,7.

Pensando na ambiência para uma melhor adaptação do neonato, temos que lhe assegurar um espaço que tente preservar algumas das características do ambiente em que ele estava durante a vida fetal, o útero materno (Leboyer, 1992)6. A temperatura deve ser constante, para evitar a perda expressiva de calor, sons amenos e penumbra (Leboyer, 1992)6.

Frente à existência de diferentes modelos de atenção nos serviços de saúde que atendem ao parto e nascimento, este trabalho tem como objetivo analisar os aspectos relacionados a ambiência no nascimento em uma casa de parto (CP), um centro de parto normal (CPN) e um centro obstétrico (CO) do município do Rio de Janeiro à luz das

recomendações da RDC/ANVISA 36/2008 (The Royal, 2012 ; Gaíva MAM e Tavares CMA, 2002; Swanson JR, Sinkin RA, 2015)(8-11).

1. Método

Este trabalho integra o estudo que avaliou o grau de implementação das boas práticas de atenção imediata ao RN sadio. Foi realizada uma pesquisa avaliativa normativa dos serviços considerando a dimensão do processo. Para tal foi realizou-se uma observação participante do cuidado neonatal prestado aos RN saudáveis na sua primeira hora de vida. Um diário do campo foi feito de forma a sistematizar as observações e possibilitar uma discussão dos dados de forma mais contextualizada.

Os dados foram colhidos no local e momento do nascimento do RN em uma casa de parto (CP), um centro de parto normal intra-hospitalar (CPN) e uma maternidade com centro obstétrico tradicional (CO), todos estes serviços são geridos pelo município do RJ. Neste estudo estamos definindo o modelo de atenção na CP como modelo humanizado, o modelo do CO como tecnocrata e o modelo do CPN como um modelo de transição (modelo colaborativo) porque incorpora elementos dos dois modelos anteriores.

A estrutura física da casa de parto é composta por três suítes destinadas a mulher e familiares no momento do parto e nascimento, com cama de casal, berço para neonato, banheiro com banheira, além de mobília peculiar e janelas que auxiliam na iluminação. A mulher, RN e acompanhante (s) permanecem neste recinto até a sua alta da casa.

O 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 parto, 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.

A sala de parto do CO (maternidade) é separada do pré-parto e possui uma mesa cirúrgica para parto, uma UCR e uma cortina como divisória ao corredor que dá acesso ao centro cirúrgico.

Foram incluídos no estudo os RN saudáveis, a termo nascidos entre junho a dezembro de 2016 de parto vaginal em gravidez única, com au-

sência de mecônio, com peso maior ou igual a 2.500kg, índice de Apgar do primeiro e quinto minutos maior ou igual a 7. Foram excluídos os filhos de mulheres que deram entrada na unidade em período expulsivo, das mulheres com menos de 15 anos e das mulheres HIV positivas. Também foram excluídos os RN com anomalias congênitas.

Neste estudo calculou-se um tamanho de amostra de 32 RN para a CP, 32 RN para CPN e 20 para o CO. O cálculo amostral foi realizado no EpiINFO 7® considerando um nível de confiança de 95%, poder de 80% e que a prevalência das boas práticas de atenção imediata ao RN na CP é de 90%, na CPN é de 60% e no CO é de 50%.

Os dados obtidos acerca da ambiência no nascimento: presença/ausência do acompanhante, valor da temperatura (℃) ambiente no momento do nascimento, luminosidade- se a luz era direcionada/não para a face do neonato/vagina da mulher, sons- presença/ausência de conversas paralelas, foram provenientes da observação efetivada no local e momento dos nascimentos.

As variáveis que integram a ambiência no momento do nascimento foram definidas a partir das normas e recomendações do MS, OMS e RDC 36/2008 (ANVISA)(8-12) para posterior análise da conformidade dos cuidados relacionados à ambiência nas unidades onde se efetivou o estudo. Todos os dados foram digitados em planilha Excel® para posterior análise.

Os dados foram copiados para o programa SPSS® 21, realizado uma analise descritiva, estabelecido o número de casos, p-valor e frequência das variáveis relacionadas à ambiência.

Este trabalho foi aprovado pelo Comitê de Ética em Pesquisa com Seres Humanos do Instituto Nacional de Saúde da Mulher, da Criança e do Adolescente, Fernandes Figueira (CEP-IFF) e da Secretaria Municipal de Saúde do Município do Rio de Janeiro, cujos Certificados de Apresentações para Apreciação Ética foram: CCAE 52487915.7.0000.5269 e 52487915.7.3001.5279. Todos os participantes assinaram Termo de Consentimento Livre e Esclarecido conforme preconizado pela resolução 466/2012.

2. Resultados

2.1 Aspectos sócios demográficos, obstétricos e neonatais

As mulheres que tiveram seus neonatos incluídos no estudo apresentaram uma idade mediana de 24 anos (variando de 15 a 36 anos), em sua maioria se referiam como brancas (53,41%) ou pardas (32,95%), tendo 67,04% nível de escolaridade médio e 28,41% o nível fundamental. A maioria (88,64%) referiu possuir companheiro e 68% ter atividade remunerada. Todas as mulheres realizaram consultas de pré-natal e apresentaram uma paridade mediana de 3 partos (variando de 0 a 7 nascimentos).

Os dados dos RN analisados apresentaram uma mediana de idade gestacional de 39 semanas (variando de 37 a 41semanas) e uma valor mediano para o índice de Apgar de 9 tanto no primeiro quanto no e quinto minuto de vida. A assistência ao parto foi realizada por médicos em 60,22% e pela enfermagem obstétrica em 39,78%. A assistência neonatal foi realizada por médicos em 89,77%. A partir da análise dos dados obtidos podemos inferir que os neonatos que participaram do estudo são classificados como de baixo risco e nasceram com boa vitalidade.

2.2 Ambiência no nascimento

A ambiência adequada para o nascer envolve fatores físicos, tais como: temperatura, luminosidade, sons, como também fatores relacionados ao conforto e segurança, como por exemplo, a presença do acompanhante de escolha da mulher.

Neste estudo, a presença do acompanhante foi constatada em todos os nascimentos observados no CPN e na CP. No CO em 90% dos partos vaginais.

A temperatura recomendada de 26℃ só foi assegurada na CP. No que se refere à luminosidade, descrita a partir da ausência de direcionalidade para a vagina da mulher e, por conseguinte, não incidindo diretamente na face no neonato ao nascer, esta foi verificada em 87,5% dos partos na CP, 90% no CPN e 22,5% no CO.

Outro importante cuidado a ser considerado em um nascimento, diz respeito aos sons. A ausência de conversas paralelas tem o potencial de tornar o ambiente mais ameno e propício à concentração da mulher, e foi comtemplado em 100% dos nascimentos na CP, em 80% no CPN e 40% no CO. A tabela 1 a seguir explicita a proporção de realização dos cuidados relacionados a ambiência em cada unidade.

Tabela 1. Proporção de realização dos cuidados relacionados a ambiência em cada unidade (CO, CPN, CP).

Item avaliado	CP		CPN		CO		p-valor
	n	%	n	%	n	%	
Presença do acompanhante	8	100	40	100	36	90	,000
Temperatura no local do parto maior ou igual a 26℃	8	100	0	0	0	0	,000
Luminosidade: **AUSÊNCIA DE** direcionalidade/ incidência da luz para a vagina da mulher	7	87,5	36	90	9	22,5	,000
Sons-**AUSÊNCIA DE** conversas paralelas no momento do nascimento	8	100	32	80	16	40	,000

3. Discussão

Os dados apontam que os cuidados destinados à adequada ambiência ao nascimento se diferenciaram de acordo com o modelo de atenção. A CP com o seu modelo humanizado e assistência pela Enfermagem Obstétrica conseguiu assegurar a ambiência adequada em quase todos os nascimentos assistidos. Já o CO, modelo tecnocrático e assistência

exclusiva pela medicina, não atingiu percentual satisfatório no que diz respeito aos cuidados tais como: temperatura, luminosidade e sons. O CPN com seu modelo colaborativo obteve percentual elevado de efetivação de cuidados que tem como base as evidencias científicas.

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, 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 CCL et al,2005)12.

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 temos da lei n° 11.108 de 07/04/05. Este acompanhante deverá ser indicado pela mulher segundo sua livre escolha (Brasil, 2005)13. 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 assisti ao nascimento de seu filho adquire a responsabilidade do cuidado familiar e fomento a equidade de gênero(Tarnowski Ks, Prospero ENS, Elsen I, 2005) 14.

No que se refere a temperatura ambiente, o organismo humano possui um limiar frente as oscilações de temperatura do ambiente em que encontram-se inseridos e a termorregulação, que resulta do equilíbrio entre a produção e a liberação de calor, exige gasto energético. Os neonatos precisam economizar suas energias para as inúmeras funções a serem requisitadas na primeira hora de vida extra-uterina, a temperatura tanto em níveis altos como baixos pode demandar muito dos bebês, causando-lhes sérios problemas de saúde (Brasil, 2011, Zveiter M! PEREIRA ALF, 2014)15,16.

Um dos problemas que a temperatura inadequadamente baixa da sala de parto pode desencadear, mesmo quando o RN nasce vigoroso, é a acidose metabólica nas duas primeiras horas de vida, pela acentuada hipotermia provocada (Lunze K, Hanger DH, 2012)17.

Portanto, o objetivo principal da proteção térmica adequada do neonato é prevenir a hipotermia e esta se encontra associada ao aumento

da morbimortalidade neonatal. A termorregulação neonatal envolve o hipotálamo e é mediada pelo sistema endócrino. Existem cuidados essenciais e simples como o contato pele a pele e a amamentação para sua prevenção(Lunze K, Hanger DH, 2012)17.

A Organização Mundial de Saúde conceitua como valores normais de temperatura do RN de 36,5 a 37℃ e classifica a hipotermia conforme a gravidade: potencial estresse do frio (hipotermia leve): temperatura entre 36,0 e 36,4℃; hipotermia moderada: temperatura entre 32,0 e 35,9℃; hipotermia grave: temperatura menor que 32,0℃ (OMS, 2004)18.

No que concerne a luminosidade, a luz pode ser entendida como um dos componentes que atuam como modificadores e qualificadores do espaço20. Serve para a execução das tarefas e contribui para a composição de uma ambiência mais aconchegante quando se explora as sombras que proporciona (Brasil, 2014)19 .

Vale lembrar que no meio intrauterino o feto convive com um ambiente de penumbra e a luminosidade exaustiva da sala de parto pode representar para o RN um desconforto (Gaíva MAM, Tavares CMA, 2002)9. Os profissionais que assistem aos neonatos, não podem ignorar o desconforto que uma luminosidade intensa pode causar em alguém que vivia em ambiente de penumbra (Leboyer, 1992)6.

A ecologia ambiental da sala de parto é um importante fator de conforto, porém não se tem dado ao assunto a atenção adequada (OMS, 2004)20. Daí que a RDC n° 36 de 03/06/08 reforça a necessidade de se controlar outro fator relacionado ao ambiente do nascimento, os ruídos (Brasil, 2008)7.

As recomendações que tem como premissa o controle dos ruídos tem como base o reconhecimento de que dentro do ventre materno o feto fica envolto de líquido amniótico, além das camadas de tecidos e órgão da mãe que o protege da sonoridade excessiva. E ao nascer ele pode se deparar com a verbalização exaltada da equipe na sala de parto capaz de causar-lhe dificuldade auditiva (Leboyer, 1992)6.

Os sons intensos e desnecessários além de perturbar a audição do RN prejudicam a sua concentração e com isso a interação com a sua mãe/pai trazendo prejuízos para formação do apego22. O apego é definido como um tipo de vínculo baseado na relação entre pais e filhos, no qual o senso de segurança está ligado á figura de apego (Bowlber, 1990)21.

O silêncio por parte da equipe de saúde presente no nascimento também deve ser um cuidado prioritário. Além da ausência dos sons desnecessários, penumbra e atenção devem integrar esse instante da assistência ao neonato (Leboyer, 1992)6. A necessidade de se ouvir música ou de se manter o controle dos ruídos em alguns espaços de saúde devem ser resguardados para se assegurar a privacidade dos sujeitos (Brasil, 2010)1.

Um estudo realizado em 2011 em dois centros obstétricos que mensurou através de um dosímetro os níveis de pressão sonora durante o parto, constatou que 94% do total dos ruídos existentes durante a permanência do RN na sala de parto resultou da conversa entre os profissionais de saúde (Oliveira FLC, 2011)22.

A pesquisa também evidenciou que o menor valor de leq (pressão sonora equivalente) médio, que representa a média de energia sonora durante um intervalo de tempo, foi de 64,9 dBA sendo que a recomendação da OMS é de 45dB. Isso traz consequências fisiológicas para o RN como por exemplos, aumento da pressão intracraniana devido a agitação e choro, alteração na frequência cardíaca e respiratória, assim como diminuição da saturação de oxigênio transcutânea. Além dos aspectos fisiológicos, os comportamentais também podem ser atingidos, trazendo prejuízos a interação com a mãe (Oliveira FLC, 2011)22.

Conclusões

As unidades que compuseram o estudo possuem distintos modelos de atenção e estes parecem ter influenciado na adesão as boas práticas da assistência integrantes da ambiência. A diferença entre as unidades vai além dos modelos que lhes guiam, abarcando as composições da equipe de assistência ao parto e nascimento, estrutura física, quantitativo de recursos humanos, dentre outros. No entanto, o que se evidenciou foi que apenas uma das três unidades, apresentou dados tão destoantes das demais e, foi exatamente a que não conta com a atuação da enfermagem obstétrica.

Diante disso, faz-se importante auxiliar as unidades com características similares ao CO à implantação das boas práticas e assistência pelos profissionais da enfermagem obstétrica objetivando assim, assegurar um indispensável princípio do Sistema Único de Saúde, a equidade.

Referências

Bowlby, J. (1990). Apego e perda, Vol 1. Apego: a natureza do vínculo (2a ed). São Paulo: Martins Fontes. (Trabalho original publicado em 1969).

Brasil. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Conforto Ambiental em Estabelecimentos Assistenciais de Saúde. Brasília-DF. 2014. 165 p.

Brasil. Ministério da saúde. Agência nacional de Vigilância sanitária. Resolução- RDC n°36, de 3 de junho de 2008. Dispõe sobre o regulamento técnico para funcionamento dos serviços de atenção obstétrica e neonatal. 2008.

Brasil. Ministério da Saúde. Caderno HumanizaSUS: Humanização do parto e nascimento.4.vol. Brasília, DF: O ministério. 2014

Brasil. Ministério da Saúde. Humanização do parto e do nascimento / Ministério da Saúde. Universidade Estadual do Ceará. – Brasília: Ministério da Saúde, 2014. 465 p.: il. – (Cadernos HumanizaSUS ; v. 4.

Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas e Estratégicas. Além da sobrevivência: práticas integradas de atenção ao parto, benéficas para a nutrição e a saúde de mães e crianças.Brasília-DF.2011.

Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Núcleo Técnico da Política Nacional de Humanização. Ambiência. 2. ed. – Brasília : Editora do Ministério da Saúde, 2010. 32 p. – (Série B. Textos Básicos de Saúde).

Brasil. Ministério da Saúde. Lei n° 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.

Bryar R; Sinclaus M. Theory for Midwifery Practice. Second Edition. Editorial Mattes. 2011.

Buckley SJ. Ecstatic Birth the Hormonal Blueprint of Labor. 2002. Disponível em: http://www.mothering.com/articles/ecstatic-birth/. Acesso em: 10/04/2018.

Evidence based Guidelines for midwifery-Led care in Labour. Immediate care of the Newborn. The Royal College of Midwives. 2012.

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.

Leboyer. Nascer sorrindo. 14 ed. Editora Brasiliense. 1992.

Lothian JA. 2004. Do not disturb: the importance of privacy in labor. *J Perinatal Ed* 13(3):4-6.

L**unze K, Hamer DH. Thermal protection of the newborn in resource-limited environments. J Perinatol. 2012;32(5):317-24.**

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.

Oliveira FLC; Kakehashi TY; Tsunemi MH; Pinheiro EM. Nível de ruído em sala de parto. Texto Contexto Enferm, Florianópolis, 2011 Abr-Jun; 20(2): 287-93.

OMS. Organização Mundial de saúde. Método madre canguro: guia práctica. Genebra, 2004.

Organização Mundial da Saúde. Maternidade segura. Assistência ao parto normal: um guia prático. Genebra (SUI): OMS; 1996.

Swanson JR; Sinkin RA. Transition from fetus to newborn. Pediatr Clin N Am 62 (2015) 329-343. Disponível em http: // dx.doi.org/10.1016/j.pcl.2014.11.002 Acesso em 09/07/2015.

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.**

Zveiter M. Pereira ALF. Curso de Aprimoramento para Enfermeiras Obstétricas, com Enfoque no Componente Parto e Nascimento da Rede Cegonha-Ministério da Saúde: Caderno do Facilitador. Rio de Janeiro. ED: ABENFO-RJ. 2014 .

O sistema único de saúde em julgamento: experiência de acadêmicos de enfermagem em um júri simulado

Germana Maria da Silveira
Samy Loraynn Oliveira Moura
Emanuela Rodrigues Sales

Introdução

A Saúde Pública no Brasil é um tema frequentemente abordado na sociedade. Nos últimos 30 anos, tem-se visto um misto de avanços e defasagens no sistema público de saúde. O que faz repercutir os resultados na ponta do sistema, isto é, na prestação de serviço público, muitas vezes ineficiente para o usuário. Diversas são as razões. Entretanto, o estado brasileiro tem procurado reverter essa situação.

O Sistema Único de Saúde (SUS) brasileiro foi criado em 1988 pela Constituição Federal Brasileira e regulamentado em 1990, pelas leis nº 8.080 e nº 8.142 e tem como princípios o acesso integral, universal e gratuito para toda população (BRASIL, 1990).

A criação do SUS foi o maior movimento de inclusão social já visto na História do Brasil e representou, em termos constitucionais, uma afirmação política de compromisso do Estado brasileiro para com os

direitos dos seus cidadãos (BRASIL, 2007). A demanda histórica pela universalização e gratuidade da saúde pública foi institucionalizada em princípios gerais. Essas diretrizes vão direcionar todas as ações concernentes desde o planejamento até a prestação de serviço na ponta (ao cidadão). O SUS é dividido em princípios finalísticos e organizativos. Os princípios finalísticos são a universalidade, a integralidade e a equidade. A Universalidade garante o atendimento a todas as pessoas sem qualquer distinção social, econômica ou de raça. A Equidade reconhece a igualdade no atendimento de todos os cidadãos perante o Sistema Único de Saúde, enquanto que a integralidade diz respeito à combinação das ações de saúde voltadas ao mesmo tempo para a prevenção e a cura.

A VIII Conferência Nacional de Saúde que ocorreu em 1986 foi o grande marco para a Reforma Sanitária. Pela primeira vez estavam presentes diferentes representantes dos segmentos da sociedade, inclusive, os usuários. Assim, a representatividade foi assegurada com a participação da sociedade civil, ao ouvir suas experiências e dúvidas. A Conferência teve como objetivo de preparar propostas para assegurar a saúde como um direito no processo constituinte (AROUCA, 1986).

A saúde vem enfrentando desde que foi inserida na Constituição Federal de 1988, como política pública de Estado. Dessa maneira, os quatro obstáculos destacados pelo autor são: subfinanciamento federal, no qual os municípios e Estados se tornaram os maiores responsáveis pelo financiamento da saúde pública; subsídios federais ao mercado de planos privados e saúde, em que acontece a renúncia fiscal, o cofinanciamento público de planos privados para servidores públicos, e o não ressarcimento determinado pela Lei 9656/1999; grande rigidez da estrutura administrativa e burocrática do Estado, em que o Estado está gerenciando de forma centralizada e burocrática, afetando o atendimento aos usuários, com grande resistência à reforma da estrutura gerencial estatal da prestação de serviços; e a entrega do gerenciamento de estabelecimentos público a entes privados, através do discurso que o setor público é incapaz de gerir com eficiência os serviços públicos, o Estado entrega ao setor privado o gerenciamento de serviços públicos necessários para a população, nascendo assim, as Organizações Sociais

(OS), Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), e as Parcerias Público-Privadas (PPP) (SANTOS, 2013).

O reconhecimento da formação profissional como uma condição fundamental para manutenção e melhoria da qualidade na produção dos serviços em saúde recai sobre as Instituições de Ensino Superior (IES), particularmente a universidade, como um grande desafio que exige corajosa redefinição dos processos de formação e adequação dos currículos a partir dos projetos pedagógicos, cujas exigências requerem a preparação de profissionais qualificados, comprometidos em efetuar as mudanças necessárias no fortalecimento do SUS (PINHEIRO *et al.*, 2003).

Diante desse contexto, o júri simulado desponta como ferramenta pedagógica que propicia ao educando condições de defender suas concepções por meio de um discurso argumentativo, expor sua perspectiva referente a temas controversos, tais como questões socioambientais, aproximando os alunos das reais condições de produção da Ciência e de suas relações com a tecnologia, a sociedade e o meio ambiente e ainda trabalha conceitos artísticos de comunicação e expressão já que os alunos são divididos em grupos, de acusação, de defesa, do júri e testemunhas (GOMES; BARBOZA, 2013).

O júri simulado consiste em uma atividade multidisciplinar em que se simula um tribunal judiciário no qual os participantes assumem funções anteriormente estabelecidas. É uma estratégia já utilizada há algum tempo em escolas e universidades, pois permite que questões divergentes sejam discutidas, desenvolvendo o senso crítico nos alunos e também permite que os alunos ampliem suas habilidades e competências com relação à capacidade de falar em público, à organização de ideias, à argumentação, à persuasão (ABEPIRENSE *et al.*, 2014).

Além disso, o júri simulado demonstra aos alunos a existência de correntes divergentes e a necessidade dessa divergência para o desenvolvimento científico; o aluno aprende também a respeitar as diversas opiniões que os colegas trazem a respeito do assunto a ser debatido, aprendendo a não levar a discussão ocorrida no debate para a sua vida pessoal (HANNAS et al., 2017).

Dessa forma, o presente trabalho teve por objetivo aumentar o interesse dos acadêmicos de enfermagem em relação ao conhecimento,

participação e o controle social do SUS através da realização da estratégia pedagógica Júri Simulado.

1. Metodologia

Trata-se de um relato de experiência, vivenciada durante o módulo Trabalho e Saúde: conceitos e práticas vinculadas ao Programa de Graduação em Enfermagem, da Universidade Estadual Vale do Acaraú (UVA), em Sobral- Ceará, no primeiro semestre letivo de 2016. Foi apresentada uma proposta de dinâmica de grupo, denominada "Júri Simulado", tendo como pauta a "Saúde como direito de todos", tal dinâmica pensada como uma estratégia para efetivar situações em que o aluno seja desafiado a resolver problemas em grupo, com flexibilidade de espaço e tempo, estando em processo de formação constante.

O "Júri Simulado", é uma dinâmica para estimular a "reflexão dialogada, o pensamento crítico e a exposição e o respeito às diferenças e a tomada de posição a partir de argumentos sólidos". Baseados em Piaget, esses autores destacam que "o exercício de argumentar e ao mesmo tempo antecipar a posição de outrem em relação à sua argumentação exige um trabalho de descentração, ou seja, o de poder refletir a partir da posição do outro" (REAL E MENEZES, 2007).

A dinâmica de grupo foi desenvolvida junto aos 42 discentes do 8º período de enfermagem. Toda turma, foi dividida em três grandes grupos: um de acusação do SUS, outro de defesa do SUS, e outro como jurados(as) do veredicto final. Os alunos foram estimulados a montar um roteiro e dramatizar um julgamento em que o réu seria o SUS, no sentido de julgar se as ações do SUS, praticadas pelos serviços de saúde no país, são boas ou ruins para a população e se há participação social efetiva no processo.

Na proposta da simulação de um júri em sala de aula, cada grupo de alunos assumiu uma das funções: advogados de defesa (responsáveis em posicionar-se a favor do SUS, trazendo argumentos favoráveis a essa prática) ou advogados de acusação (grupo que se posiciona contra e discordar que o SUS contribui para a diminuição do processo de adoecimento da população. Os componentes usaram argumentos práticos e/ou teóricos justificando que o SUS não exerce função significativa

para diminuir o processo de adoecimento dos usuários do sistema). Contudo, para a elaboração dos argumentos foi necessário que, após a construção do raciocínio individual, baseado na afirmativa e seguido de uma justificativa, partir para o processo de discussão no grupo, momento em que os discentes colocariam em questão os pontos de vista controversos na tentativa de justifica-los ou refutá-los a partir de um conjunto de pro-argumentos (razões a favor) e contra argumentos (razões contra) (MENDONÇA, 2013). O réu, por sua vez, foi à situação problemática exposta pelos elaboradores da proposta.

Para facilitar a coordenação das atividades o Júri Simulado foi realizado em quatro etapas: abertura, defesa da tese inicial, debate entre os grupos, considerações finais e finalização.

Como critérios avaliativos foram observados: utilização de argumentos coerentes de acusação e de defesa; segurança na apresentação dos discursos; organização do cenário, figurino e linguagem conforme um julgamento e o tempo de duração da exposição.

2. Resultados e discussão

A dinâmica Júri Simulado constituiu-se conforme uma sessão de tribunal de júri. Para compor os personagens, selecionou-se, entre os alunos, um promotor público, um advogado de defesa, quatro testemunhas e o corpo de jurados (alunos remanescentes) que avaliariam e atribuiriam votos, decidindo se o réu (sus) seria condenado ou absolvido.

Inicialmente, ambos os grupos de advogados, de acusação e de defesa, tiveram seu momento para expor os argumentos e ao final de cada explanação cada parte fez uma réplica e uma tréplica. Após o momento inicial, as testemunhas começaram a ser convocadas, sendo interrogadas primeiramente pela parte que as nomeou e, depois, pela outra parte.

A primeira etapa da dinâmica foi composta pela abertura do Júri - após a divisão dos grupos, o juiz reservou de 10 a 15 minutos para que os grupos realizassem discussões com a finalidade de elaborar argumentos condizentes com a função que estão assumindo naquele momento. Depois do tempo estipulado o Juiz declarou que a sessão estava aberta apresentando alguns pontos da situação do Sistema Único de Saúde (SUS) e o que

seria desenvolvido naquela sessão. Em seguida, iniciou-se a apresentação dos argumentos de cada grupo, com duração de cerca de 15 minutos, cada.

O primeiro grupo a apresentar foram os advogados de acusação que, após a apresentação dos advogados de defesa, tiveram direito à réplica ou tréplica. Depois dos embates entre advogados de acusação e defesa o juiz teve a tarefa de elaborar questões que foram votadas pelos jurados. Essas questões foram explicitadas a todos. Nesse momento, desfazem-se os grupos de advogados de defesa e advogados de acusação e todos passaram a assumir a função de jurados. Na nova função os estudantes foram votar (expondo o seu interesse e não mais do advogado de defesa ou acusação) a respeito dos quesitos elaborados pelo docente. Depois da votação e a contagem dos votos pelo juiz, o mesmo decretou o veredicto.

Na segunda etapa, os grupos foram reorganizados e cada grupo teve a oportunidade de discutir sobre o assunto e, ainda, selecionar os principais argumentos e pontos a serem considerados na hora do debate.

A terceira etapa do júri, ocorreu a simulação; os alunos da acusação e defesa tiveram a oportunidade de trazerem seus argumentos, incluindo a réplica e a tréplica depois, os jurados tiveram a oportunidade de analisarem os argumentos de todos sobre o assunto tratado e também de realizar questionamentos.

Na última etapa, os alunos tiveram a oportunidade de tecerem comentários e avaliarem o sucesso da metodologia, bem como os jurados entregarem seu parecer a respeito de seu voto.

Verifica-se que houve menção ao fato de que alguns argumentos foram trazidos tanto pela equipe de defesa quanto pela de acusação, denotando que os aspectos que julgamos serem 'negativos' ou 'positivos' frente ao maior sistema público universal do mundo (o SUS) dependem do contexto historio, social e político do qual falamos, podendo tomar conotações diferentes e até pólos divergentes a partir de diferentes óticas.

É notório, a partir da atividade "júri simulado", é possível aos alunos evidenciar as opiniões, compreensões, ponderações, argumentos e hipóteses dos estudantes acerca dos assuntos pautados durante as discussões e nas interações com os grupos que de acordo com Mendonça e Justi (2013) é uma expressão de argumento social.

A abordagem de questões sócio científicas contribui no sentido de favorecer não somente a compreensão de fatos ou fenômenos, mas an-

tes de tudo a realização de uma leitura crítica desses aspectos e de suas relações com mundo moderno de modo com que os sujeitos consigam problematizar as construções históricas (SANTOS E MORTIMER, 2009).

Diante do exposto, podemos destacar que dentro da proposta do Júri Simulado, os alunos se tornam mais participativos, desenvolvem habilidades argumentativas e buscam informações do dia a dia para dialogar com conceitos científicos, o que contribui para a aprendizagem mais significativa. Esses posicionamentos devem ser valorizados pelo professor durante as discussões nas interações com os grupos. Nesse processo de aprendizagem colaborativa, os estudantes contra-argumentam, refutam, justificam suas colocações tendo em vista a estruturação do argumento individual (MENDONÇA; JUSTI, 2013).

Para argumentar é necessário escolher entre diferentes opções ou explicações e raciocinar sobre os critérios que permitam avaliar como mais adequada a opção escolhida (QUEIROZ, 2007).

A proposta supracitada teve como foco o desenvolvimento de habilidades argumentativas, permitindo aos alunos exercitar o julgamento, comparação e a capacidade de assumir e justificar o seu posicionamento acerca de uma determinada questão. Nesse processo, a negociação e a conclusão baseadas na defesa das posições defendidas são habilidades indispensáveis para compreensão básica de conceitos científicos, a compreensão da natureza das ciências e dos fatores éticos e políticos que circundam a prática, assim como do entendimento das relações existentes entre ciência, tecnologia e sociedade.

Acredita-se que a atividade do júri simulado pode contribuir para instigar nos(as) futuros(as) enfermeiros(as) a semente da mudança que o SUS necessita, retomando alguns dos ideais preconizados desde o movimento de reforma sanitária, onde trabalhadores(as) e sobretudo usuários(as) se co-responsabilizavam pela conquista da saúde como direito de todos e dever do estado, prezando não só pela ampliação do acesso para garantia constitucional da universalidade, mas primando também pela oferta de serviços e cuidado com qualidade - tendo em vista a humanização e integralidade em todos os níveis de complexidade do sistema. Aponta-se, pois, a formação de profissionais de saúde mais críticos, reflexivos, e criativos, como um dos caminhos para essa mudança.

No desenvolvimento da dinâmica, os alunos impressionaram o público com suas argumentações, postura ética, fundamentação teórica/legislativa e desenvoltura oral. Não obstante, os principais objetivos (debater o tema, formular argumentações consistentes, fundamentar um argumento na lei, tomar um posicionamento, exercitar a expressão e o raciocínio, amadurecer o senso crítico) foram plenamente atingidos. Além disso podemos observar a responsabilidade e o comprometimento durante a metodologia aplicada.

Considerações finais

Acredita-se que, enquanto metodologia de ensino, o júri simulado foi uma estratégia pedagógica de metodologia ativa que não só demonstrou o quanto o conhecimento científico é transformado no contexto da graduação, quanto estimulou nos discentes a reflexão e a elaboração para si de conceitos que envolveram a promoção do desenvolvimento do senso crítico e de valores tais como a noção de justiça, direitos e deveres do cidadão, bem como ética e moral profissionais. Pode-se perceber ainda que esta dinâmica foi uma importante estratégia de ensino para a formação profissional em saúde por favorecer o debate de ideias, a tomada de decisão e o trabalho colaborativo.

Percebe-se que os acadêmicos compreenderam a importância da temática, trazendo uma reflexão acerca do compromisso de todos os representantes na tomada de decisão e responsabilidade do bom funcionamento do SUS e, dessa forma, contribuir para a construção de uma gestão verdadeiramente democrática.

Em suma, podemos afirmar que a prática da argumentação em sala de aula suscitada pela dinâmica de Júri-simulado estimulou a reflexão, a criticidade, a criatividade e o desenvolvimento de conteúdos, habilidades e competências argumentativas. É necessário formar um sujeito flexível, que está em constante processo de aprendizagem, capaz de lidar com situações diversas e resolver problemas imprevistos. Logo, o aluno não deve ser um mero espectador do conhecimento. É importante que ele tenha uma postura crítica e reflexiva no processo de ensino aprendizagem. Neste contexto, é imprescindível o desenvolvimento de atividades como esta, que estimulam os debates e as discussões em sala de aula.

Referências

ABEPIRENSE, P. G. G. S; VIEIRA, G.O; CURTINHAS, S. BARBOSA, L.M.A. O uso de metodologias ativas na formação do profissional Enfermeiro – Tribunal do Júri-Simulado: uma experiência de sucesso. **Congresso Iberoamericano de Ciência**, Tecnologia, Innovación y Educación. Anais do... Buenos Aires, Argentina, 2014

AROUCA, A S. S. **Saúde e democracia**. Anais 8ª Conferência Nacional de Saúde, 1986. Brasília: Centro de Documentação do Ministério da Saúde, 1987, p. 35-47.

BRASIL. Diário Oficial da União. **Lei nº 8080/90**. Dispõe sobre as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o financiamento dos serviços correspondentes e da outras providências. Brasília DF, 19 de setembro de 1990.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Sistema Único de Saúde**. **Brasília**, DF, 2007. (Coleção Progestores - Para entender a Gestão do SUS, 1).

EAL, L. M. C.; MENEZES, C. Júri simulado: possibilidade de construção de conhecimento a partir de interações em um grupo. In: NEVADO, R.A.; CARVALHO, M.J.S.; MENEZES, C.S. (Org.). **Aprendizagem em rede na Educação a Distância**: estudos e recursos para formação de professores. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2008.

GOMES, T. G.; BARBOZA, L. C**. Uma Proposta de Júri Simulado como Estratégia Lúdica para Ensino de História da Química no Ensino Médio: A Teoria do Flogístico**. VII ENCONTRO PAULISTA DE PESQUISA EM ENSINO DE QUÍMICA, 2013.

HANNAS et al (Org). **Metodologias ativas de ensino**: manual de aplicação. Belo Horizonte: 3i Editora, 2017.

MENDONÇA, P.C.; JUSTI, R. Ensino-Aprendizagem de Ciências e Argumentação: Discussões e Questões Atuais. **Revista Brasileira de Pesquisa em Educação em Ciências**, v. 13, n. 1, p.187-216, 2013.

PINHEIRO, E.F.C. et. al. **Profissional de saúde: a inter-relação entre formação e prática**. Formação 2003; 3(8): 47-58.

SÁ, L.P.; QUEIROZ, S.L. Promovendo a argumentação no ensino superior de química, **Química Nova**, v. 30, n. 8, p. 2035-2042, 2007

SANTOS, N. R. **SUS, política pública de Estado: seu desenvolvimento instituído e instituinte e a busca de saídas**. Ciência & Saúde Coletiva, 18(1): 273-280, 2013.

SANTOS, W.L.P.; MORTIMER, E.F. Abordagem de Aspectos Sociocientíficos em aulas de Ciências: Possibilidades e Limitações. **Investigações em Ensino de Ciências**, v.14, n.2, p.191-218, 200

Direito a saúde: uma análise das decisões do TJ RJ em tempos de crise

Isabela Pfister Gonçalves
Felipe Dutra Asensi

Introdução

A CF garante a todos os indivíduos brasileiros o direito à saúde, sendo citado direito tão relevante que este mesmo diploma diz tratar-se de direito fundamental, e por isto, deve estar disponível a todos os cidadãos brasileiros.

Conforme artigo 196 da CF/88, a "saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação".

É obrigação do Estado promover e proporcionar o acesso à saúde, sendo este dever de incumbência da União, dos Estados, do Distrito Federal e também do Município, afinal é por intermédio da saúde que se mantém a vida, que para a lei é o bem jurídico maior e também constitucionalmente protegido.

Por isso cumpre a Administração Pública elaborar, projetar, executar e efetuar políticas públicas voltadas para saúde com objetivo de asseverar que todos os indivíduos possam usufruir deste direito através de um sistema de saúde que venha socorrer a todos quando necessário.

Esta é uma orientação legal que busca cumprir um direito fundamental de todos e por isso não pode ser violada ou desrespeitada, haja vista que uma regra constitucional não pode ser descumprida.

Todavia, a crise no sistema de saúde do país tem se agravado cada vez mais, já que o governo tem diminuído a cada dia os valores repassados para a manutenção e promoção da saúde.

No âmbito no Estado e Município do Rio de Janeiro esta realidade tem sido ainda mais acentuada já que o Estado e agora o Município vivem uma crise fiscal grande desde o ano de 2016 e as dificuldades enfrentadas para cumprimento de suas obrigações, têm sido negligenciadas cada vez mais.

Não é mais novidade assistir na mídia o sofrimento da população menos favorecida, que necessita desses serviços e onde buscam socorro quando enfermos.

Assim, quando o cidadão procura atendimento e assistência nos hospitais Estaduais ou Municipais no Estado do RJ, valendo-se do direito à saúde a que têm direito, mas não encontram o tratamento que deveriam usufruir para tratar as enfermidades, é necessário então que haja a intervenção da justiça a fim de que esta venha tutelar tais interesses.

As questões norteadoras da pesquisa buscarão analisar o seguinte: em se tratando de direito fundamental de alcance de todos e oriundo da lei maior do país, o que poderá ser feito se verificado o inadimplemento da obrigação? Qual o entendimento do Tribunal de Justiça do RJ no ano de 2017 a agosto de 2018 quanto a ineficiência do serviço público de saúde? Na prática, face a crise fiscal que vive o Estado e o Município do Rio, as decisões judiciais favoráveis a população tem sido acatadas?

No seu desenvolvimento, no primeiro momento será analisado os princípios que alicerçam do direito à saúde como o princípio da universalidade, princípio da integralidade, princípio da descentralização, princípio da participação social e princípio da equidade.

No momento seguinte será estudado a obrigação do Estado na proteção dos direitos fundamentais, onde se analisará a delimitação conceitual do direito à saúde, a sua relevância na diante da constituição 1988, o direito a vida, a dignidade da pessoa humana, a problemática da crise do estado do Rio de Janeiro e o desrespeito a ordem judicial, os argumentos apresentados pelo poder público e a questão da insegurança jurídica.

Por fim, será analisada a atuação do poder judiciário na concretização do direito a saúde, onde se descreverá a estratégia metodológica da pesquisa, os resultados da mesma, a aplicabilidade das medidas antecipatórias e os argumentos utilizados pelos julgadores para fundamentar suas decisões.

1. Princípios do direito a saúde

1.1. Princípio da universalidade

Genericamente falando e de acordo com a doutrina, os princípios são normas e estruturas que fundamentam, embasam e auxiliam o sistema jurídico brasileiro.

O princípio da universalidade tem seu fundamento no artigo 198 da Constituição Federal que estipula que os serviços sociais voltados para garantia da saúde da população precisam não só estar disponíveis para toda a comunidade mas também que eles alcancem o maior número possível de casos, devendo para tanto, aqueles que tem o oficio de promovê-lo, despender todos os esforços possíveis.

Sergio Pinto Martins esclarece que:

> A universalidade da cobertura deve ser entendida como as contingências que serão cobertas pelo sistema, como a impossibilidade de retornar ao trabalho, a idade avançada, a morte etc. Já a universalidade do atendimento refere-se às prestações que as pessoas necessitam, de acordo com a previsão da lei, como ocorre em relação aos serviços. (MARTINS, 2005, p. 41).

Portanto, o princípio da universalidade representa um norte de políticas públicas que devem ser implementadas a favor da grande massa populacional. Afinal, o direito à saúde é um dos direitos de cidadania que todos deveriam ter acesso, sendo tal oficio de incumbência do Estado.

Daí as razões pelas quais isto engloba tanto a cobertura, como o acesso e também o atendimento nos serviços prestados pelo Sistema Único de Saúde. Com isso se concretiza aquela noção que se tem de que é incumbência do Estado tal obrigação.

1.2. Princípio da integralidade e da descentralização

O princípio da integralidade se presta a unir as ações voltadas à materialização da saúde enquanto serviço e também direito. Envolve diversos movimentos de busca por um trabalho, condições de vida e saúde mais eficientes, requerendo para tanto, a elaboração de políticas públicas voltadas para esse intento.

Conforme lição de Silva "a prática do princípio da integralidade pressupõe o acesso a bens e serviços, gestão, formulação, controle participativo, interação do usuário e profissionais tendo-se como norteador o direito de ser tratado com integralidade e dignidade como pessoa humana". (SILVA, 2017, p. 2)

O princípio da integralidade prega que se deve destinar a população uma boa medicina, munida de práticas eficazes a fim de promover uma resposta positiva ou confortável para o sofrimento do paciente que busca no serviço de saúde acolhimento e cuidado.

Assim, o princípio da integralidade se concretiza através da articulação de várias ações e serviços voltados para à saúde, com pretensão preventiva ou curativa, a fim de promover o bem-estar da população. E com isso se concretiza a cidadania, superando-se todas as dificuldades que por ventura possam suceder.

Quanto ao princípio da descentralização, de forma genérica este busca compartilhar suas responsabilidades com objetivo de promover serviços mais eficientes. Por isso é que este princípio estabelece que ao descentralizar a saúde deverá o poder público prover meios técnicos, gerenciais, financeiros e também administrativos a fim tonar possível a gerência da saúde.

1.3. Princípio da participação social e da equidade

A Constituição da República deixou bem claro a importância da participação da população na elaboração de ações defensivas do direito à saúde através do princípio da participação social.

Por seu intermédio é incumbido também a população o ofício de fiscalização os serviços e saúde a fim de observar se a mesma tem sido ofertada satisfatoriamente.

Conforme este princípio, é incumbência da sociedade participar ativamente do sistema de saúde, com a pretensão de que se elabore melhores estratégias para promoção da saúde no país. Todavia, na prática, ainda não foi criado um veículo com força social e política real que facilite a participação social.

Quanto ao princípio da equidade, no âmbito do direito a saúde, este apresenta forte viés com a noção de justiça e de isonomia, já que apregoa um atendimento condizente com a necessidade do paciente, ou seja, deve-se ofertar mais cuidados aquele que dele necessita no momento do atendimento, não se furtando, contudo, de atender a toda as demais diversidades.

A isonomia ainda é praticada no cotidiano do serviço de saúde, tanto que é comum vermos nos hospitais a denominada "classificação de risco", método implementado para analisar se o paciente necessita de prioridade no atendimento que decorre da gravidade do seu estado de saúde.

Através deste princípio também se busca promover ações voltadas para a necessidade de determinado grupo social específico, como por exemplo, campanha de catarata para os idosos.

2. O direito fundamental á saúde

2.1 Delimitação conceitual do direito a saude

De acordo com a CF/88, art. 5º, *caput*, "todos os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, gozam do direito à vida", e no art. 196 se estabelece que a saúde "é um direito de todos" motivo pelo qual a sua promoção recaiu sob o Poder Público, estando incluso a isto, todos as ações que visem o alcance de tal objetivo.

Já no artigo 197 o constituinte estabelece que a saúde é um "serviço de relevância pública", até mesmo porque é através desta que a vida se mantém, daí as razões pelas quais instituiu também que "as ações e serviços públicos" devem ser ofertados através de um "atendimento

integral com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais" (art. 198, inciso II da CF).

Assim, observa-se que com o advento do regime democrático, realizado com a CF/88, as discussões acerca da universalização dos serviços públicos tornaram-se uma obrigação, motivo pelo qual criou-se o SUS.

E foi a partir daí que o serviço a saúde tornou-se amplo a toda a população, alcançando inclusive, aqueles que estavam fora do mercado de trabalho formal, afinal, "todos os brasileiros, independentemente de vínculo empregatício, passaram a ser titulares do direito à saúde" (BARROSO, 2009).

Observa-se que o direito a saúde foi elevado à condição de direito indisponível, por isso é dever do Estado promovê-lo.

Como a saúde é um direito prioritário, afinal decorre dela a manutenção da existência, a vida então vincula-se à saúde, e não teria sentido algum assegurar os outros direitos fundamentais, como a igualdade etc., se não se considerasse como primordial a vida humana.

Assim, viver é lutar pela vida, é se esforçar para defendê-la, é manter-se vivo através da busca constante da recuperação ou manutenção da saúde.

2.3. A saúde na CF/88

De acordo com o art. 6º, caput, da Constituição Federal a saúde é um direito fundamental que deve ser assegurado. É dever do Poder Público promovê-lo, conforme já afirmado alhures.

Asensi leciona que foi com a promulgação da Carta Magna que "diversos direitos foram alçados a condição de normas constitucionais", (ASENSI, 2015, p. 1) dentre eles incluiu-se o direito à saúde.

Assim, a saúde é um direito dito fundamental de todos os cidadãos brasileiros devendo o poder judiciário aplicar todas as sanções possíveis para que este regramento venha ser protegido obrigando com isso o Poder Público a prestar os serviços assistenciais que são de sua competência, no afã de obrigar-lhes a providenciar a devida garantia e efetivação do mandamento constitucional.

Por isso temos meios legais que visam proteger as pessoas de possíveis violações a seus direitos, inclusive quando esta violação advém do próprio poder público.

A CF/88 destina a devida proteção para buscar a prevenção e a cura de enfermidades por intermédio de ações que venham assegurar a integridade física e psíquica do indivíduo.

O Professor Cretella Junior, versando sobre o direito a saúde, leciona que:

> Nenhum bem da vida apresenta tão claramente unidos o interesse individual e o interesse social, como o da saúde, ou seja, do bem-estar físico que provém da perfeita harmonia de todos os elementos que constituem o seu organismo e de seu perfeito funcionamento. (CRETELLA JUNIOR, 2009, p. 43)

Por fim, o direito a saúde é um dos fundamentos dos direitos do homem e do cidadão, previstos pela magna carta constitucional e pelos direitos humanos e em decorrência de sua relevância, também encontra proteção no âmbito das relações trabalhistas pois há normas especificas quanto a proteção a saúde do empregado.

2.4. A saúde como veículo do direito à vida

O direito a vida é um direito que deve ser preservado sob todos os esforços, afinal, o seu oposto, a morte, é viagem sem retorno.

A vida, segundo a lei é o bem maior a ser protegido, tanto que o direito não deixou de instituir regras com a pretensão de defendê-la.

Na CF/88 este direito é um direito dito indisponível, por isto não pode abrir mão dele, tanto que a Magna Carta Constitucional assevera defesa a inviolabilidade do direito à vida.

Versando sobre a questão, Alexandre de Moraes afirma que:

> O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, pois o seu asseguramento impõe-se, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos. O Estado deverá garantir esse direito à vida a um nível adequado com a condição humana respeitando os princípios fundamentais da cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa". (MORAES, 2005, p. 36).

Insta destacar que o direito a vida não deve sofrer nenhum tipo de restrição, pois quaisquer ações ou tentativas contrárias a essa orientação incidirá em responsabilidade criminal e cível.

O Estado, enquanto agente responsável pelo direito à vida, não deve, a seu turno, medir esforços nesse propósito, ofertando assim, não só proteção contra quaisquer danos a saúde dos indivíduos, mas também meios preventivos de proteção e tratamento desta.

Por isso é que conforme lição de Asensi:

> Entre as diversas as diversas atribuições, cabe ao judiciário a defesa da democracia com a adoção de medidas de ampliação do acesso a justiça. Assim, garantir que todo indivíduo tenha um provimento jurisdicional é um dos pilares que sustenta ordenamento jurídico e legitima a atuação das instituições jurídicas na efetivação de direito, especialmente o direito à saúde". (ASENSI, 2015, p. 2).

Por derradeiro urge ressaltar que o direito à vida é o mais valioso bem que o cidadão deve buscar, daí a existência da tutela constitucional que determina o direito a saúde deve ser implementado e ofertado de maneira ampla, pois somente assim se protege à vida.

2.5. A crise do estado do Rio de Janeiro e o desrespeito a ordem judicial

A crise no Estado do Rio de Janeiro tem sido objeto de muito sofrimento para o carioca. Não é mais novidade vermos diariamente a deficiência que vem sendo tratado a prestação dos serviços essenciais voltados para a população. Neste contexto, está a saúde pública que é a que mais tem sido negligenciada.

As mídias não se cansam de divulgar o caos que se encontram os hospitais e as unidades de pronto atendimento no Estado, onde há falta de quase tudo, de medicamentos, de material para cirurgias, de próteses, de médicos suficientes, de enfermeiros, de material de limpeza, de alimentação dos pacientes e principalmente, de vontade política para solucionar ou ao menos minimizar o problema.

Emergências têm sido fechadas. Alas especificas (psiquiatria, ortopedia etc) têm sido fechadas. Leitos na UTI têm sido fechados. Internações têm sido negadas, obrigando o doente e seus familiares uma verdadeira *via crucis* na busca de socorro.

Denúncias cotidianas tem sido expostas na mídia e nas redes sociais, e quando o paciente consegue ser internado acaba muita das vezes deitado em macas, sentado em cadeiras, deitado até mesmo no chão do corredor dos hospitais.

No sentido de obter atendimento médico de urgência o carioca tem recorrido à justiça, já que com o fechamento de algumas emergências e unidades estaduais os que ainda estão atendendo, acabaram sobrecarregados.

Todavia, embora o familiar recorra à Justiça a fim de socorrer o ente querido, nem sempre o direito dado pela mesma tem sido acatado.

Pacientes com fraturas e grande sofrimento não têm sido operados no tempo certo; pacientes que necessitam estar na UTI não conseguem vaga e acabam vindo a óbito, isto tudo além de tantas outras possibilidades que acontecem diariamente sem que se promova o socorro ideal.

Segundo dados coletados no sitio da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, no Plantão Judiciário praticamente 50% das tutelas de urgência pleiteadas são requeridas a fim de buscar tratamento médico de urgência ou internação.

Os familiares utilizam dessa alternativa com o intento de obter uma liminar para conseguir o socorro do serviço de saúde pública. Todavia, a grande maioria dessas liminares não têm sido cumpridas. Muitas pessoas sucumbem na espera por uma vaga, falecem sem obtenção do tratamento adequado, mesmo havendo ordem judicial.

Em decorrência da crise da saúde pública agravada pela crise fiscal do Estado, segundo dados no relatório da Defensoria, até três pessoas sucumbem diariamente pela ausência de leitos nas UTIs dos hospitais municipais e Estaduais no Rio de Janeiro, mesmo havendo ordens judiciais, que na prática têm sido ignoradas.

Essa realidade tem violado os direitos humanos bem como aos direitos fundamentais à vida e a saúde além de promover insegurança jurídica.

3. A atuação do poder judiciario na concretização do direito a saúde

3.1. Estratégia metodológica

Esta pesquisa foi embasada nos dados coletados no sítio do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, especificamente nas jurisprudências que versavam sobre direito à saúde nos anos de 2017 a agosto de 2018. As informações foram reunidas através das decisões oriundas de apelação e agravo de instrumento interpostos contra decisão prolatada pelo Plantão Judiciário e que constituem as decisões expostas no site do Tribunal.

Para apresentação do entendimento dos julgadores descreve-se os argumentos mais comuns que são observados nas decisões, como o direito constitucional à vida, a obrigatoriedade do Estado e do Município de ofertar acesso à saúde e o acato ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O direito à vida é aquele previsto e exaltado não só pelos direitos humanos, mas também por todas as demais legislações, até mesmo porque é este um requisito indispensável para o exercício de todos os demais. E a vida, como se sabe, está intimamente vinculada a saúde, sendo esta o bem maior que todo ser humano pode ter, por isso encontra previsão na Constituição e a devida proteção legal.

A Constituição da República elevou a pessoa a uma posição de destaque, pois considera como relevante a proteção individualizada de seus componentes e o princípio da dignidade da pessoa humana prescreve exatamente isso, pois valoriza a pessoa na defesa de sua dignidade.

Assim, a dignidade da pessoa humana deve ser priorizada e nada deverá se sobrepor ao direito desta de lutar pela própria existência bem como pela sua saúde, devendo o poder judiciário decidir sob quaisquer ações que visem proteger e preservar a vida humana, valorizando individualmente os cidadãos.

Por isso é incumbência do Poder Público promover o acesso a saúde da população a fim de que a mesma possa usufruir deste benefício quando necessário, afinal, com o surgimento da CF/88 e da instituição do SUS (Lei Orgânica n. 8.080/90), o acesso à saúde tornou-se dever do Estado e um direito de todos.

Tais argumentos são os que figuram com maior incidência nas decisões, ou seja, são as alegações principais que mobilizaram os julgadores na fundamentação dos julgados. Neles, se priorizam o direito à vida propriamente dito, já que a falta da saúde pode provocar o término desta.

Cumpre salientar que a pesquisa não se limita na análise única da posição do TJ RJ dentro do período histórico já descrito sobre o tema, mas também se propõe investigar se tais decisões têm sido cumpridas mesmo diante deste cenário de crise que vive o Estado do Rio de Janeiro.

Na coleta das decisões, se buscou o ícone "consulta", "jurisprudência", "ementários por assunto", "tutela de urgência na saúde", e foram encontrados 146 resultados.

No filtro desses 146 resultados, encontrou-se 32 demandas que versavam sobre a tutela de urgência na saúde com concessão de liminar.

A busca pelas decisões se tornou possível em face da disponibilização da jurisprudência encontrada no sítio do TJ RJ que oferece um ambiente virtual para acesso a este material.

Por fim, se esclarece que a análise das decisões foi estruturada através das seguintes ações: leitura do relatório, argumentos para concessão da tutela de urgência, análise da decisão.

3.2. Resultados

Para apresentação do entendimento do TJ RJ descreve-se os argumentos mais comuns que são observados nas decisões, como o direito constitucional à vida, o direito à saúde e o acato ao princípio da dignidade da pessoa humana.

É dever do Ente Público oferecer serviços médicos aos indivíduos de forma gratuita e eficaz, devendo tal benefício englobar também internações em qualquer unidade hospitalar a fim de que haja suporte para eventuais cirurgias, se necessário.

Por ser um serviço amplo a ser prestado, a Constituição Federal então instituiu competência para todos os entes ofertar meios de promoção da saúde.

A jurisprudência brasileira está pacificada quando a questão discute a obrigatoriedade de promoção da saúde da população, tanto que não se furta de conceder sempre que requerida, a tutela de urgência contra o ente público.

Das decisões analisadas, todas elas se iniciaram através do plantão judicial, onde familiar requer tutela de urgência para paciente que necessita de internação ou intervenção cirúrgica imediata.

Foram encontrados 146 resultados no descritor "jurisprudência" mediante digitação das palavras "tutela de urgência na saúde".

No filtro desses 146 resultados, encontrou-se 32 demandas que versavam sobre a tutela de urgência na saúde com concessão de liminar.

Dessas 32 decisões, 20 delas tratavam de tutelas de urgência requeridas com a finalidade de obrigar o Estado a aceitar a internação de paciente grave. Nessas oportunidades os julgadores em seus argumentos entenderam que caracterizado estava os requisitos necessários a tutela de urgência já que era evidente o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação decorrente do risco de morte que corria o paciente. Assim, a concessão da tutela de urgência foi justificada, já que as internações requeridas eram indispensáveis e urgentes, pois somente através do tratamento apropriado (único caminho possível para combater o avanço da enfermidade) é que distanciaria o risco de morte.

Com estes fundamentos, os julgadores entenderam estar o Poder Judiciário autorizado a conceder a tutela de urgência, garantindo para tanto ao paciente, a possibilidade de exercício do seu direito à saúde, através da internação que naquele momento necessitava.

Os julgadores ainda esclarecem que tal direito encontra amparo na Carta da República, nos termos do arts. 5º, caput, 196 e 198, II da Constituição Federal. E por ser o amparo a saúde previsto de forma integral, não há que se falar em nenhum tipo de restrição que possa delimitar este direito.

Por fim, os julgadores entendem que caso o poder público não providencie a internação do paciente este poderá então ser obrigado a custear a internação numa unidade privada de saúde, sendo esta possibilidade imposta em decorrência do caráter coercitivo da medida, que encontra autorização legal no art. 301 do CPC, face o perfil emergencial da situação e o acato ao direito saúde e à vida.

Ressalta-se que esta possibilidade é adotada pela jurisprudência, a partir do momento em que não se consegue ofertar a internação nos hospitais da rede pública.

Outras 9 decisões tratavam de pleitear leito na Unidade de Tratamento Intensivo para acompanhamento de doença grave, pois os pa-

cientes já se encontravam internados em unidades privadas através de plano de saúde com limitação temporal para internação. Nessas oportunidades os julgadores em seus argumentos entenderam que os pacientes deveriam manter-se internados no hospital de origem sem quaisquer ônus após decorridos o limite temporal do plano, até que a transferência para uma unidade pública se tornasse possível.

Os julgadores argumentaram que em se tratando de relações de consumo x o direito a vida, deve-se priorizar o direito que for mais urgente e relevante. Esclarecem que a obtenção gratuita do direito à saúde é dever do Estado, conforme prevê a Constituição da República, e que este encargo não deve ser transferido aleatoriamente à iniciativa privada. Por isso, o ônus da internação deve ser custeado pelos entes públicos que deveriam prestar o serviço, recaindo sob esses tal obrigação até que haja total restauração da saúde do paciente ou a vaga solicitada.

Assim, os julgadores entendem que as despesas da internação mantida em hospital privado mediante plano com lapso temporal já esgotado, será assumido pelo ente público, a quem incumbiria o dever de promover o acesso à saúde, favorecendo assim, o direito à vida.

Outras 3 decisões tratavam de tutelas de urgência requeridas para obrigar o Estado a ofertar vaga na UTI da mesma unidade ou de qualquer outra unidade da rede pública, já que estes três pacientes se encontravam internados na emergência.

Nessas oportunidades os julgadores em seus argumentos entenderam que há imediata urgência para transferência do paciente que necessita de vaga em UTI, já que a demanda abrange o direito constitucional à vida e à saúde, e o seu não cumprimento resulta em ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O Poder Público tem o dever não só de internar e tratar paliativamente o paciente, pois é seu dever aplicar o tratamento adequado, proporcionando todos os meios que visem restaurar sua saúde, não se furtando de nenhuma ação que possa colaborar com essa pretensão.

Por isso, conforme os argumentos observados nas decisões, o Estado deve ofertar também quando necessário, um tratamento mais especializado e cauteloso ao paciente mais grave, como aqueles praticados nas Unidade de Terapia Intensiva.

As demais 114 decisões versavam sobre temas diversos inerentes ao direito a saúde como questões contra o plano de saúde, demandas referentes a reconstrução de mama, a cirurgia bariátrica, a congelamento de óvulos, a tratamento para fertilização, a tratamento médico de paciente necessitado de transporte especializado dentre outras possibilidades.

O prazo para cumprimento das decisões era de 24 a 48 horas, conforme as determinações dos magistrados, que pretenderam garantir tratamentos e internações para os pacientes.

Observa-se através dos dados o grande descaso com a saúde pública no Estado do Rio de Janeiro, potencializado pela crise fiscal que vive, o que tem antecipado muitos óbitos de cidadãos que necessitam de ajuda médica.

Embora o Poder Judiciário não se furte de fazer valer o direito à saúde determinando para tanto, ações nesse sentido através das tutelas de urgência, mesmo assim, muitas pessoas têm sucumbido pela ineficiência do serviço prestado ou pelo acato a ordem judicial tardia ou ainda, descumprida.

Considerações finais

A CF/88, determina que todo cidadão brasileiro tem direito à saúde sendo este um direito de ordem indisponível e urgente, cabendo ao poder público esta incumbência. Por ser direito constitucionalmente previsto torna-se então objeto de proteção integral do Estado.

Encontrando previsão nos artigos da Constituição Federal, trata-se de direito fundamental destinado a todos os cidadãos brasileiros, e por isso torna-se dever do Poder Público promover a sua implementação e eficiente disponibilidade.

Assim, incumbe a Administração Pública promover a assistência plena hospitalar e médica, além obviamente de fornecer gratuitamente medicação para que se possa tratar o enfermo de modo preventivo e também repressiva das enfermidades já instaladas.

Sabe-se que é através da manutenção da boa saúde que se mantém a vida com qualidade, sendo este o maior e melhor bem que uma pessoa possa ter, daí a sua vital relevância, afinal, sem saúde, precede-se o óbito e a sua instabilidade é uma condição urgente, daí o porquê da necessidade de se ter a disposição o acesso a saúde. Para tanto, indispensável

que tal direito seja assegurado pelo Estado afim que alcance a todos os indivíduos desde o seu nascimento até o final de suas vidas.

Vale reafirmar que o direito à saúde deve estar disponível regularmente, afinal a vida às vezes não espera, e por isto o acesso a tratamentos de saúde deve ser prestado de forma uniforme e de alcance de todos, eliminando-se todas as formas de exclusão social, pois tal ação arranha os já citados princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana e da isonomia.

A pesquisa deixa bem claro que a não promoção da saúde a população representa um verdadeira ameaça ao direito à vida, podendo causar lesão irreparável ou a morte. Esta possibilidade legitima o interessado a pleitear a tutela jurisdicional visando o afastamento da ameaça do direito à saúde. Tanto assim o é, que temos, inúmeras ações ajuizadas com esta pretensão, onde se busca coagir o Estado para prestar atendimento médicos a população necessitada, conforme se verificou nos dados coletados.

Vale esclarecer que não há nenhuma afronta ao princípio da separação dos Poderes quando se judicializa a saúde, até mesmo porque o poder judiciário é o último recurso no qual a população pode se valer para pedir socorro, e uma vez havendo provocação a este, cumpre interferir quando o cenário apresenta quaisquer ameaça ou lesão ao direito à dignidade da vida humana.

A pesquisa esclarece que o Judiciário quando provocado tem decidido em consonância com o que está prescrito pela CF/88, já que esta determinada o direito a saúde, não se furtando, portanto, de conceder tutelas de urgência para atendimento de paciente necessitado.

Ao esquivar-se de sua obrigação, o poder público restringe direitos, castiga o seu administrado e viola a lei.

Portanto, sempre que o Poder Público falhar quanto a promoção da saúde deixando o cidadão a mercê da própria sorte, causando-lhe riscos de óbito, poderá este valer-se do Poder Judiciário para coibir o mesmo a cumprir o seu oficio e com isso obter uma nova chance, conforme dados observados na pesquisa.

Referencias bibliográficas

ASENSI, Felipe Dutra. AIDAR, Adriana. RAMOS, Frederico. PINHEIRO, Roseni. **Judicialização, direito à saúde e prevenção.** Disponív-

el em https://www.reciis.icict.fiocruz.br/index.php/reciis/article/view/935. Acesso em 10 de julho de 2018.

BARROSO, Luiz Roberto. Apud SCALABRIN, Felipe. **A proteção constitucional do direito à saúde e a entrega de medicamentos no direito brasileiro**. Disponível em http://www.academia.edu/27375991/A_PROTE%C3%87%C3%83O_CONSTITUCIONAL_DO_DIREITO_%C3%80_SA%C3%9ADE_E_A_ENTREGA_DE_MEDICAMENTOS_NO_DIREITO_BRASILEIRO. Acesso em 17 de agosto de 2018.

Famílias que buscam plantão judiciário esperam até 3 dias por leito. (Disponívelemhttp://www.defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/5335-Idoso-ha-72h-na-emergencia-e-maioria-a-ajuizar-acao-por-vaga-em-CTI, 2017. Acesso em 20 de julho de 2018.

HUMENHUK, Hewerstton. **O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais.** Disponível em http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4839&p=2 Acesso em 17 de Julho de 2018.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social.** 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

SILVA, José Afonso da. ***Curso de direito constitucional positivo***. São Paulo: Malheiros, 2009.

Análise transversal dos impactos e entraves da vigente legislação de transplante de órgãos

Marcelly de Santana Batista

Introdução

Com o decurso de duas décadas da implantação da legislação que disciplina os transplantes de órgãos no Brasil, o momento é pertinente para fazer uma avaliação sobre os avanços, impactos e entraves que vêm sendo verificados em nosso cotidiano. Inquestionavelmente, a prática de transplante vem rompendo barreiras e enfrentando desafios, mas os resultados se revelam por meio de índices expressivos, notadamente, em virtude da evolução técnico-científica aplicada ao setor cirúrgico. Nesse sentido, verifica-se que o número de doações tem aumentado, mas não o suficiente para reduzir significativamente as listas de espera no Brasil, como se depreende a partir da análise dos dados da Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos, os quais revelam que 32.402 pessoas estão à espera de órgãos para realizar o tão almejado transplante (ABTO, 2017, p. 22).

Com o propósito de estabelecer a normatização para regulamentar as doações de órgãos para fins de transplantes, inicialmente foi promulgada a Lei nº 9.434/97, também chamada "Lei dos Transplantes", que trata de questões sobre a disposição *post mortem* de tecidos, órgãos e partes do corpo para fins de transplantes; dos critérios para transplantes com doador

vivo; e das sanções penais e administrativas pelo seu não cumprimento. Essa legislação foi regulamentada pelo Decreto nº 2.268/97, que estabelece o Sistema Nacional de Transplantes, as instâncias estaduais e as Centrais de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos. Saliente-se que, visando elevar o número de órgãos doados, preconizava no art. 4º que, salvo manifestação contrária, a autorização para doação seria presumida.

Na época, a publicação dessa lei desencadeou polêmicas relacionadas com os direitos de personalidade e com o direito individual de doação de órgãos, que seriam violados, visto que ainda não havia um consenso pacífico sobre o conceito de morte encefálica. (CATÃO, 2011, p. 236 et seq.). Diante dessa situação, o Conselho Federal de Medicina (CFM), por meio da Resolução CFM 1.480/1997, edita tecnicamente a caracterização da morte encefálica, afirmando em seu art. 1º que a mesma será diagnosticada mediante realização de exames clínicos e complementares a intervalos de tempo variáveis, de acordo com a faixa etária do paciente. Em 2001, a Lei nº 10.211 extinguiu a doação presumida no Brasil e determinou que a doação de órgãos de pessoas falecidas só ocorreria com a autorização familiar, independentemente do desejo em vida do potencial doador.

A partir de então, todas as formas de registro em documentos de identificação, como Carteira de Identidade Civil (RG) e Carteira Nacional de Habilitação (CNH), relativas à doação de órgãos deixaram de ter valor como forma de manifestação de vontade do potencial doador. Nesse cenário, as equipes de saúde vêm trabalhando no sentido de esclarecer as famílias de potenciais doadores acerca dos critérios de definição e ocorrência da morte encefálica, que terá o diagnóstico estabelecido por dois exames clínicos que serão realizados por médicos não participantes das equipes de remoção e transplante. Em suma, tal procedimento envolve uma necessária participação propositiva da sociedade como um todo, no sentido de possibilitar o aumento substancial de doação de órgãos para transplante. Para tanto, é fundamental que a população e, mais especificamente, aquelas pessoas diretamente relacionadas com o conhecimento técnico da legislação sobre doação para transplante.

Apesar de todo o processo evolutivo da legislação brasileira de transplantes, o procedimento técnico que envolve doação e transplante de órgãos e tecidos ainda suscita discussões e polêmicas, devido ao fato

do tema ser multidimensional e possuidor de variadas compreensões em função das experiências pessoais de cada indivíduo, relacionadas a religião, cultura, filosofia etc. Nesse sentido, Robson, Razack e Dublin (2010, p. 274) esclarecem que:

> A escassez de órgãos para transplante torna-se importante para o entendimento do motivo pelo qual algumas pessoas se opõem à doação de órgãos. Há muitas razões peãs quais determinada população é menos propensa a dar consentimento para a doação. Dentre essas razões, as questões sociais e religiosas desempenham um papel importante, especialmente em uma comunidade multiétnica, multicultural e multireligiosa.

Inquestionavelmente, o transplante de órgãos é um procedimento capaz de dar esperança de vida a milhares de pessoas que aguardam por órgão em fila de espera, lidando diariamente com a perspectiva da morte, o que torna o processo extremamente doloroso. Desse modo, é necessário que se promova uma reflexão, com base na legislação vigente, considerando os aspectos éticos, religiosos, familiares e sociais da doação e transplante de órgãos, para que, equalizando esses aspectos, seja possível superar as barreiras impeditivas da realização desse procedimento, tornando, igualmente, possível garantir condições de dignidades às pessoas que dele necessitam.

1. O direito fundamental à saúde e a legislação de transplantes

O Direito à Saúde é uma das garantias fundamentais previstas na Constituição Federal Brasileira, sendo, também, o seu provimento um dos deveres do Estado, conforme reza o art. 196 da Carta Magna. Esta, ainda, ao dispor sobre a saúde, estabeleceu no §4º do art. 199 a preocupação com os transplantes de órgãos, erigindo-os como disposição constitucional e remetendo sua regulamentação à legislação ordinária, assegurado, assim, pelo que se entende, constitucionalmente o direito de se obter transplantações, como corolário do dever estatal de prover a saúde e, consequentemente, do resguardo ao direito fundamental à vida, previsto no caput do art. 5º do texto constitucional.

Nessa perspectiva, foram publicadas as leis de nº 9.434/97, que primeiro regulamentou o transplante no Brasil, prevendo que a doação de órgãos e tecidos se daria de forma resumida e, posteriormente, de nº 10.211/01, a qual alterou a regulamentação do mencionado procedimento, prevendo o consentimento familiar como requisito da doação *post mortem* de tecidos e órgãos, invalidando, assim, a noção de doação presumida. Atualmente, em geral, as famílias consentem com as doações quando há prévia manifestação de vontade do familiar, ainda que implícita. Então, a doação passa a ser também uma forma de realizar um último desejo, além de ajudar outras pessoas que aguardam o transplante de órgãos.

Nesse ponto, é possível perceber que a temática do transplante de órgãos não envolve somente o direito do receptor à vida e a à dignidade, mas também o direito de autonomia volitiva e de personalidade do doador, que não deve ser ignorado, seja no sentido de preservação do seu corpo após a sua morte, seja no sentido de disposição do mesmo em benefício de outrem. Contudo, talvez em decorrência da desinformação social sobre o procedimento, parte do processo de sofrimento dos familiares de uma pessoa falecida envolve o consentimento da doação, segundo Roza (2010, p. 419), pois se tem um temor de que o corpo da pessoa falecida seja deformado ou, de certa forma, violado pela cirurgia de retirada dos Tecidos. Todavia, a Lei de Transplante já prevê o dever de a equipe transplantadora recompor condignamente o copo doador, o que é cumprido pelos profissionais da saúde no âmbito brasileiro.

Dessa forma, o transplante de órgãos no Brasil não se trata mais de integridade física, mas do espaço de autonomia ética da pessoa, de um direito de autodeterminação a ver respeitadas as suas expectativas para depois da morte. Na percepção de Bandeira (2001, p. 32), não seria possível a consideração dos direitos de personalidade a um morto, o que, contudo, não implicaria na inobservância da proteção à sua dignidade, devendo ser respeitada a sua vontade em vida. Assim, em relação a doação *post mortem*, caso o indivíduo falecido tenha manifestado em vida a sua vontade de se tornar doador ou não, deverá respeitar-se a decisão; mas, como raramente isso ocorre, a decisão compete, na prática, a família.

A doação dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória reta ou colateral, até o segundo grau, inclusive, estando isso em consonância com a Lei 10.211/2001. Com efei-

to, a forma de abordagem da família é fundamental para que a doação tenha êxito, porém, não poderá haver qualquer tipo de constrangimento, exigindo dos profissionais envolvidos na captação de órgãos o máximo de compreensão e respeito para com a família doadora. Em se tratando de doador vivo, este somente poderá doar parte do seu corpo que seja regenerável ou órgão duplo, cuja função possa ser perfeitamente compensada pelo órgão remanescente. De modo consensual, admite-se a doação entre consanguíneos próximos ou com parentesco afetivo No Brasil, a vigente legislação preconiza que a doação em vida para transplante seja permitida à pessoa juridicamente capaz, para o cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, ou para qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, exceto no caso de medula óssea.

Como é possível observar, o respeito à autonomia da vontade, quando a família do falecido consente com a doação considerando a manifestação do indivíduo em vida, não obsta o consentimento da doação de órgãos e tecido pela família quando o desejo do indivíduo não é conhecido, sendo isto um ato altruísta que colaboraria para vida de outras pessoas. Dessa forma, verifica-se uma das principais vantagens da doação consentida em relação à presumida, que seria a segurança capaz de resguardar a família e equipe profissionais, apesar de menos efetiva que a presumida, eis que todos os que não tivessem em seus documentos oficiais (RG ou CNH) a disposição expressa em sentido contrário, seria presumidamente considerado doador em potencial. Portanto, se torna necessária uma maior atuação social e estatal no sentido de fomentar as doações de órgãos, o que não é eficaz de forma impositiva, como provou a lei 9.434/97, mas sim de modo pedagógico e educacional, como esclarece Cantarovich (2005, p. 23):

> Doar um órgão em vida para alguém conhecido é relativamente fácil. O contrário, ou seja, doar um órgão pós morte é uma decisão arraigada por pensamentos negativos acerca da prática, o que exige a educação da população como um todo.

2. A influência religiosa e a doação de órgãos

Aspecto diretamente relacionado com a doação de órgãos para transplantes é a religião e suas crenças relacionadas à disposição do corpo.

De acordo com o censo realizado no ano de 2010 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2010), as religiões prevalentes no Brasil são o catolicismo e o protestantismo. Contudo, o Brasil é um país de expressiva riqueza cultural e diversidade religiosa, prevendo ainda o sincretismo religioso no art. 5º, VI, da vigente constituição, do modo que se faz importante refletir o posicionamento de outras crenças, além da mencionada, sobre a temática neste artigo discutida.

Dessa forma, quanto ao aspecto da religião no contexto dos transplantes, verifica-se uma variante antropológica a partir do significado do corpo, havendo, assim, dentro de cada religião, uma influência da representação simbólica do corpo sobre a decisão de doar órgãos para fins de transplantes. Portanto, convém ressaltar que o conjunto de crenças de um indivíduo não traduz, necessariamente, a doutrina seguida por sua religião. Logo, torna-se pertinente uma melhor compreensão conceitual sobre as noções de crença e doutrina. Segundo o dicionário Houaiss (2001, p. 805):

> Crença é o estudo ou processo mental de quem acredita em pessoa ou coisa; convicção profunda e sem justificativas racionais em qualquer pessoa ou coisa; [...] Doutrina é um conjunto de conhecimentos possuídos, ciência, erudição, saber; conjunto de ideias básicas contidas num sistema filosófico, político, econômico etc. ou das opiniões de um pensador.

Como podemos perceber, entende-se que o conjunto de convicções de alguém (crença) possa ser suficientemente influenciado pelo meio cultural em que se insere, interferindo, dessa forma, no modo como interpreta a doutrina da sua religião (dogmas ou princípios). Em resumo, a doação de órgãos ainda é pouco compreendida pela população em geral, que conserva mitos e tabus arraigados em questões religiosas, socioculturais, afetivas, econômicas e, principalmente, éticas. Milhares de pessoas de pessoas aguardam na fila com a expectativa de receber a doação de um órgão para que suas vidas sejam salvas, enquanto milhares de outras falecem em decorrência de traumas, acidentes ou fatalidades, mantendo diversos órgãos sadios, os quais poderiam ser retirados e implantados naqueles que sofrem à espera de transplante.

3. Perspectiva bioética dos transplantes e doações do órgãos

Na análise das doações e transplantes de órgãos, faz-se imprescindível considerar a incidência dos princípios bioéticos da teoria principialista, como o da "não maleficência", que dispõe sobre a obrigação de não causar danos intencionais nos envolvidos em determinada situação, sendo este o mais importante princípio, pois com a sua garantia tanto os princípios da justiça, da autonomia e da beneficência são igualmente observados. Com efeito, o respeito pela autonomia das pessoas como agentes morais é fundamental no debate bioético, sendo uma matriz referencial quando se faz necessário o consentimento para doação de órgãos, visto que legitima essa ação. Porém, frise-se que o exercício da referida autonomia depende diretamente do conhecimento da pessoa sobre o caso, pois quem não o conhece terá dificuldade em exercer sua prerrogativa de escolha.

De fato, implica na dedução lógica de que quando o indivíduo não é informado da situação, deixa de ter sua autonomia respeitada. Nesse sentido, leciona Almeida (2003, p.21) que "a autonomia, enquanto princípio da bioética, diz respeito à capacidade de escolher, decidir, avaliar, sem restrições internas ou externas. " Assim sendo, a bioética tem como objetivo primordial buscar o benefício e a garantia da integridade humana por meio da defesa da dignidade inerente aos seres humanos.

O Brasil acatou essa teoria principialista a partir da doutrina estadunidense, sendo apresentada como um mecanismo de natureza ética e moral capaz de nortear as decisões relacionadas ao comportamento humano e, assim, fundamentar as discussões que envolvem a temática da doação de órgãos para transplantes. Enfim, é também pertinente salientar que a matéria das doações de órgãos para transplantes foi igualmente recepcionada na legislação civil brasileira de 2002, quando inova com os direitos da personalidade, tendo em vista que tais direitos mantêm uma intima vinculação com as noções de integridade corporal, partes separadas do corpo e personalidade, elementos estes que serão também considerados em nossas discussões relacionadas com a matéria em foco.

Finalizamos este tópico reiterando que os transplantes de órgãos vêm evoluindo em vários ângulos, destacando-se a técnica, o combate a

rejeição, as variedades de órgãos transplantados e a quantidade de procedimentos, que muito embora venha aumentando, ainda não satisfaz a demanda dos pacientes que esperam para realizarem seus transplantes. Mas, indiscutivelmente, os avanços tecnológicos e científicos buscando a melhoria das condições de saúde dos seres humanos, remetem-nos a um novo patamar da ciência médica, exteriorizado pela rotinização dos transplantes de órgãos, abrindo, assim, novos horizontes e possibilidades terapêuticas para determinadas doenças.

Realmente, tal evento representa uma fantástica proeza da espécie humana em sua constante busca por uma melhor qualidade de vida para as pessoas. Contudo, não obstante a esse progresso na área científica e tecnológica, surgiu uma grande dificuldade, que ainda permanece, com relação à doação de órgãos, qual seja a motivação e conscientização social sobre a relevância que tem o ato de doar órgãos, devendo, para tanto, ser construída e inovada toda uma estrutura de pensamento no intuito de despertar nosso semelhante para tal possibilidade.

4. Do decreto nº 9.175/17 E da modernização do sistema nacional de transplantes

No dia 18 de outubro de 2017, foi publicado, por meio do Diário Oficial da União, o Decreto legislativo de nº 9.175/17, que reforça a importância da família na doação de órgãos, incluindo também o companheiro como legitimado a autorizar a doação. Além disso, o decreto inova ampliando o prazo de validade das autorizações dos estabelecimentos de saúde e equipes de transplantes, de dois para quatro anos, dentre outras providências.

Contudo, *data venia*, não se vislumbra uma evolução legislativa ou procedimental significativa em relação ao texto normativo publicado, visto que suas disposições reiteram, basicamente, o já estabelecido nas legislações precedentes, trazendo poucas e, por vezes, despiciendas alterações, visto que a jurisprudência pátria já era pacífica no reconhecimento de alguns dos direitos previstos no decreto supracitada, como, por exemplo, o direito do companheiro em consentir ou não a doação de órgãos.

Dessa forma, o decreto deixa a desejar quanto a busca de solução jurídica para problemática de saúde pública envolvendo o transplante

de órgãos e sua ampliação, visto que, apesar de nos últimos anos, ter-se percebido um crescimento no número de doações e transplantes, o Brasil ainda não conseguiu alcançar a meta de doadores por milhão de habitantes, a qual, em 2017, era de 20. Assim, diante dos muitos empecilhos ao fomento da doação e transplante de órgãos, revela-se a necessidade de medidas mais efetivas por parte do Poder Público com este fim.

Nesse ponto, merece destaque a publicação da Lei 13.656/18 que, incentivando a doação de medula óssea, isentou os doadores do pagamento de taxa de inscrição em concursos realizados pelo ente federal, a lei espera aumentar o número de doadores a partir da concessão de um benefício concreto. Ainda é prematuro se fazer conclusões sobre o resultado do diploma legal, contudo, aparentemente, a medida é mais eficiente que as habitualmente adotadas, as quais se limitavam à campanhas de conscientização e incentivo pedagógico.

Considerações finais

Significativo é o número de pessoas, sejam elas crianças, jovens, adultos ou idosos, portadoras de enfermidades, cuja única opção de tratamento é o transplante. Em geral, esses portadores de patologias crônicas possuem uma qualidade de vida preocupante, estando, muitas vezes, na perspectiva de morte iminente, devido ao estágio avançado da doença. Sua inclusão em listas de espera pode representar um aumento da expectativa de continuar a viver mais qualitativamente, porém, muito embora seja considerada uma das maiores conquistas da cirurgia moderna, o transplante de órgãos apresenta tanto dilemas éticos e controvérsias, associadas ao procedimento, quanto obstáculos de natureza ético-jurídica, gerando então recorrentes discussões que acabam, por vezes, obstando o crescimento na operacionalização desse procedimento.

Nesse sentido, como abordado ao longo do estudo, se faz necessária a ponderação de valores bioéticos, religiosos, morais e pragmáticos sobre as temáticas da doação e do transplante de órgãos, sempre destacando que tal tema, antes mesmo de representar ato de solidariedade, se trata de questões de saúde pública que precisa ser dirimida, vez que é dever constitucional do Estado garantir a existência digna de seu povo

e prover o direito à saúde. Por conseguinte, verifica-se como dever do estado fomentar a política de doação de órgãos, ampliando o número de realização de transplantes no país, para tanto, a conscientização da sociedade civil se faz imprescindível para otimização do número de doações e contribuir para solução de diversos casos de doenças crônicas relacionadas ao mal funcionamento de órgãos,

Contudo, é valido ressalvar que, apesar da ideia de doação, há vários anos, significar a solidariedade e o gesto de altruísmo, o baixo número de órgãos disponíveis para transplantes, comparado ao número de pessoas nas listas de espera por um órgão, revela que essa concepção não tem surtido muitos efeitos, precisando, então, ser modificada para uma perspectiva de atuação cidadã do doador, a partir de políticas estratégicas, voltadas para esclarecimentos educativos da população, ou, até mesmo, ampliação de programas de incentivo a essas doações, como já observado em alguns setores, tanto na esfera federa, quanto na municipal e estadual.

Referências

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS. **Registro Brasileiro de Transplantes**. Dimensionamento dos transplantes no Brasil e em cada estado. Ano XXIII, 2017, no 4, jan./dez, p. 22.

ALMEIDA, K.C. Doação de órgãos e bioética: construindo uma interface. **Revista Brasileira de Enfermagem**. 2003, v.56, no 1, p. 18-23.

BANDEIRA, A.C.P. **Consentimento no transplante de órgãos**: à luz da lei 9.434/97 com alterações posteriores. Curitiba: Juruá, 2001.

BRASIL. Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 fev. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm >. Acesso em: 25 abr. 2018.

_____. Lei no 10.211, de 23 de março de 2001. Altera dispositivos da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a re-

moção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplantes e tratamento e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 23 mar. 2001. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10211.htm>. Acesso em: 25 abr. 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo demográfico 2010**: características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. 2010. Disponível em: <http://bit.ly/1Jn-9CYt>. Acesso em: 15 mar. 2018.

CANTAROVICH, F. Public opinion and organ donation suggestions for overcoming Barriers. **Ann Transplant**. 2005, v. 10, no1, p. 22-25.

CATÃO, Marconi do Ó. **Genealogia do direito à saúde:** uma reconstrução de saberes e práticas na modernidade. Campina Grande: EDUEPB, 2011 (Coleção Substractum).

_____. **Biodireito:** transplante de órgãos humanos e direitos de personalidade. São Paulo: Madras, 2004.

_____. **Uma dádiva moderna**: transplantes de órgãos inter vivos. 2008.480 f. Tese (Doutorado em sociologia) Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2008.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM no 1480, de 8 de agosto de 1997. A morte encefálica será caracterizada através da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de termpo variáveis próprios para determinadas faixas etárias. **Diário Oficial da União.** Brasília, 12 ago. 1997.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Sales. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa.** Rio de Janeiro: Objetivo, 2001. (Instituto Antônio Houaiss)

ROBSON, N. Z; RAZACK, A. H.; DUBLIN, N. Organ transplants: ethical, social and religious issues in a multicultural society. Asia, **Pac. J. Public Health**, 2010, v. 22, n. 3, p. 271-278.

ROZA, B.A; GARCIA, V.D; BARBOSA, S.F.F; MENDES, K.D.S; SCHIRMER, J. Doação de órgãos e tecidos: relação com o corpo em nossa sociedade. **Acta Paul Enferm**, 2010, v. 23, no 3, p. 417-22.

A violência obstétrica como uma das múltiplas faces das violências contra as mulheres

Maraísa Laboriê Prata de Almeida
Tatiana Cristina de Freitas
Rozania Bicego Xavier
Paulo Alexandre de Souza São Bento

Um ponto de partida

No Brasil, a assistência destinada às mulheres no período de trabalho de parto e parto apresenta, de forma recorrente, a prática da violência obstétrica (VO). Trata-se de um problema social e de gênero. A VO se configura em *intervenções desnecessárias* e *danosas impostas à integridade física e psicológica das mulheres*, assim como, o desrespeito à sua autonomia. As intervenções realizadas sem indicação clínica proporcionam riscos e danos já descritos nas evidências científicas, porém ainda são utilizadas sem critério, como uma prática de rotina, pelos profissionais atuantes nesta área da saúde, desconsiderando que o parto é um evento plural (MUNIZ *et al.*, 2012).

A Organização Mundial da Saúde (OMS), há vinte e dois anos, recomendou diretrizes que consideravam as intervenções obstétricas, realizadas de forma rotineira, como um fator de risco para a mulher e seu concepto. E, mesmo assim, muitas mulheres permanecem vivenciando

intervenções desnecessárias em seus partos, acompanhadas de *atitudes ofensivas* e *humilhações* (MUNIZ *et al.*, 2012).

A VO é de uma questão de saúde pública, e sua prática, na maioria dos casos, é velada ou nem percebida enquanto tal, já que ocorre no interior do fenômeno da maternidade, em geral, rodeado por um clima de amabilidade e afeto. Porém, expressa na forma de *negligência da assistência*; *discriminação social e racial*; *violência verbal e física* e *uso indiscriminado de tecnologia* (STRAPASSON *et al.*, 2013).

Crenças e preconceitos sobre a sexualidade e saúde das mulheres, presentes em sociedades patriarcais, modelam uma determinada *visão de mundo* sobre as mulheres e contribuem com os (des)tratos realizados por profissionais. O controle do corpo da mulher pela medicina levou à apropriação do processo do parto e um dos desdobramentos foi o deslocamento dos partos para os ambientes hospitalares. Como consequência dessa vigilância, a assistência tornou-se excessivamente intervencionista, o que acabou por destituir a mulher de sua *autonomia sobre o próprio corpo* (MUNIZ *et al.*, 2012).

O corpo da mulher tem sido idealizado enquanto máquina, na qual o elemento manipulador deste maquinário é o profissional de saúde. No papel de domínio, toma pra si todo o saber, negligenciando informações, emoções, sentimentos, percepções e os *direitos* da mulher no processo de gestar e parir. As parturientes ainda são impedidas de ter a presença de um acompanhante, de decidir a posição para terem seus bebês e de expressarem suas emoções e sentimentos. Tais condutas, entre outras, são contrarias a Política Nacional de Humanização e consiste em mudança de foco - da mulher para o procedimento - proporcionando maior vulnerabilidade à violência, sendo silenciada pelos profissionais e pelas próprias parturientes (ANDRADE *et al.*, 2014).

Esta situação demonstra uma realidade cotidiana que *fere os direitos humanos*. As mortes maternas, em sua maioria, são por causas evitáveis e proporcionam visibilidade apenas da violação desses direitos, mas há manifestação extrema da violência (MUNIZ *et al.*, 2012).

Para tanto, o **objetivo** deste *paper* é: discutir o problema da violência obstétrica no Brasil enquanto uma forma de violência contra as mulheres. Trata-se de um ensaio abalizado por Projetos de Lei, Lei Estadual,

Dossiês etc, tais como: Projeto de Lei nº 7.633/14; Lei nº 17.097/17; Recomendações da Organização Mundial de Saúde; Defensoria Pública de São Paulo etc. Sob a posse destes documentos os autores se debruçaram em artigos científicos nacionais e internacionais, publicados em periódicos renomados, para produzir um processo analítico de seus conteúdos, tais como: Pesquisa Nascer no Brasil - realizada pela FIOCRUZ, Pesquisa da Fundação Perseu Abramo e o SESC, entre outros.

1. A violência obstétrica: pelo ângulo das questões de gênero

O parto e o nascimento correspondem a eventos marcantes na vida de uma mulher. Contudo, não raro, são vivenciados e relembrados como uma experiência traumática e, infelizmente, o que deveria ser sinônimo de alegria, realização e celebração da vida, passa a ser relacionado à dor. No Brasil, a dor do parto é relatada como a dor da solidão, da humilhação e da agressão, presente nas práticas institucionais e de profissionais de saúde que criam ou reforçam sentimentos de incapacidade, inadequação e impotência da mulher e do seu corpo (CIELLO *et al.*, 2012).

Entende-se como VO qualquer ato exercido por profissionais da saúde e/ou a realização de rotinas institucionais impositivas no que concerne ao corpo e aos processos reprodutivos das mulheres, exprimido através de uma assistência desumanizada, com abuso de intervenções, medicalização e a patologização dos processos fisiológicos de parturição (ARGENTINA, 2012).

As sociedades industrializadas institucionalizaram o parto, alimentando a crença de que o hospital é o local adequado para parir. Concomitante a isso, há o fortalecimento da ideia, equivocada, de quanto mais tecnológico, mais seguro. Esta lógica torna a mulher vulnerável diante do sistema, pois ela é afastada do domicílio e da sua família, onde o apoio emocional é pleno. São aspectos que posicionam a mulher no lugar de passividade e submissão, isto é, o ambiente hospitalar, com seus profissionais e rotinas duras, é gerador de opressão, obstruindo a autonomia das mulheres (STRAPASSON *et al.*, 2013).

Para melhor entendimento deste processo, parte-se da premissa de que o corpo feminino e o parto passaram a ser de domínio da obste-

trícia com o avanço tecnológico e cientifico, situação fortalecida pela concepção estereotipada de que a mulher é destituída de conhecimento e que a fisiologia do seu corpo é imperfeito. Assim, a assistência prestada à mulher, no período gravídico-puerperal, tornou-se intervencionista, tecnicista e impessoal, caracterizada pelo uso recorrente de medicações e abuso de técnicas invasivas. Mais do que isso, pondera-se que a égide tecnocrática legitima poder ao saber biomédico, e para quem possui diploma no exercício deste saber, anula e/ou influência as escolhas destas mulheres (STRAPASSON *et al.*, 2013).

Por gênero entende-se o que corresponde ao sexo socialmente construído, ou seja, um conjunto de acondicionamentos no qual uma sociedade modifica a sexualidade, assim como a reprodução biológica em produtos de atividade humana, em que se satisfazem essas necessidades transformadas (DINIZ, 2009). A VO é, também, considerada uma violência de gênero, por se tratar de um fenômeno *especificamente* dirigido às mulheres; *por assumir particularidades nas manifestações das relações desiguais de poder*; e por remeter, claramente, aos valores tradicionais que permeiam as relações de gênero em nossa sociedade (VENTURI *et al.*, 2013).

Na assistência ao parto, pode-se considerar que há um *facciosismo de gênero* que conduz profissionais de saúde e pesquisadores a adotarem crenças da cultura sexual do corpo feminino, pautadas ao *sexo socialmente construído*, com 'explicações científicas' sobre o corpo e a sexualidade. Posto que, essa forma de sectarismo, corresponde ao fato da pesquisa e a prática desvalorizarem características essenciais dos sujeitos de estudo, visualizando apenas o que confirma o paradigma dominante (DINIZ, 2009). Uma das expressões deste viés é o fato destes acreditarem que o corpo feminino é defeituoso, imprevisível e potencialmente perigoso e, por isso, necessita de correção e tutela, encontrando nas intervenções seu mais exitoso instrumento.

A crença acima referida proporciona superestimação dos benefícios da tecnologia, e a subestimação ou invisibilidade referente aos efeitos adversos destas intervenções. Um exemplo disso é a episiotomia - incisão na vagina que tem sido realizada em centenas de milhares de mulheres, décadas após décadas, com a pretensão (não científica) de ampliar o canal de parto, lesionando tecidos eréteis, nervos, vasos da vulva e vagina (DI-

NIZ, 2009). Estudos controlados revelam que a episiotomia oferece risco de laceração perineal de terceiro e quarto grau, infecção e hemorragia, que correspondem a duas principais causas de morte materna no Brasil.

A prática da episiotomia é uma intervenção, dentre tantas outras presentes na assistência obstétrica, que é realizada *sem o consentimento informado* das mulheres e, em algumas situações, sequer possuem registro no prontuário. Isso configura, também, VO e é preciso que este entendimento seja assumido e responsabilizado. Corresponde a uma violência reproduzida por meio da hierarquia e dominação de um saber hegemônico - do profissional de saúde – com efeitos diretos e deletérios sobre a autonomia das mulheres, sobre seus corpos e suas escolhas (ANDRADE *et al.*, 2014).

2. A violência obstétrica: pela lente das violências contra as mulheres enquanto um problema de saúde

No evento do parto e nascimento as atitudes dos profissionais, que atuam na assistência em maternidades, são primordiais para a humanização do cuidado. Diálogo e co-responsabilidade são fundamentais para a garantia da *autonomia* da mulher e no respeito à fisiologia da gravidez e do parto. A formação de vínculo entre o profissional e parturiente favorece na redução de estresse, medo e dor (Pereira *et al.*, 2011).

O bem-estar psicossocial deve ser visto com a mesma importância do bem-estar físico (Pereira *et al.*, 2011). No Brasil, entretanto, a realidade nos cenários de assistência obstétrica pública e privada mostra que condutas e práticas de acolhimento, vínculo e diálogo são consideradas raras, não fazendo parte da rotina de assistência ao parto e nascimento.

Em agosto de 2010, uma pesquisa pioneira, de âmbito nacional, revelou inúmeras queixas relacionadas a procedimentos dolorosos realizados por profissionais de saúde, categorizados como uma forma de violência física, durante todo o processo de parturição, sem o consentimento da mulher e/ou sem as devidas informações. As denuncias permeiam desde *negligencia no atendimento* até a *violência verbal* na forma de jargões pejorativos e moralistas. Como resultado, 25% das mulheres entrevistadas vivenciaram algum tipo de agressão durante a gestação ou durante o parto. E o assunto teve maior repercussão quando o estudo foi

divulgado, pois varias mulheres confirmaram ter passado por situação semelhante durante o parto (VENTURI *et al.*, 2013).

Tais práticas supradescritas são *violações dos direitos humanos*, dos quais implicam o direito a saúde, a não discriminação, a integridade corporal, garantia dos benefícios do progresso tecnológico e cientifico. A frequência dessas violências demonstra sua banalização, o que adverte na relevância de problematizá-la na formação e capacitação de profissionais, objetivando seu enfrentamento (VENTURI *et al.*, 2013).

A violência à parturiente é discutida por alguns autores desde a negligência da assistência devida, a discriminação social, violência física (incluindo o não uso de analgesia quando tecnicamente indicada), violência verbal (que consiste no tratamento grosseiro, repreensões, gritos, humilhações intencionais e ameaças) e até mesmo, abuso sexual (toques vaginais sucessivos realizados por vários profissionais) (VENTURI *et al.*, 2013). Para outros, essa situação é expressa também pelo uso inadequado da tecnologia, através de intervenções e procedimentos, em sua maioria, desnecessários diante das evidências científicas atuais. Isso resulta numa cascata de intervenções com potentes riscos e sequelas para o binômio mãe-filho (STRAPASSON *et al.*, 2013).

A organização da assistência obstétrica brasileira consiste em pública e privada, ou suplementar. Sendo que 69% dos hospitais são particulares e 38% dos leitos destinados ao Sistema Único de Saúde (SUS) (Paim *et al.*, 2011). Além disso, 25% da população do país possui ao menos um plano de saúde com assistência médica, segundo dados oficiais (Brasil, 2012). Em ambos os setores, público ou privado, o modelo prevalente de atenção obstétrica é tecnocrático, caracterizado por intervenções obstétricas rotineiras, tradicionais, sem considerar evidências científicas e aspectos subjetivos relacionados à experiência parturitiva (D'orsi *et al.*, 2014).

Outra situação que caracteriza este modelo de assistência obstétrica é o excesso da realização de cesarianas no Brasil, sendo mais prevalente no serviço suplementar. As mulheres que optam por essa via de parto estão sob influência cultural, ou seja, a errônea crença da relação entre a cirurgia cesariana e a diminuição da mortalidade perinatal e o medo do parto, evidenciado por relatos negativos de terceiros e/ou pelas próprias experiências negativas em partos instrumentais anteriores. Além

disso, os médicos obstetras influenciam na escolha da mulher pela via cirúrgica, até mesmo ao criarem um cenário de necessidades clínicas que implicam a realização da cesariana (Tesser *et al.*, 2015).

Desse modo, a assistência no processo parturitivo não é esclarecida às mulheres, pois na cultura do atendimento baseado no paradigma tecnocrático em vigor, os profissionais de saúde são os que *determinam* a conduta assistencial, o que torna a parturiente submissa aos seus saberes e fazeres, sendo *objetos* desses profissionais, e não sujeitos participantes deste processo. Tal situação pode ser capaz de gerar tensão, medo, insegurança e/ou ansiedade nas mulheres, além de expressar claramente a relação de poder do profissional, que tem o controle instituído pelo serviço de saúde. Desse modo, esta carência de informação, viola o direito da mulher em ser informada acerca de seu parto e das práticas da assistência recebida (Rodrigues *et al.*, 2015).

Vale destacar que a qualidade da experiência vivenciada pela mulher pode determinar diretamente nos resultados maternos e neonatais, pois ansiedade no período de trabalho de parto associa-se a altos níveis de adrenalina, padrões de frequência cardíaca fetal anormal, diminuição da contratilidade uterina, aumento do tempo da fase ativa do trabalho de parto e baixos índices de Apgar dos recém-nascidos (D'orsi *et al.*, 2014). Em contraposição, apoio emocional, orientações e medidas de conforto reduzem o medo, a ansiedade e, consequentemente, seus efeitos adversos (Hodnett *et al.*, 2011).

Ao partir do principio de que a assistência obstétrica deve ser centrada nas necessidades da mulher e que a satisfação da mesma com o atendimento recebido trata-se de uma maneira indireta de avaliar a qualidade do serviço de saúde, conclui-se que identificar preditores de satisfação é uma maneira de indicar atributos necessários para que a assistência ao parto e nascimento seja ancorada nos direitos do sistema de saúde. Sendo assim, investigar a satisfação do atendimento ao parto depende da relação profissional de saúde e parturiente. E as características socioeconômicas, demográficas e as próprias características do parto, influenciam nessa relação (D'orsi *et al.*, 2014).

Neste contexto, a pesquisa Nascer no Brasil foi um estudo nacional, de base hospitalar público e privado, cujas instituições apresentavam

500 ou mais partos anuais, em 191 municípios. Participaram do estudo mais de 23 mil puérperas com seus recém-nascidos, no período de fev/2011 a out/2012 e o resultado demonstrou que práticas prejudiciais e/ou ineficazes na assistência obstétrica são realizadas com frequência no país. Sendo que 70% das mulheres tiveram suas veias puncionadas, 40% medicadas com ocitocina e 40% passaram por amniotomia. Das puérperas que tiveram parto normal, o que corresponde a 48% da amostra, 92% estavam em posição litotomica no momento do parto, 56% foram submetidas à episiotomia e 37% sofreram manobra de Kristeller no período expulsivo. Apenas 26% se alimentaram e 46% tiveram liberdade de movimentar durante o trabalho de parto e apenas 18,7% estavam com acompanhantes na internação. Este cenário demonstra a magnitude da VO presente na assistência destinada as mulheres brasileiras durante o trabalho de parto e parto (Viellas *et al*., 2014).

A OMS (WHO, 2014, p. 1-2) declarou que: "Toda mulher tem direito ao melhor padrão atingível de saúde, o qual inclui o direito de estar livre da violência e discriminação". E determina, para eliminar e evitar abusos e desrespeitos à mulher durante a assistência institucional ao parto, no mundo todo, as seguintes medidas: papel ativo dos Estados na formulação de ações contra maus-tratos; elaboração de programas de saúde que objetivem melhorar e qualificar a assistência à saúde materna, onde seja primordial um cuidado humanizado, como indicador principal de qualidade do cuidado; tornar prevalente o direito a mulher em receber durante o período gestacional e de parturição assistência correspondente as evidencias atuais e respeitando suas particularidades individuais; criar dentro das instituições setores responsáveis pela coleta de informações sobre práticas de saúde favoráveis e desfavoráveis, onde haja um sistema de responsabilidade e apoio aos profissionais; conscientização das mulheres, da sociedade vigente e dos profissionais atuantes frente ao cuidado a saúde da mulher na busca pela excelência nesta assistência e abominação as práticas abusivas e desrespeitosas.

Foi publicada uma revisão sistemática sobre os maus-tratos que acometem as mulheres durante o parto nas unidades de saúde ao redor do mundo. Segundo cientistas brasileiros, integrantes da equipe, é a maior revisão de literatura já realizada sobre os desrespeitos, abusos e maus-

-tratos que as mulheres vivenciam durante a assistência ao parto que, no Brasil, é conhecido como VO. O estudo mostra como, em muitos contextos no mundo todo, experiências de parto das mulheres nas unidades de saúde são marcadas por casos de maus-tratos, incluindo abuso físico e verbal, ausência de cuidados solidários, negligência, discriminação e negação da autonomia feminina (Bohren *et al.*, 2015).

Os resultados indicaram que, muito embora estas várias formas de maus-tratos ocorram na interação entre mulher e prestador da assistência de saúde, há uma gama complexa de falhas sistêmicas da instituição e do sistema de saúde, que contribuem para esta ocorrência, incluindo precárias estruturas de supervisão, número insuficiente de profissionais, redes de abastecimento inadequadas, condições físicas e políticas ineficazes, práticas culturais facilitadoras e dinâmicas de poder que enfraquecem sistematicamente as mulheres. Os casos, em sua maioria, ocorrem em países pobres ou em desenvolvimento, entretanto mesmo em países ricos, na América do Norte e Europa, foram observados problemas com o preconceito e discriminação, além de ineficaz cuidado com o corpo feminino na assistência ao período gestacional, trabalho de parto e parto (Bohren *et al.*, 2015).

A Argentina e Venezuela apresentam em suas legislações definições de VO, como sendo a apropriação do corpo e dos processos reprodutivos das mulheres pelo profissional de saúde, sendo expressa em um trato desumanizado e no abuso da medicalização e patologização dos processos naturais. No caso da Lei venezuelana, complementa-se o conceito com as consequências ou causalidades: trazendo consigo a perda da autonomia e capacidade de decidir livremente sobre seus corpos e sexualidade, impactando negativamente na qualidade de vida das mulheres. *São as primeiras legislações latino-americanas que tipificam esta forma de violência* (CIELLO *et al.*, 2012).

O Brasil possui um Projeto de Lei que define, no Art. 13, paragrafo único, VO como: "Todo ato praticado pelo(a) profissional da equipe de saúde que ofenda, de forma verbal ou física, as mulheres gestantes em trabalho de parto, em situação de abortamento e no pós-parto/puerpério". Além da definição, há medidas de erradicação da VO, por meio de comunicação dos casos aos serviços de saúde e às Comissões de Moni-

toramento dos Índices de Cesarianas e de Boas Práticas, constituindo infração a legislação sanitária federal e obrigatoriamente implicam-se penalidades, previstas na Lei, ao estabelecimento. Os profissionais estarão pessoalmente sujeitos à responsabilização civil e criminal referente às suas condutas. E os respectivos Conselhos Regionais de Medicina e Enfermagem serão comunicados, a fim de aplicarem as penalidades administrativas aos profissionais envolvidos (Wyllys, 2014).

O projeto foi elaborado juntamente com a Associação Brasileira de Enfermagem Obstétrica (ABENFO) e ARTEMIS (organização que luta pela erradicação de toda forma de violência contra as mulheres). No dia 06/08/2015 a Comissão de Educação, após dois relatos e uma audiência pública com diversos especialistas no assunto, finalmente, a relatoria apresentou parecer *favorável* ao projeto. A relatora, Deputada Keiko Ota, apresentou parecer concordando com todas as razões e fundamentos, ratificando todas as pesquisas e evidências científicas que foram apresentadas e exortando pela aprovação do texto de Projeto de Lei (Wyllys, 2014).

Uma luz surge neste cenário que é a Lei nº 17.097, de 17 de janeiro de 2017, do Estado de Santa Catarina, que em seu Art. 1º traz o objeto da Lei como "a implantação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica no Estado de Santa Catarina e divulgação da Política Nacional de Atenção Obstétrica e Neonatal". Considera, em seu Art. 2º, que a VO é todo ato praticado por profissional de saúde do hospital, incluindo também acompanhante e/ou familiar, seja verbal ou física no ciclo gravídico-puerperal, incluindo o parto. O Art. 3º esmiúça os parâmetros em 21 Incisos e a Lei também determina a elaboração de Cartilha de Direitos com informações para o fortalecimento da autonomia e que os hospitais devem afixar cartazes informativos no intuito de divulgação (Albino, 2017).

O Ministério da Saúde, por sua vez, considera indispensável à humanização do parto, os desejos e valores da mulher, além da adoção de uma postura ética e sensível pelos profissionais atuantes nesta assistência, ao respeitá-la como cidadã e não praticar agressões verbais e não verbais (STRAPASSON *et al.*, 2013). Concomitante a estas ações é preciso sensibilizar as mulheres sobre o assunto. Sendo necessário considerar a capacidade crítica da usuária, sua aceitação passiva diante da assistência

recebida e o simples fato de ser atendido resultar em avaliação positiva do serviço de saúde (D'orsi *et al.*, 2014).

Mediante a complexidade e magnitude da VO no país, dois tipos de prevenção quaternária são possíveis: ações individuais, familiares e comunitárias associadas ao pré-natal, devem ser realizadas na Atenção Primária a Saúde; e ações de maior proporção, ou seja, social, política e institucional. Para tal, sugere-se a prática da construção do Plano de Parto, um recurso utilizado na década de 70 pelas mulheres européias como reivindicação ao controle sobre seu próprio corpo no contexto crescente da medicalização do parto. O Plano de Parto é recomendado pela OMS e proporciona a mulher ao elaborá-lo, com ajuda de seus cuidadores, a refletir sobre práticas benéficas e danosas e sobre seus direitos durante o processo de parturição (Tesser *et al.*, 2015).

De fato, o Plano de Parto objetiva ser uma importante estratégia para possibilitar a mulher o entendimento do processo parturitivo, a expressar valores pessoais, receios e necessidades no processo de parir, o que irá favorecer suas escolhas proporcionar maior controle ou consciência diante das situações que irão surgir frente o trabalho de parto e parto. Consequentemente, isto favorecerá na comunicação dessas preferências com os profissionais de saúde (Tesser *et al.*, 2015).

Outra estratégia de conscientização das mulheres e a sociedade vigente são as redes sociais, que atualmente passaram a ser acessíveis a quase toda população, independente da classe social, e tornou-se um importante meio de comunicação. Como exemplo, destaca-se a divulgação coletiva de 75 *blogs* no dia 8 de Março de 2012 - Dia Internacional da Mulher, que alcançou quase duas mil mulheres, com o Teste da Violência Obstétrica. O evento foi promovido pelos *blogs Parto no Brasil*, *Cientista Que Virou Mãe* e *Mamíferas*. O instrumento foi idealizado a partir de documento original da *Associação Civil Argentina Dando a Luz* e *Coletivo Maternidade Libertária*, disponível em algumas publicações na Internet, em *blogs* e sites, datadas de 2010. Para a divulgação no Brasil, o documento foi revisado e adaptado à proposta da Blogagem Coletiva. As questões abertas foram transformadas em questionário de múltipla escolha, foi incluso uma importante caracterização sociodemográfica e a divulgação das mulheres, conectadas em suas redes virtuais. O resultado

foi surpreendente, durante 38 dias – 1.966 mulheres responderam ao questionário (Franzon *et al.*, 2012).

Além disso, a mídia também assume um importante papel na disseminação da informação e passa a ser um importante meio de denuncias. Neste contexto, dois documentários são destaques, 'O Renascimento do Parto', o qual atingiu recorde de *crowdfunding* mais rápido do Brasil, cuja meta inicial esperada era de sessenta dias, porém alcançada em apenas três. O filme demonstra intervenções realizadas pelos profissionais, que na sua maioria consideram ser *normal* na rotina de assistência obstétrica, porém descritas pelas usuárias como formas de violência a mulher. Em função do sucesso e dando continuidade a proposta, em 2018 foram lançadas as continuações do documentário 'O Renascimento do Parto 2 e 3'. E o segundo documentário, que também foi elaborado coletivamente e a partir de uma pesquisa realizada pela internet, consiste em falas das próprias mulheres, é a 'Violência Obstétrica - a voz das brasileiras', que denuncia em detalhes essa realidade. E foi considerado o melhor documentário no Seminário Internacional Fazendo Gênero (Diniz, 2014).

Isso demonstra que proporcionar visibilidade ao tema também nas redes sociais, que atualmente é um importante meio de comunicação, corresponde a uma alternativa para conscientização e caracterização da VO. Além disso, permite a participação das mulheres (usuárias do serviço de saúde) ao compartilharem experiências, discutirem sobre sua percepção acerca do tema. E diante das repercussões na internet, mencionadas anteriormente, podemos ter a dimensão da relevância frente à VO.

Encerrando, torna-se imprescindível haver mudanças na formação acadêmica do profissional obstetra, de predomínio do modelo tecnocrático, onde se destaca o discurso da ética de proteção à vida e a valorização da técnica, como arte, sobrepondo-se aos aspectos fisiológicos do processo. Não enquadrando o nascimento ao que se entende apropriadamente como doença é preciso discutir as intervenções e a patologização desse evento. Passando a ser a assistência vinculada a Prática Baseada em Evidência, a fim de propiciar uma visão do parto como sendo, não somente um evento biológico, mas considerá-lo um evento humano. Onde os aspectos fisiológicos, emocionais, sociais, culturais e espirituais devem ser igualmente valorizados, e suas especificidades atendidas, assim o protagonismo resti-

tuído à mulher, não será apenas uma sofisticada tutela, imposta milenarmente pelo patriarcado. Ter ciência de que a humanização do nascimento se desenvolve sob o império da razão e não movido por crenças religiosas, ideias místicas ou pressupostos fantasiosos (Mendonça, 2015).

Por fim?

Este artigo é um alerta. Como uma fonte de reflexão e sensibilização sobre a VO enquanto um problema na seara das questões de gênero, já que configura uma forma de violência contra as mulheres. O intuito é fornecer auxilio para aquisição de informação qualificada, além de contribuir, também, como instrumento didático para o ensino de graduação e pós-graduação em diversas áreas. Visa também proporcionar visibilidade acerca da temática, diante das discussões apresentadas, capaz de evidenciar a necessidade de mudança imediata neste contexto de assistência.

Além disso, propõe-se enquanto instrumento de informação para a sociedade vigente e para o campo do Direito, por ser uma ação primordial na mudança e repudio de um cenário que prevalece o excesso de intervenções e que visa controlar o processo de parturição, o qual contribui para a estigmatização do parto como um símbolo de sofrimento e dor. Isso permite uma desmistificação da forte influencia das questões de gênero nesse contexto, justificando ser a VO uma violência à mulher. Assim, termina-se este artigo que, em verdade, discutiu a ponta de um *iceberg* que precisa ser amplamente explorado.

Referências

Albino A. **Lei nº 17.097/17**. Dispõe sobre a implantação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica no Estado de Santa Catarina. 2017. Acesso em: 26/07/2018. Disponível em: http://leis.alesc.sc.gov.br/html/2017/17097_2017_lei.html.

Andrade BP, Aggio CM. **Violência obstétrica: a dor que cala.** Anais do III Simpósio Gênero e Políticas Públicas. Universidade Estadual de Londrina, 27 a 29 de maio de 2014. GT3 - Violência contra a

Mulher e Políticas Públicas - Coord. Sandra Lourenço A. Fortuna. Acesso em: 26/07/2018. Disponível em: http://www.uel.br/eventos/gpp/pages/arquivos/GT3_Briena%20Padilha%20Andrade.pdf.

Argentina. Ministerio de Salud. Juárez DP, Tessio A. **Violencia sobre las mujeres: herramientas para el trabajo de los equipos comunitarios.** Buenos Aires: Editora Ministerio de Salud, 2012.

Bohren MA, Vogel JP, Hunter EC, Lutsiv O, Makh SK, Souza JP, *et al.* The mistreatment of women during childbirth in health facilitie globally: a mixed-methods sysmematicre view. **PLoSMed**, 2015;12(6):1-32. Acesso em: 26/07/2018. Disponível em: http://journals.plos.org/plosmedicine/article/file?id=10.1371/journal.pmed.1001847&type=printable.

Brasil. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Foco saúde suplementar.** Rio de Janeiro: Ministério da Saúde; 2012. Acesso em: 26/07/2018. Disponível em: http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/Foco/web_VERSAO_foco_marco_2012.pdf.

Ciello C, Carvalho C, Kondo C, Delage D, Niy D, Werner L *et al.* **Violência Obstétrica "Parirás com dor"**. Dossiê elaborado pela Rede Parto do Princípio para a CPMI da Violência Contra as Mulheres no ano de 2012. Acesso em: 26/07/2018. Disponível em: https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf

D'orsi E, Brüggemann OM, Diniz CSG, Aguiar JM, Gusman CR, Torres JA *et al.* Desigualdades sociais e satisfação das mulheres com o atendimento ao parto no Brasil: estudo nacional de base hospitalar. **Cad Saúde Pública**, Rio de Janeiro, 30 Sup: S154-S168, 2014. Acesso em: 26/07/2018. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/csp/v30s1/0102-311X-csp-30-s1-0154.pdf.

Diniz SG. Gênero, saúde materna e o paradoxo perinatal. **Rev Bras Crescimento Desenvolvimento Humano**. 2009; 19(2):313-326. Acesso em: 26/07/2018. Disponível em: https://edisciplinas.usp.

br/pluginfile.php/204921/mod_resource/content/1/genero_saude_materna.pdf

Diniz SG. O renascimento do parto, e o que o SUS tem a ver com isso. **Interface**, 2014; 18(48):217-20. Acesso em: 26/07/2018. Disponível em: https://scielosp.org/pdf/icse/2014.v18n48/217-220/pt.

Franzon ACA, Sena LM. **Teste de violência obstétrica. Violência obstétrica é violência contra a mulher.** Resultado da ação de Blogagem Coletiva. 2012. Acesso em: 26/07/2018. Disponível em: https://apublica.org/wp-content/uploads/2013/03/Divulga%C3%A7%C3%A3o-dos-resultados_-Apresenta%C3%A7%C3%A3o_Diagramada_Vers%C3%A3o-final.pdf.

Hodnett ED, Gates S, Hofmeyr GJ, Sakala C. Continuous support for women during childbirth. **Cochrane Data base Syst Rev**, 2011; 16(2):1-54. Acesso em: 26/07/2018. Disponível em: http://cochranelibrary-wiley.com/doi/10.1002/14651858.CD003766.pub3/epdf/standard.

Mendonça S. S. Modelos de assistência obstétrica concorrentes e ativismo pela humanização do parto. **Civitas**, Porto Alegre, 2015;15(2):250-71. Acesso em: 26/07/2018. Disponível em: http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/viewFile/17899/13392

Muniz BMV, Barbosa RM. Problematizar la atención del parto: es cuidado o violencia? Memorias Convención Internacional de Salud Pública. **Cuba Salud** 2012. La Habana 3-7 de diciembre de 2012. Acesso em: 26/07/2018. Disponível em: http://www.convencionsalud2012.sld.cu/index.php/convencionsalud/2012/paper/view/744/321.

Organização Mundial de Saúde. **Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus–tratos durante o parto em instituições de saúde.** WHO, 2014. Acesso em: 26/07/2018. Disponível em: http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14.23_por.pdf;jsessionid=3A96A0DF266648CA6EEC2024EA353E4D?sequence=3.

Paim J, Travassos C, Almeida C, Bahia L, Macinko J. The Brazilian health system: history, advances, and challenges. **Lancet**, 2011; 377:1778-97. Acesso em: 26/07/2018. Disponível em: https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(11)60054-8/abstract.

Pereira GV, Pinto FA. Episiotomia: uma revisão de literatura. **Ensaios e Ciência Ciências Biológicas, Agrárias e da Saúde**, Campo Grande, 15(3):2011. Acesso em: 26/07/2018. Disponível em: http://www.redalyc.org/pdf/260/26021120015.pdf.

Rodrigues DP, Alves VH, Branco MBLR, Mattos R, Dulfe PAM, Vieira BDG. Obstetrical violence as practice in health care to woman during labor: reflective analysis. **Rev de Enfermagem UFPE online**, Recife, 9(Supl. 5):8461-7, jun., 2015. Acesso em: 26/07/2018. Disponível em: https://periodicos.ufpe.br/revistas/revistaenfermagem/article/view/10613/11595.

Strapasson MR, Nedel MNB. A institucionalização da violência contra a mulher no processo se nascimento: revisão integrativa. **Res Enferm UEPE online**, Recife, 7(esp.): 6663-70, nov., 2013. Acesso em: 26/07/2018. Disponível em: https://periodicos.ufpe.br/revistas/revistaenfermagem/article/viewFile/12322/15019.

Tesser CD, Knobel R, Andrezzo HFA, Diniz SG. Violência Obstétrica e prevenção quaternária: o que é e o que fazer. **Rev Bras Med Fam Comunidade**, 2015;10(35):1-12. Acesso em: 26/07/2018. Disponível em: https://www.rbmfc.org.br/rbmfc/article/viewFile/1013/716.

Venturi Jr. G, Aguiar JM, Hotimsky SN. **A violência institucional no parto em maternidades brasileiras.** In: Venturi Jr. G, Godinho T, organizadores. Mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado: uma década de mudanças na opinião pública. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo/Serviço Social do Comércio, 2013.

Viellas EF, Domingues RMSM, Dias MAB, Torres JA, Dias MAB, Schneck CA, *et al.* Assistência pré-natal no Brasil. **Cad Saúde Publi-**

ca, 2014;30(Supl):S85-S100. Acesso em: 26/07/2018. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/csp/v30s1/0102-311X-csp-30-s1-0085.pdf.

Wyllys J. **Projeto de Lei nº 7.633/14**. Das diretrizes e dos princípios inerentes aos direitos da mulher durante a gestação, pré-parto, parto e puerpério. 2014. Acesso em: 26/07/2018. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1257785.

Uma crítica ao ativismo judicial e a busca e apreensão de recursos financeiros dos municípios fluminenses. Direito a medicamentos. Por uma releitura do art. 196 da CF à luz do nosso federalismo fiscal.

Roberto Wagner Lima Nogueira

> "O comprometimento federal com serviços de saúde passou de 50,47% dos recursos, em 2002, para 41,45% em 2016. Já a parcela que recai sobre municípios cresceu de 25,57% para 33,04%, nesse mesmo período. O aumento dos valores nominais ocorreu para as três esferas de poder, mas proporcionalmente maior para os municípios."
>
> *Adriano Massuda*

Introdução

Comecemos por uma **primeira premissa** básica: o município é um ente subnacional financeiramente hipossuficiente no federalismo fiscal brasileiro. Dito isso, firmamos uma **segunda premissa**: a elaboração, definição e execução das políticas públicas de saúde num processo de-

mocrático, não são questões que devam ser judicializadas, e uma vez judicializadas, devem ser decididas com parcimônia, como prescreve o art. 6º do CPC, sob a égide de um prévio contraditório de maneira a induzir um comportamento normativo cooperativo dos sujeitos processuais, mediante deveres de consulta, esclarecimento, auxílio e correção. (NUNES; LUD; PEDRON, 2018, p. 192/193.)

Essas duas premissas básicas, demandam urgentemente uma releitura do art. 196 da CF, máxime na aplicação do direito realizada pela honrosa justiça fluminense. A Constituição da República Federativa do Brasil prescreve em seu art. 196, a saber,

> "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*". (grifado)

O direito à saúde e seus consectários, direito a medicamentos e exames, portanto, são considerados direitos universais segundo o art. 196, posto no Título VIII, da "Ordem Social" de nossa Carta Maior. A doutrina e jurisprudência tendem a compreender a expressão "*dever do Estado*" em sentido amplo, a incluir União, Estados e Municípios.

Será que União, Estados e Municípios podem figurar solidariamente como responsável por esse atendimento universal do direito à saúde? Como interpretar a lógica jurídica dessa sujeição passiva dos entes federados? Tem o município, sabidamente hipossuficiente financeiramente, figurar na mesma posição que União e Estados na hora de atender as decisões judiciais? Ou deve, o poder judiciário ponderar essas diferenças ao aplicar o direito ao caso concreto? Este breve estudo visa oferecer algumas reflexões e respostas para este árduo tema do direito constitucional financeiro, já que sobra demanda por direito à saúde e os recursos são escassos e concentrados nas mãos da União e dos Estados.

1. Situando sinteticamente o tema do financiamento da saúde no federalismo fiscal brasileiro.

No Brasil, paradoxalmente, muito embora o povo viva suas alegrias e tristezas no solo dos municípios, nossa Constituição Federal (CF), houve

por bem distribuir a competência para tributar os fatos geradores de riqueza econômica, em favor majoritariamente da União (art. 153 da CF) e dos Estados (art. 155 da CF), **de maneira que os municípios brasileiros vivem com no máximo 17% de toda receita tributária arrecadada no país**. **A miserabilidade da maioria dos municípios brasileiros não é obra da mãe natureza**, é fruto da distribuição assimétrica dos recursos arrecadados, e da forma como nosso federalismo fiscal foi desenhado e redesenhado ao longo destes 30 anos de nossa Constituição Federal de1988.

Em noutra oportunidade, já pontuamos (NOGUEIRA, 2018) esse desequilibro – em desfavor dos municípios – de nosso federalismo fiscal, a saber,

> "No Brasil os municípios arrecadam diretamente apenas 5% do total do bolo tributário, e após as redistribuições de rendas previstas na CF de 1988, esse percentual pode chegar até 17%. Nos EUA e na Alemanha, os municípios chegam a ficar com 30% do bolo total da arrecadação.
>
> As federações modernas das superpotências inverteram a lógica de gestão, e tudo parte do poder local, 80% e 90% das políticas públicas são resolvidas em nível local e regional. Vigem nestes países o princípio da subsidiariedade onde que se norteia pela ideia da competência residuais ascendentes, como vimos de ver na Alemanha.
>
> No Brasil o Prefeito é um súdito de um deputado federal, que na verdade é um "vereador federal". Os prefeitos ficam mais tempo em Brasília do que em sua cidade. O governo federal fica com mais de 80% de todo bolo tributário."

O Brasil insiste em se fazer do centro para periferia, e não da periferia para o centro. Há centralização descontrolada a começar no âmbito dos próprios municípios, seja no aspecto financeiro ou no viés populacional, até porque as oportunidades de empregos atraem a população interiorana. Resultado deste desastre federativo é que dados estatísticos apresentados pelo IBGE no estudo "**Estimativas de População dos Municípios 2017**" (GLOBO.COM, 2017) mostra que mais da metade da população brasileira (117,2 milhões de habitantes) moram em apenas 5,6% dos municípios, todos com mais de 100 mil habitantes, e quase 25% dos municípios tiveram redução populacional no último

ano. Ou seja, concentra-se a riqueza, atrai-se gravitacionalmente os indivíduos dos pequenos e médios municípios, e está formado o caos urbano e seus derivados, violência e miséria social.

E os outros 100 milhões de brasileiros resistem (ainda bem!) em sobreviver nas cidades com até 20 mil habitantes, porém, com menos recursos financeiros e, por óbvio, com menor anteparo local de serviços de saúde do aparelho estatal.

Lado outro, ao passo que **os municípios cada dia mais suportam maior gastos com a saúde, e a gestão de distribuição orçamentária cada vez mais se afirma desigual e deficitária com os entes menores**, muitos deles, no Estado do Rio de Janeiro (foco principal de nossas reflexões) **sequer conseguem arcar com suas folhas de pagamentos, quanto mais darem conta de atender a população minimamente em medicamentos e exames**. Em estudo realizado pela OPAS (Organização Pan-Americana de Saúde), a situação dramática dos municípios brasileiros vem à tona com clareza, a saber,

> "A análise está no estudo inédito "O sistema de saúde brasileiro em encruzilhada: progresso, crise e resiliência", publicado na revista científica BMJ Saúde Global e produzido como alerta por especialistas da Universidade Harvard e do Imperial College London - com consultoria da Organização Pan-Americana da Saúde (Opas). **Ele mostra que, de 2003 para 2014, o gasto municipal per capita com saúde (recursos próprios, receitas federais e verbas estaduais) cresceu 126% - passando de R$ 315,7 para R$ 716,5 ajustados pela inflação**. No entanto, desde 2015, essas despesas diminuíram em 6,3%, para R$ 671,1, em 2016. Frente à progressiva deterioração financeira de Estados e municípios - que hoje nem sem sequer conseguem arcar com folhas de pagamento em efeito cascata que afeta as obrigações -, áreas essenciais ficam comprometidas mesmo em suas atuações mais primárias, apontam os especialistas.
>
> "**A consequência esperada é o aumento da mortalidade por causas preveníveis e doenças crônicas em todas as fixas de idade, sendo mais pronunciadas em regiões vulneráveis e pobres, com populações em risco**". diz Adriano Massuda, médico sanitarista, pesquisador na Harvard T.H. Chan

> School of Public Health e consultor da Opas, que participou da elaboração do documento.
>
> "Se analisarmos o gasto total público com saúde ao longo dos anos, **há redução da proporção de repasses federais desde a implantação do SUS**. Em 1988, perto de 75% dos recursos eram federais, e mais ou menos 5%, municipais. No ano 2000, a transferência federal era de aproximadamente 50%, com municípios arcando com 23% a 24%, e Estados com o restante. Em 2016, a contrapartida federal era de pouco mais de 40%", relaciona." (LIMA,2018) (grifados)

Por trás desse desiquilíbrio no financiamento da saúde, está a voracidade financeira da União, que pode ser considerada a grande responsável pela instabilidade no custeio da saúde no Brasil. Desde 1994, quando da instituição da **desvinculação de receitas (DRU)**, a União tem perpetrado as seguintes práticas nocivas aos municípios, nas precisas palavras de (PINTO, 2017, p. 103/104),

> "a) arrecadar mais por meio de tributos dotados de destinação específica que, em função disso, estão alheios à sistemática constitucional de repartição obrigatória entre os entes (de que tratam os arts. 157 a 159). No caso da saúde, trata-se das contribuições sociais destinadas ao financiamento solidário da seguridade social, à luz do art. 195 da CR/1988.
>
> b) descentralizar para estados e municípios mais ações de diversas políticas públicas prestacionais, como de fato, sucedeu-se com o SUS, com o que, a própria União se desincumbe, correspondentemente, da execução direta de tais despesas.
>
> c) não distribuir o produto da arrecadação majorada com estados e municípios e nome da aludida destinação dos tributos que deram ensejo ao maior volume de ampliação de receitas tributárias, e
>
> d) paradoxalmente, não aplicar a totalidade daqueles recursos onde constitucionalmente eles deveriam ser aplicados, por força de mecanismo transitório, de desvinculação de receitas, insistentemente prorrogado no ADCT".

Vê-se, assim, que a fragilidade do custeio das políticas de saúde no Brasil não é um "sujeito oculto", e nem "está em lugar incerto e não sabido". Tem nome e sobrenome, é a União, seguida de perto pelos Estados.

Agora, em setembro de 2018, o STJ no julgamento do REsp 1.657.156 definiu importantes teses para que a justiça possa deferir ou não, fornecimento de medicamentos não constantes na lista do SUS. A 1ª Seção do STJ, inclusive, alterou a tese anteriormente definida pelo colegiado para esclarecer sobre a possibilidade ou não, de decisão autorizativa de fornecimento de remédio para situações não previstas na bula registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), o chamado uso ***off label*** (fora dos fins registrados na ANVISA), provocado que foi por embargos de declaração opostos pelo Estado do Rio de Janeiro.

Como resultado do julgamento destes embargos, foi Inserido mais um critério de contenção do ativismo judicial, a 1ª Seção passou a entender que a "**existência de registro na Anvisa**" não autoriza o uso do medicamento para outros fins que não aqueles para o qual a bula foi registrada. Segundo o relator, ministro Benedito Gonçalves, essa alteração da tese do STJ quer **evitar que o sistema público seja obrigado a fornecer medicamentos que, devidamente registrados**, tenham sido indicados para **utilizações *off label* que não sejam especificamente nos termos em que autorizados pela ANVISA.**

Deste modo, o terceiro requisito da tese fixada pelo STJ, passa a incluir a impossibilidade de fornecimento de medicamento pelo poder público, quando, muito embora, o medicamento seja registrado do ponto de vista sanitário, o paciente/requerente está a querer usá-lo (mesmo com orientação) médica, ***off label***, ou seja, para tratamento de enfermidade diversa daquelas indicadas na bula e autorizadas pela ANVISA. (CONJUR, 2018):

> A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:
>
> **(i)** Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;

> **(ii)** incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;
>
> **(iii)** existência de registro do medicamento na Anvisa, observados os usos autorizados pela agência. (grifados)

2. Uma base empírica. A dimensão do problema financiamento da saúde no âmbito dos municípios do Estado do Rio de Janeiro.

Antes de adentrarmos especificamente no caso emblemático dos municípios do Estado do Rio de Janeiro, frente a centenas de decisões judiciais que determinam busca e apreensão de recursos públicos em contas bancárias, para compra de medicamentos, muitas das vezes, até mesmo nem reconhecidos pela ANVISA, é bom dizer que o Governo Federal, justamente, para evitar decisões individualizadas e inclusive, ofensivas aos comezinhos princípios orçamentários, adotou a **POLÍTICA NACIONAL DE MEDICAMENTOS** (PNM), aprovada pela **Portaria 3.916/98**, com o propósito de garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a promoção do **uso racional** e o **acesso da população àqueles considerados essenciais**.

De acordo com a PNM, os gestores do SUS, *nas três esferas de Governo*, devem atuar em estreita parceria e na conformidade das oito diretrizes fixadas, a saber: **adoção de relação de medicamentos essenciais**; regulamentação sanitária de medicamentos; reorientação da assistência farmacêutica; **promoção do uso racional de medicamentos**; desenvolvimento científico e tecnológico; promoção da produção de medicamentos; e desenvolvimento e capacitação de recursos humanos.

A ***adoção de relação de medicamentos essenciais*** assim entendidos aqueles produtos essenciais e indispensáveis para atender a maioria dos problemas de saúde da população compreende o estabelecimento de mecanismos que permitam a sistemática atualização desta relação. Os produtos da **Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME** - devem estar continuamente disponíveis aos segmentos da sociedade que deles necessitem, nas formas farmacêuticas apropriadas.

Além da **RENAME** no âmbito federal, a **Portaria Federal nº 3.916/98**, define quais são as atribuições dos municípios no que tange

a "**adoção de relação de medicamentos essenciais - REMUME**" e outros temas, em seu item 5.4, a saber: Consoante esta portaria federal, cabe ao Gestor municipal de saúde, a saber,

> "**5.4. Gestor municipal**
>
> **No âmbito municipal, caberá à Secretaria de Saúde ou ao organismo correspondente as seguintes responsabilidades**:
>
> a. (...)
>
> **c. promover o uso racional de medicamentos junto à população, aos prescritores e aos dispensadores**;
>
> (...)
>
> **h. definir a relação municipal de medicamentos essenciais, com base na RENAME, a partir das necessidades decorrentes do perfil nosológico da população**;
>
> (...)
>
> m. receber, armazenar e distribuir adequadamente os medicamentos sob sua guarda." (grifados)

Cumprindo com o rigor os ditames da portaria federal, os municípios fluminenses adotaram, cada um, a sua **REMUME** (relação de medicamentos essenciais) onde regulam amplamente o tema e definem quais os medicamentos cabem o fornecimento gratuito por parte da municipalidade.

É nessa mesma linha de integralidade, institucionalidade e coerência de agir, que os **procuradores municipais brasileiros**, reunidos em **Congresso científico anual** da **Associação Nacional dos Procuradores Municipais**, adotaram como referência de atuação o **ENUNCIADO 203 (AI V)**, com a seguinte redação:

> "**Enunciado 203 (AI V)**: A obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos pelo ente municipal **está a adstrita à lista de medicamentos essenciais expedidas pelo Ministério da Saúde e as listas elaboradas pelos órgãos locais de gestão de saúde**, exigindo-se a prescrição por médico do SUS e a dispensação em uma unidade do SUS. Judicialmente ainda há a necessidade de prova da recusa pelo ente público." (grifos meus) (https://www.anpm.com.br/?go=home)

Todavia, infelizmente e caoticamente, toda essa elaboração conjunta entre os entes federados para otimizar os recursos orçamentários da saúde destinados a medicamentos e outras áreas, não tem sido suficiente para sensibilizar e conter o ativismo judicial na esfera fluminense da Justiça.

Não é isso que prescreve o art. 196 da CF. É gritante, que há aqui um flagrante déficit democrático na intervenção judicial fluminense na gestão das políticas públicas municipais, já que os eleitos, prefeitos e vereadores, são praticamente expurgados da gestão orçamentária da saúde municipal, mediante uma intervenção (ainda que bem-intencionada) mas, absolutamente, dissonante da realidade municipal mediante uma interpretação no mínimo imoderada dos textos normativos constitucionais.

Vamos à realidade da questão da efetivação do direito à saúde no seio do Estado do Rio de Janeiro, faremos um rápido panorama econômico do Estado, para mais a frente construirmos soluções interpretativas para uma releitura do art. 196 da CF com supedâneo no quadro atual deste ente federativo, o município.

O Estado possui 92 municípios. A FIRJAN (Federação das indústrias do Estado do Rio de Janeiro), criou o Índice Firjan de Desenvolvimento Municipal (IFDM), e baseado nesse índice vem realizando estudos para compreender a economia dos municípios fluminenses. Com supedâneo no estudo realizado em 2016 (SILVEIRA, 2018), podemos classificar as dez maiores cidades fluminenses e as dez menores, segundo o seu desenvolvimento econômico no contexto do Estado do Rio de Janeiro.

Os 10 municípios fluminenses *mais* desenvolvidos economicamente	Os 10 municípios fluminenses *menos* desenvolvidos economicamente
1º Itaperuna	1º Varre-Sai
2º Nova Friburgo	2º Arraial do Cabo
3º Piraí	3º Cambuci
4º Volta Redonda	4º São Gonçalo

5º Rio de Janeiro	5º Santa Maria Madalena
6º Petrópolis	6º Sumidouro
7º Itaguaí	7º São Francisco de Itabapoana
8º Resende	8º Queimados
9º Niterói	9º Belford Roxo
10º Carmo	10º Japeri

Retenhamos esses dados econômicos, porque serão importantes mais adiante.

A Justiça do Estado do Rio de Janeiro, preocupada em pacificar as centenas de ações judiciais envolvendo o pleito de internações hospitalares, fornecimento de medicamentos e concessão de exames médicos pelos municípios e Estado, fez produzir um verbete sumular para unificar o entendimento da justiça para todos os casos semelhantes. O verbete está assim ementado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

> "Nº. 178. Para o cumprimento da tutela específica de prestação unificada de saúde, insere se entre as medidas de apoio, *desde que ineficaz outro meio coercitivo, a apreensão de quantia suficiente à aquisição de medicamentos junto à conta bancária por onde transitem receitas públicas de ente devedor*, com a imediata entrega ao necessitado e posterior prestação de contas."
>
> REFERÊNCIA: Processo Administrativo nº. 0013667-68.2011.8.19.0000 - Julgamento em 22/11/2010 - Relator: Desembargadora Leila Mariano. Votação unânime. (grifados)

A construção deste verbete sumular da justiça fluminense, teve como suporte interpretativo, a decisão proferida no Resp nº 106.9810/RS, de 06/11/2013, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa possui o seguinte teor,

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO DE MEDIDA NECESSÁRIA À EFETIVAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA OU À OBTENÇÃO DO RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE. ART. 461, § 5o. DO CPC. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE CONFERIDA AO JULGADOR, DE OFÍCIO OU A REQUERIMENTO DA PARTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. ACÓRDÃO SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO 08/2008 DO STJ. 1. Tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, *podendo, se necessário, determinar até mesmo, o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio*, e sempre com adequada fundamentação. 2. Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 08/2008 do STJ. (STJ - REsp: 1069810 RS 2008/0138928-4, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 23/10/2013, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 06/11/2013) (grifados)

Da leitura do voto do eminente Min. Napoleão Nunes, verifica-se que o art. 461, § 5º do pretérito CPC, foi a base empírica onde S. Exª se escudou para "***permitir o sequestro de valores segundo o prudente arbítrio do julgador***", a ver,

> "Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)
>
> § 5o Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, ***busca e apreensão***, *remoção de pessoas e coisas*, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)." (grifados)

No Novo CPC, há disposição similar no art. 536, § 1º. Por evidente, que essa construção jurisprudencial é atentatória aos princípios que norteiam

o agir da administração pública, e se insere naquele contexto de decisões ativistas do poder judiciário, onde a norma criada pelo intérprete se desgruda totalmente do sentido do texto, já que o antigo CPC, tanto como o novo, estão a tratar nestes artigos de devedores que não sejam o poder público. O poder público está submetido aos ditames orçamentários previstos nos arts. 165 a 169 da CF, ao regime de precatório e RPV no art. 100 da CF, e absolutamente vinculado aos preceitos da Lei de Responsabilidade Fiscal, LC nº 101/2000 e a Lei Geral dos Orçamentos Públicos, 4.320/64.

Brada o art. 60 da Lei Geral dos Orçamentos,

> "é vedada a realização de despesas sem prévio empenho".

Do alto patamar Constitucional, prescreve nossa Carta Maior,

> "*Art, 167 – São vedados – II- a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais.*"

Também é fruto de uma longa construção histórica do direito, as prerrogativas a que tem direito a Fazenda Pública, como a **impenhorabilidade de bens** e a **execução por precatório ou RPV**, na forma do art. 100 da Constituição Federal, tudo um único objetivo, a proteção do **bem público, que é indisponível**, porque pertencente a todos.

O próprio conceito de "**despesa pública**" é ferido de morte com a aplicação sem cautelar do verbete sumular nº 178 do TJRJ. Despesa pública é para "**satisfazer as necessidades coletivas**", bem disse (ABRAHAM, 2017, P. 199), isto por que,

> "...Vivemos em um Estado de Direito, onde o administrador da coisa pública não está livre para empregá-la de maneira que melhor lhe convier, **este encontrará os parâmetros na atuação da lei**, razão pela qual **as despesas públicas deverão estar previstas no orçamento**." (grifados)

Enfim, não faltam regras e princípios para proteger a Administração Pública desse "tsunami ***de busca e apreensão de recursos públicos diretos em sua conta bancária***", o que falta é um "**prudente**

arbítrio" do poder judiciário ao deferir liminares sem sopesar o outro lado das consequências financeiras.

A "***busca e apreensão dos recursos públicos***" em nome da aplicação de supostos princípios jurídicos protetores do "*direito à saúde*", numa leitura absolutamente enviesada do CPC, é totalmente afrontosa aos vínculos orçamentários que rege a administração pública, é reveladora do que é capaz de produzir as nossas "***fábricas de princípios***" que teimam proliferar no seio do poder judiciário. A gravidade desta postura hermenêutica, não passa despercebida à pena de (STRECK, 2017, p. 150),

> "No Brasil, a concepção de princípios como abertura interpretativa passou a representar um modo de justificar a voluntarismo judicial a partir de um critério "jurídico" que permitiria certa liberdade aplicativa. Ocorre que, no fundo a mera atribuição do nome "princípio" a algo apenas serviu para garantir a aparência de juridicidade, constituindo um verdadeiro álibi retórico. O grande problema é que a comunidade jurídica passou cada vez mais a lançar mão do nome "princípio" para justificar decisões discricionárias. Isso provocou uma fragmentação na aplicação judiciária, o que me levou a cunhar a expressão *panprincipiologismo* para designar esse fenômeno, que se transformou em uma verdade fábrica de princípios."

3. Juntando as pontas do raciocínio: o desenvolvimento econômico no Estado do Rio de Janeiro x decisões judiciais que aplicam o Verbete Sumular nº 178 do TJRJ efetivando "busca e apreensão de recursos públicos em contas bancárias" sem o "prudente arbítrio" preconizado pelo precedente do STJ – Resp. 1069810/RS à luz de uma releitura do art. 196 da CF.

É princípio básico de direito público, que os **bens públicos são indisponíveis, impenhoráveis e inalienáveis**, porquanto pertencem a todos os brasileiros. Não há qualquer dispositivo constitucional que ampare qualquer medida contrária a esses preceitos, porque princípios de ordem pública que organizam a própria estrutura e funcionamento do aparelho estatal.

Porém, vivemos em uma epocalidade em que o ambiente jurídico está "**insalubre e imoderado**", precisamos retomar a parcimônia democrática no seio do **judiciário,** fugirmos da tentação **metafísica e ativista de que tudo cabe ao juiz decidir**, com bem pontuou, (TORRANO, 2018, p. 168/169),

> "Em um ambiente sabidamente permeado por imoderação judicial, no qual muitas vezes valem mais a preguiça intelectual e os escândalos morais do magistrado do que aquilo que se pode deduzir da normatividade/intencionalidade jurídica, há muito a ser ensinado tanto pelos livros de realismo jurídico quanto pelos principais aliados deles na época contemporânea: a pedagogia cognitiva e a ciência comportamental."

Já estamos prontos para enfrentar o caso concreto da "**busca e apreensão de recursos públicos**" dos municípios do Estado do Rio de Janeiro, para cumprimento de decisões interlocutórias com o objetivo de compra de medicamentos, exames de saúde e outros afins.

Cautela e fundamentação é o que se pede de qualquer magistrado fluminense. Não basta o advogado, "**em seu agir estratégico**" arguir o direito à vida, à saúde para que seja aberto os cofres públicos dos municípios fluminenses sem maiores delongas, como sói acontecer em nosso Estado. Há que se analisar comedidamente caso a caso. Notem, o "livre convencimento do magistrado" foi suprimido do Novo CPC, lá no art. 371 agora consta a expressão: "***o juiz indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento***".

Na realidade, o que se vê na prática jurídica dos municípios fluminenses é uma aplicação rasa e desproporcional do Verbete Sumular nº 178 do TJRJ, para "***busca e apreensão***" quase diária de recursos públicos dos municípios para cumprir decisões cujo fundamento em sua maioria, não sustentam qualquer "*direito fundamental à saúde*".

Nem todo medicamento deve ser distribuído gratuitamente pelo estado, nem todo exame é passível de cobertura financeiro do estado, há que se moderar esse "imoderado voluntarismo judicial". É preciso ler atentamente as lições de (SARLET, 2018, p. 2.018),

> "Portanto, ao contrário do que defende parcela da doutrina, a universalidade dos serviços de saúde não traz, como corolário inexorável, **a gratuidade das prestações materiais para toda e qualquer pessoa, assim como a integralidade do atendimento não significa que qualquer pessoa**, assim como **a integralidade do atendimento não significa que qualquer pretensão tenha de ser satisfeita em termos ideais**. A concepção de igualdade substancial (inclusive no que diz respeito com a observância das diferenças) pode levar à restrição da gratuidade das prestações (pelo menos sua compreensão próxima a de uma tendencial gratuidade, tal com passou a estabelecer a Constituição Portuguesa, após uma revisão quanto a esse ponto)." (grifados)

Cabe a doutrina doutrinar como não cansa de nos lembrar Lenio Streck, daí como parametrizar as decisões dos magistrados fluminenses de forma a atenuar o "voluntarismo discricionário" no cumprimento do verbete sumular nº 178 do TJRJ. (STRECK, 2017, p. 259) propõe doutrinariamente, através de sua **Crítica Hermenêutica do Direito (CHD)**, três critérios decisivos para que o magistrado possa encontrar "**a resposta adequada à Constituição (resposta correta)**" a ser aplicada no caso concreto, a saber,

> "1º Está o magistrado diante de um direito fundamental com efetiva exigibilidade?
>
> 2º O atendimento a esse pedido (direito) pode ser, em situações similares, universalizado pelo **município**, quer dizer, concedido às demais pessoas daquela cidade?
>
> 3º O atendimento a esse direito pedido, não estará materializando um transferência ilegal-inconstitucional de recursos em malferimento a igualdade e isonomia dos **demais cidadãos daquela cidade**?

Com essas três perguntas será possível verificar ser o ato judicial é ativista ou está apenas realizando, contingencialmente, a judicialização da política. Sendo uma das três perguntas respondida negativamente, estar-se-á com razoável grau de certeza, em face de uma atitude ativista." (em negrito, palavras inseridas por nós).

Esses três critérios jurídicos apresentados pela CHD de Lenio Streck são decisivos para analisarmos o caso concreto da aplicação do verbete sumular nº 178 do TJRJ.

Exemplo 1: um morador de Arraial do Cabo/Sumidouro/Santa Maria Madalena (*municípios menos desenvolvidos economicamente no Estado do Rio – tabela acima*) pede em juízo um medicamento de uso exclusivo de sua esposa (doença comprovada por laudo médico) cujo valor do frasco mensal é de R$50 mil reais? Podem os municípios estenderem a todos os demais moradores de Arraial do Cabo/Sumidouro/Santa Maria Madalena, portadores da mesma doença, esse medicamento exclusivo? Se a resposta for negativa, o medicamento deve ser indeferido, porque a sua compra fere a igualdade e isonomia dos demais cidadãos de Arraial do Cabo/Sumidouro/Santa Maria Madalena, de maneira que por "prudente arbítrio" **deve o magistrado deixar de aplicar** o verbete sumular nº 178 do TJRJ **quanto aos municípios hipossuficientes citados.** No entanto, se o magistrado entender que no plano de uma política de saúde estadual ou federal, o referido direito pode ser estendido a todos, aí sim, aplicará o verbete Sumular nº 17, em **face do Estado do Rio de Janeiro ou da União**, por que são, segundo o art. 196 da CF, sujeitos passivos solidários no dever de fornecimento dos medicamentos e são os reais entes detentores dos maiores recursos orçamentários dentro dos parâmetros do federalismo fiscal brasileiro vigente, e mais, o custeio do medicamento será 'rateado' entre um maior número de pessoas.

Exemplo 2: o mesmo exemplo acima, aplicado aos municípios (mais desenvolvidos economicamente no Estado do Rio de Janeiro), pode, eventualmente, receber uma resposta favorável da pergunta crucial, pode os municípios do Rio de Janeiro/Niterói/Volta Redonda/Petrópolis estenderem o fornecimento do mesmo medicamento, aos portadores da mesma doença, em todo o seu território? Em caso, positivo, o magistrado deve aplicar o verbete sumular nº 178 do TJRJ, com '**prudente arbítrio'**, porém, em não sendo possível referida extensão, **deve o magistrado deixar de aplicar** o verbete sumular nº 178 do TJRJ **quanto aos municípios citados.** No entanto, se o magistrado entender que no plano de uma política de saúde estadual ou federal, o referido direito pode ser estendido a todos, aí sim, aplicará o verbete Sumular nº 178 em **face do Estado do**

Rio de Janeiro ou da União, por que são, segundo o art. 196 da CF, sujeitos passivos solidários no dever de fornecimento dos medicamentos e são os reais entes detentores dos maiores recursos orçamentários dentro dos parâmetros do federalismo fiscal brasileiro vigente, e mais, o custeio do medicamento será 'rateado' entre um maior número de pessoas.

O que não é razoável nem prudente é o que vem acontecendo na prática jurídica do dia a dia dos municípios fluminenses, **onde Nova Friburgo e Japeri são vistos da mesma maneira pelos magistrados, aplicando-se um "bloqueio de recursos de conta bancária" dos mesmos 50 mil para medicamentos em ambos os municípios, independentemente do tamanho de seus orçamentos e do seu desenvolvimento econômico**, que no caso, são absolutamente assimétricos. Evidente, que nos municípios de menor desenvolvimento econômico (como visto acima por amostragem) não pode ser aplicado o verbete sumular nº 178 do TJRJ, por ser a referida aplicação uma verdadeira tragédia financeira para os cofres públicos, e para coletividade como um todo, que fica tolhida dos recursos públicos para o custeio mínimo da coisa pública que é de todos e não de um.

Referências.

ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017.

CANOTILHO, J.J Gomes (et al] outros autores e coordenadores SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio; MENDES, Gilmar Ferreira. **Comentários à Constituição do Brasil.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 (Série IDP).

GLOBO.COM. **IBGE: Mais da metade dos brasileiros mora em apenas 5,6% dos municípios**

Quando se excluem as capitais, as dez cidades mais populosas são Guarulhos (SP), Campinas (SP) e São Gonçalo (RJ)- Disponível em: https://oglobo.globo.com/brasil/ibge-mais-da-metade-dos-brasileiros-mora-em-apenas-56-dos-municipios-21763856 - acesso em 17/09/2018.

LIMA, Souza Leila. **Municípios assumem fatia cada vez maior dos gastos com saúde** – disponível em: https://www.valor.com.br/brasil/5777491/municipios-assumem-fatia-cada-vez-maior-dos-gastos-com-saude - acesso em 17/09/2018.

NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. **Construindo novos standards de interpretação para a autonomia tributária e financeira dos municípios no século XXI – Notas para um novo federalismo fiscal cooperativo sob a ótica municipal.** Tributário: Revista Digital, Volume 19, Número 52, julho de 2018. [on-line]. São Paulo: Tributário, julho 2018. Disponível em:<https://tributario.com.br/rnogueira/construindo-novos-standands-de-interpretacao-para-a-autonomia-tributaria-e-financeira-dos-municipios-no-seculo-xxi-notas-para-um-novo-federalismo-fiscal-cooperativo-sob-a-otica-municipal/> ISSN 1676-4404

NUNES, Dierle; LUD, Natanael e PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da Imparcialidade dos sujeitos processuais – um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e debiasing**. Salvador: JusPODIVM, 2018.

PINTO, Élida Graziane**. Financiamento dos Direitos à Saúde e à Educação – Uma perspectiva Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

REVISTA ELETRÔNICA CONSULTOR JURÍDICO – **STJ altera regras para fornecimento de remédios não listados no SUS**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-13/stj-altera-regras-fornecimento-remedios-nao-listados-sus> - acesso em 17/09/2018.

SILVEIRA, Daniel. G1 RIO. **Crise faz 13 municípios do RJ saírem do topo da lista dos mais desenvolvidos do estado, diz Firjan**. Disponível em: https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/crise-faz-13-cidades-do-rj-sairem-do-topo-da-lista-dos-mais-desenvolvidos-do-estado-diz-firjan.ghtml - acesso em 17/09/2018.

STRECK, Lenio, **Dicionário de Hermenêutica – Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Her-**

menêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, Casa do Direito, 2017.

TORRANO, Bruno. **Pragmatismo no Direito – E a urgência de um 'pós-pós-positivismo' no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2018.

Análises arendtiana sobre a agenda política normativa da saúde penitenciária no Brasil: a integralidade e a responsabilização pública.

Semirames Khattar

Introdução

As estratégias adotadas por pesquisas empíricas no processo de encarceramento são visualizadas como necessárias devido a configuração um modelo epistêmico, metodológico e investigativo que considera a visibilização das histórias existenciais e dramas sentidos antes, durante a após a vida da institucionalização do cárcere possui como tarefa a ampliação da capacidade de afetação sobre temas da vida familiar.

Há um consenso no campo de saber social e jurídico que o processo de encarceramento é uma tragédia. Isso porque há uma ruptura de vínculos da vida social dessas pessoas na qual ocorre em várias dimensões somadas, a investigação sobre a criminalização das drogas, as condições precárias de trabalho formal e violências nos condicionaria a visualizar a profunda dimensão da reprodução de desigualdades sociais no Brasil (CARVALHO, 2006, MINAYO, 2015, p.65).

Nestas pesquisas, há a contextualização do perfil e a intersubjetividade das trajetórias das pessoas em situação de cárcere (BARSAGLINI, 2015), considerando o cenário de seletividade violenta do sistema (racista e classista) pois 55% da população prisional é formada por jovens, considerados até 29 anos, 64% da população prisional é composta por pessoas negras, com baixa escolaridade pois 61% não teria nem completado o Ensino Fundamental. (INFOPEN, 2016). O esforço de compreensão da realidade de desamparo social das pessoas encarceradas pela exposição das invisibilidades, exclusões e vulnerabilidades tematizadas como problemas fundamentais. (LOPES e PINHEIRO, 2016, p. 194)

De outro lado, pesquisas que analisam a trajetória das agendas políticas normativas na área de saúde no sistema penitenciário investigam o conjunto de produção científica no campo da saúde coletiva acerca do superlotamento dos presídios e déficits estruturais do sistema de saúde prisional apontando o reduzido reconhecimento e invisibilidade social das patologias específicas da população encarcerada.

O eixo comum das pesquisas são as demandas por humanização do sistema penitenciário seja a partir de um contexto macrossocial, ou de engenharia social como neste último caso seja por um redesenho situacional. Assim sendo, a atividade crítica é condicionada pela indissociabilidade da ação constrastiva entre discurso e prática e a comparação entre a norma e o fato. (SAFATLE, 2016, p. 15)

A partir da extração dos dados institucionais podemos avançar na compreensão do que pode significar na prática a intersetorialidade e integralidade desejáveis na área de saúde penitenciária verificando com a legislação organizacional sobre o sistema carcerária e seus respectivos órgãos competentes são de fato compatíveis aos objetivos traçados pelo PNAISP. Para tanto, os caminhos a serem percorridos foram a descrição organizacional da estrutura administrativa estatal apontando-se a divisão de competências e objetivos definidas de cada órgão sobre o tema; a análise sobre a política pública atual sobre saúde penitenciária e a reflexão sobre como as imagens sobre integralidade e intersetorialidade se inscrevem no PNAISP, e por fim, a correlação com as categorias analíticas sobre responsabilização de Hannah Arendt como fonte reflexiva sobre os eixos da agenda político-normativa sobre saúde no processo de encarceramento.

Mesmo diante o cenário de expansão de modelos gerenciais e normatizações sobre sistema penitenciário, em junho de 2016 existiam 726.712 pessoas privadas de liberdade no Brasil, ou seja, 352,6 pessoas presas para cada 100 mil habitantes, e a ampla maioria (quase 90%) se encontrava em estabelecimentos administrados pelas Secretarias Estaduais de Administração Penitenciárias (SEAPS). De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, (INFOPEN, 2016) 40% das pessoas presas no Brasil não haviam sido ainda julgadas e condenadas e 38% da população condenada, cumpre pena em regime fechado.

As exigências gerenciais de humanização das estruturas de superlotação do sistema prisional e práticas deficitárias de atendimento integral à saúde no qual priva direitos fundamentais das pessoas em situação de cárcere são geralmente justificadas pela necessidade de modelos de gestão que superassem a falta de vontade política governamental e o desprezo social.

Os esforços normativos de garantias de assistência[111] e direito à saúde[112] no âmbito do sistema penitenciário tem como desenho organizacional: a lei de execução penal lei 7.210/1984 (LEP); a portaria Interministerial nº 1, de 2 de janeiro de 2014 que ambiciona assegurar como um dos maiores fundamentos do direito à saúde, estabelecido como direito de todos e dever do Estado consubstanciado pela premissa de redução do risco de doença.[113] A penitenciária que se constitui como espaço destinado para o cumprimento de pena para pessoas condenadas ao regime fechado deve ter requisitos mínimos para a manutenção da dignidade das pessoas em privação de liberdade[114].

111. Art. 11. A assistência será: II - à saúde; Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico. § 2º Quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento. § 3o Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido. (Incluído pela Lei nº 11.942, de 2009)

112. Art. 41 - Constituem direitos do preso: VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa.

113. 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

114. Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório. Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

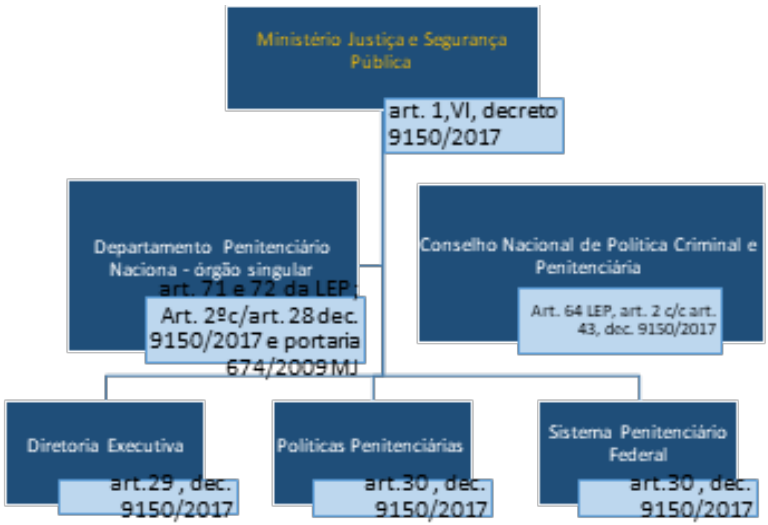
1. A divisão burocrática do sistema penitenciário

Após a alteração introduzida pela lei 12.313/2010 que incluiu a Defensoria Pública como órgão de execução penal, oito órgãos são responsáveis pela execução penal[115]. Para fins deste estudo, sintetiza-se a descrição da estrutura de três desses órgãos: o Conselho Nacional de Política de Criminal e Penitenciaria, o Conselho Penitenciário e os Departamento Nacional Penitenciário, destacando-se que todos os três estão vinculados ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, conforme atualmente regulamentado pelo decreto 9.150/2017[116]. O Ministério da Justiça e Segurança Pública, órgão da administração pública federal direta, tem como área de competência regulada por decreto nº 9.150, de 4 de setembro de 2017, no art. 1º, inciso VI, para o planejamento, coordenação e administração da política penitenciária nacional.

a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;
b) área mínima de 6,00m2 (seis metros quadrados).

115. BRASIL. Lei 7.210/1984. Art. 61. São órgãos da execução penal: I - o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária; II - o Juízo da Execução; III - o Ministério Público; IV - o Conselho Penitenciário; V - os Departamentos Penitenciários; VI - o Patronato; VII - o Conselho da Comunidade. VIII - a Defensoria Pública.

116. BRASIL. Decreto 9150/2017. Art. 2º O Ministério da Justiça e Segurança Pública tem a seguinte estrutura organizacional: II - órgãos específicos singulares: e) Departamento Penitenciário Nacional: 1. Diretoria-Executiva; 2. Diretoria de Políticas Penitenciárias; e 3. Diretoria do Sistema Penitenciário Federal; f) Departamento de Polícia Federal:



O Conselho Nacional de Política de Criminal e Penitenciária (CNPCP)[117], com sede na Capital da República, é órgão consultivo e fiscalizador da execução da pena e subordinado ao Ministério da Justiça e tem suas atividades moduladas pelo art. 64 da LEP, com idêntica redação estabelecida no art. 43 do decreto 9150/2017, e o seu regimento interno na portaria 1.107/2008. Dentre as atividades a serem desempenhadas pelo órgão[118] estão a propositura de diretrizes da política criminal quanto à prevenção do delito, administração da Justiça Criminal e execução das penas e das medidas de segurança e a contribuição na elaboração de planos nacionais de desenvolvimento, sugerindo as metas e prioridades da política criminal e penitenciária[119].

117. Tal órgão colegiado é composto por 13 (treze) membros, com mandatos de 2 anos.

118. A portaria nº 1.107/ 2008 dispõe sobre o regimento interno do CNPCP estabelecendo a finalidade e a organização do colegiado. Somadas as competências definidas pelas normas, estabelece a finalidade de execução de tarefas de cunho opinativo e consultivo referente a matéria penal, processual penal e execução penal submetida à sua apreciação, bem como estabelecer os critérios e prioridades para aplicação dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN.

119. BRASIL. Lei 7.210/1984: Art. 64. Ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, no exercício de suas atividades, em âmbito federal ou estadual, incumbe:I - propor diretrizes da política criminal quanto à prevenção do delito, administração da

Ainda no âmbito da estrutura organizacional, o DEPEN é um dos órgãos específicos singulares e o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária CNPCP é um dos órgãos colegiados. [120] De acordo com o Art. 71. O Departamento Penitenciário Nacional, subordinado ao Ministério da Justiça, é órgão executivo da Política Penitenciária Nacional e de apoio administrativo e financeiro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, com uma das atribuições em acompanhar a fiel aplicação das normas de execução penal em todo o Território Nacional. De acordo com o Decreto 674/2009 MJ, regimento interno do DEPEN

Justiça Criminal e execução das penas e das medidas de segurança; II - contribuir na elaboração de planos nacionais de desenvolvimento, sugerindo as metas e prioridades da política criminal e penitenciária; III - promover a avaliação periódica do sistema criminal para a sua adequação às necessidades do País; IV - estimular e promover a pesquisa criminológica; V - elaborar programa nacional penitenciário de formação e aperfeiçoamento do servidor; VI - estabelecer regras sobre a arquitetura e construção de estabelecimentos penais e casas de albergados; VII - estabelecer os critérios para a elaboração da estatística criminal; VIII - **inspecionar e fiscalizar os estabelecimentos penais, bem assim informar-se, mediante relatórios do Conselho Penitenciário, requisições, visitas ou outros meios, acerca do desenvolvimento da execução penal nos Estados,** Territórios e Distrito Federal, propondo às autoridades dela incumbida as medidas necessárias ao seu aprimoramento; IX - representar ao Juiz da execução ou à autoridade administrativa para instauração de sindicância ou procedimento administrativo, em caso de violação das normas referentes à execução penal; X - representar à autoridade competente para a interdição, no todo ou em parte, de estabelecimento penal.

120. Art. 28. Ao Departamento Penitenciário Nacional cabe exercer as competências estabelecidas nos art. 71 e art. 72 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, e, especificamente: I - planejar e coordenar a política nacional de serviços penais;II - acompanhar a aplicação fiel das normas de execução penal no território nacional; III - inspecionar e fiscalizar periodicamente os estabelecimentos e os serviços penais; **IV - assistir tecnicamente os entes federativos na implementação dos princípios e das regras da execução penal; V** - colaborar com os entes federativos quanto:a) à implantação de estabelecimentos e serviços penais; b) à formação e à capacitação permanente dos trabalhadores dos serviços penais; e **c) à implementação de políticas de educação, saúde, trabalho, assistência cultural e respeito à diversidade, para promoção de direitos das pessoas privadas de liberdade e dos egressos do sistema prisional**; VI - coordenar e supervisionar os estabelecimentos penais e de internamento federais; VII - processar, analisar e encaminhar, na forma prevista em lei, os pedidos de indultos individuais; VIII - gerir os recursos do Fundo Penitenciário Nacional; IX - apoiar administrativa e financeiramente o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária; e X - autorizar os planos de correição periódica e determinar a instauração de procedimentos disciplinares no âmbito do Departamento.

que propõe as diretrizes das agendas política- normativas,[121]sendo este responsável pela assistência técnica dos entes federativos na implementação dos princípios e das regras da execução penal e implementação de políticas de saúde e outros direitos sociais para promoção de direitos das pessoas privadas de liberdade e dos egressos do sistema prisional.

2. A agenda normativa sobre saúde nas penitenciárias e a noção de integralidade

Após a verificação burocrática, evidencia-se que a construção do Programa Nacional de Atenção à Saúde do Sistema Penitenciário PNAISP instituída pela Portaria Interministerial nº 1, de 2 de janeiro de 2014 apresenta-se como resultante de um acúmulo técnico-político[122] assentado sobre um determinado diagnóstico institucional que se caracteriza como avaliação de um problema que desafia o provimento democrático de saúde pública: a garantia de acesso das pessoas privadas de liberdade no sistema prisional ao cuidado integral no Sistema Único de Saúde(-SUS), bloqueado justamente pela condição de confinamento(PAIM, 2007)

Em que pese as deficiências estruturais, de acordo com os dados de 2016, cerca de 85% da população privada de liberdade no Brasil encontrava-se custodiada em unidades que contam com estrutura prevista no

121. Já no que tange a organização jurídica e administrativa brasileira, deve-se levar em consideração a investigação dos objetivos dispostos no art. 3º da portaria II - induzir para o aperfeiçoamento e humanização do sistema prisional feminino, especialmente no que concerne à arquitetura prisional e execução de atividades e rotinas carcerárias, com atenção às diversidades e capacitação periódica de servidores; III - **promover, pactuar e incentivar ações integradas e intersetoriais, visando à complementação e ao acesso aos direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal e Lei de Execução Penal, voltadas às mulheres privadas de liberdade e seus núcleos familiares**; e IV - aprimorar a qualidade dos dados constantes nos bancos de dados do sistema prisional brasileiro, contemplando a perspectiva de gênero.

122. A PNAISP nasceu da avaliação dos dez anos de aplicação do Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário (PNSSP), quando se constatou o esgotamento deste modelo, que se mostrou restrito por não contemplar em suas ações, entre outras coisas, a totalidade do itinerário carcerário – delegacias e distritos policiais, cadeias públicas, colônias agrícolas ou industriais e, tampouco, penitenciárias federais. Ver no site institucional: http://dab.saude.gov.br/portaldab/pnaisp.php

módulo de saúde, ou seja, com estrutura para atenção básica à saúde, discriminando entre os espaços mínimos e complementares previstos no módulo de saúde dos estabelecimentos penais.

	Pessoas privadas de liberdade		
UF	em unidades com módulo de saúde	em unidades sem módulo de saúde	% de pessoas em unidades com módulo de saúde
AC	3.514	1.850	66%
AL	3.824	2.715	58%
AM	8.889	1.388	86%
AP	544	2.136	20%
BA	12.548	0	100%
CE	11.965	10.736	53%
DF	15.035	0	100%
ES	19.156	257	99%
GO	12.301	3.971	76%
MA	7.203	474	94%
MG	62.788	1.237	98%
MS	16.284	1.795	90%
MT	8.545	1.817	82%
PA	13.480	331	98%
PB	7.927	3.446	70%
PE	32.938	1.618	95%
PI	3.911	121	97%
PR	20.485	21.389	49%
RJ	16.850	33.365	34%
RN	6.686	2.010	77%
RO	8.375	2.457	77%
RR	2.116	212	91%
RS	28.372	5.437	84%
SC	19.941	1.531	93%
SE	4.610	409	92%
SP	237.053	0	100%
TO	2.153	1.315	62%
Brasil	587.493	102.017	85%

Figura 1. Dados (INFOPEN, 2016)

A atual regulamentação do programa define que atenção Básica "é o conjunto de ações de saúde individuais, familiares e coletivas que envolvem promoção, prevenção, proteção, diagnóstico, tratamento, reabilitação, redução de danos, cuidados paliativos". Tal regulamentação estabelece que as ações de saúde serão desenvolvida por meio de práticas de cuidado integrado e gestão qualificada, realizada com equipe multiprofissional e dirigida à população em território definido, sobre as quais as

equipes assumem responsabilidade sanitária, enfatizando a integração entre distintos órgãos institucionais.[123]

Percebeu-se que a redefinição e impulso ao desenvolvimento do sistema produtivo da saúde dependem, por sua natureza, de uma política transversal e multidisciplinar que envolva todas as esferas de governo, aproximando-se da natureza das políticas de desenvolvimento produtivo, só que coordenadas pelo Ministério da Saúde, devido à especificidade do tema8 (GADELHA, 2013, p.113) o caráter estratégico da saúde, situando-a como segmento-chave em políticas e programas federais que refletem a atuação do Estado em busca da retomada de uma trajetória de desenvolvimento pautada na sua sustentabilidade econômica e social. (GADELHA, 2013, p.113)

Um dos princípios estabelecidos na regulamentação específica do PNAISP é a integralidade. Este princípio fora definido como "o conjunto de serviços executados pela equipe de saúde que atendam às necessidades da população adstrita nos campos do cuidado, da promoção e manutenção da saúde, da prevenção de doenças e agravos, da cura, da reabilitação, redução de danos e dos cuidados paliativos".

Ademais, para além do endereçamento para os agentes de saúde e para toda a população, a regulamentação estabelecida foi movida pelo enunciado de ampliar "a responsabilização pela oferta de serviços em outros pontos de atenção à saúde e o reconhecimento adequado das necessidades biológicas, psicológicas, ambientais e sociais causadoras das doenças, e manejo das diversas tecnologias de cuidado e de gestão necessárias a estes fins, além da ampliação da autonomia das pessoas e coletividade".

Interessante notar que a noção de integralidade aparece como fonte de rompimento das intervenções governamentais marcadas por uma perspectiva meramente "assistencialista" e "paternalista" considerando o respeito a autonomia, esfera de proteção a intervenção excessiva do Estado. (MACHADO, 2015) Contudo, para calibrar o respeito a esfera

123. Portaria nº 2.436, de 21 de setembro de 2017. Veja-se o Art. 5º A integração entre a Vigilância em Saúde e Atenção Básica é condição essencial para o alcance de resultados que atendam às necessidades de saúde da população, na ótica da integralidade da atenção à saúde e visa estabelecer processos de trabalho que considerem os determinantes, os riscos e danos à saúde, na perspectiva da intra e intersetorialidade.

de autonomia do indivíduo, tal programa reconhece que é necessária uma intervenção mais pontual e pulverizada dos agentes de saúde e a população. A dimensão do cuidado integral é considerado especialmente pela ausência de anos anteriores da atuação adequada do poder público para a garantia de oferecimento do direito à saúde do pacto político constitucional, demandando um alargamento na responsabilidade pública para garantia do direito à saúde a todos.[124]

Contudo, o que é, ou o que pode vir a ser, o conceito de integralidade? É apenas um serviço de saúde exigido pela legislação vigente? Uma estratégia de materialização de direito fundamental a saúde? Uma categoria programática do Sistema Único de Saúde? Uma categoria política de mobilização política das Secretarias da Saúde e Ministério da Justiça? Ou tudo isso em circulação? O cotidiano[125] nas instituições de saúde surge como um espaço não de verificação de ideias, mas de construção de práticas de novas formas de agir social, nas quais a integralidade pode se materializar como princípio, direito e serviço na atenção e no cuidado em saúde. (PINHEIRO, 2007, p.240)

A compreensão da integralidade através de uma perspectiva estruturante diz respeito a uma política de intervenção governamental que é fonte principiológica, diretriz e objetivo do próprio sistema de saúde público. Sob este enquadramento, a integralidade seria transversal à estrutura do poder público, intragovernamental, intergovernamental e intersetorial. Dentro de uma perspectiva mais operacional a atuação integrada do sistema de saúde em diálogo com a sociedade civil estaria mais voltada para distribuição de competências e responsabilidades en-

124. A universalidade também é um princípio que caminha em conjunto no PNAISP. Esta agenda política normativa nos condiciona a perceber que a administração pública aparenta querer modificar a sua forma de atuação materializados na mudança de atuação dos profissionais da área da saúde na qual é apresentada como uma espécie de efeito a uma realidade consumada. Tal realidade pode advir da percepção de fracassos governamentais anteriores, onde a articulação entre as Unidades federativas e a União, bem como entre mistérios e outros órgãos institucionais nos quais seriam fundamentais para fabricar legitimidade de novas ações que fortaleçam a integralidade do serviço de saúde no âmbito prisional.

125. Ressalte-se que cotidiano é entendido aqui como o *locus* social onde se expressam não somente experiências de vida, na perspectiva individual que o termo possa conter, mas também contextos de relações sociais distintas que envolvem tanto pessoas, como grupos específicos, coletividades e instituições

tre as agências deste sistema, com o apoio complementadas outras esferas de governo. Por conseguinte, a sustentabilidade e os resultados da integralidade contínua nas condições de saúde no cárcere dependeriam, principalmente, da governança entre União (Ministério da Saúde e Da Justiça) Estados e Municípios e dos seus órgãos subordinados.

Contudo, a análise das políticas públicas sobre sistema penitenciário e as lógicas punitivas não se reduzem aos desenhos governamentais e nem apenas como uma dimensão da repressão estatal. Na área da saúde penitenciária, as racionalidades governamentais construídas oscilam tendo em vista que a noção de integralidade vem sendo associado a agenda de humanização constituída como um pêndulo entre a gestão e amplificação normativa penitenciária, inclusive podendo se materializar de forma simultânea.

A primeira dimensão deste pêndulo parte da consideração de que o processo de humanização do sistema penitenciário é um dado no qual deve ser administrável por redes de incentivos e lógicas preventivas já que as pessoas em situação de cárcere e da população são visualizadas como pessoas racionais e autônomas que devem tomar cuidado com sua propensão hedonista, ou seja, com a tendência natural de não se preocupar com o outro. E assim, as estratégias de humanização são visualizadas como um dever a ser compartilhado não só pelo Estado, mas também pela comunidade. Aqui a sensibilidade e rede de solidariedades se tornam pauta para mitigar a suposta indiferença e descaso com cuidado e direito à saúde da população penitenciária.

A segunda dimensão desse pêndulo de humanização do sistema penitenciário parte da construção de legitimação e redes de confiança que o Estado teria capacidade soberana em lidar com esse descuido social amplificando os dispositivos institucionais. Aqui há um predomínio na soberania do Estado e o uso político do perigo da ausência do cuidado de si e do outro, através do exemplo do castigo para ampliação do sentimento público de que a normatividade é imprescindível (LAFER, 2009)

Essas premissas se traduzem hoje pela análise dos modelos de políticas públicas nos quais direcionam a necessidade melhor gestão técnica e normativa na área saúde diante uma realidade sempre deficitária, ou seja, uma realidade baseada na falta e na escassez. Tal expansão ge-

rencial exposto pelo isomorfismo reformista se constituiria como uma "ética liberal moralizante do poder" onde a conexão entre a prestação de contas e de exigências de normatização podem ter se tornado meros recursos simbólicos nas instituições prisionais estabeleceria uma ilusão aos limites à punição e por isso que as reformas prisionais seriam necessárias nas democracias liberais (FOUCAULT, 1995). Isso é perceptível ao considerar que as propostas de gestão e normatização se tornam a cada vez mais simbólicas e empurram possíveis soluções para um futuro cada vez mais distante considerando a situação sobre saúde penitenciária.

Isso é visível, pois em que pese a tendência burocratizante da modernidade, delimitar as espacialidades de si e de suas experiências de forma compartilhada parece ser um recurso promissor de valores como alteridade contribuindo a sociabilidade e capacidade de afetação. Contudo, sustenta-se aqui que a noção de responsabilização não pode ser reduzida a categorias gerencias e reformistas vazias, mas sim, adquirir uma dimensão ético-política. (SCHRAIBER, 2015)

Tal dimensão se evidencia pela capacidade de indagação da experiencia concreta de injustiça no sistema de saúde penitenciária configurado pelo baixo poder aquisitivo, negros. Em que pese a assimetria ser constitutiva de toda e qualquer relação social, enfatizar o cultivo do sentimento público é posicionar que a área jurídica indubitavelmente atravessada pela política já que empiricamente não se pode apartar as formas como pensamos, agimos e sentimos o mundo. (FORTI, 2001)

Em vez de privatismo e isolamento teríamos a chance de encontrar alternativas sociais para que as necessidades de cuidado -para avançar no sentido de construir instituições e mecanismos de apoio que garantam que a integridade e o bem-estar, sobretudo dos mais vulneráveis, não estejam sujeitos à sorte ou à lógica de mercado. A força da experiência[126] rompe os limites do Direito meramente técnico.

126. Na tradição filosófica ocidental as abordagens empíricas tradicionalmente estão associadas a perspectivas aristotélicas, e mais recentemente filosófico britânico, David Hume, por exemplo. Um dos aspectos mais relevantes dessa abordagem é enfatizar o papel da experiência sensorial em conhecimento — evidências, dados e fatos — e minimizar o papel capacidades mentais inatas propostas pelos racionalistas.

3. A leitura arendtiana sobre responsabilização pública

Diante dessa premissa pode-se repartir dois desdobramentos centrais influenciados pelo referencial teórico arendtiano. O primeiro é a transferência de valores construídos em conhecimento objetivo e a interação destes num espaço de declínio do domínio púbico, e consequente aversão a categoria política e a segunda parte, a investigação de debates sobre ação política e responsabilidade.

Ao enfatizar categorias sensorial filtradas pelas narrativas associadas a ação, Hannah Arendt pretendeu se afastar das categorias da psicologia comportamental, considerando esta uma fuga[127] pois materializaria a reprodução de não pensarmos sobre o que estamos fazendo, bem como das noções de interioridade dissociadas do processo vital e corporal dos homens analisadas pela perspectiva histórica de seu ocultamento[128].

Diante da proposta arendtiana, o pressuposto de igualdade moderna fora consubstanciada num conformismo vem se consolidando como possível porque o comportamento substituiu a ação como principal forma de relação humana, e assim sendo a busca por padrões comportamentais e o apetite regulatório baseado na hipotética ficção da harmonia (p.54) amplia a possibilidade de que o social e não o político, constitua como domínio público.[129]

127. A percepção da terra como prisão para os corpos dos homens e o desejo de escapar da condição humana, rastrear até a sua origem moderna alienação do mundo, em sua dupla fuga da Terra para o universo e do mundo para o si- mesmo(self). (ARENDT, 2013, p. 7).

128. A aparência é aquilo que é visto e ouvido pelos outros e nós mesmos, constitui a realidade e nosso senso de realidade. E, portanto, da existência de um domínio público, que significa o próprio mundo, espaço para movimento e condição de vida orgânica, que é ou poderia ser comum a todos. Conviver no mundo significa essencialmente ter um mundo de coisas interposto entre os que possuem em comum, como uma mesa se interpõe entre os que se assentam ao seu redor, pois como todo *espaço- entre* o mundo ao mesmo separa e relaciona os homens entre si. (ARENDT, 2013, p. 64)

129. A psicologia moderna- comportamental- behaviorista (Pavlov) incentivam um sistema de adaptação, e a perda da faculdade de julgar. Assim, ampliam o deserto pelo esvaziamento do espaço da pluralidade. Quanto mais comportamento menor possibilidade de pensar formas de resistência. O importante para a autora é compreender porque achamos que isso é necessário? Porque as formas de adaptação são consideradas como importantes. Tem a conexão com as teorias evolucionista de aprimoramento. Porém o

Em consequência disso, a produção de solidão, e a opacidade de si, com a redução de vontade de se relacionar com os outros e consigo mesmo, associado a intensificação da vigilância, delação, e suspeita nas relações de pertença de modo generalizado são pressupostos da continuidade de reprodução das lógicas totalitárias.[130] As propostas jurídicas reforçariam o âmbito da normatização onde as instituições ou pessoas se recusam a obedecer deliberadamente às normas e por isso o condicionamento excessivo a modos de correção.

A transformação do governo em administração e das repúblicas em burocracias em Hannah Arendt nos conduz ao consequente encolhimento da esfera pública que as acompanha têm uma longa história ao longo da época moderna. A esfera privada[131] moderna é interligada ao individualismo e o advento do social e o declínio público nos remete a oposição entre governo e burocracia revela que a o automatismo técnico- gerencial e os sucessivos esforços de despolitização dos planejamentos coletivos que enfraquecem o sentimento público.

Tal noção pode ser exemplificada por premissas inscritas nas diretrizes organizacionais do nosso pacto político-constitucional como por exemplo, a eficiência administrativa considerando que esta noção a cada dia se torna desvinculada de seu caráter ético-político, ou seja, dissociada do objetivo de cuidado com a relação entre as pessoas.

---

comportamento é distinto da ação. Ao invés da ação, a sociedade espera de cada um dos seus membros certo tipo de comportamento, impondo inúmeras e variadas regras, todas elas tendentes a "normalizar" os seus membros, a fazê-los comportarem-se, a excluir a ação espontânea ou a façanha extraordinária. (ARENDT, 2013, p. 49)

130. O sistema totalitário sobrevive aos regimes totalitários, pois não dependem de um ponto fico ou tirânico. Não tem tiranias. O ponto fixo é a vontade a partir da ideologia do terror na qual que é uma ficção que se autonomiza. Esses sistemas amorfos são reinventados constantemente e não são monolíticos

131. Esfera privada. A esfera política grega tinha a noção de liberdade de não estar sujeito as necessidades da vida nem ao comando do outro e também não comandar. A igualdade, portanto, longe de estar ligada à justiça, como nos tempos modernos, era a própria essência da liberdade: ser livre significava ser isento da desigualdade presente no ato de governar e mover-se em uma esfera na qual não existiam governar nem ser governado. A vida boa para Aristóteles se dava porque tendo dominado as necessidades do mero viver, tendo libertado do trabalho e da obra e superado o anseio inato de sobrevivência comum a todas as criaturas vivas, deixava de ser limitada ao processo biológico da vida. (ARENDT, 2013, p. 44).

Tal dissociação se conecta com a noção de burocracia arendtiana que é configurada analiticamente por uma forma de governo na qual todas as pessoas estão privadas da liberdade política, do poder de agir, pois o *domínio de ninguém* não é um não domínio, e, onde todos estão igualmente impotentes temos uma tirania sem tirano. (ARENDT, 2013, p. 101). Tais premissas assentadas nas perspectivas e abordagens investigativas sobre a capacidade de ação do Estado e sua relação com a economia[132], ora se pautam no modo de racionalização burocrática, ora na produção intersubjetiva de redes de confiança, isto é, está numa margem de análise pendular[133] de direcionar o problema nas falhas do Estado na consolidação de uma estrutura institucional mais forte e coerente, ou focada no "aperfeiçoamento de pessoas".

Explicita-se assim que os modos de ver as instituições se pautam ora em meios e modos mais precisos, calculáveis e prospectivos de ação estatal para o controle "securitário" da economia através de respostas elaboradas a uma realidade econômica mutável e arriscada (EVANS, 1993, p. 5), ora na regulação dos processos interpessoais de convivência em repartições e suas redes de apoios privados, onde os anseios, interesses, desejos se tornam o foco da atenção.

Contudo, sustenta-se que não há possibilidade de transformação estrutural sem o desempenho efetivo entre pessoas. O potencial de aprendizado moral e político surge a partir da sua capacidade ou incapacidade de compreensão e generalização do sentimento de responsabilidade pública[134]. Tal sentimento público extraído do *sensus communis* é retra-

132. As abordagens investigativas delimitam a importância e a capacidade de ação estatal são realizadas de formas comparativas, onde os pontos de encontro entre a política, gestão pública e economia enfatizam a questão sobre os problemas de estabilização e ajuste. A análise na qual questiona a tendência de se equiparar capacidade a insulação, sugere antes que a capacidade de transformação exige uma combinação de coerência interna e conexão externa que pode ser chamada de "autonomia inserida". (EVANS, 1993, p.16)

133. Esse pêndulo é materializado através da percepção do Estado ora como problema, ora como solução. Contudo, quaisquer que sejam as características estruturais subjacentes à capacidade do Estado, os argumentos em favor do papel central do Estado aplicam-se com mais vigor a situações nas quais a transformação estrutural está na ordem do dia. (EVANS, 1993, p. 5).

134. A reflexividade estética e a ligação entre juízo , ação e política têm como teorizações centrais: o prazer desinteressado, a mentalidade alargada, o sensus communis como cul-

tado com a construção da capacidade de sensibilizar e de provocar satisfação, afastada de compreensões de interpretações não comunicáveis pois a dimensão interativa numa esfera da aparência, pelo cultivo e o envolvimento da prática de se sensibilizar, por meio da satisfação, apenas acessível pela experiência de vida comum, em vez do dever próprio da ética normativa e da racionalidade estratégica. (ASSY, 2015, p. 163). A sutileza, a sensibilidade, os sentidos, quando recuperados com o objetivo de auxiliar nas transformações necessárias à melhoria da qualidade de vida das populações, pode nos permitir uma conjunção essencial entre sujeito e ação. (PINHEIRO, 2007, p. 238)

Então considerando que esta é a nossa condição,[135] enquanto a pretensão normativa e gerencial não enfrentar o apetite de anulação ou invisibilização do outro, as propostas de reformas no sistema de saúde penitenciário serão simplesmente protelatórias já que a experiencia de injustiça se inscreve diariamente nos corpos de uma população subalternizada.

Referências bibliográficas.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**; tradução de Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer.–. 2005.

ASSY. Bethania. Ética e Juízo em Hannah Arendt. Tradução de: Hannah Arendt: Anethical of personal responsibility. São Paulo/SP, Editora: Perspectiva. 2015.

BANGKOK, ONU Regras.

BARCINSKI, M. M. A.; ALTENBERND, B.; CAMPANI, C. C. **Entre cuidar e vigiar:** ambiguidades e contradições no discurso de uma

tivo de sentimento público, a estreita ligação entre aletheia e doxa, validade exemplar e a questão da companhia. (ASSY, 2015, p. 145). Enfatiza-se a noção o sentido de sociabilidade, já que considera o outro pela gramática dos afetos que é também veículo de eticidade, envolve a capacidade de indignar sobre o injusto (ASSY, 2015, p. 167).

135. Há uma impossibilidade de definição da natureza humana, já que para esta seria "como pular sobre nossas próprias sombras" e por isso, a investigação não paira sobre quem nós somos, mas o que nos condiciona, tornando desubstancializado as noções de mal ou de má- vontade, tendo em vista que o problema do mal está na ausência de mundo pela destruição do "entre" nós.

agente penitenciária. *Ciência & Saúde Col.* Rio de Janeiro, v.19, n. 7, p.2245-2254, 2014.

BARSAGLINI, R. A.; KEHRIG, R. T.; ARRUDA, M. B. **Análise da percepção de gestores sobre a gestão da política de saúde penitenciária em Mato Grosso**. *Saúde e Sociedade.* São Paulo, v. 24, n. 4, p. 1119-1136, 2015.

BARSAGLINI, Reni. **Do Plano à Política de saúde no sistema prisional:** diferenciais, avanços, limites e desafios. Physis, Rio de Janeiro, v. 26, n. 4, out./dez. 2016.

BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. Relatório final. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE: Conferência Sergio Arouca, 12.; 2004. Brasília (DF), 2004.

BRASIL. Secretaria Geral da Presidência da República. Secretaria Nacional de Juventude. Mapa do encarceramento: os jovens do Brasil. Brasília (DF), 2015.

BRASIL. Portaria Interministerial MS/MJ nº 3.343 de 28 de dezembro de 2006. Altera os valores do Incentivo para Atenção à Saúde no Sistema Penitenciário e dá outras providências. Brasília (DF), 2006. Disponível em: . Acesso em: 07 jul. 2016. BRASIL. Ministério da Saúde. Política Nacional de Atenção Básica. Brasília (DF), 2012.

BRASIL. Lei nº 7.210, 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília (DF), 1984. Disponível em: . Acesso em: 3 dez. 2015.

EVANS, Peter. **O Estado como problema e solução**. Lua Nova, n. 28-29, 1993.

FORTI, Simona. *Vida del espírito y tempo de la polis: Hannah Arendt entre filosofía y política.* Tradução Irene Romera Pintor e Miguel Ángel Veja Cernuda. Editora Catreda. Valencia/Spain. 2001.

GADELHA, C.A.G.; COSTA, LS. ***A* saúde na política nacional de desenvolvimento: um novo olhar sobre os desafios da saúde**. In: . *2030*: prospecção estratégica do sistema de saúde Brasileiro:

desenvolvimento, Estado e políticas de saúde online . Rio de Janeiro: Fiocruz Ipea Ministério da a de Secretaria de Assuntos Estratégicos da residência da ep lica, 2013. V. 1. p. 103-132.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.* 7 ed. São Paulo/SP, Cia das Letras. 2009.

PAIM, J. S.; TEIXEIRA, C. F**.** Configuração institucional e gestão do Sistema Único de Saúde: problemas e desafios. *Ciência & Saúde Coletiva.* Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 1.819-1.829, 2007.

SCHRAIBER, L B. Engajamento ético-político e construção teórica na produção científica do conhecimento em Saúde Coletiva. In: BAPTISTA, T. W. F.; AZEVEDO, C. S.; MACHADO, C. V. (Orgs.). *Políticas, Planejamento e Gestão em Saúde.* Abordagens e métodos de pesquisa. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2015. p. 33-57.

SOARES FILHO, Marden Marques; BUENO, Paula Michele Martins Gomes. **Demografia, vulnerabilidades e direito à saúde da população prisional brasileira**. Ciênc. Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 21, n. 7, p. 1999-2010, Jul.2016.

DIVERSIDADE SEXUAL

Homofobia a luz do ordenamento constitucional brasileiro

Bruno de Assis Pimentel Carvalho
Daiana Seabra Venancio

Introdução

O presente trabalho pretende analisar a conduta homofóbica, enquanto uma prática velada por parte de alguns agentes da Administração Pública com fundamento a discriminação em virtude da orientação sexual do indivíduo. Por vezes, o agente, no exercício de seu cargo, pauta sua conduta com base não no que a lei determina, mas sim em um julgamento subjetivo, que leva em conta a sua própria percepção sobre um terceiro que tem uma orientação sexual a qual o agente não considera como válida ou correta.

A legislação brasileira carece de norma específica sobre o tema. Porém, depreende-se da ordem constitucionalmente estabelecida que a prática da homofobia é inadmissível, seja nas instituições públicas ou privadas. Contudo, essa carência de legislação específica que reconheça a homofobia enquanto crime abre espaço para a chamada conduta homofóbica, que consiste em uma prática da homofobia, de modo um pouco mais velado.

Por homofobia, entende-se a discriminação contra homossexuais, segundo o juiz federal Roger Raupp Rios (2009). De acordo com o Professor Nilson Fernandes Dinis (2011), o termo se generalizou, passando a referir-se a discriminação a contra a diversidade sexual em geral.

A Constituição Federal prevê, no artigo 37, que a Administração Pública deve reger-se, entre outros, pelo princípio da impessoalidade. Destarte, deve o agente da Administração Pública, limitar-se a fazer tão somente o que a lei permite para o órgão ao qual integra. Deve este dispensar aos indivíduos igualdade de tratamento, pautando sua conduta na atenção ao interesse público, a fim de que não haja preferidos e preteridos.

No cenário internacional, o Brasil é signatário de tratados de direitos humanos, que buscam salvaguardar as garantias individuais e o direito à preservação da liberdade e da vida privada dos indivíduos. Após a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, estes tratados se inserem no ordenamento jurídico brasileiro com grande relevância. O precedente[136] do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu que os tratados que versam sobre Direitos Humanos têm s*tatus* de norma supralegal[137] ou até o *status* de emenda constitucional, quando aprovados pelo Congresso Nacional, pelas duas casas, em dois turnos, por três quintos de seus membros.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, institui o Sistema Interamericano de proteção aos Direitos Humanos que traz os parâmetros da proteção a ser promovida pelos Estados membros. O Pacto de São José da Costa Rica institui a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que possui o papel consultivo e contencioso, este último apenas para os Estados que são parte do Pacto e aceitaram a jurisdição da Corte.

A perpetuação de práticas homofóbicas e/ou de condutas homofóbicas, bem como a omissão do Estado em verdadeiramente combatê-las, representa uma violação aos Direitos Humanos. Considerando que o Brasil aceitou a jurisdição contenciosa da CIDH, tornou-se possível o acionamento do país na Corte Interamericana de Direitos Humanos para fazer cumprir seu dever de assegurar a isonomia e impessoalidade. Tal ato se deu através do Decreto 4.4463 de 8 de novembro de 2002.

1. A administração pública e os agentes públicos

O termo "Administração Pública" é considerado por muitos autores demasiadamente amplo, podendo surgir dele diversos entendimentos dis-

136. Recurso Extraordinário 466.343 julgado em 2009

137. Acima das leis e abaixo da Constituição Federal

tintos. Este trabalho utilizará a definição de José dos Santos Carvalho Filho, segundo a qual a Administração Pública é compreendida no sentido objetivo como a gestão dos interesses públicos pelo Estado (Carvalho, 2017, 44). Entende-se portanto que a destinatária última da Administração Pública é a sociedade. Deve a Administração Pública ser voltada para o indivíduo.

Em uma interpretação subjetiva o referido autor cita a Administração Pública como "o conjunto de agentes, órgãos e pessoas jurídicas que tenham a incumbência de executar as atividades administrativas" (Carvalho, 2017, 44). Neste sentido, não deve-se confundir a Administração Pública com o Poder Executivo, os três poderes da União, estados, municípios e do Distrito Federal possuem numerosas tarefas que consistem em atividade administrativa. Destarte, os agentes de quais quer poderes, ao exercerem função administrativa, compõem a Administração Pública.

As atividades da Administração Pública são desenvolvidas diretamente por seus agentes. Os Agentes Públicos são o elemento físico da Administração Pública. Pode-se definir Agente Público como "todos aqueles que, a qualquer título, executam uma função pública como prepostos do Estado. São integrantes dos órgãos públicos, cuja vontade é imputada à pessoa jurídica" (Carvalho, 2017, 47). Pode-se entender Agente Público como a pessoa ou as pessoas, que exercem uma função pública em nome do Estado, podendo tal função ser remunerada ou gratuita.

É possível encontrar um conceito claro e objetivo de Agente Público na lei 8.429/92 a qual dispões sobre sanções aplicáveis aos Agentes Públicos nos casos de enriquecimento ilícito na Administração Pública. Segundo o Artigo 2º. Entende-se, portanto, que o termo "Agente Público" abrange desde os chefes do Poder Executivo dos três entes da federação e todo o corpo de servidores públicos. Portanto, todos estão obrigados a se submeter às normas e aos princípios da Administração Pública.

1.1 Os princípios da administração pública

Existem princípios que norteiam a Administração Pública e são postulados fundamentais para o desempenhos das funções públicas. Na hipótese de conflito entre estes princípios, é cabível aplicar o critério da ponderação quando em um caso específico prioriza-se um princípio em detrimento de outro, sem que isso cause a nulidade do princípio preterido.

O texto da Carta Magna traz em seu escopo expressamente os princípios pelos quais a Administração Pública deve ser pautada, conforme o art. 37: "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência". (CONSTITUIÇÃO, 1988, artigo 37). São estes os princípios expressos do Direito Administrativo, os quais serão, em sequência, analisados brevemente.

1.1.1 O princípio da Legalidade

Compreende-se que todas as atividades administrativas devem encontrar previsão em norma legal expressa. Tal princípio fundamenta a tese de que o Estado deve guardar as próprias leis e todos os Agentes Públicos devem se submeter aos preceitos legais.

Neste sentido, ao passo de que aos indivíduos na esfera privada, é dado fazer tudo aquilo que a lei não veda, aos Agentes Públicos é limitado fazer tão somente o que e lei os autoriza.

1.1.2 O princípio da Impessoalidade

Este princípio remete à "igualdade de tratamento que a Administração deve dispensar aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica" (Carvalho, 2017, 49). Para observar este princípio, a Administração Pública deve voltar-se para o interesse público em detrimento do interesse privado ou de quais quer outros. De modo que busque impedir que sejam favorecidos alguns indivíduos e prejudicados outros para favorecimento de interesses que não sejam o verdadeiro interesse público.

1.1.3 O princípio da Moralidade

Neste ponto, entende-se caber ao agente público, não apenas agir conforme a conveniência, honestidade e justiça, mas também fazendo distinção entre o que é honesto e o que é desonesto, conforme mencionado no Código de Ética dos servidores públicos[138]. A moralidade não só

138. Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994.

está ligada à relação da Administração Pública com os administrados, mas também em âmbito interno, na forma em que os agentes agem entre si. Este princípio busca coibir a prática da imoralidade na esfera pública, que em alguns momentos consistirá na ofensa direta à lei, acarretando também a violação do princípio de legalidade.

1.1.4 O princípio da Publicidade

Segundo o princípio da publicidade, os atos da Administração Pública devem receber a mais ampla divulgação possível para os administrados. Este princípio tem como fundamento a possibilidade de controlar, vigiar e fiscalizar a gestão da coisa pública. Os atos da Administração Pública devem ser publicados, em regra, nos veículos da imprensa oficial, podendo ser afixados em locais determinados de repartições públicas, ou divulgados por mecanismos da tecnologia.

1.1.5 O princípio da Eficiência

A Emenda Constitucional 19/1998 acrescentou ao caput do artigo 37 da Constituição Federal a princípio da eficiência. Este princípio busca conferir ao indivíduo, alvo da função pública, direitos efetivos de receberem os serviços públicos.

Lopes de Meirelles explica este princípio no sentido da boa Administração Pública: "o que se impõe a todo o agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento profissional." (Meirelles, 2014, 102).

Ao analisar a explicação de Di Pietro para este princípio nota-se que ele segue o mesmo raciocínio que Lopes de Meirelles:

> O princípio apresenta-se sob dois aspectos, podendo tanto ser considerado em relação à forma de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atuações e atribuições, para lograr os melhores resultados, como também em relação ao modo racional de se organizar, estruturar, disciplinar a administração pública, e também com o intuito de alcance de resultados na prestação do serviço público. (DI PIETRO, 2014, 84).

É possível observar que Di Pietro entende também este princípio como uma obrigação da Administração Pública se organizar de modo que possa otimizar os resultados na prestação do serviço público.

2. A homofobia no Brasil

Tem se acompanhado inúmeras conquistas alcançadas, como o reconhecimento judicial das uniões homoafetivas, que visam à promoção da igualdade, de direitos básicos e do combate à discriminação e à homofobia. Outro notável êxito foi a proibição do Conselho Federal de Psicologia, para que os profissionais não tratem a homossexualidade como uma patologia, ou similar.

Apesar destes avanços, as diversas formas de violência contra a população LGBTQ+ continuam e se perpetrar na sociedade. Além da prática contumaz das injúrias contra os homossexuais, inúmeros são os casos de agressão física e até homicídio. O Grupo Gay da Bahia (GGB) contabilizou, de 1980 a 2002, 2.218 assassinatos motivados por discriminação em virtude da orientação sexual (Aguiar, 2016, 12).

Recentemente os jornais noticiaram o caso de um jovem que ao entrar em uma delegacia policial, na região metropolitana do Estado do Rio de Janeiro, para registrar o boletim de ocorrência do furto de seu telefone celular, foi agredido física e psicologicamente pelo policial de plantão. A vítima alegou que a única motivação para o crime cometido pelo policial foi o fato do jovem ser homossexual.[139]

É obrigação do Estado reprimir a homofobia, uma vez que é sua função garantir a vida e a dignidade de cada indivíduo. Existem inúmeros projetos de lei tramitando que visam criminalizar a homofobia. Entretanto, deve-se refletir aqui se a criação de mais uma lei seria eficaz, ou mesmo necessário para o combate à homofobia, pois a Carta Magna já institui como crime a prática de agressão de qualquer tipo contra

139. JOVEM acusa policial civil de agressão motivada por homofobia dentro de delegacia em Niterói. G1. Rio de Janeiro, 14/07/2017. Disponível em: https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/jovem-acusa-policial-civil-de-agressao-motivada-por-homofobia-dentro-de-delegacia-em-niteroi.ghtml acessado em 05/01/2018 as 12:30.

qualquer indivíduo. Ao invés de criar uma lei para m grupo específico, bastaria fazer cumprir a Constituição Federal e coibir a agressão a qualquer indivíduo. Esse entendimento leva em conta o fato de que já existem tipos penais na legislação que vedam a homicídio, a injúria, a lesão corporal, entre outras formas de violência.

Considerando a realidade carcerária do Brasil, pode-se presumir que o sistema prisional não seja a forma mais eficaz de combate a homofobia. Pode-se inferir que o sistema prisional brasileiro não cumpre seu papel de recuperar e resocializar o detento a fim de que este seja reinserido na sociedade após pagar sua dívida para com ela. Por este motivo, esta seria uma alternativa residual, uma vez esgotadas todas as formas de combate a homofobia possa ele vir a ser condenado a pena restritiva de liberdade, uma vez que tais práticas delituosas já encontram previsão no Código Penal. Assim sendo, é mais eficaz a criação de políticas públicas que busque conscientizar a população, com fins a acabar com a discriminação de qualquer natureza do que a criação de uma nova norma que busque coibir a prática da homofobia, tornando-a crime.

No combate a homofobia, ainda é necessário superar barreiras como a homofobia institucional, como por exemplo a vedação de doação de sangue por pessoas que se declarem homossexuais, prevista na Resolução nº 153/2004 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Tal norma consiste em ato discriminatório, uma vez que ao identificar a orientação sexual ou a orientação de gênero do indivíduo, a agência reguladora, já os classifica como sendo pessoas com alto risco de transmissão de doenças. Esta norma não leva em consideração, por exemplo, a hipótese do indivíduo ter uma relação estável, monogâmica ou dele simplesmente ser uma pessoa que zela pela sua saúde, não se coloca em situações nas quais ele corra o risco de contagio com doenças. A estas pessoas nem é dada a oportunidade de se submeterem a algum procedimento para testar seu sangue, como é realizado com os outros, uma vez que a resolução afim simplesmente que não deva se admitir a doação.

Diante dos exemplos mencionados é possível verificar que, eventualmente, os agentes públicos praticam atos de homofobia no exercício de sua função pública. Tal conduta se pauta não nos princípios da Adminis-

tração Pública, como vistos anteriormente, mas sim em seu julgamento pessoal e subjetivo sobre os outros. Isso é incompatível com a ordem constitucional e com os tratados internacionais dos quais o Brasil é parte.

2.1 Os princípios da Administração Pública como ferramenta legal de combate a homofobia na Administração Pública

Considerando que a Administração Pública possui como finalidade o interesse público, passa-se a analisar a prática homofóbica por parte de agente público à luz de um dos princípios que regem a Administração Pública, o princípio da impessoalidade.

A prática homofóbica na Administração Pública possui um duplo viés. O primeiro consiste na pratica de insulto e brincadeiras de caráter pejorativo por parte do agente público, para com os particulares, colegas ou para com seu subordinado, por vezes em virtude do cargo hierárquico que este ocupa. A segunda consiste quando o Agente Público, por ação ou omissão de sua função pública, dispensa tratamento diferenciado para indivíduos em virtude de sua orientação sexual, mesmo que esta seja apenas uma presunção do agente.

Quanto ao primeiro, não são poucos os relatos de agentes públicos que praticam e incentivam a pratica de "brincadeiras" para com seus subordinados, ou com os particulares que buscam o serviço público. Esta discriminação ocorre quando o indivíduo sofre algum tipo de zombaria, gozação, recebe apelidos pejorativos no âmbito do serviço público.

A segunda prática por vezes pode ser considerada mais gravosa. Quando o agente público deixa de agir exclusivamente como a lei determina e age segundo seus princípios subjetivos, este desvia a finalidade do serviço público. Como visto anteriormente, nos princípios da Administração Pública, esta tem como finalidade única o bem-estar da sociedade.

Considerando o princípio da Legalidade, o agente público está limitado a agir somente dentro do que lei lhe outorga. Ora, uma vez que segundo os diplomas legais, todos são iguais perante a lei, é dever do agente da Administração Pública, no exercício da função pública, tratar a todos igualmente e é vedado dispensar tratamento diferenciado aos indivíduos em virtude de orientação sexual, raça, cor, religião, classe social.

3. O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos

A Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) de 1948 marca o surgimento do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. Neste instrumento já se encontra de modo embrionário preocupações quanto aos Direitos Humanos.

Em 1967 a Carta foi reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, quando foi incluído o artigo 106: "Haverá uma Comissão Interamericana de Direitos Humanos que terá por principal função promover o respeito e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria."[140] Ficando instituída a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Uma convenção interamericana sobre direitos humanos estabelecerá a estrutura, a competência e as normas de funcionamento da referida Comissão, bem como as dos outros órgãos encarregados de tal matéria.

Em 1969 na Costa Rica, foi assinada a Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica. Este documento é a base do sistema interamericano para a garantia dos Direitos Humanos.

O Pacto de São José da Costa Rica reproduziu muitos dos dispositivos presentes na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 da ONU e protege direitos similares aos previstos no Pacto de Direitos Civis e Políticos. O Pacto de São José prevê não apenas que o Estado se abstenha de intervir nas liberdades individuais, mas também assegura deveres para garantir o pleno exercício de tais direitos. As questões referentes aos direitos sociais (de segunda geração) foram tratadas no Protocolo de São Salvador de 1988.

O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos (SIPDH) possui como órgãos a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

140. Artigo 106 da Carta da OEA (após as reformas do Protocolo de Buenos Aires).

3.1 A Comissão Interamericana de Direitos Humanos

A comissão Interamericana de Direitos Humanos é um órgão autônomo da Organização dos Estados Americanos (OEA). Surgiu em 1959 em Santiga, antes mesmo do Pacto de São José da Costa Rica. Inicialmente possui um papel de promoção e proteção dos Direitos Humanos. Juntamente com a Corte Interamericana de Direitos Humanos compõem o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. Atualmente tornou-se um instrumento de controle, com função de receber e examinar denúncias de violação dos Direitos Humanos.

Suas atividades se baseiam no sistema de Petição Individual, no monitoramento das situações dos direitos humanos nos Estados Membros e na atenção a linhas temáticas prioritárias. Em virtude desta estrutura, é entendimento da Comissão de que todo o indivíduo sob a jurisdição dos Estados deve estar sob a égide dos Direitos Humanos.

A fim de promover os Direitos Humanos, cabe à Comissão fazer recomendações aos Estados partes, indicando medidas para assegurar a eficácia do Pacto de São José e garantir os Direitos Humanos. A Comissão possui também outras atribuições previstas no artigo 41 do Pacto:

> A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e, no exercício do seu mandato, tem as seguintes funções e atribuições:
>
> a. Estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América;
>
> b. Formular recomendações aos governos dos Estados membros, quando o considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos;
>
> c. Preparar os estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções;

d. Solicitar aos governos dos Estados membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos;

e. Atender às consultas que, por meio da Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, lhe formularem os Estados membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar-lhes o assessoramento que eles lhe solicitarem;

f. Atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos artigos 44 a 51 desta Convenção; e

g. g. Apresentar um relatório anual à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos. (Pacto de São José da Costa Rica, 1969, artigo 41).

A principal competência da Comissão que propicia materializar a proteção aos Direitos Humanos é a de examinar as denúncias feitas por indivíduos, grupos de pessoas ou Organizações Não-Governamentais (ONGs) sobre violação de qualquer dos Direitos Humanos previstos no Pacto. Para que tais denúncias sejam aceitas, é necessário observar o cumprimento de dois requisitos mais importantes: primeiramente, esgotamento dos recurso de solução internos, e a inexistência de litispendência internacional.

Admitida a denúncia, a Comissão buscará todos os recursos a fim de sanar a violação de modo amigável. Sendo infrutífera tal tentativa, a denúncia será encaminhada para a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

3.2 A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) consiste em um órgão jurisdicional do SIPDH. Não faz parte do sistema da OEA e está ligada exclusivamente ao Pacto de São José da Costa Rica. Possui competência consultiva para fornecer interpretação sobre as normas da Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como quaisquer outro tratado interamericano que verse sobre Direitos Humanos, como previsto no artigo 64 do Pacto:

> Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires. (Pacto de São José da Costa Rica, 1969, artigo 64).

Podendo portanto ser acionada por qualquer membro da OEA que deseje esclarecer alguma norma. Também possui competência contenciosa a fim de resolver litígios em matéria de Diretos Humanos. Porém, é necessária prévia declaração do Estado parte na qual exista expressa anuência quanto à competência contenciosa da Corte, conforme o artigo 62 do Pacto:

> Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção. (Pacto de São José da Costa Rica, 1969, artigo 62).

Caso o Estado Membro, não se submeta a jurisdição da Corte, não será possível o julgamento de litígios envolvendo o Estado.

3.3 A atuação do SIDH no combate a homofobia

Em 2008 a Assembleia Geral da OEA aprovou a resolução nº 2435/2008 que versa sobre Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero na qual os Estados signatários expressaram sua preocupação com a violação dos Direitos Humanos motivados pelos motivos acima elencados. Desde então, a Assembleia Geral elaborou Resoluções para combater a homofobia, que a cada ano têm sido mais enfáticas e cobram dos Estados-membros políticas eficazes para o combate à homofobia.

Em maio de 2009 a Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos aprovou uma resolução apresentada pelo Brasil que possui como objeto condenar atos de violência e violação aos Direitos Humanos, motivados por

orientação Sexual. Bem como reiterou em 2010 em um projeto de resolução tendo a Bolívia como Estado coautor, quando foi acrescentado o termo "expressão de gênero". Bem como foi reafirmado em 2011 pelo Brasil tendo como coautor os Estados Unidos, Argentina, El Salvador e Costa Rica apresentaram projeto de resolução.

Em 2013, foi aprovada a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, que no seu escopo traz conceitos de discriminação direta e indireta. A Convenção repudia qualquer tipo de discriminação e reafirma o princípio da igualdade.

A Comissão recebeu e cuidou de várias denúncias referentes a homofobia nos estados membros. Destaca-se o caso José Alberto Pérez Meza vs. Paraguai, no qual, durante uma visita ao Paraguai, a Comissão recebeu denúncia alegando que a justiça do país não reconheceu o vínculo que o denunciante havia constituído com seu parceiro em uma relação homoafetiva, a fim de que este último pudesse usufruir do direito a sucessão, entre outros. Também não obteve sucesso ao pleitear na justiça interna o reconhecimento de casamento aparente, as cortes internas julgaram o pedido improcedente alegando que a legislação vigente proibia expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo. O ordenamento jurídico paraguaio prevê o casamento aparente apenas para um relacionamento composto entre um homem e uma mulher. A Comissão rejeitou a denúncia unicamente por esta não preencher os requisitos formais.

Conclusão

Diante do exposto, é possível verificar que a prática da homofobia explícita ou velada, manifestada através de uma conduta homofóbica, constitui em grave transgressão da legislação brasileira. Ante o compromisso internacional assumido pelo Brasil, o descumprimento dos deveres de proteção pode levar o Brasil a ser acionado na Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, eventualmente, esta denúncia poderá resultar em um acordo entre a Comissão e o Brasil para erradicar a homofobia, ou poderia levar o Brasil a ser denunciado na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em caso de denúncia do Brasil à Corte Interamericana de Direitos Humanos, poderia gerar sanções para o Brasil. Para evitá-las, a Administração Pública deve rever sua política em relação ao tema, para coibir eventuais homofóbicas. O debate acerca deste tema é indispensável para garantir o fiel cumprimento das disposições constitucionais relativas à Administração Pública, aos direitos e garantias individuais nela previstos e também os tratados internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é parte.

Referências

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **Resolução nº 153, de 2004.**

Determina o Regulamento Técnico para os procedimentos hemoterápicos, incluindo a coleta, o processamento, a testagem, o armazenamento, o transporte, o controle de qualidade e o uso humano de sangue, e seus componentes, obtidos do sangue venoso, do cordão umbilical, da placenta e da medula óssea. Disponível em: <www.sbpc.org.br/upload/noticias_gerais/320100416113458.pdf.>. Acessado em 13 maio 2018.

AGUIAR JÚNIOR, Carlos Augusto Machado. **O DIREITO À ANTIDISCRIMINAÇÃO DE PESSOAS LGBT:** Análise das estratégias normativas para o enfrentamento da homofobia. 2016. 135 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza. Disponível em: <www.uolp.unifor.br/oul/conteudosite/F106634201701311426466161 57/Dissertacao.pdf.>. Acessado em 13 maio 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 1988.

_____. Constituição (1988). **Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998.** Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. In: CONSTI-

TUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Brasília: Senado, 1998.

_____. **Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. 1a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994.** Aprova o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1171.htm>. Acessado em 25 maio 2018.

_____. **Decreto 4.4463 de 8 de novembro de 2002**. Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4463.htm>. Acessado em 25 maio 2018.

_____. **Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Brasília, DF, junho 1992

CARVALHO Filho, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. – 31. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 2012.

FERNANDES, Belmiro Vivaldo Santana. **O dano moral por discriminação à pessoas em decorrência de orientação sexual.** 2006. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador. Disponível em: <www.repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/9031/1/BELMIRO%20VIVALDO%20SANTA-

NA20FERNANDES%20-%20Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf.>. Acessado em 13 maio 2018.

DINIS, Nilson Fernandes. **Homofobia e educação: quando a omissão também é signo de violência.** Educar em revista [online]. Curitiba, nº 39 jan/abr 2011. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-40602011000100004>. Acessado em: 17/01/2018.

JELLINEK, Georg. **Teoría General Del Estado**. Cidade do México: Fundo de Cultura Econômica, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2002.**

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

OEA. **Carta da Organização dos Estados Americanos.** Disponível em: <http://www.oas.org/dil/port/tratados_A41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm >. Acessado em 20 jan. 2018.

_____. **Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).** Disponível em: <www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acessado em 11 jan. 2018.

_____. Asamblea general. **Resolución n. 2435/2008 de 03 de jun. de 2008.** Derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de gênero. Disponível em: <www.oas.org/dil/esp/AGRES_2435_XXXVIII-O-08.pdf.>. Acessado em: 15 maio 2018.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <www.nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaração>. Acessado em 10 jan 2018.

_____. **Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos.** Disponível em: <http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf>. Acessado em: 24 de maio de 2018.

PARAGUAY. **Ley nº 1183, de 23 de diciembre de 1985. Código Civil de la República de Paraguay.** Disponível em: <www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_pry_ley1183.pdf.>. Acessado em: 15 maio 2018.

_____. **Constitución de la República de Paraguay,** 1992. Disponível em: <www.oas.org/juridico/mla/sp/pry/sp_pry-int-text-const.pdf.>. Acessado em: 15 maio 2018.

RIOS, Roger Raupp. **Homofobia na perspectiva dos Direitos Humanos e no contexto dos estudos sobre preconceito e discriminação**. In: JUNQUEIRA, Rogério Diniz (Org.). Diversidade sexual na escola: problematizações sobre a homofobia nas escolas. Brasília: Edições MEC/UNESCO, 2009. p. 53-83.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti; VIANA, Thiago Gomes. **LGBTI E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS:** A construção da cidadania internacional arco-íris. Revista eletrônica Publica Direito. Disponível em: <www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a3f66d3a6aab9fa2> . Acessado em 13 maio 2018.

É Dever do Estado Punir, independentemente da "orientação sexual": a (in) aplicabilidade da Lei Maria da Penha na Proteção das Transexuais

Kaoanne Wolf Krawczak

Introdução

A Lei Maria da Penha (Lei n° 11.340/06) é fruto de uma luta histórica pela busca da efetividade do princípio da isonomia, de modo a conferir maior proteção às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar. A nova lei traz mecanismos mais céleres e efetivos na tutela dessas mulheres. De modo que a expressão "mulher", como vítima de violência doméstica sujeito à tutela da nova legislação, possui alcance controvertido tanto em sede jurisprudencial, quanto em sede doutrinária.

Uma parte da doutrina entende que "mulher" são apenas as pessoas que possuem sexo biológico feminino ou que sejam registradas como do sexo feminino em seus assentos civis. De outro lado, os doutrinadores, de forma acertada, sustentam que a expressão "mulher" deve ser entendida como toda pessoa que se identifique como do sexo feminino, ainda que seu sexo biológico seja outro, mesmo sem a devida alteração registral.

Apesar não haver regulamentação legal para a embasar o entendimento mais acertado da doutrina, a aplicabilidade da Lei Maria da Penha nos casos de violência doméstica e familiar envolvendo transexuais se justifica com a utilização de princípios gerais do Direito, em especial os princípios previstos na Constituição Federal e em Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos.

De modo que, deve-se fazer uma ponderação entre os princípios da estrita legalidade penal, com os princípios da dignidade da pessoa humana e da vedação à proteção deficiente, conferindo a máxima efetividade aos preceitos constitucionais, como forma de justificar a aplicabilidade da Lei Maria da Penha nos casos em que os transexuais são vítimas de violência doméstica a familiar.

A partir disso, o objetivo desse artigo é trazer todos os avanços conquistados pela Lei Maria da Penha, principalmente no que toca à tutela da dignidade humana, concluindo pela aplicabilidade da referida lei nos casos em que os transexuais sejam vítimas de violência doméstica e familiar, com fundamento em regras, postulados e princípios que permeiam todo o atual ordenamento jurídico.

1. Violência doméstica: uma breve abordagem

Embora a Constituição Federal de 1988, previsse igualdade de gênero dignidade da pessoa humana e prevalência dos direitos humanos, não protege especificamente os direitos das mulheres. O artigo 1º, inciso III: "a dignidade da pessoa humana", aparece como fundamento da República Federativa do Brasil. No artigo 4º, inciso II, o Brasil assume em suas relações internacionais a "prevalência dos direitos humanos". E no artigo 5º, caput: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)"; e inciso I: "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição". Nesta linha, discorre Maria Berenice Dias (2012, p. 26-27):

> Apesar de a Constituição Federal assegurar a igualdade (arts. 5º e 226, §5º) e impor ao Estado o dever de assegurar assistência à

> família e criar mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações, olvidou-se de ressalvar a violência doméstica ao reconhecer alguns crimes como de pequeno potencial ofensivo, a serem julgados de maneira sumária por juizados especiais, sendo admitida a transação penal e a aplicação de medidas despenalizadoras. (...) No conceito de delito de menor lesividade, não se comporta a violência sofrida pela mulher no ambiente doméstico. A possibilidade de aplicação da pena mesmo antes do oferecimento da denúncia, sem discussão da culpabilidade, claro que desafogou a Justiça, que ganhou celeridade, emprestando maior credibilidade ao Poder Judiciário. Mas o preço foi caro para as mulheres.

A implementação de políticas públicas para prevenir e combater a violência representa um aliado muito forte na mudança desse fenômeno sociocultural de violência doméstica, até porque representa a tentativa de coibir a violência, que é um dos objetivos que a República Federativa do Brasil assumiu com a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres.

É fundamental nesse estudo destacar as características que configuram tal violência. Dessa forma, rege o artigo 5º da Lei 11.340/2006:

> **Artigo 5º.** Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:
>
> **I** - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;
>
> **II** - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;
>
> **III** - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.
>
> Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

O preconceito de gênero enraizado no país arrastou a violência pra dentro dos lares, tornando a mulher uma vítima do próprio companheiro. O estilo universal da família dos séculos passados no ocidente, que consolidou-se no mundo inteiro e dura até hoje em alguns países asiáticos, africanos e no Oriente Médio, ainda resiste indiretamente nas famílias brasileiras.

Até a primeira metade do ano de 2006, não existia no Brasil legislação pertinente à proteção da mulher sujeita a violência doméstica e familiar. Ocorre que pelo apelo internacional de uma das milhões de vítimas de violência doméstica, Maria da Penha Maia Fernandes, em 7 de agosto de 2006 entrou em vigor a Lei Maria da Penha.

Dentre alguns dos aspectos da Lei 11.340/2006, o mais relevante foi tornar a violência doméstica e familiar contra a mulher crime e definindo-a. A Lei também tornou impossível o pagamento de cestas básicas ou de multa como pena, e estabeleceu as formas da violência doméstica contra a mulher, sendo física, psicológica, moral, patrimonial e sexual. Ademais, os denominados JECrim, - Lei 9.099/1995-, tornaram-se incompetentes para julgar os crimes de violência doméstica, seja qual for a quantidade máxima da pena privativa de liberdade cominada.

Neste diapasão, as medidas protetivas de urgência, surgiram como forma direta de coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. O objetivo norte das medidas protetivas é, indubitavelmente, segundo Maria Berenice Dias, "garantir à mulher o direito a uma vida sem violência" (2012, p. 145). A citada autora infere também que "deter o agressor bem como garantir a segurança pessoal e patrimonial da vítima e sua prole agora não é encargo somente da polícia. Passou a ser também do juiz e do Ministério Público" (2012, p. 145).

As medidas de proteção estão elencadas nos artigos 22 e 23 da Lei Maria da Penha:

> **Artigo 22.** Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:
>
> I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

> II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:
>
> aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;
>
> contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;
>
> freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;
>
> IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;
>
> V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.
>
> **Artigo 23.** Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas: I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;
>
> II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;
>
> III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;
>
> IV - determinar a separação de corpos.

As medidas de proteção supra elencadas possuem caráter cautelar, independentemente da situação do homem-agressor, a mulher-vítima é resguardada da forma mais breve e eficaz possível. A partir do momento em que é noticiada a prática da violência doméstica e familiar ao juiz, este pode e, conforme o caso, deve aplicar as medidas, tudo no prazo de 48 horas.

Das medidas impostas ao agressor, há preocupação em desarmá-lo, podendo o Magistrado restringir o porte ou suspender a posse de arma. Se o agressor possui porte de arma devidamente registrado na Polícia Federal, a suspensão ou restrição só pode se dar caso a vítima solicite tal medida. Nos dizeres de Maria Berenice Dias (2012, p. 151):

> Dispondo o agressor da posse regular e autorização de uso, o desarmamento só pode ocorrer mediante solicitação da vítima, como medida protetiva a ser apreciada em juízo. No entanto, caso

> o uso ou o porte sejam ilegais, as providências podem ser tomadas pela autoridade policial, quando configurada a prática de algum dos delitos previstos na lei. Sendo legal a posse e o uso da arma de fogo pelo agressor, denunciando a vítima à autoridade policial a violência e justificando a necessidade de desarmá-lo, por temer pela própria vida, é instalado expediente a ser remetido ao Juízo.

Ainda, através da Lei, o homem-agressor pode ficar impedido de se aproximar da vítima e seus familiares e testemunhas ou de contatar com algum deles por qualquer meio de comunicação. É a medida mais corriqueira nesses casos e também a mais descumprida. A proibição de frequentar determinados lugares precisa ser solicitado pela vítima no boletim de ocorrência com a indicação do local e justificativa.

No tocante ao inciso IV, as medidas protetivas devem ser deferidas quando o risco de dano está diretamente direcionado aos menores. Os casos mais comuns são os de crimes contra a liberdade sexual e contra a vida. Stela Valéria Soares de Farias Cavalcanti (2012, p. 238) preleciona que "esta medida extrema deve ser tomada com cautela pelo juiz, ouvido sempre o Ministério Público, como custos legis, visando sempre o melhor interesse das crianças e adolescentes, bem como da vítima, ouvida a equipe multidisciplinar".

O já citado artigo 23 da Lei Maria da Penha, somado ao artigo 24 da referida lei, descrevem as medidas protetivas para a vítima.

> **Artigo 24.** Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:
>
> I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;
>
> II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;
>
> III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;
>
> IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

> Parágrafo único. Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo.

Para haver o cumprimento do inciso I do artigo 23, é necessário que o munícipio tenha programa de atendimento especializado, o que não acontece na maioria das comarcas brasileiras. Nesses programas, deve haver uma equipe multidisciplinar para atendimento às vítimas e segurança, visto que estão, ao menos em tese, em situação de perigo constante.

A Autoridade Policial normalmente é quem reconduz a vítima ao seu domicílio, casa haja a necessidade e a possibilidade. Se a vítima não for acolhida por algum programa de proteção e se o homem-agressor não estiver na residência, a vítima será reconduzida para sua moradia.

Outro ponto importantíssimo relacionado às medidas de proteção é o que reza o artigo 19 da Lei 11.340/2006:

> **Artigo 19**. As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida.
>
> **§1º** As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas de imediato, independentemente de audiência das partes e de manifestação do Ministério Público, devendo este ser prontamente comunicado.
>
> **§2º** As medidas protetivas de urgência serão aplicadas isolada ou cumulativamente, e poderão ser substituídas a qualquer tempo por outras de maior eficácia, sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados.
>
> **§3º** Poderá o juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida, conceder novas medidas protetivas de urgência ou rever aquelas já concedidas, se entender necessário à proteção da ofendida, de seus familiares e de seu patrimônio, ouvido o Ministério Público.

Nota-se que as medidas poderão ser aplicadas cumulativa ou isoladamente, não se excluindo a hipótese de aplicação de quaisquer outras medidas que não estejam previstas, caso o juiz julgue necessário. Não se pode querer que o agressor cumpra a medida se a vítima não cumpre a lei

e a sua própria moral. Ademais, e efetividade das medidas protetivas está intimamente ligada à segurança pública. Ao tempo de resposta da autoridade policial em responder aos chamados das vítimas ou testemunhas.

Sabe-se também que o Brasil não está preparado, especificamente quanto à infraestrutura, para uma lei teoricamente inteligente e eficaz. Não há programas de atendimento à mulher vítima de violência doméstica suficientes; não há casas de acolhimento para essa mulher, caso necessite; há falta de entendimento por parte da mulher-vítima dos reais objetivos das medidas protetivas... Enfim. Não se pode afirmar que as medidas protetivas não são eficazes para com a erradicação da violência doméstica, porém os fatores supra referidos interferem para que elas sejam ou não eficazes.

2. A Lei Maria da Penha e a proteção às transexuais

A partir dessa breve explanação sobre a Lei Maria da Penha (Lei n° 11.340/06), pretende-se nesse momento, abordar a questão da aplicabilidade da já referida lei em relação às transexuais, discorrendo sobre a possibilidade ou impossibilidade de tal aplicação e como esse os nossos tribunais tem se posicionado em relação a tal temática.

Contudo, antes de abordarmos a questão central, faz-se importante apresentar um conceito a respeito do que é um transexual, nesse sentido, quanto a conceituação de transexualismo, não existem divergências doutrinárias. De modo que, Diniz, citada por, L. Araújo (2000, p.28), define o transexual como

> 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 sexto [...] 3. [...] é o indivíduo com identificação psicossexual oposta aos seus órgãos genitais externos, com o desejo compulsivo de mudá-los [...]

Já na conceituação de Vieira (2000),

> o indivíduo que possui a convicção inalterável de pertencer ao sexo oposto ao constante em seu Registro de Nascimento, re-

> provando veementemente seus órgãos sexuais externos, dos quais deseja se livrar por meio de cirurgia.

Ainda, Klabin (apud ARAÚJO, L., 2000, p. 29), concebe o transexual como

> um indivíduo, anatomicamente de um sexto, que acredita firmemente pertencer ao outro sexo. Essa crença é tão forte que o transexual é obcecado pelo desejo de ter o corpo alterado a fim de ajustar-se ao 'verdadeiro' sexo, isto é, ao seu sexo psicológico.

A partir destas conceituações pode-se observar que estes sujeitos que apresentam uma "incompatibilidade entre o sexo biológico e a identificação psicológica" (SUTEER apud ARAÚJO, 2000, p. 29), ao apresentarem estas duas características juntas, é que são definidos pela sociedade como pertencedores do transexualismo. Assim, tem-se que

> o componente psicológico do transexual caracterizado pela convicção íntima do indivíduo de pertencer a um determinado sexo se encontra em completa discordância com os demais componentes, de ordem física, que designaram seu sexo no momento do nascimento (VIEIRA, 2000).

Temos também que, essa falta de identificação acaba causando nos indivíduos um "processo angustioso, conflitivo e delicado" (ARAÚJO, L., 2010, p. 32), o gera um sofrimento intenso, pois os transexuais vivem "o conflito de possuir uma genitália estranha às suas sensações, desejos e fantasias" (ARAÚJO, L., 2010, p. 55). E tudo isso, simplesmente, porque eles desejam pertencer a outro gênero, que possa melhor lhes representear e porque toda essa fase de escolha não é bem compreendida pela sociedade que os rodeia.

Quanto à questão da escolha por um gênero mais adequado, explica Butler (2009) que,

> embora se possa dizer que isso é uma escolha [...] de caráter dramático e profundo [...] pode incluir um ou vários dos seguintes aspectos: a escolha de viver como outro gênero, passar por um tratamento hormonal, achar e declarar um novo nome, as-

> segurar um novo estatuto jurídico para o seu gênero e submeter-se à cirurgia.

Pois bem, voltando a temática central de nosso artigo, passemos a analisar a questão da aplicabilidade ou não da Lei Maria da Penha às transexuais quando estas forem vítimas de violência doméstica ou familiar e o posicionamento dos tribunais brasileiros a respeito do assunto. Em primeiro lugar é importante que tratemos da extensão que a expressão "mulher", utilizada no texto da lei, representa no mundo jurídico. Ao passo que o alcance desse termo possui duas vertentes controvertidas, uma delas defende que "mulher" são apenas os sujeitos que nasceram com o sexo biológico feminino ou que foram registradas como sendo do gênero feminino, enquanto que de outro lado estão aqueles que sustentam, de modo acertado, que "mulher" é toda aquela pessoa que se identifique como sendo do sexo feminino, mesmo que possua outro sexo biológico ou que seja registrado como sujeito do sexo masculino.

A partir disso, e do entendimento mais acertado, temos que às transexuais podem sim ser tuteladas e protegidas pela Lei Maria da Penha, pois se identificam como mulher tanto psicologicamente, quanto socialmente, apesar de nem sempre possuírem o sexo biológico feminino – dependendo se optaram por realizar ou não a cirurgia de redesignação sexual – ou alteração em seu registro civil. Pois é exatamente com relação a esses sujeitos - não operados e com gênero masculino no registro civil – que paira a dúvida quanto a aplicabilidade ou não de tal instituto.

Nesse sentido, nossos tribunais, a pesar de ainda não existir um posicionamento dominante a respeito da matéria, tem se posicionado no sentido de admitir que às transexuais sejam abrangidas e protegidas pela Lei n° 11.340/06. De modo que, conforme Ferreira (2014, ps. 11 e 12), os tribunais chegam a tal conclusão a partir da utilização dos princípios gerais do direito, especialmente aqueles previstos na Constituição Federal e nos Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos, com destaque ao princípio da dignidade da pessoa humana. Ao passo que,

> no que concerne à violência de gênero, a jurisprudência tem firmado alguns parâmetros como forma de possibilitar a aplicação ou não da Lei Maria da Penha ao caso concreto. É de se notar

> que esses parâmetros não são impositivos, mas revelam uma forte tendência jurisprudencial (FERREIRA, 2014, p. 11).

Assim, para confirmar o que foi exposto até aqui se faz necessário citar algumas decisões. De modo que "o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC 181.246/RS, por exemplo, explicita que a aplicabilidade da Lei Maria da Penha ao caso de violência de gênero está condicionada à convivência íntima e à situação de vulnerabilidade da mulher" (FERREIRA, 2014, p. 12).

> Em relação a vítimas transexuais, é possível encontrar algumas decisões de Tribunais estaduais, seja tratando especificamente sobre o caso, seja explicitando quais as potenciais vítimas de violência doméstica capaz de atrair a competência para processo e julgamento dos Juizados Especiais de Violência Doméstica (FERREIRA, 2014, p. 12).

Passemos então aos julgados dos tribunais estaduais brasileiros. Em especial dos tribunais de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Acre e Mato Grosso do Sul. Assim tem que:

> A 9ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo determinou que medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha sejam aplicadas em favor de uma transexual ameaçada pelo ex companheiro. As informações foram divulgadas nesta segunda feira, 19, pelo site do TJ/SP. A vítima, que não fez cirurgia para alteração de sexo, afirmou no processo que manteve relacionamento amoroso por cerca de um ano com o homem. Após o fim do namoro, ele passou a lhe ofender e ameaçar [...] pediu em juízo a aplicação das medidas protetivas. O pedido foi negado pelo juízo de primeiro grau, sob fundamento de que a vítima pertence biologicamente ao sexo masculino [...] No entanto, em julgamento de mandado de segurança impetrado no Tribunal de Justiça, a magistrada Ely Amioka, relatora do caso, afirmou que a lei deve ser interpretada de forma extensiva, sob pena de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana (MACEDO, 2015).
>
> O juiz de Direito Alberto Fraga, do 1º Juizado Especial Criminal e de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher de Nilóp-

> olis/RJ, concedeu a um transexual o direito a medidas protetivas garantidas pela lei Maria da Penha. A vítima declarou conviver com o companheiro há 11 anos e disse que já tinha sido agredida diversas vezes. De acordo com os autos, eles estavam em um bar quando o réu teria cobrado uma dívida financeira. Ao chegar em casa, houve discussão e foi feita uma ameaça com uma garrafa quebrada. A situação só foi contornada com a chegada da polícia (MIGALHAS, 2016).
>
> No Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em julgamento de Habeas Corpus, o Desembargador Júlio Cezar Guittierrez destacou, com acerto, o entendimento no sentido de que o sujeito passivo alcançado pela Lei Maria da Penha seria mulher, assim entendida como lésbicas, transgêneros, transexuais e travestis que tenham identidade com o sexo feminino (FERREIRA, 2014).
>
> A Justiça [...] do Acre já tinham tomado decisões no mesmo sentido. Na mais recente delas, o juiz Danniel Bomfim, de Rio Branco, entendeu que "*o sexo biológico de nascimento (masculino) não impede que a vítima, cuja identidade sexual é feminina, seja reconhecida como mulher, sendo assim sujeita à proteção da Lei Maria da Penha*" (HYPNEES, 2016, grifo do autor).
>
> Em Mato Grosso do Sul, o Tribunal de Justiça local traz entendimento diverso. O Desembargador José Augusto de Souza, no julgamento de Conflito de Competência, expressamente em seu voto afasta a incidência da Lei Maria da Penha quando a vítima for transexual que não tenha alterado seu registro civil. Em resumo, o relator entende que mulher é apenas quem assim nasce, ou quem tenha em seu registro civil o sexo feminino.11 Desconsidera, portanto, a situação fática, dando relevo à situação jurídica, vale dizer, entende que o sujeito deve ser formalmente mulher (FERREIRA, 2014).
>
> [...] outra decisão também amplia a aplicação da Lei Maria da Penha, dessa vez para transexual masculino (proc. N. 201103873908, Tribunal de Justiça de Goiás 1ª Vara Criminal da Comarca de Anápolis, juíza Ana Cláudia Veloso Magalhães, vítima de violência doméstica) (BIANCHINI, 2017).

No estado do Rio Grande do Sul as decisões se mostram no mesmo sentido, de modo que, conforme CURCINO (2016)

> Uma decisão inédita da Justiça de **Santa Maria** tem muito a ser comemorada. Na segunda-feira, o Poder Judiciário deferiu uma medida protetiva em favor de uma transexual. A jovem, que tem 20 anos e conseguiu a redesignação sexual aos 16, sofria violência do seu companheiro há pelo menos um ano e meio. Ela já havia procurado a Polícia Civil outras vezes, mas como ainda não tinha a Carteira Social, e a Lei diz que apenas mulheres podem requerer medidas protetivas, ainda não havia conseguido uma solução.
>
> [...]
>
> O magistrado explica que a decisão é baseada, principalmente, na interpretação de gênero, já que o fato da vítima não ter o órgão sexual feminino não impede que ela se enquadre em um caso de violência doméstica. Quando a relação é entre duas mulheres, por exemplo, não há nenhum impedimento nem sequer para efetuar o pedido.

Diante disso, fica evidente a aplicabilidade da Lei Maria da Penha aos casos de violência doméstica contra transexuais. Tais decisões foram baseadas em razão de que o próprio texto legislativo (Lei n° 11.340/06) traz em seus artigos, 2° e no parágrafo único do artigo 5°, a vedação a qualquer forma de discriminação em razão de orientação sexual.

> **Artigo 2° Lei n° 11.340/06.** Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade, religião, goza de direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhes asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.
>
> **Artigo 5° Lei n° 11.340/06.** Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:
>
> [...]
>
> **Parágrafo único.** As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Ao passo que, sobre a aplicação da referida lei, Maria Berenice Dias (apud MELITO, 2016) "Em função dessa referência, também passou a se

reconhecer na Maria da Penha pessoas travestis e transexuais, já que as que têm identidade de gênero do sexo feminino estariam ao abrigo da lei. Esse alargamento ocorreu por parte da doutrina e da jurisprudência". Ainda, a mesma autora (apud TANNURI; HUDLER, 2015) afirma que

> há a exigência de uma qualidade especial: ser mulher. Assim, lésbicas, transexuais, travestis e transgêneros, que tenham identidade social com o sexo feminino estão sob a égide da Lei Maria da Penha. A agressão contra elas no âmbito familiar constitui violência [...] descabe deixar à margem da proteção legal aqueles que se reconhecem como mulher.

Ademais, tem-se que levar em conta que a aplicação se faz possível em razão do gênero, que vem a ser mais importante do que sexo. Nestes termos

> O magistrado explica que a decisão é baseada, principalmente, na interpretação de gênero, já que o fato da vítima não ter o órgão sexual feminino não impede que ela se enquadre em um caso de violência doméstica. Quando a relação é entre duas mulheres, por exemplo, não há nenhum impedimento nem sequer para efetuar o pedido (PAGNON apud CURCINO, 2016).

Ainda, segue o juiz dizendo que a decisão deve ser igual se chegarem casos parecidos e que os transexuais devem ter o seus direitos garantidos, igual a qualquer outra pessoa. E concluiu dizendo que (PAGNON apud CURCINO, 2016)

> Não me vem na mente outro grupo de pessoas que tenha menos direitos garantidos. São pessoas que estão à sombra da sociedade e que, às vezes, nem trazem esses casos à Justiça porque já têm introjetado uma negativa do Estado em atender os seus direitos. O caminho do Juizado é esse, tutelar um grupo social que é esquecido pelo Estado.

Considerações finais

A partir de tudo que foi exposto até aqui, fica claro que existem diversos argumentos capazes de ensejar a aplicabilidade da Lei Maria da Penha quando a violência de gênero tiver como vítima o transexual. De modo que, quanto ao transexual sujeito ou não à intervenção cirúrgica de transgenitalização, cujo registro civil não tenha sido alterado parece não haver dúvidas que com a alteração do registro, a pessoa passa a ser reconhecida, formalmente, pelo Direito, como sendo do sexo na qual se identifica.

Assim, tem-se que o transexual, entendido como a pessoa cujo sexo biológico não se identifica com o sexo psíquico, deve ser reconhecido socialmente pelo sexo que se identifica. A própria medicina assim o reconhece, razão pela qual regulamentou o tratamento do Transtorno de Identidade de Gênero. De modo que a terapia médica tem por finalidade corrigir a incompatibilidade entre o sexo psicológico e o biológico, fazendo prevalecer aquele, pois é assim que se identifica o indivíduo e que o identifica a própria sociedade. Conclui-se, portanto, que o transexual masculino deve ser tratado como se mulher fosse, inclusive para os fins jurídicos.

Ao passo que, a interpretação do artigo 5º, parágrafo único da Lei 11.340/06 leva a concluir pelo reconhecimento do transexual como sujeito passivo da violência de gênero. Isso porque a lei determina que não se deve perquirir a orientação sexual da vítima. De modo que os tribunais brasileiros, inclusive os superiores, tem aplicado esse mesmo entendimento, de que aos transexuais vítimas de violência doméstica ou familiar, deve sim ser aplicada a Lei Maria.

Por fim, ainda que os argumentos demonstrados não se revelem suficientes, o reconhecimento do transexual como potencial vítima de violência doméstica e familiar decorre dos princípios constitucionais. De forma que o texto constitucional impõe a proibição da proteção insuficiente, trazendo, ainda, a dignidade humana como seu fundamento e determinando o tratamento isonômico entre todas as pessoas. Por essa razão, entende-se que não haveria motivo para deixar de aplicar as medidas protetivas, que foram inseridas no ordenamento nacional com fundamento em Convenções Internacionais que tutelam direitos humanos.

Referências

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual.** São Paulo: Saraiva, 2000.

BIANCHINI, Alice. **Aplicação da lei maria da penha a transexual**. Jus Brasil: 2017. Disponível em: <http://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/121814113/aplicacao-da-lei-maria-da-penha-a-transexual>. Acesso em 27 abr 2017.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. **Constituição da República Federativa do Brasil**. In: Vade Mecum Jurídico. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Lei n.º 11.340, de 07 de agosto de 2006. Lei Maria da Penha**. In: Vade Mecum Jurídico. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. CC nº 0055008-06.2013.8.19.0000. Relator: Desembargador Paulo Rangel. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/>. Acesso em 4 maio 2017.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. HC 1.0000.09.513119-9/000. Relator: Desembargador Júlio Cezar Guittierrez. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisa>. Acesso em: 4 maio 2017.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul**. CC 2006.017235-4/0000-00. Relator: Desembargador José Augusto de Souza. Disponível em: <http://www.tjms.jus.br/cjosg/pcjoDecisao.jsp? OrdemCodigo=0&tpClasse=J>. Acesso em 4 maio 2017.

BUTLER, Judith. Desdiagnosticando o gênero**. Physis**, v. 19, n. 1, p. 95-126, abr. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/physis/v19n1/v19n1a06.pdf>. Acesso em 08 de Mar. de 2015.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de. **Violência Doméstica**: Análise da Lei "Maria da Penha", Nº 11.340/06. São Paulo: Juspodvim, 2012.

Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher de 1994. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/ bibliotecavirtual/instrumentos/belem.htm>. Acesso em: 12 de outubro de 2015.

CURCINO, Naiôn. **Em decisão inédita, Justiça concede medida protetiva a transexual de Santa Maria.** Diário de Santa Maria, 2016. Disponível em: <http://diariodesantamaria.clicrbs.com.br/rs/geral-policia/noticia/2016/06/em-decisao-inedita-justica-concede-medida-protetiva-a-transexual-de-santa-maria-5887778.html>. Acesso em 08 maio 2017.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça:** a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar conta a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERREIRA, Vinicius de Almeida. **Aplicabilidade da Lei Maria da Penha em favor de transexuais em hipóteses de violência doméstica e familiar.** Rio de Janeiro: EMERJ, 2014. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2014/trabalhos_12014/ViniciusdeAlmeidaFerreira.pdf>. Acesso em 07 maio 2017.

HYPNEES. **Transexuais e travestis passam a ser protegidas pela Lei Maria da Penha.** *São Paulo: Hypnees, 2016. Disponível em: <http://www.hypeness.com.br/2016/08/transexuais-e-travestis-passam-a-ser-protegidos-pela-lei-maria-da-penha/>. Acesso em 25 abr 2017.*

LAURIA, Thiago. É Possível Aplicar a Lei Maria da Penha a Lésbicas, Travestis e Transexuais? São Paulo: JurisWay, 2006. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=59>. Acesso em 28 abr 2017.

MACEDO, Fausto. **Tribunal manda aplicar Lei Maria da Penha para transexual**. São Paulo: Blog Fausto Macedo, 2015. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/tribu-

nal-manda-aplicar-lei-maria-da-penha-para-transexual/>. Acesso em 25 abr 2017.

MELITO, Leandro. **Lei Maria da Penha também vale para transexuais; entenda a aplicação.** EBC, 2016. Disponível em: < http://www.ebc.com.br/cidadania/2016/06/lei-maria-da-penha-entenda-quando-lei-pode-ser-aplicada>. Acesso em 30 abr 2017.

MIGALHAS. **Lei Maria da Penha pode ser aplicada em favor de transexual.** Migalhas, 2016. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI240416,21048-Lei+Maria+da+Penha+pode+ser+aplicada+em+favor+de+transexual>. Acesso em 25 abr 2017.

TANNURI, Claudia Aoun; HUDLER, Daniel Jacomelli. **Lei Maria da Penha também é aplicável às transexuais femininas.** Conjur, 2015. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2015-out-02/lei-maria-penha-tambem-aplicavel-transexuais-femininas >. Acesso em 28 abr 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 09 mar 2015.

"É como esperar por algo além da morte": as principais implicações do direito à saúde na vida dos transexuais

Kaoanne Wolf Krawczak

Considerações iniciais

Nos anos iniciais do século XXI no Brasil, vem acontecendo diversas mudanças culturais, as quais são consequência do próprio movimento de universalização dos conceitos de direitos humanos e dignidade da pessoa humana. A transexualidade e a travestilidade são experiências relacionadas à identidade e foram socialmente construídas, da mesma forma que a identidade de homens e mulheres. Entretanto, ao serem formadas em resistência às normas de gênero, são socialmente marginalizadas e acabam restando vulneráveis a violências físicas e simbólicas.

O direito à saúde no Brasil está garantido na Constituição e é decorrência da grande mobilização política da sociedade, que envolveu e comprometeu as instituições públicas e o conjunto da Assembleia Nacional Constituinte, luta esta que ganhou o nome de "Movimento pela Reforma Sanitária" brasileira. Assim, a partir da Constituição de 1988, a saúde passou a ser integrante do Sistema de Seguridade Social em função do conceito de saúde adotado, ou seja, o de que a saúde é o resultado

do acesso das pessoas e coletividades às políticas, aos bens e serviços sociais que promovem a qualidade de vida.

É sabido que os direitos humanos têm sido um tema recorrente na América Latina desde os primeiros movimentos de redemocratização experimentados pelos países do continente meridional. Nesse sentido, por ser relevante para alcançar alguns dos principais direitos individuais fundamentais do ser humano, a discussão de temas como direitos sociais, direitos econômicos e culturais tornou-se uma indicação da democracia. Neste cenário, passou a ser discutido o papel do estado social na vida de todos os cidadãos, sem diferenciá-los de forma injusta e precipitada, sem desprezá-los à condição de pseudocidadãos quanto à sua participação ativa e prolongada na vida em sociedade.

Assim para a realização do presente trabalho será utilizado o método hipotético-dedutivo, tendo como metodologia a pesquisa do tipo exploratória, através de revisão bibliográfica, na qual utilizou-se, no seu delineamento, da coleta de dados em fontes bibliográficas disponíveis em meios físicos e na rede de computadores.

1. A (des)patologização da transexualidade

A transexualidade hoje é um assunto bastante recorrente, inclusive ocupando páginas de revistas, programas de televisão e até mesmo capítulos de novela. Apesar disso, a transexualidade é ainda tratada com muito preconceito, pois "para a maioria, o transexual ainda é um ser estranho a tudo e a todos, quase como se não fosse humano, o que implica incontáveis desconfortos, levando-os, quase sempre, à margem da sociedade [...]" (SCHEIBE, 2008, p. 11) E mais, "todo e qualquer tema que esteja ligado à questão sexualidade é ainda cercada por inúmeros mitos e preconceitos que acabam por evitar que estes sejam discutidos no grande grupo". (STURZA e SCHORR, 2015) Se apenas falar no assunto ainda é um tabu, com a integração dos transexuais na sociedade o problema é ainda maior, pois ela não ocorre de forma efetiva dos. E é aí que está o problema, ela não ocorre. E quando ocorre, é marcada por diversos processos traumáticos para os transexuais e para aqueles que tentem realizá-la de forma efetiva.

Quanto à questão da patologização da transexualidade, assim como ocorreu com a homoafetividade, "o momento patologizador serviu para que se afastasse a transexualidade do campo moral, do conceito de perversão, para que adentrasse o campo da doença. O cidadão transexual: ele deixou de ser um devasso, um pervertido, para ser um "doente"." (DIAS, 2014, p. 14) Assim, o transexualismo passou a necessitar de um terceiro, o saber médico, para que afirme sua condição de doente, estabelecendo uma relação médico-paciente.

O primeiro caso de uma pessoa que recorreu a um médico para afirmar sua condição de transexual ocorreu em 1952, no caso Christine:

> Em 1952, um soldado norte-americano foi até a Dinamarca, procurar auxílio médico com o endocrinologista Christian Hamburger, que fazia pesquisas com hormônios. Isto porque, desde 1935 a Dinamarca possuía uma lei que permitia a castração humana quando a sexualidade do paciente induzia-o a cometer crimes ou quando envolvia distúrbios mentais com acentuada gravidade. Lá, contou sua história, completamente inventada, de que seria intersex, isto é, hermafrodita, e precisava de uma intervenção cirúrgica. para alterar seu corpo, pois sempre vivera como mulher. Como já tomava hormônios há anos, carregava no corpo características femininas, enquanto sua função masculina era deficitária. A falta de conhecimento sobre o transexualismo, aliada à sua silhueta feminina, levou a equipe médica a acreditar nele. Foi assim que conseguiu extirpar sua genitália. No entanto, ainda não se pensava na construção de uma vagina. Voltando aos Estados Unidos, agora como Christine, procurou o doutor Harry Benjamin, para quem relatou sua história. A partir dessa experiência, o doutor publica um artigo, em 1953, falando sobre o transexualismo. Esse é o ponto de inflexão em que a transexualidade adentra o campo médico. (DIAS, 2014, p. 12)

A partir desse caso, a transexualidade foi considerada uma doença e intitulada "transexualismo". E "após diversas cirurgias e estudos, em 1980, ela entra no catálogo de doenças da DSM, e ingressa no CID-10 em 1992". (DIAS, 2014, p. 13) Assim, o "transexualismo, como categoria médica, nasce já como patológico e, principalmente, atrelado a um diagnóstico médico que decompõe a experiência da sexualidade em alguns

pontos-chave". (DIAS, 2014, p. 15) Constrói-se assim "uma experiência totalizante da transexualidade. Isto é, há uma única forma de ser transexual: só será considerado transexual quem se adequar ao diagnóstico de transexualismo, enquanto o diagnóstico só se adequa a uma parcela da população transexual". (DIAS, 2014, p. 15)

Assim conforme a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID-10), o transexualismo só pode ser diagnosticado "se o indivíduo permanecer durante o período mínimo de dois anos comportando-se como tal, além de ser necessário um diagnóstico especial sobre o aparecimento desse comportamento em patologias graves, como é o caso da esquizofrenia". (STURZA; SCHORR, 2015, p. 269)

Ao passo que, "em 1994 o Comitê do DSM-IV substituiu o diagnóstico 'Transexualismo' pelo 'Transtorno de Identidade de Gênero' [...] na Infância (302.6), na Adolescência e Adulto (302.85)". (BENTO; PELÚCIO, 2012, p. 572) Assim, a Organização Mundial da Saúde passou a enquadrar o transexualismo no rol dos Transtornos de Identidade Sexual, identificando-o através do Código F64.0. Entretanto, como dizem Sturza e Schorr (2015, p. 269),

> [...] esta classificação como um transtorno de identidade sexual, dada pela OMS, é totalmente desaprovada pelos transexuais e pelos doutrinadores estudiosos do tema, vez que não pode ser considerado como uma doença, mas sim como uma identidade sexual diversa da considerada como normal, porém única.

Entretanto, é preciso ainda entender que o simples fato de alguém não se identificar com o seu gênero de origem não tem nada a ver com um transtorno de qualquer ordem, como afirmam alguns, nas palavras de Butler (2009), "pesquisadores com propósitos homofóbicos". Nesse sentido, quando o assunto é o processo de caracterização do transexualismo, o Conselho Federal de Medicina assevera que essa não identificação com o sexo psicológico não pode ser confundido com uma anomalia, pois apresenta traços específicos, de caráter contínuo e permanente. E é justamente por este motivo que a cirurgia de redesignação de sexo é considerada como "correta, válida e necessária". (ARAÚJO, L., 2000, p. 35)

É muito importante afirmar que isso não é um transtorno e que, na vida transgênera, há uma ampla variedade de relações complexas, como por exemplo: vestir-se de acordo com o gênero oposto, usar homônimos e recorrer à cirurgia, ou ainda uma combinação de todas essas práticas. Tudo isso pode ou não levar a uma mudança de escolha de objeto. (BUTLER, 2009) Nessa perspectiva, nas palavras de Ventura e Schramm (2009, p. 67)

> apesar de o transexual se considerar "pertencente ao sexo oposto, entalhado com o aparelho sexual errado, o qual quer ardentemente erradicar" (HOGEMANN e CARVALHO, 2015, p. 3) através da cirurgia de redesignação sexual, para ter acesso a tais "modificações corporais e alteração da sua identidade sexual" (VENTURA e SCHRAMM, 2009, p. 67) ele precisa passar por um protocolo.

Ainda, para que seja considerado transexual o sujeito precisa passar pelo protocolo o qual se encontra estabelecido na Resolução n° 1955/2010 do Conselho Federal de Medicina, o qual estabelece em seu artigo 3° critérios que definem o sujeito como transexual:

> Artigo 3° Resolução n° 1955/2010 CFM. Que a definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados:
>
> 1) Desconforto com o sexo anatômico natural;
>
> 2) Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto;
>
> 3) Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos;
>
> 4) Ausência de outros transtornos mentais.
>
> (BRASIL, 2010, s.p.)

Esse protocolo foi criado com o objetivo de se fixarem descrições e prescrições sobre o modo mais adequado de se viver a transexualidade, ou seja, restringindo e estabelecendo limites para que a prática das intervenções seja realizada de forma segura, de modo a não provocar mais sofrimentos a estes sujeitos. Até porque, a psiquiatria entende o transexualismo como uma patologia, o que, por si só, já gera grandes aflições

e tormentos. Ao passo que "para a psicanálise, a sexualidade e principalmente a diferença sexual, são fenômenos complexos que definem formas de manifestação das subjetividades". (ARAN, 2006, p. 55)

O discurso atual sobre a transexualidade na sexologia, na psiquiatria e em parte na psicanálise faz desta experiência uma patologia – um "transtorno de identidade" – dada a não-conformidade entre sexo biológico e gênero. Por outro lado, ele também pode ser considerado uma psicose devido à recusa da diferença sexual [...]. (ARAN, 2006, p. 50)

Nesta perspectiva, "os espectros de descontinuidade e incoerência que se transformam numa patologia são, desta forma, apenas concebíveis em função deste sistema normativo". (ARAN, 2006, p. 50) Neste sentido, "certos tipos de identidade de gênero parecem ser meras falhas do desenvolvimento ou impossibilidades lógicas, precisamente porque não se conformam às normas de inteligibilidade cultural". (BUTLER, 2003, p. 39)

Seguindo outra linha de pensamento, levando em conta os diversos tipos de conflitos dos quais a transexualidade pode ser objeto, tem-se que destacar as desordens ligadas às tensões intraindividuais, ou seja, do indivíduo com ele mesmo. Assim, podem ser conceituados como aqueles que resultam da crise entre a identidade de gênero e a identidade sexual, ou melhor, entre a "identidade corporal e a identidade de gênero". (BENTO, 2006) Ainda, também pode ser definido como o "conflito entre sexo físico e sexo psíquico". (HOTTOIS apud VENTURA; SCHRAMM, 2009, p. 70) Porquanto, conforme Ventura e Schrmann (2009, p.70),

> [...] tal tensão também pode ser indicada pelo prefixo *trans* -, que aponta a necessidade de usar um "terceiro termo" para definir o fenômeno. O prefixo vem preposição latina *trans*, que indica "além de", "para lá de", "depois de", podendo, portanto, referir-se a um terceiro identitário de difícil colocação lógica e semântica, pois indica ao mesmo tempo uma disjunção e uma conjunção. Ser *trans* – não é ser nem um nem outro e, ao mesmo tempo, ser um e outro, de acordo com a semântica do verbo "transitar", que implica poder ir de um lado para outro e vice-versa.

Mas, não se pode deixar de lado a problemática gerada pelos efeitos produzidos pelo diagnóstico psiquiátrico desta condição sexual (ser tran-

sexual), pois, na maioria das vezes as implicações são estigmatizantes e até mesmo discriminatórias. Assim, é preciso um maior aprofundamento dessas questões psíquicas, tendo em vista que são pré-requisito para os indivíduos possam ter acesso aos recursos médicos disponíveis. De modo a analisar se esta restrição à autonomia dos sujeitos transexuais é mesmo necessária, se ela realmente o protege, e se de fato é efetiva e eficaz.

Ao passo que, quanto ao movimento de despatologização da transexualidade, que busca retirá-la dos manuais médicos de doenças, CID-10 e DSM-IV, temos que

> Atualmente, são mais de 100 organizações e quatro redes internacionais na África, na Ásia, na Europa e na América do Norte e do Sul que estão engajadas na campanha pela retirada da transexualidade do DSM e do CID. As mobilizações se organizam em torno de cinco pontos: 1) retirada do Transtorno de Identidade de Gênero (TIG) do DSM-V e do CID-11; 2) retirada da menção de sexo dos documentos oficiais; 3) abolição dos tratamentos de normalização binária para pessoas *intersexo;* 4) livre acesso aos tratamentos hormonais e às cirurgias (sem a tutela psiquiátrica); e 5) luta contra a transfobia, propiciando a educação e a inserção social e laboral das pessoas transexuais. (BENTO; PELÚCIO, 2012. p. 573)

Enquanto que no Brasil a adesão a tal Campanha vem se multiplicando desde o ano de 2010. De modo que, conforme Bento e Pelúcio (2012, p. 574),

> Entre manifestações destacam-se a publicação de um manifesto e a produção de material de divulgação da Campanha pelo Conselho Regional de Psicologia de São Paulo, 12 mostras de filmes, debates e seminários em universidades, além da redação e da publicização de manifesto13 assinado por ativistas, professoras/es e cientistas de diversos países que se somaram à campanha Stop Trans Pathologizantion 2012.

Ainda, sobre a questão da despatologização da transexualidade, algumas/uns ativistas temam pela perda de direitos conquistados como, por exemplo, no Brasil, a garantia de acesso gratuito ao processo tran-

sexualizador pelo Sistema Único de Saúde (SUS), acredita-se que a patologização não garantiu direitos de fato, mas impôs um modelo para se pensar a transexualidade como experiência catalogável, curável e passível de normalização. Sendo que apenas saberes científicos são os únicos capazes de dar respostas acertadas às vivências que desafiam as normas de gênero. O que, por outro lado, autoriza o tutelamento dos corpos e das subjetividades de pessoas que se reconhecem como transexuais.

Nestes termos, quando nos preocupamos em garantir o reconhecimento da identidade de gênero dos sujeitos que não se enquadram na normatividade sexual e na sua autonomia, estamos a defender o direito à autodeterminação e a nos contrapor a qualquer forma de regulação dos corpos ou a psicologização dos sujeitos que se identificam com o seu sexo anatômico oposto a seu sexo anatômico. Pois, nas palavras de Amaral (2011, p. 88), a patologização da transexualidade e a fixação de protocolos médicos significam uma imposição violenta sobre os corpos e subjetividades trans. Assim, o tratamento deve estar disponível, mas os diagnósticos psiquiátricos não podem ser tidos como condição de acesso à saúde ou a qualquer outro direito, pois tudo isto representa um verdadeiro autoritarismo e cria uma condição de total vulnerabilidade e exclusão para os transexuais. (AMARAL, 2011, p. 88 e 89)

> Frente a este cenário, alguns autores e ativistas tem proposto algumas sugestões no sentido de reformular as condições de acesso à saúde e garantir direitos fundamentais de sujeitos que se apresentam com identidades de gênero não-normativas. É possível notar um esforço em desvincular a realização de alterações corporais do diagnóstico de Transtorno de Identidade de Gênero e na construção de novas estratégias que respeitem a diversidade de gênero, a dignidade humana e os direitos civis.

Assim, "despatologizar a transexualidade não significa desmedicalizá-la, mas sim assistir o sujeito em um regime de autonomia informada no qual o foco principal é o seu bem-estar" (AMARAL, 2011, p. 93 e 94). Ao passo que, conforme sociólogo espanhol e ativista trans Miguel Missé (apud BENTO; PELÚCIO, 2012, s.p.)

> [...] lutar pela despatologização é defender que nossas identidades fazem parte da diversidade e que temos direito a modificar nosso corpo quando assim decidirmos. Reivindicar um livre acesso aos hormônios ou às cirurgias é a parte central da luta, não um detalhe, não é uma segunda etapa da luta: é uma luta em si mesma.

Por fim, levantar o debate acerca do tema proposto neste artigo, compreender e buscar mecanismos efetivos para a o fim da patologização da transexualidade, é dever do Estado e da sociedade pós-moderna, multifacetada, que ao se reinventar diariamente necessita olhar as dores do outro e assim "levantar a bandeira" de mais esta causa, tão cara a tanta (o)s transexuais que vivem na pele o preconceito e a segregação social ao passo que optam por corajosamente encarar o processo transexualizador no Brasil.

2. A política nacional de saúde integral de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais (LGBTS)

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 representa um marco no reconhecimento e na afirmação dos Direitos Humanos, revelando o caráter universal dos direitos à igualdade, à liberdade e à dignidade, destacando que não haja "distinção de qualquer espécie", defendendo que a reputação, a honra e a privacidade são fundamentais ao desenvolvimento da individualidade dos sujeitos e que, portanto todos os seres humanos possuem este direito. Os direitos elencados na Declaração Universal dos Direitos Humanos referem-se à imagem de um ser genérico, universal, incluindo, sem sombra de dúvidas, a população LGBT. Nesta direção, importante mencionar que o livre exercício da sexualidade e das variadas formas de expressão de gênero são requisitos fundamentais das "liberdades individuais", asseguradas na Declaração aqui destacada.

Nos anos de 1960 e 1970 ocorreu a chamada Revolução Sexual, bem como surgiram os avanços do movimento feminista e do movimento negro, os quais contribuíram para que muitas pessoas e grupos socialmente segregados e estigmatizados se tornassem sujeitos de políticas, bem como ações em saúde, as quais ganharam um caráter mais inclusivo, ou seja, de acordo com a promoção e garantia dos direitos humanos.

O SUS, que também foi criado pela Constituição, está baseado em um conjunto de princípios e o primeiro deles é a universalidade. Isso significa que todos têm direito ao acesso gratuito aos seus serviços de saúde. O SUS deve ser integral, ou seja, deve oferecer todas as modalidades de atendimento que as pessoas e as comunidades necessitam: desde iniciativas e ações de promoção e prevenção até as mais especializadas. O SUS deve ter a participação da comunidade, pelo entendimento de que esta é a forma pela qual os usuários e usuárias vocalizam suas necessidades e demandas. Para dar concretude à participação popular, foram criados os conselhos e as conferências de saúde para o exercício do controle social, voltado à análise e aprovação das diretrizes, planos e programas de saúde e monitoramento, avaliação e fiscalização da gestão e execução de planos e programas. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2008).

O reconhecimento da homossexualidade como orientação sexual somente ocorreu na década de 1970. Os estudos do filósofo Michel Foucault (1926-1984) dentre outros, auxiliaram na mudança do conceito da homossexualidade, que começou a ser considerada não mais um desvio ou doença, mas como um elemento da sexualidade humana (HEUSELER; LEITE, 2015).

A Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, aprovada pelo Conselho Nacional de Saúde em 2008 e publicada pela Portaria nº 2.836, de 1º de dezembro de 2011, reafirma que a garantia ao atendimento à saúde é uma prerrogativa de todo cidadão e cidadã brasileiros, respeitando-se suas especificidades de gênero, raça/etnia, geração, orientação e práticas afetivas e sexuais, indicando os princípios fundadores do Sistema Único de Saúde (SUS): integralidade, universalidade e equidade. (BRASIL, 2013).

A Política de Saúde LGBT, por meio dos seus nove artigos, indica as responsabilidades de cada esfera de gestão (federal, estadual e municipal) para execução de ações que tenham por finalidade a garantia do direito constitucional à saúde pela população LGBT com qualidade, acolhimento e humanização. (BRASIL, 2013).

De acordo com Lionço (2009), o ideal seriam iniciativas transversais entre diferentes políticas de saúde, a fim de otimizar a implementação de ações em saúde já estimuladas no SUS de acordo com as especificidades

de transexuais, não apenas entre os recortes de gênero, mas incluindo também a questão da saúde no sistema penitenciário, do idoso, do adolescente e jovem, entre outras. A demanda identitária vem responder a um anseio por reconhecimento, em detrimento da complexificação e qualificação das estratégias e ações em saúde.

Durante a apresentação da Política Nacional de Saúde do Homem no Conselho Nacional de Saúde, no fim de 2008, o segmento de travestis também se manifestou contrariamente à inserção de suas especificidades nesse documento, revelando que a demanda identitária pode comprometer iniciativas inclusivas em curso. (LIONÇO, 2009).

O desafio da promoção da equidade para a população LGBT deve ser compreendido a partir da perspectiva das suas vulnerabilidades específicas, com iniciativas políticas e operacionais que visem à proteção dos direitos humanos e sociais dessas populações. Há um consenso sobre a necessidade do combate à homofobia no SUS, a partir do conceito de saúde da Organização Mundial da Saúde (OMS), para a qual a proteção do direito à livre orientação sexual e identidade de gênero não é apenas uma questão de segurança pública, mas envolve também, de maneira significativa, questões relacionadas à saúde mental e a atenção a outras vulnerabilidades quanto a esses segmentos. Além disso, o combate à homofobia é uma estratégia fundamental e estruturante para a garantia do acesso aos serviços e da qualidade da atenção (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2008).

Enfrentar a complexidade dos determinantes sociais da vida e da saúde das pessoas e coletividades requer intervir sobre exclusão social, desemprego, bem como acesso digno a moradia e alimentação, incluindo o reconhecimento dos fatores que se entrecruzam, maximizando a vulnerabilidade e o sofrimento de grupos específicos. Nesse contexto, todas as formas de discriminação, como no caso da homofobia, devem ser consideradas como situações produtoras de doença e sofrimento. Por outro lado, é importante compreender que a homofobia não ocorre de maneira isolada de outras formas de discriminação social: ela caminha ao lado e se reforça pelo machismo, o racismo, a misoginia e outras formas correlatas de discriminação (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2008).

A Política Nacional de Saúde Integral LGBT é um instrumento para o Controle Social no SUS, e para isso, a Lei 8.142, de 28 de dezembro

de 1990, prevê a formação dos Conselhos de Saúde e Conferências de Saúde, assim como define que os Conselhos de Saúde são instrumentos legítimos de fiscalização das políticas de saúde e têm papel deliberativo, além de representarem os gestores, trabalhadores e usuários do SUS. Ainda conforme esta lei, as três esferas de gestão do SUS devem elaborar os planos de saúde e apresentá-los aos conselhos de saúde, com os objetivos, metas e ações de saúde a serem realizadas. Os Conselhos podem, ainda, implantar Câmaras Técnicas, Grupos de Trabalho ou Comissões LGBT para acompanhar, monitorar e fiscalizar a execução da Política de Saúde LGBT nas três esferas de governo. Outro importante espaço de participação social e de diálogo da gestão com os movimentos sociais são os Comitês de Saúde Integral LGBT. (BRASIL, 2013).

Com a ampliação da atual perspectiva da integralidade da atenção à saúde desses segmentos populacionais brasileiros, é reconhecido que a orientação sexual e a identidade de gênero constituem situações muito mais complexas e são fatores de vulnerabilidade para a saúde. Tal reconhecimento deve-se não apenas por implicarem práticas sexuais e sociais específicas, mas também por exporem a população LGBT a agravos decorrentes do estigma, dos processos discriminatórios e de exclusão social, que violam seus direitos humanos, entre os quais, o direito à saúde, à dignidade, a não-discriminação, à autonomia e ao livre desenvolvimento. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2008)

3. O processo transexualizador do Sistema Único de Saúde (SUS)

Os transexuais são pessoas que reprovam seus órgãos sexuais externos, pois querem pertencer ao sexo oposto, diante disso, a grande maioria, deseja se livrar deles por meio de um procedimento médico, a cirurgia de redesignação sexual. Pois, "segundo uma concepção moderna, o transexual masculino é uma mulher com corpo de homem. Um transexual feminino é, evidentemente, o contrário. São portanto, portadores de neurodiscordância de gênero". (VIEIRA, 2000, p. 89) Esse procedimento cirúrgico é a cirurgia de transgenitalização – se apresentando, hoje, como a melhor solução para esses casos de não iden-

tificação, a qual é "prevista e autorizada pela resolução n. 1.955/10 do Conselho Federal de Medicina". (CRUZ, 2009, p. 59)

Mas, apesar de hoje se apresentar como o recurso mais adequado, que apresenta altos índices de sucesso, inclusive sendo realizada por profissionais que se especializam e se dedicam a este tipo de procedimento, antes de se optar por ela é preciso observar diversos requisitos. "Entre as especificações, os mais importantes para seguir o procedimento correto estão nos artigos 3° e 4° da Resolução n. 1.955/10 do Conselho Federal de Medicina". (CURZ, 2009, p. 62) No artigo 3° constam os critérios que devem ser obedecidos para que os sujeitos se enquadrem como transexuais e possam realizar a cirurgia, enquanto o artigo 4° define por quais avaliações os pacientes selecionados devem passar. Assim seguem.

> **Artigo 3º.** Que a definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados:
>
> 1) Desconforto com o sexo anatômico natural;
>
> 2) Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto;
>
> 3) Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos;
>
> 4) Ausência de outros transtornos mentais.
>
> (BRASIL, 2010)

> **Artigo 4º**. Que a seleção dos pacientes para cirurgia de transgenitalismo obedecerá a avaliação de equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, obedecendo os critérios abaixo definidos, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto:
>
> 1) Diagnóstico médico de transgenitalismo;
>
> 2) Maior de 21 (vinte e um) anos;
>
> 3) Ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia.
>
> (BRASIL, 2010)

Importante salientar que a resolução trata da cirurgia como adequação de sexo, e não como mudança de sexo como é chamada, erroneamente, pela maioria das pessoas. E também menciona os locais onde as cirurgias devem ser realizadas, ao passo que "os procedimentos cirúrgicos de adequação de fenótipo feminino para masculino devem ser praticados em hospitais universitários, ou hospitais públicos, com fim de pesquisa", conforme diz o artigo 5° da referida resolução.

Ainda, quanto à cirurgia de adequação de sexo, deve-se que abordar o papel do Sistema Único de Saúde (SUS) neste processo. Assim, com base na Portaria Nº 2.803/13, que redefiniu e ampliou o processo transexualizador no SUS, tem-se que estas cirurgias podem ser realizadas pelo SUS, desde 2008, porém, estas apenas serão concretizadas se os pacientes atenderem certos requisitos, como por exemplo, "maioridade, acompanhamento psicoterápico por pelo menos dois anos, laudo psicológico/psiquiátrico favorável e diagnóstico de transexualidade". (PORTAL BRASIL, 2015)

Assim, pode-se conceituar o processo transexualizador ou cirurgia de adequação de sexo como

> um conjunto de estratégias assistenciais para transexuais que pretendem realizar modificações corporais do sexo, em função de um sentimento de desacordo entre seu sexo biológico e seu gênero - em atendimento às legislações e pareceres médicos. (PORTAL BRASIL, 2015)

Para melhor exemplificar o atendimento do SUS aos transexuais, seguem dados

> No Brasil, o Ministério da Saúde oferece atenção às pessoas nesse processo por meio do Sistema Único de Saúde (SUS) desde a publicação da Portaria Nº 457, de agosto de 2008. Até 2014, foram realizados 6.724 procedimentos ambulatoriais e 243 procedimentos cirúrgicos em quatro serviços habilitados no processo transexualizador no SUS. (PORTAL BRASIL, 2015)

Mas, além da cirurgia, outros procedimentos precisam ser adotados, como a submissão a tratamentos hormonais, colocação de próteses de

silicone, procedimentos estéticos, entre outros. Nesse sentido, normalmente, como explica Cruz (2009, p. 62),

> o homem faz uso de próteses de silicone e aplicações de colágeno no rosto para ficar mais parecido como uma mulher, com traços mais finos, além de a voz afinar com o uso de hormônio feminilizante. No caso das mulheres transexuais, ao utilizarem, a linha do cabelo começa a retroceder, a voz fica mais grossa, e a menstruação para de ocorrer.

Além disso, é preciso mencionar que, que após ocorrer à triagem dos transexuais, é preciso dar atenção à fase pós-operatória, de modo que "inclinamo-nos pela submissão do transexual a uma equipe multidisciplinar de profissionais especializados no assunto. Tal quadro deve ser composto por, pelo menos, um endocrinologista, um psiquiatra, um psicólogo e um cirurgião plástico" (VIEIRA, 2000 p. 90), devendo estes profissionais analisar "o grau de feminilidade ou masculinidade do paciente" (VIEIRA, 2000 p. 90). Entretanto, nas palavras de Ventura e Schramm (2009),

> A situação atual é que, apesar do reconhecimento jurídico do direito da pessoa transexual ao acesso às modificações corporais e alteração da sua identidade sexual, a legitimidade dessa prática está condicionada à confirmação de um diagnóstico psiquiátrico e ao cumprimento de um protocolo terapêutico, cujos critérios e condições mínimas são estabelecidos previamente pela instituição médica, e implicam substancial redução da autonomia do sujeito transexual, e dos próprios profissionais de saúde, no processo transexualizador.

O fenômeno transexual, nas palavras de Castel (apud VENTURA; SCHRAMM, 2009), em sua versão contemporânea, revela uma dialética que após ser desenvolvida resultou na criação de uma doença, envolvendo disputas e consensos entre as diversas especialidades médicas – entre medicina, ciências sociais, direitos e demais saberes, e os movimentos organizados. De modo que a problemática psicossocial revela que "existe uma ruptura entre o corpo e a mente do transexual, que se sente como tivesse

nascido no corpo errado, como se esse corpo fosse um castigo ou mesmo uma patologia congênita". (HOGEMANN; CARVALHO, 2015, p. 2)

Entretanto, apesar de o transexual se considerar "pertencente ao sexo oposto, entalhado com o aparelho sexual errado, o qual quer ardentemente erradicar" (HOGEMANN e CARVALHO, 2015, p. 3) através da cirurgia de redesignação sexual, para ter acesso a tais "modificações corporais e alteração da sua identidade sexual" (VENTURA e SCHRAMM, 2009, p. 67) ele precisa passar por um protocolo. Nessa perspectiva, nas palavras de Ventura e Schramm (2009, p. 67),

> O protocolo diagnóstico e terapêutico responde a uma preocupação ética e jurídica significativa que envolve as práticas de saúde em geral, e se relaciona com o dever do Estado, representado por suas instituições, de proteção das pessoas [...] e, ao mesmo tempo, de garantir o acesso seguro aos avanços técnicos e científicos de forma igualitária e sem discriminação de qualquer espécie.

Nesse sentido, esse protocolo foi criado com o objetivo de se fixarem descrições e prescrições sobre o modo mais adequado de se viver a transexualidade, ou seja, restringindo e estabelecendo limites para que a prática das intervenções seja realizada de forma segura, de modo a não provocar mais sofrimentos a estes sujeitos. Até porque, a psiquiatria entende a transexualidade como uma patologia, o que, por si só, já gera grandes aflições e tormentos. Ao passo que "para a psicanálise, a sexualidade e principalmente a diferença sexual, são fenômenos complexos que definem formas de manifestação das subjetividades". (ARAN, 2006, p. 55)

> O discurso atual sobre o transexualismo na sexologia, na psiquiatria e em parte na psicanálise faz desta experiência uma patologia – um "transtorno de identidade" – dada a não-conformidade entre sexo biológico e gênero. Por outro lado, ele também pode ser considerado uma psicose devido à recusa da diferença sexual [...] (ARAN, 2006, p. 50)

"O *diagnóstico do transexualismo* é realizado a partir de uma exaustiva avaliação [...] que inclui um diagnóstico do caso, testes psicológicos e laboratoriais e sessões de terapia." (MARTINI; SCHUMANN, 2017, p. 59)

De modo que o tratamento e diagnóstico se baseiam nas *Normas de Atenção* da antiga HBIGDA, no DSM, da APA e no CID da OMS. (MARTINI; SCHUMANN, 2017) Sendo "o processo transexualizador composto pelas exigências que os programas de redesignação definem como obrigatórias para os/as *candidatos/as*." (MARTINI; SCHUMANN, 2017, p. 59) Nas palavras de Martina e Schumann (MARTINI; SCHUMANN, 2017, p. 59 e 60)

> Os protocolos concretizarão essas obrigatoriedades quanto ao tempo de terapia, à terapia hormonal, ao teste de vida real, aos testes de personalidade, além dos exames de rotina. Se o/a *candidato/a* conseguir cumprir todas as etapas e exigências, estará apto/ ao processo transexualizador.

Nas palavras de Bento (2006, p. 51) "Ser *candidato/a* significa desempenhar com sucesso as provas que lhe são atribuídas em suas visitas semanais ao hospital." "Neste jogo o/a *candidato/a* deverá *atua, disfarçar* a sua verdadeira identidade para ser aprovado pela equipe multidisciplinar." (MARTINI; SCHUMANN, 2017, p. 60) Assim, nas conforme MARTINI e SCHUMANN (2017, p. 60) "a identidade não pode ser mais que a bumissão dependente, heteronôma e alienante a um poder."

Nesta perspectiva, "os espectros de descontinuidade e incoerência que se transformam numa patologia são, desta forma, apenas concebíveis em função deste sistema normativo". (ARAN, 2006, p. 50). Neste sentido, "certos tipos de identidade de gênero parecem ser meras falhas do desenvolvimento ou impossibilidades lógicas, precisamente porque não se conformam às normas de inteligibilidade cultural". (BUTLER, 2003, p. 39)

Nesse sentido, cumpre salientar que a Organização Mundial da Saúde enquadra a transexualidade – enquanto transexualismo – no rol dos Transtornos de Identidade Sexual, identificando-o através do Código F64.0. Entretanto, como dizem Sturza e Schorr (2015, p. 269),

> esta classificação como um transtorno de identidade sexual, dada pela OMS, é totalmente desaprovada pelos transexuais e pelos doutrinadores estudiosos do tema, vez que não pode ser considerado como uma doença, mas sim como uma identidade sexual diversa da considerada como normal, porém única.

De outro lado, conforme a Classificação Internacional de Doenças (CID) número 10, a transexualidade só pode ser diagnosticado "se o indivíduo permanecer durante o período mínimo de dois anos comportando-se como tal, além de ser necessário um diagnóstico especial sobre o aparecimento desse comportamento em patologias graves, como é o caso da esquizofrenia". (STURZA; SCHORR, 2015, p. 269)

É preciso realçar a necessidade de um apoio psicológico eficiente aos sujeitos que se identificam como transexuais, mesmo para aqueles que não optarem pela cirurgia, e em especial, para os que optarem. Assim, Chilland (apud ARAN, 2006, p. 57), importante teórica deste campo, ao relatar a diversidade da experiência transexual hoje, destaca

> a importância da realização da psicoterapia psicanalítica com os transexuais que a desejarem, ressaltando a importância da realização de um apoio psicológico e existencial no processo psicanalítico. Segundo a autora, o reconhecimento desta condição pode oferecer um espaço de acolhimento que permita uma melhor organização assim como a ampliação das possibilidades subjetivas.

Seguindo outra linha de pensamento, levando em conta os diversos tipos de conflitos dos quais a transexualidade pode ser objeto, tem-se que destacar as desordens ligadas às tensões intraindividuais, ou seja, do indivíduo com ele mesmo. Assim, podem ser conceituados como aqueles que resultam da crise entre a identidade de gênero e a identidade sexual, ou melhor, entre a identidade corporal e a identidade de gênero (BENTO, 2006) Ainda, também pode ser definido como o "conflito entre sexo físico e sexo psíquico" (HOTTOIS apud VENTURA; SCHRAMM, 2009, p. 70). Porquanto, conforme Ventura e Schrmann (2009, p.70),

> tal tensão também pode ser indicada pelo prefixo *trans* -, que aponta a necessidade de usar um "terceiro termo" para definir o fenômeno. O prefixo vem preposição latina *trans*, que indica "além de", "para lá de", "depois de", podendo, portanto, referir-se a um terceiro identitário de difícil colocação lógica e semântica, pois indica ao mesmo tempo uma disjunção e uma conjunção. Ser *trans* – não é ser nem um nem outro e, ao mesmo tempo, ser

> um e outro, de acordo com a semântica do verbo "transitar", que implica poder ir de um lado para outro e vice-versa.

Mas, não se pode deixar de lado a problemática gerada pelos efeitos produzidos pelo diagnóstico psiquiátrico desta condição sexual (ser transexual), pois, na maioria das vezes as implicações são estigmatizantes e até mesmo discriminatórias. Assim, é preciso um maior aprofundamento dessas questões psíquicas, tendo em vista que são pré-requisito para os indivíduos possam ter acesso aos recursos médicos disponíveis. De modo a analisar se esta restrição à autonomia dos sujeitos transexuais é mesmo necessária, se ela realmente o protege, e se de fato é efetiva e eficaz.

Considerações finais

A partir da conclusão deste trabalho foi possível perceber que processo de produção de saúde é uma tarefa que envolve diversos recursos e áreas para sua efetivação. O campo das Políticas Públicas de Saúde é coletivo, não só porque Saúde Pública é, entre nós, Saúde Coletiva, mas, sobretudo porque não há como pensar os problemas que aí se colocam sem o esforço de diversos profissionais. E que as demandas por direito à saúde para transexuais é um dos eixos necessários a serem incorporados para o aprofundamento da democracia.

É importante ressaltar ainda que, na história do Brasil, foi constante o exílio de sujeitos travestis de suas cidades ou de seus lares, consagrado como fundamental nas mais diversas declarações de direitos e ordenamentos jurídicos, a saúde representa para a maioria das pessoas não só garantia de vida, mas também satisfação pessoal. Para travestis, o acesso à saúde é geralmente dificultado pelo preconceito e por baixos índices de escolarização, além da discriminação que leva a caminhos que parecem inevitáveis, como a prostituição.

De modo que a visão ampliada e integral da saúde tal como definida na nossa Constituição, é uma conquista da sociedade brasileira, mas o País ainda está muito distante de ver tais princípios consolidados no cotidiano das pessoas. Para que isso aconteça é necessário que toda a população e os movimentos sociais se apropriem de capacidade crítica e política para

exigir as melhorias necessárias à qualidade de vida. No entanto, é importante lembrar que, independentemente das melhorias das condições de vida e de níveis de saúde, as situações de desequilíbrio, vulnerabilidades e riscos sempre irão demandar por serviços de atenção e cuidado à saúde.

Ainda, a transexual Alícia Fernandes (apud (MARTINI, SCHUMMAN, 2017, p. 135) explicita que "à medida que o Estado nos nega traços básicos de cidadania, como nosso próprio nome, ele instala de forma ainda mais agressiva nos vários lugares componentes da sociedade que reproduzem um discurso hegemônico [...] com uma lógica de exclusão das pessoas *trans*."

Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Meios sem fim: notas sobre a política.* "Para além dos direitos do homem". Belo Horizonte: Autêntica, 2015.

AMARAL, Daniela Murta. **Os desafios da despatologização da transexualidade**: reflexões sobre a assistência a transexuais no Brasil. 2011. 107 f. Tese (Doutorado em Medicina Social) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Instituto de Medicina Social, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <http://bases.bireme.br/cgi-bin/wxislind.exe/iah/online/?IsisScript=iah/iah.xis&src=google&base=LILACS&lang=p&nextAction=lnk&exprSearch=616814&indexSearch=ID>. Acesso em: 11 jul. 2017.

ARAN, Márcia. A transexualidade e a gramática normativa do sistema sexo-gênero. **Agora**, Rio de Janeiro, vol. 9, n. 1, 2006, p. 49-63. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/agora/v9n1/a04v9n1.pdf>. Acesso em: 03 Mar 2018.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BENTO, Berenice. **A reinvenção do corpo**: sexualidade e gênero na experiência transexual**.** Rio de Janeiro: Garamond**,** 2006.

_____; PELÚCIO, Larissa. Despatologização de gênero: A politização das identidades abjetas. **Estudos Feministas,** v. 20, n. 2, maio/ago

2012, p. 569-381. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2012000200017/22863>. Acesso em: 01 Mar. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Combate à Discriminação. **Brasil Sem Homofobia:** Programa de combate à violência e à discriminação contra GLTB e promoção da cidadania homossexual. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

BRASIL. **Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais.** Brasília, 2013. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/folder/pnsi_lesbica_gays_bissexuais_travestis.pdf. Acesso em: 05 Mar. 2018.

BUTLER, Judith. Desdiagnosticando o gênero**.** Tradução: André Rios. **Physis**, v. 19, n. 1, abr. 2009, p. 95-126. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/physis/v19n1/v19n1a06.pdf> Acesso em: 08 Mar. 2018.

_____. Foucault, Herculine e a política da descontinuidade sexual. **Civilização Brasileira,** Rio de Janeiro, 2003, ps. 140-155. Disponível em: <http://michel-foucault.weebly.com/uploads/1/3/2/1/13213792/art08.pdf>. Acesso em: 03 Mar. 2018.

DIAS, Maria Berenice; ZENEVICH, Letícia. Um histórico da patologização da transexualidade e uma conclusão evidente: a diversidade é saudável. **Gênero e Direito**: UFPB, v. 3, n. 2, 2° sem. 2014. p. 11-23. Disponível em: <http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/ged/article/view/20049>. Acesso em 01 Mar. 2018.

DINIZ, Maria Helena. Transexual. In: **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 604

CRUZ, Rodrigo Chandohá. **O reconhecimento do transexual pelo ordenamento jurídico brasileiro.** Monografia (Graduação) – UNIVALI, Graduação em Direito, 2009. Orientador: Professora MSc. Andrietta Kretz Viviani. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Rodrigo%20Chandoha%20da%20Cruz.pdf>. Acesso em: 04 Mar. 2018.

FLORES, Joaqín Herrera. **Teoria Crítica dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro-RS: Lumen Juris, 2009.

GOELLNER, Silvana Vilodre. A cultura fitness e a estética do comedimento: as mulheres, seus corpos e aparências. In: STEVENS, Cristina Maria Teixeira (Org.). **A construção dos corpos:** perspectivas feministas. Florianópolis: Ed. Mulheres, 2008, p. 245-260.

HALL, S. **A identidade cultural na pós-modernidade.11**. ed. São Paulo: DP&A, 2006.

HEUSELER, Denise; LEITE, Gisele. A homossexualidade segundo a ótica de Foucault. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVIII, n. 136, maio 2015. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_ leitura&artigo_id=15974&revista_caderno=15>. Acesso em: 06 Mar. 2018.

HOGEMANN, Edna Raquel; CARVALHO, Marcelle Saraiva de. O biodireito de mudar: transexualismo e o direito ao verdadeiro eu. Âmbito Jurídico, 2015. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9668>. Acesso em: 03 Mar de 2018.

JESÚS, Bento Manoel de. **Campanha pela despatologização da transexualidade no Brasil**: seus discursos e suas dinâmicas. 2013. 99 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2013. Disponível em: <http://repositorio.bc.ufg.br/tede/handle/tede/5247>. Acesso em: 07 Mar. 2018.

KULICK, Don. **Travesti**: prostituição, sexo, gênero e cultura no Brasil. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008.

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.

MARTINI, Sandra Regina; SCHUMANN, Berta. Direito e transexualidade: implicações sociais e jurídicas. Vol. III. Porto Alegre: Evangraf, 2017.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Departamento de Apoio à Gestão Participativa, Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa, Ministério da Saúde, Saúde da população de gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais. **Rev Saúde Pública,** 2008; 42(3): 570-3.

OLIVEIRA, Melissa Barbieri de; GROSSI, Miriam Pillar. A invenção das categorias travesti e transexual no discurso científico. Rev. Estudos Feministas, vol. 22, no. 2, Florianópolis, May/Aug. 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/36563>. Acesso em: 10 Mar. 2018.

PORTAL BRASIL. **Cirurgias de mudança de sexo são realizadas pelo SUS desde 2008.** Brasília: Portal Brasil, 2015. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/03/cirurgias-de-mudanca-de-sexo-sao-realizadas-pelo-sus-desde-2008>. Acesso em: 07 Mar. 2018.

SANTOS, Lenir. **Direito da Saúde no Brasil**. São Paulo-SP: Saberes, 2010.

SCHWARTZ, Germano. **O tratamento jurídico do risco no direito à saúde.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHEIBE, Elisa. **Direitos da personalidade e transexualidade:** a promoção da dignidade da pessoa humana em uma perspectiva plural. 2008. 195 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) - Universidade do Vale do Rio Dos Sinos, São Leopoldo, 2008. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2430>. Acesso em: 30 jun. 2017.

SILVA JUNIOR, Enézio de Deus. Diversidade Sexual e suas nomenclaturas. In.: **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo.** Org.: Maria Berenice Dias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

STURZA, Janaína Machado; SCHORR, Janaína Soares. TRANSEXUALIDADE E OS DIREITOS HUMANOS: TUTELA JURÍDICA AO DIREITO À IDENTIDADE. **Cesumar,** Paraná, v. 15, n. 1, jan./jun. 2015, p. 265-283. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.

edu.br/index.php/revjuridica/article/view/4101>. Acesso em: 04 Mar. 2018.

VENTURA, Miriam; SCHRAMM, Fermin Roland. Limites e possibilidades do exercício da autonomia nas práticas terapêuticas de modificação corporal e alteração da identidade sexual. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, 2009, p. 65-93. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312009000100005>. Acesso em: 03 Mar. de 2018.

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: 09 Mar. 2018.

Radiografia LGB da assembleia constituinte: uma análise quantitativa das emendas contendo o termo "orientação sexual"

Rafael Carrano Lelis

Introdução

A Constituição brasileira de 1988 tem sido compreendida como parte do movimento do Novo Constitucionalismo Latino-Americano (NCLA). Leonardo Avritzer (2017, p. 28) aponta que o NCLA possuiria três características principais. Seriam elas: 1) a forte ampliação de direitos, isto é, constituições com pautas substantivas alargadas; 2) a expansão das formas de participação, principalmente por mecanismos democráticos de participação popular direta e indireta; 3) o exercício de um novo papel pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, o autor aponta que essa nova forma de constitucionalismo se distingue pela grande ampliação do reconhecimento de direitos a categorias historicamente oprimidas, avançando, por exemplo, na proteção das comunidades tradicionais e das mulheres (AVRITZER, 2017, p. 28-29).

Não obstante, embora um avanço na proteção de coletividades oprimidas realmente possa ser constatado, o novo movimento constitucional parece ter ignorado as demandas de lésbicas, gays, bissexuais, trans e

intersexuais (LGBTI). A Carta Magna brasileira não só deixa de elencar a orientação sexual, identidade e expressão de gênero e características de sexo no rol que proíbe práticas discriminatórias, como também constrói um texto de caráter profundamente heteronormativo nas seções referentes às possibilidades de família, indicando expressamente a união estável entre "homem e mulher". Destaca-se que a ausência de previsões específicas não se deu de forma inconsciente. Assim como ocorreu em diversos outros países latino-americanos, o movimento LGBTI brasileiro trabalhou intensamente junto à constituinte para que fosse incluída a proibição de discriminação por "orientação sexual" (SIMÕES; FACCHINI, p. 122). A questão chegou a ser objeto de diversas propostas de emendas para a inclusão do termo "orientação sexual", "comportamento sexual" ou "identidade sexual" no artigo terceiro da Constituição brasileira.

Entretanto, apesar da intensa incidência legislativa realizada pelos movimentos sociais, o termo "orientação sexual" (e suas variantes) restou excluído do texto final da Constituição de 1988.

Nesse contexto, a pesquisa, de forma ampla, desenvolve-se em torno dos seguintes questionamentos: por que o termo "orientação sexual não foi incluído na Constituição? Quais argumentos foram utilizados para sua não inclusão? Esses argumentos possuíam alguma base argumentativa racional ou apenas refletiam manifestações de homofobia? A investigação será conduzida a partir do marco teórico da nação heterossexual, como proposto por Ochy Curiel (2016). A autora, analisando o texto constitucional colombiano, indica como uma das possíveis causas da produção de um texto altamente heteronormativo seria o fato de o processo constituinte ter sido amplamente masculino, heterossexual e branco, por essas serem as características dos legisladores constituintes colombianos (havia apenas quatro mulheres na assembleia constituinte). Assim, embora tenha havido uma pressão externa dos movimentos sociais, os grupos oprimidos não encontraram representação efetiva entre os criadores do texto constitucional, o que não se limita apenas à realidade colombiana, mas à latino-americana como um todo.

Desse modo, sob essa ótica, o presente trabalho explora a fase inicial da investigação maior apresentada. Nesse sentido, pretende-se realizar

análise documental de caráter quantitativo, a partir do exame dos anais da Assembleia Constituinte de 1987-1988, por meio do método indutivo.

Para o desenvolvimento do trabalho proposto, o artigo será dividido em três partes. Em um primeiro momento, será explorado brevemente o marco teórico, indicando sua relação com a pesquisa conduzida. Posteriormente, a partir de revisão bibliográfica, será demonstrada a importância do direito antidiscriminatório, uma vez que, como aduzido dos dados, o termo "orientação sexual" sempre aparece nos anais em contextos de vedação à discriminação. Com efeito, sua inclusão no texto seria elemento importe de proteção a lésbicas, gays e bissexuais (LGB). E, por fim, serão explorados os elementos empíricos, por meio da análise quantitativa de todas as emendas propostas na Constituinte que continham o termo "orientação sexual".

1. A nação heterossexual

A autora Ochy Curiel (2016), em sua obra "*La Nación Heterosexual*", faz uma análise do processo Constituinte na Colômbia, partindo da concepção de Monique Wittig do contrato social como sendo um contrato heterossexual. Curiel trabalha a ideia abrangendo o entendimento de um "regime heterossexual" para que compreenda não apenas a predominância da heterossexualidade sobre as demais formas de sexualidade, mas também os arranjos familiares heterossexuais, nos quais as mulheres são sobrecarregadas e invisibilizadas para que os homens possam ter êxito na vida política.

Não obstante, o que pretendemos destacar aqui e que configura como marco teórico do presente trabalho é a ideia de representação apresentada pela autora. Curiel aponta para a ausência de pessoas LGBTIs, indígenas, mulheres (que eram apenas quatro) e negros na Assembleia Constituinte colombiana. Desse modo, ainda que a Constituição fosse vista como um contrato aceito e aprovado por toda a população, as pessoas desses grupos oprimidos não tiveram uma escolha livre de aderir ou não a esse contrato, como se não estivessem nem mesmo incluídos na definição de povo e de nação.

Desse modo, a pressão dos movimentos sociais representantes desses grupos não foram suficientes para a concepção de um texto verda-

deiramente representativo de suas demandas. Como resultado, têm-se uma Constituição que: ora se silencia sobre o reconhecimento de direitos desses indivíduos; ora reconhece seus direitos, mas a partir de uma visão restrita e estereotipada dos grupos; e, ainda, que produz normas de conteúdo essencialmente simbólico e que acabam não tendo efetividade na proteção dos indivíduos historicamente oprimidos.

É a partir dessa ideia de necessidade de representação e as consequências de sua ausência que se pretende analisar os anais da Assembleia Nacional Constituinte brasileira de 1987-1988, com foco nas demandas pela inclusão e exclusão do termo "orientação sexual" na seara do direito antidiscriminatório.

2. O direito antidiscriminatório

O direito fundamental à não-discriminação deriva diretamente do direito à igualdade, sendo pressuposto necessário para a efetivação e o usufruto de todas as demais garantias individuais, assegurando tratamentos jurídico e social isonômicos. Nessa perspectiva, a vedação à discriminação (em seu aspecto arbitrário) é o mais básico dos direitos necessários à superação das injustiças de reconhecimento e de representação, efetivando a paridade de participação.

Nessa linha, Bandeira de Mello (2010, p. 45) aponta que "a isonomia se consagra como um dos maiores princípios garantidores dos direitos individuais". Desse modo, sem isonomia não há como se avançar na previsão de outros direitos específicos, o que também não pode ser feito sem a salvaguarda da não-discriminação. Esse direito se constitui como ponto de partida para garantias mais profundas e completas, uma vez que ele é o patamar fundante (ainda que precário) das demais previsões normativas que possam se voltar às pessoas LGB. Por se tratar de tema extremamente complexo, já objeto de diversos estudos, mostra-se importante uma breve exposição acerca das definições e dos componentes jurídicos e extrajurídicos do princípio da não discriminação.

Em primeiro lugar, destaca-se que é a dimensão negativa do direito antidiscriminatório que será na análise dos anais, uma vez que é ela que será utilizada como cláusula protetiva de grupos oprimidos. Em contras-

te, a faceta positiva será considerada como uma das possibilidades de remédio à injustiça sofrida por LGBs na dimensão política. Isso porque a discriminação positiva, ainda que em diversos momentos possa ser arbitrária, possui um importante papel de concretização da igualdade material, superando a concepção de igualdade meramente formal. É o que ocorreu, por exemplo, no caso das cotas raciais para acesso às universidades públicas. Partindo do conceito de isonomia sintetizado pela conhecida máxima aristotélica, segundo a qual se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, compreendeu-se a utilização das ações afirmativas como uma forma de discriminação positiva cujo objetivo é garantir o direito à igualdade (MELLO, 2010, p. 10).

No plano jurídico, a discriminação assume, tradicionalmente, duas possibilidades: a direta e a indireta. A discriminação direta é composta pelas noções de intencionalidade e arbitrariedade, sendo materializada por meio de um tratamento desvantajoso a determinada pessoa ou grupo, sem uma justificativa racional (isto é, constitucional e logicamente aceitável). Desse modo, abarca necessariamente um caráter interpessoal e deve ser levado em consideração se outras pessoas, no mesmo caso, receberiam tratamento diverso (MOREIRA, 2017, p. 98-102). Nesse sentido, o rol de vedações discriminatórias previsto no artigo 3º, inciso IV, da Constituição brasileira, funciona como verdadeiro limite ao exercício dos demais direitos e, principalmente, do direito do legislador, que deve sempre ter em mente a necessidade de manutenção da isonomia.

É importante notar que o próprio princípio da igualdade, como apontado acima, já abarca essa noção de vedação ao tratamento discriminatório. Todavia, a menção descritiva não somente tem a função de imposição expressa de restrições ao exercício de outras garantias individuais, mas também exerce o papel simbólico de representatividade de grupos historicamente oprimidos e discriminados em nossa sociedade.

Por outro lado, a discriminação indireta se apresenta mais sutilmente, despida do elemento da intencionalidade e, a princípio, respeitando a ideia de generalidade da norma ou prática, sem que seja direcionada a um grupo ou pessoa específica. Nesse sentido, liga-se à ideia de geração de um impacto desproporcional a determinada coletividade, a partir de um mandamento com incidência geral (CORBO, 2017, p. 174).

Como exemplo, pode ser apontada a norma discutida pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 291, na qual o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu acerca da recepção, pela Constituição de 1988, do art. 235 do Código Penal Militar (CPM). O dispositivo em questão tipificava o crime de "pederastia ou outro ato libidinoso", com a seguinte redação: "art. 235. Praticar, ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar: Pena - detenção, de seis meses a um ano" (BRASIL, 1969). Na ocasião, o relator, ministro Luís Roberto Barroso, sustentou que se tratava de hipótese de discriminação indireta. Isso porque, embora a regra seja abstratamente aplicável a qualquer indivíduo, ela afeta os homossexuais de maneira desproporcional, uma vez que as Forças Armadas possuem como característica histórica serem compostas quase que exclusivamente por homens[141] (BRASIL, 2015). Nesse sentido, a discriminação indireta atua por meio da perpetuação de padrões discriminatórios estruturais e naturalizados na sociedade.

Avançando para além das diferenciações clássicas da discriminação, há duas outras formas que merecem ser destacadas: a institucional e a estrutural. Conceitos proximamente ligados, esses dois tipos de discriminação ajudam a compreender como ocorrem as injustiças, especialmente no plano político. Com efeito, são eles causa e consequência, simultaneamente, da falsa representação.

Conforme aponta Adilson José Moreira (2017, p. 136), "a discriminação estrutural ocorre quando a acumulação de desvantagens sociais causadas por diversas formas de discriminação concorre para a estratificação, o que coloca certos grupos em uma situação de subordinação durável ou permanente". É justamente o que ocorre com não só com os e as LGBs, mas também com negros e negras, pessoas trans e intersexo, pobres, mulheres e deficientes físicos. E essa discriminação estrutural é intensificada dia a dia por práticas institucionalizadas de discriminação, que consistem na operação de padrões discriminatórios por meio de instituições, sejam elas públicas ou privadas.

141. Inclusive, na data de edição da norma, em 1969, o ingresso de mulheres nas Forças Armadas ainda não era sequer permitido. Ao final, a maioria do STF decidiu por considerar não recepcionadas apenas as expressões "pederastia" e "homossexual ou não", que havia sido o pedido subsidiário formulado na ação.

Desse modo, a ausência de parlamentares LGBs, por exemplo, pode ser e é causada não só por uma discriminação estrutural, mas também institucional; e, muito provavelmente, também indireta, uma vez que as regras eleitorais parecem afetar desproporcionalmente esses indivíduos. Nesse sentido, não seria desarrazoado cogitar a criação de cotas para o ingresso de LGBs no legislativo. Não obstante, o desenvolvimento dessa hipótese demanda reflexões muito mais amplas, as quais não são objeto do presente trabalho.

Finalmente, é essencial destacar a importância de um combate conjunto às diversas formas de discriminação; o que nos leva a uma nova concepção do direito à não discriminação em seu aspecto interseccional ou multidimensional. Desenvolvendo essa ideia, Kimberlé Crenshaw (1989, p. 139-141) aponta para a especificidade da opressão sofrida pelas mulheres negras, indicando que suas particularidades não eram levadas em consideração nem nas teorias antidiscriminatórias das feministas, nem nas do movimento negro. Por isso, propõe uma análise integrada das discriminações, expandindo as teorias feministas e antirracistas para uma leitura interseccional que abarque a multidimensionalidade da discriminação sofrida pela mulher negra.

Desse modo, não se pode deixar de ter em mente que um combate efetivo à discriminação deve atacar as diversas facetas da opressão de maneira conjunta. Isto é, as questões de raça, de gênero, de classe, de sexualidade e quaisquer outras formas que se configurem, uma vez que o mecanismo de poder que perpetua todas essas formas é o mesmo, sendo ineficiente atacar sua atuação apenas em marcadores específicos.

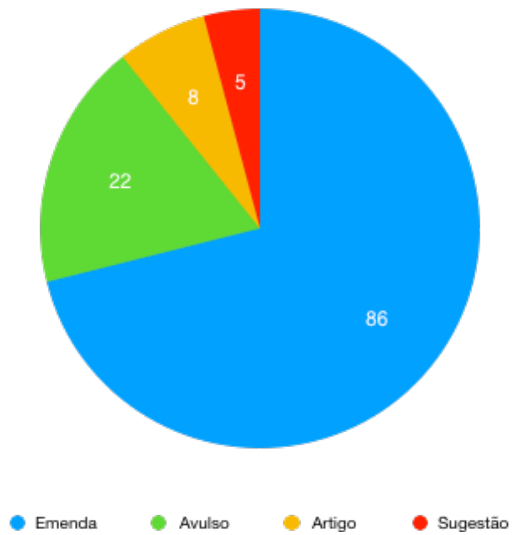
3. Metodologia e análise documental

Como mencionado, para o desenvolvimento da investigação, será empregada a técnica de exame documental, tendo como objeto os anais da Assembleia Constituinte de 1987-1988. Para a seleção da amostragem a ser analisada, foi acessado o banco de dados intitulado "Bases da Assembleia Nacional Constituinte 1987-1988", disponível no site do Senado Brasileiro[142]. Nele foi inserido o termo "orientação sexual" no campo de

142. Disponível em: <http://www6g.senado.gov.br/apem/search?smode=simple>. Acesso em: 04 out. 2018.

busca. A pesquisa retornou 121 resultados distribuídos em quatro diferentes categorias, conforme ilustrado no Gráfico 1. Dentre esses quatro grupos, optou-se pela análise, exclusivamente, das 86 propostas de emendas com o intuito de compreender a dinâmica política que levou à exclusão do termo "orientação sexual" do texto constitucional.

Gráfico 1 – Frequência das Categorias de Aparição do Termo "Orientação Sexual"

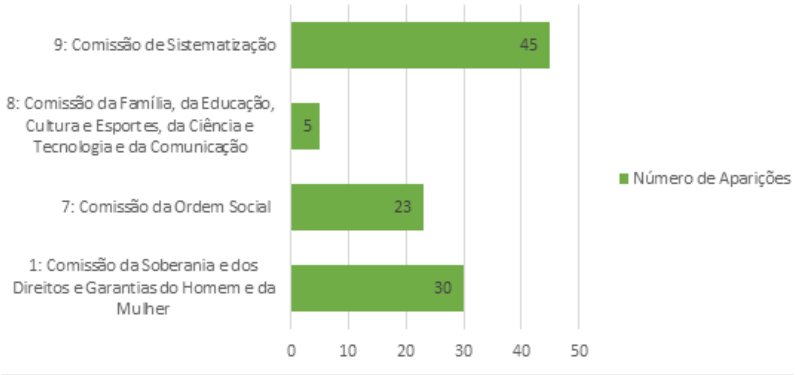


Fonte: autoria própria

As emendas foram propostas em quatro diferentes comissões (Gráfico 2), sendo elas: 1: Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher; 7: Comissão da Ordem Social; 8: Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação; 9: Comissão de Sistematização. Foi na última comissão, aquela que apresentou o maior número de emendas propostas, em que a menção à vedação de discriminação por orientação sexual foi excluída de forma definitiva. Todas as menções ao termo "orientação sexual" estavam inseridos em contextos de proibição de tratamento discriminatório, variando entre uma proibição geral, no ambiente de trabalho e com

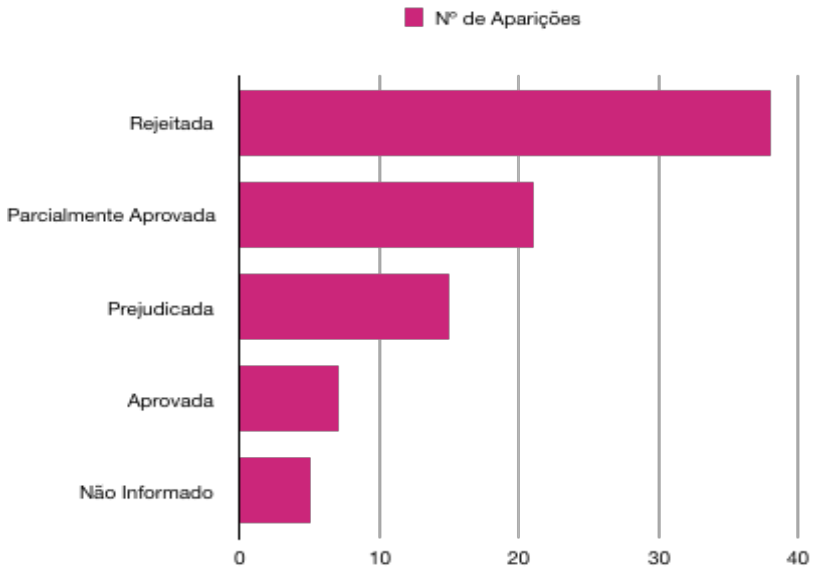
relação a crimes sexuais. As emendas são classificadas, ainda, quanto à sua aprovação, conforme Gráfico 3.

Gráfico 2 – Distribuição das Emendas por Comissão



Fonte: autoria própria

Gráfico 3 – Classificação das Propostas quanto à Aprovação

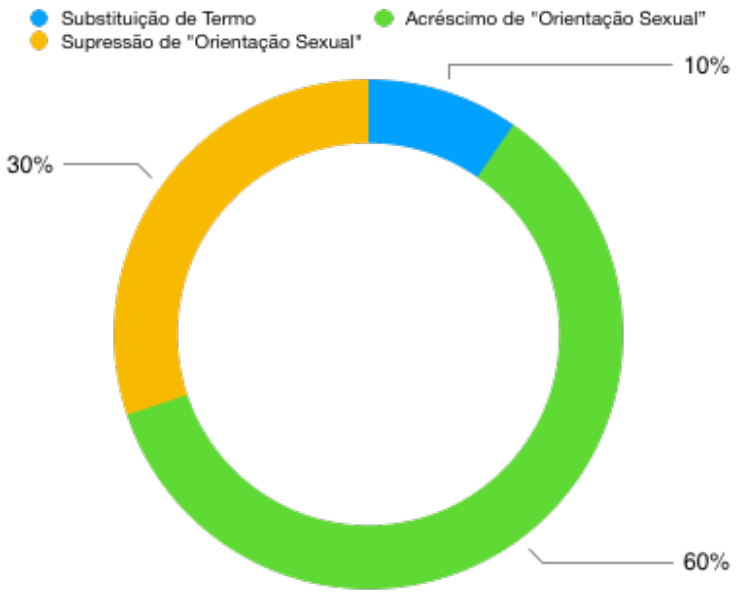


Fonte: autoria própria

Do total das 86 emendas identificadas no resultado de busca, duas foram eliminadas da análise por não terem relação com a temática estudada. São elas: a Emenda nº 03211, proposta por Samir Achôa (PMDB/SP), excluída por não disponibilizar dados o suficiente sobre qual inclusão/exclusão de texto havia sido proposta; e a Emenda nº 02044, proposta por Feres Nader (PTB/RJ), retirada por não fazer qualquer menção ao termo "orientação sexual". Ambas foram propostas na Comissão de Sistematização.

Partindo para a análise da emenda, foram identificadas três categorias principais de proposições: supressão do termo "orientação sexual"; acréscimo do termo "orientação sexual"; e substituição da terminologia para se referir à "orientação sexual". Conforme indica o Gráfico 4, o número de emendas para acréscimo de "orientação sexual" no texto da Constituição se mostrou muito mais expressivo, chegando ao dobro do número de supressões. Nesse sentido, é preciso destacar que se categorizou como "acréscimo" toda sugestão de alteração textual que mantinha o termo "orientação sexual" em sua proposta de redação, ainda que não estivesse indicando a sua inclusão pela primeira vez, o que justifica sua alta frequência de aparição. Ademais, esse critério pode explicar, em alguma medida, a contradição entre as proposições partidárias. Isso porque, como veremos à frente, em muitos casos foi utilizado como estratégia pelos parlamentares a proposição de pequenas alterações textuais nos artigos (sem retirar, inicialmente, o termo "orientação sexual") para posteriormente propor emenda específica para a supressão do termo.

Gráfico 4 – Categorização das Emendas por Conteúdo



Fonte: autoria própria

No que se refere às emendas que visavam à substituição do termo para se referir à sexualidade, quatro eram as expressões alternativas apresentadas: "orientação sexual", "identidade sexual", "comportamento sexual" e "desvio sexual". A substituição do termo "comportamento sexual", que havia sido incluído no texto de uma das comissões originariamente, por "orientação sexual", com certeza o melhor a ser incluído por se referir de forma mais adequada à potencialidade das sexualidades das pessoas, foi proposta duas vezes e aprovada. Já o inverso, na tentativa de reverter esse cenário, incluindo "comportamento sexual" no lugar de "orientação sexual", foi proposto em três diferentes emendas.

Por outro lado, na Comissão de Ordem Social, duas emendas propuseram a alteração da expressão "identidade sexual" por "orientação sexual". A primeira delas, Emenda nº 00076, proposta por Benedita da Silva (PT/RJ), foi rejeitada, tendo o parecer da Comissão sobre a emenda expressado o seguinte:

> Consideramos o termo "orientação sexual", proposto pela autora da emenda, inadequado para a realidade que se deseja com ele expressar, uma vez que "orientação" pode ser tomado no sentido de "impulso, tendência, inclinação", segundo o Dicionário Aurélio, o que certamente geraria controvérsia, pois **poderia abranger degenerações e depravações sexuais. O termo "identidade sexual", como a própria autora admite, se manifesta em três formas típicas ("heterossexualidade, homossexualidade e bissexualidade")**, adequando-se melhor ao que se propõe (grifo nosso).

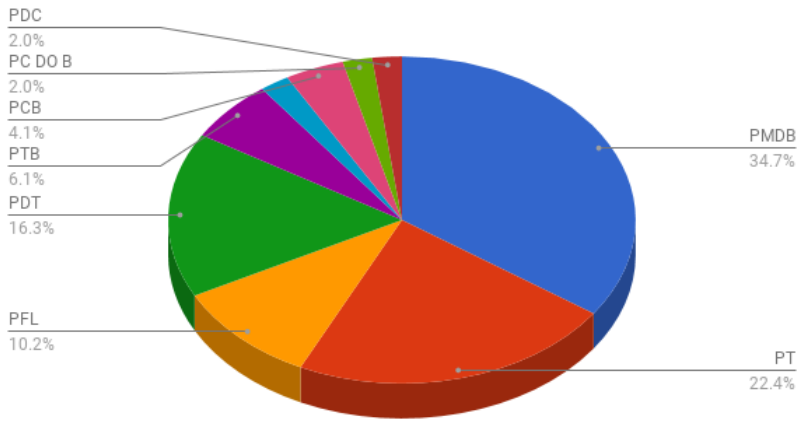
Como se vê no trecho, veiculava-se na Assembleia Constituinte visões equivocadas e estereotipadas acerca das sexualidades e os termos utilizados para se referir às suas diversas possibilidades de manifestação. Isso é ainda mais evidente em um parecer embasado em verbetes de dicionários, ao invés de textos científicos, para definir o melhor vocábulo a ser utilizado na Constituição e a melhor forma de representação da população LGB. Em sentido semelhante, o parecer oferecido para a outra emenda sobre o tema, Emenda nº 00523, proposta por Luiz Salomão (PDT/RJ), menospreza a importância da utilização dos termos corretos, indicando que "a modificação proposta situa-se mais no campo da semântica e as expressões são relativamente novas e ainda geram muita controvérsia".

Por fim, ainda nessa categoria de "substituição de termo" foi oferecida a Emenda nº 00001 por José Fernandes (PDT/AM), que pretendia a troca de "orientação sexual" por "desvio sexual". A proposta foi corretamente rejeitada, uma vez que, em nenhum nível, representa qualquer demanda da população LGB. Pelo contrário, transmite uma preconceituosa e patologizante das sexualidades não heteronormativas.

Voltando a análise à categoria "acréscimo de orientação sexual", foram encontradas 50 diferentes emendas. É importante notar que sob essa categoria estão incluídas todas as propostas de emenda cujo texto sugerido incluía o termo "orientação sexual", independentemente se estava sendo proposta pela primeira vez ou se somente não era retirado do texto quando da inclusão de outros termos. Nesse sentido, justifica-se o alto número de emendas nesse grupo. Muitos partidos utilizaram como estratégia a inclusão/retirada primeiro de outros pontos pela via das emendas para, posteriormente, propor uma emenda exclusiva para a retirada do

termo "orientação sexual". Nesse sentido, separando a proposição das emendas por partido, chega-se ao cenário indicado pelo Gráfico 5.

Gráfico 5 - Emendas de Acréscimo de "Orientação Sexual" Distribuídas por Partido



Fonte: autoria própria

Destaca-se que a maioria das emendas foram propostas por quatro principais partidos: PMDB (34,7%); PT (22,4%); PDT (16,3%); e PFL (10,2%). Todavia, como já apontado, a não retirada do termo, em um primeiro momento, foi utilizada como estratégia por alguns partidos. Desse modo, apenas a análise conjunta e comparativa com aquelas de exclusão do termo.

Nessa categoria, chama atenção os pareceres dados em duas diferentes emendas propostas por José Genuíno (PT/SP), que tinham como objetivo específico a inclusão da orientação sexual como protegido pela vedação à discriminação. Com relação à Emenda nº 21953, apresentada perante a Comissão de Sistematização, o parecer foi contrário justificando que "a expressão 'orientação sexual' não cabe entre os outros termos, por ser de natureza diferente. Basta observar-se que ninguém pode escolher raça, sexo, cor ou idade. Pela rejeição". Não é preciso muita reflexão sobre o trecho para perceber que a falta de conhecimento sobre a temática da sexualidade levou à sua rejeição de maneira completamente equi-

vocada. Há de se destacar que erros como esse (embora não tenham sido o único obstáculo) poderiam ter sido superados, caso houvesse maior representatividade LGB na Assembleia.

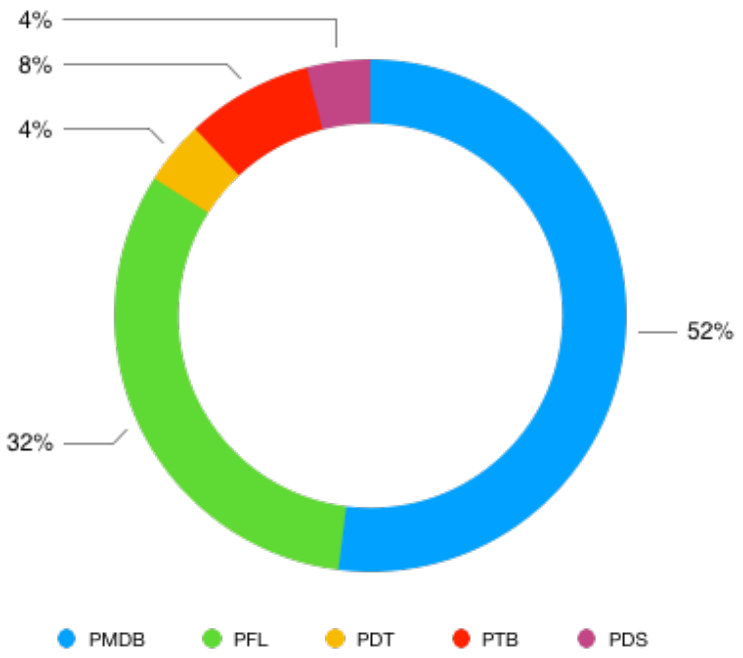
Por outro lado, na Emenda nº 01225, proposta na mesma Comissão, com o mesmo intuito, recebeu parecer também negativo, mas sob nova justificativa, como se vê:

> Emenda ao item III do art. 3o., pela inclusão da expressão "orientação sexual" como preconceito a ser superado. O assunto foi objeto de intensos e acalorados debates tanto no âmbito da subcomissão respectiva como no da temática. E acabou por ser afastado do texto do Projeto, até porque sempre veio mascarado na sua forma institucional. E mormente porque **a superação de preconceito de sexo também objeto desse item configura gênero, devendo a legislação específica refletir o ordenamento jurídico cabível na espécie**. Pela rejeição. (grifo nosso)

Mais uma vez, identifica-se a falta de conhecimento relacionado à temática, a partir da confusão entre os termos "sexo", "gênero" e "orientação sexual", como se a proteção a um dos dois primeiros já abarcasse a proteção ao terceiro, o que com certeza não é o caso.

Passando-se ao exame das emendas para a supressão do termo "orientação sexual", o rol dos partidos proponentes é muito mais restrito. Como indicado no Gráfico 6, apenas PMDB, PFL, PDT, PTB e PDS apresentaram sugestões de modificação nesse sentido.

Gráfico 6 - Emendas de Supressão de "Orientação Sexual" Distribuídas por Partido



Fonte: autoria própria

Ressalta-se, novamente, que, no caso das proposições para retirada do termo "orientação sexual", todas as pugnavam de modo específico pela retirada do termo, distintamente do que ocorreu com as emendas de acréscimo. Sendo assim, é possível identificar quais partidos possuíam uma preocupação real com a questão LGB e quais se comportaram de forma conservadora na temática da diversidade de sexualidades.

O primeiro apontamento que pode ser feito se refere justamente à ausência, nesse segundo recorte, do PT, segundo partido a propor mais emendas para inclusão do termo. Desse modo, a análise conjunta permite identificar que o partido teve um compromisso real com o avanço no combate à homofobia na Constituinte.

Em contrapartida, salta aos olhos o fato de o PMDB foi o partido que mais propôs emendas nos dois sentidos: tanto para a exclusão, quanto

para a inclusão do termo. Nota-se, contudo, que seu percentual de participação foi maior naquelas com o intuito de suprimir a menção ao termo. A análise dos parlamentares proponentes das emendas parece indicar dois fatores para essa situação peculiar: 1) a ausência de uma ideologia comum entre todos os integrantes do partido, pois diferentes a parlamentares propuseram os dois tipos de emendas; e 2) a predominância de um pensamento conservador com relação à temática LGB dentro da legenda.

Algo parecido pode ser dito do PDT e PTB, que figuram em ambos os gráficos, ainda que em menor medida. Nesse sentido, não parece haver uma predominância de ideias conservadoras, mas apenas a existência de alguma divergência com relação à temática entre os componentes do partido. O PDS, por sua vez, figura somente no gráfico referente à supressão do termo, indicando a predominância de uma visão conservadora em seus ideais.

Ademais, o PFL possui uma peculiaridade nesse contexto. O partido é o segundo maior proponente de emendas para a supressão, tendo figurado como quarto dentre aqueles que sugeriram a inclusão de texto que continham o termo "orientação sexual". Não obstante, destaca-se que a maioria das emendas (de inclusão e exclusão) foram propostas pelo mesmo parlamentar. É dizer: o mesmo constituinte que sugeria um texto que continha o termo "orientação sexual", posteriormente pedia a supressão específica do mesmo termo. Sendo assim, considera-se que essa foi uma estratégia utilizada pelos parlamentares para primeiro realizar mudança menores no texto e depois focar na exclusão da proteção às pessoas LGB.

Ainda com relação aos integrantes desse partido, destacam-se as justificativas para duas das emendas de supressão apresentadas. Nesse sentido, o parecer da Comissão de Sistematização que acolheu a Emenda nº 14925, proposta por Salatiel Carvalho (PFL/PE), indicou que

> o princípio da isonomia, acolhido pelo Substitutivo, abarca a não discriminação. especificações suscetíveis, de provocar polêmicas (sic). As especificações devem-se afastar do polêmico, circunscrevendo-se à proteção aos direitos e liberdades fundamentais. Pela aprovação parcial.

Destaca-se que o parece indicou que não deveriam ser feitas especificações "polêmicas" do direito à isonomia. Ora, não se trata de evitar ou não polêmicas, mas sim de concretizar os direitos de populações oprimidas. O argumento não passa de mero subterfúgio para a apresentação de uma visão conservadora com relação aos direitos de pessoas LGB. Em contraste, o constituinte Costa Ferreira (PFL/MA) propôs a Emenda nº 00439, expondo seu preconceito de forma escancarada:

> Sr. Presidente: Achamos por bem a supressão da palavra orientação sexual por considerarmos **desnecessária**, haja vista já existir a parte concernente ao sexo. Outrossim, colocar orientação sexual no texto constitucional seria uma **aberração**, isto porque em constituição nenhuma do mundo, mesmo nos países mais liberais como a Suécia, etc., não consta este termo em suas constituições. (grifos nossos)

Desse modo, é possível identificar o posicionamento preconceituoso do parlamentar que classifica como "desnecessária" e "aberração" a inclusão de proteção específica contra a discriminação em razão de orientação sexual.

Por fim, uma última análise sobre as emendas merece ser feita, a partir de um recorte de gênero. Como era de se esperar de uma sociedade extremamente patriarcal, a participação de mulheres na Assembleia Constituinte foi reduzida. Apenas 26 dos 536 constituintes (somando a Câmara dos Deputados e o Senado) eram mulheres e todas elas da Câmara (SOUZA, 2008). Entretanto, na temática da sexualidade, a análise dos dados, conforme os Gráficos 7 e 8, indicam para uma visão menos conservadoras das mulheres do que dos homens.

Gráfico 7 – Emenda para Acréscimo de "Orientação Sexual" Distribuída por Gênero

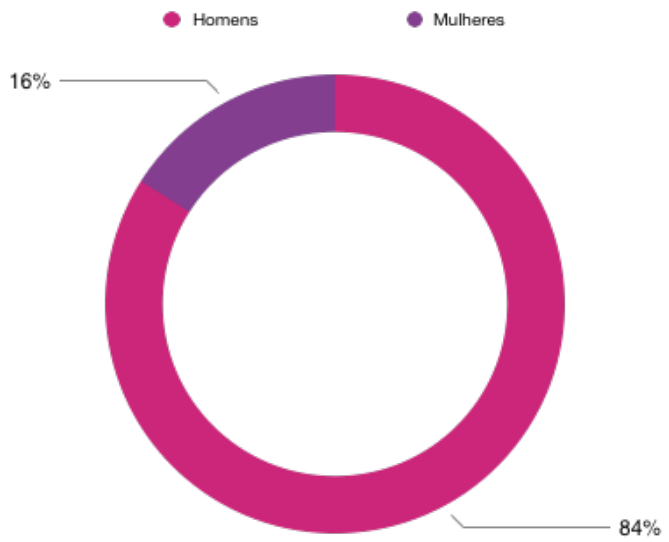
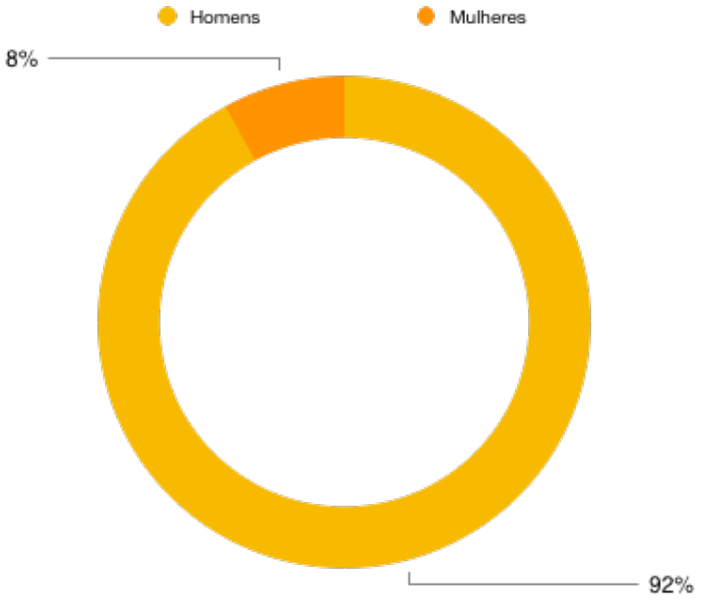


Gráfico 8 – Emenda para Supressão de "Orientação Sexual" Distribuída por Gênero



A partir dos dois gráficos, observa-se que a participação das mulheres em ambas as categorias de emendas não foi muito elevada. Contudo, o número de propostas para a inclusão do termo "orientação sexual" na Constituição foi o dobro, dentre as mulheres, com relação às demandas pela supressão. Nesse sentido, indica-se uma tendência mais progressista entre as mulheres, ao menos em torno da temática LGB.

Conclusão

O presente artigo teve como objetivo expor uma análise quantitativa das emendas com o termo "orientação sexual" presentes nos anais da Assembleia Constituinte de 1987-1988, inserindo-se em uma pesquisa maior que pretende empreender um exame também qualitativo das discussões que ocorreram na referida Assembleia.

Desse modo, a partir do marco teórico da nação heterossexual, as emendas foram categorizadas a partir de seu conteúdo, sendo divididas em: emendas para substituição, acréscimo e supressão do termo "orientação sexual". O recorte pelos partidos indicou aqueles que possuem uma tendência mais conservadora na matéria, mas também aqueles que firmaram um compromisso efetivo com a proteção de direitos de pessoas LGB. Destacou-se, ainda, a estratégia de determinados partidos de, em um primeiro momento, não retirar o termo do texto proposto para, posteriormente, foca de maneira específica em sua supressão.

Ademais, constatou-se que muitas da justificativas para a supressão ou alteração do termo "orientação sexual" se embasa em usos equivocados das terminologias ligadas aos gêneros e às sexualidades, demonstrando um desconhecimento da temática pelos constituintes. Por fim, analisando a questão a partir de um recorte de gênero foi possível perceber uma maior propensão progressistas das mulheres com relação ao tema.

Referências

AVRITZER, Leonardo. O novo constitucionalismo latino-americano: uma abordagem política. In: AVRITZER, Leonardo et al. **O constitucionalismo democrático latino-americano em debate:**

soberania, separação de poderes e sistema de direitos. Belo Horizonte: Autêntica, 2017, p. 19-42.

CORBO, Wallace. **Discriminação Indireta:** conceito, fundamentos e uma proposta de enfrentamento à luz da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CRENSHAW, Kimberlé. Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics. **University of Chicago Legal Forum,** vol. 1989, n. 1, p. 139-167, 1989.

CURIEL, Ochy. **La Nación Heterosexual:** Análisis del discurso jurídico y el régimen heterosexual desde la antropología de la dominación. Bogotá: Impresol Ediciones, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.** São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MOREIRA, Adilson José. **O que é discriminação?.** Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Justificando, 2017.

SIMÕES, Júlio Assis; FACCHINI, Regina. **Na trilha do arco-íris:** do movimento homossexual ao LGBT. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2009.

SOUZA, Marcius F. B. de. A Participação das Mulheres na Elaboração da Constituição de 1988. In: **Constituição de 1988: O Brasil 20 anos depois -** Os Alicerces da Redemocratização (vol. I). Brasília: Senado Federal, 2008.

DIREITO E TECNOLOGIA

O direito diante do fenômeno das *fake news*: novos olhares sobre a dinâmica entre mídia digital e sociedade no cenário político brasileiro

Alisson Rodrigo de Araújo Oliveira

> *"Uma mentira pode correr seis vezes pelo mundo antes que a verdade tenha tempo de vestir as calças."*
>
> *(Mark Twain)*

Introdução

Ao nos debruçarmos sobre o estudo das *"Fake News"* – ou *notícias falsas*, em tradução livre – enquanto um fenômeno inerente ao mundo contemporâneo, e sobretudo virtual, é necessário que tracemos alguns paralelos teórico-metodológicos no decorrer do nosso estudo, no sentido de melhor compreender as nuances desse fato.

Inicialmente, não há como falarmos sobre tal fenômeno, da maneira como se apresentam nos dias atuais, sem abordar um pouco da perspectiva de inclusão sob o binômio digital/social. Assim, propomos uma compreensão da inclusão digital como sendo o processo pelo qual se visa atender às demandas de democratização do uso das tecnologias de

informação e comunicação (TIC's), pautadas em requisitos básicos tais quais o acesso à internet, aos equipamentos eletrônicos e a capacitação para o manuseio e utilização adequada dessas ferramentas.

As demandas de inclusão digital são inerentes ao processo de globalização e visam – ou deveriam –, antes de tudo, promover cidadania e participação popular no cotidiano global, promovendo consequentemente, inclusão social. Logo, podemos observar que a inclusão digital apresenta-se como espécie, e a inclusão social enquanto gênero. Nessa perspectiva, impende-nos destacar que a inclusão digital continua sendo um grande desafio para o Estado moderno, com vistas a garantir não apenas o acesso às novas tecnologias que surgem a todo instante, mas também a capacitação necessária ao correto uso destas. Sobre esse processo, é possível perceber que:

> Nesse sentido, a inclusão digital se assemelha, portanto, à ideia de alfabetização digital, numa equivalência com a perspectiva da alfabetização no processo de inclusão social, voltando o foco para aqueles que também se encontram no próprio contexto de exclusão social, acrescentando a temática da tecnologia digital no sentido de somar esforços para atenuar essa diferença. (CABRAL FILHO, 2006, p. 111)

A título de ilustração, no ano de 2012, foram realizados estudos sobre inclusão digital resultantes da parceria entre o Centro de Políticas Sociais da Fundação Getúlio Vargas e a Fundação Telefônica, foram realizados no sentido de proporcionar um mapeamento das diversas formas de acesso à tecnologia digital, bem como os principais aspectos da exclusão digital. Assim sendo, foi constatado que o Brasil figurava na 72ª colocação em um ranking que avalia a inclusão digital de um total de 150 países.

Outro dado interessante trazido pelo referido estudo, mostra que 51,2% da população brasileira possuía o acesso à internet, computador em casa e telefone fixo ou celular, sem necessariamente constituir-se um acesso a todos esses elementos juntos. O Brasil figurava então um pouco acima da média global de 49,1%, referente aos países avaliados. É possível perceber ainda, segundo o coordenador do estudo, a existência de uma correlação entre os fatores inclusão digital e felicidade, não podendo se afirmar, entretanto, que a internet traz a percepção de felicidade ou vice-versa.

Ora, não é de se espantar que as mídias digitais sejam detentoras de tal capacidade de fazer do afeto um objeto de transmissão imediata, tendo em vista que encurtou as distâncias a ponto de torná-las praticamente imperceptíveis. Assim, o filósofo Byung-Chul Han[143] (2016, p. 15, grifo do autor) observa de maneira bastante convicta que "Pelo seu lado, a comunicação digital torna possível que o afeto seja objeto de transmissão imediata. A sua temporalidade torna-a transmissão de afetos, mais do que a comunicação analógica. Assim, de certo modo, o meio digital é um *meio afetivo*.".

2. Perspectivas e limites na liberdade de expressão e no direito à (des)informação: aspectos filosóficos e constitucionais

A partir dos processos históricos que permeiam a evolução do homem, das linguagens comunicativas e consequentemente da vida em sociedade, as interações humanas tornaram-se cada vez mais dinâmicas e complexas. Dessa maneira, constata Jean Jacques Rousseau (2014, p. 23) que "O homem nasceu livre e, no entanto, em toda parte, está sob ferros.", sendo justamente essa liberdade que lhe dá a qualidade de ser humano, ideia que defende veementemente em sua obra *Du Contrat Social: principes du droit politique*, originalmente publicada no ano de 1762. Os ferros que aprisionam o indivíduo, ou seja, que o limitam, seriam aqueles advindos de todas as instituições de controle humano, tolhendo-lhe a liberdade natural.

Convém-nos destacar a observação de José Afonso da Silva (2010, p. 232), ao dizer que "[...] a história mostra que o conteúdo da liberdade se amplia com a evolução da humanidade. Fortalece-se, estende-se, à medida que a atividade humana se alarga. Liberdade é conquista constante.". Ora, é sempre oportuno recordar que a conquista da liberdade humana não foi produto de um fato histórico isolado, mas sim o resultado contínuo de uma sucessão de lutas, sedimentadas sob muito suor, sangue e

143. Byung-Chul Han nasceu na Coreia, mas fixou-se na Alemanha, onde estudou Filosofia na Universidade de Friburgo e Literatura Alemã e Teologia na Universidade de Munique. Em 1994, doutorou-se em Friburgo com uma tese sobre Martin Heidegger. É professor de Filosofia e Estudos Culturais na Universidade de Berlim e autor de inúmeros livros sobre a sociedade atual.

lágrimas, derramadas por aqueles que ousaram questionar os modelos então vigentes, na busca pela mudança de um determinado *status quo*.

Desse modo, sempre quando falamos sobre a liberdade de expressão, especificamente, imediatamente devemos remeter ao longo processo de insurgências em prol do fim de um totalitarismo outrora imposto pelo Estado, bem como à defesa contra um *status* de censura de ideias e manifestações comunicativas que, no cenário brasileiro, fazem parte de um passado obscuro e não tão longínquo quanto se pensa.

Hodiernamente, após o processo conhecido como constitucionalização do Direito, é impossível tratarmos sobre liberdade sem que seja feita menção à nossa Constituição Federal, de 1988, na qual mais precisamente em seu artigo 5º configura-a como seu verdadeiro referencial. A liberdade na Constituição aparece em suas mais diversas formas: seja ela civil, religiosa, política, intelectual, sexual, *etc.* Todavia, é no tocante à liberdade de expressão – compreendendo tanto a liberdade de manifestação do pensamento quanto a liberdade de informação – que iremos nos ater. Sendo assim, é possível percebermos no mencionado artigo que sua manifestação está assegurada pela nossa lei maior:

> Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Sobre a liberdade de manifestação do pensamento, a Constituição Federal, de 1988, em seu artigo 5º, inciso IX destaca-nos que "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença". Ou seja, o livre exercício desse direito, independe de prévia checagem ou autorização. No mesmo artigo, os incisos IV, V e X, estabelecem de forma sequencial as restrições possíveis à livre manifestação do pensamento, estabelecendo que:

> IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
>
> V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...]

> X – 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.

Temos, então, a vedação do anonimato, o direito de resposta e a responsabilização civil/penal, bem como o direito à privacidade de terceiros, enquanto limites impostos pelo legislador constituinte ao exercício da liberdade de manifestação do pensamento.

No tocante à liberdade de informação, esta engloba três aspectos principais em seu âmbito de proteção, quais sejam: o direito de informar; o direito de se informar; e o direito de ser informado. Ademais, sobre as limitações ao exercício dessa liberdade, porém, os estudos em sociologia jurídica já trataram por constatar a importância do conhecimento das normas[144] jurídicas para garantir-lhes efetividade e traçar parâmetros na sua aplicabilidade. É fundamental relembrar que o conhecimento da norma, tal qual o acesso às notícias – mas em menor intensidade que estas –, também encontra-se extremamente facilitado pelo fenômeno de inclusão digital outrora discutido, entretanto, ainda peca no sentido de fazer da linguagem o maior entrave ao pleno entendimento de parcela significativa da população brasileira. Assim:

> Na vida cotidiana, podemos prescindir do conhecimento da maior parte das ciências e das disciplinas técnicas. Não é assim com o direito. A falta de conhecimento não somente pode prejudicar os nossos interesses, mas também é um indicador da falta de eficácia das normas jurídicas, já que o conhecimento da norma é requisito mínimo para o seu cumprimento. (SABADELL, 2010, p. 256).

Portanto, seguindo os preceitos do artigo 5º, XIV da Constituição Federal, "é assegurada a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional". Para corroborar com a compreensão, o *caput* do artigo 220 da Carta Constitucional, prevê que "A manifestação do pensamento, a criação, a expressão

144. Importante relembrar que, ao falarmos de normas, podemos entendê-las como parte de um sistema normativo – quando consideradas em conjunto – que lhes conferem coesão e propósito. A norma é gênero dos quais as regras e os princípios são espécies.

e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta constituição.". Indo mais adiante, o § 2.º do mesmo artigo, coloca que "É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística".

Desse modo, sobre o tema e suas polêmicas, esclarece Novelino (2016, p. 347) que "Mesmo nos casos em que há risco significativo de determinado discurso causar dano ou gerar perigo, em sociedades livres, a censura pelo governo não encontra justificação constitucional.". Apesar de concordarmos com essa linha de pensamento, seguimos pelo entendimento de que a criação de mecanismos efetivos para o combate às notícias falsas não confunde-se com a prática de censura. Enquanto esta última possui caráter abusivo e repressivo, no intuito de uniformizar o pensamento e o discurso coletivo, alinhando-os a determinada linha de governo, àquela visa a preservação da imagem e a garantia no acesso – pelo cidadão/eleitor – de informações com procedência comprovada, sem o objetivo de enganá-lo, tendo em vista a necessidade de providências a fim de garantir que não seja ultrapassada a linha tênue que separa o pleno exercício da liberdade de expressão e a propagação de discursos de ódio, instigando verdadeiras tempestades midiáticas.

Por esse motivo, no tocante à responsabilização pessoal dos propagadores de notícias falsas em meio virtual, o ordenamento jurídico brasileiro prevê implicitamente algumas limitações ao seu exercício abusivo. Tais limitações encontram suporte nos direitos da personalidade, tais quais a honra, imagem e privacidade das pessoas naturais. Afinal, assim como qualquer outro direito, a livre manifestação do pensamento não constitui-se direito absoluto, encontrando restrições legais – e morais – ao seu exercício. Nesse sentido, é bastante nítido que:

> No âmbito penal, são tipificadas como crimes de calúnia, difamação e injúria (CP, arts. 138 a 145) as manifestações abusivas do pensamento que violem a honra de terceiros. Nesse caso, a restrição legal à liberdade de manifestação do pensamento encontra justificação constitucional no direito à privacidade (CF, art. 5º, X). Trata-se, portanto, de hipótese de *reserva legal implícita*. (NOVELINO, 2016, p. 348).

Portanto, faz-se mister recordar o conceito de liberdade trazido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão[145], de 1789, que ainda de maneira atual, em seu artigo 4º preceitua que:

> Artigo 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela Lei.

Ora, no atual cenário de instabilidade política que permeia o Brasil, em uma experiência democrática ainda bastante jovem e promissora, tendo o conhecimento necessário para perceber que a promoção e o desenvolvimento de políticas públicas, entre tantas outras atribuições, constitui verdadeira atividade inerente à gestão do universo político, por parte do Estado brasileiro – perpassando uma simples prática de governo –, também é necessário ressaltar a imprescindibilidade de adotarem-se medidas capazes de combater e/ou controlar a disseminação de notícias falsas de maneira adequada, por meio do alcance popular e da realização de parcerias com os veículos de imprensa, visando sempre a informação responsável, preservando o respeito à democracia e aos direitos constitucionais tratados anteriormente.

Em vista disso:

> O universo político abrange a direção do Estado nos planos externo e interno, a gestão de recursos públicos, a definição e o desenvolvimento de políticas públicas, a implementação de projetos sociais e econômicos, o acesso a cargos públicos, a realização de atividades legislativas e jurisdicionais, entre outras coisas. (GOMES, 2013, p. 3).

145. Documento resultante do processo de Revolução Francesa, ocorrido em 1789, que visa a definir os direitos individuais e coletivos dos homens como universais. Com base nos ideais iluministas e sob forte influência da Revolução Americana, de 1776, a Assembleia Nacional Constituinte da França revolucionária aprovou o documento, que também possui fortes influências da doutrina dos direitos naturais.

Note-se ainda que, em um cenário político é fundamental que haja o engajamento no combate às ameaças que se apresentam diante do cidadão-eleitor, principalmente em um cenário eleitoral, no qual uma má atuação política deste, poderá torná-lo corresponsável pelo destino da sociedade, como bem destaca Ramayana (2012, p. 17), ao observar que "O eleitor não é o Estado, mas parte deste; não é um ente abstrato, mas real, concreto; e ao deliberar de forma mais próxima, ou até em conjunto com os partidos políticos, é corresponsável pelos destinos da sociedade.".

3. O fenômeno global das *fake news*: uma abordagem historiográfica e conceitual

Na era da globalização, em que o acesso à informação encontra-se cada vez mais facilitado pelo avanço constante dos veículos de comunicação, quem diria: a procedência, a veracidade e o poder de influência das notícias vem se tornando uma das principais preocupações de governos, instituições políticas, jurídicas e da própria mídia, que sofre – por consequência do descrédito das pessoas – com a dificuldade de competir e vender notícia após o aumento considerável dessa prática. Consequentemente, a temática torna-se um importante objeto de análise para o Direito e para os demais campos do conhecimento científico. Tal preocupação justifica-se pelo fato de que, o fenômeno das "*Fake News"*, ou simplesmente notícias falsas, tem se tornado cada dia mais comuns e populares entre os meios de comunicação, principalmente no âmbito virtual, com a popularidade das mídias sociais, a exemplo do *Facebook* e do *Twitter*, nas quais o acesso e difusão das informações dão-se em um espaço de tempo muito menor do que nos meios tradicionais de comunicação *(Jornais, revistas, televisão, etc.)*.

Ao longo dos transcursos históricos, a propagação de notícias falsas não tem sido uma prática atrelada a um passado recente. Pelo contrário, constitui-se uma prática bem mais recorrente do que se imagina, havendo relatos de sua existência desde os mais remotos tempos. A título de exemplificação, temos o emblemático caso do suicídio de Marco Antônio, no ano de 31 a.C., o qual foi um dos generais da Roma antiga e triúnviro após a morte de Júlio César, exercendo tal papel conjuntamente

com Lépido e Otávio. Posteriormente, com a saída espontânea de Lépido do cenário político, e com o acontecimento de diversos imbróglios envolvendo Marco Antônio e Otávio, estes passaram a disputar entre si o controle de Roma. Por fim, após a derrota das forças de Marco Antônio na batalha de Ácio, este depara-se com a propagação das falsas notícias que davam conta da morte de Cleópatra, sua esposa e aliada. Assim sendo, Marco Antônio suicida-se apunhalando em si a própria espada, sem saber que a morte de Cleópatra tratava-se, na verdade, de mero boato.

Inicialmente, a propagação das notícias falsas, semelhante ao modo como conhecemos hoje, ou seja, disseminadas por intermédio dos meios de comunicação tradicionais, só foi possível a partir da criação/invenção da imprensa – máquina de impressão tipográfica –, no século XV, por meio do alemão Johannes Gutenberg. Para que se tenha ideia, a imprensa representou uma invenção tão revolucionária que modificou profundamente o modo como as pessoas comunicavam-se através da escrita e da leitura, diminuindo as distâncias geográficas da época e proporcionando uma nova dinâmica para o modo pelo qual a notícia difundia-se, sendo a grande influência para o *status* de tecnologia alcançado pela sociedade nos dias atuais.

Outro importante marco historiográfico no tocante à contextualização da disseminação das notícias falsas encontra embasamento nos anos que antecederam a Revolução Francesa, no século XVIII, tendo fundamental importância nesse processo. Nesse período, era bastante comum a circulação de publicações anônimas – denominadas libelos –, que consistiam em histórias fabricadas sob medida, baseadas em situações verídicas mas que comumente recorriam a narrações fantasiosas para apresentar ao público uma suposta verdade dos fatos, e que tinham como principal objetivo a destruição da imagem de determinados alvos escolhidos pelos libelistas, responsáveis pelas publicações. Em igual sentido, o historiador Robert Darnton (2012, p. 32), demonstra que:

> Frequentemente, os libelos da época de Luís XV pretendiam deliciar os leitores ao mesmo tempo que difamavam suas vítimas. Lê-los era participar de um jogo. Como nos *romans à clef* — outro gênero favorito da época —, que costumavam ser libelos disfarçados de romance, o jogo consistia em identificar as personagens cujos nomes apareciam dissimulados, geralmente com reticências.

No entanto, as notícias falsas – em uma concepção contemporânea – podem ser compreendidas como a veiculação de notícias de caráter duvidoso, com procedência muitas vezes desconhecida e no objetivo de atrair a atenção dos potenciais receptores daquela mensagem fabricada sob medida, de modo a enganar, confundir e até mesmo induzir o indivíduo a determinado tipo de reação, sempre premeditada por aquele que a difundiu. Muitas vezes – ou na maioria delas –, o grande objetivo dessa disseminação de informações inverídicas possui um direcionamento político e/ou ideológico, visando a despertar e dar voz a uma maioria silenciosa, instigando-a na prática de manifestos públicos, debates mais agressivos, opressões contra grupos minoritários e até mesmo protestos que visam a desestabilizar um determinado governo.

Portanto, podemos observar que essa modalidade de desinformação ganhou uma maior expressividade e notoriedade a partir dos diversos escândalos ocorridos no âmbito da política europeia e norte-americana – principalmente nos últimos anos –, colocando em pauta o papel da mídia, bem como de sua interferência nos resultados e nas interações populares, especialmente em âmbito digital, nas grandes nações tidas como parâmetros democráticos.

4. As notícias falsas no âmbito da política brasileira: aplicabilidade dos estudos do instituto de tecnologia de massachusetts (MIT)

O que é política? Convém-nos iniciar o presente capítulo desta pesquisa com este questionamento preliminar, que necessita ser melhor esclarecido para que possamos prosseguir na análise do tema proposto. Nesse sentido, em uma perspectiva historiográfica, devemos revisitar os costumes da antiguidade clássica, mais especificamente na Grécia Antiga, considerada o berço da democracia, a partir dos quais podemos observar que:

> No mundo grego, a política era compreendida como a vida pública dos cidadãos, em oposição à vida privada e íntima. Era o espaço em que se estabelecia o debate livre e público pela palavra e onde as decisões coletivas eram tomadas. Compreendia-se

> a política como a arte de definir ações na sociedade, ações essas que não apenas influenciavam o comportamento das pessoas, mas determinavam toda a existência individual. O viver político significava para os gregos a própria essência da vida, sendo esta inconcebível fora da *polis*. (GOMES, 2013, p. 1-2).

Seguindo para uma perspectiva sociológica, recorremos aos estudos de Max Weber (2015, p. 61-62), que em sua obra *Ciência e Política: duas vocações*, apresenta-nos um importante pilar nessa discussão, ao traçar que "Por política, compreendemos aqui apenas a direção ou a influência exercida sobre a direção de uma associação política, portanto, hoje, de um *Estado*.". Assim, acrescenta-nos de forma irretocável que ""Política", portanto, significaria para nós aspiração à participação no poder ou a exercer influência sobre a distribuição do poder, seja entre Estados, seja no interior de um Estado, entre os diversos grupos humanos que o Estado abarca." (WEBER, 2015, p. 63).

No Brasil, inúmeros casos de "viralização"[146] de notícias falsas são registrados ano após ano, especialmente em anos eleitorais. Todavia, essa prática de difusão e consequente compartilhamento de informações inverídicas tem tomando uma maior proporção a partir do início da presente década (2011), em consequência do aumento considerável nas taxas inclusão digital do Brasil, conforme dito anteriormente, sendo também um fator de impacto na revelação de vários "libelistas do século XXI".

Ora, sobre os recorrentes conflitos entre a liberdade de informação e o direito à privacidade das figuras públicas, sobretudo de políticos brasileiros, que tornam-se alvos constantes dessas notícias falsas, há de se analisar a situação sob uma perspectiva de muita cautela, uma vez que:

> São comuns os conflitos envolvendo a liberdade de informação jornalística e o direito à privacidade. Nessas hipóteses, assim como ocorre em todos os casos de colisões de princípios, é necessário analisar as circunstancias fáticas e jurídicas envolvidas à luz de alguns critérios objetivos que devem pautar a ponderação, tais

146. Termo utilizado para designar situações nas quais conteúdos veiculados no mundo virtual ganham enorme repercussão de maneira inesperada, espalhando-se rapidamente, semelhante a um efeito viral.

> como: *i)* a veracidade da informação; *ii)* o contexto jornalístico no qual foi divulgada; *iii)* e o interesse público (e não apenas "do público") no acesso aos fatos divulgados. (NOVELINO, 2016, p. 367).

Torna-se inteligível que ambos possuem aspectos em comum, quais sejam: os sentimentos que despertam nas pessoas. Desse modo, como foi constatado por Vosoughi, Roy e Aral (2018), pesquisadores do Instituto de Tecnologia de Massachusetts (MIT), fatores determinantes que fazem do fenômeno global das notícias falsas uma arma tão perigosa consistem no fato de que "Enquanto histórias falsas inspiraram medo, desgosto, e surpresa nas respostas, histórias verdadeiras inspiraram antecipação, tristeza, alegria e confiança.". Ou seja, enquanto as notícias verdadeiras são muito mais suscetíveis às manifestações sentimentais bem definidas ou até mesmo de solidariedade humana, as notícias falsas trabalham em sentido inverso, trabalhando com conteúdo – na maioria das vezes – agressivo, no intuito de despertar nas pessoas um misto de sentimentos, trazendo à tona apenas aquilo que comumente não seria manifesto, algo adormecido, qual seja: a sensação de estarmos sendo descaradamente manipulados diante de nossos olhos.

Em igual sentido, convém destacarmos algumas das características peculiares ao Direito Eleitoral brasileiro, conforme bem observa Torquato Jardim (1998, p. 145), ao mostrar que "Os litígios eleitorais, ainda que condicionados aos cânones do direito positivo, contêm peculiaridade que não se pode encobrir: a passionalidade dos atores e a emotividade dos argumentos.". Complementa, mais adiante, sua percepção de que "Os traços sociológicos da natureza brasileira afloram explosivamente na arena política. À Justiça Eleitoral cabe conter todo esse quadro nos limites próprios da lei e do processo judicial, e dar-lhes desfecho jurídico.".

Sobre a velocidade com a qual se disseminam as notícias falsas, em um experimento comparativo com o compartilhamento das notícias verdadeiras, os estudos trazem uma constatação ainda mais preocupante, visto que:

> As notícias falsas chegaram a mais pessoas do que as verdadeiras; o topo, equivalente a 1% das notícias falsas mais divulgadas, se espalharam para entre 1.000 e 100.000 pessoas, enquanto as

> verdadeiras raramente difundiram-se para mais de 1.000 pessoas. (VOSOUGHI; ROY; ARAL, 2018).

Outro aspecto bastante peculiar no estudo das notícias falsas, bem como de outros transtornos de informação *(information disorders)*, especialmente no âmbito das mídias digitais, é que boa parte dos conteúdos replicados constantemente – a ponto de tornarem-se verdadeiros virais –, é de responsabilidade de robôs, ou *bots* – diminutivo de *robots*, em inglês – sendo aplicações de *software* que tem o objetivo de simular ações humanas de maneira padrão, e por repetidas vezes, de modo a garantir grande visibilidade a determinadas temáticas, colocando-as facilmente entre os assuntos mais "clicados" ou falados das redes sociais, tornando possível a identificação dessas questões de maior interesse, servindo então como um verdadeiro termômetro para as reações do grande público de usuários às discussões (pro)postas no ambiente digital.

Todavia, em que se pese o papel desempenhado pelos *bots* nessa verdadeira "guerra da desinformação" na qual vivemos contemporaneamente, cabe ressaltar que o fator humano continua sendo o grande diferencial na propagação das notícias falsas, tal afirmação encontra justificativa nos recentes estudos realizados por Vosoughi, Roy e Aral (2018), pesquisadores do Instituto de Tecnologia de Massachusetts (MIT), os quais revelaram que, contrariando o que se acreditava em momento anterior, a verdade é que "[...] os robôs aceleraram a propagação de notícias verdadeiras e falsas ao mesmo ritmo, o que implica que a falsa notícia se espalha mais do que a verdade porque os humanos, e não os robôs, são mais propensos a propagá-lo.".

Portanto, duas constatações podem ser feitas de imediato: como dito, o fator humano – e não a inteligência artificial – é mais propício à disseminação das notícias falsas, em virtude da sua maior suscetibilidade aos apelos emocionais aglomerados nas manchetes; e que o célebre pensamento estabelecido na epígrafe do presente estudo, quem diria, mesmo formulado em tempos anteriores ao advento da internet e das mídias digitais, possui bases científicas.

Destarte, além de difundirem-se de maneira mais rápida, em virtude da alta carga emocional – e consequentemente reativa – que trans-

passam aos potenciais receptores da mensagem, podemos observar que especificamente no campo da política, a disseminação das notícias inverídicas encontra seu terreno mais fértil. Tal afirmação encontra subsídio no estudo dos pesquisadores do Instituto de Tecnologia de Massachusetts (MIT), que garantem que:

> A falsidade difundiu-se signicativamente com um alcance maior, mais rápido, mais profundo e mais abrangente do que a verdade em todas as categorias de informações, e os efeitos foram mais pronunciados para falsas notícias políticas do que para falsas notícias sobre terrorismo, desastres naturais, ciência, lendas urbanas ou informações financeiras. (VOSOUGHI; ROY; ARAL, 2018).

Outro detalhe bastante interessante, sobre a disseminação dessas informações inverídicas e o consequentemente comportamento das pessoas em face desta nova realidade, diz respeito ao grau de atualidade das notícias que são veiculadas. Enquanto foi descoberto que "[...] a notícia falsa era mais nova do que a verdadeira notícia, o que sugere que as pessoas eram mais propensas a compartilhar informações novas.".

Por fim, impende ressaltar a possibilidade na aplicação das conclusões do presente estudo – que teve como foco os Estados Unidos – à realidade brasileira, levando-se em consideração que foram analisadas postagens feitas no *Twitter* em todo o mundo, e que passaram pela verificação de agências de checagem de fatos. Nesse sentido, os padrões de disseminação das notícias inverídicas que foram detectadas, segundo garantem os autores do estudo, foram os mesmos em diversos países de língua inglesa e certamente se aplicam às postagens em outras línguas.

Considerações finais

Ante todo o exposto no presente estudo, fruto do diálogo multidisciplinar com vários campos do conhecimento teórico-científico, facilmente podemos constatar que vivemos em um contexto de Pós-verdade[147],

147. De acordo com a Oxford Dictionaries, a Pós-verdade ou *post-truth* trata-se de um substantivo "que se relaciona ou denota circunstâncias nas quais fatos objetivos têm menos influência em moldar a opinião pública do que apelos à emoção e a crenças pes-

no qual a comprovação objetiva dos fatos veiculados nos meios de comunicação perde cada vez mais espaço para o apelo emocional contido nas mensagens falsas direcionadas ao grande público, especificamente ao cidadão-eleitor, que de maneira aberta ou silenciosa manifestar-se-ão perante as provocações que lhes são constantemente lançadas.

Nesse sentido, faz-se necessário uma atuação forte e convincente do Poder Público no sentido de combater a sua propagação e promover o enfrentamento consciente dos seus riscos à democracia. Para isso, é preciso valer-se de todos os instrumentos e mecanismos disponíveis, principalmente as parcerias com veículos de imprensa e redes sociais de acesso em massa – que também são diretamente prejudicados pela prática –, para a criação de mecanismos de checagem dos fatos veiculados, principalmente em meio digital.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2018.

CABRAL FILHO, Adilson Vaz. **Sociedade e tecnologia digital**: entre incluir ou ser incluída. Disponível em: <http://revista.ibict.br/liinc/article/viewFile/3103/2797>. Acesso em: 21/03/2018.

DARNTON, Robert. **O diabo na água benta**, Ou a arte da calúnia e da difamação de Luís XIV a Napoleão. Trad. de Carlos Afonso Malferrari. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013.

HAN, Byung-Chul. **No enxame**: reflexões sobre o digital. Trad. de Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio D'água, 2016.

JARDIM, Torquato. **Direito eleitoral positivo**, conforme a nova lei eleitoral. 2. ed. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1998.

soais". A palavra foi adotada pelo dicionário no ano de 2016, entretanto, sua utilização com o significado atual se deu pela primeira vez no ano de 1992, pelo dramaturgo sérvio-americano Steve Tesich.

NERI, Marcelo Cortes (Coord.). **Mapa da inclusão digital**. Rio de Janeiro: FGV, CPS, 2012. Disponível em: < http://www.cps.fgv.br/cps/bd/mid2012/MID_texto_principal.pdf>. Acesso em: 21/03/2018.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

OXFORD DICTIONARIES. **Post-truth**. Oxford: Oxford University Press, 2018. Disponível em: <https://en.oxforddictionaries.com/definition/post-truth>. Acesso em: 22 mar. 2018.

RAMAYANA, Marcos. **Direito eleitoral**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**: princípios de direito político. Tradução e comentários de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de sociologia jurídica**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores. 2010.

VOSOUGHI, Soroush; ROY, Deb; ARAL, Sinan. The spread of true and false news online. **Science**, [s.l.], v. 359, n. 6380, p.1146-1151, 8 mar. 2018. American Association for the Advancement of Science (AAAS). http://dx.doi.org/10.1126/science.aap9559.

WEBER, Max. **Ciência e política**: duas vocações. Trad. Marco Antonio Casanova. São Paulo: Martin Claret, 2015.

Inteligência artificial e a responsabilidade civil

Cláudia Arantes Sales Vargas
Sérgio Henriques Zandona Freitas

Introdução

Diante do cenário de avanço tecnológico atual, muito tem se discutido acerca das novas tecnologias criadas e como elas afetam a vida do ser humano. É de conhecimento comum que as máquinas se mostram cada vez mais independentes e autônomas. O que possibilitou essa interação da máquina com o humano foi a Inteligência Artificial (I.A.), que está presente em jogos, aplicativos, smartphones, computadores, robôs, dentre outras máquinas.

Cada vez mais, simples atividades humanas estão sendo substituídas por computadores e robôs dotados de Inteligência Artificial. No decorrer deste artigo serão relatados casos que exemplificam a utilização da Inteligência Artificial pelos seres humanos e suas implicações e impactos jurídicos.

É sabido, no entanto, que a utilização da Inteligência Artificial pelo ser humano pode acarretar prejuízos para terceiros, o que certamente gera responsabilidade civil, podendo, inclusive, gerar responsabilidade penal. Diante do caso concreto, é preciso analisar, também, se o ato danoso praticado pela I.A. foi consequência de um defeito na criação ou fabricação dela, pois diante desta hipótese haverá incidência do Código de Defesa do Consumidor.

Para tanto, o texto foi dividido em seis tópicos, sendo abordado no primeiro a Inteligência Artificial, com o intuito de entender acerca desta tecnologia e definir o objeto de estudo. O segundo tópico aborda a Inteligência Artificial no mundo moderno, nesse momento haverá uma contextualização do cenário atual, quais os avanços tecnológicos atuais e o que outros países têm discutido acerca das repercussões jurídicas. Posteriormente, é feita a correlação da Inteligência Artificial e o ordenamento jurídico, como e quais efeitos está entidade produzirá nas relações humanas e como o direito vai lidar com esta temática. No tópico seguinte, a temática abordada é a responsabilidade civil, o objetivo é trabalhar este assunto, num contexto histórico e estabelecer a relação direta e indireta com a Inteligência Artificial.

Essas questões geram alguns questionamentos acerca da ordem jurídica, dentre eles: quem será responsabilizado civilmente pelos atos ilícitos praticados por máquinas dotadas de Inteligência Artificial? Utilizada a pesquisa bibliográfica com o método dedutivo no exame da temática proposta.

1. Inteligência artificial

Inicialmente cabe definir o conceito de Inteligência Artificial (I.A.), que segundo John McCarthy, em definição introduzida no Dartmouth Conference,"Inteligência Artificial é fazer a máquina comportar-se de tal forma que seja chamada inteligente caso fosse este o comportamento de um ser humano." (MCCARTHY, 1955). Em outras palavras, é a capacidade das máquinas de pensarem como seres humanos, o que gera, consequentemente, a habilidade de aprender, raciocinar e decidir de forma racional e inteligente.

A capacidade de pensar das máquinas começou a ser discutida quando o cientista inglês Alan Turing, em 1950, publicou um artigo denominado "Computação e Inteligência". Neste artigo Turing sugeriu uma reflexão a respeito da seguinte questão: "Podem as máquinas pensar?" Com o intuito de resolver a questão proposta e descobrir se é possível que uma máquina tenha inteligência ou não, propôs o chamado "jogo da imitação". A conclusão de Turing foi que a máquina será dotada de inteligência se os seres humanos, que conversarem com ela, não perceberem que se trata de uma máquina. Só assim, ela se enquadraria como máquina inteligente.

A temática foi abordada novamente pelo cientista estadunidense John McCarthy, quando, em 1955, estabeleceu o termo: Inteligência Artificial (I.A.), e propôs o evento Dartmouth Conference, conhecido por ser a primeira conferência a tratar sobre o assunto. O intuito era buscar meios de tornar a máquina capaz de pensar como o ser humano e resolver problemas. McCarthy acreditava que: "A inteligência humana pode ser tão precisamente descrita que é possível construir uma máquina que a simule." (MCCARTHY, 1955). O Dartmouth Conference introduziu e solidificou o ramo de pesquisa da Inteligência Artificial.

Em 1987, diante da dificuldade em definir o que é inteligência, por ser algo que gera muita controvérsia, o especialista em ciência cognitiva Roger C. Schank definiu, em seu artigo "What is AI, Anyway?", o conceito de inteligência artificial e o que é esperado dela, de modo a auxiliar no estudo deste ramo.

Para Schank uma das formas de solucionar essa divergência é listar aspectos que são esperados de uma I.A. Segundo ele, são cinco fatores que auxiliam na qualificação de uma máquina como inteligente, quais sejam: comunicação, pois quanto mais fácil comunicar com um indivíduo, mais inteligente ele parece ser; conhecimento interno, ou seja, a máquina inteligente se conhece, sabe o que pensa e o que precisa; conhecimento externo, inteligência envolve saber do mundo externo, saber colher e utilizar novas informações e ter recursos para manter memória, visto que experiências passadas auxiliam em novas; intenção, que é saber o que quer e o que precisa e planejar a melhor forma de conseguir e, por último, criatividade, que se configura desde determinar uma nova rota até mesmo uma nova forma de perceber algo mudando a percepção do mundo (SCHANK, 1987).

No momento, cientistas e empresários envolvidos com I.A. divergem sobre benefícios e riscos da I.A. Elon Musk, fundador da Tesla e da SpaceX, e Mustafa Suleyman, da empresa britânica DeepMind, de propriedade da Google e especializada em inteligência artificial, alertam sobre os risco que a I.A. trás para a humanidade. Outros, como o co-fundador da Deep Mind, Demis Hassabis, acredita que a evolução está, justamente, na I.A., que, para ele, ajudará a humanidade de maneiras inexplicáveis e, será através desta tecnologia que os seres humanos conseguirão evoluir. Sua pesquisa é fo-

cada nas noções de conhecimento e aprendizado da I.A., que é o tipo de característica essencial para a máquina desenvolver no ramo da ciência.

Independente dos riscos ou benefícios advindos da I.A. é certo que as atividades humanas, lentamente, serão substituídas pelas máquinas e robôs, sendo este é um dos principais reflexos da I.A. no mundo moderno. De modo a exemplificar esta substituição, existe a máquina Hadrian X, que foi desenvolvida em 2017, pela empresa australiana FastBrick Robotics, chamada de "Pedreiro Robótico", ergue, sem qualquer auxilio humano, uma casa ou até mesmo prédio em 48 horas bastando, para isso, que veja a planta da obra em 3D.

Entre os anos 1980 a 2000, houve um período de paralização, quase total, nos avanços tecnológicos. Porém, a partir de 2013, as tecnologias com I.A. aumentaram significativamente e a tendência é que o crescimento continue. De acordo com o estudo realizado pela Accenture Research em colaboração com a Frontier Economics, até 2035, as I.A. aumentarão em 40% a produtividade da civilização. Cada vez mais a I.A. estará presente no dia-a-dia do ser humano, estarão fazendo pequenas coisas, desde um reconhecimento de voz, até a construção civil, o que nem sempre será percebido plenos seres humanos (OVANESSOFF; PLASTINO, 2017).

2. Inteligência artificial no mundo

O Parlamento Europeu, em 2017, aprovou a criação de regras para robôs e sistemas de inteligência artificial. A iniciativa foi da Parlamentar Mady Delvaux, que trouxe para o debate as possíveis consequências jurídicas acerca das tecnologias atuais, principalmente, os carros autônomos, os robôs médicos, os drones (RPAS) e robôs cuidadores.

Quando a temática foi abordada no contexto da responsabilidade civil, determinou-se que a responsabilidade civil pelos danos causados por robôs é uma questão crucial, que precisa ser enfrentada. Com o intuito de garantir o mesmo nível de eficácia, de transparência e coerência na execução da segurança jurídica em toda a União Europeia, a fim de beneficiar todos os cidadãos, consumidores e empresas.

O Parlamento Europeu trouxe possíveis soluções legais para estabelecer regras aos robôs. Como por exemplo, a criação de um regime

de seguro obrigatório, em que os fabricantes ou proprietário de robôs seriam obrigados a subscrever, com o fim de cobrir os possíveis danos causados pelos seus robôs.

No entanto, a solução mais interessante sugerida pelo Parlamento é a criação de um estatuto jurídico específico, isto é, os robôs que são dotados de autonomia e que interagem com terceiros de forma independente passariam a ser determinados como detentores do estatuto de pessoas eletrônicas (eletronic persons). A personalidade eletrônica seria para que esses robôs mais sofisticados pudessem ser responsáveis por reparar eventuais danos que eles possam causar. A definição deste estatuto seria fundamental, inclusive para legislar sobre a forma que se daria o seguro o obrigatório que, de modo a não ofender os direitos do consumidor, deveria ser regulamentado por lei.

Estabelecer qual será o tratamento jurídico que os humanos darão aos robôs e I.A. é essencial para que os humanos se resguardem perante as novas tecnologias. Frente à possibilidade das máquinas causarem danos aos humanos, de forma autônoma e independente, é necessário que a lei indique como será feita a reparação dos danos.

Em 2016, a Microsoft criou um perfil no Twitter da sua I.A., a chamada @TayandYou. O objetivo era que ela interagisse com os adolescentes e aprendesse novos vocabulários. A Microsoft ressaltou, ainda, que "Quanto mais você falar com ela, mais inteligente ela fica" ("The more you chat with Tay the smarter she gets.") No entanto, o seu perfil foi deletado em menos de 24 horas, pois as conversas com a @TayandYou se estenderam a tweets racistas, homofóbicos, nazistas e misóginos (HUNT, 2016).

As publicações da @TayandYou provocam repercussões jurídicas, pois poderiam gerar responsabilização pelos danos causados. Como ressaltou Alexandre Atheniense: "As hipóteses de responsabilização pelos danos causados por uma máquina, a humanos, nos leva a repensar a nossa concepção do Direito, inclusive em suas áreas mais clássicas, como é o caso da responsabilização civil." (ATHENIENSE, 2017).

Em outubro de 2017, a robô Sophia, comandada por I.A, criada pela Hason Robotics, com sede em Hong Kong, teve sua nacionalidade reconhecida no Congresso da Iniciativa de Investimento Futuro na Arábia Saudita.

O reconhecimento da nacionalidade de uma I.A. e publicações de teor ofensivo acarretam diversas consequências jurídicas, o que demonstra e reforça a necessidade de ser definido qual o tratamento jurídico que os seres humanos darão às I.A.

3. Repercussão da inteligência artificial no âmbito jurídico

No desenvolver das pesquisas sobre I.A. vislumbra-se sobre sua utilização em vários setores da sociedade, com consequentes implicações nos ramos do saber.

A I.A. tornou-se uma área ampla de pesquisa, pois gera impactos em todas as áreas do conhecimento, como na Medicina, na Sociologia e no Direito. Em cada área do saber a repercussão é observada de ângulo diverso, ou seja, no campo da Medicina, o intuito é melhorar a qualidade de vida das pessoas, principalmente aquelas que sofrem com a deficiência física e motora ou até mesmo com problemas cerebrais. A Sociologia, por outro lado, tem outra proposta, que seria averiguar quais as mudanças sociais a I.A. trás e seus efeitos no âmbito da sociedade. O Direito, segundo Hans Kelsen:

> Com efeito, quando confrontamos uns com os outros os objetos que, em diferentes povos e em diferentes épocas, são designados como "Direito", resulta logo que todos eles se apresentam como ordens de conduta humana. Uma "ordem" e um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade (KELSEN, 2006, p. 22).

Em outras palavras, o objetivo do Direito é designar quais atos humanos atingem a ordem jurídica, a norma visa regulamentar as relações, tendo como finalidade impedir e solucionar eventuais conflitos. Com a constante mudança social, a norma, que é a exteriorização do Direito, deve ser adequada de acordo com as demandas sociais, o que ocorre através da hermenêutica jurídica. Segundo Carlos Maximiliano, a hermenêutica jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões

do Direito (MAXIMILIANO, 2011, p.1). Isto posto, a norma deve evoluir juntamente com a sociedade, pois o Direito é dinâmico.

A I.A. está presente em diversos contextos da vida do ser humano e, brevemente, estarão exercendo diversas atividades na sociedade o que trará reflexos na ordem jurídica.

Diante disso, primeiramente, é preciso delimitar qual é a conduta tutelada pelo Direito, para que seja possível estipular qual será o tratamento jurídico perante atos autônomos e voluntários praticados pela I.A.

De acordo com Hans Kelsen, as normas jurídicas regulam a conduta humana, de forma que a referência da conduta de um a outro indivíduo pode ser individual, isto é, a conduta humana é aquela que a norma vincula toda e qualquer pessoa, como no caso da norma que obriga o devedor a pagar ao credor determinada soma de dinheiro. Mas pode ser, também, de caráter coletivo, como a conduta que é regulada por uma norma que obriga ao serviço militar não é a conduta de um indivíduo em face de outro indivíduo determinado, mas sim, algo voltado para a coletividade (KELSEN, 2006, p.33).

Nesse sentido, no regime jurídico brasileiro atual, pelo fato de conduta ser especificamente humana, não há qualquer previsão de como as normas e o sistema jurídico enfrentará os efeitos de condutas praticadas pela I.A. Este tema ainda não foi enfrentado pelo legislador, haja vista que a criação de normas surge da necessidade de adequar a lei às novas demandas sociais. No entanto, é algo que deve ser debatido previamente, de modo a agir de modo preventivo, pois inevitavelmente a revolução tecnológica exigirá isso da lei.

Como lidar com as Inteligências Artificiais? Afinal, como exposto anteriormente, I.A. é uma entidade com plena capacidade raciocínio, autonomia e independência, não sendo mais apenas uma ferramenta utilizada pelos seres humanos.

4. Responsabilidade civil

Para melhor compreensão do tema, é pertinente fazer um repasso histórico do surgimento da responsabilidade civil.

As sociedades primitivas regidas pela ordem costumeira reagiam, imediatamente, às ofensas sofridas, de forma direta, violenta e espontâ-

nea. Considera-se que neste período predominava a vingança privada, isto é, àquele que sofreu o dano atingia a integridade física, ou mesmo a vida, daquele que cometeu o ilícito ou de algum membro de sua família.

Neste sentido, no direito romano, o marco inicial da responsabilidade civil é justamente na vingança privada. É a partir deste momento que se evidencia a necessidade de organizar as formas de reparação de danos.

De acordo com Wendell Lopes Barbosa de Souza, evoluindo, o Direito Romano, chega ao período da composição tarifada, regrada pelo poder público, conforme estabelecido na Lei da XII Tábuas, de 450 a.C. A lei definiu, para cada caso concreto, o valor da pena a ser paga pelo ofensor, substituindo a vingança privada que é abolida pela composição obrigatória (DE SOUZA, 2015, p.13).

Após este período, surge, no século III a.C, a Lei Aquilia, que, segundo Wendell Lopes Barbosa de Souza:

> A Lei Aquilia, embora não sistematizando a matéria, já esboçava um princípio de generalização com relação à reparação civil do dano, regulando o *damnum injuria datum*, que constituía seu último capítulo e parte mais importante, tendo proporcionado que os jurisconsultos do período clássico construíssem a verdadeira doutrina romana da responsabilidade civil extracontratual (DE SOUZA, 2015, p. 15).

A lei, neste momento, estabeleceu que o sujeito causador do dano teria que indenizar a vítima do evento danoso, havendo ressarcimento integral do prejuízo. O prejudicado, não receberia nem aquém nem além do seu desfalque patrimonial.

A teoria da responsabilidade somente se concretizou através de estudos elaborados pelo direito francês, que aperfeiçoou os princípios do direito romano, e estabeleceu princípios gerais da responsabilidade civil.

A reponsabilidade civil significa obrigar uma pessoa a reparar os danos moral e/ou patrimonial causado a terceiros. Pode advir de fato próprio, ou por ato de outrem, nesta hipótese quando o individuo é responsável por aquele que causou o dano, pois incidirá o dever jurídico de cuidado, guarda e vigilância, conforme estabelecido no artigo 932, do Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002).

Segundo Sérgio Cavalieri Filho, é possível dizer que toda conduta humana que violar dever jurídico originário e causar prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 24).

O próprio conceito de responsabilidade civil aduz que o ato ilícito deve ser produzido necessariamente por uma pessoa, um ser humano. Inclusive, Kelsen esclarece "As normas de uma ordem jurídica regulam a conduta humana" (KELSEN, 2006, p.33).

Entretanto, a imposição de obrigações, em razão da prática de atos ilícitos, sobre as pessoas jurídicas e a Administração Pública é possível. Porém, nem sempre foi assim, o que nos leva a outro momento histórico da evolução da responsabilidade civil.

Durante a época dos Estados absolutistas, não havia o que se falar de responsabilidade do Estado. Aplicava-se a teoria da irresponsabilidade, ou seja, com respaldado na soberania o Estado não podia ser responsabilizado, inclusive, utilizava-se do argumento de que era ele quem exercia a tutela do direto e por isso, não poderia agir contra ele mesmo.

No século XIX, admitiu-se, inicialmente, a responsabilidade do Estado, sob a égide do Direito Civil, apoiados na ideia de culpa, foi chamada teoria civilista da culpa.

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o primeiro passo no sentido de elaboração de teorias de responsabilidade do Estado segundo preceitos do direito público, abandonado o viés civilista, foi dado pela jurisprudência francesa, com o caso Blanco, ocorrido em 1873:

> a menina Agnès Blanco, ao atravessar uma rua da cidade de Bordeaux, foi colhida por uma vagoneta da Cia. Nacional de Manufatura do Fumo; seu pai promoveu ação civil de indenização, com base no princípio de que o Estado é civilmente responsável por prejuízos causados a terceiros, em decorrência da ação danosa de seus agentes. (DI PIETRO, 2017, p. 818).

O Estado sempre foi um ente que praticava atos com grandes repercussões jurídicas, contudo, até este momento, ele não era responsabilizado pelos danos por ele causados, por isso, o caso da Agnès Blanco foi um marco histórico para o direito administrativo, pois consolidou a responsabilidade objetiva do Estado.

A responsabilidade civil é algo amplo e, para compreendê-la, é necessário estabelecer a distinção entre obrigação e responsabilidade. De acordo com Cavalieri Filho a obrigação é sempre um dever jurídico originário. Já a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, consequente à violação de uma obrigação (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 24).

A responsabilidade civil divide-se em espécies, conforme Cavalieri Filho, se a responsabilidade tem por elemento básico uma conduta voluntária violadora de um dever jurídico, torna-se possível dividi-la em diferentes espécies, quais sejam: responsabilidade civil e penal, contratual e extracontratual, subjetiva e objetiva e a responsabilidade das relações de consumo. Tal divisão dependerá de onde provém esse dever e qual o elemento subjetivo dessa conduta, (CAVALIERI FILHO, 2005, p.36).

De acordo com Silvo de Salvo Venosa a responsabilidade civil é o resultado de um dano, direto ou indireto, causado a patrimônio de terceiro, por dolo, culpa ou simples fato, que deve ser ressarcido. Ainda, se o fato é descrito como delito, a responsabilidade civil não exclui a responsabilidade criminal, mas coexiste com ela (VENOSA, 2013, p. 261).

A responsabilidade pode ser objetiva ou subjetiva. A Administração Pública possui responsabilidade civil objetiva, ou seja, basta à conduta ilícita, o dano e o nexo causal, para que haja responsabilidade. E, a responsabilidade civil prevista no Código Civil Brasileiro é a subjetiva, que incidirá quando houver conduta ilícita, culpa, dano e nexo causal.

O fato gerador da responsabilidade civil é o ato ilícito causado por uma pessoa, isso significa que, se um animal selvagem, por exemplo, causar algum dano a um ser humano, a norma não incidirá sobre ele, pois o mesmo não é um sujeito de direitos e deveres.

Observa-se que responsabilidade civil foi sendo modificada de acordo com eventos sociais, isto é, conforme a "nova" sociedade exigia, até se consolidar no que é hoje. Diante disso, a I.A. vem para revolucionar, de maneiras inimagináveis, a sociedade atual, o que, consequentemente, gerará efeitos jurídicos diversos dos atuais e, por isso, a responsabilidade civil, será, novamente, um tema que deverá se adequar às novas situações.

Como dito anteriormente, a I.A. tende a se tornar cada vez mais independente, sendo capaz de praticar atos como os seres humanos e, por isso, pode praticar atos voluntários. Mas, seriam as I.A. sujeitos capazes de direito?

Hans Kelsen, de modo a definir o que seria a capacidade, disse:

> A teoria tradicional designa como capacidade (de gozo) de direitos a capacidade de um indivíduo para ser titular de direitos e deveres jurídicos ou para ser sujeito de direitos e deveres. Segundo o moderno Direito, todo indivíduo humano poderá ser sujeito de direitos e deveres. No Direito moderno já não há pessoas incapazes de direitos - Como os escravos. Porém, nem todas as pessoas têm capacidade de exercício. Os menores e os doentes mentais não têm capacidade de exercício. Por isso, estas pessoas têm, segundo o Direito moderno, representantes legais aos quais compete exercitar, por elas, os seus direitos, cumprir os seus deveres e criar, por elas, deveres e direitos através de negócios jurídicos. (KELSEN, 2006, p. 176).

Logo, para ser um sujeito de direitos e deveres jurídicos é preciso que haja capacidade, pois, sem ela, os indivíduos não conseguem exercer plenamente seus direitos, sendo, por isso, considerados incapazes. Nesse ponto, cumpre ressaltar, que os incapazes não estão desamparados pela norma, eles poderão exercer seus direitos e deveres por meio de representantes legais, que são dotados de capacidade para isso.

Ocorre que, o Direito foi criado pelo ser humano com o intuito de organizar a sociedade. Assim sendo, as normas só podem ser violadas pelo próprio ser humano, que é o único que tem a capacidade de ser titular de direitos e deveres. Essa capacidade surgiu em virtude da racionalidade da espécie, vez que são os únicos seres capazes de compreender e seguir as normas estabelecidas, favorecendo a vida em sociedade.

Diante dos avanços tecnológicos, os seres humanos criaram um sistema de I.A., presente em máquinas, que é capaz de raciocinar de forma equiparada aos seres humanos, sendo apta a agir como se humana fosse. Neste contexto, qual o tratamento adequado diante de uma conduta praticada por I.A.?

Primeiramente é preciso verificar se a conduta praticada pela I.A. não está programada, ou seja, averiguar se o comportamento que gerou o ilícito não foi algo que adveio do sistema. No caso positivo, isto é, se o dano foi em decorrência de uma falha no sistema, incide a responsabilidade prevista no Código de Defesa do Consumidor.

Por outro lado, sendo apurado que a conduta foi um ato voluntário da I.A., praticada com independência e autonomia, é evidente que este sistema deveria reparar os danos. Contudo, outro questionamento surge, como as I.A. poderiam reparar ou ressarcir eventuais danos causados por elas, voluntariamente, uma vez que não são sujeitos capazes de direitos e deveres e sequer são entidades detentoras de patrimônio ou bens.

Dessa forma, considerando os avanços tecnológicos da I.A. e a insuficiência do ordenamento jurídico atual em relação a está matéria, é fundamental definir como será a tratada a responsabilidade civil quando envolver I.A., cabendo aos juristas realizar a respectiva analise.

Considerações finais

É inquestionável que a I.A. representa temática inquietante e que, atualmente, gera considerável desconforto à sociedade. Entretanto é fundamental que o legislativo estabeleça regras e promova legislação pertinente de modo a prevenir eventuais conflitos, vale destacar, portanto, que, evidentemente, diante de novas circunstâncias o aplicador da lei vai adequando-a de acordo com nuances de casos concretos.

Atualmente, quando ocorre dano provocado por máquina, seja por defeito ou mau uso, a responsabilidade recai sobre o proprietário ou fornecedor, a depender do que causou o ilícito.

Neste sentido, considerando que a I.A. está cada vez mais presente na vida dos seres humanos, exercendo diversas atividades de forma independente e em virtude de possuírem a habilidade de aprender e serem dotadas de autonomia, a aplicação da norma vigente é insuficiente.

É inevitável estabelecer no ordenamento jurídico nacional tratamento para a I.A., assim como ocorreu com a responsabilização do Estado, no século XIX. O poder de tomar decisões com independência e a autonomia da vontade, torna a I.A. uma entidade capaz de praticar ato lesivo, o que gera responsabilidade jurídica.

Em primeiro lugar, é válido estabelecer como condição à compra de uma I.A. ou robô o seu registro e adesão a um seguro obrigatório. Nesse caso, se a I.A. causar qualquer dano que exija a reparação civil, o ressarcimento será feito por meio do seguro.

Com o seguro obrigatório, a responsabilidade do fabricante, proprietário e usuário fica limitada, o que trás segurança aos envolvidos e não desampara àquele que for vítima do dano. O registro é também de muita relevância, pois é através dele que será possível identificar e rastrear a parte responsável, tornando possível à vítima do evento danoso exigir a reparação dos eventuais danos morais e patrimoniais.

Enquanto não for possível responsabilizar diretamente a I.A., cabe aos juristas e estudiosos buscar limites e formas de lidar com a responsabilização dos atos praticados por ela. O controle sobre essas relações deve ser preventivo, com o fim de não gerar impunidade, sob o argumento de que I.A. é uma maquina e, por isso, não pode a norma incidir sobre condutas praticadas por ela.

Decisões tomadas pela I.A. podem esbarrar em questões éticas e de responsabilidade, por isso, é essencial que haja uma abordagem jurídica regendo a relação entre humanos e a I.A.

Por fim, a tecnologia serve para diversos propósitos, cabe ao ser humano fazer o melhor uso dela. Recentes avanços tecnológicos têm gerado desconforto, entretanto, em que pese a I.A. já estar disponível no mercado, a mudança estrutural na sociedade será paulatina e, caberá à sociedade, em especial aos legisladores e juristas estabelecerem normas e interpretações de modo a se preparar para as mudanças.

Referências

A PROPOSAL for the dartmouth summer research project on artificial intelligence. August 31, 1955. Disponível em: <http://www.formal.stanford.edu/jmc/history/dartmouth/dartmouth.html>. Acesso em: 02 out. 2018.

AMORIM, Paulo Henrique. **A responsabilidade civil do estado decorrente de danos ocasionados por fenômenos da natureza.** Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/5415-5407-1-PB.htm> Acesso em: 05 set. 2018.

ATHENIENSE, Alexandre. Inteligência artificial e o direito, jul. 2017. **JusBrasil.** Disponível em: <https://alexandre-atheniense.jusbra-

sil.com.br/artigos/467690643/a-inteligencia-artificial-e-o-direito>. Acesso em: 01 set. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CINTRA, Antonio Carlos Fontes. **Direito do Consumidor**. Niterói: Impetus, 2011.

DE SOUZA, Wendell Lopes Barbosa. A perspectiva histórica da responsabilidade civil**.** *In*: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; BENACCHIO, Marcelo (Coords). **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. Rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DOWD, Maureen. Vanity Fair, Estados Unidos da América, abril 2017. **Elon Musk's Billion-Dollar Crusade to Stop te A.I Apocalypse**. Disponível em: <https://www.vanityfair.com/news/2017/03/elon-musk-billion-dollar-crusade-to-stop-ai-space-x> Acesso em: 05 set. 2018.

ESTRADA, Manuel Martín Pino. **Inteligência Artificial e Direito**, 2015. Disponível em: <http://direitoeti.com.br/artigos/inteligencia-artificial-e-direito/>. Acesso em: 01 set. 2018.

EUROPEAN PARLIAMENT. **Relatório do Parlamento Europeu**. 27 jan. 2017. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=/EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0005+0+DOC+XML+V0//PT>. Acesso em: 01 set. 2018.

GIANCOLI, Brunno Pandori; ARAÚJO JÚNIOR, Marco Antonio. **Direito do Consumidor.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GOMES, Diego André Varjão Costa. A evolução histórica da responsabilidade do Estado. **Conteúdo Jurídico.** Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-evolucao-historica-da-responsabilidade-do-estado,55612.html>. Acesso em: 04 set. 2018.

HUNT, Elle. The Guardian, Inglaterra, 24 mar. 2016. Tay, Microsoft's AI chatbot, gets a crash course in racism from Twitter. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2016/mar/24/tay-microsofts-ai-chatbot-gets-a-crash-course-in-racism-from-twitter>. Acesso em: 02 set. 2018.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MONTEIRO, Carla. SAKATE, Marcelo. **Triunfos e Riscos da Inteligência Artificial**, 27 set. 2017. **Revista Veja**. ed 2549, ano 50, n 39, p. 74 – 79.

Inteligência Artificial. **O Arquivo**. Disponível em: <http://oarquivo.com.br/variedades/ciencia-e-tecnologia/3934-intelig%C3%AAncia-artificial.html>. Acesso em: 15 set. 2018.

OVANESSOFF, Armen, PLASTINO, Eduardo. Como a Inteligência Artificial pode acelerar o crescimento da América do Sul. **Accenture Research**, 2017. Disponível em: <https://www.accenture.com/br-pt/insight-artificial-intelligence-future-growth> Acesso em: 15 set. 2018.

SCHANK, Roger C. What is an AI, anyway? **AI Magazine** v. 8. n. 4, 1987.

SILVA, Ítalo. Triunfo Entretenimento. **Sophia a primeira IA a ganhar nacionalidade em um país.** 28 out. 2017. Disponível em: <http://entretenimento.triunfocorp.com.br/cienciaetecnologia/sophia-primeira-ia-ganhar-nacionalidade-em-um-pais/>. Acesso em: 03 set. 2018.

TURING, Alan**. Computação e Inteligência**. Tradução Fábio de Carvalho Hansem, 2013. Disponível em: <https://luciomarfernandes.wordpress.com/2013/06/22/computacao-e-inteligencia-alan-turing-traducao-de-fabio-de-carvalho-hansem/>. Acesso em: 01 set. 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo**. Direito civil**: parte geral. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

O cyberbullying e a limitação da liberdade de expressão no contexto cibernético

Gustavo Mendes de Oliveira Costa

Introdução:

A internet representa um marco histórico do século XX, revolucionando os meios de comunicação, o acesso à informação e a realização dos negócios em geral. Tratou-se de um avanço tecnológico que transformou a sociedade como um todo, culminando em novos desafios à serem solucionados pelo Direito, em todas as suas vertentes. Assim, o surgimento e crescimento exponencial das mídias sociais no mundo contemporâneo ensejam em um maior fluxo de informações, provenientes de fontes diversas, dificultando a verificação da autenticidade daquilo que está sendo compartilhado. Se, por um lado, houve a promoção da acessibilidade do conhecimento e informação, por outro, há grande dificuldade em distinguir o que é verdade e o que é falso. Em um enfoque temos a proliferação de mídias sociais que aumentam a interação entre as pessoas, porém em outro, a facilidade de acesso à essas redes sociais potencializaram as formas de manifestação de pensamentos, aumentando as possibilidades de ofensa à honra, à imagem, ao nome e à privacidade de terceiros.

A violência virtual tem embasamento em uma falsa impressão de que o ambiente digital não vincula-se ao ambiente real, sendo uma zona livre

de restrições de proibições e regulamentação estatal. Tal entendimento decorre do lento processo de adaptação do Direito à esses fenômenos virtuais, de modo que a produção de legislação que regulamenta essa temática, no Brasil e no mundo, é mais recente do que deveria. O presente texto objetiva analisar a previsão constitucional do direito de liberdade de expressão, tendo em vista as limitações oriundas de conflitos impostos pelo contexto digital, algo compreensivelmente impensável no contexto de promulgação da Constituição Federal de 1988. Essa análise ocorrerá com o enfoque no fenômeno do *cyberbullying*. Busca-se, em consonância, tratar das teorias interna e externa de restrição dos direitos fundamentais.

1. Bullying

Antes de abordar o fenômeno do *cyberbullying* e suas especificidades, faz-se mister explicar os entendimentos gerais à respeito do *bullying*, os seus entendimentos e a manifestação desse fenômeno na sociedade. Não é prudente estipular uma data para o surgimento da prática de *bullying*, tendo em vista que o mesmo sempre esteve presente nas relações sociais de, sobretudo, crianças e adolescentes. O que ocorre é que o termo antes não era empregado, tendo em vista que quase não existiam estudos a respeito desse fenômeno, por ser estimulada a naturalização da violência, física ou psicológica, no ambiente escolar. O comportamento associado ao *bullying* é ambíguo: se por um lado atraiu atenções na década de 70, por outro ele existe desde que existem crianças no mundo (RODRIGUES, 2013). Contudo, é possível apontar o pesquisador Dan Olweus como um dos pioneiros do estudo do fenômeno, compreendendo o *bullying* por três características: 1) a sua continuidade; 2) a prática intencional de ações negativas por parte daqueles que o praticam; e 3) A relação de poder assimétrica entre quem pratica e quem sofre o ato. Desse modo, tendo em vista as características relativas ao *bullying* levantadas por Olweus, a advogada Paula Lima Zanona define o *bullying* como a expressão utilizada para definir atos de violência física ou psicológica, repetitivos e intencionais, executados por um determinado indivíduo ou grupo e que causam dor e angústia (ZANONA, 2017). Assim, o emprego dessa expressão está constantemente relacionado com a violência,

intimidação, ameaça, maus-tratos, humilhação, constrangimento entre outros. A Pesquisa Nacional de Saúde Escolar, feita pelo IBGE, em 2015, revelou que cerca de 21,5% os alunos de escolas privadas e 19,5% dos alunos de escolas públicas afirmaram que haviam praticado *bullying* com seus colegas nos 30 dias anteriores à pesquisa. Tais dados comprovam a grande incidência dessa conduta no contexto brasileiro.

2. Cyberbullying

O *cyberbullying* pode ser compreendido, preliminarmente, como o *bullying* realizado no meio digital, dependendo do uso da internet como um instrumento para a prática da conduta. O entendimento da interface entre o *bullying* e a internet perpassa pela compreensão do que seria o meio digital. Nessa perspectiva, são levantadas algumas questões: É correto dizer que há um espaço digital? Seria a internet um espaço? Ou seria mais propriamente um instrumento?

O advento da internet e suas tecnologias de informação culminaram na criação de um ambiente até então inédito de troca de informações, possibilitando a execução de relações comerciais e a comunicação. É, conforme afirma o autor Flúvio Cardinelle Oliveira Garcia, um novo espaço de convivência e interação humana, configurando-se em um ambiente virtual heterogêneo (GARCIA,2008).

Desse modo, o ambiente virtual extrapola todas as noções até então concebidas de territorialidade, transcendendo as fronteiras entre países e não se subjugando ao domínio exclusivo de Estado algum. Da mesma maneira, esse ambiente virtual não se limita à uma única cultura ou à um grupo de culturas específicas, não está intrínseco aos aspectos de um só povo, da mesma forma que não há um único povo que frequenta o espaço digital.

O filósofo Pierre Lévy, em suas pesquisas e estudos à respeito, afirma:

> O ponto fundamental é que o ciberespaço, conexão de computadores do planeta e dispositivo de comunicação ao mesmo tempo coletivo e interativo, não é uma infraestrutura: é uma forma de usar as infraestruturas existentes e de extrapolar seus recursos por meio de uma inventividade distribuída e incessante que é indissociavelmente social e técnica [...] o ciberespaço não é uma

> infraestrutura territorial e industrial clássica, mas um processo tecnossocial auto-organizador, finalizado a curto prazo por um Imperativo categórico de conexão (a interconexão é um fim em si) visando de forma mais ou menos clara um ideal de inteligência coletiva que já está amplamente em prática.

A compreensão de Lévy à respeito do ciberespaço é um marco jurídico no tratamento do direito digital, sendo recorrente em qualquer análise sobre o tema. Em adição à essa tese, Ricardo Luis Lorenzetti defende que a natureza não-territorial e comunicativa do espaço cibernético faz deste um espaço-movimento, no qual "tudo muda a respeito de tudo, ou seja, o espaço virtual não é sequer assemelhado ao espaço real, porque não está fixo nem é localizável mediante o sentido empírico como, por exemplo, o tato" (LORENZETTI, 2004).

Realizada a definição do espaço cibernético, é necessário diferenciá-lo da internet. O autor Omar Kaminski afirma que o primeiro se revela como uma construção inteiramente artificial, criada pelo homem e seus sistemas informáticos, que identifica um espaço virtual, sem domínio físico e, portanto, desarraigado de qualquer território geográfico, onde os internautas interagem por meio da infraestrutura tecnológica da rede mundial de computadores (KAMINSKI, 2006). Dessa conceituação, é possível entender a Internet como a infraestrutura tecnológica que cria e organiza o espaço cibernético, sendo este uma realidade virtual totalmente dependente da Internet. Assim, é correto afirmar que os dois conceitos possuem uma relação de complementariedade, ou, até mesmo, de dependência. Entretanto, seria imprudente classificar ambos como algo único, sinônimos.

Tendo em vista a compreensão do significado de ambiente cibernético, é possível aprofundar-se nas particularidades atinentes ao *cyberbullying*. Apesar de ser oriunda do *bullying*, essa nova temática apresenta um *modus operandi* próprio, justamente por envolver diretamente o uso de recursos tecnológicos na execução das práticas típicas do *bullying* tradicional. Assim, a violência psicológica caracterizante do *bullying* passa a ser disseminada e praticada por meio de publicações e comentários em redes sociais, de modo repetitivo. A prática ganha, dessa maneira, uma nova roupagem, justamente por potencializar o alcance dessas

ofensas e garantir uma falsa impressão de anonimato aos ofensores. Em consonância, a autora Nancy Willard estabelece[148]:

> Digital aggression (cyberbullying) involves use of digital technologies to intentionally engage in hurtful acts directed towards another, including sending or posting hurtful material in a manner that is repeated or widely distributed.

A utilização do meio tecnológico para a realização da conduta atribui efeitos diferentes para a pessoa ofendida, tendo em vista que as redes sociais possibilitam que os ofensores criem perfis falsos, criando a percepção errônea de pluralidade dos agressores para a vítima de *bullying*. As mídias também auxiliam na perpetuação temporal daquelas ofensas, possibilitando que todos leiam as publicações reiteradas vezes, sem conseguirem se afastar daquele ambiente por manterem-se conectadas, resultando no sofrimento continuado por um mesmo ato. A autora Liliana Andreia Suspiro Rodrigues aborda essa questão da seguinte maneira:

> O cyberbullying difere do bullying tradicional pois pode ter continuidade fora do espaço físico escolar, dada a possibilidade de a vítima estar sempre contactável, graças às tecnologias da comunicação. Por outro lado, quando ocorre um episódio de bullying, outras pessoas podem estar no local e presenciar as agressões (Olweus, 1993), enquanto que no cyberbullying as agressões podem ser publicadas online para o público em geral, podendo ser vistas por todos, quer conheçam ou não a vítima (Campos, 2009).

É mister apontar, nessa perspectiva, que o *cyberbullying* pode gerar impactos negativos na integridade psicológica dos ofendidos e não pode ser banalizado ou visto como algo natural. A conduta deve ser observada e combatida, visando a preservação de determinados direitos intrínsecos ao ser humano. Para superar um problema, o primeiro passo evidentemente é reconhece-lo como tal. Desse modo, surgem iniciativas jurídicas para

148. Agressão digital (cyberbullying) envolve o uso de tecnologias digitais para intencionalmente engajar em atos dolorosos direcionados ao outro, incluindo o envio ou postagens de material ofensivo, de uma maneira repetitiva ou largamente distribuída (Tradução Livre).

regulamentar de modo mais abrangente essa conduta, com normas legais específicas para os atos ilícitos que ocorrem no ambiente cibernético.

3.1 O cyberbullying na perspectiva do direito

3.1.1 Contexto histórico da regulamentação da internet

Levantada a problemática do *cyberbullying* é necessário afirmar que é compreensível a atuação demorada do Direito em compreender essa questão, sendo uma característica própria do mesmo a regulamentação posterior aos problemas gerados por um fato novo, em respeito ao princípio da legalidade, elemento basilar do Direito.

No que tange o contexto mundial de regulamentação das mídias, a Lei de telecomunicações de 1996, promulgada nos EUA, é um paradigma consolidado para o estudo do início de regulamentação do ciberespaço. Isso ocorre porque a referida lei foi a primeira a regular o uso da internet nos Estados Unidos. Em resposta à essa lei, foi criada a Declaração de Independência do Ciberespaço, uma carta escrita por John Perry Barlow como resposta à regulamentação da internet. O objetivo da carta era defender a liberdade do espaço cibernético e a ausência de regulamentação estatal e interferência dos Estados nesse contexto, conforme o referido, trecho:

> Estamos criando o nosso próprio Contrato Social. Essa maneira de governar surgirá de acordo com as condições do nosso mundo, não do seu. Nosso mundo é diferente. O espaço cibernético consiste em ideias, transações e relacionamentos próprios, tabelados como uma onda parada na rede das nossas comunicações. Nosso é um mundo que está ao mesmo tempo em todos os lugares e em nenhum lugar, mas não é onde pessoas vivem. Estamos criando um mundo que todos poderão entrar sem privilégios ou preconceitos de acordo com a raça, poder econômico, força militar ou lugar de nascimento. Estamos criando um mundo onde qualquer um em qualquer lugar poderá expressar suas opiniões, não importando quão singular, sem temer que seja coagido ao silêncio ou conformidade. Seus conceitos legais sobre propriedade, ex-

> pressão, identidade, movimento e contexto não se aplicam a nós. Eles são baseados na matéria. Não há nenhuma matéria aqui.

O texto acima é extremamente rico, tendo em vista que discute as relações de Poder e liberdade, referindo-se à criação de um novo contrato social para imperar no espaço cibernético. Apesar do documento embarcar uma série de ricas discussões a respeito da regulamentação estatal do ambiente cibernético, na presente análise a sua exposição tem como objetivo demonstrar a perspectiva liberal pela qual a internet era tratada em seu contexto de disseminação. Isso não enseja em uma total falta de regulamentação no referido ambiente, como ressalta a análise do autor Flúvio Cardinelle Oliveira Garcia, a própria Declaração de Independência do Ciberespaço possibilita uma auto-regulação da sociedade virtual em detrimento a eventual coerção imposta pela lei estatal, o que, a rigor, não deixa de ser uma espécie de regulamentação.

A respeito dessa propriedade de auto-regulação do ambiente cibernético, é mister frisar que há um empasse entre os pesquisadores do Direito Digital. Se por um lado há autores que defendem a auto-regulação desse ambiente, citando inclusive outras manifestações dessa espécie de regulamentação na sociedade, por outro, temos muitos doutrinários que contrariam essa tese, acreditando que essa responsabilidade pertence ao Direito. Em síntese, é possível apontar três correntes doutrinárias distintas a respeito da regulamentação do ambiente cibernético: 1) aqueles que optam pela auto-regulação; 2) aqueles que defendem somente a aplicação da *lex stricta*, na forma do poder estatal; e, 3) aqueles que defendem a combinação harmônica entre as duas formas anteriores. Essa divergência existe na medida em que o espaço cibernético possibilita diversas ações que caracterizam-se como violações de direitos e princípios comuns ao Direito, de modo que muitas vezes a auto-regulação não seria suficiente para deter e coibir essas manifestações.

Nessa perspectiva, é incorreto pensar que antes da regulamentação do ambiente digital, o mesmo era isento de observação das leis e do Direito. O ordenamento jurídico brasileiro já possuía previsão constitucional, penal e civil para os delitos provenientes da prática de *cyberbullying*, salvaguardando o bem-jurídico das vítimas.

3.1.2 O tratamento jurídico do cyberbullying no Brasil

No âmbito constitucional, a Constituição Cidadã de 1988 institui o Estado Democrático de Direito no país, apresentando a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos. Ainda, em seu artigo 5º, incisos IV, V, X, está estabelecida a inviolabilidade da intimidade, vida privada, a honra e a imagem das pessoas, sendo vedado o anonimato, de modo que a violação desses direitos está passível de indenização por danos materiais ou morais. O princípio da dignidade humana é um ponto de bastante profundidade teórica, cuja interpretação extrapola a mera leitura do enunciado. Na perspectiva kantiana esse fundamento baseia-se em tratar as pessoas como um fim em si mesmo, e não como um objetivo no qual são atribuídas outras finalidades. Assim, não seria possível atribuir um preço para a vida, o que a classificaria como uma dignidade. Visando abordar toda a abrangência do princípio da dignidade humana, o doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet afirma:

> Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram 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.

Desse modo, o princípio da dignidade humana não compreende somente as garantias de condições fisiológicas mínimas para a sobrevivência, mas também garante a preservação da imagem e honra da pessoa perante uma sociedade.

Ao analisar as condutas caracterizantes do *cyberbullyng*, é perceptível a vinculação do mesmo com a violação dos direitos elencados nos arts.1º e 5º da CRFB/88. A ofensa virtual, por ser dotada de rápida dispersão e ampla publicidade, causa danos à imagem e a honra da pessoa

ofendida. Assim, torna-se importante apresentar os arts. 186 e 927 do Código Civil brasileiro:

> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.
>
> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
>
> Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Desse modo, as práticas oriundas do *cyberbullying* são consideradas atos ilícitos na visão do Direito Civil, estando passíveis ao pagamento de indenizações. Isso implica na existência de responsabilidade civil, na visão do Direito brasileiro, dentro do ambiente cibernético. Em adição, é fundamental ressaltar que a prática do *cyberbullying* envolve, muitas vezes, pessoas menores de 18 anos e, portanto, inimputáveis. A inimputabilidade do agente não ensejará em uma falta de responsabilização ou punição para o ilícito praticado, tendo em vista que o próprio Código Civil possibilita, no art. 932, a responsabilização dos pais e tutores desses jovens. Na mesma medida, estende-se também a aplicação da responsabilidade civil aos curadores e empregadores, nas formas previstas por lei:

> Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:
> I-os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;
>
> II- o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;
>
> III- o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

O Direito Civil brasileiro não é o único código em nosso ordenamento jurídico que trata da temática em questão. O Código Penal também dispõe

de leis que regulam práticas típicas do *cyberbullying*, mais especificamente nos tipos penais calúnia, difamação e injúria, presentes nos arts. 138,139 e 140 do referido código. Entretanto, é fundamental ressaltar que essas leis não foram elaboradas tendo em vista a regulamentação da conduta em análise, ainda que a interpretação das mesmas compreenda as práticas adotadas no *cyberbullying*, não são leis específicas sobre essa matéria específica, mas leis gerais pensadas em contextos diversos de aplicação.

Assim, é correto afirmar que a primeira lei criada com o intuito de tratar o uso do ambiente cibernético com maior profundidade no Brasil foi a Lei 12.965/14, também conhecida como Marco Civil da Internet. O objetivo do da referida lei foi estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, sendo o marco inicial de uma atuação mais ativa do Estado brasileiro na regulamentação do espaço cibernético, ainda que concomitantemente à ideia de auto-regulação das redes. Em observância com a temática trabalhada no presente artigo, vale destacar que o Marco Civil da Internet garante o direito à privacidade e à liberdade de expressão, como características basilares da norma em questão.

> Art. 8º A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.

Desse modo, a liberdade de expressão é um direito amplamente defendido no referido texto legal, o que enseja em uma posterior discussão à cerca dos limites desse direito, quando postos em choque com outros direitos constitucionais. Tal discussão é imprescindível para a análise da prática do *cyberbullying* e a constitucionalidade de suas implicações legais. O conflito em questão é extremamente atual e bastante recorrente no âmbito do Direito, tendo em vista que é difícil perceber os limites do Direito à liberdade de expressão.

Após abordar a promulgação do Marco Civil da Internet no Brasil, é possível dar continuidade à discussão a respeito da legislação brasileira sobre o tema. O Estado brasileiro segue assumindo mais responsabilidades à respeito do ambiente cibernético, instituindo, inclusive, uma lei para tratar especificamente da questão do *bullying*. De modo que, se an-

tes os conceitos de *bullying* e *cyberbullying* só podiam ser construídos com bases estritamente doutrinárias, agora temos uma via legal que estabelece o seu próprio entendimento sobre o conceito do termo. A promulgação da Lei 13.185/15 é, portanto, um grande avanço no que tange ao enfrentamento dessa conduta, tendo em vista que reconhece a seriedade desse problema e os seus impactos no país. Visou-se, com a lei em análise, a criação de um Programa de Combate à Intimidação Sistemática (Bullying) em todo o território nacional. Ocorre que, ainda que em linhas gerais a Lei 3.185/15 represente um importante passo de garantia aos preceitos constitucionais de honra e dignidade humana, é importante apontar que o texto legal não estabelece nenhuma punição para os agentes das condutas que visa combater. Pelo contrário, o inciso VIII do artigo 8º da referida lei estabelece que deve ser evitada a punição dos agressores. Ainda que a falta de punição não implique na falta de responsabilização do agente e não tenha como objetivo banalizar a conduta tipificada, os legisladores optaram por não estabelecer taxativamente os meios pelos quais essa responsabilização ocorrerá. Assim, o posicionamento do presente estudo é no sentido de que a falta de taxatividade da lei implica em um empecilho para a eficácia do Programa proposto, ainda que seja uma iniciativa louvável e que represente um avanço no combate ao *cyberbullying*.

3.2 Limites ao direito de liberdade de expressão

A liberdade de expressão é um direito intrinsecamente relacionado à responsabilidade. Toda ação pode gerar consequências, sejam estas positiva ou não, de modo que ao expressar algo, o agente se responsabiliza por aquilo que foi dito ou realizado, ainda que não seja responsável pela mensagem que terceiros extraem de suas ações. Desse modo, a liberdade de expressão é um direito de todos, mas na medida que esse Direito é exercido, torna-se também um dever de responsabilidade para com conteúdo que foi expresso. O direito de liberdade de expressão é reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro por meio de normas internas e externas presentes nos artigos 5º, inciso IX, da CRFB/88 e artigo XIX, da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948.

Nesse interim, percebe-se que a liberdade de expressão está diretamente ligada com a experiência democrática, garantindo a opinião livre e a manifestação de pensamentos. A liberdade de expressão está contida nos direitos de personalidade, que são um conjunto de bens jurídicos que individualizam a pessoa humana. Contudo, nenhum direito fundamental pode ser tratado de modo absoluto, há que se impor limites à esses direitos, na medida que é natural que eles se encontrem em conflitos entre si. O mesmo vale para a liberdade de expressão, que não pode ser praticada de modo tão abrangente que alcance e viole direitos fundamentais alheios. Assim, ao defender a limitação dos direitos fundamentais, busca-se a preservação dos direitos individuais em consonância com o respeito aos direitos coletivos. Afinal, como afirma José Afonso da Silva, embora a liberdade de expressão seja de interesse da coletividade, ela é imputada ao indivíduo.

Tratando da limitação da liberdade de expressão, é impossível abranger todos os posicionamentos e divergências doutrinarias sobre o tema, embora seja possível apontar duas teorias que possuem maior destaque: a teoria dos limites imanentes e a aplicação do método de ponderação de valores.

A teoria dos limites imanentes atua na teoria interna dos limites dos direitos fundamentais. A teoria interna defende que um direito fundamental existe desde sempre com o seu conteúdo determinado, assim o direito já nasceria com os seus limites. Os limites imanentes consistem em fronteiras invisíveis, implícitas, internas ao próprio direito. Em contrapartida, o método de ponderação de valores relaciona-se com a teoria externa de limites dos direitos fundamentais, que defende que há, de forma dissociada, o direito em si e as suas restrições. Destarte, as restrições são criadas para evitar a colisão de direitos fundamentais. Essa restrição ocorre pelo método de ponderação de valores, como um elemento da proporcionalidade. A proporcionalidade está subdividida em três máximas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Nesse sentido, Robert Alexy defende que a ponderação é representada pelo elemento parcial da proporcionalidade em sentido estrito e para chegar a ela, antes, é necessário passar pela adequação e pela necessidade, pois existe uma ordem a ser obedecida.

Independente da teoria adotada para restringir o direito à liberdade de expressão, fato é que a possibilidade de limitação do referido direito é consagrada pela vasta maioria da doutrina, tendo em vista a preservação dos demais direitos à honra, imagem, privacidade e o princípio da dignidade humana.

Conclusão

O presente artigo teve como objetivo analisar os impactos do advento da Internet ao Direito, estabelecendo como foco teórico o direito fundamental de liberdade de expressão sob a perspectiva do surgimento de uma nova prática lesiva ao direito: o *cyberbullying*. Visou-se compreender, de modo mais profundo, as particularidades dessa questão tão atinente à contemporaneidade. Foram abordadas as transformações sociais decorrentes do advento da Internet e o tratamento das particularidades do *bullying* e *cyberbullying*, sem perder de vista a distinção das duas práticas. Estudou-se os conflitos e avanços da concepção e sistematização do espaço cibernético ao Direito, apresentando abordagens filosóficas e jurídicas sobre o fenômeno em questão. E, por último, foi realizada a análise da constitucionalidade da restrição do direito de liberdade de expressão, abordando como marco teórico as teorias interna e externa de limites aos direitos fundamentais. Dessa maneira, concluiu-se, com o presente estudo, que o *cyberbullying* não pode ser encarado como algo inofensivo, tendo em vista que viola e agride diversos direitos fundamentais individuais. Em adição, entende-se que o mundo cibernético deve ser regulado pelo Estado, respeitando também os princípios de auto-regulação desse ambiente. Nessa perspectiva, a posição deste estudo vai de encontro ao entendimento jurisprudencial que posiciona o *cyberbullying* como um dos muitos limites existentes ao direito de liberdade de expressão.

Referências bibliográficas:

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

BARLOW, John Perry. **Declaração de independência do ciberespaço**. Davos, Suiça: 08.02.1996. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/ciber/textos/barlow.htm>. Acesso em: 04.10.2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Seandor, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. 1a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Lei 13.185, de 6 de novembro de 2015**. Programa de Combate à Intimidação Sistemática (Bullying).** Diário Oficial da União da União, Brasília, 11 nov. 2015.

BRASIL. Lei 12.965, de 23 de abril de 2014. **Marco Civil da Internet**. Diário Oficial da União, Brasília, 23 de abr. 2014.

CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**. Convenção Interamericana sobre os direitos humanos: assinada na Conferência especializada interamericana sobre direitos humanos**, San José, Costa Rica, 22 de novembro de 1969. Disponível em: < http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 28 set. 2018

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; MAGALHÃES, Clarissa Aguilar; REZENDE, Sophia Galbas. Breves apontamentos sobre a liberdade de expressão. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira (Orgs). **Uma breve (re)construção do Direito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

GARCIA, Flúvio Cardinelle Oliveira**. Ciberespaço: formas de regulamentação.** Revista Jus Navigandi**,** ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1907, 20 set. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11747>. Acesso em: 4 out. 2018.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **PENSE – Pesquisa Nacional de Saúde do Escolar, 2015**. [online] Disponível na

internet em <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv97870.pdf>. Acesso em: 05.10.18

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 58.

KAMINSKI, Omar. **Internet legal: o direito da tecnologia da informação: doutrina e jurisprudência.** Curitiba: Juruá, 2003 (4ª tiragem, 2006), p. 71.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Trad. Carlos Irineu da Costa. São Paulo: 34, 1999 (Coleção TRANS). Título original: Cyberculture, p. 193-195.

LORENZETTI, Ricardo Luis**. Comércio eletrônico.** Trad. Fabiano Menke. São Paulo: RT, 2004, p. 30-32.

OLWEUS, D. **Bullying at school**. Oxford: Blackwell, 1993.

RODRIGUES, Liliana Andreia Suspiro. **Cyberbullying: um fenómeno emergente nos jovens portugueses**. Coimbra. Mestrado em Ciência da Educação, especialidade em Supervisão Pedagógica e Formação de Formadores. Faculdade de Psicologia e de Ciências da Educação da Universidade de Coimbra, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

VIANA, Janile Lima; MAIA, Cinthia Meneses; ALBUQUERQUE, Paulo Germano Barrozo de. O CYBERBULLYING E OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, [s.l.], v. 7, n. 3, p.7-25, 6 fev. 2018. Centro de Ensino Unificado de Brasilia. http://dx.doi.org/10.5102/rbpp.v7i3.4915.

WILLARD, Nancy. **Cyberbullying, Sexting and Predators, Oh My! Addressing Youth Risk in the Digital Age in a Positive and**

Restorative Manner. Disponível em: <http://www. embrace-civility.org/wp-content/uploadsnew/2011/10/digitalrisk.pdf>. Acesso em 05.10.2018.

ZANONA, Paula Lima. ZANONA, P. L. . **Cyberbullying Brasil e Portugal**. Direito Digital - Coletânea de Artigos. Disponível em: < https://docplayer.com.br/72418569-Direito-digital-coletanea-de-artigos.html>. Acesso em 20.09.2018

Enfrentamento à ciberpedofilia para a proteção da criança e adolescente

Maria Lenir Rodrigues Pinheiro
Nina Soraya Pinheiro de Jesus

Introdução

A *internet* está presente em nosso cotidiano, principalmente fazendo parte da vida das crianças e adolescentes que nascem inseridas nesse mundo virtual, com acesso a diversos tipos de aparelhos informatizados, informações sem limitações, nos defrontamos com uma grande preocupação a ser enfrentada pela nossa sociedade, a ciberpedofilia.

Com os avanços tecnológicos, especialmente a internet, a sociedade teve acesso a muitos benefícios e vantagens; mas ela trouxe também diferentes modalidades de delitos, por conta da sensação de liberdade e anonimato proporcionados pelas sociais, dentre elas, a ciberpedofilia.

A pedofilia é definida por doença de transtorno sexual, caracterizada pela perversão sexual, onde ocorre a atração sexual de um indivíduo adulto, direcionada para crianças pré-púberes ou no início da puberdade; a ciberpedofilia é a prática da pedofilia por meio da internet que tomou grandes proporções com a produção de pornografia infantil ou sua divulgação.

Abordar-se-á, neste trabalho as questões concernentes à ciberpedofilia, a sua tipificação como crime, assim como os aspectos que dificul-

tam a identificação dos ciberpedófilos e a grande necessidade de regulamentação da utilização do ciberespaço visando a proteção da criança e adolescentes que foi amenizado com a tipificação criminal de delitos informáticos pela Lei nº 12.737/12.

Destacar-se-á os preceitos constitucionais que garantem a proteção da criança e do adolescente, bem como, também os dispositivos infraconstitucionais que concretizam essa proteção, como o Código Penal e Estatuto da Criança e do Adolescente. Serão apresentadas as diversas visões doutrinárias citadas no decorrer deste para que se fixe a importância de tal assunto dentro do ordenamento jurídico.

A relevância da temática é atual e, neste trabalho, se indicará a responsabilidade conjunta dos pais, da família, comunidade, sociedade e Poder Público na busca de medidas protetivas para a garantia à integridade física, mental, social e moral da criança e adolescente, enfrentando, desta forma, a ciberpedofilia, protegendo-as dos ciberpedófilos.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação o Método utilizado foi o Indutivo, na fase de Tratamento dos Dados, o Cartesiano e foram acionadas as técnicas da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

1. Um olhar técnico sobre a pedofilia

Pedofilia é uma palavra de origem greco-latina composta pelos seguintes elementos: o grego *paidíon, paidós* que significa criança e *filia* – amizade, carinho, benevolência-**,** composta por *philein* – amor - e *philos* – amante, amigo Inicialmente, a palavra indicava alguém que gosta de crianças; entretanto, com o passar do tempo, seu significado passou a ser aplicado à perversão que leva uma pessoa a ter atração sexual por crianças.

Furlaneto Neto (2004, p. 6) tece considerações acerca do afastamento etimológico da palavra e destaca que

> [...] na medida em que o gostar ultrapassa limites razoáveis de comportamento, o termo pedofilia passa a ter outras dimensões, conforme abordado pela Medicina Legal e pela Psiquiatria. A pedofilia é uma espécie de parafilia – transtorno de identidade do gênero – caracterizada quando o portador de pedofilia satisfaz sua

> lascívia com criança ou adolescente. Assim, a exploração sexual infanto-juvenil está criminalizada por vários tipos penais, dentre os quais o estupro de vulnerável e os crimes previstos nos artigos 241 e 241-A a E, do Estatuto da Criança e do Adolescente, em que o autor de tais crimes pode ser ou não portador de pedofilia.

A pedofilia também definida como parafilia por alguns estudiosos, é, desta forma, a atração sexual de um indivíduo adulto ou adolescente direcionada a uma criança. Os pedófilos sentem atração tanto por meninas quanto por meninos, com preferência por meninas, em regra, com menos de 13 anos de idade, cujas atividades incluem: despir a criança e olhá-la, expor-se para elas, masturbar-se na sua presença, acariciá-la, engajar-se em sexo oral com a criança e penetrar-lhe a vagina, a boca ou o ânus com os dedos ou com o pênis, com uso ou não de força (a criança não estar ciente da natureza inapropriada da ação) ou ameaças de punições para impedi-las de relatar aos outros as atividades (HOLMES, 1997).

Nesse aspecto, conveniente a conceituação de Alves (2002, s.p), para quem pedofilia é "um distúrbio de conduta sexual, com desejo compulsivo de um adulto por crianças ou adolescentes, podendo ter característica homossexual ou heterossexual [...] tendo como causas a sexualidade reprimida, a má distribuição de renda e os desvios de personalidade."

A Organização Mundial da Saúde (OMS), por meio de sua Classificação Internacional de Doenças – CID, apresenta a seguinte classificação: CID 10 – F65 = Transtorno da preferência sexual; CID 10 – F65.4 = Pedofilia (MEDICINANET, 2018).

Desta feita, de acordo com a classificação supra, temos que a pedofilia é definida como enfermidade, "preferência sexual por crianças, quer se trate de meninos, meninas ou de crianças de um ou outro sexo, geralmente pré-púberes ou no início da puberdade", tratando-a como transtorno de personalidade e de comportamento (MEDICINANET, 2018).

De acordo com o divulgado pela Associação de Psiquiatras Americanos, para a caracterização do pedófilo faz-se necessário o cumprimento de três requisitos constantes no DSM-IV (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, 4th edition*): 1º) o indivíduo tenha por um período de ao menos seis meses intensa atração sexual, fantasias sexuais ou outro comportamento de caráter sexual por crianças (meno-

res de 13 anos de idade ou que não esteja na puberdade); 2º) o indivíduo decide por realizar seus desejos, seu comportamento é afetado por seus desejos, e/ou tais desejos causam estresse ou dificuldades intra e/ou interpessoais; 3º) o indivíduo possuir mais do que 16 anos de idade, e é ao menos cinco anos mais velha do que a(s) criança(s) citada(s) no critério. Este critério não se aplica exatamente a indivíduos com 12-13 anos de idade ou mais, envolvidos em um relacionamento amoroso (namoro) com um indivíduo ao final da adolescência - entre 17 e 20 anos de idade. (AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, 2000).

Não podemos olvidar que a ciberpedofilia também é praticada por mulheres. Desta forma, conforme afirma a CID-10, "a pedofilia raramente é identificada em mulheres". Além dessa especificidade, há quem associe os homossexuais aos pedófilos (FELIPE, 2006).

Questão interessante é quanto à existência ou não de tratamento os pedófilos. Muitas técnicas vêm sendo aplicadas, como tratamento com medicamentos que alteram o impulso sexual, terapias comportamentais e psicoterapias, terapia cognitivo-comportamental, choques elétricos, "castração química judicial" - tratamento imposto por condenação judicial -, utilização, em homens, de medicamentos disponíveis para o câncer de próstata, e hormônios femininos, para diminuir a libido, e evitando-se abusos sexuais antes que aconteçam (OLIVEIRA, 2015).

Não é necessário que o indivíduo coloque seus desejos em prática para que o mesmo seja identificado como pedófilo. Ao abordar a questão conceitual, sobre o indivíduo a ser considerado pedófilo, Salter esclarece:

> Há um subgrupo de abusadores de crianças que fazem isso apenas porque são atraídos sexualmente por elas. Há aqueles que cometem o abuso porque são antissociais ou mesmo psicóticos e simplesmente sentem que têm o direito. Há ainda outros que usam a criança para obter uma intimidade, que são tímidos ou deficientes demais para obter de adultos. E há outros que abusam por razões que não entendemos de forma alguma. (SALTER, 2009).

Há quem defenda que a pedofilia não é crime e sim uma doença, podendo o pedófilo nunca praticar o crime. Neste ponto é relevante citar os dispositivos do nosso Código Penal – CP que falam sobre os

crimes sexuais, que violam a dignidade, como o estupro (art. 213 do CP), molestamento, coação sexual (art. 216-A, do CP) e estupro de vulnerável (art. 217-A, do CP).

A despeito de ser crime ou enfermidade, França (2004, p. 141) pontua que a referida doença em indivíduos de baixa renda, quase sempre vem acompanhada do consumo de bebidas alcoólicas e em muitos casos envolvem contatos incestuosos com filhos, enteados ou parentes próximos, por vezes associado aos maus-tratos às crianças e divulgação de imagens em sítios nas redes sociais, visitados por pervertidos.

Destarte, segundo a norma do nosso país, aquele que pratica ato criminoso deve ser punido, como dispõe o art. 227, §4º da Constituição Federal[149] que prevê punição severa para o abuso, a violência e a exploração sexual de crianças e adolescentes, bem como o art. 240 da Lei 8.069/90 que pretende punir a produção, reprodução, filmagem, registro de cenas entre outros meios que contenham sexo explícito ou pornográfico envolvendo crianças e adolescentes, com pena de reclusão de quatro a oito anos.

2. A criminalização da pedofilia e a ciberpedofilia

São indiscutíveis as vantagens e progresso advindos da tecnologia pelos meios de comunicação, agregando ao homem um novo modo de vida. Entretanto, a *internet*, maior representante desse progresso, com toda a sua praticidade e benefícios, trouxe consigo, os cibercrimes.

Côrrea ao citar Barret (2002, p. 43) pondera que os "crimes digitais seriam todos aqueles relacionados às informações arquivadas ou em trânsito entre computadores e seus dispositivos telemáticos, sendo esses dados acessados de forma ilícita, que por sua vez serão usados para expor, ameaçar ou fraudar; sendo indispensável para tal prática, a utilização de um meio eletrônico."

A grande dificuldade é a identificação dos cibercriminosos, como pondera Santos *et al (2010, p. 10):* "[...] este novo meio de interação social surge um ambiente propício à ação de criminosos que utilizando desta ferramenta a seu favor tendem a cometer atos prejudiciais à coletividade."

149. Art. 227, § 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

Sobre essa dificuldade, Kaminski aduz que:

> É preciso que a sociedade tenha em mente que o crime está sempre à frente da polícia, e o que define se essa polícia é eficiente, ou não, é a distância entre o crime e a polícia, para que diminua o crime deve-se maximizar a cooperação entre as policias nacionais e internacionais, treinando policiais com técnicas atualizadas de investigações que sejam rápidas e eficientes como exige a era digital. Há algum tempo o FBI vem formando os *Cybercops*, isto é, policiais especializados para o combate desses crimes considerados o desafio criminal do século. (KAMINSKI, 2008)

Há uma grande dificuldade em combater os crimes ocorridos pela *internet*. Os cibercrimes desafiam o sistema jurídico brasileiro, diante da impunidade dos criminosos que ficam impunes, devido à grande dificuldade de sua identificação do infrator e a ausência de instrumentalidade da Lei nº 12.737/2012, que tipifica os crimes informáticos.

Nesta esteira, dentre os cibercrimes, nos deparamos com a pedofilia virtual ou ciberpedofilia, caracterizada pela exposição na internet ou em qualquer outro meio de comunicação, de situações envolvendo crianças ou adolescentes em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas.

A *internet* possibilita os mais diversos desfrutes sexuais para os pedófilos, uma dessas modalidades está demonstrada pela pornografia infantil propriamente dita, em decorrência da facilidade de acesso a vasto material pornográfico envolvendo crianças e adolescentes, alimentando a ciberpedofilia ou pedofilia virtual, que se consuma com a exploração sexual infantil.

Apesar de no Brasil considerar-se criança e adolescente – ECA, para efeito de aplicação legal, a definição constante no art. 2º do ECA, no qual se afirma que criança é aquela que tem doze anos incompletos e adolescente seria a pessoa entre os 12 e os 18 anos, ainda resta controvérsia, diante da definição adotada pela OMS, que leva em consideração os aspectos biológicos, para feitos de exame de casos de pedofilia.

Os pedófilos cometem o crime de abuso de crianças ou produção de pornografia infantil, sendo este último o mais praticado pelos ciberpedófilos, nos exatos termos do art. 240 da Lei nº 8.069/90, que tem a finalidade de combater à produção, venda e distribuição de pornografia

infantil, assim como a aquisição e posse de tal material, além de outras condutas que estejam relacionadas à pedofila na internet.

Importante pontuar que o ECA ampliou as hipóteses envolventes da pornografia infantil a fim de abranger os cibercrimes, como o art. 241-A do ECA, alterado pela Lei nº 11.829/2008; de igual forma, alterou o ECA (art. 241-B a 241-E) com o fim de aprimorar o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizar a aquisição e a posse de tal material e outras relacionadas à pedofilia na internet.

Em 2012 foi sancionada a Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012 que promoveu algumas alterações no Código Penal Brasileiro, ao tipificar os crimes informáticos que ocorrem no ciberespaço, começando a descortinar o nosso ordenamento jurídico em relação aos cibercrimes.

Após dois anos, temos a Lei nº 12.965/2014, conhecida como o Marco Civil da Internet, cujo objeto é a regulamentação do uso da internet e consequentemente dos cibercrimes, com a instituição de princípios, garantias, direitos e obrigações para os usuários e Estado, dando um novo direcionando, antes inexistente.

Nesta esteira, afirmam Rodrigues e Simas Filho que:

> A psicóloga Dalka Chaves de Almeida Ferrari, coordenadora do Centro de Referência às Vítimas de Violências do Instituto Sedes Sapientiae – CNRV –, na capital paulista, também alerta para os perigos virtuais a que estão expostas as crianças. "Pela via online é mais fácil aliciar os pequenos", afirma. Foi identificado, segundo Dalka, que o público-alvo desses aliciadores são crianças internautas com oito anos em média. "É que, nessa idade, as crianças têm pouca, ou quase nenhuma, capacidade de evitar o assédio ou resistir a ele", explica.(RODRIGUES E SIMAS FILHO, 2004)

A forma de abordagem utilizadas pelos ciberpedófilos são diversas, utilizam-se, segundo Rodigues e Simas Filho (2004, p. 50-55), de mecanismos habilidosos como: utilização de linguagem infantil, perfis falsos com o objetivo de cesso conquistar a criança e pré-adolescente para a prática sexual ou buscar nessa criança o objeto para a exposição de fotografias em situações eróticas ou ainda "jogar para as crianças imagens pornográficas sem a menor cerimônia e, a partir delas, estabelecer um

vínculo promíscuo", utilizando-se de links "entre uma palavra comum ao vocabulário das crianças – como, por exemplo: kids, Mickey, ninfetas, chiquititas e outras – e os mecanismos de busca".

Dentre os diversos problemas encontrados para a penalização dos ciberpedófilos, está, a territorialidade; em nosso país, o criminoso virtual identificado só será alcançado pela lei se estiver em território nacional e como ciberpedofilia é ultrapassa as fronteiras e cada país tem legislação própria, dificultando o combate à pedofilia virtual.(RODRIGUES, Alan; SIMAS FILHO, 2004)

Diante dessas condutas é relevante chamar à responsabilidade, para a proteção da criança e adolescente, toda a sociedade, para a garantia dos direitos fundamentais, conforme disposto nos art. 4º, 18 e 70 do ECA, pois somente assim, haverá um enfrentamento no combate contra as práticas abusivas dos pedófilos e ciberpedófilos.

3. Enfrentamento à ciberpedofilia.

É importante destacar, que o combate contra a exploração sexual de crianças e adolescentes por esses meios virtuais, consiste em informar sobre o dever de todos de zelar pelos direitos das crianças e adolescentes, bem como incentivar que sejam realizadas denúncias das páginas de internet que promovam ou publiquem imagens, vídeos e dados de pornografia.

É fundamental que haja a conscientização da comunidade, sociedade e do Estado, quanto ao seu papel de zelar pelos direitos e pela integridade das crianças e adolescentes, assim como é primordial.um diálogo aberto entre os entes familiares, sendo esse o meio mais eficaz para evitar futuros problemas. Devem os pais conversar e conscientizar seus filhos sobre como utilizar a *internet* de maneira segura.

O primeiro passo seria educar as pessoas sobre a melhor maneira de utilizarem a *internet* da melhor forma possível, ou seja, aproveitarem e usufruírem de todos os recursos que essa rede proporciona. Além disso, conscientizá-los sobre os perigos que se escondem no ambiente virtual, aconselhando sobre as maneiras de se proteger dos delitos e de ter mais segurança ao utilizarem essa ferramenta.

Para tanto, tendo em vista que o alvo da ciberpedofilia são pessoas que estão em pleno desenvolvimento, inclusive moral, o resgate de va-

lores ético-sociais fundamentais constituem-se em poderoso alheado nessa árdua batalha de combate aos ciberpedófilos. Tal tese é defendida por Garcia e Furlaneto Neto, como se constata abaixo:

> **Os princípios constitucionais aplicados com força normativa permitem o resgate dos valores ético-sociais mais comuns, que devem ser diariamente resgatados**. Na Internet, isso significa compatibilizar as condutas que vêm se firmando numa autodisciplina com as decisões judiciais sobre conflitos na rede. A Internet é um espaço propício para o exercício das aptidões de consciência e responsabilidade, isto é eticidade. Isto se dá porque a rede proporciona recursos aos usuários para manifestarem seu pensamento e denunciarem violações às leis morais fundamentadoras dos princípios fundamentais constitucionalmente assegurados. (GARCIA E FURLANETO NETO, 2012). **grifo nosso**

Desta feita, qualquer informação postada nas redes sociais pode circular o mundo todo, inclusive com exposição indevida de imagens de conteúdo sexual, potencializando danos em diferentes áreas, principalmente em crianças e adolescentes que estão em desenvolvimento e esse desenvolvimento é integral, ou seja, físico, mental, social, espiritual e moral.

Em nosso país, a ONG Safernet Brasil[150] realizou levantamento, considerando dados fornecidos pela Polícia Federal e Ministério Público, onde constatou que o compartilhamento de fotos íntimas em endereços eletrônicos e aplicativos de smartphone dobrou nos últimos anos. O levantamento releva que em 2013, a organização assistiu 101 casos, enquanto no ano de 2012, contabilizou 48 denúncias em que pessoas tiveram imagens íntimas disseminadas ilegalmente na Internet (TOMAZ, 2015).

Em outra pesquisa, realizada pela Safernet, no ano de 2013, constatou-se que 20% de 2.834 jovens brasileiros entrevistados declararam ter recebido conteúdo erótico e sexual, envolvendo ou não a prática do *sexting*[151],

150. Organização não governamental, sem fins lucrativos, que reúne profissionais com a missão de defender e promover os direitos humanos na Internet.

151. O termo *sexting*, que advém da aglutinação das palavras sex (sexo) e texting (enviando mensagens – usualmente por meios eletrônicos), representa o envio unilateral ou recíproco de conteúdo sexual na rede mundial de computadores

e que 6% deles afirmaram terem repassado as mensagens para terceiros (Tomaz, 2015).

Vejamos o levantamento divulgado pela Safernet:

Tabela – Levantamento estatístico demonstrando o perfil das vítimas de sexting

Gênero	Faixa Etária
Feminino: 77,14%	10-12 anos: 7,14%
Masculino: 22,86%	13-15 anos: 35,71%
	16-17 anos: 17,86%
	18-25 anos: 32,14%
	acima de 25 anos: 7,15%

Fonte: SAFERNET (2015).

Com o fito de otimizar o enfrentamento às violações de Direitos que acontecem via *intenet*, o governo federal criou o Humaniza Redes – Pacto Nacional de Enfrentamento às Violações de Direitos Humanos na Internet, para garantir mais segurança na rede, principalmente para as crianças e adolescentes, coordenado pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República em parceria com a Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, Secretaria de Políticas para as Mulheres, Ministério da Educação, Ministério das Comunicações e Ministério da Justiça e será composto por três eixos de atuação: denúncia, prevenção e segurança, com a proposta de garantir aos usuários brasileiros, com prioridade às crianças e adolescentes, uma Internet livre de violações de Direitos Humanos (Humaniza Redes, 2015).

A atuação do Humaniza Redes tem o foco específico na denúncia e prevenção das violações dos direitos da criança e adolescente, enfrentando, dessa forma, os ciberpedófilos e combatendo a ciberpedofilia:

> Como cada vez mais pessoas usam a internet diariamente, e a maioria desses usuários é composta de jovens de menos de 25 anos, é fundamental que seja construído um ambiente livre de violações e seguro, principalmente para as crianças e jovens. [...] Por isso, o Humaniza Redes vai zelar pelo uso responsável da internet e aplicativos, com a divulgação de dicas de segurança aos usuários da rede, com apoio de entidades provedoras de aplicações de internet, que ampliarão suas iniciativas de promoção de um ambiente digital legal e seguro, que contribua para a construção de uma sociedade inclusiva, não discriminatória e livre de abusos. [...] O MEC e a SDH disponibilizarão orientações para professores, pais e alunos sobre a importância de uma internet segura e livre de violações de Direitos Humanos. (Humaniza Redes, 2015)

Segundo Morais (2018, s. p), a SaferNet define algumas medidas que podem ser tomadas pelos pais para evitarem que seus filhos sejam assediados por ciberpedófilos, entre elas estão:

1. Usar o computador e a internet junto com a criança, criando condições para que as crianças lhe mostre os sites por que navega;
2. Instalar o computador em um cômodo comum da casa, ao qual todos tenham acesso;
3. Sempre que puder, verificar as contas dos e-mails das crianças;
4. Procurar saber quais os serviços de segurança usado nos computadores das escolas e das *lan houses* frequentadas por seus filhos;
5. Orientar seus filhos a não se encontrarem com pessoas que conheceram pela internet;
6. Instruir as crianças a não postarem fotos pela internet;
7. Ensinar as crianças a não divulgarem dados pessoais (idade, endereço e telefone) em salas de bate-papo;
8. Dizer às crianças para nunca responderem a mensagens insinuantes ou agressivas;
9. Explicar para as crianças os perigos da pedofilia na internet;

10. Conhecer os amigos que a criança faz no mundo virtual. Assim como podem surgir boas amizades, também podem aparecer pessoas com más intenções;
11. Explicar à criança que muitas coisas vistas na Internet podem ser verdade, mas também podem não ser. Porém a principal delas é que os pais tenha uma comunicação com os filhos, essa conversa entre pais e filhos é a melhor arma contra os perigos da pedofilia na internet.

Os meios ainda são poucos em número e eficácia; acredita-se que a consciência e divulgação da relevância do combate à ciberpedofilia está conseguindo cada vez mais adeptos, o que facilitará o papel e a atuação do Estado frente a esta situação e aplicabilidade da legislação susomencionada como meios de coibir a prática dos ciberpedófilos.

Considerações finais

A ciberpedofilia é uma das principais violações de direitos na internet, sendo a pornografia infantil, prática ligada à pedofilia. No ordenamento brasileiro não há o crime intitulado da "pedofilia", por esta tratar-se de um transtorno de personalidade, considerada, esta forma, uma enfermidade que necessita de tratamento e controle.

Entretanto, as práticas advindas dos comportamentos do pedófilo e suas consequências são consideradas crimes. Desta forma, o abuso de crianças ou adolescentes, a produção de pornografia infantil, sua veiculação ou quaisquer usos indevidos, principalmente utilizando as redes sociais é que constituem danos e os ciberpedófilos ser punidos nos termos da lei.

Um dos maiores problemas enfrentados, quando se trata da ciberpedofília, não é a falta de legislação, mas a identificação dos ciberpedófilos, que são difíceis de serem localizados devido ao anonimato proporcionado pela internet e os provedores não passam as informações suficientes para que se chegue até os indivíduos que praticam a ciberpedofilia por meio das redes sociais.

Em nosso país, a nossa Carta Magna dispõe sobre a proteção à criança e adolescente como exposto neste trabalho, assim como se ob-

serva um grande avanço na regulamentação de práticas criminosas no ciberespaço, como a Lei nº 12.737/12 e o Marco Civil da Internet, a Lei nº 12.965/14, que assim como o Código Penal, o Estatuto da Criança e do Adolescente tipificam os atos pedófilos enquadrados nas condutas dos crimes contras a dignidade sexual, com especial atenção às vítimas, quando essas são crianças ou adolescentes.

Como medidas de enfrentamento à prática da ciberpedofilia e seus desdobramentos, verifica-se que há necessidade de ação maior, mais abrangente de forma a levar mais segurança à internet (espaço aberto e livre) impedindo que os direitos da criança e adolescente sejam violados pelos ciberpedófilos e assim, possam desenvolver-se normalmente de forma integral como disposto no Estatuto da Criança e Adolescente.

Os familiares tem um papel preponderante no monitoramento das crianças e adolescentes quanto ao uso do ambiente virtual, devendo ser fiscalizadas com mais afinco, ter uma atenta observação quanto a comportamentos atípicos e a verificação dos sítios que as crianças e adolescentes estão utilizando, e com isso implantar um meio de uso de forma restrita ou determinada, sendo sempre assistida ou vinculada aos dispositivos dos responsáveis de forma que se possa ter total controle sobre o conteúdo que estes estão utilizando.

Assim, somente por meio das ações conjuntas entre família, sociedade e Poder Público, com a finalidade de sempre proteger a integridade, o desenvolvimento das crianças e adolescentes é que se poderá assegurar e zelar pelos seus direitos fundamentais para que não fiquem tão vulneráveis e expostos aos ciberpedófilos e, às vítimas, a disponibilização do acompanhamento psicológico para que possam recuperar-se dos danos e voltar a conviver em sociedade.

Referências

ALVES, Eliana Calmon. **Pedofilia.** Brasília, DF,2002. Disponível em: >http://www.bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/346>. Acesso em 28 jul 2018

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. **Diagnostic and statistical manual of mental disorders**. 4th ed. Washington, DC, 2000.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.** Brasília: DF, 1988

BRASIL. **Lei n.º 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente Brasília, DF, 1990.

BRASIL. **Lei n.º 11.829**, de 25 de novembro de 2008. Altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, para aprimorar o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizar a aquisição e a posse de tal material e outras condutas relacionadas à pedofilia na internet. Brasília, DF, 2008

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos Jurídicos da Internet**. 2ª ed - São Paulo: Saraiva, 2002.

FELIPE, Jane. **Afinal, quem é mesmo pedófilo?** Cadernos Pagu (26), Núcleo de Estudos de Gênero – Pagu/Unicamp, 2006, p.213

FRANÇA, Genival Veloso de. **Fundamentos de Medicina Legal.** São Paulo: Guanabara- Koogan 2004.

FURLANETO NETO, Mário. **Pedofilia: das bases etimológica, médico-legal e psiquiátrica aos reflexos no direito penal**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.12, n.145, dez. 2004.

GARCIA, Bruna Pinotti; FURLANETO NETO, Mário. **Internet: conflitos de princípios fundamenta**is. In: Revista de Estudos Jurídicos UNESP, São Paulo, v. 16, 2012.

HOLMES, David S. **Psicologia dos Transtornos Mentais,** tradução Sandra Costa. – 2 ed.- Porto Alegre: Artmed, 1997.

HUMANIZA REDES. **Institucional. Governo Federal.** Disponível em: <http://www.humanizaredes.gov.br>. Acesso em 5 set 2018.

KAMINSKI, Omar. **Internet Legal: O Direito na Tecnologia da Informação**. Curitiba: Editora Juruá, 1ª edição, 2003, 6ª tiragem, 2008

MEDICINANET. **CID 10.** Disponível em: <http://www.medicanet.com.br/cid10/ 1555/f65_transtornos_da_preferencia_sexual.htm>. Acesso em 5 set 2018

MORAIS, Lucas Andrade de. **Ciberpedofilia: os crimes de pedofília praticados através da internet.** Conteúdo Juridico, Brasilia-DF: 27 abr. 2018. Disponivel em: <http:// www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590609&seo=1>. Acesso em: 6 set. 2018

OLIVEIRA, Alessandro Jose de. **Pedofilias**: doenças e delitos. Tese apresentada ao Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas. Campinas, SP: [s.n.], 2015.

OLIVEIRA, Bruna Machado de; e*t. ali.*. **Crimes virtuais e a legislação brasileira**. In**:** (Re)pensando direito**.** Revista do Curso em Graduação em Direito do Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo-EDIESA. Ano 7. n. 13, jan/jun. 2017

RODRIGUES, Alan; SIMAS FILHO, Mario. **Perigo Digital**. Revista IstoÉ, Rio de Janeiro, nº 182.927, p. 50-55, out. 2004. Disponível em: https://istoe.com.br/9581_perigo+digital/. Acesso em 3 set 2018

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. 12 ed rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

SAFERNET. Indicadores. **ONG Safernet Brasil.** Disponível em: http://indicadores.safernet.org.br: Acesso em 15 ago 2018.

SALTER, ANNA. **Predadores Pedófilos Estupradores e outros Agressores Sexuais**. São Paulo: M.Bookd do Brasil Ed. Ltda, 2009.

SANTOS, Gustavo de Oliveira; ANDRADE, Izabella Lucena Medeiros de; MORAIS, Lucas Andrade de. **A Responsabilidade Civil dos Estabelecimentos Fornecedores de Serviço de Acesso à Internet nos "Cybercrimes".** Unieducar**,** Fortaleza, ano XI, n. 4880, 20/01/2010. Disponível em: http://www.unieducar.org.br/artigos.asp?cod=2&id= 1139;. Acesso em: 8 set 2018.

TOMAZ, Kleber. **Vítimas de nude selfie e sexting na internet dobram no Brasil, diz ONG.** G1, São Paulo, 14. abr. 2014. Tecn-

ologia e Games. Disponível em: http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2014/04/vitimas-de-nude-selfie-e-sexting-na-internet-dobram-no-brasil-diz-ong.html>. Acesso em 15 ago 2018.

A aplicabilidade do direito ao esquecimento no âmbito da internet: uma análise jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça

Carolina Lopes da Silva

Introdução

Fala-se, no presente, em sociedade da informação, sociedade em que notícias são veiculadas instantaneamente na rede mundial de computadores, ambiente que ocupou o lugar dos jornais, revistas, bem como da mídia televisiva. Consequentemente, a memória tornou-se uma regra instituída na sociedade contemporânea devido a democratização da internet, vindo a conflitar com o desejo de quem quer ser esquecido por atos praticados em tempos remotos.

Ocorre que o direito ao esquecimento não está expresso no ordenamento jurídico brasileiro, ensejando inúmeras interpretações e receios acerca de sua definição. Dessa forma, o problema a ser enfrentado será verificar qual o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça quanto a aplicabilidade do direito ao esquecimento no que tange as publicações na internet.

Destarte, o artigo fora dividido em duas partes. Em um primeiro momento será estabelecido a estrutura do direito ao esquecimento, onde se

iniciará suscitando a necessidade de proteger o indivíduo com o advento da internet através do direito ao esquecimento para, posteriormente, ser descrito como esse direito surgiu no Brasil.

A segunda parte fora destinada para análise da aplicabilidade desse direito, onde realizou-se um levantamento no site do Superior Tribunal de Justiça nos dias 27, 28, 29 de abril e 13 de junho de 2018. Assim, através das palavras-chave direito ao esquecimento mesmo internet e direito ao esquecimento, restaram 3 acórdãos e 4 decisões monocráticas a serem analisadas detalhadamente para, em seguida, verificar a situação desse tema perante o Supremo Tribunal Federal.

Por conseguinte, esse artigo não esgota todos os aspectos do direito ao esquecimento, mas traça os seus principais pontos, a fim de contribuir com a formação do conceito desse direito quando relacionado à rede mundial de computadores, bem como compreender qual o posicionamento atual do Superior Tribunal de Justiça.

1. Estrutura do direito ao esquecimento

Devido o crescente uso da rede mundial de computadores surge a necessidade de proteger os indivíduos, devendo-se observar a evolução do direito conforme as mudanças sofridas pela sociedade. Nessa perspectiva surge a necessidade de se falar do direito ao esquecimento, o qual será esclarecido no primeiro subtítulo para, posteriormente, analisar como o debate sobre esse tema surgiu no ordenamento jurídico brasileiro.

1.1 O direito ao esquecimento como forma de proteger o indivíduo em decorrência da internet

Apesar de a internet ter sido criada na década de 1960 (CASTELLS, 2005, p.44), foi no final do século XX (PINHEIRO, 2010, p. 50) que ela ganhou a devida força, consolidando-se nas diversas classes sociais, nas diversas regiões e presente no mundo todo, resultando em uma mudança cultural na vida das pessoas. De ferramenta criada com o único objetivo de ser utilizada em eventual guerra nuclear, a internet passou a ser uma ferramenta indispensável em todas as esferas da

atividade humana, tendo o seu desenvolvimento acarretado no surgimento de uma nova realidade, da chamada "sociedade da informação".

Ocorre que a expansão da rede mundial de computadores fez com que fatos anteriormente reservados para a vida privada passassem a ser compartilhados com o público, principalmente pelo fato de a internet ter propiciado facilidade na divulgação e coleta de informações, as quais obtém um alcance nunca presenciado na história.

O inconveniente se instala quando essas informações se referem à determinada pessoa, cujo conteúdo invade a sua privacidade, provocando aborrecimento, vergonha, infelicidade ou até mesmo sentimento de humilhação. "De igual modo, destacam-se aquelas informações que produzem malefícios às pessoas por violarem os seus mais elevados segredos, expondo-as ao ridículo, à execração pública, provocando danos incomensuráveis." (GUERRA, 2004, p. 2).

Assim, da mesma forma que a sociedade se transforma o direito também deve se modificar, a fim de acompanhar tais transformações. Como consequência, o direito à privacidade, previsto no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, resultou em vários desdobramentos conforme a evolução da sociedade, tanto que, atualmente, se desdobra em direito à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem e, por sua vez, ao direito ao esquecimento.

O direito ao esquecimento refere-se ao direito de não ser lembrado reiteradamente por fatos pretéritos que se tornaram incompatíveis com o seu presente, fatos que não possuem relevância histórica, tampouco interesse social, passíveis de prejudicar a sua identidade atual, com o objetivo de assegurar o livre desenvolvimento de sua personalidade. Em Maldonado (2017, p. 96-97), encontra-se o seguinte esclarecimento acerca do direito ao esquecimento:

> Em termos simplistas, pode assim ser desenhado o quadro atinente ao Direito ao Esquecimento: a sociedade como um todo possui o direito de obter informações, inclusive as pretéritas, sobre fato ou indivíduo.
>
> De outra parte, é possível que tais informações antigas sejam prejudiciais a uma determinada pessoa e, ademais, que não mais ostentem qualquer interesse público na atualidade.

> Para tal indivíduo emerge, pois, em tese, o Direito ao Esquecimento, assim entendido como a possibilidade de alijar-se do conhecimento de terceiros uma específica informação que, muito embora seja verdadeira e que, preteritamente, fosse considerada relevante, não mais ostenta interesse público em razão de anacronismo.

De resto, em que pese o artigo se concentrar no direito ao esquecimento no âmbito da internet, notório informar que esse direito teve o seu surgimento antes do advento da rede mundial de computadores. Com isso, destaca-se que o direito ao esquecimento fora suscitado pela primeira vez, de forma expressa, na década de 60, na França, o denominado *droit a l'oubli*[70] (CARELLO, 2017, p. 42-43). Todavia, tem-se a equivocada ideia de ser um direito novo pelo fato de somente ter sido discutido em uma instância extraordinária brasileira no ano de 2013, ante a interposição de dois Recursos Especiais perante o Superior Tribunal de Justiça, como será visto no próximo subtítulo.

1.2 A aparição do direito ao esquecimento no Brasil

O direito ao esquecimento ganhou força no Brasil ante aprovação, em março de 2013, do Enunciado n. 531 na VI Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal, contendo o seguinte teor: "a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento". A justificativa, por sua vez, foi baseada nos seguintes termos:

> Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou

70. O caso referiu-se ao pedido de uma ex-amante de um serial killer para que fosse reconhecido o seu direito ao esquecimento em razão de ter sido divulgado um filme que narrava fatos de sua vida passada com o criminoso. Todavia, o direito não foi reconhecido, tendo em vista que a própria requerente havia publicado um livro onde narrava todos os fatos.

> reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.[71]

Percebe-se que o enunciado deixa claro que, apesar do direito ao esquecimento ter sua origem na esfera criminal, ele adquire demasiada importância com o advento das novas tecnologias de informação. Como descrito por Consalter (2017, p. 181), "[...] embora seja utilizado atualmente na esfera criminal quando se trata da reabilitação criminal, o direito ao esquecimento pode ser invocado civilmente a fim de tutelar outros direitos do indivíduo: o de querer – ou poder exigir – que lhe deixem sozinho [...]".

Não obstante, foi com o julgamento dos Recursos Especiais nº 1.335.153 e 1.334.097 que o direito ao esquecimento ganhou maior visibilidade, sendo ambos os recursos da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgados em 2013, cuja relatoria coube ao Ministro Luis Felipe Salomão. Em que pese não tratar de casos em que se discute a aplicabilidade do direito ao esquecimento no âmbito da internet, e sim na mídia televisiva, constituem julgados de extrema relevância para compreensão dos critérios adotados pelo Tribunal.

O Recurso Especial nº 1.335.153[72] fora interposto pelos irmãos Nelson, Roberto, Waldir e Mauricio Curi em face da Globo Comunicações e Participações S.A. O pedido se deu em razão da TV Globo ter divulgado o nome e a imagem da irmã dos demandantes – Aída Curi – 50 anos após seu homicídio, perante encenação no programa Linha Direta-Justiça. Em contrapartida, o Recurso Especial nº 1.334.097[73] fora interposto

71. BRASIL. Justiça Federal. Enunciados aprovados na VI Jornada de Direito Civil. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vijornadadireitocivil2013-web.pdf. Acesso em: 03 abr. 2018.

72. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.335.153 / RJ. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 maio 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num_registro=201100574280&data=20130910&formato=PDF. Acesso em: 5 set. 2017.

73. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.334.097 / RJ. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 maio 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/me-

pela Globo Comunicações e Participações S.A em face de Jurandir Gomes de França, tendo como origem a ação de indenização interposta pelo recorrido em razão da utilização não autorizada de sua imagem e nome perante, também, o programa Linha Direta-Justiça, ao retratar do fato conhecido como Chacina da Candelária, onde o recorrido fora acusado de ser coautor, vindo a ser absolvido posteriormente.

Em um primeiro momento a fundamentação utilizada pelo Ministro fora praticamente a mesma, ocorrendo o devido reconhecimento de que o conflito existente entre a liberdade de informação e os direitos de personalidades ganham novo teor com o advento da tecnologia. Consequentemente, fora asseverado que não necessariamente toda vez que houver interesse público este terá que prevalecer em prol da privacidade ou intimidade do indivíduo, assim como não se deve confundir interesse público com interesse **do** público, sendo este "[...] guiado, no mais das vezes, por sentimento de execração pública, praceamento da pessoa humana, condenação sumária e vingança continuada". (STJ, Resp. 1.334.097, 2013, p. 38).

Em seguida, o Ministro delimita a controvérsia em torno da ausência de contemporaneidade; se o simples fato de a notícia não ser atual ensejaria o direito ao esquecimento requerido pelos autores. Ademais, fora asseverado que por mais grave que tenha sido o fato, o mesmo não deve permanecer constantemente na memória de todos os cidadãos, salvo nos casos de crimes históricos, como o caso Doroty Stang.

Até esse momento a fundamentação era similar, vindo a sofrer uma mudança drástica no final. No primeiro recurso, referente à Aída Curi, verificou-se não ser possível reconhecer o direito ao esquecimento, pois em razão dos fatos narrados serem referentes ao seu homicídio brutal seria inviável contar a sua história sem falar da própria vítima. Por outro lado, ao decidir o segundo Recurso Especial o Ministro Luis Felipe Salomão alegou que a "[...] história seria bem contada e de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional". (STJ, Resp. 1.334.097, 2013, p. 47).

Verifica-se que os critérios adotados para o não provimento dos respectivos recursos não foram critérios muito sólidos, permanecendo o

diado/?componente=ITA&sequencial=1239004&num_registro=201201449107&data=20130910&formato=PDF. Acesso em: 5 set. 2017.

direito ao esquecimento no Brasil como um tema ainda demasiadamente aberto. Em razão da tamanha complexidade desse tema, principalmente quando no âmbito da internet, em que há grande probabilidade de não conseguir excluir determinada notícia de todos os meios em que fora disponibilizada, é que o exaurimento desse assunto se torna irreal, fazendo-se de suma importância a análise de como esse direito vem sendo aplicado pelos Tribunais, em especial pelo Superior Tribunal de Justiça.

2. Aplicabilidade do direito ao esquecimento

A segunda parte destinar-se-á para a verificação jurisprudencial sobre o direito ao esquecimento no Superior Tribunal de Justiça, vez que fora o primeiro Tribunal de instância extraordinária a tratar sobre esse tema no Brasil. Feita esta análise, passar-se-á para a verificação de como esta matéria está sendo tratada no Supremo Tribunal Federal.

2.1 Análise jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça

Em razão de o objetivo ser verificar a aplicabilidade do direito ao esquecimento de modo expresso, quando os julgadores e até mesmo as partes estão cientes do direito a ser assegurado, a pesquisa jurisprudencial foi realizada tão somente através de tal terminologia. Dessa forma, a ênfase da pesquisa se dará na análise de sete decisões do Superior Tribunal de Justiça, cujos argumentos utilizados serão demonstrados a seguir:

Argumentos que fundamentam o reconhecimento do direito ao esquecimento	Processo nº
Há que se reconhecer o direito ao esquecimento, tendo em vista que os fatos ocorreram antes da vigência do Marco Civil da Internet, circunstância em que não era necessária interpelação judicial ordenando a remoção de certo conteúdo ao provedor de aplicações de internet para ficar demonstrada a sua responsabilização pelo não cumprimento, bastando comprovar que este havia sido comunicado extrajudicialmente. (STJ, 2016, p. 5).	Agravo em Resp. nº 982.4691
O interesse público, oriundo dos acontecimentos criminais, não persiste após obtida a resposta penal atribuída ao fato, exceto quando forem informações de interesse histórico. Dessa forma, fora reconhecido o direito ao esquecimento para excluir reportagem veiculada em site jornalístico que retratava uma investigação policial arquivada há mais de dez anos. (STJ, 2017, p.2).	Agravo em Resp. nº 1.071.0502
Este caso demonstrou uma mudança no entendimento que vinha até então sendo aplicado, pois o pedido não visa a responsabilização dos provedores de busca, tampouco a retirada de páginas da internet, mas se restringe no "reconhecimento de seu direito de evitar que, sendo feita a busca apenas pelo nome da autora, sem qualquer outro critério vinculativo à fraude, os resultados mais relevantes continuem a priorizar esse fato desabonador". (STJ, 2018, p.90), assim, o pedido de desindexação torna-se "razoavelmente menor do que o pedido de exclusão de páginas da rede mundial de computadores, pois garante o direito de informar e ser informado, ao mesmo tempo em que preserva a imagem da autora [...]". (STJ, 2018, p.52).	Resp. nº 1.660.1683

Por outro lado, diante as decisões analisadas do respectivo Tribunal, prevaleceu o não reconhecimento pelo direito ao esquecimento, sendo que os principais argumentos utilizados foram os seguintes:

Decisões que não reconhecem o direito ao esquecimento	Processo nº
A Google não possui legitimidade para bloquear definitivamente as buscas realizadas no nome da agravada, uma vez que o direito ao esquecimento deve ser pleiteado diretamente perante o responsável pela publicação do conteúdo na internet. (STJ, 2016, p. 14-15).	Agravo Interno no Resp. nº 1.593.8734
Torna-se inviável o direito ao esquecimento em face da Google, vez que esta tem a responsabilidade de excluir do seu provedor de buscas somente as URLs apontadas na inicial e não qualquer link que remeta ao nome do agravante. (STJ, 2017, p.11).	Agravo interno no Resp. nº 1.599.0545
Não cabe ao provedor de conteúdo, no caso a Google, realizar restrição aos resultados de pesquisa e, caso coubesse, estaria sendo aceita a prática de censura prévia sobre informações criadas por terceiros. (STJ, 2017, p. 4-6).	Agravo em Resp. nº 878.3446
O pedido não encontra respaldo na teoria do direito ao esquecimento, pois o seu intuito constitui-se em apagar ou tornar inexistente fatos pretéritos, não tendo sido demonstrada nenhuma lesão ou ameaça a direito de personalidade. (STJ, 2017, p. 5).	Agravo em Resp. nº 1.153.8617

Destarte, pode-se dizer, superficialmente, que o Superior Tribunal de Justiça analisa a veracidade da informação e a existência de interesse público, assim como o transcurso temporal dos fatos. Ademais, quando no âmbito da internet, imprescindível verificar quem está no polo passivo, uma vez que os provedores de aplicações não são responsáveis para a retirada conteúdos nos seus mecanismos de buscas, pois o seu papel equivale a de um "facilitador", sendo divergente a posição do Tribunal quando se tratar de desindexação, em que pese tenha somente uma decisão sobre.

2.2 O direito ao esquecimento no Supremo Tribunal Federal

Pelo fato de os requerimentos acerca do direito ao esquecimento serem relativamente novos Brasil, inexistem casos perante o Supremo Tribunal Federal acerca do assunto, exceto quando referente à esfera criminal, onde é aplicado para não se permitir o reconhecimento de maus antecedentes quando decorridos mais de cinco anos da extinção da pena de condenação anterior.

Em contrapartida, daqui a alguns anos – talvez menos – será possível verificar o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, uma vez que fora reconhecida a repercussão geral no Recurso Extraordinário com Agravo nº 833.248[74], interposto pelos irmãos da falecida Aída Curi em face do provimento negado ao Recurso Especial pelo Superior Tribunal de Justiça. Consequentemente, o Ministro Dias Toffoli entendeu que as matérias suscitadas no Recurso Extraordinário apresentam nítida densidade constitucional, além de possuir interesse para toda a sociedade, porquanto aborda a necessária harmonização de importantes princípios constitucionais, tais como a liberdade de expressão e informação de um lado, a dignidade da pessoa humana e seus corolários de outro, ocasionando no tema 786/STF.

Ainda, pelo fato de o Recurso Extraordinário trazer um aspecto da proteção da dignidade da pessoa humana ainda não tratado pelo

74. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo nº 833.248 – RJ. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 9 dez. 2014. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7810658. Acesso em: 29 abr. 2018.

respectivo Tribunal, bem como ser um assunto de profunda complexidade, o Ministro Dias Toffoli convocou audiência pública para tratar da matéria, a qual fora realizada no dia 12 de junho de 2017. A audiência ouviu 16 especialistas, objetivando adquirir informações técnicas, políticas, econômicas e jurídicas.

Após realização da audiência pública, a Procuradoria-Geral da República[75] apresentou seu parecer, onde manifestou-se pelo não provimento do Recurso Extraordinário. Para o Procurador, devido a Constituição Federal proibir qualquer forma de censura prévia, assim como pelo fato do STF ter decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815 de que os artigos 20 e 21 do Código Civil devem ser interpretados conforme a Constituição, de maneira que seja proibida a exigência de consentimento de pessoa biografada, constituiria censura a necessidade do Estado e de particulares requererem autorização dos indivíduos para divulgar determinados fatos.

Ato contínuo, a Globo Comunicações e Participações S/A interpôs Recurso Extraordinário no Recurso Especial nº 1.334.097[76], que trata do caso conhecido como Chacina da Candelária, sobre o qual fora determinado o sobrestamento até a publicação da decisão de mérito acerca do tema 786/STF. Desse modo, ambos os casos considerados paradigmas no Superior Tribunal de Justiça podem vir a ter alterações após julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

Considerações finais

Levando-se em conta o que foi observado, torna-se cristalina a necessidade de proteger o direito à privacidade diante os moldes do ambiente virtual, pois os atos ilícitos praticados na rede mundial de computadores

75. BRASIL. Ministério Público Federal. Recurso Extraordinário com Agravo nº 833.248. Parecer do Procurador-Geral da República. Brasília, 11 jul. 2016. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4623869. Acesso em: 30 abr. 2018.

76. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Extraordinário no Recurso Especial nº 1.334.097 – RJ. Relator: Ministro Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça Humberto Martins. Brasília, 4 out. 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=76908860&num_registro=201201449107&data=20171011&formato=PDF Acesso em: 29 abr. 2018.

assemelham-se aos praticados no cotidiano, tendo as suas especificidades no tamanho de alcance que um conteúdo publicado obtém.

Dessa forma, o problema central da análise se deu em verificar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca da aplicabilidade do direito ao esquecimento quando pleiteado para fatos propagados na internet. Todavia, pode-se dizer que os argumentos utilizados ao decorrer de todos os julgamentos foram rasos, necessitando de uma maior profundidade acerca da matéria.

Fora fixado pelo Tribunal que para casos históricos, onde seja viável narrar os fatos sem divulgação do nome e imagem do envolvido, será possível reconhecer o direito ao esquecimento, mas torna-se incoerente o porquê de não ter sido reconhecido o mesmo direito para o caso Aída Curi. Esse fato aparenta ter relevância histórica tão somente pela tamanha propagação que o seu nome teve na mídia televisiva, não havendo plausibilidade em manter-se nítido tais acontecimentos.

De resto, o Superior Tribunal de Justiça já definiu que o direito ao esquecimento será aplicado quando o interessado identificar o responsável pela publicação da notícia no âmbito da internet, que é inviável a responsabilização dos provedores de conteúdo. Em contrapartida, restam dúvidas de quais serão os critérios analisados para a concessão ou não do respectivo direito, pois a discussão delimitou-se somente acerca de quem seria o responsável por promover a exclusão da matéria.

Por fim, o direito ao esquecimento deve ser aplicado de forma cautelosa, para casos que interessam unicamente o indivíduo atingido pela propagação da notícia, sendo irrelevante para os demais. Refere-se a um fato que para aquela pessoa é de extrema importância, mas que para os olhos da sociedade constitui-se em algo fútil, no sentido de informação com conteúdo, que enseja uma reflexão ou traga conhecimento para o público.

Referências

BRASIL. Justiça Federal. **Enunciados aprovados na VI Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vijornadadireitocivil2013-web.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1.334.097 - RJ. Recorrente: Globo Comunicações e Participações S/A. Recorrido: Jurandir Gomes França. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 maio 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1239004&num_registro=201201449107&data=20130910&formato=PDF> Acesso em: 5 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1.335.153 - RJ. Recorrente: Nelson Curi e outros. Recorrido: Globo Comunicações e Participações S/A. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 maio 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num_registro=201100574280&data=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 5 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº. 982.469 - RJ. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: Pedro Henrique Alves. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 26 set. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=65556962&num_registro=201602416197&data=20161007&tipo=0&formato=PDF>. Acesso em: 27 abr. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.593.873 - SP. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: S M S. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 10 nov. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1553533&num_registro=201600796181&data=20161117&formato=PDF>. Acesso em: 27 abr. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 1.071.050 - SP. Recorrente: O Estado de São Paulo S.A. Recorrido: Jack Mendes Moreira Pacheco. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 28 mar. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/

mediado/?componente=MON&sequencial=70956321&num_registro=201700598949&data=20170424&tipo=0&formato=PDF>. Acesso em: 27 abr. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.599.054 – RJ. Recorrente: José Roberto Portugal. Recorrido: Google Brasil Ltda. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Brasília, 25 abr. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1594522&num_registro=201601204955&data=20170511&formato=PDF>. Acesso em: 28 abr. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 878.344 – RJ. Recorrente: Michelle Augusto do Nascimento Bezerra. Recorrido: Google Brasil Internet Ltda. Relator: Ministro Marco Buzzi. Brasília, 31 ago. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=76204243&num_registro=201600591532&data=20170911&formato=PDF>. Acesso em: 28 abr. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 1.153.861 – SP. Recorrente: Roberto Senise Lisboa. Recorrido: Google Brasil Internet Ltda. Relatora: Ministra Maria Isabel Galloti. Brasília, 13 out. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=77472917&num_registro=201702048536&data=20171025&formato=PDF>. Acesso em: 28 abr. 2018.

_____, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.660.168 – RJ. Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 08 maio 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1628798&num_registro=201402917771&data=20180605&formato=PDF. Acesso em: 13 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo nº 833.248 – RJ. Recorrente: Nelson Curi e outros. Recorrido:

Globo Comunicações e Participações S/A. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 9 dez. 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7810658>. Acesso em:29 abr. 2018.

_____. Ministério Público Federal. Recurso Extraordinário com Agravo nº 833.248. Parecer do Procurador-Geral da República. Brasília, 11 jul. 2016. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4623869. Acesso em: 30 abr. 2018.

CARELLO, Clarissa Pereira. **Direito ao esquecimento**: parâmetros jurisprudenciais. Curitiba: Editora Prismas, 2017.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em Rede**: A era da informação: economia, sociedade e cultura. 8.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005. v.1.

CONSALTER, Zilda Mara. **Direito ao esquecimento**: proteção da intimidade e ambiente virtual. Curitiba: Juruá, 2017.

GUERRA, Sidney Cesar Silva. **O direito à privacidade na internet**: uma discussão da esfera privada no mundo globalizado. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

MALDONADO, Viviane Nóbrega. **Direito ao esquecimento**. São Paulo: Novo Século Editora, 2017.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

1º EDIÇÃO	*Janeiro de 2019*
FORMATO	*16x23cm*
MIOLO	*Papel Offset 75g/m²*
CAPA	*Papel Supremo 250g/m²*
TIPOGRAFIA	*Linux Libertine*
IMPRESSÃO	*Gráfica Multifoco*