VISÕES DE DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

CONSELHO EDITORIAL SELO ÁGORA21

PRESIDÊNCIA
Felipe Dutra Asensi
Marcio Caldas de Oliveira

CONSELHEIROS
Adriano Rosa (USU, Rio de Janeiro)
Alfredo Freitas (AMBRA, Estados Unidos)
André Guasti (TJES, Vitória)
Arthur Bezerra Junior (UNINOVE, São Paulo)
Bruno Zanotti (PCES, Vitória)
Camila Jacobs (AMBRA, Estados Unidos)
Camilo Zufelato (USP, São Paulo)
Carolina Cyrillo (UFRJ, Rio de Janeiro)
Claudia Pereira (UEA, Manaus)
Claudia Nunes (UVA, Rio de Janeiro)
Daniel Giotti de Paula (Intejur, Juiz de Fora)
Eduardo Val (UFF, Niterói)
Fernanda Fernandes (PCRJ, Rio de Janeiro)
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

ORGANIZADORES
DENISE MERCEDEZ N. N. LOPES SALLES, MARCONI DO Ó CATÃO,
OTON VASCONCELOS FILHO, THIAGO RODRIGUES PEREIRA

VISÕES DE DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

INTERDH 2019
Congresso Interdisciplinar de Direitos Humanos

FAPERJ
Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro

CAED-JUS
Conselho de Altos Estudos em Direito

ágora21

GRUPO MULTIFOCO
Rio de Janeiro, 2019

Copyright © 2019 Denise Mercedez N. N. Lopes Salles, Marconi do Ó Catão, Oton Vasconcelos Filho, Thiago Rodrigues Pereira (org).

DIREÇÃO EDITORIAL Felipe Asensi e Marcio Caldas
EDIÇÃO Felipe Asensi
REVISÃO Coordenação Editorial Selo Ágora 21
PROJETO GRÁFICO E CAPA Caroline da Silva

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.

VISÕES DE DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS
Salles, Denise Mercedez N. N. Lopes. Catão, Marconi do Ó. Filho, Oton Vasconcelos. Pereira, Thiago Rodrigues.
ISBN: 978-85-8273-777-4

SUMÁRIO

CONSELHO CIENTÍFICO DO CAED-JUS 11
SOBRE O CAED-Jus 13

DIREITOS FUNDAMENTAIS 15

VIDA E MORTE: CONSENSOS E DISSENSOS BIOCONSTITUCIONAIS EM RELAÇÃO AO DIREITO À TERMINALIDADE DO EXISTIR 16
Alexandre da Silva Vieira, Larissa Pimentel Gonçalves Villar e Mery Chalfun

ACESSIBILIDADE ATITUDINAL: O QUE É NECESSÁRIO PARA QUE A PESSOA COM DEFICIÊNCIA SEJA RESPEITADA APÓS A ASSINATURA DOS TRATADOS INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS E DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA 34
Caio Silva de Sousa

O DIREITO À IDENTIDADE E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA NA PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA: ANÁLISE DO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º225/2018 48
Cândida Carvalho

O ACESSO À JUSTIÇA DOS IMIGRANTES ILEGAIS E REFUGIADOS NO BRASIL 64
Daniel Luiz Pitz

QUEM TEM DIREITO AO CORPO? O DIREITO AO CORPO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA SOB A ÓTICA DAS TEORIAS FEMINISTAS DA DEFICIÊNCIA E DA CRISE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 81
Daniela Ferreira Dos Reis e Letícia Prazeres Falcão

DA CASA GRANDE À UNIVERSIDADE: UMA ANÁLISE SÓCIO-JURÍDICA DO TRABALHO DOMÉSTICO E DO ACESSO AO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO NO BRASIL 98
Danielle Ferreira Medeiro da Silva de Araújo, Eva Dayane Almeida de Góes e Walkyria Chagas da Silva Santos

A FIXAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL: A AFERIÇÃO MULTIDISCIPLINAR DO ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE LABORAL 115
Debora Markman

SOBRE O DIREITO DE FALAR E SER OUVIDO: a construção da imagem do deficiente intelectual a partir de seu próprio relato 131
Elziene Souza Nunes Nascimento

UMA ANÁLISE DO DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 145
Guilherme Lima Juvino De Paula

A EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO CONTEXTO BRASILEIRO 162
Juliana Falci Sousa Rocha Cunha

O DIREITO HUMANO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SUAS RESTRIÇÕES NA PUBLICIDADE PROMOVIDA POR ADVOGADOS 177
Kaique Souza Pedaes

ACESSO À JUSTIÇA: DESJUDICIALIZAÇÃO E SEUS DESAFIOS..... 193
Larissa Borsato da Silva e Felipe Dutra Asensi

DIREITOS HUMANOS E SUA VIOLAÇÃO NA SOCIEDADE BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA.....223
Letícia Torrão e Silva

DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES: O CONSELHO TUTELAR NO ESTADO BRASILEIRO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS REFLEXOS INTERNACIONAIS NA PROTEÇÃO INTEGRAL.....238
Lucas Marcony Lino da Silva

ECONOMIA VERDE, CRISE AMBIENTAL E A BUSCA DAS NAÇÕES UNIDAS PELA GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS ATRAVÉS DE UM DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL 256
Madson Anderson Corrêa Matos do Amaral

O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA PRIVACIDADE – ANÁLISE DA CONSTRUÇÃO DO CONCEITO COMO PILAR DA DIGNIDADE HUMANA 268
Mateus Stallivieri da Costa, Camila Kohn de Cristo e Mikhail Vieira de Lorenzi Cancelier

TUTELA JURÍDICA EXTRAPATRIMONIAL E TARIFAÇÃO DOS DANOS MORAIS: UMA ANÁLISE SOBRE A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 223-G, § 1º, DA LEI Nº 13.467/2017, POR MEIO DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....282
Vinicius de Almeida Santana Melo

DIREITOS HUMANOS 299

DIREITO E TECNOLOGIA: UMA DISCUSSÃO JURÍDICA E SOCIOLÓGICA SOBRE OS DIREITOS ENVOLVIDOS AOS SERES HUMANOS GERADOS POR TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA.....300
Allan Batista Marton e Isabela Gonçalves Rabelo

O RISCO DA DIFERENÇA: APONTAMENTOS ACERCA DA LUTA PELO RECONHECIMENTO E MULTICULTURALISMO.....318
Adolfo Veiller Souza Henriques e Wegna Ianni Souza Henriques

DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: CONQUISTAS E DESAFIOS.....333
Ana Carolina Bicca Bragança

MULTICULTURALISMO, DIREITOS HUMANOS E CIDADANIA..... 344
Antonio Carlos Gomes Ferreira e Priscila Regina dos Ramos

NEGLIGÊNCIA INFANTIL E DIREITOS HUMANOS: UM ESTUDO DE CASO ACERCA DA ATUAÇÃO DOS CONSELHOS TUTELARES DE SÃO LUÍS/MA NO ENFRENTAMENTO À NEGLIGÊNCIA INFANTIL..... 366
Artenira da Silva e Silva Sauaia, Edith Maria Barbosa Ramos e Maíra Lopes de Castro

DIREITOS HUMANOS NO CONTEXTO DE EXPLORAÇÃO CAPITALISTA: RETÓRICA SEM VIRTUDE É NARRATIVA VAZIA 382
Carlos Augusto de Oliveira Diniz

OS DIREITOS HUMANOS COMO ELEMENTOS DE CIDADANIA E DE ENFRENTAMENTO DA VULNERABILIDADE SOCIAL 398
Christiane de Holanda Camilo, Lizandrea Aparecida Beninca e Sheila Maria Hermínio

VIVER OU MORRER. POSSO ESCOLHER? 414
Denis Augusto de Oliveira

DIREITOS HUMANOS TRANSINDIVIDUAIS: A execução provisória da pena no Brasil 425
Geverson Aparício Ferrari

O INSTITUTO DA PRISÃO PREVENTIVA E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA REINSERÇÃO SOCIAL, SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DO *LABELING APPROACH* *447*
João Victor Palermo Gianecchini e Max Pelozato Pires

DIREITOS HUMANOS, VÍTIMAS DE CRIMES E SEUS FAMILIARES: BREVES CONSIDERAÇÕES 464
Lucas Almeida Almeida e Giane Beatriz Suski Hunger

A CORRUPÇÃO COMO UMA QUESTÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS 481
Maíra Ayres Torres e Bernardo Bichara Faria Coelho

A POBREZA COMO VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS: ENFRENTAMENTO A PARTIR DA TEORIA DAS NECESSIDADES FUNDAMENTAIS 499
Marconi Gomes do Ó Catão e Marconi do Ó Catão

PADRÕES CULTURAIS E VIOLAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS: UM ESTUDO SOBRE O IMPACTO INTERNACIONAL DO ESTUPRO COLETIVO DE JYOTI SINGH, ÍNDIA 515
Marcrislley Martins Veríssimo

PRECISAMOS FALAR SOBRE DIREITOS HUMANOS PARA PEQUENOS HUMANOS: A VOCAÇÃO DO MARCO LEGAL DA PRIMEIRA INFÂNCIA NA EDUCAÇÃO PARA A PAZ 531
Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci e Michelle Asato Junqueira

CASO OLMEDO BUSTOS VS CHILE: A APRECIAÇÃO DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E A SUA RELEVÂNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO 545
Sérgio Assunção Rodrigues Júnior

BULLYING NAS ESCOLAS E UNIVERSIDADES: UM OLHAR JURÍDICO 564
Tainara Lopes Ferreira, João Érico Lucas Coelho e Adriane Damian Pereira

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 consolidada e reconhecida de uma rede de acadêmicos para o desenvolvimento de pesquisas jurídicas e reflexões interdisciplinares de alta qualidade.

O **CAED-Jus** desenvolve-se via internet, sendo a tecnologia parte importante para o sucesso das discussões e para a interação entre os participantes através de diversos recursos multimídia. O evento é um dos principais congressos acadêmicos do mundo e conta com os seguintes diferenciais:

- Abertura a uma visão multidisciplinar e multiprofissional sobre o direito, sendo bem-vindos os trabalhos de acadêmicos de diversas formações
- Democratização da divulgação e produção científica;
- Publicação dos artigos em livro impresso no Brasil (com ISBN), com envio da versão ebook aos participantes;
- Galeria com os selecionados do Prêmio **CAED-Jus** de cada edição;
- Interação efetiva entre os participantes através de ferramentas via internet;
- Exposição permanente do trabalho e do vídeo do autor no site para os participantes;
- Coordenadores de GTs são organizadores dos livros publicados.

O Conselho Científico do **CAED-Jus** é composto por acadêmicos de alta qualidade no campo do direito em nível nacional e internacional,

tendo membros do Brasil, Estados Unidos, Colômbia, Argentina, Portugal, Reino Unido, Itália e Alemanha.

Em 2019, o **CAED-Jus** organizou o **Congresso Interdisciplinar de Direitos Humanos (INTERDH)**, que ocorreu entre os dias 29 a 30 de abril de2019 e contou com 07 Grupos de Trabalho e mais de 400 artigos de 37 universidades e 19 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 07 livros do evento: Direitos humanos: juridicidade e efetividade, Visões de direitos humanos e fundamentais, Direitos sociais e efetividade, Interfaces entre instituições e Estado, Direitos humanos: diálogos interdisciplinares, Direitos humanos e sociedade e Teoria e empiria dos direitos humanos.

O **INTERDH** foi um evento comemorativo dos 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e foi um dos maiores e mais representativos eventos em língua portuguesa sobre o tema. 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 com excelência acadêmica.

DIREITOS FUNDAMENTAIS

VIDA E MORTE: CONSENSOS E DISSENSOS BIOCONSTITUCIONAIS EM RELAÇÃO AO DIREITO À TERMINALIDADE DO EXISTIR

ALEXANDRE DA SILVA VIEIRA
LARISSA PIMENTEL GONÇALVES VILLAR
MERY CHALFUN

INTRODUÇÃO

A vida é o direito humano mais precioso: definida como bem inalienável, impenhorável e indisponível. Nessa linha de pensamento, a Constituição assegura o direito à vida, como expressão da dignidade e condição necessária para o gozo da plenitude de todos os direitos, merecendo tutela à luz de determinados valores e princípios. Direito absoluto, impõe à coletividade de respeito e proteção[1].

Sob o ponto de vista cultural, o significado da vida vai além dos limites da ciência e iniciativas no sentido de interrupção da vida causam estranheza e incômodo.

Morte, por sua vez, representa o fim da vida. Trata-se de evento natural, inevitável a todo homem; porém, indesejado.

Vida e morte são temas intrinsecamente ligados, embora repletos de consensos e dissensos, eis que representam lados opostos da mesma moeda e estão impregnados de valores sociais, culturais, religiosos e, por óbvio, de subjetividade. Em outras palavras, cada indivíduo constrói o significado da vida e da morte, a partir das experiências pessoais, em convívio com os semelhantes, ao longo da existência.

Neste artigo, confere-se relevo à problemática que envolve indivíduos que se encontram na condição de doentes terminais, em estados clínicos

1. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

considerados irreversíveis e tem por principal objetivo, analisar, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade, se o desejo de morrer merece a mesma proteção atribuída aos direitos de personalidade do homem, configurando-se como nova espécie de direito: o direito à morte digna.

Diferente do direito de morrer, acredita-se que a morte, por ser evento relevante da vida, deve ser experimentada com dignidade, ou seja, sem dor e nem sofrimentos, buscando-se compreender a morte digna como direito fundamental do homem, sob o prisma do princípio da autonomia privada e da dignidade humana.

1. A VIDA NA PERSPECTIVA DE DIREITO SOBERANO E DIGNIDADE HUMANA

O rol dos direitos humanos está nos primeiros artigos da Constituição Federal, promulgada em 05 de outubro de 1988, contrastando com a legislação antecedente, de 1967, outorgada em plena Ditadura Militar, período marcado por diversas atrocidades e desrespeito à vida humana. Trata-se de fato histórico relevante, porque trata o homem como prioridade no Estado Democrático de Direito.

Mais precisamente, o direito à vida encontra-se previsto no caput do artigo 5o da Constituição Federal vigente[2], que garante a "inviolabilidade do direto à vida" tanto para brasileiros quanto a estrangeiros residentes no país.

Como sublinhou TAVARES[3], "trata-se do mais básico de todos os direitos, no sentido de que surge como verdadeiro pré-requisito da existência dos demais direitos consagrados constitucionalmente. É, por isto, o direito humano mais sagrado." No entendimento de Silva[4], o direito à vida constitui

2. 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:

3. TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional.* 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 527.

4. SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo.* 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007,p.197

um supra-direito, pois, de nada adiantaria a Constituição assegurar quaisquer outros direitos fundamentais, como, por exemplo, a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana entre esses direitos. Afinal, apenas uma pessoa viva pode exercer os citados direitos.

Por sua relevancia, a vida é apresentada antes dos demais direitos previstos no *caput* do citado artigo 5º. Destacada em primeiro lugar, antes do direito à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, constitui direito individual, previsto no Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais). Trata-se de cláusula pétrea, não podendo sofrer qualquer tipo de emenda tendente a suprimi-lo, nos termos do artigo 60, §4º, IV da Carta Magna[5].

DANTAS[6] reforça que, devido à supremacia da Constituição em face das demais normas jurídicas, o Poder Legislativo não terá jamais poder para aniquilar ou limitar o direito à vida, a menos que autorizado por nova Constituição. Nesse sentido, é possível supor que o aborto, a eutanásia e qualquer outra forma de supressão da vida, dificilmente encontraria guarida na ordem constitucional pátria.

O direito à vida é direito subjetivo, uma vez que seu titular tem o inegável direito de existir pelo simples fato de ser humano. De acordo com CANOTILHO[7], o direito subjetivo consagrado por norma fundamental implica relação trilateral entre o titular, o destinatário e o objeto do direito, pois "1- O indivíduo tem direito perante o Estado a não ser morto por este (proibição de pena de morte legal); 2- O indivíduo tem o direito à vida perante os outros indivíduos, que devem abster-se de praticar atos (ativos ou omissivos) que atentem contra a vida de alguém".

Dessa concepção deriva o dever fundamental de cada cidadão brasileiro respeitar a vida alheia.

Por outro lado, a Constituição da República, ao tratar do direito à vida, não definiu o que deve ser considerado como "vida". Considerando

5. Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
IV - os direitos e garantias individuais
6. DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito Constitucional.* 5. ed. São Paulo: Altas, 2009, p. 126.
7. CANOTILHO Joaquim José Gomes. *Direito constitucional.* 6. ed. Almedina: Coimbra, 1993, p. 18

que o legislador constituinte não se pronunciou acerca do conceito, em regra, é comum admitir-se que o início do direito à vida é questão biológica, havendo algumas teorias que explicam seu momento inicial de proteção jurídica.

O direito de morrer com dignidade ou a organização da própria morte pela pessoa é, no mais das vezes, apresentado como faceta do direito à vida, o qual, segundo BITTAR[8], sobrepõe-se à autodeterminação da vida privada. O direito à vida é protegido como bem objetivo, valor em si mesmo. Radicam nesse ponto, conforme SAMPAIO[9], argumentos contra o reconhecimento de um direito à morte, uma vez que a vida é um bem indisponível, ainda que o seu titular acredite, diante circunstâncias concretas, que a morte seria melhor do que viver.

Sob uma perspectiva teológica, a vida, por ser presente divino, não poderia ser abreviada, sob pena de desrespeito a Deus, degradando princípios caros à humanidade, corroendo sua própria espiritualidade e a "energia cósmica." Além disso, segundo MAGALHÃES[10], o dom da vida é dotado de finalidade própria, que é exigência do amor: servir aos demais. O homem que não ama, desumaniza-se, na medida em que foi criado para amar. E, nesse sentido, o primeiro serviço que presta é o de conservar a própria vida, que atende ao instinto de autoconservação, devendo, por isso, buscar os meios necessários de sobrevivência e vida saudável.

Como se depreende do exposto, não raro, a vida tende a ser explicada e valorizada, não por sua dimensão biológica, eis que se privilegiam aspectos religiosos e filosóficos, vinculados à moral tradicional, através da qual a vida humana possui caráter sagrado, independentemente de sua forma (feto, criança, adulto, idoso). Esse respeito à vida é algo arraigado na consciência da maioria dos seres humanos, em nossa cultura. Neste sentido, qualquer violação ao direito à vida é antissagrado em qualquer faixa etária, tendo em vista a igualdade na qualidade de ser humano.

8. BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade.* 7. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004, p.70.

9.SAMPAIO. José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada:* uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais da vida e da morte. Belo Horizonte: Del Rey 1998, p. 352,

10. MAGALHÃES. Leslei Lester dos Anjos. *O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida.* São Paulo: Saraiva, 2012, p. 104

Entretanto, não se pode negar que, apesar de todos terem direito à vida e esta ser um direito inalienável e indisponível, que seu valor varia, de acordo com convicções da pessoa; afinal, trata-se de direito conectado à dignidade da pessoa humana, pois o direito à vida, como exposto,não engloba apenas manter-se vivo, mas viver com dignidade. Ressalta-se que não se trata de consenso sobre "matar ou não matar", mas sobre "viver ou não viver, mesmo sem dignidade".

BORGES [11] afirma que a dignidade não constitui valor sociojurídico, cujo conteúdo é absoluto e imutável, visto que só pode ser interpretada a partir de uma pessoa concretamente considerada. Além disso, o conceito de dignidade advém de determinado momento da história do direito do Estado e da sociedade; logo, seu conceito e conteúdo não são absolutos e não se impõem de forma equivalente a todas as pessoas. Ignorar a subjetividade do conteúdo da dignidade é temerário, visto que implica o risco de julgar as pessoas a partir de preconceitos, de crenças religiosas não compartilhadas, de visões de mundo que não são comuns a todos, de regras ultrapassadas pelo momento histórico, negando, assim, um dos valores mais necessários para a convivência nos dias de hoje: a alteridade.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS QUE INTEGRAM A PLENITUDE DO DIREITO À VIDA

O direito à vida possui duas vertentes, assim expostas por TAVARES[12]: o direito de permanecer vivo, e o direito a um nível de vida adequado; ou seja, digno. Sob esse enfoque, deve-se assegurar o direito de todos a permanecer vivos até que suas vidas sejam interrompidas por causas naturais, o que é feito através de segurança pública, vedação da justiça privada e com o respeito do Estado à vida de seus cidadãos.

É preciso assegurar nível mínimo de vida compatível com dignidade humana, o que inclui o direito à alimentação adequada, à moradia (artigo

11. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada.* 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 19.

12. TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional.* 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 527.

5o, XXIII), ao vestuário, à saúde (artigo 196), à cultura (artigo 215), ao lazer (artigo 217). Porém, no que concerne aos objetivos deste artigo, focaliza-se o direito à vida sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, previsto no artigo 1o, III da Constituição Federal, sua relação com os demais direitos fundamentais previstos no artigo 5o do mesmo diploma legal e a vida como um dos direitos da personalidade.

MARTINS[13] sublinha que "valores constitucionais constituem o contexto axiológico fundamentador para a interpretação do ordenamento jurídico; o guia para orientar a hermenêutica teleológica da Constituição; e o critério para medir a legitimidade das diversas manifestações do sistema de legalidade." Assim conceituada, a dignidade da pessoa humana constitui guia de interpretação da ponderação entre direitos, particularmente quando o que está em jogo é uma decisão entre a vida e a morte.

No âmbito privado, o direito à vida é o principal dos direitos da personalidade, que se reveste, em sua plenitude, de todas as características gerais dos direitos da personalidade, com destaque à indisponibilidade, uma vez que se caracteriza como direito à vida e não um direito sobre a vida.

Conforme exposto, a vida e a dignidade humana caminham de mãos dadas, não havendo hierarquia, uma vez que são normas complementares. A dignidade serviria como elemento caracterizador da vida. Entretanto, NUNES[14] entende pela superioridade do direito a vida; por outro lado, EKMEKDJAN[15] comenta que, caso se realizasse enquete sobre a relação hierárquica entre o direito à dignidade e o direito à vida, provavelmente, prevaleceria o direito à vida sobre a dignidade, sob o argumento de que, sem a vida, não é possível a dignidade. Todavia, em sentido oposto, pode-se admitir que "Assim como se afirma que sem vida não há dignidade, nos perguntamos se existe vida sem dignidade. Que vida é esta? Era a vida dos escravos, tratados como animais que servem para trabalhar? Biologicamente sim, mas eticamente não".

13. MARTINS FILHO, *op.cit.* 2005, p. 58.
14. NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 52.
15. EKMEKDJAN, *Apud* NUNES, op. cit. p. 52

Sobre a dignidade, é interessante a compreensão de LEÃO JUNIOR[16] ao detalhar que "a dignidade humana decorre da natureza do ser humano, e não de circunstâncias acessórias, adjetivas, como por exemplo, saúde e tempo de existência, pois, do contrário, cairíamos em critérios arbitrários e aleatórios, conforme as conveniências do momento." Essas fórmulas representariam aviltamento a dignidade humana; ou seja, desrespeito a princípios constitucionalmente erigidos.

Sobre a autonomia, é oportuno trazer à baila as considerações de NALINI[17], ao expressar que a liberdade positiva garantida pela Constituição ao cidadão favorece a realização plena de suas potencialidades individuais. Por certo, aponta para a liberdade de consciência para crescer até a plenitude possível, mas não para matar a si mesmo ou a outrem. "A autonomia da vontade não significa sua utilização para sacrificar vidas."

Como se verifica, relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana, encontra-se o princípio da autonomia, que implica a autodeterminação, que deve ser considerada quando o assunto é a terminalidade natural da vida. Vale reiterar, entretanto, que o direito de morrer dignamente não deve ser confundido com o direito à morte. BORGES[18] ressalta que o direito de morrer dignamente traz em seu bojo a reivindicação por vários outros direitos, como a dignidade da pessoa, a liberdade, a autonomia, a consciência, referindo-se também ao desejo de ter uma morte humana, sem o prolongamento da agonia que o paciente não aguenta mais.

Autonomia tem íntima relação com a liberdade, direito humano primordial para a existência de vida digna. O termo deriva do grego *autos*, que quer dizer próprio e *nomos*, que significa regra, governo, lei[19]. Inicialmente, era empregado na acepção política, para expressar a autogestão e o autogoverno, uma das características das cidades-estados gregas, que envolve a capacidade de cada cidade criar as regras a serem respeitadas por todos. Posteriormente, o sentido do termo foi ampliado, incorporando a autodeterminação e independência das pessoas.

16. LEÃO JUNIOR.*op.cit.*2005, p. 217.
17. NALINI. NALINI, José Renato. *A vida é.* In.: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direito Fundamental à vida.* São Paulo: Quartier Latin, 2005.p.521.
18. BORGES, *op.cit*, p. 232
19. MÖLLER,*op.cit.* p. 82.

Durante a Antiguidade Clássica e período medieval, o conceito de autonomia restringia-se à capacidade de escolha. Predominava a teoria da lógica da Razão divina (a natureza), na qual tudo acontecia, porque o mundo era regido por uma lógica e ordem cósmica. O homem, portanto, não era visto como sujeito e criador dos próprios caminhos, mas, mero agente, em escolhas norteadas pela razão divina.

Os iluministas, críticos da lógica da razão divina, propagada durante a Idade Média, traçaram as raízes do conceito de autonomia que hoje conhecemos. Com a superação das crendices e superstições, os pensadores da época defendiam que a autonomia deveria inclinar-se na busca da felicidade que, diferente do que propunha Aristóteles, se baseava na busca do prazer e redução do sofrimento.

KANT[20] apresenta uma teoria que busca explicar a determinação da vontade humana. De acordo com seu entendimento, autonomia designa a independência da vontade em relação a todo objeto de desejo (liberdade negativa) e sua capacidade de determinar-se em conformidade com a lei, que é a da razão (liberdade positiva). KANT acreditava que, em oposição ao seu conceito de autonomia da vontade situava-se a vontade heterônoma, derivada de causas externas, como, por exemplo, a vontade divina. Na obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* [21], conceitua a vontade autônoma como aquela concebida para si, como a própria lei, não apenas, por submeter-se a ela, já que a vontade, também é sua autora. A formulação do princípio da autonomia encontra respaldo na seguinte afirmação: "Age apenas segundo uma máxima tal que possas, ao mesmo tempo, querer que ela se torne lei universal".

A vontade, para KANT[22], decorre do pressuposto de que a vontade deve querer a própria autonomia e sua liberdade consiste em ser lei para si mesma. Quando a vontade é autônoma, promulga leis universais, isentas de todo interesse, que reclamam a obediência por puro dever. Assim, KANT[23] entende que a autonomia da vontade é o princípio supremo da moralidade.

20. KANT, In:ZATTI.op.cit. 2007.
21. KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes.* In: Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1974, p. 223.
22. ZATTI, *op. cit.*
23. KANT, *op. cit*, p.238.

A dignidade humana, portanto, é princípio nuclear de onde se desdobram todos os direitos fundamentais , vinculando o poder público, como o particular, as pessoas naturais e as pessoas jurídicas. [24]

Como exposto, o conceito de autonomia da vontade reflete a conquista do homem em relação ao direito à liberdade: para pensar, expressar-se, escolher, autodeterminar-se segundo as mais íntimas convicções. Trata-se de tema que deu origem a reflexões filosóficas, sociológicas e jurídicas.

Defensor da teoria do Esclarecimento, DESCARTES (1596-1650), entendia que a liberdade de escolha só seria plena, quando o indivíduo compreendesse as consequências de sua opção. No entendimento de SPINOZA (1632-1677), a liberdade é forma de expressão da totalidade humana, eis que, por seu intermédio, o indivíduo agiria conforme sua natureza. Por outro lado, a liberdade figurou como tema central de todo o pensamento filosófico de SARTRE (1905-1980), cujo pensamento partia da premissa de que o homem é, antes de tudo, livre. A liberdade é sempre absoluta, não se admitindo qualquer espécie de predeterminação à condição humana. O homem nasceria destituído de essência particular, definindo-se como sujeito apenas por meio da liberdade.

Ainda na esteira do pensamento dos filósofos da liberdade, merece referencia MILL, que, como exposto, defendia a não intervenção do Estado na esfera de vida particular das pessoas e MARX (1818-1883), para quem a liberdade humana tem sua raiz calcada na produção prática das condições materiais de existência[25]. Na interpretação de MARX, a liberdade não existiria, enquanto a sociedade se dividisse em proletários e capitalistas, pois, sob o domínio do capital, as aptidões humanas se tornam mercadoria, reduzindo-se a vida humana à mera sobrevivência e à reprodução da força de trabalho, restringindo-se as possibilidades de que os trabalhadores comandassem seu destino.

SILVA[26] identificou dois tipos de liberdade: interna e externa. A primeira diz respeito à liberdade subjetiva do individuo, envolvendo o livre-arbítrio;

24. SZANIAWSKI, op. *cit.* p.142.

25. FURTADO. José Luiz. N*otas sobre o jovem Marx e o conceito feuerbachiano de essência genérica humana.* Sem ano. Texto não paginado. Disponível em <http://www.unicamp.br/cemarx/jose.htm> Acesso em 29 de agosto de 2012.

26. SILVA *op cit*, p. 232.

a liberdade de querer. Por seu turno, a liberdade externa ou objetiva se expressa por intermédio do querer individual. Se, na esfera subjetiva, a liberdade é absoluta, a externa é tolhida por normas sociais que impedem o homem de fazer tudo o que deseja. "Conceitua o jurista a liberdade como sendo direito que consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal". Ele acrescenta que a liberdade é a possibilidade jurídica reconhecida às pessoas de atuar como senhoras da própria vontade e de locomover-se sem embaraços. SILVA[27].

O reconhecimento da liberdade humana implica a valorização da autonomia; logo, a sua dignidade. Ademais, a vontade do indivíduo tem relevância jurídica, porque ela se refere a desejos íntimos, formados conforme convicções supostamente livres. Quando se valoriza a autonomia do homem, respeita-se sua liberdade de escolha, o que legitima sua existência e portanto, a dignidade.

Sobre o respeito ao pensamento crítico do sujeito, Dworkin[28] assim escreveu:

> "quero agora sugerir que uma pessoa ser tratada com dignidade é o direito a que os outros reconheçam seus verdadeiros interesses críticos: que reconheçam que ela é o tipo de criatura cuja posição moral torna intrínseca e objetivamente importante o modo como sua vida transcorre".

Diante do exposto, depreende-se que o princípio da autonomia da vontade tem relação umbilical a dignidade da pessoa humana: o primeiro afirma a segunda, que, por seu turno explica e legitima a importância da autonomia.

3. A TERMINALIDADE DA VIDA: O DIREITO À MORTE DIGNA

A morte é tema que ameaça ou até aterroriza a humanidade, servindo de inspiração para pensadores de diversas áreas, a saber: religiosas, científicas, psíquicas e literárias. Tanto os momentos que a antecedem, como aqueles que a sucedem, são dilemas que afligem a sociedade.

27. SILVA, *op. cit* p. 233.
28.DWORKIN, *op. cit.* p. 337.

O conceito de morte, assim como de vida tende a sofrer variações, de acordo com o contexto histórico e cultural. Cientificamente ela é considerada o fim permanente das atividades biológicas, necessárias à manutenção da vida de um organismo, ou como o encerramento da consciência, eis que a identificação da morte encefálica, que implica perda irreversível da atividade cerebral é capaz de atribuir o óbito a determinado ser vivo.

A noção de finalidade interfere no conceito morte, com conotação diversa em cada contexto. O dicionário MICHAELIS[29] apresenta vários empregos da palavra morte, por exemplo: morte civil, que implica perda de direitos e regalias civis; morte da alma, provocada pelo pecado; morte moral, decorrente da perda dos sentimentos de honra.

Contudo, mais intrigantes que o conceito, são as percepções psíquicas dos indivíduos em relação à morte. O que a morte significa para cada ser humano? Ela representa o fim? Existe algo após sua ocorrência? Tais questões ensejam as mais diversas teorias sobre a morte, as quais possuem grande influência no desenvolvimento da moral, dos princípios e do direito de cada sociedade.

MUNFORD, na clássica obra "A cidade na historia", defende a tese de que as primeiras cidades surgiram por força da cultuação das mulheres pelos seus mortos, que construíam santuários em torno dos corpos, o que permitiu que ali elas se aglutinassem, fixando-se naquele território, considerado sagrado. Foi do autor[30] a famosa frase: "*A cidade dos mortos antecede a cidade dos vivos*" Civilizações mais evoluídas também deixaram grandes monumentos, construídos com o objetivo de guardar os cadáveres de seus líderes, tais como as pirâmides do Egito, túmulos dos faraós. Segundo KASTENBAUM e AISENBERG, já mencionados, os egípcios não só construíram grandes tumbas, mas também se preocupavam com ensinar os indivíduos a pensar, sentir e a agir em relação à morte.

No México, a população preserva a tradição dos antepassados, na adoração da *Santa Muerte*, definida como figura sagrada, representada,

29. MICHAELIS, Dicionário. 2009. *Morte*. Disponível em <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portuguesportugues&palavra=morte> Acesso em 10 de dezembro de 2012.

30. MUMFORD, Lewis. *A cidade na história:* suas origens, transformações e perspectivas. Trad.: Neil R. da Silva. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 13.

na maioria das vezes, por um esqueleto, coberto com manto e coroa, semelhante às imagens da Virgem Maria. A devoção tem origem nas tribos primitivas mexicanas que, com a conquista espanhola e, consequente implantação da religião católica, permaneceu de forma sincretizada. Entre os mexicanos, a morte é venerada como santo de proteção e guarda.

O culto aos mortos é fruto da crença, presente em muitos povos, de que a morte não significa fim, mas recomeço de nova etapa. Nasce a crença na idéia de alma, espírito, de vida após a morte. A morte seria a porta de entrada do homem justo, para um estágio melhor, onde encontraria conforto no paraíso, não obtido em vida.

A idéia de paraíso é associada à idéia de conforto. Por exemplo, entre os nórdicos, o paraíso é representado como local de calor e na cultura oriental, significa espaço de sombra, demonstrando que a figuração da pós-morte tende a representar algo que o individuo não teve em vida.[31]

Na Idade Média, porém, a percepção da morte era associada a eventos ruins, causadores de grande temor. Muitos fatores explicam essa percepção: a Idade Média foi assolada por peste, fome, guerras, eventos de morte em massa. Da mesma maneira, à época ocorreu a imposição dos preceitos da Igreja Católica, tais como a inquisição, as cruzadas, e a substituição da idéia do paraíso, pela idéia de inferno, que se refletiram, negativamente, no conceito de morte, que passou a ser vista como ameaça.

O advento do capitalismo e as sucessivas crises do último século também contribuíram para a construção negativa da morte. A idéia da força produtiva é inerente aos vivos, às pessoas sãs; logo, os doentes e moribundos, por não serem capazes de produzir, perdem seu valor. Assim, ideia de morte ficou associada ao término da capacidade produtiva do homem.

O homem moderno, cada vez mais individualista e menos preocupado com as questões coletivas, também criou nova perspectiva em relação à morte. Segundo KÜBLER-ROSS[32], a contemporaneidade e suas questões políticas sociais construíram uma sociedade onde a morte pode acontecer a qualquer momento, através da guerra, violência e acidentes, daí, o homem moderno ter desenvolvido barreira psicológica, evitando falar sobre o tema, como mecanismo de defesa.

31. BRASIL ESCOLA, *op.cit.*
32. BRASIL ESCOLA, *op. cit.*

Atualmente 70% das pessoas morrem nos hospitais, quando, no século passado, esse percentual era de 90%. Isso acontece, porque, no passado, a morte era planejada, esperada, optando as pessoas por morrer próximas dos familiares, com se a última despedida tivesse dignidade. Atualmente, a partida de alguém já não é preparada, eis que as novas tecnologias médicas e a perspicácia da medicina de tentar salvar e prolongar a vida até o último momento, retirou da morte a cena poética experimentada no passado, dando lugar à experiência de morte monitorada, em cama de hospital.

A morte passou de evento natural pertencente à vida a castigo[33]. Hoje, talvez, mais do que em qualquer outro período, a morte ume representada como acontecimento temível, causador de angústias e de sensação de vazio, frente à qual a razão humana é impotente.[34] Nessa tendência cultural, como sublinhou KOVÁCS[35] o medo de morrer é universal e atinge todos os seres humanos, independentemente da idade, sexo, nível sócio econômico e credo religioso.

No contexto jurídico, o desprestígio da morte revela-se na supervalorização à vida, considerada o maior e o principal direito fundamental do homem. É pela preservação da vida que a idéia e a indicação pela morte são afastadas nos mais diferentes sistemas jurídicos de todo o mundo.

Da mesma forma, o sofrimento, que também faz parte da vida humana, não é desejado pelo homem, seja qual for sua idade, sexo ou cultura. O sofrimento sempre gera alguma espécie de limitação para o indivíduo, desde as limites psíquicos, sentimentais, financeiros e físicos.

Reversível ou irreversível, a forma de perceber e conviver com as barreiras impostas pelas circunstâncias da vida, depende de indivíduo para indivíduo, não cabendo às ciências avaliar objetivamente o limite de suportabilidade de cada um. Há pessoas mais fortes, que enfrentam o sofrimento e as suas limitações de maneiras consideradas heróicas e outros que não o aceitam, optando, pelo seu fim.

Embora existam pessoas com excepcional força de vontade e amor pela vida, mesmo em condições terminais ou sem esperança de recuperação,

33. BROMBERG, Maria Helena P.F. *A psicoterapia em situações de perdas e luto.* São Paulo, Editorial Psy II, 1994.
34. MÖLLER, *op. cit.* p. 31.
35. BRASIL ESCOLA, *op. cit.*

não se pode supor que todos os indivíduos, em igual situação, sejam dotados de tal coragem. Para muitos, a manutenção da vida não faz mais sentido, eis que já não é condição suficiente para a preservação de sua dignidade. Para esses, a vida já não se apresenta como direito, ou dádiva, mas como obrigação. Para essas pessoas a vida resume-se a sofrimento diário, sendo a chegada da morte, uma espécie de liberdade, a verdadeira cura.

DWORKIN[36] citando NIETZSCHE lembrou que é "uma indecência continuar vivendo em certas condições. Continuar vegetando em uma covarde dependência de médicos e aparelhos, depois que o significado e o direito à vida já se perderam, é uma atitude que deve inspirar o mais profundo desprezo a sociedade". O filósofo dizia que é melhor morrer com orgulho, quando não for mais possível viver com orgulho.

Para ASCENSÃO[37], os dilemas em torno da opção pela morte são justificados, uma vez que, nos centros das preocupações médicas e científicas, está a doença e não o doente. O doente deve ser o protagonista e todos os esforços se devem fazer para acompanhá-lo. Para o autor, quando focamos a medicina na doença e não no doente, tendemos a colocar em segundo lugar o sofrimento do indivíduo.

A significância da chegada da morte é reflexo de como as pessoas encaram as respectivas vidas. Com base nessa premissa, importante refletir sobre a possibilidade de morrer dignamente e de se respeitar a autonomia da vontade dos indivíduos que se encontram em estágio terminal, das pessoas com paraplegias irreversíveis, dos pacientes que possuam doenças psíquicas, dos sujeitos que perderam membros do corpo dentre tantas outras situações particulares que possam acometer a qualquer ser humano.

CONCLUSÃO

Sob o ponto de vista individual, a vida cotidiana é formada de momentos alegres, realizações e também de decepções, tristezas e sofrimentos, cuja dimensão ninguém pode avaliar. Em situações desafiadoras, por mais que expressemos mensagens de ânimo e de estímulo, nem sempre é possível

36. DWORKIN, *op. cit*, p. 300.
37. ASCENSÃO, *op. cit.*.p. 175.

proporcionar àquele sofre o alívio para a sua agonia.

Alguns pacientes terminais, pessoas tetraplégicas, amputados e enfermos em estados irreversíveis, experimentam sofrimentos de inenarrável magnitude. Submetidos às circunstâncias de vida que implicam limitações de toda natureza, muitos desses pacientes tornam-se especialmente vulneráveis, quando constatam o desmoronamento de seus mais íntimos projetos e perspectivas e precisam adaptar-se à nova condição, nem sempre desejada, sequer imaginada.

Na busca de manutenção da vida a qualquer custo, médicos e familiares impõem aos pacientes novas formas de tratamento, como se tal medida correspondesse na íntegra à obrigação moral que lhes cabe. Ainda que orientados pela mais límpida boa-fé e nobres sentimentos de humanismo, as condições às quais os pacientes deverão se adaptar, além de provocar limitações físicas, podem impor limites à sua capacidade enquanto sujeitos de direitos.

A esse respeito, não se pode ignorar que o paciente também tem direitos fundamentais, e seu gozo não pode ser limitado. Ele ainda tem vontades, anseios, pensamentos e direito de escolha. No exercício desses direitos, por mais doloroso que possa parecer aos familiares, eles podem desejar a interrupção de suas vidas.

Por mais que a vida se apresente como direito supremo, ninguém está obrigado a suportar o sofrimento prolongado, mantendo-se ligado a aparelhos ou submetendo-se a tratamentos agressivos, sem qualquer perspectiva ou esperança de cura. Admitindo-se que a morte constitui evento inevitável e, em certos casos, previsível, nenhum ser humano é obrigado a esperá-la com dor, agonia e aflição. Vale notar que direito à vida digna deve ser preservado, inclusive, nos últimos momentos de existência do homem.

Contudo, antes de dar carta branca ao paciente sobre o destino da sua vida, deve-se verificar as particularidades de cada história, atestados da irreversibilidade do estado clínico, o notório e comprovado sofrimento e dor, a manifestação duradoura da vontade do paciente devidamente esclarecido, a comprovação do estágio terminal, dentre outros. Evidentemente que tais elementos precisam ser objeto de profundos estudos, pois haverá situações práticas não abarcadas pela lei, como a vontade do paciente, pois nem sempre o paciente terá condições de expressar sua vontade.

O problema se agrava, quando se admite que, em nossa cultura, a morte não constitui assunto nas discussões diárias. Aliás, o tema costuma provocar medo e rejeição.

Como sujeito de direitos, o paciente precisa ter respeitada a sua vontade e não pode ser obrigado a suportar sofrimento sem limites. A coletividade, em nome da preservação de um direito soberano, não pode negar-lhe o alívio, o cumprimento de sua vontade e autonomia, ainda que esteja no limite da capacidade de expressão e manifestação.

É oportuno sublinhar que o respeitar à vontade de outrem, mesmo contrária à nossa, é a representação máxima de consideração à autonomia do indivíduo em todas as suas vertentes. Evidentemente, a situação é complexa e requer análise, no caso concreto, dos requisitos específicos, pois a abreviação da morte de alguém é ato no qual não se poderá voltar atrás. Decorre daí ser necessária a segurança de que a decisão é a mais acertada e justa, como todas as decisões no direito devem ser.

REFERÊNCIAS

ASCENÇÃO. José Oliveira. *A terminalidade da vida.* In Coord. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade.* 7ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Eutanásia, ortotanásia e distanásia:breves considerações a partir do biodireito brasileiro.* Teresina, ano 10, n. 871, 21 nov. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7571>. Acesso em: 03 de nov. 2011.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada.* 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL ESCOLA. *Estudo teórico sobre a morte.* 2012. Disponível em <http://www.brasilescola.com/psicologia/estudo-teorico-morte2.htm> Acesso em 12 de dezembro de 2012.

_____CAMARA DOS DEPUTADOS FEDERAIS. PROJETO DE LEI EREIRA, Nº5058/2005. Regulamenta o art. 226, § 7º, da Constitui-

ção Federal, dispondo sobre a inviolabilidade do direito à vida, definindo a eutanásia e a interrupção voluntária da gravidez como crimes hediondos, em qualquer caso. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F247010D2A4F1279BE395835841176F8.node2?codteor=295399&filename=Tramitacao-PL+5058/2005> Acesso em 25 de janeiro de 2013

_____*Doenças psicológicas*. Disponível em <http://www.brasilescola.com/doencas/doencas-psicologicas.htm> Acesso em 16 de dezembro de 2012.

BROMBERG, Maria Helena P.F. *A psicoterapia em situações de perdas e luto*. São Paulo, Editorial Psy II, 1994.

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

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo; Atlas, 2009.

DWORKIN, Ronald. *O domínio da vida*. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

FURTADO. José Luiz. N*otas sobre o jovem Marx e o conceito feuerbachianode essência genérica humana*. Sem ano. Texto não paginado. Disponível em <http://www.unicamp.br/cemarx/jose.htm> Acesso em 29 de agosto de 2012.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. In: Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1974

LEÃO JUNIOR, Paulo Silveira Martins. *O Direito fundamental à vida dos embriões e anencéfalos*. In.: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direito Fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos Magalhães. *O princípio da dignidade humana e o direito à vida*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, Flademir Jeronimo Belinati. *Dignidade da Pessoa Humana. Princípio Constitucional Fundamental*. Curitiba: Juruá Editora, 2003.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *O Direito do ser humano à vida*. In.: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direito Fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MICHAELIS, Dicionário. 2009. *Morte*. Disponível em <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portuguesportugues&palavra=morte> Acesso em 10 de dezembro de 2012.

MÖLLER, Letícia Ludwig. *Direito à morte com dignidade e autonomia*. Curitiba: Juruá, 2007.

MUMFORD, Lewis. *A cidade na história:* suas origens, transformações e perspectivas. Trad.: Neil R. da Silva. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

NALINI, José Renato. *A vida é*. In.: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direito Fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 52.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada*: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais da vida e da morte. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA. José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. p. 287.

SZANIAWSKI. Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ZATTI, Vicente; *Autonomia e Educação em Immanuel Kant e Paulo Freire*. Porto Alegre: EdipucRSD. 2007. Disponível em <http://www.pucrs.br/edipucrs/online/autonomia/autonomia/capa.html> Acesso em 15 de agosto de 2012.

ACESSIBILIDADE ATITUDINAL: O QUE É NECESSÁRIO PARA QUE A PESSOA COM DEFICIÊNCIA SEJA RESPEITADA APÓS A ASSINATURA DOS TRATADOS INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS E DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

CAIO SILVA DE SOUSA

INTRODUÇÃO

A democratização do Brasil permitiu a elaboração da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que por ter participação popular, lhe garantiu o apelido de Constituição Cidadã, segundo BONAVIDES (2004). 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.

É importante destacar que a constituição tem fortes traços da Declaração Universal dos Direitos Humanos, principalmente ao informar que todos são iguais perante a lei e tem direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei quando *"Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação".*

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

"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". Assim define a Declaração Universal de Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações.

Esse é o objetivo para que cada indivíduo e cada órgão da sociedade se esforce, através do ensino e da educação, para promover o respeito a esses direitos e liberdades, e por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

Dessa forma, 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, 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 Declaração Universal de Direitos Humanos e 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. A Declaração Universal dos Direitos Humanos esclarece que todas as pessoas têm direitos e merecem gozar desses direitos, senão vejamos.

> Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Essa mudança paradigmática exigiu uma completa reformulação do sistema brasileiro, inclusive com a mudança do modelo exclusivamente biomédico da deficiência para um modelo biopsicossocial. 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.* (Artigo 1º da Convenção – grifou-se).

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 (Lei Federal nº 13.146/15) 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.

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. A DISCRIMINAÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA ATRAVÉS DO PRÉ-CONCEITO

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.

O Sociólogo HABERMAS (2002) dispõe que o problema das minorias se explica pelo fato de que os indivíduos não são abstratos, ou seja, não são amputados 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, o Professor 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 prática 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 menos 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 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. APÓS A ASSINATURA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS, COMO É A VIDA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA?

Desde a assinatura da Declaração Universal de Direitos Humanos e 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, é possível estimar que atualmente cerca de 12,0% da população da América Latina e do Caribe vive ao menos com uma deficiência, 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.[1]

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, 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.

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

1. 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.

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.

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.

Segundo o primeiro Relatório Mundial sobre Deficiência da Organização Mundial de Saúde, publicado em 2011, 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.

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 as características de pobreza, marginalidade e violência, mas o significado dessa aproximação é altamente positivo e dele poderá resultar uma nova dimensão de encaminhamento para as questões sociais.

Neste caso 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, a Declaração Universal de Direitos Humanos e a Convenção da ONU sobre direitos da pessoa com deficiência 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.

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.

PROENÇA, Gustavo. **Desigualdades raciais no Brasil: os desafios da "luta por reconhecimento" para o constitucionalismo**. 2007. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007.

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.

O DIREITO À IDENTIDADE E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA NA PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA: ANÁLISE DO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º225/2018

CÂNDIDA CARVALHO

1. INTRODUÇÃO

O direito ao conhecimento das origens genéticas era um direito há muito tempo defendido e aclamado por alguns dos especialistas em direito; contudo, um direito pouco respeitado ou de difícil aplicação em casos como a adoção, a procriação medicamente assistida e a gestação de substituição, sobretudo, por haver diversos direitos das partes em conflito, nomeadamente o direito a constituir família e o direito à intimidade da vida privada e familiar. Porém, o ordenamento jurídico português sofreu algumas alterações com a entrada em vigor da Lei n.º 143/2015, de 8 de Setembro, que aprovou o novo Regime Jurídico do Processo de Adoção (RJPA) e reconheceu o direito ao conhecimento das origens genéticas do adotado. Atualmente, de acordo com o artigo 1990.º-A, do Código Civil (CC) é reconhecido aos adotados o direito ao conhecimento das suas origens, nos termos e com os limites definidos no diploma que regula o processo de adoção.

Os defensores do direito ao conhecimento das origens genéticas continuaram a manifestar-se e um grupo de trinta deputados veio requerer à Assembleia da República a declaração da inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, de alguns preceitos da Lei da Procriação Medicamente Assistida (LPMA), a Lei n.º32/2006, de 26 de julho, designadamente o artigo 15.º, sob epigrafe "confidencialidade", por violação dos direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e à identidade

genética, do princípio da dignidade da pessoa humana, do princípio da igualdade e do princípio da proporcionalidade.

Atendendo à complexidade da causa, propomos desmistificar cada direito e princípio considerados como violados e que estão na base do pedido de inconstitucionalidade do referido artigo 15.º da LPMA. Começaremos por analisar o princípio da dignidade humana, uma das bases da República Portuguesa, presente no artigo 1.º da CRP, o que significa que a pessoa é sujeito e não objeto, é fim e não meio de relações jurídico-sociais, o que legitima a imposição de deveres de proteção especiais, isto é, o Estado tem o dever público de proteger as pessoas em qualquer situação que atente contra a sua dignidade. Prosseguindo com o estudo do direito à identidade pessoal e finalizaremos com a análise em torno do artigo 15.º da LPMA e a decisão do Tribunal Constitucional (TC).

2. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE INERENTE AO INDIVIDUO PROVENIENTES DE PMA

O termo dignidade designa tudo aquilo que merece respeito, consideração, mérito, estima, entre outros. É acima de tudo uma categoria que se relaciona com a própria representação que fazemos da condição humana, ou seja, ela é a qualidade ou valor particular que atribuímos aos seres humanos em função da posição que eles ocupam na escala dos seres (GROENINGA, G. C., 2006, P. 442-443)

A dignidade é pessoal mas também universal. Todas as pessoas merecem ser tratadas com igual dignidade. No melhor entendimento de Jorge Miranda e Rui Medeiros, o princípio da dignidade implica uma especial proteção das pessoas mais vulneráveis, cuja dignidade seja facilmente posta em causa (MIRANDA, J.; MEDEIROS, R., 2010, P. 84); dos indivíduos que não têm acesso à sua verdade biológica, por haver normas que os impeçam, entre outras situações.

Trata-se do fundamento do Estado de Direito, "do único valor absoluto, e inalienável, numa sociedade secular e pluralista" (NUNES, R.; MELO, H. P., 2012, P. 31). Nessa qualidade, deve prevalecer sobre quaisquer outras

razões, valores, bens, interesses ou direitos que apontem em sentido divergente ou contrário (NOVAIS, J. R., 2015, P. 9.). Como resultado, a dignidade outorga o direito da pessoa humana ser considerada um "sujeito, em si mesmo, com uma finalidade própria, dotado de liberdade no plano ético[1], não podendo nunca ser considerado como um objecto do desejo ou da manipulação de terceiros" (NUNES, R.; MELO, H. P., 2012, P. 31-32).

Pese embora os seres humanos não sejam todos iguais, por razões biológicas e intelectuais, e que a verdadeira igualdade social será porventura inalcançável (NUNES, R.; MELO, H. P., 2012, p. 35), o conceito de igualdade impõe que seja reconhecidos a todas as pessoas direitos iguais, principalmente, que sejam garantidos os direitos fundamentais à sua existência, como o direito à identidade, à integridade física e psíquica ou ao livre desenvolvimento da personalidade. O facto destes direitos se encontrarem protegidos não implica que as pessoas sejam todas iguais, que tenham as mesmas necessidades ou que ambicionem realizar os mesmos projetos de vida; pelo contrário, implica que quaisquer que sejam as ambições ou carências pessoais é sempre garantido um nível mínimo de condições sociais conforme à dignidade da pessoa humana (NUNES, R.; MELO, H. P., 2012, p. 33).

É importante referir que a dimensão intrínseca e autónoma da dignidade da pessoa humana articula-se com a liberdade de conformação e de orientação da vida segundo o projeto espiritual de cada pessoa, o que significa que tem que haver uma abertura às novas exigências da própria pessoa (CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V., 2007, p. 198), queremos com isso dizer que a dignidade é um valor autónomo que exige respeito e proteção.

Se verificarmos o que ocorreu até à decisão do Tribunal Constitucional em relação à PMA, facilmente concluímos que houve uma subvalorização da vontade, da necessidade, da liberdade, da autonomia e do projeto de vida dos beneficiários da PMA, assim como uma proteção especial dos dadores em PMA, ao permitir manter todo o processo sob sigilo e o anonimato em relação à identidade civil do dador. Como reflexo, as pessoas provenientes das técnicas de PMA permaneceram em segundo plano, pois, por haver maior respeito – por parte do Estado e do Direito – pelos seus

1. Esclarecendo, «esta liberdade ética fundamental implica que a ciência concorra sempre para melhorar as condições de existência da humanidade respeitando a identidade do sujeito e a da espécie a que pertence»(NUNES, R.; MELO, H. P., 2012, p. 32).

pais e pelo dador, nunca tiveram totalmente reconhecida nem a sua dignidade enquanto pessoa, por serem pessoas limitadas à vontade e ao projeto de vida dos seus pais, ou da sua mãe; nem os seus direitos, designadamente, o direito à identidade pessoal.

Pela primeira vez, através do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º225/2018, foi possível refletir sobre os valores em causa e concluir que, pese embora os pais, os beneficiários da PMA e os dadores necessitem de proteção e de respeito pela sua dignidade e pelos seus direitos; a verdade é que todos estão conscientes que fazem parte de um processo, que embora pessoal, terá como consequência o nascimento de uma pessoa, com igual dignidade e direitos e que, em momento algum, poderão admitir ou exigir a limitação dos direitos dessa criança, ou diminuir ou sacrificar a sua dignidade ou os seus direitos em prol da defesa dos direitos pessoais; caso contrário, não estaríamos perante um caso de amor e de altruísmo na constituição de uma família com base no respeito e na igualdade mas sim, numa situação de egoísmo em que a base da relação familiar seria a desigualdade, onde a vontade e os desejos dos beneficiários seriam absolutos em relação à criança e futuro adulto proveniente de técnicas de PMA.

Neste sentido, defendemos que deve ser garantido a todas as pessoas fruto da PMA, os mesmos direitos daquelas que nascem sem recorrer às referidas técnicas, visto que continuam a ser seres humanos, todavia com realidades sociais e familiares destintas, mas continuam a ser pessoas com dignidade e por isso, tem de ser garantido um nível mínimo de condições para que possam desenvolver a sua personalidade e saibam quem são verdadeiramente, através do acesso a informações relacionadas com as suas origens e a sua verdade biológica. Assim, será sempre por referência à dignidade humana que deve falar-se em direito ao conhecimento das origens genéticas (REIS, R. L. V., 2008, p. 58).

3. DO DIREITO AO CONHECIMENTO DAS ORIGENS GENÉTICAS

3.1 DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL

Segundo Paulo Otero, este direito assume duas dimensões diferentes (OTERO, P., 1999, p. 64):

> a) A identidade pessoal tem uma dimensão absoluta ou individual[2] – cada pessoa tem uma identidade definida por si própria, expressão do caráter único, indivisível e irrepetível de cada ser humano: cada pessoa humana é, por isso, uma realidade singular, dotada de uma individualidade que a distingue de todas as demais;
> b) A identidade pessoal comporta também uma dimensão relativa ou relacional – cada pessoa tem a sua identidade igualmente definida em função de uma memória familiar conferida pelos seus antepassados, assumindo aqui especial destaque os respetivos progenitores, podendo falar-se num "direito ao conhecimento das origens genéticas".

Para a nossa investigação, a identidade pessoal relativa assume maior relevância. Esta ideia de relação implica um direito a conhecer as suas origens, expresso na relação de cada pessoa com aquelas que lhe deram origem. Acompanhando a linha de pensamento de Paulo Otero, o direito ao conhecimento das origens envolve o direito de cada ser humano conhecer a forma como foi gerado ou, mais amplamente, o direito a conhecer o património genético[3], elemento este que, além de reflexos na prevenção de

2. «(...) o direito à identidade pessoal envolve uma dimensão absoluta ou individual, tornando cada pessoa humana um ser único que, apesar da igualdade com todos os demais na sua condição humana e na inerente dignidade, é dotado de uma irrepetibilidade natural: a identidade pessoal de cada ser humano, expressão da individualidade da sua própria e exclusiva personalidade física e psíquica, assenta na inexistência presente ou futura de dois seres humanos iguais». (OTERO, P., 1999, p. 65)

3. Deixamo-nos conduzir pela definição de património genético dada, pioneiramente, por Stela Barbas, trata-se do «universo de componentes físicos, psíquicos e culturais que começam no antepassado remoto, permanecem constantes embora com naturais mutações ao longo das gerações, e que, em conjugação com factores ambienciais e num permanente processo de inter-acção, passam a constituir a nossa própria identidade e que, por isso, temos o direito de guardar e defender e depois de transmitir».

certas doenças, pode ter decisiva importância psíquica não só ao nível do direito à identidade como também quanto ao direito ao desenvolvimento da personalidade (OTERO, P., 1999, p. 72). Segundo o autor, daqui resultam duas consequências imediatas:

> a) Por um lado, não é aceitável qualquer sistema normativo de segredo que vede ao interessado a possibilidade de conhecer a forma como foi gerado ou o respetivo património genético;
> b) Não existem interesses ou direitos concorrentes de quaisquer outras pessoas intervenientes no processo – *v.g.*, a tutela dos respetivos direitos à privacidade – que possam impedir alguém de conhecer a respetiva origem e o património genético;

O direito ao conhecimento das origens compreende ainda o concreto direito de cada ser humano a conhecer a identidade dos seus progenitores (OTERO, P., 1999, p. 73).

Para Pais Vasconcelos a identidade pessoal inclui também a identidade genética e ao património genético (VASCONCELOS, P. P., 2014, p. 73), que assumem uma imensa importância para o conhecimento das origens genéticas.

Acolhemos a definição de identidade pessoal dada por Rui Nunes:

> Refere-se à complexa inter-relação entre o património genético individual – Identidade Genética – e influências ambientais, entre as quais se enquadram a educação, o ambiente familiar e social, a cultura, e outros fatores determinantes para o desenvolvimento integral da pessoa.

Em relação à definição de genética a autora avança que «em termos técnicos a palavra genética é a ciência que estuda a hereditariedade e os mecanismos e leis da transmissão dos caracteres dos progenitores aos descendentes, bem como a formação e evolução das espécies animais e vegetais»; e, a eugénica é a ciência da aplicação da genética ao melhoramento da espécie humana. (BARBAS, S. M. A. N., 2006, p. 17)

Acompanhando a autora, o homem «é uma realidade que resulta do jogo genético dos progenitores e das circunstâncias, da fusão e inter-ligação de factores endógenos e exógenos», é, ainda, um ser singular, diferentes entre si e em constante mudança. Atendendo aos ensinamentos de Diogo Leite de Campos, cada ser humano é diferente de todos os outros, e é esta diversidade que enriquece a Humanidade. (CAMPOS, D. L., 2000, p. 22).

> Assim, duas pessoas, ainda que genotipicamente idênticas, terão sempre uma personalidade distintas, devido à influência de fatores culturais e do ambiente (NUNES, R., 2013, p.77). A identidade pessoal associa-se ao valor intrínseco não-instrumental da pessoa humana e relega para segundo plano qualquer forma de determinismo genético (NUNES, R., 2013, p.11).

Segundo o autor,

> o direito à identidade e à individualidade é hoje considerado como um direito pertencente à categoria dos direito humanos fundamentais. Direito este que pode tomar contornos éticos variados, nomeadamente, o direito do sujeito a ser informado sobre a sua ascendência biológica ou, paradoxalmente, a não ser informado sobre o seu património genético, isto é negando o conhecimento da sua própria identidade (NUNES, R., 2013, p.77).

3.2 O DIREITO AO CONHECIMENTO DAS ORIGENS GENÉTICAS NO DIREITO COMPARADO E NO DIREITO INTERNACIONAL

O debate europeu em torno do direito ao conhecimento das origens genéticas e do anonimato do dador é constante, no entanto, se alguns países ainda consagram a regra do anonimato, outros, em bom rigor, tendem a defender este direito protegendo todos aqueles que nascem da PMA, através de exceções importantes ou dirimindo totalmente o estatuto de animato dos dadores.

Em Espanha vigora a regra do anonimato, nos termos do artigo 5.º, n.º5, da Lei 14/2006, de 26 de Maio está consagrado a confidencialidade dos dados relativos aos dadores, porém, os filhos nascidos de procriação heteróloga têm o direito a receber informações gerais sobre os dadores, à exceção da sua identidade civil, porventura, em situações que comportem risco para a vida ou para a saúde do filho, poderá ser revelada a identidade do dador.[4] [5]

4. ESPANHA. Artículo 5. **Ley 14/2006**, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Disponível em https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292. Acesso em: 5 jan. 2019.

5. ESPANHA. Artículo 5. **Ley 14/2006**, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción

Na Alemanha, o direito ao conhecimento das origens genéticas é reconhecido como um direito fundamental decorrente da dignidade da pessoa humana e dos direitos de personalidade, uma vez que este direito permite a cada pessoa obter elementos de conexão para a compreensão e o desenvolvimento da sua própria individualidade.[6]

A favor da verdade biológica encontra-se o Reino Unido que consagra e protege o direito ao conhecimento das origens genéticas, no entanto, impõe que as autoridades públicas informem todos os envolvidos da intenção de divulgação da informação e ponderem os direitos do requerente, que pretende ter acesso aos dados sobre as suas origens, com os dos restantes interessados, cujos direitos fundamentais devam ser tomados em consideração[7]. Na versão mais atualizada do *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* verificamos a obrigatoriedade do registo de informações sobre a identidade dos dadores e o direito das pessoas nascidas através da PMA, poderem solicitar, após perfazerem 16 anos, as informações necessárias às autoridades.[8]

Alguns países como a Suíça, Suécia, Holanda, Noruega, Finlândia e Islândia, acolheram no seu regime jurídico o direito ao conhecimento das origens genéticas como um direito absoluto, abolindo, concomitantemente a regra do anonimato dos dadores.

Observando a alínea 2, do artigo 119.º, da *Constitution fédérale de la Confédération Suisse* sobre a procriação medicamente assistida, aferimos que a todas as pessoas é reconhecido o direito de acesso aos dados relativos à sua ascendência, considerando este direito, um direito absoluto da pessoa, devendo o seu âmbito ser o mais amplo possível.[9]

---

humana asistida. Disponível em https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292. Acesso em: 5 jan. 2019

6. ALEMANHA. **BVerfGE 79, 256 (269)** - Kenntnis der eigenen Abstammung. Disponível em http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv079256.html. Acesso em: 8 jan. 2019.

7. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, 7 de maio de 2018. Processo n.º 95/17. P. 1936. Disponível em https://dre.pt/home/-/dre/115226940/details/maximized

8. Human Fertilisation and Embryology Act 2008. Disponível em https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, 7 de maio de 2018. Processo n.º 95/17. P. 1936. Disponível em https://dre.pt/home/-/dre/115226940/details/maximized

9. SUÍÇA. **Constitution fédérale de la Confédération Suisse**. Art.º 119.º - Procréation médicalement assistée et génie génétique dans le domaine humain. Disponível em https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19995395/index.html#a119. Acórdão do Tri-

A Suécia foi o primeiro país a legislar no sentido de permitir o conhecimento da identidade dos dadores, em 1984. Na Noruega, desde 2005, vigora a tutela plena do direito a conhecer as origens genéticas. Na Holanda, não é permitido doações anónimas; ao contrário do que sucede, ainda, na Islândia que mantém um sistema duplo que permite tanto as doações anónimas de gâmetas, como as doações de pessoas que tenham autorizado, de forma antecipada, a revelação dos seus dados pessoais. A Finlândia tinha, inicialmente, um sistema idêntico ao da Islândia, no entanto, em 2006, optou pela abolição da regra do anonimato, podendo os interessados conhecer a identidade dos dadores de esperma ou ovócitos, após a maioridade[10].

Após apreciar o direito ao conhecimento das origens genéticas no âmbito do direito comparado, caminhamos em direção ao direito internacional, chamando primeiramente à colação a Convenção sobre os Direitos da Criança, mais precisamente o artigo 7.º, n.º1, que determina um direito subjetivo a conhecer a ascendência biológica, ao estatuir que as crianças devem ser registadas imediatamente após o nascimento e tem, desde o nascimento, direito a um nome e, entre outros direitos, o direito a conhecer os seus pais[11]. O artigo seguinte consagra que é uma obrigação estadual respeitar o direito da criança e a preservar a sua identidade, acrescentando que caso uma criança seja ilegalmente privada de todos os elementos constitutivos da sua identidade ou de alguns deles, os Estados Partes devem assegurar-lhe assistência e proteção para que a sua identidade seja, com a maior brevidade possível, restabelecida[12].

É relevante também analisar o artigo 8.º, n.º1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), uma vez que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) tem vindo a considerar o direito ao conhecimento das origens genéticas como um elemento integrante, e essencial, do

bunal Constitucional n.º 225/2018, 7 de maio de 2018. Processo n.º 95/17. P. 1936. Disponível em https://dre.pt/home/-/dre/115226940/details/maximized

10. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, 7 de maio de 2018. Processo n.º 95/17. P. 1936. Disponível em https://dre.pt/home/-/dre/115226940/details/maximized

11. Convenção sobre os Direitos da Criança. Artigo 7.º. Disponível em https://www.unicef.pt/media/1206/0convencao_direitos_crianca2004.pdf. Acesso em: 9 jan. 2019.

12. Convenção sobre os Direitos da Criança. Artigo 8.º. Disponível em https://www.unicef.pt/media/1206/0convencao_direitos_crianca2004.pdf. Acesso em: 9 jan. 2019.

direito ao respeito pela vida privada e familiar[13].

Cumpre por examinar alguns dos Acórdãos do TEDH relativamente à matéria em análise. Começando pelo Caso de *Gaskin* c. *United Kingdom*, Queixa n.º 10454/83, Acórdão de 7 de Julho de 1989, que, sucintamente, refere-se ao facto do Estado não ter permitido o livre acesso aos registos relativos ao período em que o requerente esteve sob tutela estadual; o TEDH decidiu que ao abrigo do direito ao respeito pela vida privada e familiar qualquer pessoa é capaz de estabelecer os detalhes da sua identidade como ser humano e que, não pode ser impedida por nenhuma autoridade sem qualquer justificação, concluindo que os cidadãos têm um interesse vital, protegido pela Convenção, em receber toda a informação necessária para conhecer e compreender a sua infância e desenvolvimento.[14]

Igualmente importante é o Caso *Mikulic c. Croatia*, Queixa n.º 53176/99, Acórdão de 7 de Fevereiro de 2002, onde o requerente alegou a violação do artigo em apreço por demora no processo de averiguação da sua paternidade, devido à inexistência, no sistema jurídico croata, de mecanismo para obrigar o alegado pai à realização compulsiva de testes de ADN. O TEDH declarou que o requerente foi mantido num estado de prolongada incerteza acerca da sua própria identidade, corolário da ineficiência dos tribunais nacionais, considerando uma situação de violação do direito a receber informação necessária acerca dos aspetos fundamentais da identidade pessoal.[15]

13. Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Artigo 8.º. Disponível em https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf Acesso em: 10 jan. 2019.

14. *Case of Gaskin v. The United Kingdom. Application no. 10454/83. Judgment. Strasbourg. 04 July 1989.* Disponível em http://www.juridischeuitspraken.nl/19890707EHRMGaskin.pdf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, 7 de maio de 2018. Processo n.º 95/17. P. 1936. Disponível em https://dre.pt/home/-/dre/115226940/details/maximized

15. *Case of Mikulic v. Croatia. Application no. 53176/99. Court of Human Rights.* Disponível em http://www.aimjf.org/storage/www.aimjf.org/Jurisprudence_CEDU/CASE_OF_MIKULIC_v._CROATIA.pdf

4. A REGRA DO ANONIMATO DO DADOR E A CONTROVÉRSIA EM TORNO DO ARTIGO 15.º DA LPMA

Emerge do artigo 15.º da LPMA que todas as pessoas que tenham conhecimento do recurso a técnicas de PMA, ou da identidade dos participantes do processo, estão ao abrigo do sigilo sobre a identidade dos mesmos e sobre o próprio processo de PMA; as pessoas nascidas em consequência de processos de PMA não podem ter acesso à identidade do dador, podem, apenas, ter acesso a informações de natureza genética que lhes digam respeito; podem obter informações sobre eventual existência de impedimento legal em relação ao casamento e podem ser obtidas informações sobre a identidade do dador por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial.

Em bom rigor, o referido artigo subordina o filho à vontade dos pais em revelar ou não a verdade sobre a sua origem; notoriamente, estaremos sempre perante um conflito de direitos fundamentais entre ambas as partes: o direito à identidade pessoal e o direito ao conhecimento das origens genéticas por parte do filho, em conflito com o direito à reservada da intimidade da vida privada e familiar dos pais/beneficiária. Mas este artigo coloca ainda a pessoa consequência da PMA numa situação periclitante de conseguir comprovar, ou melhor, justificar o seu desejo de conhecer as suas origens e sujeitar-se a discricionariedade judicial.

O Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV) pronunciou-se diversas vezes em relação ao direito ao conhecimento da identidade dos dadores de gâmetas. No Parecer n.º 23/CNECV/98, sobre o Projeto de Proposta de Lei relativa à Procriação Medicamente Assistida, aquele Conselho afirma que

> a PMA heteróloga põe radicalmente em causa princípios, valores e conceitos tradicionais relativos à geração da vida humana, à identidade pessoal e condições para o seu desenvolvimento, bem como a relação conjugal e à comunidade familiar, e é susceptível de consequências jurídicas e sociais complexas e delicadas. Tanto basta para reconhecer que a reflexão ética sobre esta técnica seja um acto de eminente responsabilidade e dignidade, a exigir: (...) respeito pelos direitos dos

> eventuais nascituros, que não podem ser secundarizados e muito menos olvidados face aos anseios dos casais estéreis (...)[16]
> adianta que as razões ponderosas para conhecer a identidade do dador, que seriam reconhecidas por sentença judicial, deveriam limitar-se ao facto da pessoa querer saber quem é o seu progenitor genético, sem mais fundamentos, pois, o exercício do seu direito à identidade pessoal é suficiente para que tivesse acesso à informação solicitada.[17]

Atendendo ao Parecer 44/CNECV/04 verificamos que este também se refere ao direito ao conhecimento das origens genéticas, afirmando que

> no caso de PMA com recurso a dador de gâmetas, deverá ser salvaguardada a possibilidade de identificação do dador, a pedido do seu filho biológico e a partir da maioria legal deste, no reconhecimento ao direito do próprio à identidade pessoal e biológica. A informação genética relevante para a saúde do filho biológico e não identificável do dador deverá manter-se permanentemente disponível, podendo ser solicitada, antes da maioridade do filho biológico, pelos representantes legais deste, continua, expondo que "o conhecimento da identidade do dador de gâmetas não poderá implicar, por parte do filho biológico, a reivindicação de quaisquer direitos em relação àquele ou de deveres daquele para com o próprio"[18].

16. Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. Relatório sobre o Projecto de Proposta de Lei relativa à Procriação Medicamente Assistida. P. 4. Acedido a 15 de Janeiro de 2013. Disponível em http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1293540615_P023_PMA.pdf Acesso em: 16 jan. 2019.

17. "Não só porque, face ao que está em causa, isso ser razão subalterna, como porque a experiência sueca demonstra o contrário: passados alguns anos de declínio (a regulamentação é de 1985) os dadores têm aumentado e são de outra qualidade ética, isto é, são autenticamente "dadores"". Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. Relatório sobre o Projecto de Proposta de Lei relativa à Procriação Medicamente Assistida. P. 4. Acedido a 15 de Janeiro de 2013. Disponível em http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1293540615_P023_PMA.pdf Acesso em: 16 jan. 2019

18. Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. Parecer 44/CNECV/04. Parecer n.º 44 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. Procriação Medicamente Assistida. P. 4. Acedido a 19 de Janeiro de 2013. Disponível em http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273057172_P044_ParecerPMA.pdf Acesso em: 15 jan. 2019.

O TC pronunciou-se anteriormente sobre o direito ao conhecimento das origens genéticas, através do Acórdão n.º101/2009, este Acórdão começa por reconhecer que do ponto de vista jurídico-constitucional estavam em causa direitos fundamentais diferentes; por um lado, o direito ao conhecimento das origens genéticas da pessoa nascida de PMA e, por outro lado, o direito a constituir família e o direito à intimidade da vida privada e familiar.[19]

O Tribunal atesta que a identidade pessoal que,

> o reconhecimento de um direito ao conhecimento das origens genéticas não impede, pois, que o legislador possa modelar o exercício de um tal direito em função de outros interesses ou valores constitucionalmente tutelados que possam reflectir-se no conceito mais amplo de identidade pessoal, concluindo que o modelo de anonimato do dador, não merece censura constitucional, pois, o direito a constituir família é um fator a ponderar na admissibilidade subsidiária da procriação heteróloga e, portanto, "não é de considerar como constitucionalmente inadmissível que o legislador crie as condições para que sejam salvaguardadas a paz e a intimidade da vida familiar, sem interferência de terceiros dadores que, à partida, apenas pretenderam auxiliar a constituição da família".[20]

5. CONCLUSÕES

A doutrina portuguesa vem, desde há muitos anos, debatendo a problemática do anonimado dos dados, do direito ao conhecimento das origens genéticas e dos direitos fundamentais em conflito. Como foi possível demonstrar ao longo de toda a investigação o direito à identidade é um direito fundamental, constitucionalmente consagrado no artigo 26.º da CRP, que tem na sua base o princípio da dignidade humana.

O direito à identidade pessoal envolve um direito à historicidade pessoal, isto significa que todo o ser humano tem o direito a saber como foi

19. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2009. Processo n.º 963/06. Disponível em https://dre.pt/pesquisa/-/search/1143211/details/maximized Acesso em: 18 jan. 2019.
20. *Idem.*

gerado, quem são as pessoas envolvidas e que contribuíram biologicamente para sua formação, como por exemplos, os dadores; e de ter acesso a todos os elementos necessários para que possa desenvolver livremente a sua personalidade, com base no princípio da verdade biológica e, desta forma, construir ou completar a sua identidade pessoal.

A regra do anonimato ora em análise, presente no artigo 15.º da LPMA, facilmente demonstra uma situação de discriminação das pessoas nascidas de técnicas de PMA, em relação às restantes; acresce, a situação de subordinação daquelas pessoas ao projeto de vida do casal beneficiário ou da mãe beneficiária, ao direito à privacidade ou ao direito da reserva da intimidade da vida privada e familiar destes e dos dadores.

É importante refletir que as pessoas nascidas por intermédio de PMA não podem estar sujeitos a sacrifícios ou limitações em prol da proteção de direitos de terceiros, como seja o direito a constituir família, por exemplo; ou, em proveito de um equilíbrio entre os direitos constitucionais de forma a garantir a unidade familiar, proporcionando a tão aclamada paz familiar. Contudo, questionamos que paz familiar é essa, ou de que unidade familiar estamos a falar, que traz conforto a alguns elementos da família, enquanto outros, inevitavelmente, não estão plenamente conformes, interrogando-se sobre a sua identidade, necessitando de respostas para as suas interrogações existenciais.

Facilmente constatamos os interesses fundamentais em conflito: por um lado, invoca-se o interesse dos pais em não revelar a verdade aos seus filhos, por receio de um eventual afastamento ou, em última instância, de perda deste, pois o filho, num determinado momento da sua vida, poderá sentir a necessidade de saber mais sobre si mesmo, de conhecer as pessoas que contribuíram para a sua existência, entre outras situações. Além disso, receia-se que a revelação da identidade dos dadores de gâmetas poderia conduzir ao surgimento de relações de paternidade e maternidade despidas de um projeto real que ansiasse essas mesmas relações. Por fim, defende-se que a regra do anonimato garante a existência de dadores, e concomitantemente, a própria viabilidade da PMA heteróloga; fundamento que perde facilmente a sua força, em primeiro lugar devido às experiências dos países europeus que aboliram em absoluto o anonimato do dador e, em segundo

lugar porque acredita-se que o dador age munido de um sentimento altruísta, sensibilizado com o projeto de vida de determinadas pessoas que, por algum motivo, têm de recorrer à PMA, no fundo, o que mais deseja é ser útil para aquele casal ou para aquela mãe, sem qualquer outro interesse.

No entanto, perante todos os conflitos em causa, o TC decidiu, através do ATC n.º 225/2018, declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas do n.º1 e do n.º4, do artigo 15.º da LPMA, por violação dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade de tais pessoas em consequência de uma restrição desnecessária dos mesmos, conforme decorre da conjugação do artigo 18.º, n.º2, com o artigo 26.º, n.º1, ambos da CRP.

6. BIBLIOGRAFIA

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2009. Processo n.º 963/06. Disponível em https://dre.pt/pesquisa/-/search/1143211/details/maximized

BVerfGE 79, 256 (269) - Kenntnis der eigenen Abstammung. Disponível em http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv079256.html

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital – Constituição da República Portuguesa. Anotada. Vol. I. p. 198.

Case of Gaskin v. The United Kingdom. Application no. 10454/83. Judgment. Strasbourg. 04 July 1989. Disponível em http://www.juridischeuitspraken.nl/19890707EHRMGaskin.pdf

Case of Mikulic v. Croatia. Application no. 53176/99. Court of Human Rights. Disponível em http://www.aimjf.org/storage/www.aimjf.org/Jurisprudence_CEDU/CASE_OF_MIKULIC_v._CROATIA.pdf

Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. Parecer 44/CNECV/04. Parecer n.º 44 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. Procriação Medicamente Assistida. P. 4. Acedido a 19 de Janeiro de 2013. Disponível em http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273057172_P044_ParecerPMA.pdf

Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. Relatório sobre o Projecto de Proposta de Lei relativa à Procriação Medicamente

Assistida. P. 35. Acedido a 15 de Janeiro de 2013. Disponível em http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1293540615_P023_PMA.pdf

Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Disponível em https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf

Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em https://www.unicef.pt/media/1206/0convencao_direitos_crianca2004.pdf

GROENINGA, Giselle Câmara – O Direito à Integridade Psíquica e o Livre Desenvolvimento da Personalidade. Família e Dignidade Humana. V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Brasil: IBDFAM, 2006.

Human Fertilisation and Embryology Act 2008. Disponível em https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Disponível em https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN 978-972-32-1822-0.

NOVAIS, Jorge Reis – A Dignidade da Pessoa Humana. Vol. I. Almedina: Lisboa, 2015. ISBN 978-972-40-6157-3.

NUNES, Rui – Estudo N.ºE/17/APB/10 - Testamento Vital. Associação Portuguesa de Bioética.

NUNES, Rui; MELO, Helena Pereira de – Testamento Vital. Almedina: Coimbra, 2012. ISBN 978-972-40-4538-2.

VASCONCELOS, Pedro Pais de – Direito de Personalidade. Lisboa: Almedina, 2014. Depósito Legal 250316/06.

REIS, Rafael Luís Vale e – O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1582-3.

OTERO, Paulo – Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil constitucional da bioética. Almedina: Coimbra, 1999. Depósito Legal 141988/99.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, 7 de maio de 2018. Processo n.º 95/17. P. 1936. Disponível em https://dre.pt/home/-/dre/115226940/details/maximized

O ACESSO À JUSTIÇA DOS IMIGRANTES ILEGAIS E REFUGIADOS NO BRASIL

DANIEL LUIZ PITZ

INTRODUÇÃO

Este artigo acadêmico tem por objetivo abordar sobre o direito ao acesso à justiça, consagrada na Constituição Federal de 1988 e na Lei 13.445/2017, dada aos imigrantes ilegais e refugiados, verificando a sua forma de implementação principalmente por meio dos Sindicatos e da Defensoria Pública.

O fenômeno da globalização e o das migrações apesar de crescente por todo o mundo, lamentavelmente, ainda não se atingiu todos os aspectos humanos, delimitando-se apenas à livre circulação de bens e capitais (CARELLI, 2007, p. 4).

O ingresso de imigrantes no território do país receptor presume a garantia de vários direitos fundamentais, apesar da existência e do dever de aplicabilidade dessas normas, muitos desses estrangeiros desconhecem essas leis que auxiliam a manter suas condições dignas de vida (SALADINI, 2011, p. 13-15).

O aumento do movimento migratório teve um efeito positivo ao levar o governo e a sociedade civil a iniciarem um processo de discussão da legislação migratória introduzindo nos debates a visão do respeito aos direitos humanos dos imigrantes. Ao mesmo tempo, foi possível avançar no estabelecimento de laços de solidariedade entre diversos setores da sociedade no acolhimento e atendimento aos estrangeiros no Brasil (DELFIM, 2017).

Em 2017, após 30 anos de mobilização, foi sancionada a Lei nº 13.445 que

institui a Lei de Migração marcando um grande avanço nacional, em virtude da conjuntura mundial em que há um aumento do conservadorismo e da xenofobia em relação aos imigrantes e refugiados (BRASIL, 2017a).

Anteriormente o Brasil não possuía uma medida que efetivamente garantisse direitos aos imigrantes, uma vez que a Lei 6.815/80, que trata sobre o estrangeiro, resistia às rígidas estruturas burocráticas, herdeiras do passado repressivo militar (ZAMBERLAM, 2004).

Ao se estabelecer a nova política migratória no país o artigo 3º da Lei n° 13.445/17 enfatizou a necessidade de observância, também pelo direito interno, de diversos princípios e diretrizes relacionados aos direitos humanos, dentre o qual se destaca no inciso IX a assistência jurídica integral pública (BRASIL, 2017a).

Um Estado democrático de direito pressupõe a existência de amplo e irrestrito acesso à Justiça. Com base no exposto, a problemática que envolve o acesso à justiça dos imigrantes ilegais e refugiados no país possui como base a seguinte questão: Quais são os meios de acesso à justiça pelos imigrantes ilegais e refugiados no Brasil?

As discussões e o estudo sobre o acesso à justiça a todos os imigrantes e refugiados, estão inseridas no contexto nacional e internacional devido ao crescente número da imigração para o Brasil e da importância de garantir esse direito fundamental para possibilitar a efetivação e a materialização de todos os demais direitos previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

Para a realização dessa pesquisa, será utilizado o método qualitativo e a técnica de pesquisa bibliográfica em fontes primárias e secundárias.

Na primeira parte deste estudo expõem-se os aspectos gerais e teóricos do acesso à justiça, apresentando a análise feita pelos autores Mauro Cappelletti, Bryant Garth e Boaventura de Sousa Santos.

Logo após, aborta-se sobre o direito fundamental do acesso à justiça previsto pela CRFB/88, demonstrando-se também as principais causas da imigração para o Brasil.

Por fim, explora-se o processo de atuação dos Sindicatos e da Defensoria Pública na garantia do acesso à justiça pelos imigrantes ilegais e refugiados no Brasil.

1. ASPECTOS GERAIS

As iniciativas de democratização do acesso à justiça têm sido objeto de observação por diversos pesquisadores do campo das ciências humanas e jurídica em geral, dedicando suas análises à compreensão do fenômeno do direito e suas formas de organização social e cultural.

Para tratar sobre o tema acesso à justiça é importante debruçar-se sobre a obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, denominada Acesso à justiça. A importância do tema é defendida pelos mencionados autores:

> O direito ao acesso efeito à justiça tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sócias, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reinvindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídica moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar direitos de todos.

Cappelletti e Garth (1988) definem as três ondas de acesso à justiça expondo que a primeira tem como principal característica a expansão da oferta de serviços jurídicos aos setores pobres da população; a segunda trata da incorporação dos interesses coletivos e difusos, o que resultou na revisão de noções tradicionais do processo civil; a terceira onda, conhecida como "abordagem de acesso à Justiça", inclui a Justiça informal, o desvio de casos de competência do sistema formal legal e a simplificação da lei.

A "terceira onda" de reforma inclui a advocacia, judicial e extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas (CAPPELLETTI E GARTH, 1988).

Para Mario Gryszpan (1999), a terceira onda

> [...] decorreu e, ao mesmo tempo, englobou as anteriores, expandindo e consolidando o reconhecimento e a presença, no Judiciário, de atores até então excluídos, desembocando num aprimoramento ou numa modificação de instituições, mecanismos, procedimentos e pessoas envolvidos no processamento e na presença de disputas na sociedade.

Na visão dos autores Albiston e Sandefur é destacado políticas públicas de acesso à justiça para a sociedade como um todo, visando entender como as pessoas pensam e agem sobre suas experiências potencialmente judicializáveis, enquadrando o acesso à justiça como uma questão universal. Esses autores defendem que a investigação dos determinantes das barreiras de acesso deve considerar não apenas variáveis socioeconômicas, mas também os significados sociais construídos em torno da reivindicação de direitos, como a identidade estigmatizada dos requerentes ou a dificuldade de compreender um conflito como um problema legal, passível de solução jurídica (ALBISTON; SANDEFUR, 2013, p. 119-120).

Já na obra de Boaventura de Sousa Santos (2008) apresenta-se uma concepção atual, democrática e inovadora do acesso à justiça no século XXI, sendo necessário contextualizá-lo nas concepções de crise da Justiça e nas propostas de reforma judicial para sua maior compreensão. Por sua vez, tais concepções estão articuladas com o contexto de crise do Estado-providência. Portanto, a discussão sobre o acesso à justiça é indissociável da caracterização de crise do Estado-providência.

A proposta de reconstrução do conceito de acesso à justiça em Boaventura de Sousa Santos (2008) parte da integração de seis eixos: o protagonismo judicial (que pode ser hegemônico ou contra-hegemônico), a dialética da atuação da Justiça entre o protagonismo e a rotinização dos litígios, a identificação de litígios invisíveis e invisibilizados pelo sistema, as iniciativas inovadoras de garantia do acesso à justiça, conceituada como sociologia das emergências, o papel do ensino jurídico na formação dos principais atores do sistema de justiça, e, a justiça democrática de proximidade.

É neste sentido que no século XXI, após o Brasil ter passado pela chamada Reforma do Judiciário, com a Emenda Constitucional 45, com a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), passado por reformas na legislação

processual, ultimadas agora com a promulgação do novo Código de Processo Civil, é urgente e necessária a rediscussão do conceito de acesso à justiça, que, deve ser redefinido como "acesso aos direitos e à justiça". Os paradigmas tradicionais de acesso à justiça encontram-se esgotados. É necessária a reinvenção do conceito, o que pode ser feito, através da obra de Boaventura de Sousa Santos (2008).

2. O DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA E A CONSTITUIÇÃO

A garantia de acesso à justiça está prevista na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB, no artigo 5°, inc. XXXV, o qual dispõe que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". É, portanto, uma garantia fundamental, inerente a todo ser humano que se submeta à ordem jurídica brasileira (BRASIL, 1988).

Além disso, é importante ressaltar que o artigo 8° da Declaração Universal dos Direitos do Homem, tratado do qual o Brasil é signatário, expõe que "todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei" (BRASIL, 1948).

Dessa forma, notório se faz que a garantia de acesso à justiça deve ser estendida a todos, inclusive aos imigrantes e refugiados ainda que não estejam em seu território pátrio.

No Brasil, sem dúvida a CRFB/88 inaugurou uma nova fase ao cenário jurídico brasileiro no que tange as garantia dos direitos fundamentais, rompendo com o passado autoritário da ditadura militar e propondo um novo futuro em favor da redução das desigualdades sociais, da democracia e a dignidade da pessoa humana (MARMELSTEIN, 2008, p. 66).

De acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2004, p. 99), as principais diferenças da CRFB/88 de 1988 para as Constituições anteriores são:

> Em primeiro lugar, ela enumera os direitos e garantias fundamentais logo num Título II, antecipando-os, portanto, à estruturação do Estado.

> Quis com isso marcar a preeminência que lhes reconhece. Em segundo lugar, nesse Título II, no capítulo inicial enuncia o que chama de "direitos e deveres individuais e coletivos", enquanto no seguinte trata dos "direitos sociais", para nos subsequentes reger as questões concernentes à nacionalidade, aos direitos políticos e, a final, aos partidos políticos. Mas, em terceiro lugar, deve-se registrar que noutros pontos da Constituição são apontados direitos fundamentais, como é o caso da seção relativa às limitações do poder de tributar. Qual o critério que ditou essa distribuição de assuntos, ninguém sabe. Questão de técnica – dir-se-á – ou de falta de técnica, o que é mais provável.

A CRFB/88 brasileira, no Título I, ressalta os princípios fundamentais que se referem à existência jurídica e à estrutura do Estado, adiante articula o princípio da dignidade humana que é "condição de existência lógica do próprio Direito, na medida em que este é constituído *hominem causa,* como também os valores sociais do trabalho, da livre-iniciativa e o pluralismo jurídico (PENTEADO FILHO, 2012, p. 34-35).

Portanto, a CRFB/88 propõe não apenas declarar direitos, mas sim efetiva-los, gerando por consequência com o passar dos anos uma transformação de pensamento nos juristas brasileiros, onde podemos notar na Doutrina e nas jurisprudências, uma preocupação maior na garantia desses preceitos fundamentais (MARMELSTEIN, 2008, p. 69).

Outro ensinamento de George Marmelstein (2008, p. 212-213), aborda que os dizeres do caput do art. 5º da CRFB/88 são lastimáveis, pois retrata que são garantidos direitos fundamentais aos "brasileiros e estrangeiros residentes no País", deixando de incluir os estrangeiros que não residem no Brasil. Todavia, apesar de se silenciar sobre, é necessária uma interpretação conjunta ao princípio da dignidade da pessoa humana, que "pretendeu atribuir direitos fundamentais a todos os seres humanos, independente de nacionalidade".

Dessa forma, vale ressaltar a ementa exarada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que reconheceu um dos direitos fundamentais brasileiros, o direito a saúde, a um estrangeiro que se encontrava em situação irregular no Brasil:

> SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. TRANSPLANTE DE MEDULA. TRATAMENTO GRATUITO PARA ESTRANGEIRO. ART. 5º DA CF. O art. 5º da Constituição Federal, quando assegura os direitos e garantias fundamentais a brasileiros e estrangeiros residentes no País, não está a exigir o domicílio do estrangeiro. O significado do dispositivo constitucional, que consagra a igualdade de tratamento entre brasileiros e estrangeiros, exige que o estrangeiro esteja sob a ordem jurídico-constitucional brasileira, não importa em que condição. Até mesmo o estrangeiro em situação irregular no País, encontra-se protegido e a ele são assegurados os direitos e garantias fundamentais. Agravo improvido. (TRF-4 - AG: 32610 PR 2005.04.01.032610-6, Relator: VÂNIA HACK DE ALMEIDA, Data de Julgamento: 29/08/2006, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 01/11/2006 PÁGINA: 688)

Logo, até um estrangeiro que não resida em território brasileiro, possui também garantias e direitos fundamentais, como nas circunstâncias de um estrangeiro que possua investimentos no Brasil. "Naturalmente, ele é titular de inúmeros direitos decorrentes de sua condição como direito de propriedade, os direitos tributários, os direitos processuais etc.", sendo capaz de usufrui-los se necessário, sem mencionar um dos direitos fundamentais que é inerente aos estrangeiros não residentes, o direito de asilo político que é consignado pelo art. 4º, inc. X, da CRFB/88 (MARMELSTEIN, 2008, p. 213).

3. OS ASPECTOS DETERMINANTES PARA A IMIGRAÇÃO E AS DIFICULDADES ENFRENTADAS PARA O ACESSO À JUSTIÇA

Na visão de Osvaldo Ferreira de Carvalho (2019, p. 7472), a migração tem despertado o interesse a décadas de diversas organizações como a Organização Internacional do Trabalho – OIT que:

> Preocupada com este fenômeno, desde 1920, a OIT tem estado na vanguarda dos esforços desenvolvidos para garantir e manter um tratamento justo aos trabalhadores migrantes e suas famílias, tendo em

> vista que com a ausência de políticas públicas mais abrangentes, uma série de revezes pode afetar as sociedades e os trabalhadores migrantes. Consequentemente, um número significativo de emigrantes e imigrantes sofre privações e abusos de seus direitos mais fundamentais, além de enfrentarem más condições de trabalho, discriminação e exclusão social.

Colaborando com o exposto, no dizer de Francisco das C. Lima Filho (2008), a migração sempre existiu e tem se intensificado com o passar dos anos com o mundo globalizado. Os imigrantes se motivam a sair de seus países, muitas vezes pobres, para os desenvolvidos em busca de "trabalho e de melhores condições de vida, não raras vezes fugindo de perseguições políticas, religiosas, de guerras, da fome, etc," o que nota-se ser uma realidade compartida por toda a sociedade.

Logo o fenômeno da imigração é realizado pela população de todos os continentes, como os filipinos que buscam trabalhos em todo continente Europeu, equatorianos que abandonam seu país e imigram para a Espanha e "milhões de mexicanos, centro-americanos e caribenhos esperam encontrar nos Estados Unidos um local para melhorar sua vida e a dos seus familiares" (LIMA FILHO, F., 2008).

Os trabalhadores de cada nação possuem o direito de circulação normalmente dentro de seu território nacional, porém quando expandem suas migrações para outros países, exige-se permissão de entrada e permanência do país receptor seja como turista, visitante ou imigrante, conforme as próprias normas determinadas pelo direito internacional público, quando não dispensada por tratados bilaterais. "No que se refere ao exercício de trabalho remunerado, o estrangeiro só pode trabalhar no país que o recebe se estiver legalmente autorizado a isso" (SALADINI, 2011, p. 12).

"O Brasil é um país de imigração. Uma nação cuja etnia é composta de diversas nacionalidades, produto das várias correntes imigratórias, muitas vezes incentivadas pelo Governo para povoar e desenvolver várias de nossas regiões". A imigração teve origem no Brasil com a sua colonização pelos portugueses, posteriormente com a vinda de escravos da África e até os dias de hoje que embora em menores proporções, os movimentos

migratórios ainda persistem no Brasil com destaque da imigração de bolivianos e haitianos, que buscam melhores oportunidades de trabalho e qualidade de vida (BARRETTO, 2003, p. 199-200).

Conceitua Francisco das C. Lima Filho (2008), que os brasileiros apesar de também imigrarem em busca de melhores oportunidades de trabalho, o Brasil não deixa de ser um país receptor, relatando que:

> Levando em conta os países da América Latina a Bolívia certamente é o país de onde mais emigram trabalhadores para o Brasil, especialmente para São Paulo onde quase sempre são explorados por empresas do ramo de tecelagem sem quaisquer garantias laborais, muitos em condições análoga a de escravo. Na grande maioria esses trabalhadores moram amontoados em porões sujos sem ventilação ou salubridade, sendo submetidos às mais desumanas privações, muitos em situação irregular sem a menor possibilidade de reclamarem contra a violação de seus direitos. Quando adoecem são coagidos a não deixar o trabalho, a exigir seus direitos ou denunciar maus-tratos [3], o que demonstra a gravidade do problema que infelizmente não tem sido enfrentado da forma devida. Esse quadro deixa evidenciado que a migração é uma realidade planetária e se agrava na medida em que as condições de vida nos países pobres ou em desenvolvimento se tornam mais precárias especialmente no campo do mercado de trabalho, nomeadamente com a globalização que tem como alvo o mercado consumidor sem maiores preocupações com o ser humano trabalhador que é visto como peça produtiva descartável a qualquer momento.

O Brasil, embora identificado como país em desenvolvimento, possui um destaque econômico visível comparado a outros países ao qual faz divisa, como Paraguai e Bolívia. Diante esse aspecto associado com a proximidade e facilidade de inserção no território brasileiro, a imigração ilegal de trabalhadores é um fato que se tornou frequente acontecer (SALADINI, 2011, p. 13-14).

O estrangeiro quando migra ilegalmente de um país para outro, muitas vezes desconhece o respaldo jurídico que preserva seus direitos, o que

muitas vezes facilita para que se torne um alvo natural de exploração. Ele se sujeita a qualquer trabalho imposto por seu empregador, em condições laborais totalmente desumanas. "No pior dos casos, a situação dos trabalhadores migrantes assemelha-se à escravatura ou ao trabalho forçado." Nesses casos, é rara a procura desses trabalhadores pelo judiciário por medo de serem expulsos ou presos pelo país receptor (LIMA FILHO, F., 2008).

Nesse sentido, como descrito por Ana Paula Sefrin Saladini (2011, p. 13-15), o ingresso do imigrante no território do país receptor presume a garantia de direitos fundamentais, apesar de existir alguns limites enquanto a isso, muitos desses estrangeiros desconhecem essas normas que auxiliam a manter suas condições mínimas de vida e de trabalho, expondo ainda que:

> No campo fático, e não obstante as garantias constitucionais, parte da massa de trabalhadores estrangeiros que ingressa no Brasil o faz de maneira irregular, sem submeter-se aos trâmites legais de imigração, o que impede que obtenham autorização legal para exercer trabalho remunerado no país. Em consequência, tais pessoas iniciam seu trabalho na condição de ilegais, e muitas vezes permanecem trabalhando sem observância das condições mínimas de segurança, higiene e remuneração condigna, sendo frequentes os casos em que são submetidos a condições análogas às de trabalhador escravo, o que não se restringe às regiões inóspitas ou às fronteiras, mas atinge também os grandes centros. Instala-se um círculo vicioso: o trabalhador se deixa explorar porque tem consciência que está em situação irregular, e, se procura a proteção do sistema legal, pode ser expulso do país; e o empregador (que muitas vezes também é estrangeiro, mas com permanência regular no país) promove a exploração porque se sente resguardado da denúncia em razão do medo de expulsão do trabalhador explorado.

Os estrangeiros que migram ao Brasil em busca de melhores oportunidades de trabalho, muitas vezes não possuem nem sequer seus direitos sociais fundamentais resguardados, pois são reprimidos e explorados pelos empregadores que detém os imigrantes como alvo fácil por se encontrarem em condições irregulares no país e desconhecerem da legislação na-

cional que garantem os diversos direitos previstos na CRFB/88 brasileira (CARRYL, 2015, p. 43).

Logo, se faz necessário que a CRFB/88 seja observada de forma inclusiva para que se garanta o pleno acesso à justiça de todos que vivem atualmente no país.

4. A ATUAÇÃO DOS SINDICATOS NO ACESSO À JUSTIÇA

É importante ressaltar que o termo "acesso à justiça" deve ser compreendido como acesso à ordem jurídica justa, sendo imprescindível que se observem as regras do devido processo legal, garantindo a participação dos litigantes de forma intensa na formação do convencimento do juiz, pois em muitas ocasiões, o simples "ingressar" não é o bastante para se obter uma justa prestação jurisdicional (OLIVEIRA; LINS; COLARES, 2016).

Portanto, apesar da possibilidade do trabalhador ingressar com ação na Justiça Trabalhista por meio do *jus postulandi*, atuando pessoalmente, sem o auxílio de advogado até o Tribunal Regional do Trabalho, não se pode deixar de estender também o direito relativo à assistência judiciária gratuita e à substituição processual por meio de sindicato, fator que melhor proveria o acesso à ordem jurídica justa, uma vez que a atuação em juízo se tornaria muito mais eficaz do que a atuação pessoal do trabalhador, o qual, geralmente, não possui condições de postular seus direitos de forma plena, dada a falta de conhecimento e técnica (OLIVEIRA; LINS; COLARES, 2016).

Dispõe o artigo 8°, inciso III, da CRFB que "ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas" (BRASIL, 1988).

No caso dos imigrantes ilegais, é concedido ainda a esses trabalhadores o direito de serem representados em ação individual por sindicato, conforme dispõe o art. 791, §1°, da CLT, requerendo em juízo a assistência judiciária gratuita e podendo ser dispensado do pagamento das despesas processuais se preenchido os requisitos da Lei 5.584/70 (BRASIL, 1943).

Assim sendo, os imigrantes estão apoiados pela proteção sindical, por força de lei, e, consequentemente, devem ter, por meio desta, acesso à

justiça trabalhista. Essa garantia é estendida também aos imigrantes que estejam em situação de ilegalidade e aos refugiados no Brasil, aplicando-se as normas de direito do trabalho nacional (OLIVEIRA; LINS; COLARES, 2016).

Dessa forma, sob o enfoque constitucional, pode-se afirmar que a CRFB de 1988 fundou a preponderância do princípio da dignidade da pessoa humana no Brasil, ao qual deve ser observada em todas as relações humanas, seja ela no acesso à justiça, no trabalho, na imigração ou nas demais esferas.

5. A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO ACESSO À JUSTIÇA

É importante destacar também a atuação da Defensoria Pública que viabiliza a efetivação do pleno acesso à justiça, representando extrajudicialmente os imigrantes em procedimentos de regularização migratória, na proteção de refugiados por razões humanitárias e participando ativamente nos processos legislativos e regulamentares que visam à proteção do imigrante no país (SANTARÉM, 2017).

A Lei 13.445/2017 prevê a participação efetiva da Defensoria Pública da União para proteção do imigrante em seu artigo 3º quando traz o direito fundamental à assistência jurídica gratuita, bem como nos artigos 49, §2°, 51, §1º e 58, §1º, que tratam, respectivamente, da repatriação, da deportação e da expulsão (BRASIL, 2017a).

Portanto, a Defensoria Pública da União é encarregada pela garantia do contraditório e da ampla defesa em tais processos, exercendo uma função fundamental para a garantia dos princípios estabelecidos pela lei, em especial àqueles relacionados ao atendimento humanizado do imigrante e ao repúdio a atos de racismo ou xenofobia e à garantia de vedação a atos de remoção compulsória coletiva (SANTARÉM, 2017).

A atuação da Defensoria Pública da União beneficia também diversas crianças e adolescentes desacompanhadas ou separadas de seus responsáveis legais que se encontram em processo de regularização migratória no país, com embasamento no artigo 12 da Resolução Conjunta CONANDA3 n° 01, de 09 de agosto de 2017 (BRASIL, 2017b).

A proteção complementar ao refúgio concedida atualmente pelo governo brasileiro também envolve representação pela Defensoria Pública da União ao qual possibilita a concessão de refúgio a diversos imigrantes que fogem de seus países de origem por razões ambientais ou socioeconômicas como nos casos dos haitianos e venezuelanos (SANTARÉM, 2017).

O artigo 134 da CRFB/88 ainda prevê que:

> A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.
>
> **§ 1º** Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.
>
> **§ 2º** Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa, e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º.
>
> **§ 3º** Aplica-se o disposto no § 2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal.
>
> **§ 4º** São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal.

Dessa forma, pode-se afirmar que a Defensoria Pública é essencial também para garantir o pleno acesso à justiça e o respeito dos direitos humanos fundamentais de todos os imigrantes e refugiados no Brasil, sen-

do legitimada sua participação pela Lei 13.445/2017 ao qual adequou as normas de direito interno à Constituição Federal de 1988 e aos tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

CONCLUSÃO

O acesso à justiça, previsto pela CRFB/88 como um direito fundamental, excede aos limites da mera possibilidade de interpor uma demanda perante os órgãos jurisdicionais, devendo ser projetado como acesso aos próprios direitos contemplados pelo ordenamento jurídico.

O presente artigo chega ao seu fim, acreditando-se que seus objetivos pretendidos foram alcançados, quais sejam: verificar os meios de acesso à justiça pelos imigrantes ilegais e refugiados no Brasil, retratando a atuação dos Sindicatos e da Defensoria Pública nesses casos.

O resultado da pesquisa nos trouxe a conclusão que todos os estrangeiros, imigrantes legais, indocumentados e refugiados, sem distinção, têm direito ao acesso à justiça, entendido não apenas como acesso ao poder judiciário, mas acesso a uma prestação jurisdicional justa.

A Defensoria Pública tem a função de promoção dos direitos humanos, ou seja, deve também atuar em defesa dos imigrantes, refugiados e apátridas nos casos relativos ao procedimento de solicitação de refúgio, benefícios assistenciais, negativa de carteira de trabalho provisória, sendo então a responsável pela prestação gratuita do direito à assistência jurídica integral a esses indivíduos.

Os imigrantes ilegais e os refugiados também estão apoiados pela proteção sindical, por força da lei, e, consequentemente, devem ter, por meio desta, acesso à justiça trabalhista e a gratuidade da justiça, se respeitado os requisitos da lei 5.584/70.

Dessa forma, é de extrema importância que o Estado busque inibir a obstrução do Acesso à Justiça, a priori, disponibilizando mecanismos capazes de eliminar as barreiras nos âmbitos social, político e econômico, implantando e concretizando políticas públicas, melhorando o sistema de informação à população em geral sobre direitos e deveres, aplicando

corretamente os recursos públicos destinados ao Poder Judiciário e instalando núcleos de defensorias públicas em todos os Estados da Federação, propiciando sobretudo as classes menos favorecidas e vulneráveis o acesso efetivo a justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBISTON, Catherine R.; SANDEFUR, Rebecca L. "**Expanding the empirical study of access to justice**". Wisconsin Law Review, n° 101, p. 101-120, 2013.

BARRETTO, Margarita. **Políticas públicas e relações internacionais**. Campinas, São Paulo: Papirus, 2003.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 abr. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis Trabalhistas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em 03 abr. 2019.

BRASIL. Fundo das Nações Unidas para a Infância. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em 02 abr. 2019.

BRASIL. **Lei 13.445, de 24 de maio de 2017**. Lei de Migração. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm>. Acesso em: 01 abr. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. **Resolução Conjunta nº1, de 9 de agosto de 2017**. Disponível em: <http://imprensanacional.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/19245715/do1-2017-08-18-resolucao-conjunta-n-1-de-9-de-agosto-de-2017-19245542>. Acesso em: 04 abr. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª região. **Agravo de Instrumento nº 2005.04.01.032610-6/PR**, União Federal. Relatora: Juíza Vânia Hack de Almeida. Porto Alegre, 01 de novembro de 2006. Disponível

em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numeroProcesso=20050
4010326106&dataPublicacao=01/11/2006>. Acesso em: 04 mar. 2019.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça,** Trad. Ellen Fracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Trabalho do Estrangeiro no Brasil**. Cento de Estudos Direito e Sociedade, mar. de 2007. Disponível em: <http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/PDF/cidadaniatrabalho/trabalho%20do%20estrangeiro%20no%20Brasil.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2019.

CARRYL, Julian Anthony Murray. **Exclusão Social do Trabalhador Imigrante e seus Direitos Sociais**. FABE em Revista, Bertioga, v. 5, n. 6, 2015. Disponível em: <http://www.fabeemrevista.com.br/6/integra/03.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2019.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. **Os mecanismos Internacionais de proteção para o trabalhador migrante**. p. 7471-7483. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/anais/36/10_1064.pdf>. Acesso em 01 mar. 2019.

DELFIM, Rodrigo Borges. **Presença haitiana ajudou a transformar o debate sobre migrações no Brasil**. 2017. Disponível em: <https://br.boell.org/pt-br/2017/07/31/presenca-haitiana-ajudou-transformar-o-debate-sobre-migracoes-no-brasil>. Acesso em 07 mar. 2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

GRYSZPAN, Mário. **Acesso e recurso à Justiça no Brasil**: algumas questões". In Carvalho, J. M. de (org.). Cidadania, justiça e violência. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 1999.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Trabalhador migrante fronteiriço**. Academia Brasileira de Direito, fev. 2008. Disponível em: <http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=1461&categoria=Trabalho>. Acesso em: 02 mar. 2019.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas. 2008.

OLIVEIRA, Vanessa Batista; LINS, Mateus Rodrigues; COLARES, Thiago Pessoa. **A Relação de Trabalho do Imigrante Ilegal**: Uma análise

constitucional da proteção aos direitos fundamentais e do acesso à justiça trabalhista. Revisa Defensoria Pública da União, Brasília, n. 9, p 1504, 2016. Disponível em: <http://revistadadpu.dpu.def.br/index.php/dpu/article/view/7/0>. Acesso em 10 abr. 2019.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Direitos Humanos**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SALADINI, Ana Paula Sefrin. **Direitos Humanos, Cidadania e o Trabalhador Imigrante ilegal no Brasil**. A Revista de Direito UNIFACS, ed. n. 128, 2011. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1440/1125>. Acesso em: 08 abr. 2019.

SANTARÉM, Vivian Netto Machado. **A nova lei de migração e a importância da atuação da Defensoria Pública para a proteção dos imigrantes e refugiados**. Bahia, CONADEF, 2017. Disponível em <http://www.dpu.def.br/images/esdpu/repositorio/Ed_2017_33_VivianNetto_paper.pdf>. Acesso em 11 abr. 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Editora Cortez, Coleção Questões da nossa época, volume 134, 2008.

ZAMBERLAM, Jurandir. **O processo migratório no Brasil e os desafios da mobilidade humana na globalização**. Porto Alegre: Pallotti, 2004.

QUEM TEM DIREITO AO CORPO? O DIREITO AO CORPO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA SOB A ÓTICA DAS TEORIAS FEMINISTAS DA DEFICIÊNCIA E DA CRISE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

DANIELA FERREIRA DOS REIS
LETÍCIA PRAZERES FALCÃO

INTRODUÇÃO

Historicamente a sociedade sempre tentou atribuir aos indivíduos características que do mesmo modo que os reconhecia enquanto seres pertentes a um determinado núcleo, também os diferenciava enquanto pessoas "estranhas" aos padrões físicos e de comportamento tidos como "normais". Era comum o abandono e morte de pessoas com deficiência, pois esta era compreendida como castigo divino, vinculada à dogmas das religiões ou uma espécie de objeto para estudos médicos e científicos (SILVA, 1986).

A figura da deficiência sempre esteve atrelada à uma concepção sócio-politica de normalidade que por durante anos serviu como direcionamento para o saber lidar com grupos que apresentavam algum tipo de incapacidade, ser deficiente não era o que a pessoa estabelecia para si, mas sim o que a sociedade impunha enquanto modelo a ser seguido.

Neste sentido, o tema apresentado surge como um debate contraposto às concepções de deficiência criadas, falar de Direito ao Corpo é tirar as cortinas de garantias que sempre foram inerentes a esses grupos e colocar em evidência todo o arcabouço jurídico, social e humano que diz respeito ao reconhecimento, respeito e autonomia de quem possui alguma deficiência. Entender o dilema que envolve os direitos individuais, sociais e coletivos que permeiam cada momento relevante quando o assunto é a luta desses grupos frente a qualquer tipo de hostilidade, é questionar até onde

um discurso alheio à situação de deficiência pode conceituá-la e inseri-la enquanto também pertence à toda forma de sociedade.

Assim, é pertinente a apresentação do discurso teórico da deficiência, sob a temática feminista, além de traçar que a questão levantada contém em seu bojo um embate de garantias jurídicas que em diversos momentos não consegue conciliar *o ser* do *dever ser*, e acaba resultando na ineficácia de todo arcabouço constitucional que abrange o ideal de sujeito de direitos. Por fim, é relevante ressaltar à quem é atribuído a defesa e reafirmação do Direito ao Corpo diante de uma sociedade fluída e escassa de discursos sólidos quando o cerne da problemática é a liberdade de ser, agir, de se encontrar, se identificar e se fazer cidadão.

Metodologicamente, tem-se abordagem qualitativa (GIL, 1999) em razão da mescla na pesquisa literária, doutrinária e jurídica que permeiam a discussão proposta, de modo a corroborar para a construção das deficiências tratadas socialmente e como estas devem ser vistas pela sociedade contemporânea.

2. AS TEORIAS SOBRE A DEFICIÊNCIA

A deficiência por vezes se define com base nos discursos e práticas médicas, como "[...] um atributo biológico, uma característica fisiológica gerada por algum distúrbio, déficit, falha, defeito em alguma função do organismo [...]" (GAVÉRIO, 2015, p. 14), ou seja, por definição, é uma acepção em si mesma, sendo um conceito auto-evidente (KAFER, 2013, p. 4).

Nessa relação, as pessoas com deficiência, transgrediam os padrões da normalidade, e por essa razão, surgem processos de "medicalização" que resumem a vida da pessoa com deficiência em termos de incapacidade e confinamento, "[...] o modelo médico da deficiência enquadra corpos atípicos e mentes como desviantes, patológicos e defeituosos, melhor compreendidos e abordados em termos médicos" (KAFER, 2013, p. 5, tradução nossa).

Por essa razão, um modelo de definição "biológica" da deficiência, institui a ideia do problema individual, que pouco interfere na sociedade e por isso a abordagem adequada da deficiência é "tratar" a condição e a

pessoa com a condição. Debora Diniz (2007, p. 13-14) explica que a partir dos estudos do conceito de Estigma de Erving Goffman, tem-se a formação de grupos de estudiosos com deficiência – *disability studies*.

A *Union of the Physically Impaired Against Segregation* (UPIAS) foi a primeira organização de pessoas com deficiência que era protagonizada por pessoas com deficiência, sendo "uma resistência política e intelectual ao modelo médico de compreensão da deficiência" (DINIZ, 2007, p. 15), e tinha como principal objetivo redefinir a deficiência em termos de exclusão social, entendida como uma forma de opressão social.

A partir disso, o conceito de lesão e deficiência foram politicamente redefinidos a partir da experiência da opressão social, "[...] para a Upias, a lesão seria um dado corporal isento de valor, ao passo que a deficiência seria o resultado da interação de um corpo com lesão em sociedade discriminatória [...]" (DINIZ, 2007, p. 17), sendo essa perspectiva a estruturação do Modelo Social da Deficiência[1] em contraposição ao Modelo Médico da deficiência.

Os primeiros teóricos exigiam uma intervenção nas barreiras sociais (arquitetônicos, de transporte, etc.), com o intuito de tornar os ambientes inclusos e acessíveis para a participação total da pessoa com deficiência na vida social, principalmente em relação à atividade laboral (JUSTINO, 2017, p. 48).

Debora Diniz (2007, p. 36-37) expõe que dentre os objetivos do modelo social, a ausência de adjetivação das lesões, especialmente em relação a terminologias categorizadas (física, mental, sensorial, psicológica) e gradações de intensidade (leve, moderada ou grave) era importante ferramenta de resistência contra o que consideravam uma "tática deliberada" de desmobilização (DINIZ, 2007, p. 38), que subdividia os grupos conforme o tratamento médico adequado associado.

1. Segundo expõe Marco Antonio Gavério (2015) há dois grandes modelos da deficiência, o modelo estadunidense, conhecido como "modelo minoritário" ou "modelo de direitos" e o modelo britânico, baseado numa perspectiva histórica e materialista, denominado de "modelo social da deficiência". "Ambos emergiram ao longo dos anos 1980, como produto das necessidades de buscar maneiras de reinterpretar a deficiência em outros enquadramentos teóricos e epistemológicos e que, ao mesmo tempo, servissem como ferramenta prática de luta política" (GAVÉRIO, 2015, p. 36). Nesse sentido, explica que ambos se basearam em retirar o indivíduo deficiente da dimensão exclusivamente biológica para entender os arranjos sócio políticos e culturais como causa da desigualdade.

Denominada de Primeira Geração de teóricos da deficiência, esta construiu, a partir do modelo social, a ideia de barreirais socais enquanto obstáculos que precisam ser superados pelas políticas públicas com o intuito de permitir que a pessoa com deficiência tenha independência na vida social, tendo um aspecto relevante de crítica ao sistema capitalista, que "seria responsável pela opressão às pessoas com deficiência", e por isso as questões políticas eram voltadas à eliminação dos obstáculos que suprimiam a capacidade produtiva das pessoas com deficiência (JUSTINO, 2017, p. 49).

Esse aspecto é um dos pontos de crítica que o Movimento Feminista[2] trouxe aos estudos sobre a deficiência: [...] criticava-se o capitalismo e a tipificação do sujeito produtivo como não deficiente; mas, por outro, a luta política era por retirar as barreiras e permitir a participação dos deficientes no mercado de trabalho. (DINIZ, 2007, p. 60).

E as críticas recaíram justamente pela necessidade de existir tratamentos médicos, além da inclusão da pessoa com deficiência, tendo em vista toda a complexidade de lesões, que por vezes são tão graves que não há possibilidade da independência plena, segundo Alison Kafer (2013, p.7): [...] As pessoas com doenças crônicas, dor e fadiga estão entre as mais críticas deste aspecto do modelo social, observando com razão que as mudanças sociais e estruturais farão pouco para que as articulações parem de doer ou aliviar a dor nas costas [...] (KAFER, 2013, p. 7, tradução nossa).

A necessidade de expandir e redefinir a deficiência motivou a segunda geração de teóricos sobre a deficiência interligando as pautas feministas, que buscavam romper com a invisibilidade das mulheres com deficiência bem como das questões de classe e raça, que foram negligenciadas na primeira geração de teóricos por serem majoritariamente homens da elite possuidores de lesão medular.

É nesse contexto que os estudos feministas sobre a deficiência começam a se moldar, baseando-se nas perspectivas dos movimentos feministas

2. Nesse contexto, conforme explica Luana Simões Pinheiro (2016), a partir das décadas de 1960 e 1970, "buscando questionar esta suposta naturalidade da divisão social e hierarquizada entre homens e mulheres, bem como a epistemologia também supostamente neutra, o movimento feminista cunhou o conceito de gênero" (PINHEIRO, 2016, p. 09). E a partir disso, houve um processo de novos estudos voltados às questões identitárias, em rejeição ao determinismo biológico e o processo de naturalização.

e questionando outros aspectos da relação com o discurso médico, percebendo que não se trata de criticar os avanços da medicina e a importância dos tratamentos médicos para o bem-estar das pessoas, mas de se perceber por trás dessa necessidade de intervenções médicas que as pessoas com deficiência não são tratadas enquanto sujeitos em identidade, para além da sua "patologia", que deve ser curada.

A Teoria *Crip-Queer* surge a partir de Robert McRuer, no livro *Crip Theory: Cultural Signs of Queerness and Disability* (2006), baseando-se nos estudos culturais, questionando o fenômeno da naturalização e normalização dos corpos e como são incorporados nas relações econômicas, sociais e culturais complexas (MCRUER, 2006, p. 02), e desenvolve o conceito de *"compulsory able-bodiedness"*(corponormatividade compulsória), "[...]chamo de "corpo fisicamente apto compulsório" e discuto que [...] está profundamente entrelaçado com o sistema de heterossexualidade compulsória que produz *queerness* [...]. (MCRUER, 2006, p. 02, tradução nossa).

A partir da construção desse conceito, a teoria *crip* se devolve com o intuito de demonstrar a construção discursiva da pessoa com deficiência a partir de uma ordem compulsória da capacidade que separa as pessoas entre pessoas capazes e não capazes, e passa pelo processo de abjeção, pois afronta o sistema normativo que estabeleceu o "corpo saudável"/"-corpo capaz", e são significados em termos da monstruosidade, da repulsa e da anormalidade.

A crítica à normalidade é o principal objeto de discussão nos estudos desenvolvidos por pessoas com deficiência, porque essa ordem compulsória da capacidade exige das pessoas com deficiência uma noção de capacidade, que acaba por colocá-los numa posição se questionando se não seria melhor não ser deficiente (MCRUER, 2006, p. 93), conforme expõe Robert McRuer, localizar e questionar a identidade saudável/capaz é o principal objeto de um estudo ativista, com o intuito de entender a relação da "corponormatividade" com os problemas de opressão, "[...] quase todo mundo, ao que parece, quer ser normal no sentido de ser apto também." (MCRUER, 2006, p. 07, tradução nossa)

A teoria feminista da deficiência parte da premissa de que a deficiência, assim como o feminino/feminilidade, não é naturalmente um estado de

corpo de "inferioridade, inadequação, excesso ou infortúnio" (GARLAND-THOMSON, 2011, p. 17), na verdade, o sistema da capacidade/incapacidade produz subjetivamente esses corpos, se tratando de uma narrativa cultural que fabrica os corpos, similar ao que acontece com as narrativas em volta das noções de gênero e raça.

O modelo social manteve os valores da autonomia, independência e produtividade enquanto pauta de negociações políticas, tratando a capacidade apenas sob o viés da adaptação estrutural, porém a "independência" é um status corporal que muitas pessoas com deficiência não alcançam, e nunca irão alcançar (DINIZ, 2007, p. 64).

A partir dessa crítica, os estudos sobre a deficiência expandiram-se dentre conceitos para uma discussão sobre a identidade da pessoa com deficiência, em meio à análise dos corpos, da construção discursiva, a deficiência, assim como a questão de gênero e sexualidade, é forma de identidade mais fluida que permite perceber o dinamismo dos corpos (GARLAND-THOMSON, 2011, p. 30).

3. CRISE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO AO CORPO

No atual panorama mundial, indubitavelmente, as relações sofreram impactos oriundos dos progressos percebidos. Na verdade, o que acontece é que diante das características e peculiaridades da pós-modernidade, observou-se um desmoronar da consistência sólida antes criada pela modernidade.

Seja no que diz respeito à multiplicidade de relações intersubjetivas propiciadas pelos mecanismos de comunicação, transporte e de tecnologia, ou mesmo pela economicidade das relações para além do mercado, certo é que hoje o anseio de experimentar de tudo um pouco, o ultrapassar de barreiras, a própria efemeridade humana e o contato com os mais diversos símbolos da conquista capitalista fazem com que o sujeito pós-moderno mergulhe em um ambiente de instabilidades e inseguranças oriundo dessa globalização e da decomposição das noções de tempo e espaço (BAUMAN, 2005).

Se antes existiam sociedades compostas a partir de um mecanismo que as tornava únicas ou algo que utilizavam como matéria-prima ou combustível para sua subsistência, hoje, sociedades são percebidas pelas suas ações: sociedade de consumo, informatizada, politizada, transfronteiriça, ou ainda de mercado. E ainda, se for possível correlacionar com os eventos ora citados, é viável dizer que tudo isso ocorreu ou sofreu participação de certa ampliação e criação de novos direitos.

Nesse sentido, falar em crise de direitos fundamentais do século XXI é formar o quebra cabeça no qual a potencialização de algumas garantias essenciais trouxe consigo não só o usufruto das conquistas, mas também o fragilizar de algumas seguranças antes mais concretas. O indivíduo hodierno dispõe de benefícios ou prerrogativas primárias que, por consequência, geram necessidades secundárias, de identidade, de consumo, subsistência ou ainda de inclusão social. O homem pós-globalizado usa dos direitos antes conquistados e, ao mesmo tempo, goza das garantias ora adquiridas, e é exatamente nesse ponto que há um choque de liberdades, de intervenções estatais ou mesmo das concretizações democráticas e de informação (OLIVEIRA; PAYÃO, 2018).

Ingo Sarlet e Carlos Alberto Molinaro (2017) já explanavam considerando o "boom demográfico", as necessidades e escassez de recursos, os fluxos das políticas econômicas e a própria discussão ambiental; por exemplo, notou-se a necessidade reconhecer a noção de sociedade de risco. Passa-se a considerar eventos que trazem consigo a naturalidade esperada de consequências nas mais diversas áreas, há uma crise daquilo que se tinha, que se tem e que se pode ter, direitos são vistos como algo multidimensional e que, por vezes, geram uma insegurança que não deveria existir.

Crise de direitos é também uma crise de valores, crise de instituições políticas e econômicas, crise de identidades, de privilégios e deveres. Destarte, considerar que direitos são garantias constitucionalmente reconhecidas, e falar em um desequilíbrio ou desajuste das mesmas é reconhecer de maneira paralela crises no próprio Estado Democrático de Direito.

Ora, falar de Direito ao Corpo diante deste conflito apresentado é primeiramente elencar quem são os sujeitos que preenchem esse contexto e da mesma forma, vislumbrar dois direitos conflitantes: o do sujeito e

do Estado. Inicialmente, ter direito ao corpo sob a perspectiva subjetiva é considerar a reafirmação de direitos fundamentais de primeira geração, é dizer que ser livre sob o viés corporal inclui não só o ter o corpo que se quer, mas também o de fazer dele o que convém, da mesma forma que inclui a liberdade de dispor ou não, de saber aquilo que facilita ou não a sua interação com o meio.

A liberdade aqui imposta é mais do que uma autonomia[3] propriamente dita, e sim uma liberdade de conhecimento e reconhecimento da figura corporal enquanto peça integrante da dignidade[4] humana (MATTOS; RAMOS, 2018).

O Estado enquanto garantidor das concretizações fundamentais deve zelar pelo cuidado, bem-estar, segurança, respeito e inclusão dentro da políticas públicas de todos aqueles que podem sofrer lesões ou ameaças no tocante do direito ao corpo. Corpo este que não se resume à composição física e biológica, mas também a sua formação moral e social, trata-se da condição mais intrínseca de ser propriamente humano (MELLO, 2009). Aqui cabe ressaltar que se faz menção aos direitos fundamentais de segurança geração, nos quais preza-se por uma atuação positiva do Estado, o sujeito é livre, entretanto para que essa liberdade e autonomia sejam de fato exercidas, deve-se promover os meios adequados para esse exercício.

Faz-se mister salientar que, em um primeiro plano, o aspecto abstrato-normativo não coloca de pronto efeito todo um arcabouço de ações positivas que o ente estatal deve tomar, mas sim inaugura um leque de atuações que aquele ente pode praticar. Prestações positivas não devem ser consideradas apenas no "dever fazer" e sim no "como e de que forma fazer", de modo que devem ser acrescidas no plano normativo quem são as

3. "Neste contexto, a autonomia é o fundamento da dignidade humana de todo ser racional, é por meio dela que o ser humano se dignifica, não devendo ser restringida a pretexto de substituir a livre vontade, nem mesmo por aquilo que se acredita ser o melhor ou mais apropriado" (ALECRIM; SILVA; DE ARAÚJO, 2014, p. 4).

4. A dignidade humana pode ser vista, no tocante ao direito ao corpo, em duas vertentes: primeiro no sentido de simbolizar a autonomia do sujeito de direitos, enquanto ser dotado de liberdade para agir conforme sua máxima, e de maneira paralela, mas não dissociada, o aspecto da dignidade kantiana, visto que o individuo deve ser visto enquanto fim em si mesmo e nunca sob a ótica de meio ou instrumento para objetivos completamente alheios à moralidades humanas (SARLET, 2012).

pessoas destinatárias daquelas políticas, como estas devem ser empreendidas, se serão efetivas tomando como base as particularidades dos grupos sociais, entre outras.

A igualdade que se busca não se resume à estabilização de situações jurídicas e sim na potencialidade e concretude de ações que coloquem aqueles indivíduos em patamares iguais, não só enquanto sujeito de direitos fundamentais, mas primordialmente enquanto sujeito de direitos humanos (NOVAIS, 2003)

Levando em consideração este raciocínio e a temática proposta, o direito estatal é uma mescla de poder-dever de intervenções que possam propiciar uma maior e melhor qualidade de vida daquele corpo frente a qualquer barreira. É poder prestar assistência de necessidades secundárias que surgem de garantias primárias, e com o uso de um aparato técnico, científico, médico e assistencialista igualar qualquer desigualdade.

4. DIREITO AO CORPO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA?

Uma vez expostas essas duas facetas, parte-se para a discussão de que todo progresso em uma sociedade contemporânea, coloca em xeque até que ponto agir para garantir um direito seria desconsiderar a existência e reafirmação de outro. O direito ao corpo sob o ponto de vista subjetivo, não pode se fazer diminuído diante de uma intervenção médico estatal que se diz melhor para aquele individuo, estar-se-á impondo padrões sociais que nem sempre correspondem à identificação daquele sujeito de direitos.

Ora, basta pensar que o modelo social da deficiência não leva em consideração uma perda ou ausência de um aspecto do corpo, mas sim o contexto daquela pessoa frente ao ambiente social, o Estado não tem o direito único e exclusivo de dizer o que é ser deficiente e como aquele indivíduo deve se portar e ser tratado (DINIZ; BARBOSA; SANTOS, 2009). Ter o direito de prestar auxílio e assistência não significa desconsiderar a autonomia e realidade fático-jurídico de uma pessoa com deficiência.

O conflito de garantias aqui exposta, transcende aspectos de primeira e segunda dimensão de direitos fundamentais, e prova que por vezes um

poder-dever prestacional pode ser usado como mecanismo do biopoder e intensificador das desigualdades sociais. Pessoas com deficiência, negros, índios, mulheres e homossexuais sempre foram camadas da população que sofreram ingerência estatal sob o discurso de que sabiam o que lhes era melhor.

Nesse sentido, segundo Foucault (2016, p. 281), o Direito é o instrumento de exercício dessa dominação que viabiliza o controle pelo governo, "não simplesmente na lei, mas no conjunto de aparelhos, instituições e regulamentos que aplicam o direito". O discurso jurídico, visto como um "procedimento de sujeição" (FOUCAULT, 2016, p. 282), permite compreender como o indivíduo é efeito do poder, uma vez que é definido através do que é juridicamente descrito.

Na verdade, o Direito atua enquanto sistema disciplinar, uma vez que prevê as condutas e as sanções para os desvios, com base no que o sistema de poder tem como finalidade, ao mesmo tempo em que identifica, categoriza e analisa os indivíduos produzindo saber-poder. Foucault (2002, p. 86) expõe a formação da sociedade disciplinar através de poderes sistematizados de controle, à margem da justiça, "a polícia para a vigilância, as instituições psicológicas, psiquiátricas, criminológicas, médicas, pedagógicas para a correção", esses micropoderes disciplinares, assim como o sistema judiciário, têm a função de corrigir os indivíduos, a Governamentalidade que Foucault (2016) se refere pressupõe a existência de instrumentos que possibilitem o exercício do governo, com o intuito de definir as normas e controlar as condutas.

A construção de teorias críticas sobre a deficiência, como o modelo social e a teoria crip-queer, permitiu uma mudança na compreensão sobre a relevância das estruturais sociais para a desigualdade do corpo, e abriu a possibilidade de questionar legislações e políticas públicas, uma vez que deixa de ser um problema individual, a ser resolvido por intervenções médicas no âmbito doméstico, e passa a ser uma questão social.

Segundo Paula Gaudenzi e Francisco Ortega (2016) "a passagem simbólica do tema da deficiência do espaço doméstico para o público forçou a questão sobre que tipo de sociedade pode garantir os direitos específicos das pessoas com determinados tipos de impedimentos [...]", sem considera-los sujeitos de segunda classe ou minorias irrelevantes.

Nesse ponto, a Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/15), representa essa expressa necessidade de mudança de paradigma da deficiência e o reconhecimento enquanto sujeitos, isto porque altera expressivamente artigos da legislação brasileira que ainda mantinham a pessoa com deficiência enquanto um cidadão de segunda classe, incapaz, que necessitava de uma existência condicionada a certos controles legais.

As principais mudanças vêm da alteração da capacidade, em que as pessoas com deficiência intelectual saem do rol da presunção da incapacidade absoluta, e tornam-se para fins jurídicos plenamente capazes até que se instaure um processo de curatela ou tomada de decisão apoiada que a partir da análise biopsicossocial, vai determinar que tipo de acompanhamento é necessário de acordo com o caso a caso para garantir a proteção patrimonial (FARIAS, et al., 2016).

A lei de inclusão demonstra uma opção do legislador por deixar claro o caráter patrimonial e excepcional da Curatela, o que permite perceber que de fato as relações pessoais, matrimoniais, reprodutivas e sexuais. Portanto, para esses atos existenciais e seus desdobramentos não haverá interdição, deixam de ser objeto de percepção jurídica, ficando a cargo da manifestação da pessoa com deficiência e, com o intuito de resguardar de uma forma mais adequada as necessidades dos indivíduos de serem auxiliados juridicamente, instituiu-se para além da curatela o instituto da tomada de decisão apoiada.

A partir dessas alterações se institui um novo sistema de validade do casamento, pois altera significativamente o sistema de invalidades do matrimônio previsto nos art. 1548 e 1550 do Código Civil, estabelecendo que não haja mais nulidade ou anulabilidade de casamento decorrente de deficiência. Além disso, o curatelado pode casar independente de anuência do representante ou assistente, podendo inclusive escolher o regime de bens do matrimônio, havendo casos que o juiz pode aplicar regime de separação obrigatória em razão da cláusula geral de proibição de abuso de direito do art. 187, do Código Civil (FARIAS, et al., 2016, p. 243).

O direito a afetividade, sexualidade e construção familiar da pessoa com deficiência representa a exata expressão de Direito ao corpo que até então era objeto de autorização jurídica, que ainda passa por um processo

de aceitação, uma vez que a sociedade ainda é relutante em aceitar "a normalidade" nessa relação.

Em âmbito nacional, a lei de inclusão é criticada por haver expandido demais a autonomia da pessoa com deficiência, e é objeto de críticas do Comitê da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos da pessoa com Deficiência, por não haver se desprendido completamente do modelo de substituição, que versa sobre a necessária representatividade das pessoas com deficiência.

Coloca-se em xeque à que autonomia estar-se-á falando, à que liberdade estar-se-á reafirmando: a do individuo, pessoa com deficiência, enquanto sujeito de direitos e detentor do seu corpo, ou a do Estado enquanto ente que com um certo abuso de poder exclui a deficiência enquanto uma das possibilidades de transformação do sujeito e os vê enquanto pessoas anormais, e que com as intervenções necessários, chegariam ao patamar de "igualdade" socialmente aceitável.

A sociedade pós-moderna, mais do que nunca, coloca a questão da busca por identificação e aceitação social enquanto pilares daquilo que pode significar uma certa "dignidade", ora levando em consideração a diminuição e por vezes, menosprezo da liberdade e autonomia do sujeito deficiente, nota-se que a crise de direitos é também uma crise estatal, já que este não consegue cumprir os deveres que lhe é devido e prejudica ou acentua desigualdades já existentes.

Há uma quebra da ideia de avanço das primeiras dimensões e chega-se a um contexto no qual o que de fato existe é um retrocesso de toda uma concepção de autonomia e o Estado passa a querer fazer não o que lhe é devido constitucionalmente, mas sim o que é possível (SANTOS, 1989).

O que falar da tecnologia de uma sociedade técnico-cientifica que parece querer dizer o que é ser deficiente, como essa deficiência deve ser vista e como deva ser tratada? Esse comportamento pós-moderno reflete o anseio de uma comunidade que busca por identificações socialmente aceitas e socialmente majoritárias, padrões de "normalidade" nos quais a medicina e estudos de áreas correlatas podem propiciar ao sujeito deficiente.

Por isso, é possível perceber a relutância em adequar-se ou proporcionar a inclusão efetiva das pessoas com deficiência e aceitar as suas manifestações corporais, seja elas quais forem enquanto um exercício de direito existencial.

5. CONCLUSÃO

Ser deficiente na sociedade hodierna e pós-globalizada é não só tentar encontrar uma identidade diante das inúmeras facetas que a sociedade proporciona, como também entender que o contexto social em que se vive, é preenchido com diversos obstáculos físicos, morais, políticos e econômicos que impedem o correto exercício da autonomia da vontade de um sujeito.

Tal concepção deveria ser prontamente adquirida pela figura estatal de modo a reformular toda uma concepção já ultrapassada do que seria "ser deficiente", e ainda, evidencia que por mais que já existam algumas legislações referentes ao assunto, tais regulamentações ainda escondem um viés de direcionamento social de mecanismo de poder, levando em consideração até onde o deficiente pode chegar e até onde se quer que ele chegue.

O "ser" aceito socialmente passou a ser muito mais do que a mera inclusão em rodas de conversas e grupos que representam minorias, transformou-se em um exercício de liberdade no qual não se preza pela ausência de intervenção estatal quando necessitada, mas sim o pedido de que esta venha respaldada no (re) conhecer da pessoa com deficiência enquanto sujeito de direitos equiparado à qualquer outro e mais, credor de uma assistência diferenciada para que na medida da diferença de cada um, seja alcançada a igualdade formal e material.

Ter Direito ao Corpo é ter direito à uma dignidade que transcende um mero ideal de mínimo existencial ou ainda de uma reserva do possível como forma de bandeira do Estado para possibilitar o que ele acredita ser viável ou não. Ter autonomia é saber o que se faz melhor diante das circunstâncias fático-jurídicas que compõem a realidade de uma pessoa com deficiência, afinal de contas, só ela percebe efetivamente o que vem a ser obstáculo real e obstáculo imposto de modo artificial. Liberdade, autonomia e dignidade caminham juntos quando a proposta é tornar concreta toda uma discussão que permeia o poder sobre o próprio corpo e sobre as próprias escolhas, caminham para demonstrar que o que se pretende não é a construção de pontes para ligar direitos e deveres, mas sim, materializam o percorrer de maneira direta e efetiva do espaço que ainda existe no concretização de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALECRIM, Gisele Machado; SILVA, Eduardo Pordeus; DE ARAÚJO, Jailton Macena. A Autonomia da Mulher Sobre o Seu Corpo e Intervenção Estatal. **Revista Gênero & Direito**, v. 3, n. 2, 2014. Disponivel em: <http://www.periodicos.ufpb.br/index.php/ged/article/view/20428>. Acesso em 03 de abril de 2019.

DINIZ, Debora; BARBOSA, Lívia; SANTOS, Wederson Rufino dos. Deficiência, direitos humanos e justiça. Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 64-77, dez. 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/sur/v6n11/04.pdf Acesso em 01 de abril de 2019

BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**: entrevista a Benedetto Vecci. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2005. Disponível em: <https://identidadesculturas.files.wordpress.com/2011/05/bauman-zygmunt-identidade.pdf>. Acesso em: 05 de abril de 2019.

BRASIL. **Lei Nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. Estatuto da Pessoa com deficiência. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm> Acesso em: 06 de Abril 2019.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco Mundial-em busca da segurança perdida**. Leya, 2018.

DINIZ, Debora. **O que é Deficiência**. Coleção - Primeiros Passos. São Paulo – Editora Brasiliense, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de. CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado artigo por artigo**. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2016.

FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. 3ª edição. Editora NAU. Tradução Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. – Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002. 160 p.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro/São Paulo: Edição Graal, 2016.

GAUDENZI, Paula. ORTEGA, Francisco. Problematizando o conceito de deficiência a partir das noções de autonomia e normalidade. 2016.

Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v21n10/1413-8123-csc-21-10-3061.pdf>. Acesso em Abril. 2019.

GARLAND-THOMPSON, Rosemarie. Integrating disability, transforming feminist theory. In: **Feminist disability studies**. Kim Q. Hall (org). Indiana: Indiana University press, 2011.

GAVÉRIO, Marco Antônio. "**Que Corpo Deficiente é Esse**?": Notas Sobre Corpo e Deficiência nos Disability Studies/Marco Antônio Gavério. – São Carlos: UFSCar, 2015. Disponível em: <https://www.academia.edu/20702320/_Que_Corpo_Deficiente_%C3%A9_Esse_Notas_Sobre_Corpo_e_Defici%C3%AAncia_nos_Disability_Studies>. Acesso em: 03 de Abril 2019.

GAVÉRIO, Marco Antônio. OLIVEIRA, Everton Luiz de. A CRÍTICA DEFICIENTE - ALGUNS POSICIONAMENTOS CRIP-FEMINISTAS. In: **IV Enlaçando Sexualidades - Moralidades, Família e Fecundidade,** 2015, Salvador. Anais do Seminário Enlaçando Sexualidades. Salvador: EDUNEB, 2015. Disponível em: <http://www.uneb.br/enlacandosexualidades/files/2015/07/comunicacaooralmarcoantoniogaverioevertonluisoliveira.pdf>. Acesso em: 03 de Abril 2019.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. São Paulo: Atlas, 1999.

GOFFMAN, Erving. **Estigma – notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. Tradução: Mathias Lambert. 4ª edição. Data da Digitalização: 2004. Editora LTC. Disponível em: <http://www.aberta.senad.gov.br/medias/original/201702/20170214-114707-001.pdf>. Acesso em: Abril 2019.

KAFER, Alison. **Feminist, Queer, Crip**. Indiana University Press – USA. 2013. 258 p.

MCRUER, Robert. **Crip Theory**: Cultural Signs of Queerness and Disability. NYU Press- USA. 2006.

MELLO, Anahi Guedes de et al. **Por Uma Bordagem Antropológica Da Deficiência**: Pessoa, Corpo E Subjetividade. 2014. Trabalho de Conclusão de Curso pela Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Curso de Ciências Sociais. Disponivel em: https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/126443. Acesso em 04 de abril de 2019.

PINHEIRO, Luana Simões. **Texto para Discussão os Dilemas da Construção do Sujeito no Feminismo da Pós-Modernidade**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. - Brasília: Rio de Janeiro: Ipea, 1990- ISSN 1415-4765. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/6864/1/TD_2210.pdf> Acesso em: 03 de Abril 2019.

JUSTINO, André Filipe. **Por uma abordagem antropológica da infância e da deficiência**: duas categorias sob o olhar de um antropólogo. Tese - Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social. Universidade de Brasília - Instituto de Ciências Sociais - Departamento de Antropologia. Brasília. 2017. 90 p.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas na constituição**. Coimbra Editora, 2003.

RAMOS, Edith; MATTOS, Delmo. ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA E A DEMOCRATIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A DETERMINAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE COMO PRESSUPOSTO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA. **Revista Jurídica**, v. 52, n. 3, p. 575-597, 2018. Disponivel em: http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3244/371371760. Acesso em 06 de abril de 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. Ed – Livraria do advogado. Porto Alegre, 2012.

_____; MOLINARO, Carlos Alberto. Sociedade da Informação: Inquietudes e Desafios. In: **Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor**, Brasília, v. 4, n. 1, Jan-Jun, 2017. p. 440-480.

SILVA, Otto Marques da. A Epopéia Ignorada: A pessoa Deficiente na História do Mundo de Ontem e de Hoje. São Paulo: CEDAS, 1986. Disponivel em: https://pt.scribd.com/doc/130604275/A-Epopeia-Ignorada-Oto-Marques-da-Silva-corrigido. Acesso em 09 de abril de 2019.

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de; PAYÃO, Jordana Viana. Direitos Fundamentais na Pós-Modernidade sob a Perspectiva da Análise Econômica do Direito. In: Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, v. 21, n. 41, nov. 2018., p. 203-224. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/18098/13892>. Acesso em: 05 de abril de 2019.

VELOSO, Alberto Junior. As características dos direitos fundamentais e os princípios dos direitos da personalidade na esfera privada. In: **Scientia Iuris**, v. 17, n. 1, 2013. p. 9-26. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2012v-33n65p103/23702>. Acesso em 03 de abril 2019.

DA CASA GRANDE À UNIVERSIDADE: UMA ANÁLISE SÓCIO-JURÍDICA DO TRABALHO DOMÉSTICO E DO ACESSO AO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO NO BRASIL

DANIELLE FERREIRA MEDEIRO DA SILVA DE ARAÚJO
EVA DAYANE ALMEIDA DE GÓES
WALKYRIA CHAGAS DA SILVA SANTOS

1. INTRODUÇÃO

Desde a chegada dos negros escravizados ao Brasil, eles foram vistos como objeto que servia apenas para execução do trabalho e procriação para perpetuação do trabalho escravo, aqueles que não se adequavam ao que era ditado pelos senhores eram vistos como inaptos para o trabalho e sofriam duros castigos. Assim, os senhores com o aval estatal foram instrumentos de inferiorização, exploração e perseguição do corpo negro.

Com as transformações advindas das Leis de 1850 (fim formal do tráfico negreiro) e 1888 (fim formal da escravidão) a população negra sai empobrecida de quase quatro séculos de trabalhos forçados e passa a buscar meios de sobrevivência já que não foram inseridos no mercado de trabalho formal. Com isso a perpetuação da exploração se manteve, conferindo aos negros o exercício de trabalhos precários e subalternos (CARVALHO, 2017).

Após a abolição, o que foi visto foi a continuidade da perseguição ao corpo negro com a criminalização da vadiagem, da capoeira e das religiões afro-brasileiras. Ou seja, apesar de livre, tudo que fizesse referência ao negro era rechaçado pela sociedade e pelo Estado. Durante esse período o desemprego assolou a população negra, para sobreviver nessa sociedade hostil e que disponibilizava pouca ou nenhuma oportunidade de trabalho e ascensão, os negros e as negras para sobreviver foram morar em

periferias e necessitaram trabalhar nos piores postos oferecidos, recebendo baixa remuneração pelo trabalho desenvolvido.

No caso das trabalhadoras e trabalhadores domésticos, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e a Constituição Federal de 1988 excluíram esta categoria da proteção trabalhista. Foi com a Emenda Constitucional 07/2013 que se foi estendido a estes trabalhadores um rol de novos direitos (CARVALHO, 2017), porém era necessário que uma lei regulamentasse o exercício de tais direitos, o que aconteceu com a publicação da Lei Complementar nº 150 de 1º de junho de 2015.

A dificuldade para reconhecimento dos direitos sociais para os trabalhadores domésticos, de acordo com Denise Jodelet (1999), decorre do fato das políticas públicas direcionadas aos grupos excluídos dos mercados materiais ou simbólicos não são reconhecidos como direitos, mas sim favores das elites dominantes. Por isso, o estudo do tema sobre a exclusão jurídica do trabalho doméstico no Brasil precisa ultrapassar a questão jurídica em si, buscando um diálogo reflexivo com outros saberes no campo das ciências sociais, portanto, a análise que se pretende neste texto visa agregar, concomitantemente, um estudo sobre as desigualdades ligadas a este tipo de labor e o caminho para o acesso à educação como instrumento para a superação destas injustiças sociais.

O direito à educação está assegurado em dois instrumentos jurídicos importantes, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e a Constituição Federal[1]. Com a comemoração dos 70 anos da DUDH e dos 30 anos da Constituição Federal é importante analisar de que forma esse direito tem sido efetivado pelo Estado brasileira tendo como público alvo as mulheres negras.

Presente na DUDH desde o início do texto, a educação é vista como um caminho para promover o respeito aos direitos e liberdades apresentados na declaração, e no art. 26 é elencado como direito à instrução. Vejamos,

1. Desde a Grécia Antiga, pelo menos, os seres humanos produzem documentos que fazem referência à necessidade de proteger os cidadãos do autoritarismo estatal e garantir a dignidade humana. Porém, é a partir de 1948, com a proclamação da DUDH que ocorre a juridicização dos direitos humanos, tendo o entendimento de que é necessário assegurar a toda e qualquer pessoa o pleno exercício de direitos que garantam uma existência digna e livre de opressão. Quando os direitos humanos são inseridos nos Textos Constitucionais eles são denominados de direitos fundamentais. (LEITE, 2012).

> Artigo XXVI 1. Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito. 2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. 3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será minis trada a seus filhos. (ORGANIZAÇÃO, 1948).

Na Constituição Federal do Brasil, a educação é reconhecida como um direito fundamental é também um direito social para a construção de uma vida digna. No Brasil, os direitos sociais encontram-se positivados no art. 6º da Constituição Federal de 1988, sob o título dos direitos e garantias fundamentais. Segundo dispõe o referido artigo "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". A evolução histórica dos direitos humanos demonstra ser o Estado um dos principais agentes de sua proteção e promoção.

O acesso à educação em sua perspectiva universal não pode se configurar como mais um microssistema de dominação e sujeição, em que as classes populares são julgadas de acordo com valores meritocráticos, que por sua vez são excludentes e ocultam na "incapacidade" ou no "insucesso" individual uma questão de desigualdade social (SOUZA, 2009). Como bem apregoava Freire (2007), o saber científico dissociado da realidade anula as diversidades locais e reafirma as desigualdades sociais ao invés de instrumentalizar as classes pobres para a mudança social e superação das injustiças. Sendo assim, o não acesso dos grupos desprivilegiados a uma educação reflexiva, crítica e de qualidade perpetua o abismo existe entre as classes sociais no Brasil, e fortalece as relações sociais pautadas na assimetria de poder.

Analisar o trabalho doméstico, exercido em sua maioria por mulheres negras com baixa escolaridade, em seu histórico de múltiplas exclusões sociais, econômicas e jurídica configura-se como importante exemplificação de como o país classifica a divisão do trabalho a partir de uma perspectiva de gênero, raça e classe, e concomitantemente, como o acesso ao direito fundamental à educação torna-se base estrutural para a transformação da realidade de desigualdades sociais presente na sociedade.

Para desenvolvimento do texto será utilizado como método a revisão bibliográfica intercalada com dados estatísticos que abordam a questão do trabalho doméstico. No primeiro item será apresentado o histórico de exclusão social e jurídica dos empregados e empregadas domésticas, com ênfase nas mulheres negras. No segundo item serão abordadas as ações afirmativas na educação superior e discussões sobre a educação como um direito humano e fundamental capaz de abrir portas para a superação da desigualdade racial e de gênero que atinge as trabalhadoras domésticas negras. E por fim, serão apresentadas as considerações finais.

II. 2. REVISITANDO A HISTÓRIA SOCIAL DA EXCLUSÃO JURÍDICA DOS EMPREGADOS E EMPREGADAS DOMÉSTICAS NO BRASIL

Desde as articulações da diáspora africada as mulheres negras "tinham e têm como âncora principal a luta contra a violência do aniquilamento – racista, heterossexista e eurocêntrico – com vistas a garantir nossa participação ativa no agenciamento das condições de vida para nós mesmas e para o grupo maior a que nos vinculamos" (WERNECK, 2010, p.4). No Brasil, a casa grande e a senzala são elementos constitutivos da estrutura agrária brasileira e nos fornece dados sobre a formação social em que se desenvolveu o escravismo brasileiro (FREIRE, 1987). Neste contexto, a mulher negra apresentou-se como fundamental na estruturação social e divisão hierárquica das escravizadas, foi na casa grande, esfera privada de sociabilização, que as escravizadas foram indispensáveis para a estrutura organizacional interna do sistema patriarcal e este processo que garantiu o funcionamento da casa grande (PEREIRA, 2001).

O trabalho doméstico após a escravidão assumiu formas variadas como lavadeiras, cozinheiras, babas, amas de leite, mucamas, e as relações de trabalho se davam em troca de casa e comida, ou também prestações de serviços diários ou mensais, com características informais, pautadas em laços de favor ou compadrio (PEREIRA, 2001). Segundo Sueli Carneiro, a mulher negra continua a ser explorada pela elite branca e discriminada por sua identidade negra, assim,

> Ontem, a serviço de frágeis sinhazinhas e de senhores de engenho tarados.[...] Hoje, empregadas domésticas de mulheres liberadas e dondocas, ou de mulatas tipo exportação. [...]Fazemos parte de um contingente de mulheres para as quais os anúncios de emprego destacam a frase: "Exige-se boa aparência. (CARNEIRO, 2003, p. 1)

Devido à extrema pobreza, as meninas negras ingressam muito cedo no mercado de trabalho, sendo exploradas pela sociedade, que sabendo da sua condição financeira, oprime e humilha. Como é possível verificar nas pesquisas, para as mulheres negras o mercado reserva as posições menos qualificadas, os piores salários, a informalidade e o desrespeito (BRASIL, 2005). Luiza Bairros ao analisar a participação da mulher no mercado de trabalho baiano relata que as mulheres negras apresentam vantagem em relação à mulher branca apenas no caso do trabalho doméstico. (SILVA e LIMA, 1992).

Existe uma dificuldade em se conceber a representação da mulher negra fora da figura de doméstica. Para Cardoso, uma explicação para isso é que "o colonialismo essencializou, classificou e inventou corpos colonizados, transformando-os em alvo de estereótipos e representações racializadas" (CARDOSO, 2018, p. 318). A naturalização significa ver o lugar do negro vinculado a determinados papéis e funções (SILVA, 2011), e pelo não acesso desses grupos aos bens sociais, culturais, econômicos e também intelectuais, como a educação. Assim, corrobora Da Matta, "[...] porque no Brasil o negro tinha um lugar certo e sem ambiguidades dentro de uma totalidade hierarquizada muito bem estabelecida [...]" (DA MATTA, 1987, p. 79). Por conseguinte, a mulher negra acaba por ser alocada nos lugares

mais vulnerabilizados da escala social por sua presença marcante neste tipo de trabalho que é desvalorizado pela sociedade (DIEESE, 2013). De acordo com Correa,

> O negro foi frequentemente associado na historiografia brasileira à condição social do escravo. A menção ao primeiro remete-se quase automaticamente à imagem do segundo. Negro e escravo foram vocábulos que assumiram conotações intercambiáveis, pois o primeiro equivalia a indivíduos sem autonomia e liberdade e o segundo correspondia – especialmente a partir do século XVIII – a indivíduo de cor. Para a historiografia tradicional, este binômio (negro-escravo) significa um ser economicamente ativo, mas submetido ao sistema escravista, no qual as possibilidades de tornar-se sujeito histórico, tanto no sentido coletivo como particular do termo, foram quase nulas. (CORREA, 2000, p.87).

A naturalização da diferença como desigualdade é um marco da cultura do privilégio que se perfaz pelos direitos de propriedade, poder, nível de vida, acesso a ativos, redes de influência e condições de cidadania. 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. O Relatório das Nações Unidas – CEPAL (Comissão Econômica para a América Latina e Caribe) intitulado *A ineficiência da desigualdade*[2], divulgado em 2018, afirma que:

> A cultura do privilégio garante assimetrias em múltiplos âmbitos da vida coletiva, como o acesso a posições privilegiadas nos negócios e nas finanças; o poder decisório ou deliberativo; a maior ou menor presença em meios que impõem ideias, ideologias e agendas políticas; a captura de recursos públicos para benefícios privados; condições especiais de justiça e sistema fiscal; contatos para ter acesso a melhores empregos e serviços; e facilidade para obter os melhores lugares para viver, circular, educar-se, abastecer-se e cuidar-se.

2. Disponível em: https://www.cepal.org/pt-br/publicaciones/43569-ineficiencia-desigualdade-sintese. Acesso em: 06 mar. 2019.

As valorações que os grupos hegemônicos, detentores do privilégio, atribuem às periferias apresentam um baixo valor de reconhecimento, mascarando as diferenças através de mecanismos de estereotipação. Esses estereótipos criam e sustentam as relações de dominação econômica, política, cultural, de raças, institucional, patriarcal, entre tantas outras existentes nos mais diversos meios (GUARESCHI, 1996).

Lélia Gonzalez ao abordar os efeitos violentos da articulação entre sexismo e racismo, principalmente quanto às mulheres negras, apresenta a questão a partir das noções de mulata, doméstica e mãe preta. Ao falar da doméstica a autora a compara a mucama permitida dos períodos de outrora, sendo comparada ainda, a um burro de carga. Lélia Gonzales observa que, mesmo quando uma negra ascende e pertence a classe média, mesmo "educadas" e "bem vestidas" os porteiros dos edifícios direcionam as mulheres negras para a porta de serviço. Portanto, a mulher negra cabe esse lugar, o da eterna mucama, que não possui "boa aparência", posto que, "boa aparência" é atribuível as "brancas" ou "clarinhas"(GONZALEZ, 1984).

Souza (2015) afirma que o abandono social e político das famílias marcadas pelo cotidiano da exclusão parece ser o fator decisivo para a reprodução indefinida dessa classe social no tempo. Como efeito, a estrutura social desigual que se estabelece para as classes periféricas no Brasil facilita a entrada de crianças e adolescentes para o universo do trabalho precoce e informal. Sendo assim, a educação não aparece como um caminho possível de sucesso, mas como um privilégio de classe.

De acordo com o mesmo autor (2009), os valores de classe perpassam o processo de socialização de maneira que a classe média ensinaria de forma afetiva aos seus filhos valores como o autocontrole, a disciplina, as habilidades sociais, competências que tendem a influenciar o sucesso escolar e profissional destes, enquanto que nas classes pobres, mesmo que os pais incentivem os filhos a irem à escola ou mesmo o incentivo à leitura, muitos deles nunca tiveram "sucesso" escolar ou não possuem o hábito da leitura, desta forma, eles não saberiam de forma "emotiva", ou seja, por experiência própria, os benefícios da vida escolar. Até mesmo a capacidade de se concentrar aparece como um privilégio de classe:

> O fator fundamental ligado ao problema discutido acima é o não aprendizado de habilidades e capacidades fundamentais para a apropriação de capital cultural de qualquer tipo. No relato de vários de nossos informantes, não faltou a presença da instituição escolar. No entanto, era muito comum a observação de que, quando crianças, ficavam fitando o quadro-negro durante horas sem nada aprender. Com a repetição desse tipo de relato, que nos desconcertou no começo, aprendemos a perceber que o problema em jogo era a ausência da incorporação afetiva da "capacidade de se concentrar", algo que os indivíduos de classe média tendem a perceber como uma "habilidade natural", como se simplesmente nascêssemos com ela, como acontece com a capacidade de enxergar ou ouvir. (SOUZA, 2015, p. 158).

Souza (2009) elucida esse argumento ao demonstrar que enquanto crianças da elite crescem num universo em que o lúdico é estimulado constantemente, ouvindo histórias antes de dormir, acessando recursos pedagógicos audiovisuais e tendo construídas as suas habilidades cognitivas da maneira mais didática possível, crianças periféricas têm por brinquedos os instrumentos de trabalho dos pais (enxadas, carrinhos de mão, vassouras, entre outros assemelhados), que ocupam atividades consideradas subalternas e que demandam, sobretudo, o esforço físico. Com isso, observa-se que o primeiro grupo desenvolve habilidades intelectuais, enquanto que, no segundo, estimula-se o trabalho braçal.

Observa-se que ainda vivemos o reflexo de um racismo científico que afastou o negro da produção do conhecimento, estamos estatisticamente vinculados ao trabalho manual. Para Miranda (2018) as esferas onde a ciência é produzida no Brasil seria um espaço de privilégio para grupos euro descendentes, conhecimento esses que se tornam "referências", e que se legitima socialmente. De acordo com Cardoso,

> O discurso colonial, especialmente o racismo científico do século XIX, construiu corpos destituídos do status do 'ser' excluídos da condição de sujeitos sociais, suas habilidades intelectuais para produzir conhecimento e participar ativamente do fazer histórico foram negadas.

> Esse discurso afetou profundamente as mulheres colonizadas, em função da complexidade das intervenções que lhes sequestraram a humanidade. Mulheres negras, uma vez desumanizadas, foram transformadas no "outro feminino" racializado. (CARDOSO, 2018, p. 318).

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[3] representados nos trabalhos manuais, com destaque para a alta proporção de pretos nos serviços domésticos (7% brancos e 14% negros). O GEEMA 2017 informa ainda que, as mulheres brancas têm mais tempo de escolaridade que todos os outros indivíduos (média de 10 anos), sendo superior também aos homens brancos, enquanto as mulheres pardas possuem 8,3 e as pretas, 8,4 anos de estudo. O estudo evidenciou que as mulheres pretas e pardas são as mais vitimadas pelas desigualdades, enquanto homens e mulheres brancas apresentam-se como maiores privilegiados. De acordo com o Relatório, somente um conjunto de políticas públicas visando a inclusão e a mitigação de mecanismos discriminatórios poderia a médio e longo prazo superar essas injustiças. (LEÃO et al, 2017).

Para Bento (2002), enquanto não se discutir com mais profundidade a questão racial a partir do ganho aferido pelos brancos durante a escravidão, que se configurou como capital simbólico, uma herança extremamente positiva fruto da apropriação do trabalho do negro, as políticas compensatórias serão taxadas de protecionistas com objetivo de premiar a incompetência do negro.

De acordo com a Organização Internacional do Trabalho[4], em 2015, 88,7% das(os) trabalhadoras(es) domésticas(os) entre 10 e 17 anos no Brasil eram meninas e 71% eram negras(os). Em 2017, o Brasil tinha 7 milhões de trabalhadoras(es) domésticas(os), dos quais 92% eram mulheres. Apenas 42% destas(es) trabalhadoras(es) contribuem para a previdência social e só 32% possuem carteira de trabalho assinada. A grande maioria das(os) trabalhadoras(es) domésticas(os) são mensalistas. As diaristas,

3. A divisão em branco e não-branco é a categoria utilizada na pesquisa.

4. Organização Internacional do Trabalho – OIT. Disponível em: http://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-domestico/lang--pt/index.htm. Acesso: 06 out. 2018.

por sua vez, enfrentam a possibilidade de situações de trabalho mais precárias e tem sua própria responsabilidade de contribuir para a previdência social. Apenas 4% da categoria de trabalhadoras e trabalhadores domésticos é sindicalizada.

A ausência de proteção jurídica do trabalho doméstico revela a herança escravista permanece na sociedade. Foi com a Emenda Constitucional 72/2013, que se foi estendido a estes trabalhadores um rol de novos direitos (CARVALHO, 2017), porém era necessário que uma lei regulamentasse o exercício de tais direitos, o que aconteceu com a publicação da Lei Complementar nº 150 de 1º de junho de 2015.Esta lei avançou para além daquele objetivo meramente regulamentador da EC nº 72, instituindo, acompanhado do art. 7º da CF/88 e as leis nº 605/49, 4.090/62, 4.749/65, 7.418/85, e a CLT, um novo microssistema jurídico de regulação e proteção do trabalho doméstico (LEITE, 2015).

O trabalhador doméstico, definido pela Lei Complementar nº 150 de 1º de junho de 2015, é "aquele que presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana." Assim, estão inclusos nesta categoria o mordomo; motorista; governanta; babá; jardineiro; copeira; arrumadeira; cuidador de idoso; cuidador em saúde; caseiro e afins. Essa é uma ocupação que inclui afazeres que geralmente as mulheres aprendem desde crianças e dentro de seus lares.

Nesse contexto de elaboração de leis trabalhistas para as empregadas domésticas, Juliana Araújo Lopes aponta que o reconhecimento precário de direitos ocorreu a conta gotas, posto que, "o Direito do Trabalho não foi feito para as domésticas. Como uma categoria constituída majoritariamente por mulheres pobres e negras, representa a antítese absoluta da cidadania ao longo da história nacional". (LOPES, 2017, p. 81). Portanto, ainda segundo a autora, as conquistas, mesmo precárias são resultado de luta e resistência das trabalhadoras domésticas.

III. 3. POLÍTICAS AFIRMATIVAS NA EDUCAÇÃO SUPERIOR: UM CAMINHO PARA A SUPERAÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS

A criação jurídica entendida como a reprodução das relações sociais traduziu a hegemonia das oligarquias agroexportadoras e do escravismo ligadas aos interesses externos e adeptas do individualismo liberal, do elitismo colonizador e da legalidade lógico-formal (WOLKMER, 2001). Assim, compreende-se historicamente a possibilidade de que determinados trabalhadores e trabalhadoras (mais vinculados ao próprio regime escravista) fossem excluídos da proteção jurídica conferida a outros tipos de labor.

A abolição da escravatura sem planejamento e a sociedade de base patriarcal e machista, resulta na situação atual, em que as mulheres negras são alvo de no mínimo duplo preconceito, o racial e o de gênero. Assim, ser mulher negra no Brasil significa estar inserida num ciclo de marginalização e discriminação que dificulta o acesso à direitos basilares para uma vida digna, inclusive o acesso à educação (SANTOS, 2009). De acordo com Fonseca (2016, p.24):

> [...] ao mesmo tempo em que encontramos um movimento de pesquisa que ampliou a visão em relação à educação dos negros, encontramos também uma reafirmação dos modelos explicativos que os reduziram à escravidão, excluindo-os de qualquer possibilidade de relação com os processos de escolarização.

A educação como instrumento de resistência e reelaboração do saber, deve opor-se à barreira que se formou pelo temor das classes dominantes de ver o negro instruído. De acordo com a tese de bell hooks,

> A academia não é o paraíso. Mas o aprendizado é um lugar onde o paraíso pode ser criado. A sala de aula, com todas as suas limitações, continua sendo um ambiente de possibilidades. Nesse campo de possibilidades, temos a oportunidade de trabalhar pela liberdade, de exigir de nós e de nossos camaradas, uma abertura da mente e do coração que nos permita encarar a realidade ao mesmo tempo em que, coletivamente,

> imaginamos esquemas para cruzar fronteiras, para transgredir. Isso é educação como prática de liberdade. (HOOKS, 2013, p. 275).

Nesse cenário, a educação escolar se apresenta, ante a sua capacidade socializadora, como um caminho de resistência, um dos mais importantes direitos da cidadania e um instituto chave para a promoção dos direitos humanos, em especial na realidade periférica, não se podendo mais atribuir a escola apenas a função instrumental de difusão de conhecimentos técnicos. Não por outra razão, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 205, leciona:

> Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (BRASIL, 1988).

Assim, as ações afirmativas servem como instrumento reparador por uma injustiça passada (GUIMARÃES, 1996) e ao analisarmos a sociedade brasileira a partir da adoção de políticas de ações afirmativas percebemos que o cenário começa a ter algumas modificações, singelas, porém bastante significativas para as/os empregadas/os domésticas/os. De acordo com Santos (2012, p.290), "a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, pode ser identificada como marco universal em defesa e justificação das ações afirmativas". Para o autor,

> Do mesmo modo, as contribuições de Durban foram determinantes para a inclusão da temática na agenda política. A Declaração de 1948 foi responsável pela promoção de inovações em termos dos direitos fundamentais, uma vez que os consensos nela consolidados deram origem à concepção contemporânea dos direitos humanos. (SANTOS, 2012, p. 290).

A regulamentação da profissão, principalmente com o ajuste na jornada de trabalho e na remuneração, deu oportunidades para que essas/es

trabalhadoras/es pudessem alcançar níveis escolares mais altos, chegando até as universidades. Em 2002 os empregados domésticos com 8 a 10 anos de instrução (ensino fundamental completo) eram 1.212.784, porém em 2011 esse número aumentou para 1.532.102, com ensino médio somavam 634.547 em 2002 e em 2011 já contabilizavam 1.243.843, com nível superior tínhamos apenas 5.633 em 2002 e cresceu para 63.449 em 2011. Através da elevação da escolaridade, as gerações mais novas têm buscado oportunidades fora do trabalho doméstico, conseguindo ocupações melhores no mercado de trabalho[5].

Podemos assegurar que mesmo com a adoção de algumas políticas de ações afirmativas na área educacional, essas não foram suficientes para a eliminação das desigualdades sociais e econômicas e da discriminação advindas do racismo e sexismo. De tal modo, a construção da educação como um caminho de sucesso para a população negra pressupõe o acesso aos direitos garantidos constitucionalmente, e a acumulação do capital intelectual que ainda não alcança a maioria da população negra.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A construção da educação como um caminho de sucesso para a população marginalizada pressupõe o acesso aos direitos humanos e fundamentais em sua completude. A acumulação do capital intelectual ainda não alcança a maioria da população e os entraves para o sucesso educacional perpassam toda a trajetória de vida das comunidades periféricas: a falta de acesso a uma estrutura comunitária que ofereça serviços públicos de qualidade, a ausência de um policiamento cidadão, o conteúdo curricular dissociado do contexto comunitário e da identidade racial e de gênero reflete futuramente no mercado de trabalho, nas diferenças salariais, no predomínio destes indivíduos nos trabalhos manuais, nas dificuldades de mobilidade social, dentre outras tantas questões sociais que demandam reflexões aprofundadas.

5. Dados do PNAD (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio) presentes na reportagem realizada pelo jornal Folha de São Paulo, publicada em 06/06/2013. Disponível em:https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2013/06/1290496-cresce-numero-de-empregados-domesticos-com-curso-superior.shtml. Acesso: 06out. 2018.

O trabalho doméstico é desvalorizado, posto que, em regra, é aquele que explora a mão-de-obra negra, paga baixos salários e viola direitos trabalhistas. A mulher negra é negado o acesso ao capital simbólico, cultural e econômico. Entre a população negra e branca, mais especificamente entre a mulher negra e branca, há um enorme abismo, levando a uma distinção de direitos e oportunidades, e consequentemente, ao aumento da pobreza e da miséria da população negra. Portanto, gênero e raça determinam o grau de vulnerabilidade das pessoas diante das oportunidades, principalmente em uma sociedade machista, elitista e culturalmente embranquecida como a nossa.

A construção da educação como um valor, que perpasse o processo de sociabilização das crianças e adolescentes afrodescendentes no país, envolve políticas sociais integradas, uma educação formal de qualidade pautada em conteúdos contextualizados, que valorizem a pluralidade étnico-cultural, e que se proponha transformadora, reflexiva, e crítica das realidades desiguais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENTO, Maria Aparecida Silva. **Branqueamento e branquitude no Brasil**. In: Psicologia social do racismo – estudos sobre branquitude e branqueamento no Brasil. Iray Carone, Maria Aparecida Silva Bento (org). Petrópolis, RJ: Vozes. 2002.

BRASIL. DIEESE (Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos). **A mulher negra no mercado de trabalho metropolitano**: inserção marcada pela dupla discriminação. Estudos e pesquisas. Ano II, n° 14, nov. de 2005. Disponível em: http://www.dieese.org.br/estudosepesquisas/2005/estpesq14112005_mulhernegra.pdf. Acesso em: 02 de out. de 2018.

_____. **Constituição Federal**, 1988.

CARDOSO, Cláudia Pontes. **Experiências de mulheres negras e o feminismo negro no Brasil**. Revista da ABPN • v. 10, n. 25 • mar – jun. 2018.

CARNEIRO, Sueli. Enegrecer o feminismo: a situação da mulher negra na América Latina a partir de uma perspectiva de gênero. In: ASHOKA EMPREENDIMENTOS SOCIAIS; TAKANO CIDADANIA (Org.). **Racismos contemporâneos**. Rio de Janeiro: Takano Editora, 2003.

CARVALHO, Suane SOUZA. **Discriminação jurídica do trabalho doméstico e relação de gênero e raça**. Revista Opará Etinicidades. Ano 5. v. VII. 2017.

CORREA, Silvio M. de Souza. **O negro e a historiografia brasileira**. Revista Ágora. Santa Cruz do Sul, n. 1, 2000.

DA MATTA, Roberto. **Relativizando**: uma introdução à Antropologia Social. Rio de Janeiro: Rocco. 1987.

DIEESE. **Emprego doméstico no Brasil**. Estudos e Pesquisas, n. 68, ago. 2013.

FONSECA, Marcus Vinícius. **A população negra no ensino e na pesquisa em História da educação no Brasil**. *In*: A História da educação dos negros no Brasil. Marcus Vinícius Fonseca; Surya Aaronovich Pombo de Barros (Orgs.). – Niterói: EdUFF, 2016.

FREYRE, Gilberto. Casa-Grande e Senzala. **Formação da Família Brasileira sob o Regime da Economia Patriarcal**. São Paulo: José Olímpio, 1987.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia**: saberes necessários à prática educativa. 36ª edição. São Paulo: Paz e Terra, 2007. p.30.

JODELET, Denise. **Os processos psicossociais da exclusão**. In: SAWAIA, Bader (org.). As artimanhas da exclusão: a análise psicossocial e ética da desigualdade social. Petrópolis: Vozes, 1999.

GONZALEZ, Lélia. **Racismo e sexismo na cultura brasileira**. In: Revista Ciências Sociais Hoje, Anpocs, 1984.

GUARESCHI, P. **A ideologia**: um terreno minado. In: Psicologia & Sociedade. v. 8. N.2. jul/dez. 1996.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio. **Políticas públicas para ascensão dos negros no Brasil**: argumento pela ação afirmativa. Afro-Ásia, Salvador: EDUFBA. n.18. 1996.

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.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra; LEITE, Laís Durval; LEITE, Letícia Durval. **A nova lei do trabalho doméstico**: comentários à Lei Complementar n.150/2015. São Paulo: Saraiva. 2015.

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

LOPES, Juliana Araújo. **Mulheres negras moldando o direito constitucional do trabalho brasileiro**: A doméstica, o Feminismo Negro e o Estado Democrático de Direito. 2017. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília.

MIRANDA, Claudia. DAS INSURGÊNCIAS E DESLOCAMENTOS INTELECTUAIS NEGROS E NEGRAS: MOVIMENTOS SOCIAIS, UNIVERSIDADE E PENSAMENTO SOCIAL BRASILEIRO, SÉCULO XX E XXI. Revista da Associação Brasileira de Pesquisadores/as Negros/as (ABPN), [S.l.], v. 10, n. 25, p. 329-345, jun. 2018. ISSN 2177-2770. Disponível em: <**http://abpnrevista.org.br/revista/index.php/revistaabpn1/article/view/619**>. Acesso em: 06 mar. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em:< https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 29 de mar. de 2019.

PEREIRA, Bergman de Paula. **De escravas a empregadas domésticas**: a dimensão social e o "lugar" das mulheres negras no pós- abolição. Simpósio Nacional de História. 2001. Disponível em: <http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1308183602_ARQUIVO_ArtigoANPUH-Bergman.pdf>. Acesso: 13 jul. 2018.

SANTOS, Adilson Pereira dos. **Itinerário das ações afirmativas no ensino superior público brasileiro: dos ecos de Durban à Lei das Cotas**. Revista de C. Humanas, Viçosa, v. 12, n. 2, p. 289-317, jul./dez. 2012.

SANTOS, Walkyria Chagas da Silva. **A mulher negra brasileira**. Revista África e Africanidades, ano 2, n.5, 2009.

SILVA, Ana Célia da. **A representação social do negro no livro didático**: o que mudou? Por que mudou? Salvador: EDUFBA: 2011.

SILVA, Denise Ferreira da; LIMA, Márcia. **Raça, gênero e mercado de trabalho**. Estudo Afro-asiáticos 23, 1992, p. 97-111.

SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira**: Quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG. 2009.

_____. **A tolice da inteligência brasileira**: ou como o país se deixa manipular pela elite. São Paulo: LeYa, 2015.

CARVALHO, Suane Souza. **Discriminação jurídica do trabalho doméstico e relação de gênero e raça**. Revista Opará Etinicidades. Ano 5. v. VII. 2017.

WERNECK, Jurema. **Nossos passos vêm de longe!** Movimentos de mulheres negras e estratégias políticas contra o sexismo e o racismo. Revista da Associação Brasileira de Pesquisadores/as Negros/as (ABPN), [S.l.], v. 1, n. 1, p. 07-17, jun. 2010. ISSN 2177-2770.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos "novos" direitos**. Revista Jurídica, v. 2, n. 31, 2013. Disponível: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/593>. Acesso em: 01 jan. 2019.

_____. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Editora Alfa Omega. 2001.

A FIXAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL: A AFERIÇÃO MULTIDISCIPLINAR DO ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE LABORAL

DEBORA MARKMAN

INTRODUÇÃO

Trata-se o assédio moral de um fenômeno com características sociais, psicológicas, psiquiátricas, jurídicas e até mesmo econômicas, que vem sendo estudado há algum tempo, especialmente no que se refere às relações de trabalho, de modo a que se possa determinar suas origens, configurações e consequências.

Se evidencia pela constância e prolongamento de atos ofensivos ao longo do tempo, inexistindo entendimento unificado acerca do período necessário para a sua tipificação até porque essa métrica depende, dentre outros fatores, da resistência da vítima quanto aos danos por ela experimentados.

Sobre as ações que podem resultar em assédio moral, dentre estas estão as mais diversas, desde constantes ofensas verbais até a atribuição de tarefas humilhantes, passando pela fixação de metas inviáveis, incluindo, além disso, a privação injustificada de remuneração.

Para a presente pesquisa, interessam, especificamente, os resultados danosos das práticas abusivas que se enquadram no conceito de assédio moral ou *mobbing*. Isso porque, tendo em vista que ocasionam prejuízos às vítimas, podem ser passíveis de reparação financeira por intermédio de indenização.

Como consequência de sua notória e incontestável gravidade, o assédio moral pode ocasionar danos físicos e psíquicos às vítimas, constatáveis

pela exibição dos mais diversos sintomas, inclusive, psicossomáticos, resultando em graves problemas psiquiátricos e, até mesmo, fisiológicos, que comprometem a própria existência digna da vítima.

Já que se trata de fenômeno de evidente gravidade social, a comprometer a dignidade dos trabalhadores das mais variadas áreas, o Direito não se manteve alheio à problemática, tendo, inclusive, inserido, por intermédio da legislação específica, dispositivos relacionados ao tema, que designam requisitos e pressupostos à reparação em tais casos.

Evidencia-se aplicável, assim, o conceito de "dano existencial" de modo que, laconicamentre, representa o prejuízo direto à personalidade do trabalhador, especificamente a seu projeto de vida e à sua "vida de relações". Compreende, assim, privações relacionadas à liberdade, ao lazer, ao desenvolvimento profissional, dentre outras partes da vida humana.

É um conceito que não pode ser confundido com os danos morais, que se relacionam a questões eminentemente subjetivas, que não podem ser objetivamente comprovadas, situação que determina a criação de situações de presunção e de responsabilização objetiva dos perpetradores.

Assim como ocorre nas situações de assédio moral no contexto laboral, o dano moral se manifesta por intermédio sintomas físicos, psíquicos e psicossomáticos, o que possibilita, ao menos parcialmente, a sua comprovação processual de forma mais objetiva, para além dos pressupostos jurídico-doutrinários e legislativos.

Os dois, contudo, podem ocorrer simultaneamente, no mesmo contexto de ofensas e abusos sem, contudo, determinar sua sinonímia. Apesar disso, faz-se possível a cumulação processual de pedidos indenizatórios relacionadas às suas situações, porém, mediante requisitos probatórios específicos de um e de outro.

Apesar da quantidade e da qualidade dos estudos relacionados ao assédio moral nas relações de trabalho e a robusta doutrina destinada aos danos existenciais, ainda não há, no Brasil, entendimentos ou formulações que demonstrem suficiente concretude a ponto de fixar requisitos para a sua configuração ou mesmo para a fixação do valor indenizatório.

A Consolidação das Leis do Trabalho fixa critério excessivamente abstratos. No mesmo sentido, não há suficiente fixação legal, doutrinária

ou jurisprudencial no que concerne a situações de responsabilização objetiva ou de situações nos quais o dano existencial pode ser presumido, ao contrário do que ocorre com os danos morais.

Tal situação atinge a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. A Egrégia Corte Classista, apesar de ter consolidado entendimento no sentido da possibilidade de fixação de indenização por danos extrapatrimoniais derivados do assédio moral, ainda se encontra eivada de discricionariedade e de subjetividades que poderiam ser evitadas.

De modo a determinar a existência de assédio moral, do dano existencial e fixar o valor da reparação, é imprescindível a utilização de um instrumental científico que escapa ao Direito, especificamente voltado à identificação dos danos físicos, psicológicos e psicossomáticos sofridos pela vítima.

Assim, os conhecimentos da psicologia, especificamente da perícia psicológica, parecer ser adequados ao aprimoramento dos entendimentos acima referidos, até por se tratar de um fenômeno trabalhado, especialmente, pelas ciências da mente, desde os primórdios de sua teorização.

Diante do exposto, o objetivo do presente trabalho é o estudo das formas de fixação do *quantum* de reparação para os casos de indenização por dano existencial resultante de assédio moral, bem como das possibilidades de utilização de critérios extrajurídicos para tanto, especialmente, de conceitos de perícia psicológica e psicotécnica.

Acerca das hipóteses de pesquisa, elegem-se as seguintes: o assédio moral é um fenômeno multidisciplinar, de existência reconhecida e que ocasiona danos psicológicos aos empregados que o sofrem; o dano existencial relacionado ao assédio moral pode ser comprovado com maior eficácia mediante a utilização de critérios extrajurídicos; faz-se necessário estabelecer critérios de dosimetria indenizatório para os casos referidos.

Sobre o método de captação de dados, elege-se, enfaticamente, a pesquisa bibliográfica, nos referenciais pertinentes, relacionados, enfaticamente, ao Direito, à Psiquiatria, à Psicologia e à Psicanálise. Tais referenciais são nacionais e estrangeiros. Enquanto referenciais teóricos, foram escolhidos os conceitos de assédio moral e *mobbing* estudados, especificamente, por Marie-France Hirigoyen e Heiz Leymann.

Naquilo que toca aos teóricos nacionais, foi utilizada a obra de Margarida Maria Silveira. No concernente à matéria estritamente jurídica, dentre os referenciais brasileiros que encontram destaque na doutrina, serão utilizadas as obras de Maria Aparecida Alkimin, Fláviana Rampazzo Soares e Ernesto Lippman, dentre outros.

No que concerne à psicologia forense, foram utilizadas as obras de Matthew Huss e Sonia Liane Richert Rovinski. Também se procedeu à pesquisa documental, relacionada à legislação aplicável, especificamente, aos Arts. 223-A a 223-G da Consolidação das Leis do Trabalho, assim como na jurisprudência mais recente do Tribunal Superior do Trabalho.

Sobre a abordagem, preferiu-se a qualitativa, mais adequada que é à análise teórica e jurisprudencial. Em relação ao procedimento metodológico de escrita, preferiu-se o dedutivo, partindo-se de conceitos basilares relacionados à temática à tentativa de resolução da específica problemática da fixação do *quantum* indenizatório.

Esta pesquisa é justificável, tendo em vista a gravidade da problemática à qual se relaciona, na medida em que os direitos fundamentais são permanentemente carentes de concretização e, em especial, de proteção, no que se relaciona às tentativas de lesão aos seus respectivos núcleos essenciais.

Tal fato decorre do fato de ser a concretude e higidez desses direitos indispensável à efetivação do arcabouço principiológico edificador da dignidade humana. Em relação às especificidades do tema, as condutas que configuram assédio moral no contexto laboral atentam diretamente contra esses princípios, de modo que seu estudo aprofundado no âmbito jurídico é indispensável.

Faz-se necessário estudar os formatos e os critérios de fixação das indenizações concernentes à temática, de modo a que alcancem, efetivamente, seus objetivos pedagógicos, sancionatórios e compensatórios, sob pena de reduzir as possibilidades de se proteger o trabalhador contra essa sorte de atentado à sua existência.

Depois da pesquisa e da formulação do texto, chegou-se à conclusão de que a utilização de critérios excessivamente abstratos no momento da constatação do dano existencial derivado do assédio moral no contexto

laboral compromete a segurança jurídica, mas pode ser auxiliado pela utilização de critérios não jurídicos, especialmente as perícias psicológicas.

1. CONFIGURAÇÃO ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO

Temporalmente, o assédio moral foi percebido e começou a ser estudado recentemente, porém, de forma extensa e sistemática, o que faz com que a bibliografia relacionada ao tema seja ampla e de inegável rigor científico.

A temática somente passou a ganhar destaque há algumas décadas, em decorrência de pesquisas europeias, especialmente na França e nos países da Escandinávia, destacando-se os trabalhos relacionados à área trabalhista. As pesquisas, todavia, se iniciaram na Biologia, que confirmaram comportamentos hostis em alguns animais, quando acuados (FERREIRA, 2004, p. 38).

A terminologia historicamente adotada para o assédio moral assumiu distintas roupagens a depender do país no qual o fenômeno foi estudado. Na língua inglesa, utiliza-se o termo *bullying*; na França, chama-se *harcèlement moral*; em língua portuguesa, é denominado *assédio moral;* em castelhano, *acoso moral* (SOARES, 2012, p. 285), dentre outras denominações.

O pesquisador germano-sueco Heinz Leymann, precursor da temática, utiliza a expressão *Mobbing*, afirmando tratar-se de uma palavra utilizada, nesse contexto, pelo etologista Konrad Lorenz, para descrever os ataques de um grupo de animais menores, que ameaçam um único animal maior (LEYMANN, 1996, p. 171).

Após, o termo foi utilizado por um médico sueco que pesquisava o comportamento de crianças entre as horas de aula, chamando também de *mobbing* o comportamento destrutivo de grupos de infantes que atacavam um outro. Seguindo essa tradição, Leymann apropriou-se da expressão, no começo dos anos 1980, para definir comportamentos semelhantes nos ambientes de trabalho (LEYMANN, 1996, p. 171).

Entendeu que praticar *mobbing* equivaleria a atacar alguém em grupo ou a aterrorizar psicologicamente outras pessoas, submetendo a vítima a

um processo sistemático de estigmatização e invasão de direitos fundamentais que, a depender de sua duração, pode resultar em sua expulsão do mercado, caso não consiga encontrar trabalho, em razão dos danos psicológicos que sofreu (LEYMANN, 1996, p. 169).

Várias dessas ações ocorrem no cotidiano. Ocorre que, no contexto do *mobbing*, elas têm consequências prejudiciais, por serem praticadas de maneira consistente e sistemática, durante longo tempo, na intenção deliberada de prejudicar alguém ou de excluí-lo. Assim, seu "denominador comum" é desejo de "pegar" ou "punir" alguém, especialmente, por intermédio de manipulações. Nesse sentido, aquele que pratica o *mobbing* manipula a reputação e a comunicação da vítima, suas "circunstâncias sociais", a natureza ou a possibilidade de bem realizar seu trabalho, assim como ameaça e pratica violência (LEYMANN, 1990, p. 121).

A prática do *mobbing* ultrapassa os limites da competitividade corporativa, já que se volta a, deliberadamente, prejudicar outra pessoa, independentemente do intuito de, como empregador, incentivá-la ao cumprimento de metas empresariais ou, enquanto colega, de ultrapassá-la profissionalmente ou de galgar ascensão profissional em seu lugar.

Outra pioneira em relação ao tema, a psiquiatra francesa Marie-France Hirigoyen conceitua o assédio moral de forma abrangente, compreendendo qualquer conduta abusiva, manifestada, especialmente, por "[...] comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa", que arrisquem seu trabalho ou degradem seu meio ambiente laboral (HIRIGOYEN, 2006, p. 17).

Trata-se de um conceito muito amplo, de modo que não há um rol exaustivo (*numerus clausus*) de condutas que podem configurar o fenômeno.

Certas situações, porém, são: a atribuição de tarefas degradantes ou mesmo inúteis; a fixação de objetivos ou metas inatingíveis; a colocação do empregado em situações perigosas; sabotagem; agressões físicas intencionais disfarçadas de acidentes; a indução ao cometimento de erro ou falta para puni-la, criticá-la ou rebaixá-la, diminuindo sua autoestima; e atitudes de menosprezo ou provocação, possibilitando, até mesmo, sua dispensa por justa causa (HIRIGOYEN, 2006, p. 80).

Mesmo com a necessidade de constância e de prolongamento das condutas no tempo, não há consenso acerca do período temporal no qual as ofensas devem ocorrer para que o *mobbing* se configure.

No Brasil, entende-se que o assédio moral não pode ser medido em dias. Considera-se, para tanto, o prazo médio de um (1) a três (3) anos. Não se trata, porém, de um parâmetro absoluto, já que o fenômeno pode ser identificado em prazo menor, que depende do tempo no qual o dano psicológico leva para instalar-se, especialmente porque "[...] a capacidade de resistência psicofísica de cada um, varia de indivíduo para indivíduo" (BARRETO, 2003, p. 38).

Demonstra-se, assim, a necessidade de prolongamento temporal da situação danosa para que se configure o assédio moral, em período que deve ser definido levando-se em consideração, também, a resistência psicológica da vítima às ofensas.

Em decorrência da frequência e da duração do comportamento hostil, o abuso ocasiona sofrimentos psicológicos, psicossomáticos e sociais. A definição de *mobbing*, assim, exclui conflitos temporários, concentrando-se nos casos nos quais a situação psicossocial causar patologias psiquiátricas ou psicossomáticas, de modo que a distinção entre "conflito" e *mobbing* se refere à sua frequência e à sua duração (LEYMANN, 1996, p. 172).

Assim, não bastam discussões esporádicas, embates acalorados por posições no ambiente de trabalho. Uma ofensa verbal "pontual", a não ser que tenha sido precedida de várias agressões menores, apesar de ser, indubitavelmente, um ato de violência, não configura assédio moral (HIRIGOYEN, 2005, p. 31), de forma que a constância e o prolongamento das agressões no tempo são requisitos indispensáveis à ocorrência do *mobbing*.

2. A CONFORMAÇÃO DO DANO EXISTENCIAL POR ASSÉDIO MORAL

Especialmente em decorrência da gravidade, da constância e do prolongamento temporal das agressões, o assédio moral no ambiente de trabalho é capaz de causar danos físicos e psicológicos às vítimas, que se revelam por

intermédio de sintomas físicos, psíquicos e psicossomáticos.

Tais sintomas variam em conformidade com suas intensidade e a duração, são: estresse, ansiedade e depressão; distúrbios psicossomáticos, como emagrecimento intenso e rápido ganho de peso; distúrbios digestivos, endocrinológicos, hipertensão arterial incontrolável, indisposições, vertigens, doenças da pele; estresse pós-traumático, desilusão, vergonha e humilhação; e perda do sentido e modificações psíquicas (HIRIGOYEN, 2005, p. 159-182).

O *mobbing* é capaz de ocasionar danos extrapatrimoniais aos trabalhadores, situação à qual o Direito não permaneceu alheio. Nesse sentido, os Arts. 223-A e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943, n.p.) preveem, expressamente, sua existência, bem como a necessidade de sua reparação.

Nesse sentido, o trabalhador tem o direito de ter sua dignidade humana e seus direitos de personalidade respeitados, inclusive, de não ser discriminado quanto ao acesso ou à permanência no emprego (ALKIMIN, 2013, p. 70).

Mais do que isso, é possível que essa discriminação ocorra em razão do sexo, raça, cor, religião, idade, estado civil; característica ou atributo pessoal; (in)capacidade de atingir metas; relação entre cargo ou salário e sexo ou idade do empregado; o fato de ser sindicalizado, líder sindical ou, de qualquer forma, legalmente estável no emprego; ou tratando-se de pessoa com deficiência, em processo de reabilitação ou doente (ALKIMIN, 2013, p. 76).

Esses interesses existenciais se ligam umbilicalmente aos direitos fundamentais, que devem ser amplamente tutelados, de forma que todas as atividades que o empregado realiza ou venha a realizar devem ser valorizadas, pois se relacionam à felicidade individual. Protege-se, assim, a própria razão da existência humana (SOARES, 2009, p. 37).

Tais danos existenciais afeta o indivíduo, de maneira negativa, total ou parcialmente, permanente ou temporariamente, em relação a uma atividade ou a seu conjunto, prejudicando o próprio cotidiano da vítima que, em decorrência da lesão, necessita mudar seu projeto de realização pessoal ou, até mesmo, sua rotina (SOARES, 2009, p. 44).

Faz-se presente nas condições de trabalho degradantes ou análogas à

de escravo, na coação do empregado a desempenhar funções em condições subumanas de horário, higiene, alimentação e habitação, sem salários ou forçando a conversão da contraprestação em consumo (SOARES, 2009, p. 75).

Sobre os danos físicos, também se caracteriza pela centralidade da atividade em certos grupamentos musculares, ausência de flexibilidade, controle ou pausa, ritmo de trabalho progressivamente elevado, equipamentos inadequados, que podem causar lesões como Lesão por Esforço Repetitivo (LER) ou Distúrbios Osteomoleculares Relacionados ao Trabalho (DORT) (SOARES, 2009, p. 76).

Quanto à "vida de relações", caracteriza-se por ofensas físicas ou psicológicas voltadas a impedir a vítima de desfrutar dos prazeres inerentes às atividades recreativas externas ao trabalho, que interferem no estado de ânimo do empregado e em seu relacionamento profissional e social, reduzindo suas chances de adaptação e ascensão profissionais (BOUCINHAS FILHO; ALVARENGA, 2013, p. 243).

No Direito do Trabalho, os danos existenciais se referem diretamente à dignidade do empregado e aos direitos fundamentais a ela correlatos, especialmente seus direitos de personalidade passíveis de serem atingidas pelas condutas abusivas (BRASIL, 1943, n.p.), se encontram em rol meramente enunciativo. O dano existencial, mesmo na seara trabalhista, não se confunde com os danos morais, já que têm características materiais e processuais diversas entre si, o que impossibilita essa sinonímia.

Especialmente na literatura estrangeira, diferencia-se dano moral e dano psíquico: aquele é fixado por agentes jurídicos, por ser mais subjetivo e implicar em uma percepção mais pessoal do prejuízo, especialmente no que concerne ao patrimônio imaterial; aquele se encontra na seara dos profissionais da saúde mental, podendo ser mensurado por instrumentos adequados de avaliação, o que o torna mais preciso que o dano moral (ROVINSKI, 2007, p. 150).

Em decorrência das diferenças concernentes aos resultados e às possibilidades probatórias de um de outro, é impossível ter o dano moral e o dano existencial como sinônimos.

Mesmo que ambos sejam prejuízos de natureza extrapatrimonial, o dano existencial não se confunde com o dano moral: este se relaciona a

uma lesão à personalidade, que prejudica sua esfera subjetiva e atinge valores personalíssimos, a exemplo de sua imagem, sua hora, sua integridade física etc., que deve ser reparado de modo a compensar a dor sofrida. Tem, assim, uma repercussão íntima, que não pode ser objetivamente constatada (BOUCINHAS FILHO; ALVARENGA, 2013, p. 247).

Por sua vez, o dano existencial respeita à intimidade do ofendido e resulta da frustração relacionada à realização pessoal do trabalhador, impondo a "reprogramação" e obrigando à modificação nas formas de relação interpessoal, podendo ser comprovado objetivamente (BOUCINHAS FILHO; ALVARENGA, 2013, p. 248).

Além dos requisitos naturais aos danos extrapatrimoniais, o dano existencial tem outros dois elementos: o "projeto de vida", relacionado ao trabalho; e a "vida das relações", caracterizando-se, nesse caso, pela violação prejudicial à realização de atividades criativas, compromissos sociais ou convívio familiar. Basta, todavia, que um deles seja prejudicado (BOUCINHAS FILHO; ALVARENGA, 2013, p. 252).

Por isso é que a Consolidação das Leis do Trabalho, em seu Art. 223-F (BRASIL, 1943, n.p.), permite a cumulação dos pedidos indenizatórios baseados em alegações de danos morais e de danos existenciais.

No contexto total da relação de emprego, se ocorrerem, ao mesmo tempo, danos morais e existenciais, é possível sua cumulação processual, desde que provenham do mesmo conjunto de fatos. É possível, dessa maneira, cumular danos dos tipos material, moral, estético, por lesão à saúde, decorrentes do excesso de trabalho, de atividades penosas, humilhantes etc. (BOUCINHAS FILHO; ALVARENGA, 2013, p. 248-249).

Sobre a imputação juslaboral pelos danos existenciais, a Consolidação das Leis do Trabalho, em seu Art. 223-E (BRASIL, 1943, n.p.), afirma uma responsabilidade ativa, que engloba todos os participantes no processo do *mobbing*. De acordo com a leitura do dispositivo, todavia, a responsabilização pelos danos necessita ser comprovada, não havendo, assim, a possibilidade imputação objetiva ou mesmo de presunção de culpa.

Pessoas defendem, todavia, que há responsabilidade objetiva do empregador pelo assédio, em face do disposto no art. 932, III, do Código Civil, Nesses casos, todavia, não cabe a indenização baseada em culpa *in elegendo*

ou *in vigilando*, pois a responsabilização pelos danos depende da comprovação da culpa *lato sensu* do empregador (LIPPMANN, 2006, p. 47).

Assim, a simples prática do assédio moral não torna obrigatória a indenização, caso o empregador procure corrigir, rigorosa e prontamente a conduta do assediante, mediante advertência escrita, pois a prática reitera da resulta de problemas estruturais e de personalidade, não de conduta do empregador (LIPPMANN, 2006, p. 47).

Ocorre que a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho ainda não se consolidou no sentido da (im)possibilidade de presunções de danos existenciais derivados de situações de assédio moral no ambiente de trabalho, nem reconheceu critérios unificados para sua caracterização ou mesmo para a fixação do valor condenatório.

3. A AFERIÇÃO MULTIDISCIPLINAR DO VALOR INDENIZATÓRIO

Mesmo com a quantidade significativa de estudos de inegável qualidade científica acerca do assédio moral no ambiente laboral, bem como relacionados aos danos existenciais, ainda não há entendimentos concretos no que se refere à fixação do *quantum* reparatório, ao menos não especificamente voltados à segurança jurídica no que concerne aos pleitos indenizatórios.

Certo é que a Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943, n.p.) fixa critérios para essa fixação que são, todavia, excessivamente abstratos e incapazes de captar a extensão da problemática nos casos concretos ou as idiossincrasias do fenômeno, tratando-o de maneira extremamente simular ao dano moral no contexto laboral.

A condenação voltada à reparação do dano existencial deve ser fixada a partir da dimensão do dano, em paralelo à capacidade patrimonial do autor. Deve surtir efeito pedagógico e, ao mesmo tempo, econômico, de modo que o *quantum* indenizatório precisa representar considerável prejuízo à empresa, de forma a desestimular a repetição, todavia, preservando a saúde de suas finanças (BOUCINHAS FILHO; ALVARENGA, 2013, p. 256).

Mesmo que o Tribunal Superior do Trabalho tenha afirmado que a fixação do valor indenizatório deva ser proporcional e razoável, considerando-se

o ambiente cultural dos envolvidos, as circunstâncias do caso concreto, o grau de culpa do perpetrador, a situação econômica do ofendido e do ofensor, bem como a gravidade e a extensão do dano, decidiu que o Tribunal *a quo*, ao fixar o montante indenizatório em R$5.000,00 (cinco mil reais), havia preenchido esses requisitos (BRASIL, 2018a, n.p.). Referido valor, contudo, ao menos em análise perfunctória, não parece ser capaz de atingir a finalidade pedagógica do dever de indenizar.

Esses critérios, assim, são insuficientes para o tratamento seguro e eficaz da problemática, especialmente em decorrência das graves repercussões psicológicas do assédio moral, bem como da caracterização do dano existencial a partir de sua ocorrência.

Ocorre que a Egrégia Corte Trabalhista decidiu, em 2018, que o assédio moral que resulta em danos existenciais se manifesta por ação ou omissão, advindos de superiores hierárquicos ou colegas, de maneira frequente e repetitiva, ao contrário das agressões pontuais, geradoras de danos morais (BRASIL, 2018b, n.p.), demonstrando um entendimento correto acerca dos pressupostos de ocorrência do fenômeno.

A jurisprudência ainda se baseia em definições simplistas, que são insuficientes no que concerne entendimentos minimamente objetivos, incapazes, portanto, de estabelecer critérios que lhe confiram a necessária segurança jurídica. Essa situação se deve ao fato de que os julgados refletem entendimentos eminentemente jurídicos para tratar de um fenômeno irremediavelmente ligado à psicologia e à psiquiatria, ciências que são, portanto, indispensáveis à correta compreensão da problemática.

Leymann elaborou uma "tipologia" dos resultados das ações de assédio moral que teria, geralmente, efeitos: sobre as possibilidades de comunicação adequada das vítimas; sobre as possibilidades das vítimas manterem contatos sociais; sobre as chances das vítimas manterem sua reputação pessoal; sobre questões relacionadas ao próprio trabalho; e sobre a saúde física das vítimas (LEYMANN, 1996, p. 174).

Desse modo, a fixação da quantia reparatória a partir da ocorrência de uma ou de várias dessas situações seria um critério mais adequado do que o determinado pela Consolidação das Leis do Trabalho e pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.

A Colenda Corte Laboral entendeu, recentemente, que, para a caracterização do dano existencial, é necessária prova do "efetivo comprometimento da vida de relações e do projeto de vida do obreiro", a retirar-lhe as oportunidades de fruição da vida fora do contexto laboral (BRASIL, 2018c, n.p.).

Evidencia-se a abstração dos conceitos, dificultando tanto a comprovação da existência do *mobbing* pelo empregado quanto a ausência de sua configuração pelo empregador, o que demonstra que os critérios meramente jurídicos não bastam para que se consiga um mínimo de segurança jurídica no que concerne à problemática.

O psicólogo forense, assim, é essencial na determinação da ocorrência do assédio, bem como da extensão de seus efeitos psicológicos, psiquiátricos e psicossomáticos, podendo afirmar se há provas que sustentem os danos alegados pela vítima, por meio de procedimentos que fazem parte de suas atribuições, como a identificação do cliente e os testes psicológicos adequados e padronizados, levando em conta as chances da prática de simulação (HUSS, 2011, p. 339-340).

A psicologia, especialmente em matéria pericial, é apta a fornecer critérios mais objetivos e palpáveis, capazes de diminuir a margem de discricionariedade judicial no concernente à fixação do *quantum* indenizatório.

A Organização Mundial de Saúde, referindo-se ao dano psíquico, distingue entre os seguintes termos: "dano" (*impairment*), referente a uma alteração de saúde do sujeito, que interferir em suas atividades diárias, com "perda ou anormalidade de funções ou estruturas psicológicas, fisiológicas ou anatômicas"; "dano permanente" (*permanent impairment*), relativo à estabilidade da situação danosa ou à improbabilidade de mudanças; "incapacidade" (*disability*), referente a qualquer restrição ou a falta de habilidade para desempenhar a atividades dentro de padrões humanamente normais; e "atividades da vida diária" (*activities o f daily living*), que incluem autocuidado, higiene pessoal, desempenho sexual, sono, alimentação, atividades recreativas, sociais laborais etc. (ROVINSKI, 2007, p. 152-153).

Sobre o nexo de causalidade, para que seja possível separar entre os fatores da personalidade preexistentes ao traumas e os fatores relacionados ao próprio evento, o perito deve indicar se o evento demonstra ou não ter

relação significativa na produção dos prejuízos, assim como deve incluir todos os demais fatores que puder identificar (ROVINSKI, 2007, p. 158).

No que tange à determinação da existência de assédio moral, da ocorrência de dano existencial e da fixação do *quantum* reparatório, faz-se necessária a utilização de critérios extrajurídicos, especialmente dos procedimentos periciais psicológicos e psicotécnicos, de forma a que se possa obter um grau aceitável de segurança jurídica relativamente à temática.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os estudos acerca do assédio moral nas relações trabalhistas começaram há apenas algumas décadas, tendo resultado, porém, em uma ampla gama de referenciais teóricos de evidente qualidade científica. É um conceito que, apesar de historicamente recente, encontra várias nomenclaturas voltadas, porém, a definir o mesmo fenômeno.

As ações enquadráveis como assédio moral vão além das atitudes caracteristicamente agressivas dos ambientes corporativos. São condutas violentas que não se encontram, todavia, em um rol exaustivo, não se confundindo, especialmente em decorrência das diferenças de ações e de objetivos, com o assédio sexual.

Faz-se necessário, para sua configuração, que as agressões sejam constantes e que se prolonguem no tempo. Esse período deve levar em conta, para sua determinação, características individuais de cada vítima, não bastando, todavia, discussões, embates ou mesmo ofensas esporádicas que podem, todavia, configurar dano moral.

Assim, o *mobbing* pode ocasionar severos danos à saúde mental das vítimas, não se confundindo, todavia, no que concerne aos seus requisitos materiais e processuais, com os danos morais. Os pedidos indenizatórios relacionadas a ambos podem, no entanto, ser cumulados, desde que tenham ocorrido no mesmo contexto fático.

Ocorre que a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho ainda não se consolidou no que se relaciona à possibilidade de presunções ou de responsabilidade objetiva por danos existenciais resultantes de assédio

moral no ambiente de trabalho, e nem mesmo unificou critérios para sua caracterização ou para a fixação do *quantum* reparatório.

Os pressupostos legais e doutrinários são insuficientes, especialmente em decorrência de sua estrita ligação com os danos morais, o que compromete a segurança jurídica no concernente às expectativas reparatórias dos trabalhadores e das possibilidades de defesa dos empregadores.

Desse modo, a insegurança jurídica produzida pela utilização de critérios excessivamente abstratos e simplistas pode ser amenizada pela utilização de critérios extrajurídicos, especialmente por intermédio da utilização de perícias psicológicas e psicotécnicas para a definição da existência do assédio moral, da configuração do dano existencial e da mensuração do *quantum* indenizatório.

REFERÊNCIAS

ALKIMIN, Maria Aparecida. **Assédio Moral na Relação de Trabalho**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

BARRETO, Margarida Maria Silveira. **Violência, saúde e trabalho**: uma jornada de Humilhações. São Paulo: EDUC, 2003.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O dano existencial e o Direito do Trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, v. 79, n. 2, p. 240-261, abr.-jun. 2013.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. 1943. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 31 ago. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **RR 348220060200850900 11**. Relator: Ministro Caputo Bastos. 2018a. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 31 ago. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR 9310620145020010**. Relator: Ministro Breno Medeiros, 2018b. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 31 ago. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR 25663820165070034**. Relator: Ministro Caputo Bastos. 2018c. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 31 ago. 2018.

FERREIRA, Hadassa Dolores Bonilha. **Assédio moral nas relações de trabalho**. Campinas: Russel, 2004.

HIRIGOYEN, Marie France. **Assédio moral**: a violência perversa do cotidiano. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand do Brasil, 2006, p. 80.

_____. **Mal-estar no trabalho**: redefinindo o assédio moral. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

HUSS, Matthew. **Psicologia forense**: pesquisa, prática clínica e aplicações. Porto Alegre: Artmed, 2011.

LEYMANN, Heinz. Mobbing and psychological terrors at work. **Violence and Victims**. v. 5, n. 2, p.119-126, 1990.

_____. The Content and Development of Mobbing at Work. **European Journal of Work and Organizational Psychology**. v.5, n. 2, p.165-184, 1996.

LIPPMANN, Ernesto. **Assédio sexual nas relações de trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2006.

ROVINSKI, Sonia Liane Reichert. **Fundamentos da perícia psicológica forense**. 23 ed. São Paulo: Vetor, 2007.

SOARES, Angelo. As origens do conceito de assédio moral no trabalho. **Revista brasileira de saúde ocupacional**, v. 37, n. 126, p. 284-286, 2012.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOBRE O DIREITO DE FALAR E SER OUVIDO: A CONSTRUÇÃO DA IMAGEM DO DEFICIENTE INTELECTUAL A PARTIR DE SEU PRÓPRIO RELATO

ELZIENE SOUZA NUNES NASCIMENTO

INTRODUÇÃO

O presente estudo é originário de momentos pedagógicos realizados durante o acolhimento de alunos com deficiência intelectual (DI) na Fundação Pestalozzi do Pará - Belém - Brasil. Objetiva-se oportunizar que os alunos com DI sejam ouvidos e dessa forma conhecer, por meio de seus relatos, como eles constroem seu *ethos* "imagem de si mesmos" (AMOSSY 2008, p. 10) – baseados em suas vivências cotidianas, no âmbito familiar, na escola e em sociedade, destacar os mitos concernentes à sua aprendizagem e socialização, enfatizar suas experiências que podem ser disseminadas na tentativa de desmistificar preconceitos.

É fato que, muito do que se sabe a respeito da pessoa com DI vem das análises que se fazem sobre os mesmos, com base em diagnósticos médicos, observações dos professores, depoimentos de familiares, dentre outros. Mas pouco ou nada vem de um conhecimento exato do que o próprio DI relata sobre si, esse é um equívoco que sob a perspectiva da dignidade humana necessita ser reparado, visto que, contribui para uma visão fragmentada da pessoa com DI.

Pelo exposto, a concepção kantiana no que tange ao princípio da dignidade da pessoa humana é essencial para se entender esse estudo, pois tem a iniciativa de conceder a pessoa com DI o direito de falar sobre si e de ser ouvida. Kant (2004, p.52) dizia: "Sê uma pessoa e respeita os demais como

pessoas", essa fala é significativa para este trabalho, visto que, demonstra uma postura ética e representa um mandamento que reconhece na pessoa, o valor por excelência.

Porém, ao ler Spivak (2010) "O subalterno pode falar?" Chamou a atenção para a experiência que se convive no dia-a-dia com os DI, os quais nunca ou pouco falam por si. De fato, que pelas análises de Spivak o DI pode ser considerado como um subalterno, pois eles são [...] *"*as camadas mais baixas da sociedade constituídas pelos modos específicos de exclusão dos mercados, da representação política e legal, e da possibilidade de se tornarem membros plenos no estrato social dominante*"* (SPIVAK, 2010, p. 14). Poucos são os deficientes que conseguem ultrapassar o bloqueio de exclusão, preconceito e indiferença, porém, quando alguém (intelectual) resolve representá-los, não falando por eles, mas os deixando que falem por si, eles podem ser ouvidos.

Nesse sentido, esse estudo se respalda também na Constituição Federal (1988) que é a Carta Magna, considerada cidadã porque marca os princípios dos direitos do cidadão brasileiro, preconiza no "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 [...]" e dispõe também sobre o apoio às pessoas com deficiência consolidando várias normas e providências para lhe garantir a acessibilidade, inclusão escolar e social.

Sabe-se que a problemática que gira em torno do diagnóstico da pessoa com DI, o tem limitado além do que é real. Nessa perspectiva, este estudo foi elaborado partindo de uma inquietação, oriunda de saberes que notadamente enviesam para uma tendência e quase cristalização da impossibilidade de apreensão de conhecimentos e de socialização da pessoa com DI, a qual é pautada em preconceitos que se enraizaram historicamente desde a Antiguidade e ainda presente no contexto contemporâneo, observadas nos pensamentos e as ações de muitas pessoas. Mediante as questões aqui pontuadas, a problemática que norteia o presente estudo é: de que forma os relatos do DI sobre si próprio podem contribuir para a construção da sua *ethos* no sentido de desmistificação de preconceitos e

influenciar posturas de conhecimento e sua valorização enquanto pessoa?

Nessa perspectiva este estudo visa conhecer os relatos do DI sobre si e destacar os mitos concernentes à sua aprendizagem e socialização e enfatizar essas experiências que podem ser disseminadas na tentativa de desmistificar preconceitos, bem como oportunizar que os alunos com DI sejam ouvidos no sentido de valorizar suas experiências de vida, com vistas à elevação de sua autoestima, enfatizar suas experiências diárias que podem ser usados para a construção de sua *ethos* e dessa forma contribuir com o processo de inclusão de alunos com DI.

Mediante o exposto, acredita-se que este estudo contempla uma garantia básica dos direitos humanos: a comunicação, baseada na liberdade de expressão, que é indispensável para a plena realização da dignidade humana. A pesquisa bibliográfica fundamentada nesse estudo é em Amossy, Spivak, Kant, Constituição Federal (1988), dentre outros teóricos e bases documentais, e também pela pesquisa de campo, na Fundação Pestalozzi do Pará - Belém - Brasil.

Assim esse estudo encontra-se dividido em: Metodologia, que enfatiza os caminhos percorridos nesta pesquisa, os Resultados e Discussões, que comunicará os dados obtidos bem como suas análises e por fim as Conclusões que se chegou ao final da presente pesquisa.

METODOLOGIA
TIPO DE PESQUISA

Adotou-se para este estudo a pesquisa bibliográfica que segundo Teixeira (2005, p.56) "é realizada através da identificação, localização e análise dos dados em livros, revista especializadas, publicações de órgãos oficiais etc.". Nesse sentido pode inferir-se que a pesquisa bibliográfica parte de diversas fontes, por meio da contribuição de vários autores sobre determinado assunto.

A pesquisa documental baseada principalmente na Constituição Federal (1988) também é parte integrante desse estudo, bem como a pesquisa caracterizada como virtual. O acesso a esses materiais foi por meio do

computador, o qual foi relevante para esta pesquisa, pois a democratização ao uso do computador como um recurso auxiliar nas pesquisas e em sua publicação, especialmente nos últimos dez anos, é utilizado em larga escala com acesso à Internet.

A pesquisa de campo, em ambiente pedagógico, também foi foco desse estudo. A pesquisa bibliográfica e de campo, neste contexto, terá a classificação de abordagem qualitativa e quantitativa que o autor Godoy (1995, p.58) considera o ambiente como fonte direta dos dados e o pesquisador como instrumento chave; possui caráter descritivo; o processo é o foco principal de abordagem e não o resultado ou o produto; a análise dos dados é realizada de forma intuitiva e indutivamente pelo pesquisador; não requereu o uso de técnicas e métodos estatísticos; e, por fim, teve como preocupação maior a interpretação de fenômenos e a atribuição de resultados.

ABORDAGEM

A abordagem envolve técnicas de coleta e apresentação de dados em uma abordagem qualitativa e quantitativa. A pesquisa qualitativa não procura enumerar e/ou medir os eventos estudados, nem emprega instrumental estatístico na análise dos dados, envolve a obtenção de dados descritivos sobre pessoas, lugares e processos interativos pelo contato direto do pesquisador com a situação estudada, procurando compreender os fenômenos segundo a perspectiva dos sujeitos, ou seja, dos participantes da situação em estudo (GODOY, 1995, p.58).

LÓCUS DA PESQUISA

A pesquisa foi realizada na cidade de Belém do Pará, na Fundação Pestalozzi do Pará - Belém - Brasil.

SUJEITOS DA PESQUISA

Os alunos que participaram desta pesquisa foram no total de 40 (vinte) alunos, os quais são atendidos nas Atividades Práticas para a Vida. São alunos que têm DI, com idade entre 18 e 52 anos, do sexo masculino e feminino. A escolha da população está relacionada com as transformações físicas, psicológicas e biológicas que acontecem nesta fase da vida, além de alguns exercerem 'certa' autonomia em suas ações, bem como têm a satisfação em compartilhar opiniões, conquistas e dificuldades.

INSTRUMENTOS DA PESQUISA

Constou de entrevistas, conversa informal, observações e registros das análises relacionadas aos relatos do DI.

ANÁLISE DOS DADOS

De acordo com a coleta de dados, foram organizados por meio da abordagem quali - quantitativa, tabulados e analisados por meio de gráficos.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

O roteiro do questionário relativo a entrevista e conversa informal foi dividido em 2 partes. Na primeira as figuras de 1 a 2 (apresentadas a seguir), foram importantes para identificar os momentos com os alunos no ato da realização da coleta de dados no espaço campo de pesquisa. Já na segunda parte, com os resultados dos dados coletados das entrevistas e conversas informais, tendeu-se a observar os discursos do DI sobre si mesmo, principalmente no que diz respeito às suas vivências bem particulares, mas sem adentrar em aspectos de sua intimidade. Neste sentido, a presente pesquisa optou por manter um cuidado específico, sem agredir a particularidade de

nenhum dos entrevistados. Para se referir aos relatos foram utilizadas as nomenclaturas: depoimentos; discursos e falas.

MOMENTOS DA ENTREVISTA E CONVERSA INFORMAL

Em cada questionamento realizado, bem como nas observações dos depoimentos e dos comportamentos dos sujeitos da pesquisa, foi interessante perceber a construção do *ethos* por meio de suas vivências e análise do discurso, pois sempre estiveram dispostos a responder as indagações propostas com a maior presteza. Nesse sentido, é importante ressaltar que para Maingueneau (2008), o *ethos* vem a ser a consequência da inter-relação do *ethos* pré-discursivo, o qual se refere a imagem produzida conforme os modelos/estereótipos de determinadas práticas sociais e do *ethos* discursivo (*ethos* mostrado/ *ethos* dito) o qual está direcionado ao uso de elementos linguísticos pelo enunciador para a construção da imagem de si mesmo no momento de seu discurso.

Dessa forma, este estudo procurou explicitar essa consequência baseada na construção do *ethos* desses sujeitos, tendo em vista que, a sociedade, em meio a certas desinformações, já concebeu uma imagem anacrônica do DI, que segue o modelo da estereotipagem (*ethos* pré-discursivo).

Nesse sentido, buscou-se tornar pública a enunciação do DI sobre si mesmo (*ethos* dito), a fim de que, com base na construção da imagem de si mesmo, busque-se conhecer suas vivências com vistas a desmitificação de preconceitos. E sobretudo, levando a realização do Art 5º da CF (1988) que preconiza o seguinte termo: "IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;" [...].

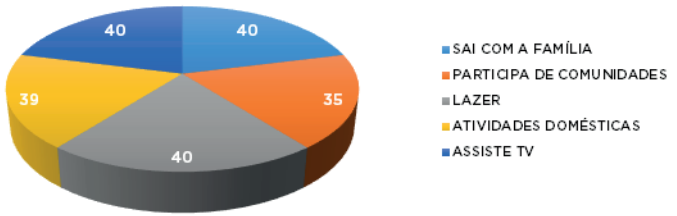
Figura 1 – Conversa Informal

Figura 2 – Entrevista

Fonte: Nascimento (2018).

Os gráficos abaixo são resultados da coleta de dados das entrevistas, conversas informais e observações, os quais foram tabulados e serão analisados na perspectiva da construção do *ethos* discursivo dos sujeitos da pesquisa. É importante que se ressalte que o corpus desse estudo é composto de relatos do DI sobre si próprio. Nesses relatos os mesmos procuram se fazer compreender em seu mundo particular.

GRÁFICO 1 – Atividades em família



Fonte: Nascimento (2018).

A partir dos resultados acima, observa-se que esses alunos com DI relataram em seus discursos, ter uma vida no âmbito familiar comum, como é o caso de muitas pessoas sem deficiência, visto que, saem com suas respectivas famílias para participar de comunidades e uma vida de lazer, na qual frequentam restaurantes, clubes, igrejas, dentre outras. No que diz respeito às atividades domésticas que realizam com disposição e eficiência, são solicitados por suas respectivas famílias para fazê-los, a fim de que possam criar certa autonomia. Os mesmos assistem TV, gostam bastantes das novelas, desenhos, filmes e programas de auditórios

É interessante perceber que muitas atividades o mesmo realiza sozinho e sente-se capaz para executá-las. Observe:

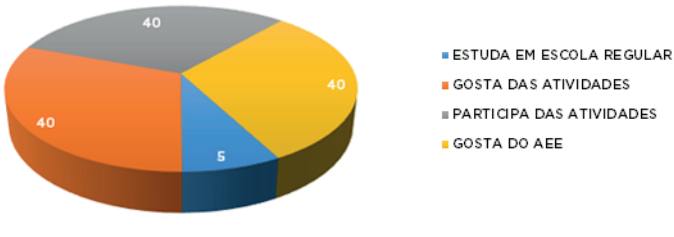
> Ao perceber que uma pessoa com deficiência está necessitando de apoio para realização de alguma atividade e for possível auxiliá-la, ofereça ajuda, mas antes pergunte a forma adequada para fazê-lo. No entanto, não se ofenda se seu oferecimento for recusado, pois nem sempre ela precisa de auxílio. Às vezes, uma determinada atividade pode ser melhor desenvolvida sem a mediação de outra pessoa. (ROSSETO, IACONO e ZANETTI, 2006, p. 108).

Por meio desses relatos e de suas ações seu *ethos* vai sendo construído (AMOSSY, 2008). Caso não estivesse especificado nesse estudo, que se trata de "dar voz" as pessoas com deficiência poder-se-ia muito atribuir essas práticas a uma pessoa não-deficiente. Porém, os estereótipos que rondam esses indivíduos os limitam mais que sua própria deficiência.

O trabalho de Amossy (2008, p. 25) introduz a construção do *ethos* ao mesmo tempo que ressalta a noção de estereótipo, perceba: "Essa reflexão considera a construção de uma imagem de si em relação com a representação coletiva cristalizada e com a atividade de estereotipagem". É fato que a sociedade já tem uma imagem preconcebida da pessoa com deficiência, o categorizando como incapaz e dando pouca importância às suas perspectivas de vida.

Essa tendência maior causa impacto negativo na vivência e convivência social desses indivíduos gerando preconceitos e os colocando às margens de uma vida em sociedade saudável. Porém, em sua essência, sua capacidade é perceptível para a realização de inúmeras atividades que lhes são dadas.

GRÁFICO 2 – Atividades na escola



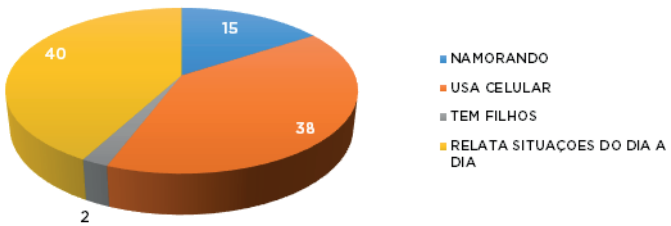
Fonte: Nascimento (2018).

Por meio de seus discursos pode-se observar que em relação às atividades no Atendimento Educacional Especializado (AEE) os mesmos se mostram satisfeitos, visto que, gostam do que fazem e participam ativamente das programações propostas, dentre elas destacam-se nas atividades de pintura em tecido; coral de Libras; grupos de danças; atividades aquáticas, atletismo, dentre outras. Porém, quando se trata de sua primeira matrícula, a qual se efetiva na escola regular, apenas 05 (cinco) alunos estão frequentando. Esse foi um dado preocupante, pois quando questionados o porquê de não estarem matriculados e frequentando à classe regular responderam que não se sentem bem, pois os 'outros' alunos os olham diferente, colocam apelidos, sendo que alguns professores também não lhes dão a devida importância.

Foi interessante ouvir o que esses alunos têm a falar sobre si, pois expuseram suas angústias e seus anseios. Momentos como estes são importantes, tendo em vista que, passou-se a ter ciência sobre alguns dos motivos que levam os alunos com deficiência a se recusarem frequentar a escola regular. Nesse sentido, é interessante explorar a construção do *ethos* com base nas teorias contemporâneas do sujeito, as quais visam redefinir a noção de *ethos*, [...] baseada na instauração de um *ethos* discursivo que contribua para construir uma fala... de um subalterno". (AMOSSY 2008, p. 22).

Dessa forma, pensa-se que a construção do *ethos* se torna privilegiada, pois está associada a um posicionamento político, isto é, o indivíduo pode se posicionar a respeito desse assunto e tomar partido por meio de suas opiniões e filosofias. E esses alunos, no contexto proposto, se fizeram ouvir e suas falas foram valorizadas, tendo em vista que foram aqui divulgadas. De fato, que este estudo se baseia na proposta que se ajusta a dignidade do ser humano tal qual já propunha Kant (2004), essa prerrogativa traz consigo um valor do indivíduo que não pode ser mensurado e nem substituído.

Gráfico 3 – Atividades pessoais



Fonte: Nascimento (2018).

Por meio destas respostas, os sujeitos da pesquisa evidenciam que são ativos em várias situações do cotidiano: 15 (quinze) deles estão namorando enquanto que os outros 25 (vinte e cinco) encontram-se apaixonados almejando uma oportunidade para se declararem a seus amores. 38 (trinta e oito) fazem uso de celular e tem Face book e Instagram, nas redes sociais fazem amizade, postam fotos e tem conhecimentos variados. Enquanto apenas 02 (dois) tem filhos, todos eles relatam situações do dia a dia, tais

como: violência, insegurança no trânsito, política, dentre outros assuntos bastante pertinentes.

Em se tratando da noção de *ethos*, percebe-se nas falas as virtudes que carregam para compor a imagem de si [...] "relacionadas à noção de honestidade... aos hábitos e costumes e consiste em se exprimir de maneira apropriada... esses dois aspectos permitem convencer pelo discurso" (AMOSSY 2008, p. 24). Foi interessante perceber que em cada depoimento desses sujeitos foi observado a maneira convincente do olhar, a postura apta para ouvir e tão logo responder aos questionamentos propostos. Esse perfil colaborou para o convencimento de suas respostas que fizeram a construção do *ethos* serem positivas, livre de estereótipos e mitos em relação a pessoa com DI. Experiência essa que somente gratificou a práxis.

Nesse contexto, esse estudo oportunizou que os alunos com DI fossem ouvidos, essa é uma questão de dignidade humana, tendo em vista que eles são considerados sem expressividade e, a partir do momento em que esses sujeitos tem autonomia para se expressarem frente a sociedade que só os excluem, isso quer dizer que, essa questão envolve a consciência dessas pessoas que por meio do discurso e se tornam visíveis.

Assim é oportuno ressaltar que, Spivak (2010) considera que é por meio de alianças políticas que esses indivíduos podem ser representados, que o intelectual não só pode, como deve representar o subalterno, "Todavia, nesse percurso, ele deve ficar atento para não emudecer [mais] o subalterno, e sim ser um veículo para que este possa falar e ser ouvido" (SPIVAK, 2010). Já Foucault (1992) e Deleuze (2007) defendem que as pessoas consideradas como oprimidas não têm necessidade de representatividade, visto que, são perfeitamente capazes de se pronunciar de forma autônoma.

É interessante analisar essas teorias, visto que, esse estudo se baseou nas mesmas para elucidar a construção do *ethos* de um DI com ênfase na análise do discurso, visto que, ele se assemelha a um subalterno segundo SPIVAK (2010). Porém, foi lhe oportunizado vez para que pudessem ser ouvidos e com a pretensão de não o ofuscar, pelo contrário o tornar visível na sociedade vitimada pelo preconceito às pessoas com deficiência.

O resultado que se observa é o conhecimento da vida de um aluno com DI a partir de seu próprio relato e a construção do seu *ethos*, ou seja, da

imagem de sim mesmo. Percebendo que sua deficiência não os impede de exercer uma vida educacional e social saudável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Procurou-se desenvolver neste estudo por meio dos relatos do DI sobre si, como o mesmo constrói o seu *ethos,* nesse sentido foram realizadas as análises sobre a construção dos discursos dos mesmos, para isso foi escolhida Ruth Amossi (2008), a qual foi a autora que subsidiou a maioria das discussões aqui encontradas, visto que seu trabalho disserta a respeito de várias concepções baseada na *ethos* sob perspectiva da análise do discurso.

Procurou-se o afastamento de qualquer tipo de pré-conceitos/preconceitos, de qualquer ordem, para evitar estereotipagem com os sujeitos da pesquisa. Limitou-se então, as entrevistas, conversas informais e observações, partindo posteriormente para as análises dos depoimentos que foram julgados mais relevantes para a composição dessa pesquisa, a fim de tentar compreender de que modo esses sujeitos enfrentam suas vivências diárias.

O que foi verificado é que, a maioria dos alunos entrevistados não se intimidaram em falar ou responder às perguntas feitas sobre a sua vida social em família, na escola e pessoal e nem tão pouco a respeito de sua deficiência, declarando respondê-las de forma natural, tratando de constituir uma *ethos* que os identifique como seres capazes, chegando a uma posição que em muito o assemelha a uma pessoa sem deficiência, mas que ao mesmo tempo se vê, na necessidade de se isolar devido às limitações que a sociedade o impõe.

Em se tratando de o comparar a uma pessoa não deficiente, essa foi uma análise que se chegou durante a pesquisa, mas em nenhum momento foi percebido que eles almejam serem categorizados como 'sem deficiência'.

Considerando as relações sociais vivenciadas por esses alunos, a maioria relatou ter lazer, fazem amigos dentro e fora da escola, as relações familiares são acolhedoras e colaborativas. No ambiente escolar, de uma maneira geral, as relações são favoráveis, os estudantes possuem bom relacionamento com professores e colegas de classe, gostam e participam das

atividades no AEE. Nas atividades pessoais alguns possuem relacionamentos afetivos, usam celular e tem filhos.

Ao ouvir esses sujeitos, na exposição de seus anseios, perspectivas e vivências em muito foi louvável para a desmistificação de preconceitos, pois se tentou chegar próximo ao seu discurso enquanto sujeitos categorizados como subalternos mais que falaram por si e foram ouvidos Essa é uma reposta positiva e liga-nos para a continuidade desse estudo, possibilitando repensar saberes que até então eram diagnósticos definitivos, e podem-se quebrar as resistências a fim de trilhar novos conhecimentos inclusivos na perspectiva cidadã. Embora Spivak possa ter parecido pessimista nesse estudo, considera-se que ela abre precedentes para a prática da pesquisa entre o intelectual com os grupos marginalizados, essa se torna uma reposta positiva e liga-nos para a continuidade desse estudo.

REFERÊNCIAS

AMOSSY, Ruth. **Da noção retórica de *ethos*** à análise do discurso. In: AMOSSY, Ruth (Org.). Imagens de si no discurso: a construção do *ethos*. São Paulo: Contexto, 2008b. p. 9–67.

_____. O *ethos* na intersecção das disciplinas: retórica, pragmática e sociologia dos campos. In: ____. **Imagens de si no discurso**: a construção do ethos. Tradução de Dílson Ferreira da Cruz, Fabiana Komesu e Sírio Possenti. São Paulo: Contexto, 2005b. p. 119-144.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.

DELEUZE, Gilles. **Post-Scriptum sobre as sociedades de controle** In: Conversações. São Paulo: Editora 34, 1992.

FOUCAULT, Michel. Os Intelectuais e o Poder. In: Microfísica do Poder. Org. e trad. de Roberto Machado. 24ª. Ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2007, p. 69-78.

GODOY, A. S. **Introdução à pesquisa qualitativa e suas possibilidades**. In: Revista de Administração de Empresas. São Paulo: v.35, n.2, p. 57-63, abril 1995.

IACONO, J. P.: SILVA, L. A. da. Reflexões sobre a política de formação de professores para a educação inclusiva. In: Programa Institucional de ações relativas às pessoas com necessidades especiais - PEE (org). **A pessoa com deficiência na sociedade contemporânea: problematizando o debate**. Cascavel: EDUNIOESTE, 2006. p. 91 – 116.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**; tradução de Leopoldo Holzbach – São Paulo: Martin Claret, 2004.

MAINGUENEAU, Dominique. **Ethos, cenografia, incorporação**. In: AMOSSY, Ruth (org.). Imagens de si no discurso: a construção do ethos. São Paulo, Contexto, 2008a. p.69-92.

SPIVAK, GayatriChakravorty. Pode o Subalterno Falar? Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

TEIXEIRA, Elizabeth. **As três metodologias: acadêmica, da ciência e da pesquisa**. 4 ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2007.

UMA ANÁLISE DO DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

GUILHERME LIMA JUVINO DE PAULA

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como finalidade principal apresentar os fundamentos jurídicos relacionados ao direito antidiscriminatório, por meio da análise de dois precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF), notadamente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186 e Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 41. A importância do presente tema tem-se pelo fato do desenvolvimento da sociedade brasileira, sobretudo, após o período de redemocratização do país com a promulgação da Constituição Federal de 1988, do avanço legislativo, doutrinário, jurisprudencial sobre o tema e da atual conjuntura político-social do país, a qual, a cada dia os grupos minoritários (negros, indígenas, mulheres etc) formulam demandas perante toda a sociedade, e, especialmente, junto ao poder legislativo e judiciário visando buscar respostas para os problemas correlatos ao seu *status* social.

Nesse sentido, diante do atual contexto social, o direito antidiscriminatório (ou da antidiscriminação) veio trazer diversos questionamentos e respostas a fim de quebrar conceitos anacrônicos e buscar uma interpretação do direito, mais autêntica e próxima da realidade da social contemporânea. Ante a presente realidade, e visando uma evolução e a criação de um aparato jurídico que atendam as demandas sociais, passou-se a exigir a existência de um novo mecanismo que venha a atender e dar efetividade as demandas de uma "nova sociedade".

Para tanto, o tema proposto neste artigo será analisado em três partes. Na primeira parte trazemos um breve histórico do direito da antidiscriminação no Brasil, os conceitos elaborados pela doutrina especializada sobre esta questão e discorremos sobre as questões que são alicerces do tema, quais sejam a concepção jurídica de igualdade e da discriminação.

No segundo momento, serão dissecadas algumas teorias de discriminação, suas concepções e seus principais aspectos, sendo primeiramente tratadas as teorias precursoras do tema em apreciação (teoria de discriminação direta e indireta) que analisam a questão sob o prisma constitucional, sobretudo do princípio da isonomia; e posteriormente exploradas as teorias antidiscriminatórias contemporâneas (teorias de discriminação interseccional, intergaracional e estrutural) que objetivam conferir uma interpretação por meio de diferentes vertentes da concepção jurídico-social do fenômeno social da discriminação.

Por fim, no terceiro momento investigar-se o direito antidiscriminatório por meio da análise de dois precedentes do STF, a qual se procura analisar o posicionamento desta suprema corte acerca de temas relacionados ao direito de minorias sociais quando submetidas ao crivo de controle de constitucionalidade.

Ao término, conclui-se pela recepção e aplicabilidade deste ramo do direito (e seus instrumentos de aplicação, tais como ações afirmativas) dentro do cenário jurídico e político brasileiro. Por fim, procura-se demonstrar sua importante contribuição para o fomento, promoção e efetivação dos ditames legislativos (e seus reflexos) estabelecidos na ordem jurídica nacional, sobretudo no que concerne ao avanço do debate relativo aos direitos das minorias, ora tão almejado dentro da sociedade brasileira.

1. DO SURGIMENTO DE UM "DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO NO BRASIL: BREVE HISTÓRICO, CONCEITO E CONCEPÇÃO JURÍDICA DE IGUALDADE E DISCRIMINAÇÃO.

O direito antidiscriminatório se não trata de uma vertente nova do campo de estudo jurídico, o que por vezes pode-se pensar. Tal área do campo

jurídico é oriunda do desdobramento de temas correlatos ao Direito Constitucional e dos Direitos Humanos, e foi desenvolvida por juristas dos Estados Unidos há mais de 60 anos, onde o tema, além de ser objeto de pesquisa por acadêmicos, é ministrado como uma matéria regular componente da grade curricular em alguns cursos de direito.

No contexto brasileiro, o direito antiscriminatório ganhou relevância após redemocratização do país, com o advento da Constituição Federal de 1988, de tal forma que houve maior interesse acadêmico, político e por consequência atingiu também a seara jurídica, tendo em vista a ampliação do debate sobre os direitos das minorias, sobretudo no que diz respeito aos negros, mulheres, pessoas de baixa renda e pessoas com deficiência.

Nesse sentido, tem-se, no plano constitucional, o estabelecimento de algumas diretrizes que servem como mandamentos norteadores para implementação de instrumentos que objetivam dar efetividade ao direito antidiscriminatório, uma vez que se assentou como premissa do estado brasileiro alicerçar direitos e princípios relacionados à dignidade da pessoa humana, a erradicação da pobreza e a marginalização, bem como implementar ações de redução das desigualdades sociais (artigo 1º, III) e regionais (artigo 3º, III), sempre tendo como plano de ação a prevalência dos direitos humanos (artigo 4º, II), todas essas diretrizes estabelecidas ao longo do texto constitucional. Com tal direção traçada pelo constituinte, o legislador infraconstitucional também elaborou uma série de normas que visam dar seguimento e consecução ao texto magno.

Acompanhando o desenvolvimento legislativo sobre este ramo do direito, a doutrina nacional, espelhando-se na produção norte-americana, começou a desenvolver estudos acadêmicos acerca do princípio da igualdade, que no primeiro momento era entendido como mero exame constitucional dos temas ligados a discriminação, mas que posteriormente viria a ser entendido como direito antidiscriminatório com o objetivo de esclarecer e nortear os operadores do direito, bem como os demais atores sociais inseridos neste "contexto" relacionados às demandas sociais objeto de pauta de grupos sociais marginalizados.

Assentadas as premissas que norteiam o tema no Brasil, importante estabelecer o(s) conceito(s) do tema em questão. Nesse sentido, Roger

Raupp Rios conceitua o Direito Antidiscriminatório como: "O direito da antidiscriminação acrescenta elementos, princípios, institutos e perspectivas para compreensão do conteúdo jurídico do princípio da igualdade e de suas consequências." (RIOS, 2008, p. 13).

Verifica-se que por meio do direito antidiscriminatório abre-se um campo de erudição, cujo conhecimento e aplicação voltam-se às leis, institutos, princípios e instrumentos jurídico-político (nacionais e internacionais), relacionados ao princípio da igualdade (e o seu contraponto: a discriminação).

Assim, cumpre ressaltar a concepção jurídica dos principais vetores de estudo do direito antidiscriminatório são, portanto, a igualdade e a discriminação.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Melo, a concepção jurídica da igualdade pode ser entendida como:

> "princípio que visa a duplo objetivo, a saber: de um lado propiciar garantia individual (não é sem razão que se acha insculpido em artigo subordinado à rubrica constitucional "Dos Direitos e Garantias Fundamentais") contra perseguições e, de outro, tolher favoritismos". (MELLO, 1993, p 23)

Já para Leila Pinheiro Belllintani a concepção jurídica deste instituto pode ser expresso como:

> "mecanismo essencial que está à disposição dos legisladores e aplicadores da leis, para o fim último de concretizar o ideal de uma sociedade mais humana, onde o indivíduo possa ser visto como seu principal elemento" e completa "nessa perspectiva, pode-se dizer que abarca não só o aplicado da lei, mas também o próprio legislador, nas suas respectivas funções." (BELLINTANI, 2006, p. 7)

Verifica-se que a concepção jurídica da igualdade é entendida por vezes como um instrumento limitador, já que visam estabelecer uma noção igualdade entre os sujeitos sociais, ainda que eles sejam diferentes ou, por vezes como mecanismo de emancipação dos seus destinatários de normas

jurídicas, políticas públicas ou ações promovidas por entes privados, na medida em que objetiva conferir *status* social e jurídico isonômico àqueles que possuem desvantagens frente a outros indivíduos.

Por outro lado, o direito brasileiro, através sua construção acadêmica e jurisprudencial atribui como concepção jurídica da discriminação a ação iniciada, por meio da concepção de um (pre)conceito que, posteriormente será utilizada com o intuito de prejudicar outrem, através de uma imposição de tratamento diferenciado entre grupos sociais diversos. Logo, constata-se que essencialmente entende-se por discriminação o exercício de atos arbitrários dentro de relações assimétricas de poder entre pessoas e ou instituições públicas ou privadas.

Utilizando-se de concepção sociológica do conceito de discriminação, Antônio Sérgio Alfredo Guimarães em conceitua discriminação como: "Como se vê, o preconceito pode manifestar-se, seja de modo verbal, reservado ou público, seja de modo comportamental, sendo que só neste último caso é referido como *discriminação*." (GUIMARÃES, 2004, p. 18)

Dissecado o surgimento e o avanço do direito antidiscriminatório no Brasil, através da legislação e da doutrina (jurídica e sociológica), bem como examinados os objetos centrais do tema em discussão, passemos à análise das teorias de (anti)discriminação e seus desdobramentos no campo do Direito Antidiscriminatório.

2. AS TEORIAS DE DISCRIMINAÇÃO

Para uma abordagem completa do tema, antes de se passar a analisar como o assunto está sendo trabalhado no STF, faz-se necessária uma verificação dos elementos básicos entre as cinco consagradas teorias sobre o tema da discriminação, mas desde já estabelecendo como premissa que, da mesma forma que ao se tratar do tema das "gerações de direitos fundamentais" e a partir da crítica contumaz que alguns autores trazem para essa nomenclatura, quando sugerem ser melhor empregada a expressão "dimensão de direitos fundamentais", aqui também é importante ser utilizada essa mesma análise para, desde já, deixar claro que apesar do inegável valor didático

(já que facilita o estudo de formas diferenciadas de se trabalhar com o tema da discriminação) e simbólico (pois induz à ideia de historicidade dessas teorias), é importante observar que tais teorias da discriminação convivem entre si.

Portanto, com base na sintetização das críticas feitas ao termo "geração de direitos", realizada por George Jellineck e sistematizada por Ingo Sarlet, assevera-se que: Uma teoria da discriminação não necessariamente substitui a outra, já que o processo é de acumulação e não de sucessão ou substituição.Uma teoria da discriminação não é uma escala necessária para outra teoria, ou seja, não se deve pensar que o reconhecimento de uma nova teoria sobre um dado tema somente pode ou deve ocorrer quando uma outra teoria anterior já estiver madura (ou obsoleta), afinal, isso dificultaria bastante o reconhecimento de novas formas de interpretação dada aos direitos (SARLET, 1996, p. 47-50).

Uma terceira questão ao se tratar da diferenciação de uma determinada teoria é a possível indução a uma crença da linearidade histórica. Assim como a evolução dos direitos e das teorias sobre direitos não segue a linearidade histórica em todas as situações, é importante ainda esclarecer que ao trabalhar diferentes teorias sobre um assunto, pode-se levar a uma perigosa e falsa dicotomia entre ditas teorias, sendo que elas podem convivem e se sobreporem, reciprocamente (CARVALHO, 2003, 236).

Feita essa digressão, passa-se a tratar as principais questões da primeira teoria da discriminação, intitulada "*teoria da discriminação direta",* que foi elaborada pela dogmática jurídica-social, que entende que atos discriminatórios intencionais constituídos quando há a ocorrência de uma diferenciação, exclusão, restrição ou preferência, baseados em critérios relacionados à origem, religião, raça, gênero, idade ou qualquer outro critério discriminatório proibido em lei, desde que possuam o propósito de anular, obstar ouprejudicar o exercício de direitos, o reconhecimento e gozo de igualdade de direitos e liberdades, assegurada em lei dentro da esfera pública ou privada.

Para a teoria da discriminação direta figuram como elementos essenciais a intencionalidade e a arbitrariedade, ou seja, a existência de uma manifestação de vontade, um querer, uma ação ou omissão voluntária por

parte dos agentes sociais com o intuito de impor arbitrariamente a grupos socialmente marginalizados um tratamento diferencial àqueles que, na mesma posição, mas de pertencentes a um grupo social majoritário (ou dominante) não seriam tratados da mesma maneira.

Percebe-se nesta teoria que a ideia central para caracterização de discriminação ocorre quando há comparação entre membros de grupos sociais distintos que quando submetidos a um mesmo tratamento, acabam sofrendo um tratamento s arbitrário, justamente em razão do seu status social perante o outro grupo ou perante toda a sociedade.

Diferentemente da concepção da teoria de discriminação mencionada, e, após os alguns avanços no campo do direito antidiscriminatório, foi elaborada a "*teoria da discriminação indireta",* que consiste na imposição de normas e regras, ou desenvolvimento de práticas ou políticas no âmbito público ou privado, que num primeiro momento não manifestam a intenção de ensejar um tratamento diferenciado, ou por vezes até mesmo expõem condutas isonômicas entre os sujeitos, mas que, na prática, acabam gerando um impacto negativo (ou desproporcional) entre determinados indivíduos e grupos gerando uma espécie de disparidade, discriminação entre eles.

Algum tempo após florescerem tais teorias, percebeu-se que as teorias, ainda que relevantes, não eram mais suficientes para examinar e interpretar novos fatos das sociedades em desenvolvimento – surgimento da pauta de reivindicações do movimento político do feminismo negro dentro do movimento dos direitos civis dos negros e dentro do movimento feminista, por exemplo. Assim, diante da insuficiência de um aporte teórico para lidar com essas questões, foi-se desenvolvendo no meio acadêmico as teorias de discriminação terceira (discriminação interseccional e estrutural) e quarta geração (intergerancional) com a finalidade de analisar e conferir um maior suporte aos sujeitos sociais que encontravam-se sem proteção jurídica adequada frente aos novos problemas.

Nesse sentido, importa dizer que tais teorias visam ampliar a discussão em torno das formas e objetivos em orbitam em torno da prática de atos discriminatórios, na medida em que o avanço da sociedade, as novas formas de relações interpessoais vão moldando tomando outras formas atos ou sistema de opressão social.

A *"teoria de discriminação interseccional"* possibilitou o exame das questões sociais e jurídicas que orbitam em torno da discriminação através de diferentes categorias sociais (gênero, classe, raça, orientação sexual, etc) de maneira interligada, simultânea. Acerca da questão, Adilson José Moreira diz: "A teoria da discriminação interseccional está baseada na premissa de que essa luta requer a consideração das diferentes formas de discriminação a que muitos sujeitos sociais estão submetidos." (MOREIRA, 2017, p. 111)

Explicando a teoria em exame à luz da questão racial, Daniel Sarmento ressalta que: "para promover os direitos fundamentais dos afrodescendentes é necessário combater nestes dois fronts – distribuição e reconhecimento." (SARMENTO, 2006, p. 141)

Assim, por meio desta teoria encara-se o fenômeno da discriminação não apenas pelo viés de um ou outro meio discriminatório em face de determinado grupo social minoritário, mas sim, analisa-se a forma interligada com que tais fenômenos atuam, ou seja, verifica-se como se age o cruzamento de múltiplas formas da discriminação e não de sua maneira independente.

À frente da teoria da discriminação interseccional, temos outra importante teoria no estudo do direito antidiscrminatório, trata-se da *"teoria de discriminação estrutural"* que analisa a combinação de elementos fatores sociais desfavoráveis que perpetuados ao longo do tempo funcionam como elementos discriminatórios em prol de grupos sociais dominantes em face de outros grupos socais marginalizados acabando por inserir os últimos num contexto de desvantagem social. Adilson José Moreira explica que:

> "A discriminação estrutural ocorre quando a acumulação de desvantagens sociais causadas por diversas formas de discriminação concorre para estratificação, o que coloca certos grupos em uma situação de subordinação durável ou permanente." (MOREIRA, 2017, p. 136)

Ou seja, o tipo de desvantagem social não parte um fato atual que afetam as minorias sociais, mas sim, percebe-se que tal desvantagem é fruto de processo histórico e sistemático contra os sujeitos que pertencem a esses grupos.

Por fim, destacamos como última teoria de discriminação, no presente artigo, a *"teoria discriminação intergeracional"*. Essa teoria nada mais é do que um desdobramento da teoria da discriminação estrutural, pois procurar enxergar práticas discriminatórias, tanto pela perspectiva da discriminação propriamente dita (direta ou indireta), mas também pelos aspectos históricos e econômicos – também chamado de estruturantes – que ocorrem perante os grupos sociais minoritários, sobretudo trazendo-lhes uma carga desvantajosa que atravessa gerações.

Ou seja, a partir da análise destes elementos que permeiam o processo social, a teoria da discriminação intergeracional.

Minorias raciais foram privadas de acesso de pleno acesso as melhores condições de educação e de trabalho no Brasil, razão pela qual o acesso do negro aos postos de trabalho na sociedade acabou por criar um óbice para acumulação de um aporte financeiro para eles, de tal forma que os impossibilitou de alcançarem uma mobilidade social a largo prazo que acarreta-se efeitos par si para gerações futuras, fazendo com que a educação e o emprego dos pais influenciem o futuro dos seus filhos.

Percebe-se que, esta teoria de discriminação volta-se essencialmente na análise de como a continuidade do exercício arbitrário, por meio de relações assimétricas de poder entre grupos dominantes em face dos grupos subordinados acabando por atribuir uma desvantagem transcendente, e por conseguinte, prejudicando a mobilidade social dos indivíduos afetados pelo processo discriminatório.

Desta forma, a partir da análise das teorias de discriminação retromencionadas – prejuízo de um maior aprofundamento nas outras teorias que permeiam o tema em questão –, constatou-se que os processos de discriminação estão presentes em qualquer sociedade, sejam elas no passado ou no presente, de tal maneira que atos discriminatórios, sejam eles direto ou emanado de qualquer outra forma necessitam de uma análise profunda. Examinadas tais teorias, passemos a conjugação do aporte teórico mencionado com alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal.

3. PERSPECTIVA DA ANTIDISCRIMINAÇÃO SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FACEÀ ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 186 E AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 41

Superada a análise das teorias de discriminação, desde as teorias principiantes até aquelas mais avançadas, o presente artigo passará ao exame da perspectiva antidiscriminatória pelo STF à luz de dois influentes precedentes firmados por aquela corte, quais sejam ADPF n.º 186 e ADC n.º 41, a qual discutia-se a constitucionalidade da implantação de cotas raciais através de ações afirmativas, no âmbito do ensino e do funcionalismo público.

Cumpre estabelecer que adoção deste mecanismo de inclusão social ou outros atos de medidas compensatórias que visam de eliminar desigualdades historicamente acumuladas, não se tratam de uma "nova" política pública pelo estado brasileiro, haja vista que sua implementação, já conta com cerca de mais duas décadas de existência, e objetivam reduzir disparidades sociais, e por conseguinte assegurar maior representatividade entre os destinatários de tais programas em observância ao disposto no texto constitucional.

Assim, os programas ações afirmativas tratam-se de políticas públicas previstas no texto constitucional que possibilitam conferir uma maior amplitude de acesso de oportunidade a indivíduos socialmente desfavorecidos.

Na ADPF 186, questionou-se a implantação da reserva de 20% de cotas raciais no processo seletivo para ingresso na Universidade de Brasília. Argumentou o autor do pedido, em síntese, que a implantação desta reserva em favor de pessoas negras violava os uma série de preceitos constitucionais, especialmente o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, além de outros artigos que estabelecem o direito universal à educação; por fim, argumentou que eventual existência de discriminação no contexto brasileiro esta atrelada aos problemas sociais e não raciais.

Inicialmente, da análise, do acórdão proferido na ADPF 186, pode-se destacar que o Relator Ministro Ricardo Lewandoswki, em seu voto, antes de adentrar a questão de fundo – constitucionalidade da implantação as cotas – da ADPF se ateve a fazer o exame do contexto que permeia os

grupos sociais minoritários destinatários a reserva de cotas – que no caso em discussão, tratavam-se de minorias raciais –, especialmente no que tange à sua origem, e o seu desenvolvimento no contexto histórico e a forma como são tratados pela sociedade em questão inseridos, no caso trata-se da sociedade brasileira, conforme se lê no trecho do voto:

> "Como é de conhecimento geral, o reduzido número de negros e pardos que exercem cargos ou funções de relevo em nossa sociedade, seja na esfera pública, seja na privada, resulta da discriminação histórica que as sucessivas gerações de pessoas pertencentes a esses grupos têm sofrido, ainda que na maior parte das vezes de forma camuflada ou implícita." e acrescenta "As ações afirmativas, portanto, encerram também um relevante papel simbólico. Uma criança negra que vê um negro ocupar um lugar de evidência na sociedade projeta-se naquela liderança e alarga o âmbito de possibilidades de seus planos de vida. Há, assim, importante componente psicológico multiplicador da inclusão social nessas políticas.
> (...)
> A histórica discriminação dos negros e pardos, em contrapartida, revela igualmente um componente multiplicador, mas às avessas, pois a sua convivência multisecular com a exclusão social gera a perpetuação de uma consciência de inferioridade e de conformidade com a falta de perspectiva, lançando milhares deles, sobretudo as gerações mais jovens, no trajeto sem volta da marginalidade social. Esse efeito, que resulta de uma avaliação eminentemente subjetiva da pretensa inferioridade dos integrantes desses grupos repercute tanto sobre aqueles que são marginalizados como naqueles que, consciente ou inconscientemente, contribuem para a sua exclusão.".

Assim, verifica-se, que o STF, quando do julgamento desta ADPF, no primeiro momento analisou-se a questão da constitucionalidade da cotas por meio das *teorias de discriminação estrutural e intergeracional* na medida em que reconheceu a existência de uma desigualdade, oriundas de práticas discriminatórias, prolongada em desfavor dos destinatários das

cotas em relação aos não destinatários, bem como constatou que acumulação desvantagens sociais deste grupo os colocou num contexto social desfavorável dentro da sociedade brasileira.

Ou seja, percebe-se que uma preocupação do Supremo Tribunal Federal com os ditames previstos nas Constituição Federal voltados à justiça social e distributiva.

Entretanto, cumpre destacar que há um exame conjunto das teorias de discriminação direta e estrutural, na medida em que, tendo em vista foi por meio do exercício de atos arbitrários e o uso da violência (escravidão) foi que um grupo majoritário conseguiu implementar um sistema de opressão desvantajoso que atingiu a população negra mesma após o fim do regime de opressão formal.

Percebe-se que no julgamento da ADPF (186), o STF amparado nas teorias de discriminação reconheceu a constitucionalidade da instituição de cotas nas universidades públicas afastando frontalmente o discurso "democracia racial" sistematicamente repercutido no seio da sociedade brasileira.

Analisada as teorias de discriminação em face à decisão proferida no ADPF 186, passemos ao exame do direito da antidiscriminação em outro importante precedente firmado no STF, qual seja, a análise de constitucionalidade, no julgamento da ADC n.º 41, da instituição de cotas raciais no âmbito do serviço público.

Na referida ação, o requerente do pedido de declaração de constitucionalidade da Lei n.º 12.990/2014 (Lei de Cotas) que reserva aos negros 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta. O pedido de declaração de constitucionalidade foi aduzido sustentando, em resumo, que discriminação da população afrodescendente brasileira ocorreu de maneira bifronte, ou seja, se perfaz no campo educacional e profissional – reflexo da discriminação estrutural e intergeracional presente no país -; segundo as medidas implantadas na legislação almejavam a promoção da igualdade material entre grupos raciais; e, por fim, busca proporcionar uma maior representatividade de negros e pardos no âmbito do serviço público.

Ao proferir seu voto, o Ministro Luis Roberto Barroso afirmou que a instituição de cotas raciais no âmbito da administração pública não viola o princípio constitucional da isonomia uma vez que:

> "A igualdade veda a hierarquização dos indivíduos e as desequiparações infundadas, mas impõe a neutralização das injustiças históricas, econômicas e sociais, bem como o respeito à diferença.".

Essa perspectiva do princípio da igualdade também foi abordada pelo Ministro Alexandre de Moraes em seu voto quando do julgamento desta ADC 41:

> "(...) questão deve ser abordada com base no princípio da igualdade, no seu aspecto material, sendo aceitáveis tratamentos diferenciados, "desde que o elemento discriminador tenha uma finalidade específica, compatível com a Constituição Federal, de aproximar as diferenças".

Ademais, ressaltou o relator que a Constituição Federal ampara iniciativas legislativas desta natureza (que visem possibilitar a igualdade material) na medida em que são compatíveis com o texto constitucional, pois diferenciações que objetivem igualar o *status* de diferentes grupos sociais não violam o princípio da igual em qualquer um dos seus aspectos (formal, material ou igualdade como reconhecimento).

Após o exame do caso sob apreço, sob a perspectiva do princípio da igualdade, debruçou-se o Ministro relator sob a questão da existência do racismo (discriminação) estrutural – ou, racismo à brasileira nas palavras no Ministro Barroso – na sociedade brasileira, afim de, legitimar políticas públicas como a adoção de ações afirmativas como aquela prevista na Lei n.º 12.990/2014, afirmando que:

> "Ele constitui antes um sistema institucionalizado que, apesar de não ser explicitamente "desenhado" para discriminar, afeta, em múltiplos setores, as condições de vida, as oportunidades, a percepção de mundo e a percepção de si que pessoas, negras e brancas, adquirirão ao longo de suas vidas."

Como se vê, pelos votos do Ministros, o STF encampou, mais uma vez a *teorias de discriminação estrutural*, haja vista por meio dos trechos extraídos houve posicionamento expresso acerca dos aspectos relevantes, e determinantes na vida da população negra no Brasil. Além disso, constatou-se que persiste forte desigualdade na sociedade brasileira, associada à cor da pele e, que tal desigualdade de forma que se fazem necessárias políticas que auxiliem a promoção da igualdade material entre pessoas de grupos raciais distintos (negros e brancas).

Em seguida, o Ministro Celso de Mello, ao proferir seu voto abordou as seguintes questões relacionadas ao aspecto discriminatório que atinge minorias raciais no Brasil, ressaltando que:

> "O desvalor ético-jurídico e político-social de que se acha impregnada a discriminação racial, notadamente se se considerarem os efeitos perversos que decorrem dessa conduta indigna e desprezível, evidencia-se pelas diversas formas (sutis ou ostensivas) com que tal comportamento se manifesta, em claro desrespeito à essencial dignidade das pessoas, que não podem sofrer, em razão de sua cor ou de sua origem étnica, situações de diferenciação de acesso e gozo de bens, serviços e oportunidades tanto no domínio público quanto na esfera privada."

Para ele, a instituição de ações afirmativas pelo estado brasileiro, tem gênese na forma de tratamento social (status) social ao longo da história do país. Outrossim, percebe-se uma inclinação, a princípio, do Ministro Celso de Mello pela adoção da *teoria de discriminação direta*, tendo em conta que aspectos relacionados a forma de tratamento – indigno e desprezível, nas palavras do ministro – a qual foi proposto certas práticas baseadas – na perversão do senso moral, como abordado pelo julgador – normas ou ações tendentes a excluir grupos raciais minoritários o outro de certos direitos.

Além de conferir uma abordagem ao fenômeno discriminatório à luz da teoria discriminação direta – ainda que por via reflexa –, o ministro também trouxe à baila uma perspectiva voltada para *teoria da discriminação estrutural.*

Ao defender as políticas de inclusão, o decano salientou que a existência de uma desvantagem estrutural em favor de grupos minoritários à luz da *teoria de discriminação estrutural e intergeracional*, de modo que de nada valerão os direitos e de nenhum significado serão revestidas as liberdades se os fundamentos em que esses direitos e liberdades se apoiam, além de desrespeitado por parte do Estado e dos particulares.

Ressalta-se que, por meio do posicionamento dos Ministros – seguindo uma linha de jurisprudência, iniciada com o julgamento da ADPF 186 – que luz à das teorias de discriminação, reconheceram a constitucionalidade das ações afirmativas. Além das teorias de discriminação outros aspectos foram relevantes para durante o julgamento das ações constitucionais sob análise, notadamente princípio da diversidade; justiça distributiva, mobilidade social, de forma que aliada as teorias de discriminação abordas no presente trabalho conferem uma fiel consecução do texto constitucional, especialmente quanto aos objetivos suscitados pelos grupos minoritários junto aos órgãos legislativos que apoiados na doutrina e jurisprudencial conseguiram suprir as demandas almejadas.

Por fim, procurou-se demonstrar por meio dos julgados que as teorias de discriminação (direta, indireta, intergeracional, estrutural entre outras) acrescidas dos mecanismos legais em examinados pelo STF (e editados pelo legislador) são, portanto, não apenas juridicamente corretos e compatíveis com o texto constitucional como sociologicamente, na direção de construir uma sociedade livre, justa e solidária; bem como de garantir o desenvolvimento nacional; eliminação/erradicar a pobreza e a marginalização; ou seja, objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

CONCLUSÃO

Após os estudos realizados para este artigo, procurou-se elencar a grande importância do Direito Antidiscriminatório e a forma com que este vem sendo tratado pelos estudiosos brasileiros quer sejam os constitucionalistas ou aqueles voltados ao campo dos Direitos Humanos, e a jurisprudência dos tribunais pátrios, especialmente o STF que é o responsável por conferir a palavra final em relativas à ordem constitucional brasileira.

O presente artigo pode demonstrar como, na medida em que a sociedade evoluiu, o direito procura buscar e criar novas formas de examinar, coibir e conferir respostas aos fenômenos discriminatórios inseridos na sociedade contemporânea, notadamente aqueles relacionados a gênero, classe e raça.

Desta maneira, tem-se que o direito da antidiscriminação consiste num ramo do direito, atual e com laços estreitos com relação às demandas sociais, sendo que, ao dar suporte as pautas, acabam por refletir, seja, no campo acadêmico, jurídico e/ou legislativo um reflexo daquilo que é almejado por uma "nova sociedade".

De acordo com o entendimento doutrinário estudado, o principal fator que autoriza, legitima e confere a utilização do direito da antidiscriminação, versa sobre a incumbência do estado (e dos entes privados) em conferir execução aos ditames constitucionais relacionados a eliminação da marginalização e diferenças sociais, e promoção do bem estar social, sem prejuízos da promoção de justiça reparativa e do ideal emancipatório implicitamente relacionado a ideia de isonomia.

Ainda, tendo o STF o papel de exercer um papel contramajoritário, na medida em que deve funcionar, nas hipóteses de lesão aos direitos das minorias, como agente invalidador de atos ou práticas de outros poderes ou agentes sociais em nome da prevalência da Constituição Federal em favor daqueles, pode-se afirmar que o direito antidiscriminatório teriam o papel de fornecer à suprema corte os critérios, conceitos e mecanismos necessários para o exercício deste papel em face de práticas discriminatórias.

No tocante à questão das teorias de discriminação abordas do presente trabalho, restou evidenciado que tais teorias funcionam subsídio para criação e interpretação da legislação com aporte distributivo ou reparatório, da mesma forma que se presta como para interpretação de práticas, mecanismos segregativos. Nesse sentido, foram elencadas algumas no presente artigo; algumas teorias que demonstram uma interpretação dos fenômenos da discriminação. A princípio explanou-se a discriminação pela concepção mais estrita (teoria da discriminação direta) e posteriormente abordou-se a discriminação pelo reconhecimento de atos discriminatórios aparentemente neutros (teoria da discriminação indireta). Em seguida, foram abordadas outras teorias de discriminação (interseccional, estrutural e

intergeracional) que através do crescimento cultural, conjuntamente com uma contribuição acadêmica e jurisprudencial – no caso brasileiro, especialmente dos tribunais superiores – pode conferir outras interpretações acerca do fenômeno discriminatório.

Diante de todo o exposto verifica-se que o direito da antidiscriminação se presta como meio reflexão e crítica ao desenvolvimento social e cultural dos grupos desprivilegiados e que podem contribuir para a sua transformação. Nesse contexto, o desenvolvimento de respostas jurídicas antidiscriminatórias vê-se profundamente desafiado, reclamando não somente clareza quanto à reprovação da discriminação em si mesma, mas também quanto à enumeração dos critérios proibidos.

BIBLIOGRAFIA

CARVALHO, José Murilo de. Cidadania no Brasil. São Paulo: Record, 2003.

BELLINTANI, Leila Pinheiro. "Ação Afirmativa" e os princípios do Direito. A Questão das Quotas Raciais para Ingresso no Ensino Superior no Brasil. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006.

GOMES, Joaquim Barbosa. Instrumentos e Métodos de Mitigação da Desigualdade em Direito Constitucional e Internacional. Rio de Janeiro, 2000.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. Preconceito e discriminação. São Paulo: Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo; Editora 34, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MOREIRA, Adilson José. O que é discriminação? Belo Horizonte: Letramento, 2017.

RIOS, Roger Raupp. Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgand. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARMENTO, Daniel. "A Igualdade Étnico- Racial no Direito Constitucional Brasileiro: Discriminação 'De Facto' Teoria do Impacto Desproporcional e Ação Afirmativa". In: Livres e Iguais – Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

A EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO CONTEXTO BRASILEIRO

JULIANA FALCI SOUSA ROCHA CUNHA

1. INTRODUÇÃO

A tecnológica tem impactado a sociedade, por exemplo, com o "big data" e a inteligência artificial. Assim sendo, novos desafios têm surgido, entre eles, a proteção de dados pessoais.

Recentemente verificamos um crescimento do número de legislações nacionais específicas que buscam a proteção de dados pessoais e da privacidade, o que se deve, em grande parte, à aplicação extraterritorial do Regulamento Geral de Proteção de Dados – RGPD da União Europeia.

Entre os países que recentemente aprovaram legislação sobre proteção de dados, podemos citar o Brasil que dispõe da Lei 13.709, de 14 de Agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD). Assim sendo, abordaremos a longa tramitação legislativa da matéria no âmbito federal, a qual culminou com a aprovação no Congresso Nacional do Projeto de Lei da Câmara 53/2018, que foi sancionado parcialmente pelo então Presidente da República, Dr. Michel Temer. Logo após, serão feitas algumas considerações no que tange à Medida Provisória 869, de 27 de Dezembro de 2018, que alterou a LGPD e que tramita no Congresso Nacional. Também serão tratados alguns pontos relevantes da Lei 13.709/2018, dentre eles, a aplicação extraterritorial e os direitos dos titulares de dados pessoais. Em seguida, serão apresentadas as propostas legislativas relacionadas ao tema no que se refere aos âmbitos estadual e municipal. Finalmente, será abordada

a Autoridade de Proteção de Dados, a qual foi objeto de veto do Presidente da República e posteriormente criada pela MP 869/2018.

Para a elaboração do presente estudo a metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica quanto ao procedimento e a exploratória quanto ao objetivo, com destaque para a legislação.

Desta feita, pretendemos mostrar que a LGPD proporcionou uma substancial evolução na legislação brasileira em termos de proteção de dados e privacidade, a qual esperamos que aproxime o Brasil ainda mais do mercado internacional, tendo em vista a circulação transfronteiriça de dados pessoais.

2. A EVOLUÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

O tema proteção de dados pessoais não é novo no ordenamento jurídico brasileiro, tendo sido abordado, por exemplo, no Marco Civil da Internet, no Código de Defesa do Consumidor, na Lei do Cadastro Positivo e na Lei de Acesso à Informação, bem como, em regulamentos setoriais.

Entretanto, tais legislações não atendem em plenitude o contexto atual, tendo sido aprovada a Lei 13.709/2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD. Dentre os fatores que impulsionaram esta lei podemos citar a aplicação extraterritorial do Regulamento Geral de Proteção de Dados – RGPD, o crescente número de vazamento de dados pessoais e a intenção do Brasil em uma vaga na Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, sendo para tal exigida legislação específica sobre proteção de dados.

2.1 TRAMITAÇÃO LEGISLATIVA NO ÂMBITO FEDERAL

Em 13 de Junho de 2012 foi proposto na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 4.060/2012, cujo principal objetivo era dispor sobre a proteção de dados pessoais. Em 18 de Julho de 2016 foi deferido um requerimento para que o Projeto de Lei 5.276/2016 fosse apensado ao Projeto de Lei 4.060/2012

e em 27 de Outubro de 2016 foi apensado à este, o Projeto de Lei 6.291/2016.

Em 29 de Maio de 2018 o Projeto de Lei 4.060/2012 foi aprovado na Câmara dos Deputados, o que ocorreu em grande parte devido à divulgação do vazamentos de dados pessoais que envolveu o Facebook e a Cambridge Analytica. Na mesma data, os Projetos de Lei 5.276/2016 e 6.291/2016 foram arquivados.

Em 30 de Maio de 2018 o Projeto de Lei 4.060/2012 (com a redação dada pela Subemenda Substitutiva do Plenário) foi enviado para apreciação e aprovação no Senado Federal. Nesta Casa Legislativa tal Projeto foi denominado Projeto de Lei da Câmara 53/2018, tendo tramitado em conjunto com os Projetos de Lei do Senado 330/2013, 131/2014 e 181/2014.

Em 03 de Julho de 2018 a Comissão de Assuntos Econômicos do Senado manifestou-se favoravelmente ao Projeto de Lei da Câmara 53/2018 e rejeitou os Projetos de Lei do Senado 330/2013, 131/2014 e 181/2014. Em 10 de Julho de 2018 o Projeto de Lei da Câmara 53/2018 foi aprovado no Senado Federal, tendo os demais que com ele tramitavam em conjunto sido considerados prejudicados.

Em 25 de Julho de 2018 o Projeto de Lei da Câmara 53/2018 foi remetido à sanção presidencial.

Assim sendo, após debate dos parlamentares e da sociedade civil, empresarial e acadêmica, em 14 de Agosto de 2018 foi sancionada a Lei 13.709, pelo então Presidente da República, Dr. Michel Temer, com alguns vetos ao Projeto de Lei da Câmara 53/2018.

Entretanto, posteriormente o então Presidente da República editou a Medida Provisória 869, de 27 de Dezembro de 2018, com o objetivo de alterar a Lei 13.709/2018, em especial, criando a Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD e adequando a legislação à situações específicas, como, a pesquisa acadêmica e a prestação de serviços por órgãos estatais.

Finalmente, é importante citar que em 12 de Março de 2019 foi apresentada no Senado Federal a Proposta de Emenda à Constituição 17, que tem como ementa "acrescenta o inciso XII-A, ao art. 5º, e o inciso XXX, ao art. 22, da Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria.".

2.2 PROPOSTAS LEGISLATIVAS NOS ÂMBITOS ESTATAL E MUNICIPAL

A proteção de dados pessoais é uma preocupação não somente da esfera federal, mas também de alguns estados e municípios, os quais têm apresentado iniciativas legislativas.

Na esfera estadual localizamos Projetos de Lei sobre proteção de dados nos estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul.

Na Assembleia Legislativa do estado de São Paulo foram propostos dois Projetos de Lei relacionados à proteção de dados: a) o Projeto de Lei 981/2015 (que visa regulamentar a divulgação de dado pessoal, por qualquer meio ou processo, sem a prévia autorização do seu titular) que foi aprovado pela Assembleia Legislativa, mas vetado totalmente pelo então Governador, Dr. Márcio França, sob alegação de inconstitucionalidade. Assim sendo, atualmente a matéria encontra-se incluída na Ordem do Dia da Assembleia Legislativa; b) o Projeto de Lei 598/2018 (que visava suplementar no estado de São Paulo a Lei Federal 13.709/2018) que foi arquivado.

No estado do Rio de Janeiro encontra-se em tramitação o Projeto de Lei 375/2015 (que dispõe sobre a proteção da intimidade dos cidadãos do estado do Rio de Janeiro através do sigilo de dados pessoais, inclusive a partir de números identificativos).

Na Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul foi proposto o Projeto de Lei 293/2017 (que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais no âmbito da Administração Pública direta e indireta do estado do Rio Grande do Sul), que foi arquivado em 27 de Dezembro de 2018.

Já no âmbito municipal encontramos um maior número de iniciativas legislativas relacionadas ao tema em análise, sendo que a maior parte delas está focada na administração pública direta e/ou indireta.

Na Câmara Municipal da cidade de São Paulo (São Paulo) foi apresentado o Projeto de Lei 807/2017 (que dispõe sobre a política municipal de proteção de dados pessoais e da privacidade no âmbito da administração direta e indireta no município de São Paulo), que encontra-se em tramitação.

No município de Vinhedo (São Paulo) foi apresentado o Projeto de Lei Complementar 12/2017 (que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais

por pessoa jurídica de direito público e privado no município de Vinhedo), sendo que em 11 de Junho de 2018 ele foi aprovado na Câmara de Vereadores e em seguida sancionado pelo Prefeito, tendo sido convertido na Lei Complementar 161, de 05 de Julho de 2018. A referida legislação entrou em vigor 180 dias após a sua publicação.

Em Campinas (São Paulo) foi proposto o Projeto de Lei Ordinária 297/2017 (que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais no âmbito da administração pública direta e indireta no município de Campinas), o qual obteve parecer contrário da Comissão de Constituição e Legalidade, tendo sido arquivado em 27 de Abril de 2018.

Na Câmara Municipal da cidade do Rio de Janeiro (estado do Rio de Janeiro) foi proposto Projeto de Lei 1.053/2018 (que dispõe sobre o tratamento e proteção de dados pessoais no âmbito da administração pública direta e indireta do município), que atualmente encontra-se em tramitação.

No município de Recife (Pernambuco) encontra-se em tramitação o Projeto de Lei Ordinária 182/2018 (que dispõe sobre a "política municipal de proteção de dados pessoais e da privacidade" no âmbito da administração direta e indireta no município de Recife).

Na Câmara Municipal de Fortaleza (Ceará), foi apresentado o Projeto de Lei Ordinária 337/2018 (que dispõe sobre a proteção de dados pessoais no âmbito da administração pública direta e indireta no Município de Fortaleza), sendo que em Fevereiro de 2019, após apreciação da Comissão de Constituição, Justiça e Legislação Participativa o Projeto de Lei Ordinária foi arquivado.

Em Cariacica (Espírito Santo), foi proposto o Projeto de Lei Legislativo 08/2018 (que dispõe sobre a política municipal de proteção de dados pessoais e da privacidade no âmbito da administração pública direta e indireta no município de Cariacica), que encontra-se em andamento, tendo sido encaminhado às devidas Comissões.

No município de Salvador (Bahia) o Projeto de Lei 08/2018 (que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais no âmbito da administração pública direta e indireta no município de Salvador) encontra-se em tramitação na Comissão de Constituição e Justiça e Redação Final da Câmara Municipal.

Finalmente, com relação à João Pessoa (Paraíba) foi proposto o

Projeto de Lei Ordinária 631/2018 (que dispõe sobre a política municipal de proteção de dados pessoais e da privacidade no âmbito da administração pública direta no município de João Pessoa), o qual foi aprovado em 12 de Dezembro de 2018 no Plenário da Câmara Municipal, sancionado pelo então Prefeito, Dr. Luciano Cartaxo Pires de Sá, e convertido na Lei Ordinária 13.697, de 15 de Janeiro de 2019, a qual entrará em vigor no prazo de 180 dias da data da sua publicação.

Desta feita, constatamos a necessidade urgente de uma legislação federal que trate de proteção de dados pessoais, evitando assim a pulverização da matéria em estados e municípios.

Contudo, quanto às iniciativas estaduais e municipais supracitadas, devemos observar o inciso I do art. 22 da Constituição da República que dispõe que questões de direito civil (dentre as quais consideramos a proteção de dados pessoais e a privacidade) são de competência privativa da União. Desta feita, quanto aos Projetos de Lei municipais e estaduais que tenham sido convertidos em Lei chamamos atenção para o posicionamento da doutrina:

> Como não existe hierarquia entre leis federais e leis editadas pelos outros entes federativos, eventual conflito, representado pela invasão da esfera de competência legislativa privativa da União, resolve-se pela inconstitucionalidade da legislação que usurpa a competência, a ser declarada pelo STF. (SARLET et al., 2015)

2.3 APONTAMENTOS COM RELAÇÃO À MEDIDA PROVISÓRIA 869, DE 27 DE DEZEMBRO DE 2018

A MP 869/2018 editada pelo então Presidente da República, Dr. Michel Temer, promove alterações na Lei 13.709/2018, como a criação a Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD, sendo que algumas delas serão abordadas a seguir.

Com relação à Autoridade Nacional de Proteção de Dados, quando da promulgação da LGPD o então Presidente da República vetou alguns

artigos, dentre eles os arts. 55 a 59 que constituíam e organizavam a ANPD e o Conselho Nacional de Proteção de Dados e da Privacidade. Em suma, podemos dizer que a alegação de tal veto foi o fato de que houve "vício de iniciativa". Com a MP 869/2018 a ANPD surge, sem aumento de despesas (art. 55-H), como órgão da Administração Direta integrante da Presidência da República (art. 55-A), o que entendemos que pode colocar em risco a sua atuação, como, fiscalização e eventual aplicação de sanções.

A MP 869/2018 também dispõe sobre as competências da ANPD, dentre as quais citamos: edição de normas e procedimentos sobre proteção de dados pessoais (como, padrões técnicos; inciso II do art. 55-J); deliberação administrativa sobre a interpretação da LGPD, suas competências e os casos omissos (inciso III do art. 55-J); fiscalização e aplicação de sanções relacionadas ao tratamento de dados em desconformidade (inciso VI do art. 55-J); promoção de ações de cooperação com Autoridades de Proteção de Dados de outros países (como, protocolos de cooperação; inciso XII do art. 55-J) e difusão de conhecimento relacionado à proteção de dados pessoais e medidas de segurança junto à comunidade como um todo (inciso IX do art. 55-J).

O art. 27 da LGPD, quanto à comunicação ou ao uso compartilhado de dados pessoais de pessoa jurídica de direito público à pessoa jurídica de direito privado, previa que, em regra (admitidas exceções), haveria a obrigatoriedade de informar à ANPD e a dependência do consentimento do titular. Com a redação dada pela MP 869/2018, foi excluída a obrigatoriedade de informar tal prática à ANPD.

Já quando à possibilidade da Autoridade Nacional solicitar informações sobre o tratamento de dados ao Poder Público, estava previsto na redação original do art. 29 que tal solicitação poderia somente ser realizada às entidades do Poder Público e com a MP foi incluído em tal escopo os órgãos do Poder Público.

Quanto ao Encarregado (ou "Data Protection Officer"), o inciso VIII do art. 5 anteriormente previa a possibilidade deste ser "pessoa natural", sendo que com a MP 869/2018 o termo foi alterado para "pessoa", admitindo assim tanto a pessoa natural quanto a pessoa jurídica.

Do art. 20 da LGPD, que trata da revisão de decisões tomadas com base unicamente em tratamento automatizado de dados pessoais, foi

retirada a obrigatoriedade de que tal revisão seja realizada por pessoa natural. Ou seja, a decisão e a sua revisão poderão ser automatizadas, o que acreditamos que eventualmente poderá acarretar duplicidade de equívocos.

Quanto à entrada em vigor da LGPD (art. 65), o texto original previa o prazo de 18 meses da data da publicação, mas a Medida Provisória em comento aumentou tal prazo para 24 meses. Consideramos esta modificação positiva tendo em vista o relevante trabalho de adequação e conformidade a ser realizado, posto que a legislação é uma grande inovação no ordenamento brasileiro, que não dispunha de legislação específica sobre a matéria, diferentemente da União Europeia.

No momento a MP 869/2018 encontra-se em tramitação na Comissão Mista do Congresso Nacional, tendo sido propostas 176 Emendas. O Presidente da Mesa do Congresso Nacional, através do Ato Declaratório 17, de 27 de Março de 2019, prorrogou a vigência da MP pelo prazo de 60 dias. De qualquer forma, esperamos que durante a tramitação desta MP sejam providenciadas mudanças na LGPD visando possibilitar com que o país seja considerado seguro em termos de proteção de dados, podendo assim atrair novos negócios e investimentos.

3. ALGUNS PONTOS RELEVANTES DA LEI 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018

Inicialmente, destacamos que a LGPD refere-se ao tratamento de dados pessoais tanto no ambiente físico quanto virtual (art. 1).

A legislação possui aplicação extraterritorial (art. 3), sendo aplicada ao tratamento realizado por pessoa natural ou jurídica (de direito público ou privado), independente do meio ("online"/"off-line"), do país de sua sede ou do país em que estejam localizados os dados, nos seguintes casos: (I) o tratamento seja realizado no território nacional; (II) o tratamento seja realizado com o objetivo de oferecer ou fornecer produtos ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional (independente da nacionalidade e do local de residência do titular dos dados pessoais) ou (III) os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território brasileiro.

O art. 4 da Lei 13.709/2018 apresenta exceções quanto à sua aplicabilidade, como, quando o tratamento de dados for realizado: "(...) por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos" (inciso I); exclusivamente para fins jornalísticos e artísticos ou acadêmicos (inciso II); exclusivamente para fins de segurança pública, de defesa nacional, de segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais (inciso III), cujo tratamento será regido por legislação específica (§ 1º).

No que tange aos fundamentos do tratamento de dados pessoais, além do consentimento, são admitidas no art. 7 da LGPD, por exemplo, "para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória do controlador" (inciso II); para "(...) execução de contrato ou procedimentos preliminares relacionados ao contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular de dados" (inciso V); "(...) para tutela da saúde (...)" (inciso VIII) e "quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro (...)" (inciso IX).

Os princípios aplicáveis às atividades de tratamento de dados pessoais são previstos no art. 6 da Lei 13.709/2018, quais sejam: finalidade (inciso I); adequação (inciso II); necessidade ou minimização da coleta (inciso III); livre acesso (inciso IV); qualidade dos dados (inciso IV); transparência (inciso VI); segurança (inciso VII); prevenção (inciso VIII); não discriminação (inciso IX) e responsabilização e prestação de contas (ou "accountability") (inciso X).

Os direitos dos titulares de dados pessoais dispõem de Capítulo próprio na Lei 13.709/2018, dentre os quais podemos citar (art. 18): direito de confirmação (inciso I); direito de acesso (inciso II); direito de retificação e atualização (inciso III); direito à anonimização, bloqueio ou eliminação de dados (inciso IV); direito de portabilidade dos dados (inciso V c/c § 7º do mesmo artigo); direito de eliminação de dados (inciso VI c/c § 5º do art. 8 e art. 16); direito de informação sobre as entidades com as quais o controlador compartilhou os dados do titular (inciso VII), bem como sobre a possibilidade de não fornecer consentimento para tratamento de dados e suas consequências (inciso VIII) e, finalmente, direito à revogação do consentimento (inciso IX c/c § 5º do art. 8).

Além disso, quanto à responsabilidade civil o inciso III do art. 43 exclui a responsabilidade dos agentes de tratamento quando o dano for decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro.

Frente ao brevemente exposto, notamos que é significativo o avanço que a LGPD proporcionou ao ordenamento jurídico nacional em termos de proteção de dados. Contudo, acreditamos que a MP 869/2018 em tramitação no Congresso Nacional e a eventual aprovação de algumas das Emendas à ela poderão aprimorar ainda mais a dita legislação.

4. AUTORIDADE DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Um dos temas mais discutidos com relação à LGPD é a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, o que se deve em grande parte ao veto presidencial à sua criação, bem como a sua posterior instituição pela MP 869/2018. Assim sendo, a ANPD é uma inovação no ordenamento brasileiro e permite avanços significativos em termos de proteção de dados, sendo que as suas competências já foram abordadas anteriormente.

Tão logo efetivamente iniciadas as suas atividades, acreditamos que a ANPD atuará principalmente orientando empresas, órgãos públicos e cidadãos, sendo que, eventuais sanções serão aplicadas de maneira parcimoniosa. Neste contexto, o diálogo com a sociedade e as empresas deve ser fomentado, haja vista a falta de cultura de proteção de dados no país e o fato da LGPD ser a primeira lei nacional específica sobre o tema.

Contudo, já existe uma notável iniciativa neste sentido, que é a Unidade Especial de Proteção de Dados e Inteligência Artificial – ESPEC, instituída no ano de 2017 no âmbito do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (Portaria Normativa 580, de 23 de Outubro de 2018) e que tem apresentado resultados bastante positivos.

A ESPEC disponibiliza uma página na Internet para "Comunicação de Incidentes de Segurança", na qual as empresas proativamente poderão registrar a ocorrência de vazamento de dados, sendo necessário informar, por exemplo, o tipo de incidente (papel/eletrônico/ambos), a(s) data(s) do incidente e do seu conhecimento, o número aproximado de pessoas afetadas, os dados pessoais comprometidos, além de informações sobre possíveis mitigações dos efeitos do incidente.

Quanto à atuação da ESPEC destacamos: a) o ajuizamento de Ação Civil Pública por Danos Morais Coletivos contra o Banco Inter S/A, devido

ao fato da instituição não ter tomado os devidos cuidados para garantir a segurança de dados pessoais de clientes e não clientes, após ter instaurado Inquérito Civil Público para investigar o vazamento de dados pessoais; b) pedido de esclarecimentos à Uber do Brasil, seguido da instauração de Procedimento Preparatório visando a apuração dos fatos ocorridos relacionados ao vazamento de dados (de 196.000 usuários e motoristas brasileiros) da empresa, tendo sido posteriormente firmado um Acordo objetivando a notificação de todos os usuários atingidos pelo "data breach"; c) instauração de Inquérito Civil Público para investigar as causas e a circunstância do vazamento de dados cadastrais de 17.900 de clientes da Netshoes, tendo sido recomendado à empresa informar aos clientes afetados do incidente de segurança e abster-se de efetuar qualquer tipo de pagamento ao autor do referido incidente (sob pena de configuração do crime de fraude processual); posteriormente foi firmado com a Netshoes um Termo de Ajuste de Conduta, segundo o qual a empresa se compromete a pagar R$500.000,00, a título de indenização pelos danos morais coletivos de caráter nacional, os quais serão recolhidos ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, além de implantar medidas, como, o gerenciamento de riscos e vulnerabilidades no seu Portal e a atualização de sua Política de Segurança Cibernética.

5. CONCLUSÃO

O objetivo do presente trabalho foi refletir sobre a evolução legislativa brasileira em termos do direito à proteção de dados pessoais, especialmente com relação à aprovação e sanção parcial do Projeto de Lei Câmara 53/2018 que deu origem à Lei 13.709/2018, a qual foi posteriormente alterada pela Medida Provisória 869/2018.

Desta forma, apresentamos a evolução legislativa brasileira com relação ao tema proteção de dados até a MP 869/2018, comentamos alguns Projetos de Lei sobre proteção de dados que tramitam em âmbito municipal e estadual, apresentamos alguns pontos relevantes da LGPD, como, as hipóteses de tratamento, e da MP 869/2018, além de abordarmos a Autoridade de Proteção de Dados.

Frente ao exposto, foi possível constatarmos a significativa evolução da legislação brasileira quanto à proteção de dados pessoais, a qual em grande parte foi impulsionada pelo RGPD e também pelo desejo do Brasil de fazer parte do seleto grupo de membros da OCDE.

Como um dos primeiros resultados positivos da LGPD podemos destacar que no início de Outubro de 2018 o Brasil foi admitido como Observador do Comitê da Convenção 108 (do Conselho da Europa). Tal Comitê reúne 53 países que se comprometem a respeitar e implementar os princípios da Convenção e diversos observadores, dentre eles, países e organizações internacionais. O Comitê se reúne duas vezes por ano em sessão plenária em Estrasburgo e promove o intercâmbio e a cooperação em termos de proteção de dados pessoais.

A nova legislação de proteção de dados deve ser vista como uma oportunidade para a implantação de novas soluções e desenvolvimento de novos negócios. Contudo, é essencial uma evolução permanente em termos legislativos e técnicos, como, o treinamento contínuo dos empregados e a conscientização constante da população.

BIBLIOGRAFIA

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Projeto de Lei 981/2015. Regulamenta a divulgação por qualquer meio ou processo de dado pessoal sem a prévia autorização de seu titular.

_____. Projeto de Lei 598/2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais no Estado.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Projeto de Lei 375/2015. Dispõe sobre a proteção da intimidade dos cidadãos, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, através do Sigilo de seus dados pessoais, inclusive a partir de números identificados e dá outras providências.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Projeto de Lei 293/2017. Dispõe sobre o tratamento de dados pessoais no âmbito da Administração Pública direta e indireta do Estado do Rio Grande do Sul e dá outras providências.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

_____. Lei 8.078, de 11 de Setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências (Código de Defesa do Consumidor).

_____. Lei 12.414, de 9 de Junho de 2011. Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito (Lei do Cadastro Positivo).

_____. Lei 12.527, de 18 de Novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências (Lei de Acesso à Informação).

_____. Lei 12.965, de 23 de Abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil (Marco Civil da Internet).

_____. Lei 13.709, de 14 de Agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Lei de Proteção de Dados Pessoais).

_____. Medida Provisória 869, de 27 de Dezembro de 2018. Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, e dá outras providências.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei 4.060, de 2012, que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, e dá outras providência.

_____. Projeto de Lei 5.276, de 2016, que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais para a garantia do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade da pessoa natural.

_____. Projeto de Lei 6.291, de 2016, que altera o Marco Civil da Internet, no sentido de proibir o compartilhamento de dados pessoais dos assinantes de aplicações de internet.

_____. Projeto de Lei da Câmara 53, de 2018, dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei 12.965, de 23 de Abril de 2014.

CÂMARA MUNICIAL DE CAMPINAS. Projeto de Lei Ordinária 297/2017, que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais no âmbito da administração pública direta e indireta no município de Campinas.

CÂMARA MUNICIPAL DE CARIACICA. Projeto de Lei Legislativo 8/2018, que dispõe sobre a política municipal de proteção de dados pessoais e da privacidade no âmbito da administração pública direta e indireta no município de Cariacica e dá outras providências.

CÂMARA MUNICIPAL DE FORTALEZA. Projeto de Lei Ordinária 337/2018, que dispõe sobre a proteção de dados pessoais no âmbito da administração pública direta e indireta no município de Fortaleza.

CÂMARA MUNICIPAL DE JOÃO PESSOA. Projeto de Lei Ordinária 631/2018, que dispõe sobre a política municipal de proteção de dados pessoais e da privacidade no âmbito da administração pública direta no município de João Pessoa - PB e dá outras providências.

_____. Lei Ordinária 13.697, de 15 de Janeiro de 2019, dispõe sobre a política municipal de proteção de dados pessoais e da privacidade no âmbito da administração pública direta no município de João Pessoa - PB e dá outras providências.

CÂMARA MUNICIAL DE RECIFE. Projeto de Lei Ordinária 182/2018, que dispõe sobre a "política municipal de proteção de dados pessoais e da privacidade" no âmbito da adm. direta e indireta do município de Recife.

CÂMARA MUNICIPAL DE SALVADOR. Projeto de Lei 08/2018, que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais no âmbito da Administração Pública Direita e Indireta no município de Salvador.

CÂMARA MUNICIAL DE SÃO PAULO. Projeto de Lei 807, de 23 de Novembro de 2017, dispõe sobre a Política Municipal de proteção de dados pessoais e da privacidade no âmbito da administração pública direta e indireta no Município de São Paulo e dá outras providências.

CÂMARA MUNICIPAL DE VINHEDO. Projeto de Lei Complementar 12/2017, dispõe sobre o tratamento de dados pessoais por pessoa jurídica de direito público e privado no Município de Vinhedo.

_____. Lei Complementar 171, de 05 de Julho de 2018, dispõe sobre o tratamento de dados pessoais por pessoa jurídica de direito pública e privado no Município de Vinhedos.

CÂMARA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO. Projeto de Lei 1.053/2018, dispõe sobre o tratamento e proteção de dados pessoais no âmbito da administração pública direta e indireta do município.

CONGRESSO NACIONAL. Emendas apresentadas perante a Comissão Mista destinada a apreciar a Medida Provisória no 869, de 2018, que "Altera a Lei no 13.709, de 14 de Agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, e dá outras providências."

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional.* 4 ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei 330, de 2013, dispõe obre a proteção, o tratamento e o uso dos dados pessoais, e dá outras providências.

_____. Projeto de Lei 131, de 2014, dispõe sobre o fornecimento de dados de cidadãos ou empresas brasileiros a organismos estrangeiros.

_____. Projeto de Lei 181, de 2014, estabelece princípios, garantias, direitos e obrigações referentes à proteção de dados pessoais.

_____. Proposta de Emenda à Constituição 17, de 12 de Março de 2019. Acrescenta o inciso XII-A, ao art. 5º, e o inciso XXX, ao art. 22, da Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados).

O DIREITO HUMANO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SUAS RESTRIÇÕES NA PUBLICIDADE PROMOVIDA POR ADVOGADOS

KAIQUE SOUZA PEDAES

INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão é uma das garantias fundamentais asseguradas pela Constituição Federal de 1988. Diversos incisos do art. 5º da Lei Maior estão relacionados a este direito, de forma direta ou indireta.

O inciso IV do art. 5º dispõe que "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato". O inciso IX estabelece que "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença". Por fim, o inciso XIV assegura "a todos o acesso à informação".

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, a liberdade de expressão é abordada pelo artigo 19, que diz: "todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras".

Alexandre de Moraes cita em sua obra a definição genérica da Unesco (a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura) para conceituar direitos humanos fundamentais, que representam:

> [...] por um lado, uma proteção de maneira institucionalizada dos direitos da pessoa humana contra os excessos do poder cometidos pelos

> órgãos do Estado, e por outro, regras para estabelecer condições humanas de vida e desenvolvimento da personalidade humana [...] (2002, p. 162-163).

Paulo Gustavo Gonet Branco reflete que "a liberdade de expressão é um dos mais relevantes e preciosos direitos fundamentais, correspondendo a uma das mais antigas reivindicações dos homens de todos os tempos" (2007, p. 349). É um direito humano e essencial em um Estado Democrático de Direito, manifestando-se de diversas maneiras.

Contudo, ele não possui caráter absoluto, "visto que encontra limites em outros valores protegidos constitucionalmente, sobretudo, na inviolabilidade da privacidade e da intimidade do indivíduo e na vedação ao racismo" (PAULO; ALEXANDRINO, 2015, p. 135).

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos também faz observações quanto aos limites deste direito. Seu art. 20 preceitua que "será proibida por lei qualquer apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou a violência".

Mas, não são apenas nas situações apresentadas acima que a liberdade de expressão sofre restrições. Quando realizam a publicidade de seus serviços, alguns profissionais devem seguir regras éticas impostas pelas associações às quais estão vinculados.

Como exemplo, podem ser citados os médicos, que precisam obedecer ao Manual de Publicidade Médica (Resolução CFM nº 1.974/11).

Advogados também estão obrigados a seguir preceitos éticos, previstos no Código de Ética e Disciplina da OAB, documento cuja observância é obrigatória pelo profissional, conforme art. 33 da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB).

Estes preceitos éticos serão analisados no decorrer deste artigo, que mostrará ainda de que maneira a liberdade de expressão dos advogados, quando da realização de sua publicidade profissional, é restringida, e apresentará as justificativas para estas restrições, como o fato de a advocacia não ser uma atividade comercial.

Ainda, este trabalho apresentará formas vedadas de publicidade, e como é possível realizar a publicidade corretamente, respeitando os

preceitos éticos e valorizando a advocacia, em vista do necessário combate à mercantilização de uma das mais nobres profissões existentes.

1. PUBLICIDADE E PROPAGANDA

Numa sociedade capitalista, a propaganda exerce papel fundamental na divulgação de produtos e serviços. Há até mesmo quem acredite que ela representa a alma do negócio. Assim, a tendência é que os investimentos publicitários sejam maiores a cada ano que passa.

Segundo levantamento realizado pela Kantar IBOPE Media em 2017, no Brasil, mais de 84 mil marcas foram expostas na mídia – volume 1,4% superior ao registrado em 2016 – e o investimento publicitário movimentou R$ 134 bilhões.

Esses números mostram a importância que as empresas dão para a publicidade. Afinal, não se pode negar o impacto causado por um anúncio bem estruturado.

Mas, para atingir seus objetivos, "a propaganda comercial deve ser atrevida e ruidosa", conforme os ensinamentos de Ludwig von Mises, pois é dessa forma que ela será capaz de fornecer aos consumidores "informações sobre a efetiva situação do mercado", "atrair a atenção das pessoas mais lentas" e "despertar desejos latentes" (2010, p. 381).

Em síntese, no ambiente empresarial, a propaganda deve tentar influenciar o público consumidor. Em contrapartida, esta ideia não pode prosperar no campo da advocacia pátria.

O advogado, como figura indispensável à administração da Justiça (art. 133 da Constituição), e em razão da elevada função pública que exerce, não pode adotar em seus atos quaisquer procedimentos de mercantilização, por serem estes incompatíveis com sua profissão. O causídico "não vende produto, mas presta serviço especializado", adverte o Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/SP (1998).

Dessa forma, o Código de Ética e Disciplina proíbe que o advogado realize propaganda, permitindo-se, somente, a promoção da publicidade profissional.

Apesar de muitas vezes serem tratados como sinônimos, os termos publicidade e propaganda, essencialmente, apresentam significados diferentes, com aquele possuindo sentido mais restrito que este, como ensina o TED da OAB/SP, em julgado de agosto de 2017:

> [...] A propaganda cria estímulo, incentiva demanda e faz uso da ampla divulgação por meio de todos os veículos. Usa a imagem, o som, os recursos gráficos, a informática, luminosos, placas, faixas, panfletos, encartes, mala direta, televisão, cinema, rádio, alto-falantes, carros de som. A publicidade é mais discreta porque seu objetivo é o de tornar pública uma informação dirigida a um público mais reservado [...].

Posto que a publicidade é mais restrita que a propaganda, e que a propaganda comercial é protegida pela liberdade de expressão, como ensina o jurista e professor Daniel Sarmento, pode-se dizer que a proteção constitucional dada a este direito se estende à publicidade – ainda em que numa zona mais afastada, de forma menos intensa (2013, p. 275).

Sarmento escreve ainda que, justamente por não estar a propaganda no epicentro deste direito fundamental – em que habitam o discurso político, artístico, religioso, científico etc. –, "podem ser aceitas restrições mais profundas à liberdade de expressão nesta seara" (2013, p. 275), que são justificadas, no caso da publicidade na advocacia, pela função pública exercida pelo advogado.

2. NATUREZA DA PUBLICIDADE NA ADVOCACIA

Estabelecidas as diferenças entre publicidade e propaganda, é possível seguir adiante e abordar o caráter da publicidade para os advogados.

O primeiro artigo do Capítulo VIII do Código de Ética e Disciplina traz as regras gerais que norteiam como deve ser realizada a publicidade na advocacia, tendo em vista que os demais dispositivos não esgotam o assunto – este sequer é o objetivo – e somente especificam algumas formas permitidas e vedadas de publicidade.

Inicialmente, o art. 39 define que a publicidade tem caráter meramente informativo e deve primar pela discrição, moderação e sobriedade, não podendo configurar captação de clientela ou mercantilização da profissão, afinal, "a advocacia não é um balcão de comércio", como prega o Tribunal de Ética paulista (2003).

Desse modo, entende-se que toda forma de publicidade que o advogado desejar, poderá ser realizada, mesmo que não prevista pelo código ou pelo Provimento nº 94/2000 (documento elaborado pelo Conselho Federal da OAB e que também trata da publicidade). Afinal, "o fato de uma situação nova não ter sido prevista pelo legislador não a coloca fora do Direito", como ressalta Gladston Mamede (1999, p. 341). Ao causídico basta apenas que a forma publicitária não seja expressamente vedada e que encontre amparo nas diretrizes estabelecidas pelo art. 39.

Tais diretrizes já estavam previstas no Código de Ética e Disciplina de 1995, que, assim como o regramento atual, seguia o modelo francês de publicidade, em oposição ao modelo americano.

Marcus Vinicius Furtado Côelho ensina que a publicidade dos advogados nos Estados Unidos assemelha-se a atividade empresarial, "ao contrário da tradição francesa, que inspirou e continua a orientar esse aspecto da cultura jurídica de nosso país enquanto atividade intelectual" (2017, p. 61).

Enquanto isso, a proteção quanto à publicidade não visa apenas ao cliente, como explica Robison Baroni (2001, p. 151):

> Os princípios de moderação e discrição não se limitam apenas à proteção do cliente ou do público em geral, mas também dos próprios advogados inscritos na Ordem, contra a conduta antiética de colegas no tocante à captação de clientela, através de artifícios de publicidade que desprestigiam a classe e, via de consequência, as instituições de direito.

Diante o exposto, fica claro que toda e qualquer forma de publicidade deve seguir as regras deontológicas fundamentais, previstas nos artigos 5º e 7º do CED, que tratam, respectivamente, da mercantilização da profissão e da captação de clientela, pois, segundo o TED de São Paulo, em julgado de 2015, o reconhecimento da atividade advocatícia não deve decorrer da

publicidade, mas "pela competência e conhecimento jurídico do advogado/sociedade de advogados, sua capacidade de inspirar confiança e assegurar segurança aos clientes na aplicação do direito".

Como resultado de todo o apresentado até aqui, a propaganda na advocacia é vedada e permite-se somente a publicidade de caráter informativo, ou seja, aquela em que o advogado torna públicas informações objetivas a seu respeito, demonstrando tão somente a sua disponibilidade para atuar na defesa de quem necessitar de seus serviços. Não é o advogado quem deve procurar o cliente, mas, sim, o contrário.

3. MEIOS UTILIZADOS PARA PUBLICIDADE

Esta investigação científica não tem o propósito de esgotar o assunto, ao tratar de algumas formas de se realizar publicidade que estão em consonância – ou não – com o CED, mas apresentar aos estudantes e operadores do Direito como é possível realizar publicidade respeitando as regras deontológicas, num estágio em que a ética é um dos únicos caminhos para a salvação da sociedade.

O objetivo almejado por este trabalho tem fundamento em decisão proferida pelo TED em 2001:

> [...] A não-leitura do EAOAB e do CED dá ao jovem e a muitos antigos advogados a ideia de que, diante da competição, a mercantilização da profissão é a saída para o sucesso, fazendo com que se lancem à criação de espaços luxuosos em revistas, jornais, eventos e Internet para os seus ricos anúncios. Cavaletes nas calçadas, distribuição de panfletos e remessa de mala direta são tantos outros artifícios que visam ao lucro, em detrimento da capacidade, talento, honradez e nobreza no exercício profissional [...].

No tocante aos meios vedados de publicidade, que serão abordados a seguir, eles se dão em razão de proibição expressa pela lei ou pelo Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/SP, por eventualmente configurarem captação

de clientela ou mercantilização da profissão, ou por não respeitarem os requisitos da discrição e sobriedade, bem como o do caráter meramente informativo da publicidade.

De início, a veiculação de anúncios através da televisão representa um ótimo meio de divulgação de produtos e serviços. Afinal, a televisão está na casa de quase todos os brasileiros. Segundo pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no último trimestre de 2016, apenas 2,8% dos domicílios particulares do País não possuem o aparelho (AGÊNCIA BRASIL, 2018).

Contudo, o advogado não pode veicular publicidade por meio da televisão (tampouco pelo rádio ou cinema), prática permitida em países como os Estados Unidos e representada nos seriados Breaking Bad (2008–2013) e Better Call Saul (2015–), da AMC. O motivo da vedação, segundo Baroni (2001, p. 156), é o estabelecimento de concorrência desleal, "pois os mais abastados teriam melhores oportunidades na produção de seus anúncios".

Isso não significa que no Brasil o profissional tem que se manter totalmente distante de programas ou entrevistas. Contudo, se eventualmente participar de programa de televisão ou de rádio, de entrevista na imprensa, de reportagem televisionada ou veiculada por qualquer outro meio, para manifestação profissional, ele deve visar a objetivos exclusivamente ilustrativos, educacionais e instrutivos, e não poderá fornecer seus dados de contato, como endereço e telefone, com exceção ao e-mail.

Supramencionada regra que diz respeito ao fornecimento de dados de contato aplica-se igualmente às colunas e artigos literários, culturais, acadêmicos ou jurídicos publicados pelo advogado na imprensa. Ademais, em suas colunas ou textos, o profissional deve se atentar para não induzir o leitor a litigar e nem promover captação de clientela.

Desta forma, fica claro que, em suas aparições públicas, bem como nas colunas que mantiver nos meios de comunicação social e nos textos que por meio deles divulgar, o advogado deve ter como real finalidade a promoção do acesso da população à informação.

O propósito de esclarecimento de assunto jurídico de interesse geral é atitude admirável, pois instrui a comunidade acerca de seus direitos, dignifica a classe e efetiva o dever do advogado de "pugnar pela solução

dos problemas da cidadania e pela efetivação dos direitos individuais, coletivos e difusos" (art. 2º, parágrafo único, IX).

Inovação trazida pelo novo código em relação ao diploma anterior, de 1995, é a possibilidade de veiculação da publicidade pela internet, prática que já era permitida pela jurisprudência e pelo Provimento nº 94/2000. Neste meio de comunicação, a publicidade se apresenta de diversas maneiras. Exemplos são o uso das mídias sociais (Facebook, Instagram, Twitter, YouTube, LinkedIn etc), a publicação de artigos em blogs jurídicos, e a criação de site próprio.

Mas alerta o Código de Ética, em seu art. 46, que a publicidade veiculada pela internet ou por outros meios eletrônicos deverá observar as mesmas diretrizes que se aplicam a todas as demais formas de publicidade, ou seja, ela deverá ter caráter meramente informativo, primar pela discrição, moderação e sobriedade, e não poderá configurar captação de clientela ou mercantilização da profissão.

Nas mídias sociais, o advogado pode atuar como uma poderosa ferramenta no combate às chamadas *fake news*. Análise realizada pela Folha de S. Paulo mostrou que páginas que compartilham notícias falsas nas redes sociais engajaram cinco vezes mais do que as de jornalismo em janeiro de 2018 (FOLHA DE S. PAULO, 2018). Neste ambiente, a atuação de profissionais com conhecimento jurídico se mostra como um instrumento potencialmente importante na disseminação de informações fidedignas.

Quanto ao uso de conteúdo patrocinado, "que consiste na contratação do Facebook para exibir publicidade da sociedade de advogados aos usuários", decidiu o TED em 2012 que tal prática não fere a ética.

Assim como televisão, rádio e cinema, também não podem ser utilizados para veiculação de publicidade outdoors, nem painéis luminosos – a menos que estes estejam localizados na fachada do escritório, respeitando a discrição e com finalidade exclusiva de identificação do local de trabalho do profissional.

Inscrições em muros, paredes, veículos, elevadores ou em qualquer espaço público também não são compatíveis com as diretrizes gerais da publicidade, conforme art. 40, III. O inciso IV do mesmo dispositivo veda a divulgação de serviços de advocacia juntamente com a de outras atividades

ou a indicação de vínculos entre uns e outras, a fim de preservar o sigilo e a inviolabilidade do escritório de advocacia.

Portanto, não pode haver divulgação conjunta da advocacia com atividades como imobiliária, contabilidade, auditoria etc., e caso estes empreendimentos funcionem no mesmo prédio, o acesso ao ambiente de trabalho do causídico deverá ser independente e a sala de espera não poderá ser compartilhada (TED, 2011).

Além das já citadas, também são antiéticas as condutas do causídico que: responde com habitualidade a consulta sobre matéria jurídica nos meios de comunicação social e, nestes, debate causa sob patrocínio de colega, e não evita debate de caráter sensacionalista; aborda tema de modo a comprometer a dignidade da profissão e da instituição que o congrega; divulga ou deixa que sejam divulgadas listas de clientes e demandas; e insinua-se para reportagens e declarações públicas.

O novo CED suprimiu o §1º do art. 31 do Código de 1995, que proibia referências a valores dos serviços, tabelas, gratuidade ou forma de pagamento, termos ou expressões que possam iludir ou confundir o público, informações de serviços jurídicos suscetíveis de implicar, direta ou indiretamente, captação de causa ou clientes, bem como menção ao tamanho, qualidade e estrutura da sede profissional.

Mesmo ausentes no novo Código, estas práticas não se tornaram permitidas, porque ainda estão proibidas pelo Provimento nº 94/2000. Quanto aos valores dos serviços, deve-se atentar que a vedação fica por conta da divulgação da gratuidade de consultas; ou seja, o advogado não é obrigado a cobrar pelas consultas, ele apenas não pode tornar pública esta informação (MAMEDE, 1999, p. 336).

Admitido pelo novo CED como veículo de publicidade está a telefonia, por meio da qual o advogado pode enviar mensagens a destinatários certos, desde que estas não impliquem o oferecimento de serviços ou representem forma de captação de clientela.

Embora vedado o envio de mensagens com o fito de oferecimento de serviços para o público em geral, o TED (2005) considera lícito o encaminhamento de correspondência a colegas advogados, oferecendo serviços processuais para os causídicos que se encontram distantes do local em que

certo ato precisa ser praticado, como protocolo de petição, por exemplo.

Além de vedado o oferecimento de serviços para o público em geral, também é defesa a utilização de mala direta com o intuito de captação de clientela. Por outro lado, é admissível a divulgação de boletins, por meio físico ou eletrônico, sobre matéria cultural de interesse dos advogados, desde que sua circulação fique adstrita a clientes e a interessados do meio jurídico.

A publicidade estampada nos uniformes de times esportivos, em especial nas camisas de futebol, é uma das formas de publicidade que mais chama a atenção e mais dá retorno positivo no Brasil, tendo-se em conta que essa estratégia de marketing aposta no consumo e na paixão dos torcedores para obter resultados (TED, 2016).

Um caso de sucesso no patrocínio de um time esportivo é o da Crefisa, que investe na Sociedade Esportiva Palmeiras desde janeiro de 2015. Desde sua entrada no futebol brasileiro, a Crefisa viu seu patrimônio líquido dobrar, o que representa um crescimento maior do que o de qualquer outra instituição financeira do Brasil. Em dezembro de 2017, o patrimônio líquido da empresa era de R$ 4,4 bilhões, enquanto no último mês de 2014, antes do início do patrocínio, era de R$ 2,2 bilhões (BANCO DATA, 2018). Assim, apesar de a Crefisa investir também em outros meios, fica claro que o patrocínio de times esportivos apresenta-se como uma interessante forma de publicidade. Mas, não para os advogados.

A divulgação mediante estampa de logomarca em camisa de equipe transparece imodicidade, sendo "equivalente a anúncio público em local de evento esportivo, muitas vezes reproduzido em televisão, com o fim precípuo de captação de clientela", como assevera o Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/SP (2016).

Assim, comete infração ética o advogado que insere seu nome ou de seu escritório em uniformes de agremiações esportivas mediante patrocínio. O mesmo ocorre com o causídico que veicula qualquer forma de publicidade em estádios de futebol (TED, 2001), estendendo-se, por lógica, a proibição a qualquer local que receba evento esportivo.

O tópico gera dúvidas, pois acredita-se que a proibição da inserção do nome do advogado em uniformes de times implica, por consequência, a vedação do patrocínio a equipes ou esportistas profissionais brasileiros.

Esta última prática, no entanto, é permitida. Não é o patrocínio que fere o regramento ético, mas o fato de o uniforme utilizado nas competições fazer referência ao nome do advogado ou ao escritório (TED, 2004).

Por outro lado, o advogado que participar de eventos esportivos, como torneios e maratonas, e fizer uso de camisetas, poderá estampar nelas o logotipo do escritório ou o seu nome, desde que não sejam inseridas informações relativas a telefone e endereço, pois estas descaracterizariam o objetivo da estampa na peça de roupa – que é a identificação do time de cada escritório participante –, e passariam a configurar captação de clientela (TED, 2013).

Ademais, também é vedada a inscrição do nome do causídico em instalações sócio-esportivas, por mais que esse tipo de publicidade possa ter objetivos sociais e humanitários, pois tal prática, em decorrência de sua própria natureza, significa captação de causas e clientes (TED, 1998).

Além de o advogado poder patrocinar equipes e atletas – apesar de não ser lícito que seu nome esteja presente nos respectivos fardamentos –, ele também pode promover atividades esportivas, "desde que o faça em local fechado, para pessoas determinadas e definidas e de modo não habitual" (TED, 2004), bem como patrocinar eventos ou publicações de caráter científico ou cultural (inovação prevista no art. 45 do CED), tais quais os eventos promovidos pelas Comissões Especiais da OAB.

A diferença entre o patrocínio de equipes e atletas, e o patrocínio de eventos, é que, nesta última hipótese, o nome do advogado ou da sociedade poderá figurar em *folders*, banners e faixas alusivos à cerimônia, respeitando, sempre, as regras gerais da publicidade, como ensina Medina (2016, p. 125).

Como último item, menciona-se um dos meios mais tradicionais de publicidade, que são os cartões de visita. Nos cartões, o advogado deverá, obrigatoriamente, mencionar seu nome, nome social ou o nome da sociedade, além do número ou dos números de inscrição na OAB, conforme art. 44 do CED.

Por outro lado, como itens facultativos, poderão ser referidos apenas os títulos acadêmicos do advogado e as distinções honoríficas relacionadas à vida profissional, bem como as instituições jurídicas de que faça parte, e as especialidades a que se dedicar, o endereço, e-mail, site, página eletrônica,

QR code, logotipo e a fotografia do escritório, o horário de atendimento e os idiomas em que o cliente poderá ser atendido (art. 44, §1º).

Por fim, o §2º do art. 44 dispõe sobre as informações proibidas, quais sejam: a inclusão de fotografias pessoais ou de terceiros, bem como menção a qualquer emprego, cargo ou função ocupado, atual ou pretérito, em qualquer órgão ou instituição, salvo o de professor universitário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, verifica-se que o direito humano de liberdade de expressão sofre restrições em determinadas situações, e uma destas situações se refere a publicidade promovida por advogados no Brasil.

Estas restrições são justificadas pelo fato de que o advogado exerce uma elevada função pública e não pode, portanto, adotar em seus atos quaisquer procedimentos de mercantilização, por serem estes incompatíveis com sua profissão.

Diferentemente de tantas outras profissões, a advocacia não se confunde com um balcão de comércio, como deixam claro a doutrina e a jurisprudência do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/SP.

Mesmo com restrições impostas pelo Código de Ética e Disciplina, é possível identificar diversas formas de o advogado realizar publicidade de forma correta, respeitando os preceitos éticos e, com isso, valorizando a sua imagem profissional, tornando seu nome conhecido e contribuindo para o prestígio de toda a classe e da advocacia, que devem ser alguns dos objetivos visados pelo advogado quando da promoção da publicidade.

Também é possível observar que a finalidade principal da publicidade na advocacia não é a venda de um produto, mas tornar públicas informações objetivas acerca do advogado que dela se utiliza, noticiando, sem alardes, de forma discreta e sóbria, a sua disponibilidade para atuar na defesa de quem, porventura, necessitar de seus serviços.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. **Pesquisa diz que, de 69 milhões de casas, só 2,8% não têm TV no Brasil**. Rio de Janeiro, 21 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-02/uso-de-celular-e-acesso-internet-sao-tendencias-crescentes-no-brasil>. Acesso em: 12 jul. 2018.

BANCO DATA. **Crefisa**. Disponível em: <https://bancodata.com.br/relatorio/crefisa-sa-cfi>. Acesso em: 6 abr. 2018.

BARONI, Robison. **Cartilha de Ética Profissional do Advogado**. 4. ed. São Paulo: LTR, 2001.

COÊLHO, Marcus Vinícius Furtado. **Comentários ao novo código de ética dos advogados**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FOLHA DE S. PAULO. **Fake news ganha espaço no Facebook e jornalismo profissional perde**. São Paulo, fevereiro de 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/02/fake-news-ganha-espaco-no-facebook-e-jornalismo-profissional-perde.shtml>. Acesso em: 24 jul. 2018.

KANTAR IBOPE MEDIA. **Mais de 84 mil marcas foram expostas na mídia em 2017**. Disponível em: <https://www.kantaribopemedia.com/mais-de-84-mil-marcas-foram-expostas-na-midia-em-2017>. Acesso em: 15 fev. 2018

MAMEDE, Gladston. **A Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil**. 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Comentários ao Código de Ética e Disciplina na Oab**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

PAULO Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 14. ed. São Paulo: Método, 2015.

SÃO PAULO. Primeira Turma de Ética Profissional do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB. **Proc. E-2.340/01**. Relator Dr. João Teixeira Grande. São Paulo, 17 de maio de 2001. Disponível em: <https://www2.oabsp.org.br/asp/tribunal_etica/pop_ementas.asp?tipoEmenta=1&ano=2001&id_sessao=4&sequencial=5>. Acesso em: 15 abr. 2018

_____. Primeira Turma de Ética Profissional do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB. **Proc. E-4.459/2014**. Relator Dra. Renata Mangueira de Souza. São Paulo, 16 de abril de 2015. Disponível em: <https://www2.oabsp.org.br/asp/tribunal_etica/pop_ementas.asp?tipoEmenta=1&ano=2015&id_sessao=3&sequencial=1>. Acesso em: 15 fev. 2018.

_____. Primeira Turma de Ética Profissional do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB. **Proc. 1.684/98**. Relator Dr. João Teixeira Grande. São Paulo, 21 de maio de 1998. Disponível em: <https://www2.oabsp.org.br/asp/tribunal_etica/pop_ementas.asp?tipoEmenta=1&ano=1998&id_sessao=4&sequencial=8>. Acesso em: 15 fev. 2018.

_____. Primeira Turma de Ética Profissional do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB. **Proc. E-4.857/2017**. Relator Dr. Luiz Antonio Gambelli. São Paulo, 17 de agosto de 2017. Disponível em: <https://www2.oabsp.org.br/asp/tribunal_etica/pop_ementas.asp?tipoEmenta=1&ano=2017&id_sessao=7&sequencial=30>. Acesso em: 15 fev. 2018.

_____. Primeira Turma de Ética Profissional do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB. **Proc. E-2.748/03**. Relator Dr. Osmar de Paula Conceição Júnior. São Paulo, 11 de dezembro de 2003. Disponível em: <https://www2.oabsp.org.br/asp/tribunal_etica/pop_ementas.asp?tipoEmenta=1&ano=2003&id_sessao=11&sequencial=1>. Acesso em: 15 fev. 2018.

_____. Primeira Turma de Ética Profissional do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB. **Proc. E-3.186/05**. Relator Dr. Guilherme Florindo Figueiredo. São Paulo, 16 de junho de 2005. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/tribunal-de-etica-e-disciplina/melhores-pareceres/E318605>. Acesso em: 24 jul. 2018

_____. Primeira Turma de Ética Profissional do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB. **Proc. E-4.247/2013**. Relator Dr. Sylas Kok Ribeiro. São Paulo, 16 de maio de 2013. Disponível em: <https://www2.oabsp.org.br/asp/tribunal_etica/pop_ementas.asp?tipoEmenta=1&ano=2013&id_sessao=3&sequencial=8>. Acesso em: 24 jul. 2018.

_____. Primeira Turma de Ética Profissional do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB. **Proc. E-2.356/01**. Relator Dr. Clodoaldo Ribeiro Machado. São Paulo, 17 de maio de 2001. Disponível em: <https://www2.oabsp.org.br/asp/tribunal_etica/pop_ementas.asp?tipoEmenta=1&ano=2001&id_sessao=4&sequencial=13>. Acesso em: 6 abr. 2018.

_____. Primeira Turma de Ética Profissional do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB. **Proc. E-4.621/2016.** Relator Dr. Eduardo Perez Salusse. São Paulo, 26 de abril de 2016. 0. Disponível em: <https://www2.oabsp.org.br/asp/tribunal_etica/pop_ementas.asp?tipoEmenta=1&ano=2016&id_sessao=3&sequencial=5>. Acesso em: 6 abr. 2018.

_____. Primeira Turma de Ética Profissional do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB. **Proc. E-4.051/2011.** Relator Dra. Célia Maria Nicolau Rodrigues. São Paulo, 20 de outubro de 2011. Disponível em: <https://www2.oabsp.org.br/asp/tribunal_etica/pop_ementas.asp?-tipoEmenta=1&ano=2011&id_sessao=9&sequencial=2>. Acesso em: 17 jul. 2018.

_____. Primeira Turma de Ética Profissional do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB. **Proc. E-4.176/2012.** Relator Dr. Flávio Pereira Lima. São Paulo, 18 de outubro de 2012. Disponível em: <https://www2.oabsp.org.br/asp/tribunal_etica/pop_ementas.asp?tipoEmenta=1&ano=2012&id_sessao=8&sequencial=9>. Acesso em: 24 jul. 2018.

_____. Primeira Turma de Ética Profissional do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB. **Proc. E-3.028/04.** Relator Dr. Luiz Antônio Gambelli. São Paulo, 21 de outubro de 2004. Disponível em: <https://www2.oabsp.org.br/asp/tribunal_etica/pop_ementas.asp?tipoEmenta=1&ano=2004&id_sessao=9&sequencial=19>. Acesso em: 15 abr. 2018.

_____. Primeira Turma de Ética Profissional do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB. **Proc. E-4.295/2013.** Relator Dr. João Luiz Lopes. São Paulo, 12 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://www2.oabsp.org.br/asp/tribunal_etica/pop_ementasano.asp?ano=2013>. Acesso em: 15 abr. 2018.

_____. Primeira Turma de Ética Profissional do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB. **Proc. E-1.738/98.** Relator Dr. Luiz Carlos Branco. São Paulo, 17 de setembro de 1998. Disponível em: <https://www2.oabsp.org.br/asp/tribunal_etica/pop_ementas.asp?tipoEmenta=1&ano=1998&id_sessao=8&sequencial=16>. Acesso em: 6 abr. 2018.

_____. Primeira Turma de Ética Profissional do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB. **Proc. E-3.027/2004.** Relator Dr. Carlos Roberto Fornes Mateucci. São Paulo, 16 de setembro de 2004. Disponível em:

<https://www2.oabsp.org.br/asp/tribunal_etica/pop_ementas.asp?tipoEmenta=1&ano=2004&id_sessao=8&sequencial=13>. Acesso em: 18 jul. 2018.

SARMENTO, Daniel. Comentários ao art. 5º, IX da Constituição do Brasil. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo W; STRECK, Lênio. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

VON MISES, Ludwig. **Ação humana**. Tradução por Donald Stewart Jr. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

ACESSO À JUSTIÇA: DESJUDICIALIZAÇÃO E SEUS DESAFIOS

LARISSA BORSATO DA SILVA E FELIPE DUTRA ASENSI

INTRODUÇÃO

Atualmente uma das questões mais discutidas e comentadas diz respeito ao acesso à justiça. São diversos os direitos e garantias constitucional ou legalmente previstas no ordenamento jurídico brasileiro. Dentre eles está a inafastabilidade do controle jurisdicional diante de lesão ou ameaça de lesão a um direito.

O Poder Judiciário se tornou o principal meio de busca pela efetividade do acesso à justiça se transformando no verdadeiro símbolo da justiça, mas será que este é o único com autoridade e autonomia para dirimir conflitos?

Até que ponto a judicialização é positiva ou utilizada de forma racional e responsável pela sociedade e pelos operadores do direito?

Esses questionamentos são o ponto de partida da análise que permeia a diferença entre acesso à justiça e Poder Judiciário.

Outra questão levantada diz respeito a análise de até que ponto a grande quantidade de processos judiciais que atualmente abarrotam os Tribunais significam um efetivo acesso à justiça. Basta apenas ingressar com demandas judiciais para ter satisfeito o desejo de justiça? Os Tribunais, sozinhos, são capazes de satisfazer os anseios da atual sociedade na resolução dos conflitos? Até que ponto a litigiosidade e a massificação das demandas são benéficas? O Poder Judiciário é o único capaz e legitimado para dirimir os conflitos sociais existentes?

A justiça não possui apenas uma opção de acesso, mas sim múltiplas portas e múltiplos atores que devem ter consciência da sua importância social para a construção de uma sociedade mais justa, pacífica e democrática.

1. ACESSO À JUSTIÇA: PROCURA REAL OU POTENCIAL DE JUSTIÇA

1.1 ACESSO À JUSTIÇA X PODER JUDICIÁRIO

Quando se pensa em acesso à justiça no Brasil, logo se remete ao Poder Judiciário, sendo por vezes chega até difícil desassociar um conceito do outro. Isto ocorre, principalmente, devido à consagração do direito do acesso à justiça pelo art. 5º, XXXV da Constituição da República (1988) que dispõe que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Da simples leitura do texto constitucional, sem qualquer interpretação ou grandes dilações, parece, sim, que o direito ao acesso à justiça é quase que sinônimo de acesso ao Poder Judiciário, fazendo com que o termo "justiça" acabe, por vezes, sendo confundido com direito de ação e/ou função jurisdicional.

O Poder Judiciário, principalmente após o advento da Constituição de 1988 e diante de todas as mudanças políticas e sociais ocorridas ao longo dos anos, foi se fortalecendo e se tornando o símbolo central do acesso à justiça. Isto porque, a necessidade de ainda se ter o Estado como mediador e aquele que decide os conflitos entre as partes continua latente.

Poder Judiciário e acesso à justiça estão sim, intimamente ligados, um permeia o outro e vice-versa, cabendo ao Judiciário estar de portas abertas sempre que se pretenda buscar a real ou potencial justiça, seja ela por quem for, sempre que se entender que um direito foi lesionado ou corre o risco de ser.

Contudo, não se pode resumir e até mesmo confundir o acesso à justiça apenas e tão somente com acesso ao Poder Judiciário ou com a atuação judicial sobre os litígios existentes na sociedade.

Acesso à justiça é um conceito muito mais amplo que acesso ao Poder

Judiciário, possuindo vertentes e formas que não se resumem à prestação judicial e ao direito de ação, constituindo a busca incessante pela efetiva justiça, em especial a justiça social.

Cappelletti e Garth (1988) em projeto acerca das experiências de efetivação do acesso à justiça em diversos país, o chamado "Projeto Florença", trazem as chamadas três ondas de acesso, fatores que devem ser superados para que os direitos sejam garantidos. A terceira onda, em especial, traz a necessidade de se buscar outras formas e procedimentos para a resolução dos conflitos, sem que estes tenham que, necessariamente, serem avalizados pelo Poder Judiciário, além de trazer a busca da educação para os direitos, para que se tenha efetivo acesso à justiça e um verdadeiro Estado Democrático.

O Poder Judiciário não é o único detentor de meios efetivos de se buscar a resolução dos conflitos e a justiça tão perquirida nos dias atuais, muito pelo contrário, o Estado-juiz, é, ou deveria ser, o meio excepcional de se resolver os conflitos presentes na sociedade, já que o acesso à justiça possui extensão muito maior, como bem demonstra Sadek (2014, p. 57):

> O direito de acesso à justiça não significa apenas recurso ao Poder Judiciário sempre que um direito seja ameaçado. Esse direito envolve uma série de instituições estatais e não estatais. Como consta do texto constitucional, são vários os mecanismos e instituições que podem atuar na busca da solução pacífica de conflitos e de reconhecimento de direitos. A efetiva realização dos direitos não é, contudo, uma decorrência imediata da inclusão do direito de acesso à justiça na Constituição e em textos legais. Muito embora a legalidade provoque impactos na sociedade, sua extensão e sua profundidade dependem fundamentalmente de variáveis relacionadas a situações objetivas e do grau de empenho dos integrantes das instituições responsáveis pela sua efetividade.

O acesso à justiça é algo muito mais amplo que simplesmente o acesso ao Poder Judiciário e pode ser entendido como sendo a ciência e o conhecimento do direito, a busca pela efetivação ou reparação do direito, a resolução judicial ou extrajudicial do conflito através do acesso à pluralidade de

mecanismos existentes na sociedade para a resolução dos litígios e para a efetivação dos direitos de forma justa, seja ela adequada e célere, trazendo as respostas necessárias e no momento necessário, como diz Sadek (2014, p. 57) "o direito de acesso à justiça só se efetiva quando a porta de entrada permite que se vislumbre e se alcance a porta de saída em um período de tempo razoável".

Alguns estudiosos, como Watanabe (2012, p. 128), preferem utilizar a expressão "acesso à ordem jurídica justa". Isto porque, "a problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já que existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa".

A equivocada interpretação de que acesso à justiça seria sinônimo de acesso ao Poder Judiciário, não se vislumbrando outros meios de solução de conflitos, com a interpretação literal do dispositivo constitucional, fez com que nos deparássemos com a explosão da litigiosidade, já que o Poder Judiciário seria o legitimado capaz de solucionar os conflitos e buscar a efetivação da cidadania e da paz social.

Toda e qualquer questão, por menor e mais simples que seja, passou a ser "processualizada", já que foi difundido o pensamento de que os direitos são respeitados e efetivados se houver a "mão" do Estado o legitimando.

Acesso à justiça e Poder Judiciário, estão, sim, intimamente ligados, o Poder Judiciário é uma das formas de efetivar o princípio do acesso à justiça, mas não o único, muito pelo contrário. Tratá-los como sinônimos é enfraquecer a busca pela verdade real ou potencial de justiça e pela democratização da justiça.

Conselho Nacional de Justiça – CNJ, inclusive, no art. 1º da Resolução 125/2010 declara expressamente que é preciso "a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade".

O efetivo acesso à justiça passa pela culminância de diversos fatores e não apenas pela litigiosidade processual e pelo Poder Judiciário

1.2 EXPLOSÃO DE LITIGIOSIDADE X EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA

A promulgação da Constituição Federal em 1988, com a garantia de diversos direitos fundamentais e sociais, além da criação de diversas leis federais, que visavam a defesa e efetivação dos direitos, como o Código de Defesa do Consumidor, acabou fortalecendo o Poder Judiciário e assim também encorajando a busca pela justiça, em especial através do direito de ação.

Com o crescente fortalecimento do Poder Judiciário, se criou a ficção de que a resolução dos conflitos seria eficaz e legítima se ocorresse através de decisão judicial.

Com isso, houve ao longo dos anos explosão de litigiosidade, assoberbando os Tribunais que não estavam preparados para a grande quantidade de litígios que passaram a ser ajuizados.

A falta de estrutura dos Tribunais, número insuficiente de magistrados e servidores, além dos diversos caminhos processuais possíveis fizeram com que a grande propositura de ações judiciais não conseguisse ser absorvida de forma eficaz pelo Poder Judiciário, impactando diretamente na efetividade e busca real pela justiça.

O Conselho Nacional de Justiça, através do Relatório Justiça em Números publicado no ano de 2018, referente aos dados do ano de 2017 e anteriores, demonstra claramente o número exorbitante de processos judiciais em trâmite no Brasil:

> **O Poder Judiciário finalizou o ano de 2017 com 80,1 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva. Desses, 14,5 milhões, ou seja, 18,1%, estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, aguardando alguma situação jurídica futura**.
>
> Em toda série histórica, o ano de 2017 foi o de menor crescimento do estoque, com variação de 0,3%, ou seja, um incremento de 244 mil casos em relação ao saldo de 2016. Esse resultado decorre, em especial, do desempenho da Justiça Estadual, que apesar de registrar historicamente

> um crescimento médio na ordem de 4% ao ano, variou em 2017 apenas 0,4%. Em outros ramos de justiça também se observa queda no ritmo de evolução do acervo. Nos Tribunais Superiores houve redução significativa: no STJ o acervo diminuiu 11%; no TST a variação foi de -7%, e no TSE, -14,4%. O STM foi o único tribunal superior com crescimento do estoque (17,2%).
>
> **Durante o ano de 2017, ingressaram 29,1 milhões de processos** e foram baixados 31 milhões. Houve decréscimo dos casos novos na ordem de 1% com relação ao ano de 2016, e aumento dos casos solucionados em 5,2%. A demanda pelos serviços de justiça registrou crescimento acumulado na ordem de 18,3%, considerada toda a série histórica desde 2009. Em 2017 foi o primeiro ano em que o volume de baixados superou o patamar de 30 milhões de casos solucionados.
>
> **Apesar de se verificar, historicamente, um número de processos baixados igual ou superior ao número de casos novos, o estoque não reduziu. O crescimento acumulado no período 2009-2017 foi de 31,9%, ou seja, acréscimo de 19,4 milhões de processos**. (Grifou-se)

Como se percebe no Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça, ao longo dos últimos anos houve aumento significativo no número de processos judiciais, tanto é que em 2017 o Poder Judiciário terminou o ano com 80,1 milhões de processos em tramitação, sendo que o Brasil possui 208,4 milhões de habitantes, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Pensando-se apenas em termos numéricos, seria como se houvesse um processo para cada 2,6 habitantes.

Com um número tão significativo de demandas judiciais diante do número de habitantes poder-se-ia pensar que a sociedade brasileira tem pleno acesso à justiça, conhecendo perfeitamente seus direitos e, consequentemente, buscando-os de forma efetiva com o ajuizamento de demandas judiciais.

Entretanto, apesar do grande volume de processos judiciais tramitando e da grande e crescente litigiosidade, o real e democrático acesso à justiça está muito longe de ser alcançado e o exorbitante número de processos em

tramitação não reflete o real acesso à justiça pela sociedade como um todo.

Isto porque, "os obstáculos a um verdadeiro acesso à justiça não se colocam meramente à possibilidade de litigação judicial, mas aos resultados da mesma" (Duarte, 2007, p.5), ou seja, não basta que seja possível recorrer ao Poder Judiciário, é preciso que se analise quem de fato está recorrendo ao Poder Judiciário e como o trâmite judicial ocorre como um todo.

Sadek (2014) ao analisar o acesso à justiça e o excepcional grau de litigiosidade da sociedade brasileira percebe que apesar do grande volume de demandas judiciais há pouca variedade de litigantes, ou seja, há um excessivo número demandas, mas pouca diversidade de litigantes, dando-se, assim, a falsa impressão de que a grande e crescente litigiosidade existente seria sinônimo de amplo e democrático acesso à justiça.

Nota-se, assim, que a explosão de litigiosidade, com o grande número de demandas judiciais sendo propostas, não corresponde ao efetivo e democrático acesso à justiça, criando-se uma ilusão diante da realidade que permeia a sociedade atual.

Isto porque, como se vislumbra da simples análise dos dados concretos há pouco variedade de litigantes, a grande parte das demandas possui os mesmos litigantes em um dos polos, os chamados litigantes habituais.

Os litigantes habituais podem ser compreendidos, no geral, como sendo as grandes empresas, que possuem processos em massa e grande poder econômico ou aqueles de elevada capacidade econômica e grau de instrução, que "duelam" com os litigantes eventuais com disparidade de armas, tendo em vista seu grande poderio, seja ele econômico ou de grau de instrução, não só com pleno conhecimento dos seus direitos, como também de todos os trâmites e entremeios processuais, além das orientações de especialistas e esclarecimento de toda e qualquer dúvida que possa existir.

Duarte (2007, p. 6) ao analisar a sociedade portuguesa, que neste tocante muito se assemelha à brasileira, percebe que:

> (...) estamos perante o crescimento de uma "litigação em massa" constituída por empresas que são litigantes frequentes e que, para cobrar as suas dívidas, colonizam a justiça cível. Tal desvitalização da função judicial levou a que os tribunais agissem de uma forma distante da conflitualidade social emergente.

Há uma clara contradição entre o extraordinário número de demandas judiciais anualmente propostas e a efetivação do acesso democrático à justiça, tendo em vista que ao passo que há um pequeno grupo que litiga incessantemente, assoberbando os Tribunais, há outro que não conhece seus direitos, se conhece não sabe como fazer para efetivá-los ou então opta por não demandá-los tendo em vista todo o poderio dos demandantes habituais e o custo que há por trás de cada demanda judicial. Sadek (2014, p.60) conclui que:

> (...) resulta desse quadro grave um desequilíbrio caracterizado pela distinção entre, de um lado, os que litigam em demasia, os que conhecem quais são os seus direitos e sabem como demanda-los e, por outro, os que sequer conhecem e não reclamam seus direitos. O ingresso no Poder Judiciário contribuiria, dessa forma, por contraditório que possa parecer, para acentuar as distâncias de natureza social e econômica, atuando como mais um elemento dentre os propulsores da situação qualificada como de desigualdades cumulativas. Nesse cenário, o número superlativo de ações que ingressam na justiça não indica a existência de uma difundida busca por direitos. Não se trata de um transpassar pelas ondas de acesso à justiça. Ao contrário, constitui evidência de situações perniciosas, tanto no que se refere à deturpação das atribuições do Poder Judiciário, quanto no aumento das dificuldades de democratização do direito de acesso à justiça.

João Pedroso (2003, p. 54) ao também analisar a questão da explosão de litigiosidade e o efetivo acesso à justiça chega à seguinte conclusão:

> (...) ao mesmo tempo que o sistema judicial é mais procurado pelos litigantes frequentes torna-se mais distante e inacessível para os outros, devido ao seu custo e à sua morosidade. A gestão do sistema judicial cível encontra-se desta forma perante um dilema. Por um lado, o crescimento da procura efectiva e, por outro lado, garantir os direitos daqueles que estão privados do acesso à justiça.

Na verdade, a grande explosão de litigiosidade ao invés de demonstrar a efetividade plena ou a busca real pela plena efetividade do acesso à justiça acaba por demonstrar exatamente o contrário. O que se vê são os litigantes habituais usufruindo do seu poder econômico, grau de instrução e amplo conhecimento não só dos seus direitos, como também de todos os trâmites e meandros processuais para cada vez mais deixar o restante da sociedade à margem dos seus direitos e da busca pela efetivação do seu acesso à justiça de forma ampla e irrestrita, que vai desde a educação até o empoderamento dos cidadãos para que eles possam se agigantar e se sentirem capazes de serem os sujeitos ativos na efetivação de seus direitos, na resolução dos seus conflitos e na busca pela paz social, que sejam eles os seus próprios mediadores e incentivadores da busca plena e real pela justiça e na construção de uma sociedade mais justa e igualitária, especialmente no que tange à pacificação social, para que sejam efetivamente autores e sujeitos de direito.

1.3 EXPLOSÃO DE LITIGIOSIDADE X RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Uma das consequências da explosão da litigiosidade e do exorbitante número de processos judiciais é o alargamento da duração dos processos.

Para que se garanta o efetivo acesso à justiça é preciso que a prestação jurídica seja eficiente e a tutela esperada seja entregue dentro de um prazo razoável.

A morosidade é um dos grandes obstáculos ao acesso à justiça conforme bem analisa Duarte (2007, p. 7):

> De facto, a lentidão e a difícil tramitação judicial levam a que os direitos acabem, muitas vezes, limitados na sua essência. A morosidade assume-se como um forte obstáculo ao acesso à justiça, uma vez que implica, também, que a decisão seja proferida dentro de um prazo razoável. Este problema reveste particular importância no quadro do exercício dos direitos fundamentais e de cidadania, e, consequentemente,

> constitui, desde logo, uma violação do direito de acesso aos tribunais, onde se inclui o direito a uma proteção jurídica eficaz e em tempo útil.

A Emenda Constitucional n° 45 de 2004, consagrou a razoável duração do processo como princípio fundamental constitucionalmente protegido ao inserir no art. 5° da Constituição Federal de 1988 o inciso LXXVIII, que dispõe que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

Insta salientar que, antes do advento da referida Emenda Constitucional, o direito à razoável duração do processo já era expressamente assegurado por força do art. 8°, 1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica (1992):

> Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

A razoável duração do processo se torna imperativo essencial para a efetivação do pleno acesso à justiça no momento em que não se ter uma duração razoável se transforma em algo injusto e antidemocrático, não responde aos anseios sociais, muito pelo contrário, a morosidade traz a insegurança, a angústia e a decisão tardia, na maioria das vezes, acaba não trazendo a eficácia que dela se espera, não suprindo as necessidades reais e potenciais de justiça, não efetivando, assim, o acesso à justiça.

Atualmente, o que se vê é que com a explosão da litigiosidade, ao contrário do que se possa imaginar, ao invés de se estar caminhando em direção à efetivação do acesso à justiça, se está cada vez mais caminhando em sentido contrário, já que conforme asseverado o exorbitante número de processos atualmente em tramitação não pode ser confundido com o pleno, irrestrito e indistinto acesso à justiça.

O número excessivo de processos e a cultura de se concentrar a solução de todo e qualquer conflito nas mãos do Poder Judiciário faz com que a lentidão e a morosidade para que se tenha uma decisão sejam, atualmente, um dos grandes empecilhos e desafios do acesso à justiça.

A cultura da judicialização e do processo que vem sendo arraigada ao longo dos anos é um dos principais "Calcanhar de Aquiles" na busca pela efetivação real da justiça.

Dados do Conselho Nacional de Justiça, no Relatório Justiça em Números de 2018, mostram que atualmente há uma taxa de congestionamento de 72,1% (quantidade de processos pendentes de sentença em relação aos que estão em andamento):

> Ainda que baixando casos em volume superior ao ingressado, com Índice de Atendimento à Demanda na ordem de 106,5%, o estoque manteve-se praticamente constante, e chegou ao final do ano de 2017 com 80,1 milhões de processos em tramitação aguardando alguma solução definitiva. Se o Poder Judiciário decidiu 6,5% de casos acima da demanda, seria esperada uma redução do estoque nessa proporção. Isso não ocorre, em parte, por conta de processos que retornam à tramitação (casos pendentes). São, por exemplo, os casos de sentenças anuladas na instância superior; ou de remessas e retornos de autos entre tribunais em razão de questões relativas à competência ou de mudança de classe processual. Somente em 2017 foram reativados 619.242 processos. Esse esforço culminou em uma taxa de congestionamento de 72,1%, menor do que a observada em 2016, apesar de permanecer em patamar elevado. **Aproximadamente 28% de todos os processos que tramitaram foram solucionados. Se fossem desconsiderados os casos que estão suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, a taxa de congestionamento líquida seria de 67,9% (4,2 pontos percentuais abaixo da taxa bruta)**. É relevante esclarecer que nem todos os processos que tramitam em um ano estão aptos a serem baixados, em razão da existência de prazos legais, da necessidade de aguardar pagamento de precatórios ou de acordos homologados, entre outras diversas situações jurídicas possíveis.

> **Durante o ano de 2017 foram proferidas 31 milhões de sentenças e decisões terminativas, com aumento de 707,6 mil casos (2,3%) em relação a 2016. Registra-se, também, crescimento acumulado de 32,8% em 9 anos**.
> **O tempo médio da sentença e da baixa cresceu nos últimos dois anos, ficando em 2017, em 2 anos e 2 meses, e 2 anos e 9 meses, respectivamente. Já o tempo dos processos pendentes diminuiu: 5 anos e 1 mês**. Esse resultado significa que o Judiciário foi capaz de solucionar casos mais antigos. Outro dado de destaque é que as maiores faixas de duração processual estão concentradas no tempo do processo pendente, em específico na fase de execução da Justiça Federal (7 anos e 11 meses) e da Justiça Estadual (6 anos e 9 meses). (Grifou-se)

O alargamento na duração dos processos e a consequente demora na entrega da prestação jurídica buscada, mais precisamente a demora na solução do conflito, trazendo as respostas necessárias dentro do tempo necessário, dificultam sobremaneira a pacificação social, a busca por uma sociedade mais justa e igualitária, visto que a justiça que tarda é sempre falha. A demora sempre causa às partes envolvidas desconforto, ansiedade, medo, frustração, danos de ordem não só psicológica e emocional, como também danos de ordem econômica (Hoffman, 2006), mas principalmente causa sérios prejuízos sociais, já que para se ter o efetivo acesso à justiça, não basta que se tenha acesso as chamadas "portas de entrada" (Sadek, 2014), mas sim que a resposta necessária para a solução daquele conflito seja dada de forma eficaz, trazendo eficiência dentro de um prazo razoável, caso contrário não se terá, de fato, a efetivação da justiça.

A demora do processo é um dos entraves para a efetividade do direito de acesso à justiça, já que prejudica em diversos aspectos aquele que busca a real ou potencial justiça e favorece aquele que não tem interesse não só no cumprimento das normas como na construção de uma sociedade democrática.

Mas quais seriam os principais fatores que têm levado à tamanha taxa de congestionamento e morosidade?

São diversos os fatores que levam à morosidade na obtenção de uma

definitiva decisão judicial para os conflitos existentes: "a legislação, o número de recursos, o formalismo, o tratamento dado às demandas individuais repetitivas, o número de juízes, a infraestrutura, o gerenciamento, o orçamento, a mentalidade de magistrados e dos demais operadores do direito" (Sadek, 2014, p. 61).

Basta se fazer uma breve e superficial análise para que se chegue à conclusão de que ao longo dos anos foi se difundindo cada vez mais a questão da judicialização dos conflitos existentes, como se apenas o Estado e o Poder Judiciário fossem legítimos e capazes de equacionar e solucionar toda e qualquer questão e dar efetividade no cumprimento das mesmas. "A par de algum protagonismo dos Tribunais (crimes de "colarinho branco') o seu desempenho é, assim, abafado e banalizado por uma explosão de litigiosidade "rotineira" e por uma insuficiência de recursos para responder a este aumento da procura" (Pedroso, 2003, p. 60).

Somado a isso, a essa "cultura do processo", ainda há a falta da adequada estrutura do Poder Judiciário, com muitas vezes, número insuficiente de magistrados e servidores, além das inúmeras possibilidades de recursos e maneiras de prolongar a duração dos processos, juntamente com "excessiva burocratização dos mecanismos processuais ainda muito formais e complexos" (Duarte, 2007, p.7).

Diante do cenário atual do Poder Judiciário e principalmente o volume de processos em curso e os novos que todos os anos são ajuizados em número assustador, a prestação jurisdicional acabou se tornando morosa, cara e principalmente ineficaz.

A busca pela solução dos conflitos de forma mais célere e eficaz urge e é latente, mas ainda encontra muita resistência, tanto é que poucos são os processos judiciais resolvidos com base na conciliação, seja ela pré-processual ou não, conforme dados do Relatório Justiça em Números de 2018 do Conselho Nacional de Justiça:

> A conciliação, política permanente do CNJ desde 2006, apresenta lenta evolução. Em 2017 foram 12,1% de processos solucionados via conciliação. Apesar de o novo Código de Processo Civil (CPC) tornar obrigatória a realização de audiência prévia de conciliação e mediação, em dois anos o índice de conciliação cresceu apenas 1 ponto percentual.

Os dados acima demonstram que além da cultura da judicialização, há ainda a "cultura da sentença" (Watanabe, 2018), ou seja, não basta que haja processo judicial, que a resolução do conflito seja judicializada, ela precisa, também, ser resolvida através de sentença judicial, ainda há o pensamento, um tanto equivocado, de que quando se faz um acordo, de alguma forma se está "perdendo", se está deixando a outra parte "vencer", o pensamento de que o acordo não traz uma solução justa, que apenas a decisão judicial traz a efetiva justiça, de que seria necessário haver a adversariedade e a contenciosidade, que seja determinado que "alguém tem a razão", que um terceiro afirme um direito ou dever para que haja justiça e cidadania.

É quase irrisório o número de os acordos judiciais realizados frente ao exorbitante número de demandas judiciais e processos que aguardam sentença, o que ratifica a percepção de que são tímidos os meios de solução de conflitos sem ser através do Poder Judiciário.

A não valorização de outros meios de solução de conflitos e de pacificação e, principalmente, a arraigada cultura do litígio e da sentença leva o processo a percorrer todo o itinerário jurídico, estando sujeito à todas as dilações e recursos legalmente previstos, até que a decisão final ganhe efetividade. Todo esse trâmite judicial faz com que "a lentidão acabe por minar a confiança no Poder Judiciário e por provocar impactos que extrapolam o âmbito individual, atingindo a sociedade como um todo" (Sadek, 2014, p. 62).

A morosidade leva à descrença na lei e na busca pela justiça, desestimula a busca pela justiça tendo em vista a falta de perspectiva de obter do Poder Judiciário resposta útil, dentro de um prazo razoável e suportável, a que justiça tardia nada mais é que injustiça e a injustiça coloca em jogo a busca pela pacificação social, pela cidadania e pela democracia que são justamente os pilares de uma sociedade justa e harmônica.

Assim, diante das questões apontadas, pode-se dizer que a dificuldade do acesso à justiça se encontra concentrado em alguns pilares: juridicização da sociedade, principalmente com a associação imediata entre justiça e Poder Judiciário; desajustamento entre a demanda e a oferta, com a explosão da litigiosidade e a falta de estrutura do Poder Judiciário para lidar com tamanha requisição, o que leva à morosidade e inefetividade; proce-

dimentos extremamente formais e com linguagem ainda muito erudita o que dificulta a compreensão pela sociedade em geral; excesso de recursos passíveis de serrem opostos em face de cada decisão proferida no processo judicial aumentando a morosidade já existente pela falta de estrutura diante da demanda; litigantes habituais e demandas muitas vezes de baixa complexidade; e, principalmente, a não cultura do empoderamento do indivíduo para a busca da solução de seus conflitos de forma harmônica, buscando a cultura da paz e não a cultura do enfrentamento e do litígio.

2. JUSTIÇA MULTIPORTAS

2.1 MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS E DESJUDICIALIZAÇÃO

Atualmente não pairam dúvidas de que o Poder Judiciário não mais consegue suprir de forma célebre e eficaz as necessidades e anseios da sociedade.

Desta forma, diante da latente incapacidade que prejudica a busca pela efetividade do acesso à justiça e da pacificação social, cada vez fica mais clara a necessidade de se buscar meios alternativos de resolução de conflitos que não passem, necessariamente, pelo Poder Judiciário.

Tais meios alternativos e resolução de conflitos em nada violam o princípio da inafastabilidade de jurisdição, pois este não está vinculado exclusivamente ao Poder Judiciário, já que "o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, não significa um mero acesso formal aos órgãos judiciários" (Watanabe, 2012, p.88), significa toda e qualquer forma de resolução de conflitos na busca pela ordem jurídica justa e pela pacificação social.

Nessa toada, tendo em vista os inúmeros obstáculos encontrados na busca pela efetividade do acesso à justiça através do Poder Judiciário e o amadurecimento democrático da atual sociedade, os meios alternativos de resolução de conflitos, em especial aqueles totalmente desvinculados ao Poder Judiciário, vêm ganhando força.

Dentre os meios alternativos de resolução dos conflitos estão a conciliação, a mediação e a arbitragem. A conciliação e a mediação são

procedimentos nos quais há uma terceira pessoa, independente e imparcial que atua como facilitadora, promovendo o diálogo, através de técnicas específicas, na busca da construção e efetivação de um acordo entre as partes.

Na conciliação o conciliador, após ouvir as partes, sugere um acordo, uma solução consensual que seja capaz de solucionar o litígio e atenda o interesse das partes, ao passo que na mediação o mediador trabalha o conflito em si, analisando suas causas e as demonstrando para as partes para que estas, por si só, através do diálogo e do empoderamento consigam solucionar a questão de forma justa e pacífica.

Na arbitragem, por seu turno, há a figura do árbitro que media o conflito na busca de solução consensual, sendo certo que caso não haja possibilidade de conciliação o árbitro decidirá o conflito através da sentença arbitral.

Percebendo o amadurecimento democrático da atual sociedade e a necessidade pelo pleno acesso à justiça e as dificuldades encontradas pelo Poder Judiciário, principalmente diante das elevadas taxas de congestionamento, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 125/2010, estabelecendo a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

Através desta Resolução se visa oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação.

Os Tribunais deverão criar Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejuscs) que serão os locais nos quais ocorrerão as sessões de conciliação e mediação, sejam elas pré-processuais ou processuais.

Todavia, apesar de se estar diante de meios alternativos de solução de conflitos e de válida e importante iniciativa, não se pode esquecer que nestes casos ainda há a ingerência do Poder Judiciário, e assim do Estado, nas tomadas das decisões, mesmo que de forma mais tênue. Ou seja, ainda há resquícios da cultura da beligerância, de forma que o acesso à justiça se deu, sim, através do Poder Judiciário, mesmo que a resolução do conflito tenha ocorrido de forma pacífica.

Para que se busque e alcance a efetividade do acesso à justiça é necessário que se pense além do Poder Judiciário, que se pense em justiça

sem qualquer forma de ingerência do Estado-juiz, conforme bem explica Pedroso (2003, p. 63):

> Ora, dentro desse tipo de reformas encontram-se os processos e meios de informalização e desjudicialização que se integram num movimento mais amplo de desregulação social, ou seja, de "diminuição ou supressão de todas as formas de regulação social das condutas humanas". Num sentido mais específico, desregulação significa, ainda, "diminuição ou supressão de uma forma específica de regulação social, como seja e geral (desjuridificação), a lei (deslegalização) ou regulamentação administrativa (desregulamentação) em particular.

Os meios alternativos de solução dos conflitos trazem ao bojo a afirmação do indivíduo e da sociedade e tal fato facilita a alçada à desjudicialização, uma vez que esse indivíduo se sentirá capaz e suficientemente confiante para resolver sem a ingerência do Estado a sua questão para com o outro de forma justa e pacífica.

O outro deixa de ser visto como inimigo e adversário, o que dificulta sobremaneira a busca pelo interesse comum, e passa a ser visto com empatia, como alguém que se empodera do seu direito e busca resolver o conflito de forma consensual. Busca-se uma solução que seja conveniente e atenda os desejos de ambas as partes, onde não haja vencedores ou perdedores, mas sim equilíbrio, reciprocidade e efetiva justiça para ambos.

A desjudicialização pode ser traduzida na emancipação do indivíduo com o sua afirmação e emancipação, principalmente na busca e efetivação de seus direitos, para que o mesmo se sinta inserido na sua realidade social e tenha a satisfação de ter tratamento igualitário perante a sociedade que o permeia e responsabilidade compartilhada entre seus pares, tendo em vista que ele foi também o responsável por aquela decisão e cabe a ele cumpri-la conforme convencionado e também fiscalizar o cumprimento do outro.

Para Pedroso (2003, p.65) a desjudicialização é parte integrante de um movimento muito mais amplo de desregulação social, em que a informalização da justiça também faz parte "os conceitos de informalização e desjudicialização, em sentido amplo, manifestam-se através de diferentes

realidades que permitem prevenir ou resolver um litígio, ou seja, um conflito social que dois ou mais interessados pretendam que seja dirimido sem recurso ao tribunal judicial".

A desjudicialização com a informalização do acesso à justiça na busca da resolução dos conflitos e da pacificação social há muito já é exercida de forma célere e efetiva; como por exemplo, pelas associações de moradores (Santos, 1986).

Vê-se, há anos, a informalização da justiça através de diversas organizações sociais, principalmente nas localidades mais afastadas dos grandes centros urbanos ou marginalizadas, visto que os conflitos existentes naquelas determinadas regiões são frequentemente resolvidos e administrados através das organizações sociais ali existentes. Cumpre ressaltar, que por se tratarem de atores sociais daquela localidade os acordos tendem a ser plenamente cumpridos, já que conseguem refletir as necessidades específicas daqueles indivíduos que se empoderam para terem seus direitos respeitados e respeitar o do outro, sempre em busca da paz social e principalmente do respeito social e do seu reconhecimento como pessoa de direito.

Na verdade, diversos são os conflitos em que a melhor solução muitas vezes só poderá ser alcançada através das próprias partes envolvidas através dos meios alternativos de solução dos conflitos, pois ninguém melhor que elas para conhecer as peculiaridades e nuances do caso concreto. Neste sentido conclui Pedroso (2003, p. 79):

> Os que defendem uma outra forma de justiça independe do Estado, fundam-se num argumento semelhante: o Estado não sabe resolver os problemas quotidianos das pessoas porque está mal equipado para fazer. De facto, o processo contraditório tende a agravar os conflitos. É necessário reforçar e desenvolver as redes de entreajuda e sistemas de resolução de conflitos fora dos tribunais, com recurso a voluntários, como uma outra forma de ajuda da comunidade. Esta justiça não substitui a do Estado e não deve depender de subsídios ou financiamentos do Estado.

Nesses casos, muitas vezes, quando a questão é levada ao Poder Judiciário, tendo em vistas as peculiaridades do caso concreto, uma das partes ou ambas as partes, por vezes, acabarão por experimentar o sentimento de injustiça, sentindo a sua própria dignidade desrespeitada, o que trará ainda maiores frustrações e consequências maléficas, conforme bem explica Mancuso (2014, p. 57 apud Grinover, 1990, p. 221):

> Via de regra, não é alçada pela sentença, que se limita a ditar autoritativamente a regra para o caso concreto, que, na grande maioria dos casos, não é aceita de bom grado pelo vencido, o qual contra ela costuma insurgir-se com todos os meios na execução; e que de qualquer modo se limita a solucionar a parcela de lide levada a juízo, sem possibilidade de pacificar a lide sociológica, em geral mais ampla, da qual aquela emergiu, como simples ponta do iceberg. Por isso mesmo, foi salientado que a Justiça tradicional se volta para o passado, enquanto a Justiça informal se dirige ao futuro. A primeira julga e sentencia; a segunda compões, concilia, previne situações de tensões e rupturas, exatamente onde a coexistência é um relevante elemento valorativo. Resulta daí que o método contencioso de solução das controvérsias não é o mais apropriado para certos tipos de conflitos, em que se faz necessário atentar para os problemas sociais que estão à base da litigiosidade, mais do que aos meros sintomas que revelam a existência desses problemas. (Grifou-se)

Na análise ampla do acesso à justiça é preciso que primeiro olhe o indivíduo, os atores sociais daquele conflito, a realidade que os permeia e seus anseios, para depois olhar para a litigiosidade em si. Seja através do Poder Judiciário, seja através de meios alternativos de resolução de conflitos é preciso que o conceito de acesso à justiça esteja sempre atrelado à busca pela efetiva satisfação das necessidades sociais e pela pacificação.

Na busca pela efetiva satisfação das necessidades sociais "os processos de desjudicialização assumem diversas vertentes. Em primeiro lugar, a simplificação do processo legal e o recurso a meios informais de resolução de litígios dentro do próprio processo judicial" (Pedroso, 2003, p. 75), ou seja, ao se falar em desjudicialização, não quer dizer que haverá exclusão

do Poder Judiciário, muito pelo contrário, este continuará a coexistir juntamente com os demais meios de resolução de conflitos, sendo certo que mudanças deverão continuar a ocorrer para que o trâmite processual judicial se torne mais célere e eficiente.

Em nada adianta existir Poder Judiciário ou meios alternativos de resolução de conflitos quando não se tem conhecimento do direito e principalmente quando este está sendo lesionado ou sob ameaça de lesão. A informação, o conhecimento e a educação para com os direitos é fundamental para que o indivíduo, sabedor e consciente, empoderado do seu conhecimento possa escolher quem e como dirimirá o conflito existente.

Para Pedroso (2003, p.75) "por último, saliente-se a regulação dos conflitos sociais através da prevenção dos litígios com recurso a divulgação de informação jurídica".

Neste sentido, foi promulgada no Município de Petrópolis / RJ em agosto de 2017, Lei Municipal nº 7.532, que criou o Programa Municipal de Pacificação Restaurativa – Petrópolis da Paz, tendo como objetivo a mobilização e integração de diferentes políticas públicas setoriais, notadamente as de assistência social, educação, saúde, justiça e cidadania.

Ao longo do ano de 2018 foi realizado, em algumas escolas da rede municipal de ensino, com alunos entre 12 e 15 anos, o curso de formação de mediadores da paz, tendo os mesmos participado de diversas palestras e momentos de empoderamento e conhecimento de seus direitos e deveres, através da busca pelo desenvolvimento de habilidades sócio emocionais, introdução a ferramentas de mediação de conflitos, além da parte prática com a realização de teatro e dinâmicas em busca da pacificação social e da cultura da paz.

O projeto vem sendo realizado de forma interdisciplinar, contando com profissionais de diversas áreas do saber e tem como objetivo a promoção da emancipação e afirmação das novas gerações, para que os mesmos possam ser agentes da paz e do diálogo.

Ao se levar a cultura da paz para as escolas, o que se busca é atingir o seio da sociedade, promover a afirmação e participação de forma afirmativa dos indivíduos tidos à margem da sociedade, demonstrar que estes podem se tornar conhecedores e divulgadores dos direitos e deveres, atores sociais ativos na busca da pacificação social e conduzir o reconhecimento do outro como pessoa de direito. Que cabe a eles, sujeitos de direitos e

deveres, se reconhecerem e se autodeterminarem como um pacificador, fazendo com que não haja em um conflito vencedor ou vencido, mas sim um consenso que contente ambos os lados. Ao se solucionar um conflito sem vencedores ou vencidos, há o reconhecimento e a elevação da estima, mantendo-se o respeito, a comunicação e a empatia entre as partes, o que nos leva à plena efetivação do acesso à justiça e a pacificação social.

Medidas como essas demonstraram que aos poucos a desregulação social que sempre foi tão forte vem perdendo forças, já que se passa a depositar na sociedade o poder para a solução dos seus conflitos. Havendo menos regulação do Estado, a sociedade passa a se fortificar, passando a ser mais empoderada e ativa. Busca-se equilibrar a balança entre o Estado e a sociedade, já que com menos regulação estatal cresce a emancipação social e com a emancipação social muitos são facilmente resolvidos através do diálogo e de meios alternativo, chegando ao Poder Judiciário apenas questões pontuais e não mais toda e qualquer questão como tão comumente ocorre.

2.2 DESAFIOS DA DESJUDICIALIZAÇÃO

É preciso desmistificar e soltar as amarrar que ligam acesso à justiça apenas ao Poder Judiciário, a desjudicialização traz benefícios muito além de desafogar o referido Poder, traz o acesso a uma ordem jurídica mais justa e efetiva, sendo capaz de atender os anseios sociais através da emancipação de seus atores.

Entretanto, são muitos os desafios e barreiras a serem vencidas para que a desjudicialização ganhe força e se torne mais presente e ativa na busca pela justiça.

A primeira grande barreira a ser ultrapassada é a cultura da beligerância arraigada anos à fio.

Buscar e efetivar a mudança da mentalidade se torna imprescindível para que se possa enxergar a desjudicialização sob outro paradigma e passar a compreendê-la como uma necessidade latente diante do amadurecimento da democracia, sendo os meios alternativos de resolução de conflitos uma realidade muito mais próxima da sociedade e efetiva, tendo em vista que além de menos burocrática, faz com que através do diálogo

se chegue a um denominador comum. Atende os anseios sociais de forma mais célere e harmônica.

Para se compreender o fortalecimento da cultura da judicialização, faz-se necessário perceber que a promulgação da Constituição Federal de 1988 trouxe em seu texto extenso rol de direitos e garantias fundamentais e com base nos diversos novos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstos passaram a ser editadas diversas leis que ampliaram e facilitaram a garantia do acesso à justiça através do Poder Judiciário, como por exemplo, a Lei 9.099/1995 que dispõe acerca dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais e a Lei 8.078/1990 que dispõe sobre a proteção ao consumidor.

As portas de entrada (Sadek, 2014) foram sobremaneira alargadas, o acesso ao Poder Judiciário foi simplificado e facilitado. Ao se deparar com a real possibilidade de acesso ao Poder Judiciário, todo e qualquer litígio passou a ser judicializado. A sociedade passou a enxergar o Estado-juiz como o grande responsável por resolver indistintamente os conflitos existentes. A sociedade foi aos poucos se encolhendo e deixando de tentar buscar a solução para os seus dilemas, por mais simples que fossem, através da autocomposição e do diálogo. Transferiu-se, quase que integralmente, o ônus pela resolução dos litígios e pela busca pela efetivação da justiça para o Poder Judiciário, menosprezando os diversos mecanismos de auto regulação que há nas sociedades.

A cultura da beligerância e da disputa, através da maciça judicialização foi cada vez mais ganhando força, ao passo que e a cultura do diálogo e da paz foi sendo esquecida, banalizada e até menosprezada, como se não tivesse a mesma força legal e efetiva.

Com isso, os mecanismos de autocomposição e auto regulação passaram a ser vistos como menores e de menor efetividade, sendo considerados, inclusive, como sendo uma forma "inferior" de justiça, visto que, não haveria um vencedor e um perdedor, além de não haver consequências mais drásticas caso a composição amigável não fosse devidamente cumprida de forma espontânea.

Diante desse pensamento, passa-se a ter utilização irracional do Poder Judiciário, já que o mesmo acabou sendo tomado por litígios de baixa complexidade e pela massificação da litigação com inúmeras demandas

idênticas ou muito semelhantes, o que torna a judicialização padronizada, ineficiente e estática.

Nesse processo o papel do advogado é fundamental, já que é ele um dos principais fomentadores da judicialização, pois cabe a ele a capacidade processual de representação.

Cappelletti e Garth (1988) trouxeram as chamadas três ondas de acesso à justiça como barreiras a serem superadas para que se tenha a garantia da efetividade dos direitos. "A primeira onda caracteriza-se pela garantia de assistência jurídica para os pobres. A segunda se manifesta na representação dos direitos difusos e a terceira ocorre com a informalização de procedimentos de resolução de conflitos". (Sadek, 2014, p. 58).

Ecomonides (1999), por sua vez, trouxe a chamada quarta onda de acesso à justiça, segundo a qual a preocupação deixa de ser na oferta pela assistência jurídica, e passa a ser a responsabilidade ética-legal do profissional, em especial do advogado, tendo em vista seu papel de destaque na busca pela efetividade do acesso à justiça, já que "o acesso dos cidadãos à justiça é inútil sem o acesso dos operadores do direito à justiça" (Economides, 1999, p. 62).

Cabe ao advogado, diante do seu protagonismo na busca pela garantia do acesso à justiça pleno e efetivo, agir com responsabilidade, principalmente responsabilidade ético-social, ou seja, ter comprometimento com a utilização racional do Poder Judiciário e com a cultura da paz, com o resgate das relações interpessoais, já que o Estado-juiz não precisa intervir em todas as relações sociais.

Os advogados precisam passar a se enxergarem como agentes sociais, como interlocutores no resgate da cultura do diálogo e da paz, como gestores na resolução dos conflitos, promovendo a participação efetiva e autônoma do indivíduo na solução de seus dilemas. Para tanto é preciso que as mudanças comecem no próprio ensino jurídico, como bem identifica Economides (1999, p. 73):

> O problema atual não é simplesmente medir o acesso dos cidadãos à justiça, lançando mão, por exemplo, do mapeamento de espaços na oferta dos serviços jurídicos, mas antes novas perspectivas na definição da própria justiça.

> (...) A que tipo de "justiça" os cidadãos devem aspirar? Em vez de nos concentrarmos no lado da demanda, devemos considerar mais cuidadosamente o acesso dos cidadãos à justiça do lado da oferta, analisando dois níveis distintos: primeiro o acesso dos cidadãos ao ensino do direito e ao ingresso nas profissões jurídicas; segundo; uma vez qualificados, o acesso dos operadores do direito à justiça.
> (...) O segundo tema, mais difícil, refere-se à questão de como garantir que uma vez dentro da carreira, tanto advogados quanto juízes tenham acesso à justiça. Este tema levanta, por sua vez, questões éticas referentes às responsabilidades mais amplas da participação das faculdades de direito e dos organismos profissionais não apenas no controle da admissão às carreiras jurídicas, mas também na definição de padrões mínimos de profissionalização. Estes assuntos estão presentes na maioria dos sistemas legais modernos, todos lutando com a conciliação de tensões entre a manutenção da qualidade da justiça e de seu acesso.

O ensino jurídico precisa compreender que o papel dos operadores do direito vai muito além da propositura de uma demanda judicial, de peças bens escritas e elaboradas com linguagem técnico jurídica rebuscada e muitas vezes de difícil compreensão. O excesso de formalismo apenas torna os trâmites legais mais lentos, ineficientes e distantes da sociedade.

É preciso que se demonstre que cabe aos operadores do direito a função de ser a "ponte" entre a busca pela potencial justiça e sua efetivação e tal fato se dará com a simplificação processual, linguagem menos rebuscada e menos incentivo à litigiosidade e beligerância. É de sua responsabilidade a instrução das partes quanto aos seus direitos e deveres, assim como apresentar todas as possibilidades de acesso à justiça, em especial os métodos alternativos, à fim de diminuir as tensões sociais através da participação mais efetiva do cidadão na busca do acesso à justiça e da pacificação social, mostrando que nem sempre os indivíduos precisam se ver como adversários e que todos podem ser vencedores na cultura do diálogo, se chegando a um denominador comum.

Em vez de se ensinar a ser um fomentador de litígios e disputas, deve-se ensinar que o papel do profissional do direito é um papel social mais amplo, cabendo ao mesmo o resgate da cultura do diálogo e da paz nas

relações interpessoais, fomentando a aproximação entre o direito e a sociedade na busca pela democratização da justiça e melhora da qualidade na solução dos conflitos, incentivando, sempre que possível, a resolução do litígio pela via consensual, através de incentivos afirmativos de autonomia, poder e afirmação.

A desjudicialização empodera os atores sociais, os faz tomar as rédeas das próprias decisões através do diálogo, cabendo aos operadores do direito serem os condutores desse diálogo, é seu papel conduzir e auxiliar esse empoderamento, ajudando, também, a promover a educação para os direitos, levando informações legais e jurídicas àqueles que não possuem conhecimento técnico. É preciso que se veja o advogado como um conselheiro, alguém que também trabalhe na prevenção de litígios e informe os indivíduos acerca de seus direitos e deveres, assim como da melhor e mais pacífica forma de resolver um conflito.

Enquanto não houver tal mudança de mentalidade, a utilização irracional e irresponsável do Poder Judiciário continuará a acontecer e prejudicar sobremaneira o acesso à justiça, já que não se consegue uma resposta justa, efetiva, dentro de um prazo razoável e ainda incentiva a beligerância, a adversariedade e a antipatia entre as partes.

Outra barreira comumente vista é a falsa ideia de que a desjudicialização enfraqueceria a atuação do Poder Judiciário, tendo em vista a diminuição da regulação social pelo Estado. Contudo, a desjudicialização não é uma forma de enfraquecer ou diminuir a atuação do Poder Judiciário, sendo na verdade uma forma de racionalizar o uso indistinto do Poder Judiciário, já que diante do empoderamento, a sociedade se sentirá plenamente capaz de solucionar seus conflitos, cabendo ao Estado-juiz intervir apenas em conflitos pontuais onde não há como se evitar a questão adversarial.

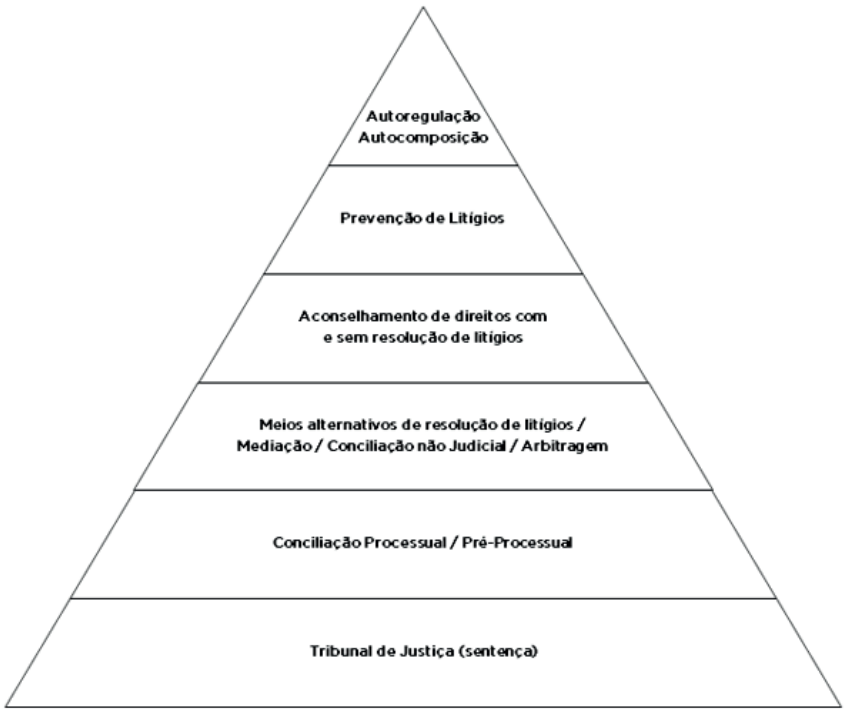
O estímulo e a busca pela desjudicialização, com a mudança de paradigma e de mentalidade ético-social não são um convite para que o cidadão não mais busque o acesso à ordem jurídica justa através do Poder Judiciário, tampouco para que as profissões jurídicas sejam extintas, mas sim um convite para que a sociedade resgate a cultura do diálogo e da paz através de seus atores, cada qual atuando dentro da função social que lhe cabe.

Os sistemas de resolução de conflitos, seja através dos meios consensuais, seja através do Poder Judiciário podem perfeitamente coexistir de

forma pacífica caso sejam utilizados de forma responsável e em busca do mesmo objetivo como bem conclui Pedroso (2003, p. 86):

> O novo sistema integrado de resolução de litígios, tem como consequência a assunção e reconhecimento pelo Estado duma política pública de justiça, que inclui tribunais judiciais e o denominado "pluralismo jurídico e judicial", ou seja, que reconhece também aos meios não judiciais legitimidade para dirimir litígios. A informalização da justiça e a desjudicialização, incluindo todo o movimento ADR, constituem, assim, caminhos da reforma da administração da justiça desde que defendam a igualdade das partes e promovam o acesso ao direito. Só deste modo esta multiplicidade de processos pode tornar a justiça mais democrática.

Só com a mudança de paradigma será possível inverter a atual pirâmide de litigiosidade (Pedroso, 2003 p. 83) em que se vê na base o Poder Judiciário e a "cultura da sentença" (Watanabe, 2012) e no topo a prevenção de litígios e a autocomposição e a auto regulação.



A pirâmide acima demonstra o quanto ainda é necessário caminhar para que as mudanças e o resgate da cultura do diálogo e da paz sejam uma realidade.

Cabe às instituições de ensino jurídico o papel fundamental de compreenderem a importância de se fazer com que os futuros operadores do direito enxerguem as partes em um litígio como atores sociais e sujeitos de direito com autonomia e não como soldados em uma disputa judicial com excesso de formalismo e distanciamento social. É preciso conscientizar acerca da crescente necessidade dos mesmos serem mediadores e conciliadores de conflitos, com autoridade a partir do aprendizado de técnicas de diálogo e negociação para serem operadores da cultura da paz e fundamentais para que se tenha uma sociedade forte, ativa e empoderada.

Não pairam dúvidas de que o Poder Judiciário deverá estar sempre disponível e de portas abertas, mas isso não significa que o mesmo deverá ser sempre a primeira opção na busca pelo acesso à justiça, tampouco que as suas decisões e/ou acordos realizados em seu âmbito possuem mais valia, força e crédito do que as decisões tomadas de fora pacífica através de outros meios informais ou extrajudiciais. Toda forma de acesso e obtenção da justiça, seja ela de forma judicial ou não possui a mesma validade, qualidade ou força, sendo certo que somente através do diálogo será possível o resgate da cultura do diálogo e da paz.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo dos anos, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988 o Poder Judiciário foi cada vez mais se fortalecendo e sendo visto como a principal forma de acesso à justiça. Toda e qualquer questão, seja a mais simples ou a mais complexa, passou a ser judicializada. Poder Judiciário passou a ser sinônimo de resolução de conflito, bastava haver um pequeno e simples dilema para que se buscasse a resolução através da litigiosidade.

Com a judicialização de todo e qualquer enfrentamento houve explosão da litigiosidade, passando os Tribunais de Justiça a ficarem abarrotados

de processos de toda natureza, sem terem estrutura e capacidade para lidar com vultuoso volume.

Viu-se nascer o fenômeno da massificação da judicialização, tendo sido o Poder Judiciário tomado por litígios de baixa complexidade, por vezes idênticos ou muito semelhantes, o que fez com que as decisões judiciais se tornassem padronizadas.

Esses fatores somados à cultura da litigância fizeram com que o Poder Judiciário se tornasse ineficiente, já que não mais conseguia suprir de forma célere e eficiente as necessidades sociais.

Não mais conseguindo sanar os anseios sociais e dar as respostas necessárias dentro do tempo esperado fez com que começasse a ruir a busca pelo efetivo acesso à justiça e pela pacificação social através do Poder Judiciário.

Com isso, se chegou a um impasse: o cidadão deposita suas expectativas no Poder Judiciário para resolver seus conflitos, pois associa acesso à justiça ao Poder Judiciário, mas o mesmo não consegue atender seus anseios e os anseios sociais, criando ainda mais tensões.

Diante desse impasse fez-se necessário olhar além e enxergar que cabe a sociedade se emancipar e depositar em si o poder para a resolução de seus conflitos.

Os meios alternativos de resolução de conflitos visam promover o acesso à justiça através do diálogo e do empoderamento do indivíduo que se torna suficientemente capaz de resolver suas lides sem ter que ver o outro como adversário ou inimigo.

Através do diálogo e da cultura da paz se torna latente a democratização do acesso à justiça, já que qualquer um, ciente de seus direitos e deveres, poderá de forma consensual chegar à solução de seus conflitos.

Tais meios trazem ao bojo a afirmação do indivíduo e da sociedade, uma vez que os atores sociais se sentirão capazes e suficientemente confiantes para resolverem sem a ingerência do Estado a suas questões de forma justa e pacífica.

O outro deixa de ser visto como inimigo e adversário e passa a ser visto com empatia, como alguém que se empodera do seu direito e busca resolver o conflito de forma consensual. Busca-se uma solução que seja conveniente e atenda os desejos de ambas as partes, onde não haja ven-

cedores ou perdedores, mas sim equilíbrio, reciprocidade e efetiva justiça para ambos.

É preciso que se mude o paradigma e a cultura do litígio passe a ser a cultura da paz e do diálogo, onde questões rotineiras sejam resolvidas pacificamente e apenas se socorra ao Poder Judiciário quando de fato não houver outra forma de se resolver o conflito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, http://www.cnj.jus.br/, acesso em 16 de dezembro de 2018.

DUARTE, Madalena. **Acesso ao direito e à justiça: Condições prévias de participação dos movimentos sociais na arena legal**. Oficina do CES nº 270, fevereiro de 2007.

ECONOMIDES, Kim. **Lendo as Ondas do "Movimento de Acesso à Justiça: epistemologia versus metodologia?** In: PANDOLFI, S (Org) et al. Cidadania, Justiça e Violência. Rio de Janeiro: FGV, p. 61-76, 1999.

HOFFMAN, Paulo. **Razoável Duração do Processo**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. **Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo**. Revista Estudos Históricos. Rio de Janeiro: v. 9, nº 18, p. 389-402, 1996.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça Condicionantes Legítimas e Ilegítimas**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2019.

_____ **A Resolução dos Conflitos e a Função Judicial no Contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PEDROSO, João. **Percurso (s) da (s) reforma (s) da administração da justiça – uma nova relação entre o judicial e o não judicial**. Coimbra: Editora Coimbra, 2003.

PETRÓPOLIS, http://www.cmp.rj.gov.br/, acesso em 09 de dezembro de 2018.

SADEK, Maria Tereza Aina. **Acesso à Justiça: um direito e seus obstáculos**. São Paulo: Revista USP nº 101, p. 55-66, março/ abril/maio de 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução à Sociologia da Administração da Justiça**. Revista Crítica de Ciências Sociais nº 21, p. 11-37, novembro de 1986.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e solução pacífica dos conflitos de interesses**. Bahia. Editora Jus Podivm. Coleção Grandes Temas do Novo CPC v. 9, p. 833-842. 2018.

_____ **Acesso à justiça e meios consensuais de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

DIREITOS HUMANOS E SUA VIOLAÇÃO NA SOCIEDADE BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA

LETÍCIA TORRÃO E SILVA

1. INTRODUÇÃO

Há setenta anos, os direitos que deveriam ser assegurados a todos, ou seja, sem os quais não seria possível uma vida digna, foram compilados e consagrados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). Esse documento foi elaborado por representantes de diversos Estados, dentre eles: Canadá, França, Líbano, entre outros. Nesse sentido, a Declaração incluiu diversas culturas e práticas sociais diversas, uma das causas da imensurável importância de sua elaboração.

A Declaração foi proclamada no dia 10 de dezembro de 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em Paris, com 48 votos a favor e 8 abstenções, mas nenhum voto contrário à sua vigência. A constituição e aprovação dessa Declaração foram marcos históricos, que estabeleceram uma maior segurança em relação a direitos básicos que deveriam ser assegurados ao ser humano, já que suas disposições influenciaram diversos países na elaboração de normas de caráter vinculante como: leis, decisões consuetudinárias, ou seja, de acordo com os costumes, Constituições e tratados internacionais.

Conquanto sanções oficiais não possam ser aplicadas ao descumprimento das regras dessa Declaração, pelo fato de declarações não possuírem caráter obrigatório, esse documento influenciou o modo de agir de diversos líderes políticos, muitas vezes, por medo de repressão moral. Isso

ocorre porque ela é utilizada como uma norma consuetudinária internacional, causando pressões diplomáticas e morais sobre governos que desrespeitam suas disposições.

Para que a Declaração possuísse ampla abrangência e divulgação, ela está disponível em mais de 500 línguas, sendo o documento atual traduzido para o maior número de idiomas. Dessa forma, a maior parte da população de todo mundo poderia ter acesso ao documento que esclarecia o que eram os direitos humanos. Assim, o público alvo, toda a humanidade, teria maior possibilidade de contato com o documento que foi elaborado para assegurar os seus direitos básicos ou, ao menos, tentar inibir a sua violação.

Apesar de todas as modificações benéficas e medo de repressão moral que a Declaração causou, ainda é desrespeitada em muitos locais, inclusive dentro do território de Estados signatários. Por vezes, interesses políticos e a busca pelo lucro superam o receio de sanções morais e revolta popular.

Com isso, muitas vezes, as disposições da Declaração Universal dos Direitos Humanos são violadas por empresas e, até mesmo pelo próprio Estados. Nesse sentido, é preciso conceder maior destaque e divulgação às violações ocorridas, a fim de que a população possa cobrar a reparação dos danos e o efetivo cumprimento de seus direitos. É necessário, também, analisar suas causas, para que, desse modo, seja possível combatê-las, garantindo os direitos essenciais a uma vida digna a todos. Por isso, a Declaração Universal do Direitos Humanos é um dos componentes do processo de respeito aos indivíduos. Nesse sentido, Norberto Bobbio expressa a ideia de continuidade desse processo em seu livro "A Era dos Direitos".

> "quero chamar atenção para o fato de que a Declaração Universal é apenas o início de um longo processo, cuja realização final ainda não somos capazes de ver. A Declaração é algo mais do que um sistema doutrinário, porém algo menos do que um sistema de normas jurídicas. De resto, como já várias vezes foi observado, a própria Declaração proclama os princípios de que se faz pregoeira não como normas jurídicas, mas como 'ideal comum a ser alcançado por todos os povos e por todas as nações'." (Bobbio, Norberto- A Era dos Direitos).

2. DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: CONSTITUIÇÕES E SUAS DISPOSIÇÕES

A primeira Constituição Brasileira foi outorgada pelo Imperador, após a dissolução da Assembleia Constituinte de 1823, a qual pretendia limitar na Constituição os poderes concedidos ao Imperador. Nessa perspectiva, foi redigida em 25 de março, a Constituição Imperial Brasileira de 1824. Essa Constituição concedia poderes amplos ao Imperador, por meio do Poder Moderador, pelo qual ele podia controlar as decisões dos outros três poderes, que só conseguiriam praticar os atos pretendidos, se aprovados pelo Imperador. O Poder Moderador é descrito no livro de José Reinaldo Lima Lopes como *"chave mestra da opressão da nação brasileira e o garrote mais forte da liberdade dos povos"*.[1]

Apesar desse autoritarismo, a Constituição garantia diversos direitos aos cidadãos, o que era incomum para a época, ficando conhecida, por isso, em diversos países, como de caráter liberal. Nesse contexto, era assegurado o direito de voto para o Poder Legislativo, que mesmo indireto e censitário, para o período era considerado um avanço. Além disso, eram garantidos os direitos à liberdade, segurança e propriedade. Contudo, a liberdade religiosa era concedida com limitações, uma vez que as diferentes da católica, só poderiam ser exercidas em âmbito privado.

Assim, é possível perceber que embora assegurasse alguns direitos, esses ainda eram muito limitados, não concedendo uma vida inteiramente digna a todos os integrantes da sociedade brasileira.

A primeira Constituição republicana teve o início da sua vigência em 1891, ela instaurava o regime de governo como presidencialista e federativo, além do voto direto. Contudo, o voto ainda era exclusivamente masculino e não secreto, o que limitava a liberdade de escolha do indivíduo, uma vez que sofriam pressões de grandes proprietários de terras para votar nos candidatos que eles pretendiam, além de promessas de recompensas. Com isso, a autonomia do voto não era plenamente assegurada. Já no âmbito religioso, a liberdade aumentou, pois houve a separação entre o Estado e Igreja e os indivíduos poderiam praticar sua religião na esfera pública.

1. Livro "O Direito na História- Lições Introdutórias". Lima Lopes, José Reinaldo, 2002.

Outro marco Constitucional na história brasileira foram as Constituições de 1934 e 1937, que, em um período de tempo tão curto, possuíam conteúdos muito distintos.

A Constituição de 1934 concedeu diversos direitos aos cidadãos brasileiros. Getúlio Vargas presidiu a Assembleia Constituinte de 1933 que elaborou a Constituição que garantiu mais direitos até aquele momento, no Brasil. Por meio dela, foi instituído o voto secreto, o que assegurava a autonomia do voto, e o voto feminino, dos analfabetos e mendigos, antes vedado. Além disso, houve o fortalecimento do Poder Judiciário, o qual fiscalizava o cumprimento das disposições legais. Nessa época, foi criada a Justiça do Trabalho, que possuía como objetivo resguardar os direitos trabalhistas e mediar conflitos entre empregadores e empregados. Outro avanço do período foi a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), porque reconheceu direitos até hoje vigentes, como o salário mínimo, limite de jornada de 8 horas diárias, folgas semanais, férias remuneradas e a proibição do trabalho dos menores de 14 anos.

Em contraponto a esses avanços, houve um grande retrocesso com o vigor da Constituição de 1937, quando foi instaurado o Estado Novo. As suas disposições eram autoritárias e suprimiam diversos direitos básicos à vida digna. Nesse contexto, Getúlio Vargas, dissolveu o Congresso Nacional e outorgou a Constituição de 1937.

Dentre as violações dos Direitos Humanos, as mais radicais foram: a instauração da pena de morte, o fim da liberdade de imprensa, a supressão da independência dos Poderes Legislativo e Judiciário e o exílio de opositores ao governo. Nesse sentido, a maioria dos direitos concedidos na Constituição anterior foram revogados.

Após o período de governo de Getúlio Vargas houve a Constituição de 1946 que redemocratizou o Brasil. Porém, a democracia brasileira sofreu, ao longo de sua história, diversas dificuldades e em 1964 ocorreu o golpe militar, retirando João Goulart do poder. Em 1967, foi feita uma nova Constituição que suprimia, novamente, os direitos básicos do povo brasileiro. Sobre ela, a frase do político brasileiro Tancredo Neves proferida em 1982 explicita as consequências de um regime autoritário, que, pelo medo, faz com que as atitudes dos cidadãos mudem, desfigurando seu caráter.

> "O processo ditatorial, o processo autoritário, traz consigo o germe da corrupção. O que existe de ruim no processo autoritário é que ele começa desfigurando as instituições e acaba desfigurando o caráter do cidadão."

Após a ditatura militar, a Constituição de 1988, conhecida como "Constituição Cidadã", assegurou os direitos essenciais aos cidadãos em suas cláusulas pétreas, a fim de garantir que eles não fossem violados.

Desse modo, a Constituição brasileira atual garante em seus artigos os direitos básicos da população também previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Nesse sentido, a Constituição atual valoriza os direitos humanos e os assegura em suas disposições. Norberto Bobbio, nessa perspectiva, explicita que essa Declaração foi um marco para a ampliação da seguridade à proteção aos direitos humanos, a fim de que sejam protegidos, até mesmo, contra a violação do próprio Estado.

> "Com a Declaração de 1948, tem início uma terceira e última fase, na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado. No final desse processo, os direitos do cidadão terão se transformado, realmente, positivamente, em direitos do homem. Ou, pelo menos, serão os direitos do cidadão daquela cidade que não tem fronteiras, porque compreende toda a humanidade; ou, em outras palavras, serão os direitos do homem enquanto direitos do cidadão do mundo." (Bobbio, Norberto- A Era dos Direitos).

3. COMO OCORRE A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA SOCIEDADE BRASILEIRA ATUAL

> "Por que os direitos devem ser apresentados numa declaração? Por que os países e os cidadãos sentem a necessidade dessa afirmação formal? As campanhas para abolir a tortura e o castigo cruel apontam para uma resposta: uma afirmação formal e pública confirma as mudanças que ocorreram nas atitudes subjacentes." (HUNT, Lynn- A invenção dos direitos humanos- uma história).

Esse trecho do livro da escritora americana Lynn Hunt explicita a importância de uma Declaração para assegurar os direitos dos indivíduos. Nesse sentido, por mais que a Declaração não possua caráter vinculante, é a afirmação, para a autora, formal e pública dos direitos essenciais, mostrando, dessa forma, que o Estado signatário, ou o que a cria, reconhece sua importância.

Entretanto, mesmo com esse reconhecimento público, alguns Estados que assinaram essas Declarações, ou que as elaboraram, continuam as descumprindo.

3.1 O ESTADO

3.1.1 APARATO POLICIAL

No Brasil, é comum perceber a violação dos direitos humanos por parte das equipes policiais. Todavia, esse descumprimento aos direitos essenciais constitui uma situação antagônica, uma vez que o aparelho de segurança do Estado deveria conceder o exemplo de seguir a Constituição cujo caput do art. 5° diz que:

"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".

Nesse contexto, com o regime militar brasileiro (1964-1985) criou-se uma distanciação entre a polícia e a sociedade, já que aquela era utilizada

para reprimir, de forma violenta, movimentos que lutavam pela liberdade e direitos. Nessa época, esse aparato estatal distanciou-se da proteção dos indivíduos e possuiu sua função distorcida, por causa de suas ações repressivas frente aos que buscavam retomar o Estado Democrático de Direito.

Contudo, mesmo com o fim da ditadura militar, essa característica do aparato policial não se desfez. Nesse sentido, é possível perceber esse fato, quando a [2]Corte Interamericana de Direitos Humanos reprova as atitudes dos policiais na operação de repressão ao tráfico de drogas e armas, no Complexo do Alemão, em 1994 e 1995. Durante a operação morreram 26 homens e ocorreram abusos sexuais e tortura contra três mulheres.

A herança do período ditatorial de repressão social, prática de violência contra ideias opostas e aplicação de violência no combate a crimes, deve acabar, uma vez que desrespeitam os direitos humanos presentes na Constituição Federal, da qual o próprio Estado deve ser o principal defensor e propagador de atitudes coerentes com as disposições constitucionais.

Nesse sentido, é preciso que os agentes da segurança pública respeitem e assegurem a prática dos direitos básico à dignidade humana. Além disso, é necessário, também, que a sociedade se aproxime da polícia para garantir a eficiência da corporação e o respeito mútuo. Ademais, investimentos em serviços de inteligência são válidos, uma vez que muitos crimes não precisam de contato físico para serem combatidos, mas de um aparato de raciocínio qualificado.

3.1.2 OMISSÃO ESTATAL

Para que o Estado desrespeite os direitos humanos não é preciso que atue diretamente ou por meio dos órgãos que o compõe. É possível, também, que esse descumprimento da garantia à dignidade humana seja exercido por meio de omissões.

Esse modo de violação aos direitos ocorreu com o caso "Maria da Penha". A farmacêutica Maria da Penha sofreu duas tentativas de homicídio, em 1986, pelo seu marido, ficando, por esse motivo, paraplégica. O agressor

2. RICARDO RESENDE, Bruna Karoline- Direitos humanos e a polícia, revista migalhas de peso, 28/04/2017

demorou a ser condenado, obtendo sentença somente 6 meses antes da prescrição do crime.

O caso de Maria da Penha foi recebido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que buscou explicações frente ao Estado brasileiro sobre a demora de julgamento do crime. Contudo, o país foi omisso quanto aos questionamentos. Com isso, a Comissão publicou Recomendações para solucionar o caso e adotar medidas indenizatórias e que prevenissem à violência sexista. Nesse contexto, o Brasil começou a adotar ações para a proteção da mulher, promulgando, em 2006, a Lei Maria da Penha.

É evidente, portanto, o descaso do Estado com a proteção aos direitos humanos e a repressão da violação desses, uma vez que não houve uma solução rápida para o caso, e a atitude elaborada para prevenir novos acontecimentos de violência e conceder maior segurança para o sexo feminino foi feita muito depois. Nesse sentido, Theresa Rachel Couto, em seu conceito do que são os direitos humanos, afirma a importância do Estado garantir as exigências básicas para vida digna dos indivíduos.

> [3]"prerrogativas que tem todo indivíduo frente aos órgãos do Poder para preservar sua dignidade como ser humano e cuja função é excluir a interferência indevida do Estado em áreas específicas da vida individual e assegurar a prestação de determinados serviços por parte do Estado para satisfazer as necessidades básicas que reflitam as exigências fundamentais de cada ser humano."

Além da omissão quanto a violência contra a mulher, O Estado brasileiro também não realizou grandes avanços na questão dos direitos dos quilombolas, sofrendo, inclusive, críticas da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos.

Durante uma sessão convocada pela Comissão, a fim de reforçar a demarcação de terras, vedando a diminuição de territórios, e estabelecer as novas diretrizes orçamentárias para manutenção dos quilombos, o Brasil se comprometeu com alguns decretos. Entretanto, não firmou grandes mudanças que melhorassem a vida dos povos quilombolas no país. Além disso,

3. CORREIA, Theresa Rachel Couto. Considerações iniciais sobre o conceito dos direitos humanos.

as terras quilombolas estão sofrendo com a grande especulação imobiliária.

Devido a essa atitude do Brasil durante a sessão da Comissão e a falta de avanço em políticas para proteção dessas áreas, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos decidiu antecipar sua vinda ao Brasil, a fim de fiscalizar o cumprimento dos acordos referentes às terras quilombolas. Nesse contexto, o assessor jurídico da Terra de Direitos, Fernando Prioste corrobora a ideia de omissão do Brasil.

> "A reunião foi mais um passo nessa nossa estratégia internacional, de médio/longo prazo, para pressionar o Estado brasileiro nesses temas. Não tivemos nenhum grande compromisso do Estado, o que configura, para as entidades denunciantes, um caso de omissão racista".

3.2 O ÂMBITO PRIVADO

3.2.1 DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO

Na estrutura privada ainda há desigualdade quanto ao salário recebido por homens e mulheres. O gênero masculino continua recebendo maiores salários, por mais que as mulheres exerçam o mesmo cargo. Além disso, muitas vezes não são contratadas para a função, pois o sexo é considerado. Isso ocorre, muitas vezes, por questões genéticas e estereótipos que as fazem ser menos atraentes ao mercado privado. Nesse sentido, muitos empresários, no momento da contratação, consideram o tempo que terão que pagar o salário, mesmo sem a mulher trabalhar, por motivo de gravidez. Essa possibilidade faz com que muitos prefiram contratar homens, já que a licença paternidade é muito menor.

Além dessa questão, há estereótipos vinculados ao gênero feminino, como a ausência de predisposição à liderança, uma vez que, por causa da estrutura patriarcal, é uma característica relacionada aos homens. Ademais, são mais associadas à busca da satisfação pessoal e a vontade de possuir mais tempo para a família, havendo um pensamento errôneo de que, por esse motivo, não estão tão dispostas a trabalhar quanto os homens. Com isso, muitas mulheres não são contratadas para os empregos, corroborando

com essa ideia há o estudo da Organização Internacional do Trabalho[4], que mostrou que as mulheres possuem mais dificuldade de ingressar no mercado de trabalho, sendo a taxa de desemprego 6%, na média mundial.

Os dados do IBGE confirmam essa situação na pesquisa "Estatísticas de gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil", realizada em 2016, na qual foi concluído que na faixa etária entre os 25 e 44 anos a renda delas era ¾ da masculina.

Outrossim, no relatório de Desigualdade Global de Gênero de 2017, elaborado pelo Fórum Econômico Mundial, o Brasil cai 11 posições. Nesse sentido, a chefe de Educação, Gênero e Trabalho do Fórum Econômico Mundial, Saadia Zahidi afirma:

> "Em 2017, não deveríamos estar vendo um progresso em direção à paridade de gênero ser revertido. Igualdade de gênero é tanto moral quanto um imperativo econômico. Alguns países entenderam isso e estão vendo os dividendos das medidas proativas que tomaram para tratar suas disparidades de gênero"

Essa falta de equidade de gênero contraria tanto os direitos essenciais presentes na Declaração Universal dos Direitos Humanos, quanto as disposições da Constituição Federal, uma vez que não estabelece a igualdade de condições tanto para ocupar o cargo quanto no que tange a remuneração recebida.

"Art. 7º: XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil." (Constituição Federal Brasileira, 1988)

3.2.2 EXPLORAÇÃO E CONDIÇÕES PRECÁRIAS

Apesar da Lei Áurea, em 1888, ter abolido a escravidão, ainda existe no Brasil contemporâneo trabalhadores submetidos a condições análogas à escravidão, vivendo com violência física, restrições de liberdade, condições de

4. Fonte: Artigo da revista O Globo: economia, "Indicador de desigualdade entre homens e mulheres no trabalho parou de cair"

vida precárias, sem saneamento básico, cuidados médicos ou água encanada.

A escravidão contemporânea ocorre, majoritariamente, nas áreas rurais, pois são de mais difícil acesso. Porém, há na indústria têxtil, na construção civil e no mercado sexual indivíduos que são submetidos a essas condições degradantes de trabalho.

No campo, há promessas que nunca são cumpridas. Com isso, os trabalhadores se afastam de suas famílias e não possuem recursos para denunciar a situação em que vivem. Quando chegam ao local, são explorados e, muitas vezes, sua liberdade é restringida, seja pela utilização da força, pela retenção de salários- que são prometidos ao fim da jornada- ou, até mesmo, pela não devolução dos documentos, a fim de evitar fugas e denúncias.

Nesse sentido, um caso que ficou famoso por causa das condições análogas à escravidão e pela demora na punição dos responsáveis foi o caso da Fazenda Brasil Verde. Os trabalhadores foram resgatados em 2000, mas, até hoje, ainda existem casos semelhantes a esse. A Fazenda é propriedade da família Quagliato e ofereceu um trabalho com carteira assinada, salário mínimo, transporte e alimentação pagos pelos empregadores. Contudo, não foi isso que aconteceu, o relato de um dos trabalhadores explicita a situação.

> "A promessa era de receber um salário mínimo. Chegando lá, o alojamento era amontoado. O banho era na mesma grota onde a gente bebia água e junto com os animais. O trabalho ia de 6 da manhã às 6 da tarde. A comida eles davam no mato, onde a gente estivesse fazendo a roça de juquira". (Raimundo Nonato da Silva, um dos trabalhadores, em depoimento ao Ministério Público Federal)

O caso foi para a Corte Interamericana de Direitos Humanos que, em 2016, condenou o Brasil por omissão e negligência. A gravidade do acontecimento é evidente quando a Corte condena pela primeira vez um país por trabalho escravo desde 1979.

É perceptível, portanto, que o Estado brasileiro se manteve omisso quanto ao caso e não houve rápida punição aos que praticaram o ato. Somente em 2018, o Ministério Público Federal[5], começou a cumprir a

5. Site do Ministério Público Federal, matéria "#TrabalhoEscravoNão: após 18 anos, impunidade a crime na Fazenda Brasil Verde pode chegar ao fim", 31/01/2018.

sentença da Corte e iniciou a localização e coleta de depoimentos de 45 vítimas. Nesse contexto, a demora para punir os responsáveis demonstra a violação e o descaso com os direitos humanos. Ademais, está previsto expressamente no Código Penal Brasileiro a proibição dessa prática.

"*Artigo 149.* Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto."

Os trabalhadores ganhavam 0,75 reais por dia trabalhado e caminhavam 20 quilômetros para chegar ao local de trabalho. Ademais, receberam botas que possuíam pregos, furando seus pés. No momento que isso ocorreu com um dos trabalhadores, um dos fiscais falou que era para mostrar "sangue ruim". Além disso, os locais onde dormiam era quente e úmido, originando uma doença que chamaram de "rói-rói, que comia a carne", pois ao tirar as meias havia pele grudada nelas.[6]

Esses casos, contudo, não ficaram no passado, a Fundação The Walk Free, em suas pesquisas, concluiu que em 2016 havia cerca de 161.100 pessoas submetidas a condições análogas à escravidão no Brasil, dos quais a maior parte era na área rural, mas havia também na esfera urbana, onde as maiores concentrações eram nas confecções têxteis e construção civil.

Desse modo, é possível perceber que o Estado não pune devidamente os que infringem os direitos humanos, além de não exercer a correta fiscalização, uma vez que ainda há, em muitos lugares do território brasileiro, pessoas submetidas a trabalhos degradantes e em condições precárias.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dessa forma, é evidente que o Estado brasileiro possui grande culpa ao não fiscalizar o cumprimento dos direitos humanos em seu território, tanto no âmbito público quanto no privado.

Na esfera pública há o próprio órgão estatal descumprindo disposições

6. Site Instituto Humanitas Unisinos, matéria "Fazenda Brasil Verde: Histórias de um país que não superou o trabalho escravo", 17/05/2017.

legais cujo conteúdo corrobora com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, como é o caso do tratamento violento da polícia. Assim, o Estado é responsável pela não preparação adequada do seu aparato de segurança pública.

Outrossim, a omissão dos Estado brasileiro frente a casos de desrespeito aos direitos humanos- como no caso de violência contra a mulher, a questão das terras quilombolas, a desigualdade salarial, a escravidão contemporânea, entre tantos outros, concede respaldo para os que descumprem a lei, por haver uma sensação de impunidade.

Já na esfera privada, além da ineficiente fiscalização estatal para punir essas violações, a busca pelo lucro acarreta a exploração excessiva de mão de obra e submete os indivíduos a situações degradantes, contrariando os direitos humanos e a concessão de condições dignas de trabalho.

É preciso reconhecer, também, que o país melhorou suas políticas de proteção aos direitos humanos, ainda que de forma lenta. Contudo, falta bastante para erradicar esse problema no Brasil, devendo, portanto, aprimorar e promulgar leis que visem o combate a esses crimes contra a dignidade humana e aumentar a fiscalização e investigação desses fatos. Além disso, esses casos devem ser solucionados de maneira rápida e eficaz pelo aparato judicial, o que, pelo analisado, não ocorre na prática.

É necessário, portanto, buscar políticas públicas que concedam maior segurança aos cidadãos quanto a certeza do cumprimento de seus direitos essenciais a uma vida digna.

Para isso, é essencial analisar e aprender com os casos passados, a fim de que, no presente, comecem a ocorrer mudanças para o combate dessas práticas que vão contra a dignidade humana e disposições legais, com o propósito de, no futuro, não mais haver notícias como essas de desrespeito e desigualdade, erradicando a violação aos direitos humanos e fazendo ser exercido o conteúdo, que, há 70 anos, foi firmado na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

Agência IGBE Notícias, matéria "Estatísticas de gênero: responsabilidade por afazeres afeta inserção das mulheres no mercado de trabalho", 07/03/2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/20232-estatisticas-de-genero-responsabilidade-por-afazeres-afeta-insercao-das-mulheres-no-mercado-de-trabalho> Acesso em: 22 de fevereiro de 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BOBBIO, Norberto- A Era dos Direitos, 2004 Elsevier Editora Ltda.

CORREIA, Theresa Rachel Couto. Considerações iniciais sobre o conceito de direitos humanos.

HUNT, Lynn. "A invenção dos direitos humanos- uma história", 2007.

Instituto Humanitas Unisinos, matéria "Fazenda Brasil Verde: Histórias de um país que não superou o trabalho escravo", 17/05/2017. Disponível em <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/567705-fazenda-brasil-verde-historias-de-um-pais-que-nao-superou-o-trabalho-escravo> Acesso em 18 fevereiro de 2019.

LIMA Lopes, José Reinaldo. "O Direito na História- Lições Introdutórias", 2002. Editora, Max Limonad.

MILENA, Lilian. "Trabalho escravo: após quase duas décadas, caso Fazenda Brasil Verde pode chegar ao fim." Disponível em <https://jornalggn.com.br/trabalho/trabalho-escravo-apos-quase-duas-decadas-caso-fazenda-brasil-verde-pode-chegar-ao-fim/> Acesso em 16 fevereiro de 2019.

Ministério Público Federal, matéria "#TrabalhoEscravoNão: após 18 anos, impunidade a crime na Fazenda Brasil Verde pode chegar ao fim". Disponível em< http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/trabalho-escravonao-apos-18-anos-impunidade-a-crime-na-fazenda-brasil-verde-pode-chegar-ao-fim> Acesso em 20 de fevereiro 2019.

NEVES, Lidia. "Desigualdade entre homens e mulheres aumenta; Brasil cai 11 posições em ranking". Disponível em <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-11/desigualdade-global-entre-homens-e-mulheres-aumenta-apos-10-anos-de> Acesso em 14 de fevereiro de 2019.

NOVO, Benigno Núñez e RAMALHO, Halleyde Souza- ANÁLISE HISTÓRICA DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS. Disponível em: <https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigo_analise_historica_das_constituicoes_brasileiras.pdf> Acesso em 10 janeiro de 2019

O Globo: economia, "Indicador de desigualdade entre homens e mulheres no trabalho parou de cair" Disponível em <https://oglobo.globo.com/economia/indicador-de-desigualdade-entre-homens-mulheres-no-trabalho-parou-de-cair-22466644> Acesso em 03 fevereiro de 2019.

RICARDO RESENDE, Bruna Karoline- "Direitos humanos e a polícia". Disponível em <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI257988,-21048-Direitos+humanos+e+a+policia> Acesso em 23 de janeiro de 2019.

SABRINA BATISTA SAMPAIO- "Direitos humanos fundamentais: evolução histórica e visão da carta constitucional pátria." Disponível em <https://jus.com.br/artigos/62478/direitos-humanos-fundamentais--evolucao-historica-e-visao-da-carta-constitucional-patria> Acesso em 15 de janeiro de 2019.

DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES: O CONSELHO TUTELAR NO ESTADO BRASILEIRO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS REFLEXOS INTERNACIONAIS NA PROTEÇÃO INTEGRAL

LUCAS MARCONY LINO DA SILVA

INTRODUÇÃO

As crianças e adolescentes por muitos séculos nem eram considerados alvos de proteção, a história nos mostra indubitavelmente as violações às quais eram submetidas e consideradas naturais como casamentos infantis, crianças na Revolução Industrial submetidas às longas jornadas de trabalhos (dezesseis horas e mais), trabalhos no campo, domésticos, escravidão, situações de ruas e etc.; violências essas que ainda persistem em determinado grau apesar da proteção legislativa. Tais absurdos não eram colocados na lei, mas com o caminhar da sociedade instrumentos normativos internacionais e nacionais foram construídos e estão em evolução e aperfeiçoamento. Nunes (2009) traz à lembrança a utilização da mão de obra infantil em tempos anteriores, cerca de dois mil anos antes de Cristo, como no caso do Egito onde crianças "eram submetidos ao regime geral e deviam trabalhar desde que tivessem relativo desenvolvimento físico" (p. 12) e também "em Roma as crianças trabalham como aprendizes e na Idade Média, as crianças trabalhavam tanto quanto os adultos" (p. 12).

O Brasil, influenciado pelo contexto internacional criou instrumentos legais para a proteção de crianças e adolescentes no âmbito nacional. Destaca-se inclusive a criação de um órgão específico e inovador por meio da lei federal nº 8.069 de 1990, o Conselho Tutelar dos Direitos da Criança e do Adolescente. Apesar de quase trinta anos da sua criação; a sociedade, o

governo e até muitos profissionais tecem errôneas declarações sobre o papel do Conselho Tutelar e isso lamentavelmente tem contribuído para que os cidadãos não tenham real conhecimento da função e ação desse órgão que exerce papel protetivo e muitas vezes recebe o rótulo de órgão punitivo pela propagação de informações dissociadas da verdade e da legalidade. Cabe, ainda, citar a fase que o país vive mediante os efeitos nas eleições presidenciais de 2018 das fake news – tal situação revela o quão prejudicial é a ausência da verdade e de informações corretas no seio social.

O artigo 227 da Constituição da República de 1988 (CR/88) estabeleceu a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente ao afirmar que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. E como avanço na efetivação da supracitada doutrina foi sancionada em 13 de julho de 1990 a lei federal nº 8.069, que dispões sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o qual criou o Conselho Tutelar. Órgão esse que compõe o eixo estratégico de defesa do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente (SGDCA) conforme Resolução nº 113 de 19 de abril de 2006 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA).

DA AUSÊNCIA DE DIREITOS À DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Diante do avanço dos estudos das diversas áreas como nas ciências humanas, ciências sociais e políticas; pesquisadores e pensadores passam a chamar a atenção para a necessidade da proteção às crianças. A humanidade não visualizava seus filhos como seres diferentes dos adultos no que se refere à necessidade específica de proteção, ou seja, crianças já eram introduzidas aos afazeres dos adultos a partir do momento que conseguisse imitar os trabalhos desenvolvidos como aqueles relacionados aos afazeres

domésticos, tarefas nos campos como agricultura e cuidado de animais. Consta ainda citar as situações de escravidão pelas quais alguns povos estavam submetidos quando uma região era conquistada e tanto adultos como crianças eram colocados pelos dominadores em situação de escravos.

A história da positivação dos direitos é de um longo e lento caminhar no Brasil (CARVALHO, 2011). Lorenzi (2016) leciona que até o início do século XX não se tem registro de políticas sociais delineadas pelo Brasile à época no que se refere às crianças, existia "o Sistema da Roda das Santas Casas vindo da Europa do século XIX"; a autora ensina que "a Roda constituía-se de um cilindro oco de madeira que girava em torno do próprio eixo com uma abertura em uma das faces, alocada em um tipo de janela onde eram colocados os bebês" (p.1). Preservava assim a não identificação da genitora, as quais eram mães solteiras e não podiam assumir a maternidade.

Em 1854 ocorre a regulamentação do ensino obrigatório, porém a universalização não foi garantida: escravos e portadores de doenças contagiosas estavam excluídos. A saúde de igual forma não era acessível e assim a exclusão era dupla. O Decreto nº 1.313 colocava em 12 anos a idade mínima para o trabalho, mas "as indústrias nascentes e a agricultura contavam com a mão de obra infantil" (LORENZI, 2016, p.1). A greve geral de 1927 entre as várias reivindicações também lutou pela proibição do trabalho infantil para menores de 14 anos e pela extinção do trabalho noturno de menores de 18 anos e de mulheres. Em 1923 ocorre a criação dos Juizados de Menores e se promulga em 1927 o Código de Menores, o qual trouxe a proibição do sistema das Rodas e as crianças então deveriam doravante ser entregues diretamente aos dirigentes das entidades. Tal norma não se aplicava a todas as crianças, mas aos abandonados e aqueles que infringiam a lei.

No período autoritário do Estado Novo em 1942 foi criado o Sistema de Assistência ao Menor (SAM) ligado ao Ministério da Justiça e com ênfase na função punitiva mediante orientação correcional repressiva (LORENZI, 2016). Havia dois encaminhamentos: (i) para o menor abandonado e carente existiam os patronatos agrícolas e escolas de aprendizagem de ofícios urbanos; (ii) para menores autores de atos infracionais o destino era os reformatórios e casas de correção. No mesmo período houve ainda entidades com caráter assistencialista como a Legião Brasileira de Assistência

(LBA), a Casa do Pequeno Jornaleiro, a Casa do Pequeno Lavrador, a Casa do Pequeno Trabalhador (LORENZI, 2016).

Com a deposição de Getúlio Vargas, em 1964 há a promulgação de uma nova constituição. Em João Pessoa na Paraíba o primeiro escritório da UNICEF (Fundo Internacional de Emergência para a Infância das Nações Unidas) é instalado no ano de 1950 com projetos voltados à saúde da criança e da gestante em alguns estados do Nordeste (LORENZI, 2016). A sociedade por meio da opinião pública passa a visualizar o SAM sem humanização e como aparato de repressão sem retorno social positivo.

Com o golpe militar em 1964 e a ditadura instalada, ocorre a elaboração da Constituição de 1967. A Fundação Nacional do Bem Estar do Menor (FUNABEM) é criada em 1964 pela lei 4.513 herdando estruturas e a cultura do SAM sem mudança da prática que já estava em vigor – a internação continuou sendo a regra. Em 1979 por meio da lei 6.697 há a revisão do Código de Menores, porém não se rompe com seu viés "principal de arbitrariedade, assistencialismo e repressão junto à população infanto-juvenil" (LORENZI, 2016, p.3). A lei trouxe a temática da situação irregular do menor, a qual era caracterizada por meio do abandono ou da delinquência.

Nos anos 70 as universidades passam a se atentarem para situação do risco social e focam também na questão da infância e da juventude. A reabertura democrática e a Constituição da República de 1988 inaugura um novo paradigma no que se refere à infância. Há a incorporação da influência internacional na Carta Magna como também no primeiro estatuto criado – o Estatuto da Criança e do Adolescente – por meio da lei 8.690 de 1990 que substituiu o Código de Menores. A partir da nova concepção até o uso do termo "menor" encontra-se em desacordo, adotando-se os termos "criança" e "adolescente" pela nova legislação. O resultado que culminou na promulgação da CR/88 e do ECA é fruto também da articulação dos movimentos sociais que lutavam em prol da mudança de mentalidade e legislativa anterior em vigor para uma nova época em concordância com urgente necessidade de proteção à infância e juventude que já vinha se consagrando no âmbito internacional como: a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 (ratificada pelo Brasil); Regras de Beijing – Regras mínimas das Nações

Unidas para a administração da Justiça da infância e da Juventude – Resolução 40/33 das Nações Unidas de 29 de novembro de 1985; Convenção sobre os Direitos da Criança 1989 (promulgada pelo Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990); Convenção de Haia (1993) sobre adoção internacional (ratificada através do Decreto nº 3.087/99 de 01 de julho de 1999).

O CONSELHO TUTELAR NO ESTADO BRASILEIRO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

É no Estatuto da Criança e do Adolescente que está estabelecido o Conselho Tutelar, esse conceituado no artigo 131 como sendo um órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente. Ser um órgão permanente e autônomo significa dizer que o Conselho Tutelar é um órgão público criado por lei que integra o conjunto das instituições brasileiras, órgão esse que está subordinado à legislação nacional e que tem autonomia em suas decisões no desempenho das atribuições que o Estatuto lhe conferiu.

O Conselho Tutelar é um órgão não jurisdicional, ou seja, não integra o Poder Judiciário. O órgão exerce funções de caráter administrativo. Cabe já elucidar que o Poder Executivo municipal, Prefeitura Municipal, é responsável por permitir o adequado funcionamento do Conselho Tutelar; dessa forma o órgão está vinculado ao Poder Executivo municipal no que se refere aos custos (equipamentos, remuneração dos funcionários, funcionamento, etc.), mas as decisões tomadas pelo Conselho Tutelar não estão subordinadas a nenhum órgão de nenhum dos poderes (Executivo, Legislativo ou Judiciário). Conforme estabelece o artigo 137 do ECA, as decisões do Conselho Tutelar somente poderão ser revistas pela autoridade judiciária a pedido de quem tenha legítimo interesse, desse forma quem se sentir lesado deverá recorrer à Justiça da Infância e da Juventude.

Quando a lei estabeleceu que o Conselho Tutelar é encarregado pela sociedade de zelar pelos direitos da criança e do adolescente, significa que o órgão não é executor de serviços públicos, mas sim aquele que requisita a execução àqueles que são os responsáveis pela realização do serviço. Dessa

forma a sociedade escolhe os Conselheiros Tutelares conforme processo de escolha que é definido em cada cidade por lei municipal. Conforme estabelece o artigo 139 do ECA, é o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA) de cada município que irá conduzir o processo de escolha com fiscalização do Ministério Público.

ATRIBUIÇÕES DO CONSELHO TUTELAR

O Conselho Tutelar é um órgão que deve ser acionado para que possa começar a atuar nos casos de ameaça e/ou violação de direitos às crianças e adolescentes conforme estabelecido no ordenamento jurídico nacional. O artigo 98 do Estatuto deve sempre ser observado quando o órgão é acionado, pois as medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos no ECA forem ameaçados ou violados nas seguintes situações: (i) por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; (ii) por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; ou (iii) em razão da própria conduta da criança ou do adolescente.

O Estatuto determina que criança é a pessoa até doze anos de idade incompletos, ou seja, de 0 (zero) a 11 (onze) anos de idade; e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade, ou seja, de 12 (doze) a 17 (dezessete) anos, após completar 18 (dezoito) anos, a pessoa já não é mais adolescente, mas sim adulta. Hodiernamente, existe o Disque 100, um canal pelo qual é possível via telefonema e anonimamente denunciar situações de suspeitas e violações de direitos de crianças e adolescentes em todo o território nacional. Qualquer cidadão com informações do endereço e dos nomes das pessoas envolvidas poderá denunciar e contribuir para que crianças e adolescente tenham seus direitos garantidos. O Disque 100 enviará aos órgãos competentes, principalmente ao Conselho Tutelar, as denúncias de acordo com o endereço da vítima para que haja intervenção.

O Conselho Tutelar visualizando alguma dessas situações colocadas pelo art. 98 deverá atuar dentro das suas atribuições que estão definidas na lei federal nº 8.069/90. No artigo 136 da supracitada norma se encontra a maioria das atribuições do Conselho Tutelar, das quais irá se falar doravante.

O ATENDIMENTO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES COM APLICAÇÃO DE MEDIDAS PROTETIVAS

É imperativo considerar a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento como posto no art. 6º do ECA. No Conselho Tutelar a criança e o adolescente devem ser ouvidos, a escuta faz parte do atendimento. Visualiza-se nessa atribuição a razão que leva o Conselho Tutelar a atuar, que é a "ameaça ou a violação dos direitos fundamentais e humanos garantidos pelo ECA" (BETIATE, 2018, p. 5). O Estado, por exemplo, como agente violador poderá figurar no momento que é negada a vaga escolar, na falta do correto atendimento de saúde, na ausência de programas e serviços. Os pais ou responsáveis poderão ser violadores quando não cumpre ao que está preceituado no artigo 22 do Estatuto: "Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais" (BRASIL, 1990). É importante relatar que mais da metade dos casos de abusos sexuais cometidos contra crianças e adolescentes são praticados pela família, sendo os principais abusadores intrafamiliares o pai, o padrasto, o tio, a mãe entre outros, nessa ordem, conforme informações da Associação Brasileira Multiprofissional de Proteção à Infância e à Adolescência (ABRAPIA).

A criança ou o adolescente violando seu próprio direito requer uma análise criteriosa, pois as maiorias das violações de direitos quando possivelmente são em razão da própria conduta, sempre trarão como antecedentes outras violações que são frutos da ação do Estado, da sociedade e/ou do próprio núcleo familiar. Luciano Betiate (2018, p. 6) alerta que "sempre haverá direitos ameaçados ou violados motivando condutas e comportamentos".

O Conselho Tutelar é o órgão competente para aplicar medidas protetivas às crianças que praticam ato infracional, o qual "é toda conduta descrita como "crime" ou "contravenção"" (BETIATE, 2018, p. 6) tipificada na legislação. É sempre importante destacar que é o ato infracional praticado por criança e não por adolescente; adolescentes autores de atos infracionais deverão ser conduzidos pela Segurança Pública (policiais) ao Delegado de

Polícia Civil e esse dará prosseguimento conforme o rito legal; o próprio ECA traz no artigo 88, inciso V que deverá existir "integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Segurança Pública e Assistência Social, preferencialmente em um mesmo local, para efeito de agilização do atendimento inicial a adolescente a quem se atribua autoria de ato infracional" (BRASIL, 1990); importante observar que o Conselho Tutelar não está nesse rol taxativo colocado pelo dispositivo legal.

Se a situação realmente exigir a atuação do órgão, já existem as medidas a serem aplicadas pelo Conselho Tutelar:

> Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:
> I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
> II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
> III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
> IV - inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente;
> V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
> VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
> VII - acolhimento institucional.

A autoridade competente nesse caso é o Conselho Tutelar; já foi esclarecido que o Conselho Tutelar é um órgão autônomo e constitui-se como autoridade de acordo com a lei. É mister abordar que o Estatuto determinou que as decisões do órgão são colegiadas e não individuais, dessa forma a aplicação de medidas requer "discussão e deliberação do colegiado do Conselho Tutelar que é a instância máxima dentro do órgão" (BETIATE, 2018, p. 8) composta pelos cinco Conselheiros Tutelares e no que se refere ao inciso VII - acolhimento institucional, essa medida é tratada como

excepcionalíssima, devendo o órgão comunicar imediatamente ao juiz da Vara da Infância e da Juventude quando ela for aplicada para prosseguimento dos procedimentos legais da esfera judicial.

O ATENDIMENTO E ACONSELHAMENTO AOS PAIS OU RESPONSÁVEL COM APLICAÇÃO DE MEDIDAS

A lei é clara ao falar em "atender", assim o órgão em seus atendimentos realizará as escutas dos pais ou responsáveis e conforme o caso aplicará medidas a eles, pais ou responsáveis.

> Art. 129. São medidas aplicáveis aos pais ou responsável:
> I - encaminhamento a serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família;
> II - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
> III - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico;
> IV - encaminhamento a cursos ou programas de orientação;
> V - obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua freqüência e aproveitamento escolar;
> VI - obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado;
> VII – advertência.

Nos atendimentos realizados pelo Conselho Tutelar, os pais e responsáveis devem ser aconselhados sobres seus direitos e deveres para como as crianças e/ou adolescentes que estão sob suas responsabilidades. Os Conselheiros Tutelares não desenvolverão trabalhos de técnicos dos serviços (terapêuticos, clínicos, sociais, psicológicos, pedagógicos), esses serviços são justamente os requisitados pelo Conselho Tutelar que deverão executar a medida aplicada pelo órgão.

A PROMOÇÃO DA EXECUÇÃO DE SUAS DECISÕES POR MEIO DA REQUISIÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E A REPRESENTAÇÃO JUNTO À AUTORIDADE JUDICIÁRIA NOS CASOS DE DESCUMPRIMENTO

As medidas aplicadas pelo Conselho Tutelar devem ser executadas, para isso o órgão irá requisitar aos setores competentes a execução por meio da requisição de serviços públicos. Infelizmente há situações de inexistência de determinado serviço público requisitado ou da não execução do mesmo. Mediante o exercício do controle das requisições feitas, o Conselho Tutelar consegue verificar se a medida está sendo executada ou não. Em caso negativo, de descumprimento injustificado, o Conselho Tutelar deverá realizar a representação do órgão que não cumpriu a deliberação junto ao juiz. Luciano Betiate leciona que "o não atendimento de uma requisição é tão sério que pode desencadear a instauração de inquérito policial para verificar se houve, por parte desse servidor, o cometimento do crime de prevaricação" (2018, p.14).

O ENCAMINHAMENTO AO MINISTÉRIO PÚBLICO DA NOTÍCIA DE FATO QUE CONSTITUA INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA OU PENAL CONTRA OS DIREITOS DA CRIANÇA OU ADOLESCENTE

Cabe ressaltar nesse ponto que o encaminhamento é feito ao Ministério Público e não o Conselheiro Tutelar ir às delegacias de polícia noticiar crimes. Ir às delegacias para registrar queixa é uma "prática que deve ser abolida, pois acaba expondo o Conselheiro Tutelar a um risco desnecessário" (BETIATE, 2018, p. 16).

Ao identificar, nos atendimentos, infrações administrativas ou penais contra os direitos da criança ou adolescente, o Conselho Tutelar deve encaminhar ao Ministério Público para que o promotor de justiça adote as providências cabíveis. As supracitadas infrações estão dispostas no ECA em capítulos próprios e também na legislação penal.

O ENCAMINHAMENTO À AUTORIDADE JUDICIÁRIA DOS CASOS DE SUA COMPETÊNCIA

O Conselho Tutelar tem um caminho sem intermediários até o poder judiciário. É importantíssimo esclarecer que essa atribuição veio também para não deixar dúvidas que o Conselho Tutelar não é um órgão jurisdicional, mas sim da esfera administrativa. A sociedade ainda tem a imagem equivocada que o Conselho Tutelar tem atribuições em questões litigiosas que envolvam direitos como: possíveis guardas, pensões alimentícias, tutela, adoção, etc., mas são questões da esfera judicial e os cidadãos devem acionar a justiça.

Essa atribuição é exercida quando, por exemplo, o Conselho Tutelar observar que a melhor medida a ser aplicada é o acolhimento institucional; deverá dá conhecimento ao juiz da infância e da juventude, o qual examinará o caso e decidirá pela permanência no acolhimento ou não. No art. 101, VIII – IX e no art. 129, VIII – X do ECA; estão as medidas de competência exclusiva do poder judiciário.

O PROVIDENCIAMENTO DA MEDIDA ESTABELECIDA PELA AUTORIDADE JUDICIÁRIA PARA O ADOLESCENTE AUTOR DE ATO INFRACIONAL

Essa atribuição afirma que as medidas de proteção aplicadas pelo juiz deverão ser providenciadas pelo Conselho Tutelar, ou seja, o órgão requisitará (art. 136, III, a) serviços à rede de atendimento e essa é quem executará a medida estabelecida.

> Providenciar a medida estabelecida pelo juiz não quer dizer executá-la. O Conselho Tutelar não é um programa de atendimento, por isso não executa ações. O Conselho Tutelar é um órgão que **ZELA** por direito, e zelar, é fazer com que aqueles que devem atender, que efetivamente o façam. (BETIATE, 2018, p. 22, grifos do autor).

A EXPEDIÇÃO DE NOTIFICAÇÕES

Notificar significa, enquanto atribuição do Conselho Tutelar, convocar pessoas para ouvi-las e também noticiar a alguma instituição ou alguém. Dessa forma, há dois empregos dessa atribuição. O Conselho Tutelar, a título exemplificativo, deve notificar aos genitores/responsáveis diante do recebimento de denúncia e também pode comunicar aos órgãos competentes para que tomem providências, por exemplo, quando constatar irregularidades durante fiscalização em entidades de acolhimento institucional (art. 95 do Estatuto).

A REQUISIÇÃO DE CERTIDÕES DE NASCIMENTO E DE ÓBITO DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE

O exercício de requisitar esses documentos específicos se dará quando houver necessidade de comprovação de informações como da correta idade para verificar se trata de criança ou de adolescente, algo muito importante em casos de suposto ato infracional, ou no que se refere à comprovação da filiação, por exemplo. Luciano Betiate (2018, p. 26) ensina que essa atribuição não se trata da "lavratura do registro, cuja determinação é de competência exclusiva da autoridade judiciária".

O ASSESSORAMENTO AO PODER EXECUTIVO LOCAL NA ELABORAÇÃO DA PROPOSTA ORÇAMENTÁRIA PARA PLANOS E PROGRAMAS DE ATENDIMENTO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Para a correta existência das políticas públicas voltada às crianças e aos adolescentes é imprescindível investimento financeiro. O Conselho Tutelar conhece com clareza as deficiências do município na seara da infância e da adolescência, em contrapartida faltam aos Conselheiros Tutelares capacitação por meio do Poder Público no objetivo de empoderá-los para o

exercício de assessorar o Poder Executivo no orçamento que inclui o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA). Infelizmente os atores políticos que fazem parte do governo geralmente tendem a obstaculizar o acesso dos Conselheiros Tutelares às discussões e deliberação no que tange ao orçamento.

Legalmente está estabelecida a garantia de prioridade absoluta no que se refere à criança e ao adolescente (art. 4 do Estatuto), garantia essa que compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; e d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. Nesse aspecto, visualiza-se mais um campo que deve ser aperfeiçoado de forma, principalmente, dialógica entre o Executivo Municipal e o Conselho Tutelar; esse último para exercer com afinco a atribuição estabelecida pela lei.

A REPRESENTAÇÃO, EM NOME DA PESSOA E DA FAMÍLIA, CONTRA A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS PREVISTOS NO ART. 220, § 3º, INCISO II, DA CR/88

Essa atribuição se refere aos princípios que a produção e programação das emissoras de rádio e televisão devem atender. Quando a produção ou a programação atentar contra os direitos humanos de crianças e adolescentes, o Conselho Tutelar poderá representar contra a emissora de rádio ou televisão (BETIATE, 2018). Importante trazer à baila, a informação do estabelecimento de princípios gerais a serem aplicados à publicidade e à comunicação mercadológica dirigida à criança e ao adolescente pelo CONANDA por meio da Resolução nº 163 de 2014 (BRASIL, 2014). A supracitada resolução traz, inclusive, quando uma prática será abusiva além do que é considerada "comunicação mercadológica" e sua respectiva abrangência.

A REPRESENTAÇÃO AO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA EFEITO DAS AÇÕES DE PERDA OU SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR, APÓS ESGOTADAS AS POSSIBILIDADES DE MANUTENÇÃO DA CRIANÇA OU DO ADOLESCENTE JUNTO À FAMÍLIA NATURAL

É nítido que somente após o esgotamento das possibilidades de manutenção da criança ou do adolescente junto à família natural é que o Conselho deverá representar para perda ou suspensão do poder familiar. O Colegiado do Conselho Tutelar deverá realmente analisar se não há alternativa para a criança ou adolescente e somente depois de eliminada todas as opções o órgão deverá representar.

A PROMOÇÃO E O INCENTIVO, NA COMUNIDADE E NOS GRUPOS PROFISSIONAIS, DAS AÇÕES DE DIVULGAÇÃO E TREINAMENTO PARA O RECONHECIMENTO DE SINTOMAS DE MAUS-TRATOS EM CRIANÇAS E ADOLESCENTES.

A última atribuição trazida pelo art. 136 dissona das anteriores. O Conselho Tutelar não é um órgão executor e também não possui recursos orçamentários próprios ao desempenho dessa atribuição; a própria Resolução nº 113 do CONANDA (BRASIL, 2006) não coloca o Conselho Tutelar no eixo da promoção, ressalta-se que essa atribuição foi fruto de alteração legislativa que ocorreu em 2009 no Estatuto. Betiate indica

> como ação, para colocar em prática esta "estranha" atribuição, que o Conselho Tutelar ao assessorar o poder executivo na elaboração da proposta orçamentária, faça constar os recursos necessários para tal. Lembrando que constar na proposta orçamentária não garante que será aprovada e mesmo que depois se transforme em lei, seja de fato executada. (BETIATE, 2018, p. 34).

A ESCOLA COMO INSTITUIÇÃO ENCAMINHADORA

As escolas são certamente importantes atores na infância e adolescência. Moacir Gadotti (2001) ensina que mesmo a educação sendo dever do Estado, é necessário a constante mobilização da sociedade para se ter uma escola cidadã, das quais os frutos sejam cidadãos na total concepção que esse termo carrega. Freire (2011, p. 47) afirma que "ensinar não é transferir conhecimento, mas criar as possibilidades para sua própria produção ou sua construção", a instituição escolar precisa ocupar o papel que lhe foi atribuído tendo a consciência que suas ações geram mudanças significativas na sociedade atual e futura. Crianças e adolescentes matriculados e frequentes estarão no mínimo quatro horas e meia nos dias úteis dentro das instituições de ensino alocadas pelo país. Os profissionais da educação têm informações preciosas sobre seu público alvo que são os estudantes. Nesse diapasão, o art. 56 do ECA determina três situações específicas que os dirigentes de estabelecimento de ensino fundamental deverão comunicar ao Conselho Tutelar: (a) maus-tratos envolvendo seus alunos; (b) reiteração de faltas injustificadas e de evasão escolar, esgotados os recursos escolares; (c) elevados níveis de repetência. Importante expor que situação de indisciplina escolar deve ser apreciada na esfera administrativa escolar, a escola inclusive deverá dispor sobre isso em seu Regimento Escolar (MINAS GERAIS, 2011). Sobre a segunda situação, no que se refere ao esgotamento dos recursos escolares, pressupõe um sério e aprofundado trabalho entre equipe escolar pedagógica junto com a família/responsáveis dos alunos antes do encaminhamento ao Conselho Tutelar.

Escolas conhecedoras do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente são seguramente importantes agentes para promoção dos direitos humanos. Há inúmeros casos de alunos que ao terem contato no ambiente escolar com palestras e aulas sobre a autoproteção contra violências sexuais, acabaram relatando situações de abusos nos quais eram vítimas e nem tinham conhecimento; fatos esses que levaram à punição dos criminosos e ao fim da continuidade das violências que sofriam como também para evitar que outras vítimas surgissem.

A instituição de ensino necessita saber diferenciar de acordo com a legislação os casos de ameaça e/ou violações de direitos que ocorrem com

seus alunos para adotarem os procedimentos legais cabíveis. A lei nº 13.431 de 2017, a qual estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e alterou o Estatuto, traz em seu art. 4º algumas formas de violência contra criança e adolescentes, isso sem prejuízo da tipificação das condutas criminosas; a conceituação de tais formas pela lei em questão também auxiliará a identificação pelas escolas das violações e a posterior comunicação aos órgãos responsáveis. A comunicação aos órgãos competentes é imperativa, como ao Conselho Tutelar. A lei nº 8.069/90 estabelece infrações administrativas e penais; por exemplo, o art. 245 estabelece multa de três a vinte salários mínimos de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência quando o médico, professor ou responsável por estabelecimento de atenção à saúde e de ensino fundamental, pré-escola ou creche deixar de comunicar à autoridade competente os casos de que tenha conhecimento, envolvendo suspeita ou confirmação de maus-tratos contra criança ou adolescente.

FISCALIZAÇÃO DAS ENTIDADES PELO CONSELHO TUTELAR

O art. 90 do ECA apresenta as entidades de atendimento em relação aos programas de proteção e sócio-educativos. O art. 95 fala que as entidades do art. 90 serão fiscalizadas pelo Judiciário, pelo Ministério Público e pelos Conselhos Tutelares. É atribuição, então, conforme a lei, do Conselho Tutelar fiscalizar as entidades (art. 95), denunciar as irregularidades (art. 191) como também atestar a qualidade e a eficiência do trabalho das mesmas (art. 90, § 3º, II).

CONCLUSÃO

Inegável é a evolução do tratamento dispensado às crianças e adolescentes no decorrer da história da humanidade: de não sujeitos de direitos a sujeitos de direitos e deveres que gozam de prioridade e proteção integral. Muito necessária e urgente é a efetivação das políticas públicas que

concretizarão os anseios legais no que se refere aos direitos das crianças e adolescentes que estão consagrados no ordenamento jurídico: todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, assegurando às crianças e adolescentes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Quando se fala em direitos humanos de crianças e adolescentes, está a se falar dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Direitos que se aplicam a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem.

O Conselho Tutelar como aquele que zela pelos cumprimentos dos supracitados direitos, foi estabelecido como órgão importantíssimo e indispensável na sociedade para a defesa dos direitos das crianças e adolescentes. O trabalho dos Conselheiros Tutelares é de grande e incalculável serventia a toda nação brasileira, a qual ainda possui tristemente índices alarmantes de violações às crianças e adolescentes (inclusive de óbitos), violações essas que independem de poder aquisitivo ou demais questões valorativas.

REFERÊNCIAS

BETIATE, Luciano. Atribuições do Conselho Tutelar. Ibiporã/PR: Midio, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA. Resolução N.º 113 de 19 de abril de 2006. Brasília, 2006.

BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA. Resolução N.º 163 de 13 de março de 2014. Brasília, 2014.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente (1990). Lei N.º 8.069 de 13 de julho de 1990. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2018.

CARVALHO, José Murilo de. Cidadania no Brasil: o longo caminho. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

FREIRE, Paulo. Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2011.

GADOTTI, Moacir. Escola Cidadã. 7ª ed. São Paulo: Cortez, 2001.

MINAS GERAIS. Ministério Público de Minas Gerais. Recomendação N.º 001 de 14 setembro de 2011. 22ª PJIJ e 9ª PJIJ. Contagem/MG, 2011.

NUNES, Isaias Barbosa. O trabalho infantil na Revolução Industrial Inglesa: uma contribuição ao trabalho docente na sétima séria. Universidade Federal do Paraná. Secretaria de Estado de Educação. Programa de Desenvolvimento Educacional – PDE. Curitiba: 2009.

ECONOMIA VERDE, CRISE AMBIENTAL E A BUSCA DAS NAÇÕES UNIDAS PELA GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS ATRAVÉS DE UM DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

MADSON ANDERSON CORRÊA MATOS DO AMARAL

1. INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, cientistas e analistas vêm demonstrando por meio de pesquisas e dados, que o avanço econômico, têm gerado um custo muito alto para o meio ambiente. Atualmente, a oferta de bens e serviços é insustentável em termos de meio ambiente, algo considerado inimaginável pelas sociedades anteriores.

Desde 1962, com a publicação do clássico Primavera Silenciosa, da pesquisadora norte-americana Rachel Carson, a temática vêm sendo debatida em diversas reuniões internacionais promovidas pela Organização das Nações Unidas (ONU). O Relatório Brundtland conhecido também como Nosso Futuro Comum, elaborado em 1987, conceituou economia sustentável, objetivando defender a urgência de sua adoção.

Diferente da economia predatória que utiliza dos recursos como fossem infindáveis, a economia sustentável considera o impacto da produção sobre o ambiente, buscando anulá-lo ou minimizá-lo.

Este crescente movimento em favor de um novo modelo de economia, faz surgir propostas alternativas ao modelo econômico concorrente. Com o título *Designing the Green Economy: the Post Industrial Alternative to Corporate Globalization* (Planejando a Economia Verde: a alternativa para a globalização corporativa), Brian Milani, do Programa de Negócios e Ambiente da Faculdade de Estudos Ambientais da Universidade de York, em Toronto, Canadá, em seu livro define Economia Verde como sendo a

"economia do mundo real – o mundo do trabalho, das necessidades humanas, dos materiais disponíveis na Terra e como esses mundos devem se combinar de forma harmoniosa" (BLANC, 2012, p. 171).

2. ECONOMIA VERDE, CRISE AMBIENTAL E A BUSCA PELA GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Economia Verde propõe uma mudança de paradigma, enfatizando qualidade ao invés de quantidade, e a regeneração – de indivíduos, comunidades e ecossistemas – em lugar de acúmulo de riqueza ou de materiais. Segundo Brian Milani, a Economia Verde não tem a ver com o valor de troca ou dinheiro, mas com valor de uso (MILANI, 2000).

Ainda segundo o autor "a definição industrial ou capitalista de riqueza sempre teve a ver com acúmulo de dinheiro ou de recursos". Quaisquer valores de uso gerados, isto é, benefícios sociais, são secundários, pois o objetivo primeiro é o lucro. Desta forma, "um mundo pós-industrial precisa de uma economia de qualidade, em que tanto o dinheiro quanto os materiais tenham *status* de meios para se obter um fim" (MILANI, 2000, p. 23).

Logo, a Economia Verde considera a necessidade do meio ambiente em pé de igualdade com a necessidade humana (BLANC, 2012, p. 171).

AS Nações Unidas para o meio ambiente (UN Environment) lançou a "Iniciativa de Economia Verde (GEI)" em 2008, que consistiu em pesquisa global e assistência no nível nacional, encorajando os formuladores de políticas a apoiar investimentos ambientais dentro do contexto do desenvolvimento sustentável. Graças a essa iniciativa e ao trabalho de outras agências, a "economia verde no contexto do desenvolvimento sustentável e da erradicação da pobreza" foi colocada na agenda Rio + 20 de 2012 e foi reconhecida como uma ferramenta para alcançar o desenvolvimento sustentável (UNITED NATIONS, 2019).

A UN Environmen desenvolveu uma definição de trabalho de uma economia verde como uma que resulta em melhoria do bem-estar humano e equidade social, enquanto reduz significativamente os riscos ambientais e a escassez ecológica.

Na última década, o conceito de Economia Verde surgiu como uma

prioridade estratégica para muitos governos e organizações intergovernamentais. Ao todo, 65 países embarcaram em um caminho para uma Economia Verde Inclusiva e estratégias relacionadas. Ao transformar suas economias em impulsionadoras da sustentabilidade, elas estarão preparadas para enfrentar os principais desafios do século XXI - da urbanização e escassez de recursos às mudanças climáticas e à volatilidade econômica.

Para Milani (2000, p.27) a economia industrial foi constituída sobre a depredação do meio ambiente e de seus recursos, considerada assim ineficiente. O capitalismo propõe que os produtos tenham uma vida útil pequena para que haja mais consumo. Seguindo esta linha de raciocínio o autor destaca que "não há justificativa para produzirmos mais mão de obra desqualificada do que qualificada, ou, em momentos de crises, nos desfazemos dos funcionários em vez de diminuirmos os recursos para a produção". Para Milani "são ineficiências econômicas que só podem ser corrigidas se usarmos os meios mais eficazes para fazermos tudo".

Nesta mesma concepção, o economista verde, Paul Hawken (apud BLANC, 2000, p. 171) enfatiza que "nossas crises sociais e ambientais não são problemas de gerenciamento, mas de objetivo. Precisamos consertar o sistema inteiro".

A implantação da Economia Verde para Blanc (2012, p.171) não é simples, uma vez que "o capitalismo está estruturado sobre a exploração da mão de obra para a geração do lucro. Trabalhadores e consumidores são vistos como peças de uma engrenagem destinada a gerar riqueza". Desta forma, "o desenvolvimento humano é negligenciado, mesmo nas sociedades supostamente livres".

Para que haja uma transformação ecológica é necessário ocorrer uma transformação social. "Tanto o setor público quanto o setor privado devem passar por uma transformação que leve o mercado a expressar valores econômicos e sociais, em vez de buscar a obtenção de lucro a qualquer custo" (BLANC, 2012, p.172).

Este processo de transformação, onde há uma mudança de paradigma, ocorrerá de forma lenta e gradual. Contudo, é necessário que parta das grandes empresas a mudança da paisagem econômica e preparem o terreno para que surjam cada vez mais empresas ecológicas e socialmente inclusivas (MILANI, 2000, p.27).

Para Blanc (2012, p. 2012) "tanto o conteúdo como a forma da Economia Verde se opõem diametralmente ao modelo industrial corrente". O autor destaca ainda que:

> Agricultura orgânica ou sustentável produtos fabricados de forma ambientalmente correta, lâmpadas e eletrodomésticos que duram mais e consomem menos energia oferecem alternativas viáveis e que não deixam de ser lucrativas. Essas alternativas estão traindo cada vez mais consumidores e consolidando a Economia Verde como tendência.

O economista Brian Milani (2000, p.32) propõe dez princípios inter-relacionados que cobrem as principais dimensões da economia verde que são: primazia do valor do uso, intrínseco e qualidade; fluxo natural; lixo é igual a recurso; multifuncionalidade; escala apropriada; diversidade; autoconfiança, auto-organização, autoplanejamento; participação democrática e direta; criatividade e desenvolvimento humano; papel estratégico do ambiente natural, da paisagem e do planejamento do espaço.

Com base nos princípios de Brian Milani (2000, p.32) e nos comentários de Blanc (2012, p.174) acerca da Economia Verde, destacamos o quadro a seguir, que de forma didática esclarece o objetivo cada um dos princípios elencados anteriormente:

PRINCÍPIOS	OBJETIVO
Primazia do valor de uso, valor intrínseco e qualidade	Este é o princípio fundamental da Economia Verde, enfocada nas necessidades humanas tanto quanto ambientais. O recurso usado é visto como meio para satisfazer uma necessidade real. O dinheiro também deve ser encarado como
Fluxo Natural	A economia deve ser movida a energia renovável e não afetar os ciclos e recursos hídricos, não desmatar nem afetar a cadeia de alimentos nos processos produtivos. Conforme a sociedade se torna mais ecológica, as fronteiras políticas e econômicas tendem a coincidir com as fronteiras e ecossistemas.

Lixo é igual recurso	Na natureza não há lixo, pois a sobra de todos os processos da início a outros processos. Este princípio implica que os resíduos dos processos produtivos sejam não tóxicos e possam ser usados como insumo.
Multifuncionalidade	Relacionamentos integrados estratégias de soluções de problemas, desenvolvendo ganhos múltiplos e efeitos colaterais positivos em qualquer ação empreendida
Escala apropriada	Até mesmo pequenas atividades podem ter grandes impactos. A atividade verdadeiramente ecológica integra o planejamento em escalas múltiplas, refletindo a influência do maior no menor e do menor no maior
Diversidade	Num mundo de fluxo constante, a saúde e a estabilidade dependem da diversidade. Isso se aplica a todos os níveis: diversidade de espécies, de ecossistemas, de regiões, e também à organização social e ecológica.
Autoconfiança, auto-organização, autoplanejamento	Hierarquias construídas de baixo para cima, em que os níveis da base ou os mais próximos a ela são os mais importantes. A autoconfiança facilita a interdependência e garante que seja holística e flexível.
Participação democrática e direta	Para permitir flexibilidade, o planejamento econômico ecológico demanda muita participação e observação local. As organizações ecológicas e as novas tecnologias de comunicação podem fornecer meios de maior participação nas decisões que pesam na sociedade
Criatividade e desenvolvimento humano	Para se retirar da produção certos recursos que causam prejuízos à natureza é preciso uma criatividade incrível. Isso requer, por sua vez, grade desenvolvimento humano em todos os níveis. Numa sociedade verde, o pessoal e o político, o social e o ecológico, caminham lado a lado. As capacidades sociais, estéticas e espirituais se tornam fundamentais para se alcançar a eficiência econômica.
Papel estratégico do ambiente natural, da paisagem e do planejamento do espaço	Grandes ganhos de eficiência podem ser conseguidos com um rearranjo simples dos componentes do sistema. Melhorias de conservação e de eficiência em setores como o de construção, o qual só na América do Norte absorve cerca de 40% de materiais e energia, teriam um impacto tremendo em toda a economia.

A economia verde está intrinsicamente ligada ao desenvolvimento sustentável. O desenvolvimento, para ser reconhecido como tal deve contemplar crescimento, liberdade individual, fatores sociais e políticos e proteção ambiental (CASARA, 2011, p.32).

A respeito da utilização dos recursos naturais visando a riqueza Amartya Sen (2000, p.28) brilhantemente nos conduz à uma reflexão:

> Se temos razões para querer mais riqueza, precisamos indagar: quais são exatamente essas razões, como elas funcionam ou de que elas dependem, e que coisas podemos 'fazer' com mais riqueza? Geralmente temos excelentes razões para desejar mais renda ou riqueza. Isso não acontece porque elas sejam desejáveis por si mesmas, mas porque são meios admiráveis para termos mais liberdade de levar o tipo de vida que temos razão para valorizar. [...] É tão importante reconhecer o papel crucial da riqueza na determinação de nossas condições e qualidade de vida quanto entender a natureza restrita e dependente dessa relação. Uma concepção adequada de desenvolvimento deve ir muito além da acumulação de riqueza e do crescimento do Produto Interno Bruto e de outras variáveis relacionadas à renda. Sem desconsiderar a importância do crescimento econômico, precisamos enxergar muito além dele.

Uma economia verde inclusiva é aquela que melhora o bem-estar humano e constrói a equidade social, ao mesmo tempo em que reduz os riscos ambientais e a escassez. Uma economia verde inclusiva é uma alternativa ao atual modelo econômico dominante, que exacerba as desigualdades, estimula o desperdício, desencadeia a escassez de recursos e gera ameaças generalizadas ao meio ambiente e à saúde humana.

Na última década, o conceito de economia verde emergiu como uma prioridade estratégica para muitos governos. Ao transformar suas economias em impulsionadoras da sustentabilidade, esses países estarão preparados para enfrentar os principais desafios do século 21 – da urbanização e escassez de recursos às mudanças climáticas e à volatilidade econômica.

Em 2008, as Nações Unidas lançou a Iniciativa Economia Verde (GEI), um programa de pesquisa global e assistência em nível nacional,

destinada a motivar os formuladores de políticas a apoiar investimentos ambientais. Na Assembléia Geral da ONU de 2015, o UN Environment publicou "Descobrindo caminhos para uma economia verde inclusiva". O documento enfatiza conceitos como compartilhamento, circularidade, colaboração, solidariedade, resiliência, oportunidade e interdependência (UNITED NATIONS, 2019).

Em sua expressão mais simples, tal economia é de baixo carbono, eficiente e limpa na produção, mas também inclusiva no consumo e nos resultados, com base no compartilhamento, circularidade, colaboração, solidariedade, resiliência, oportunidade e interdependência. Ele está focado na expansão de opções e escolhas para economias nacionais, usando políticas de proteção social e fiscal direcionadas e apropriadas, e apoiado por instituições fortes que são especificamente voltadas para a proteção de pisos sociais e ecológicos. E reconhece que existem muitos e diversos caminhos para a sustentabilidade ambiental.

No documento produzido pela UN Environmen enfatiza-se os múltiplos benefícios – econômicos, de saúde, segurança, sociais e ambientais – que tal abordagem pode trazer às nações, conscientes dos diferentes desafios enfrentados pelos estados ao longo do contínuo de desenvolvimento, sejam eles desenvolvidos, emergentes ou em desenvolvimento. Além disso Defende políticas que são matizadas, dependentes do contexto e moduladas (UNITED NATIONS, 2019).

Além disso, defende que uma abordagem integrada pode ajudar os estados a entender como maximizar, priorizar e sequenciar os diferentes benefícios para o bem-estar humano que podem ser derivados de um ambiente saudável. No final das contas, uma economia verde inclusiva deve fornecer não apenas empregos e renda, mas também nossa saúde, nosso meio ambiente e nosso futuro. Este é o nosso desafio comum: criar as condições para uma maior prosperidade e crescente equidade social, dentro dos contornos de um planeta finito e frágil.

Uma Economia Verde Inclusiva é uma alternativa ao modelo econômico dominante de hoje, que gera riscos ambientais e de saúde generalizados, incentiva o consumo e a produção perdulários, impulsiona a escassez ecológica e de recursos e resulta em desigualdade. É uma oportunidade para

avançar tanto a sustentabilidade quanto a eqüidade social como funções de um sistema financeiro estável e próspero dentro dos contornos de um planeta finito e frágil. É um caminho para alcançar a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, erradicando a pobreza e salvaguardando os limiares ecológicos, que sustentam a saúde, o bem-estar e o desenvolvimento humanos.

Um ambiente gerido de forma sustentável é um pré-requisito para o desenvolvimento socioeconómico e a redução da pobreza. O ambiente natural fornece bens e serviços ecossistêmicos que proporcionam renda, apoiam a criação de empregos, aliviam a pobreza, contribuem para as redes de segurança e reduzem a desigualdade.

A mudança climática e a exposição a desastres naturais ameaçam atrapalhar os esforços para erradicar a pobreza. Uma grande parte dos cidadãos mais pobres e vulneráveis do mundo vive em países propensos a desastres e seu número continua aumentando. Esses grupos são desproporcionalmente afetados por choques e tensões. À medida que as temperaturas sobem, a probabilidade e a gravidade dos desastres relacionados com o clima aumentam, afetando vidas e meios de subsistência, dificultando os esforços de desenvolvimento e revertendo os ganhos obtidos na redução da pobreza.

A natureza fornece fontes diretas de alimentos e uma série de serviços ecossistêmicos (por exemplo, polinização, formação do solo, ciclagem de nutrientes e regulação da água), apoiando atividades agrícolas e contribuindo para a segurança alimentar e nutricional.

O aumento da população mundial e mudanças nos padrões de consumo exercem pressão sobre o meio ambiente, criando a necessidade de produzir alimentos para mais dois bilhões de pessoas até 2030, preservando e aumentando a base de recursos naturais da qual depende o bem-estar das gerações atuais e futuras. Isso é importante, considerando que a expansão insustentável da agricultura criou sérios problemas ambientais, como a erosão do solo, a poluição da água por meio de agroquímicos e a emissão de gases de efeito estufa.

A mudança climática e os desastres naturais, como secas, deslizamentos de terra e inundações, afetam a segurança alimentar. A gestão do risco

de desastres, a adaptação às mudanças climáticas e a mitigação são fundamentais para aumentar a qualidade e quantidade das colheitas.

Um ambiente limpo é essencial para a saúde e o bem-estar humanos. Por outro lado, a poluição do ar e da água, bem como a má gestão de produtos químicos e resíduos perigosos contribuem para minar a saúde.

Os desastres naturais e os choques ambientais podem ter um impacto substancial na saúde, incluindo mortes, ferimentos, doenças, incapacidades, problemas psicossociais e outros efeitos indiretos com danos às instalações de saúde e interrupção da prestação de serviços de saúde por longos períodos de tempo.

Preservar o meio ambiente é fundamental para apoiar o crescimento econômico sustentável, já que o ambiente natural desempenha um papel importante no apoio às atividades econômicas. Contribui diretamente, fornecendo recursos e matérias-primas como água, madeira e minerais que são necessários como insumos para a produção de bens e serviços; e indiretamente, através de serviços prestados por ecossistemas, incluindo sequestro de carbono, purificação de água, gerenciamento de riscos de inundação e ciclagem de nutrientes.

Os desastres naturais afetam diretamente as atividades econômicas que levam a perdas econômicas muito altas, colocando muitas famílias na pobreza. A manutenção dos ecossistemas e a mitigação das mudanças climáticas podem, portanto, ter um grande impacto positivo nos setores econômicos e de emprego dos países.

A falta de acesso a fontes de energia e sistemas de transformação é uma limitação ao desenvolvimento humano e econômico. O ambiente fornece uma série de fontes de energia renováveis e não renováveis, ou seja, energia solar, eólica, hidrelétrica, geotérmica, biocombustíveis, gás natural, carvão, petróleo, urânio.

O aumento do uso de combustíveis fósseis sem ações para mitigar os gases de efeito estufa terá implicações na mudança climática global. A eficiência energética e o aumento do uso de energias renováveis contribuem para a mitigação das mudanças climáticas e a redução do risco de desastres. A manutenção e proteção dos ecossistemas permitem o uso e o desenvolvimento de fontes hidrelétricas de eletricidade e bioenergia.

A gestão sustentável dos recursos hídricos e o acesso a água potável e saneamento são essenciais para desbloquear o crescimento econômico e a produtividade, além de fornecer uma alavancagem significativa para os investimentos existentes em saúde e educação.

O ambiente natural, por exemplo, florestas, solos e áreas úmidas contribui para o gerenciamento e regulação da disponibilidade de água e qualidade da água, fortalecendo a resiliência das bacias hidrográficas e complementando os investimentos em infraestrutura física e institucional e regulatória para acesso à água, uso e preparação para desastres.

A falta de água prejudica a segurança alimentar e os rendimentos dos agricultores rurais, ao mesmo tempo que melhora a gestão da água, tornando as economias nacionais, a agricultura e os setores alimentares mais resilientes à variabilidade das chuvas e capazes de satisfazer as necessidades da população em crescimento.

É necessário construir novas infraestruturas mais ecológicas, adaptar ou reconfigurar os sistemas de infraestrutura existentes e explorar o potencial das tecnologias inteligentes pode contribuir muito para a redução dos impactos ambientais e dos riscos de desastres, bem como a construção de resiliência e o aumento da eficiência no uso de recursos naturais.

Existe uma forte ligação entre a qualidade de vida nas cidades e como as cidades utilizam e gerenciam os recursos naturais disponíveis para elas. Até hoje, a tendência para a urbanização foi acompanhada por uma crescente pressão sobre o meio ambiente e demanda acelerada por serviços básicos, infraestrutura, empregos, terras e moradias populares, particularmente para os quase 1 bilhão de pobres urbanos que vivem em assentamentos informais.

Devido à sua alta concentração de pessoas, infraestruturas, habitação e atividades econômicas, as cidades são particularmente vulneráveis aos impactos das mudanças climáticas e dos desastres naturais. Construir resiliência urbana é crucial para evitar perdas humanas, sociais e econômicas, ao mesmo tempo em que é necessário melhorar a sustentabilidade dos processos de urbanização para proteger o meio ambiente e mitigar o risco de desastres e a mudança climática.

Cidades eficientes em termos de recursos combinam maior produtividade e inovação com custos mais baixos e impactos ambientais reduzidos,

ao mesmo tempo em que proporcionam maiores oportunidades para escolhas de consumidores e estilos de vida sustentáveis.

Um dos maiores desafios globais é integrar a sustentabilidade ambiental ao crescimento econômico e ao bem-estar, dissociando a degradação ambiental do crescimento econômico e fazendo mais com menos. O desacoplamento de recursos e o desacoplamento de impacto são necessários para promover padrões sustentáveis de consumo e produção e para fazer a transição para uma economia global mais verde e mais socialmente inclusiva.

Assegurar práticas sustentáveis de consumo e produção implica necessariamente respeitar os limites biofísicos do planeta e reduzir as atuais taxas de consumo global, a fim de adequar-se à capacidade biofísica de produzir serviços e benefícios ecossistêmicos.

Instituições fortalecidas, estado de direito e aplicação da lei contribuem para apoiar a implementação de acordos ambientais multilaterais e o progresso em direção às metas ambientais globais acordadas internacionalmente.

Uma melhor compreensão das ligações entre o ambiente e a segurança humana é vital para a prevenção eficaz de conflitos, a reconstrução pós-conflito e a promoção de sociedades pacíficas e inclusivas.

Parcerias mais fortes contribuirão para a proteção ambiental e o desenvolvimento sustentável, mobilizando recursos, compartilhando conhecimento, promovendo a criação e transferência de tecnologias ambientalmente saudáveis e fortalecendo a capacidade.

Há uma enorme margem para tornar o sistema financeiro existente mais sustentável, integrando a dimensão ambiental.

A crescente cooperação entre organizações multilaterais, doadores e setor privado é necessária para fornecer aos países e beneficiários em desenvolvimento, tecnologias que aumentem a eficiência no uso de recursos naturais, gerem baixo desperdício, tratem a poluição gerada e mitiguem as mudanças climáticas.

3. CONCLUSÃO

Uma economia verde é possível a partir do momento em que o desenvolvimento encontra-se alinhado com a liberdade de escolha e de meios para concretizá-los. Só haverá um efetivo desenvolvimento quando os benefícios do crescimento servirem para a ampliação das capacidades humanas, entendidas como o conjunto de coisas que as pessoas podem ser ou fazer na vida (Direitos Fundamentais).

A Economia Verde propõe que o desenvolvimento esteja relacionado sobretudo com a melhoria da qualidade de vida das pessoas, bem como da expansão de suas liberdades, e da garantia e/ou promoção de direitos considerados essenciais.

4. REFERÊNCIAS

BARBIERI, José Carlos. **Desenvolvimento e meio ambiente**: as estratégias de mudança da Agenda 21. Petrópolis: Vozes, 2006.

BLANC, Claudio. **Aquecimento global e crise ambiental**. São Paulo: Gaia, 2012.

CASARA. **Direito Ambiental do Clima**. Curitiba: Juruá, 2011.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. **Direito ambiental e questões jurídicas relevantes**. Ed. Millennium, Campinas, 2005.

DIAS, Reinado. **Gestão Ambiental**: reponsabilidade social e sustentabilidade. São Paulo: Atlas, 2006.

MILANI, Brian. **Designing the Grenn Economy**: the Post Industrial Alternative to Corporate Globalization. Lanham, MD: Rowman & Littlefield Publizhers, 2000.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Texeira Mota. São Paulo: Cia. Das Letras, 2000, p.28).

UNITED NATIONS. **What is an "Inclusive Green Economy"?**. Disponível em: <https://www.unenvironment.org/explore-topics/green-economy/why-does-green-economy-matter/what-inclusive-green-economy>. Acesso em 10 abr 2019.

O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA PRIVACIDADE – ANÁLISE DA CONSTRUÇÃO DO CONCEITO COMO PILAR DA DIGNIDADE HUMANA

MATEUS STALLIVIERI DA COSTA
CAMILA KOHN DE CRISTO
MIKHAIL VIEIRA DE LORENZI CANCELIER

1. A PRIVACIDADE COMO UMA REFLEXÃO HISTÓRICA NECESSÁRIA

A necessidade por um espaço privado acompanhou o homem durante diferentes períodos de sua história. A dificuldade em definir os limites em que as informações podem ser acessíveis, os dados particulares, os registros e as intimidades de cada pessoa evidencia um quase que perpétuo debate, ganhando status atemporal.

O jurista Miguel Reale afirma que o direito é uma realidade histórico-cultural, ou seja, é inseparável do meio social (REALE, 1998, p. 31). Disso se retira que não se pode desassociar uma norma, um direito, uma legislação do contexto social em que está inserida, é a realidade fática do momento que permite e modifica o entendimento dado a norma jurídica (AZEVEDO, 1997, p. 32-35).

Dessas noções prévias é possível se constatar que o conceito e a tutela de privacidade na Antiguidade Clássica não são o mesmo da Modernidade, assim como que as primeiras construções não são sinônimas a que foi positivada posteriormente na Declaração Universal de Direitos Humanos (Doravante DUDH). Indo até mais longe, essa mesma positivação da DUDH também pode não se encontrar dentro do que se considera mais atual.

Torna-se fundamental para o entendimento da importância da tutela da privacidade sua reflexão como conceito histórico e em franco

desenvolvimento até os dias de hoje, traçando assim um esboço da esfera privada do ser humano (DONEDA, 2006, p. 114). Propomos assim, nesse breve ensaio, uma revisão desse desenvolvimento, desde seus primórdios, passando pela consolidação na DUDH e buscando entender seu papel nos dias atuais.

2. A PRIVACIDADE ENTRE O PUBLICO E O PRIVADO

Segundo Westin a privacidade não é um desejo restrito aos seres humanos, seria também uma necessidade existente na vida animal. Através de um estudo de organização social dos animais o autor afirma que outros seres também sofreriam a necessidade de alguma forma de isolamento temporário ou de ao menos pequenos momentos de intimidade, que para ele configurariam fundamentos para a ideia de privacidade (1967, p. 102). Entendimento semelhante é introduzido por Vinícius Fortes, ao afirmar que a privacidade é algo que atinge todos os processos sociais e biológicos, existindo uma curiosidade dos seres vivos em invadir a privacidade dos demais, assim como uma motivação por vigilância (2016, p. 103 e 104).

Acontece que no estudo em foco uma noção rígida de privacidade, ligada a necessidade biológica de isolamento ou intimidade não apresenta elementos necessários para compreender o desenvolvimento do conceito, pois abrangeria uma realidade ampla e desatrelada a conjuntura histórica. Nessa linha optamos por utilizar a base teórica analisada por Cancelier, em que a privacidade em seu sentido moderno se trata não de um dado biológico e estático, mas sim de uma necessidade eminentemente humana que se adapta ao comportamento social e que sofre profundas modificações no decorrer dos séculos (2017, p. 52 e 53). Em sentido semelhante Maria Claudia Cachapuz reforça o entendimento da necessidade de revisão histórica para a compreensão da conquista de espaços privados dentro da sociedade (2006, p. 43).

Partimos então pela busca da compreensão da privacidade na Antiguidade Clássica. Dentro da organização das *cidadestados* gregas existia a separação entre as esferas público e privada através da concepção de *pólis*

e *oikos*. A primeira era comum aos cidadãos livres, enquanto a segunda era relacionada a cada indivíduo (CACHAPUZ, 2006, p. 55). Segundo Maria Claudia Cachapuz a vida pública, *bios politikos*, era relacionada às atividades políticas da cidade, enquanto a vida privada referente à *oikos* relacionada à família.

Para Cancelier, dentro da família a autoridade era o cidadão, detentor de poder de decisão, possuindo o chefe da casa poderes despóticos (2017, p.17). Assim na esfera privada a liberdade estava condicionada, podendo ser atingida apenas dentro do domínio político, onde imperava a igualdade. Por esse raciocínio Hannah Arendt afirma que a concepção de espaço privado significava na época justamente privar-se de algo (2017, p. 39).

Apesar dessa concepção aparentemente negativa da esfera privada, a mesma ainda assim era protegida, pois era entendida como essencial para a efetiva participação da esfera pública. A pólis respeitava a vida privada dos cidadãos por entender que a pessoa sem lugar próprio não poderia ser político. Deste modo era necessário proteger a vida privada dos cidadãos para que o indivíduo ao ir a público desempenhasse funções que o tornariam mais que um animal, sendo reconhecido pela história. Assim os atos da vida política eram públicos, algo que não acontecia com a esfera familiar, privada, pois não existiam motivos para a sua divulgação, de pouca importância para a *pólis* (ARENDT, 2017, p.61).

Uma significativa alteração na concepção de esfera pública e privada surge com a queda do Império Romano do Ocidente, onde os nobres tornaram-se senhores das terras que governavam e constituíram feudos, causando uma perda da ideia política como esfera pública (CACHAPUZ, 2006, p. 59). Para Hannah Arendt nesse período ocorre um crescimento da esfera privada, tendo a igreja com forte poder econômico e político absorvido boa parte das atividades da esfera do lar. O senhor feudal passa a exercer função semelhante ao chefe de família dentro de sua esfera privada, nesse caso o feudo. Segundo a autora ainda é possível diferenciar com precisão as esferas públicas e as privadas, no entanto essa diferenciação perde parte da sua importância (2017, p. 41).

O público estaria então encarnado na figura do nobre, agora detentor do poder patrimonial (CANCELIER, 2017, p. 23). Acontece que esse poder

reservado aos nobres era inatingível ao cidadão comum, sendo preservada apenas aos que possuíam privilégios especiais (CACHAPUZ, 2006, p. 60). Ocorre que o privilégio acaba por criar uma necessidade de isolamento decorrente dessa esfera pública, tornando costume dos mais poderosos procurar privacidade na figura de isolamento. Essa alteração de pensamento causa uma busca por apropriação pelo que é particular, uma percepção diferenciada do que é propriedade, construindo um novo meio de relação individuo-ambiente (CANCELIER, 2017, p. 23). Para Cachapuz seria esse o momento em que a ideia de propriedade apareceria mais forte, construindo uma pretensão de aquisição própria e individual (2006, p. 64).

Nesse contexto a casa passa a ser o local onde são realizadas discussões importantes para a sociedade ganhando importância por ser o centro do poder político, concentrado na nobreza. O espaço privado deixa de ser um mero opositor ao espaço público, tornando-se uma esfera social. Nessa mudança, hábitos cotidianos dos antigos passam a ser encobertados, como atos sexuais e necessidades fisiológicas, pois se afastam da dinâmica de interesse do coletivo (CANCELIER, 2017, p. 24). Na Idade Média, então, a concepção de privacidade se modifica. Danilo Doneda afirma que apenas aos nobres existia a possibilidade de se isolar dos demais, protegendo sua esfera intima enquanto faziam parte da esfera política (2006, p. 125). Surge então a caracterização de intimidade como a possibilidade de se afastar das ocupações ligadas a coletividade (MUMFORD, 1954, p. 29).

Na era moderna ocorre uma significativa alteração dessa dinâmica com o surgimento dos Estados-Nação, onde eclode uma esfera social, nem privada nem pública (ARENDT, 2017, p. 43). Para entender essa nova esfera, Ferraz Junior a subdivide em Social-Público e Social-Privado (2003, p. 138-140). No espaço Social-Público estaria contida a administração pública, enquanto no Social-Privado estariam as relações comerciais entre os indivíduos (CANCELIER, 2017, p. 25). Surge nesse momento a chamada "esfera pública burguesa", onde os interesses privados passam a assumir as rédeas da política pública por meio de leis e regulamentações. A classe burguesa em ascensão passa a pautar uma sociedade baseada nos conceitos de liberdade e preservação da privacidade, buscando resolver seus conflitos internos dentro da sua individualidade, preservando assim os espaços coletivos (CACHAPUZ, 2008, p. 66-67).

Enquanto na antiguidade o conteúdo do domínio social era tido como assunto totalmente privado, com a ascensão da burguesa a unidade familiar é substituída pela sociedade, localizada na esfera social. Essa mudança segundo Hannah Arendt torna os membros dessa sociedade integrantes de uma grande "família", onde se espera certos tipos de comportamento, que normatizam seus integrantes retirando dos mesmos ações espontâneas ou incomuns (2017, p. 49-50).

Iton Norberto Robl Filho chega a descrever essa nova sociedade como moralista, buscando igualar a ação dos cidadãos através de deveres morais, prendendo a população a questões de gênero, idade, classe e etnia (2010, p. 40-41). Na medida em que o espaço político é tomado por discussões quanto à liberdade e à igualdade, no seio da sociedade se exigiram ações pautadas em deveres ligados a virtudes. Essa mesma sociedade passa a cobrar e cultuar normatizações, em antagonismo a esfera privada onde se valorizava o individual e subjetivo (CACHAPUZ, 2006, p. 70). Uma característica marcante então da privacidade na modernidade é que, de forma diferente da privacidade na antiguidade, essa não se contrapõe a esfera política, mas sim a esfera social, abrigando o que é intimo dos olhares julgadores dos demais (ARENDT, 2017, p. 47).

Citando Jean-Jacques Rousseau, Hannah Arendt afirma que a intimidade se tornara uma "região oculta do coração humano", que precisava ser tutelada não contra o Estado, mas sim contra as intromissões da sociedade moderna. O problema começa com a inexistência da intimidade e da privacidade como local tangível, assim como o próprio conceito de sociedade não se materializa em um ambiente contido e definido. Por serem assim duas definições subjetivas, o indivíduo moderno enfrentava um constante debate, não podendo viver fora da sociedade, mas também não se sentindo totalmente confortável quando inserido nela, precisando de um espaço seu (2017, p. 48). Surge uma necessidade de se afastar da sociedade, diferenciar-se dela, sendo que a privacidade seria o contraponto a esfera público-social. Por meio dela se possibilitaria proteger a intimidade, permitindo à pessoa expressar a sua personalidade sem qualquer tipo de opressão da sociedade ao que lhe é individual (CANCELIER, 2017, p. 26).

Analisando essa rebeldia social concentrada entre o século XVIII e a

terceira parte do século XIX, Maria Claudia Cachapuz comenta quanto a uma alteração no panorama artístico, focando cada vez mais no íntimo, principalmente no que se relaciona aos livros de romance (2006, p. 68). Os livros de história vão perdendo espaço para essa categoria, que permitem uma interligação maior entre o leitor e os personagens (ROBL FILHO, 2010, p. 44). Contribuindo para essa concepção Arendt afirma que o período coincide com um declínio de artes mais públicas, como a arquitetura (2017, p. 48). Além disso, o espaço físico do lar é modificado, passa-se a almejar um cômodo próprio para cada pessoa, quartos individuais – aposento relativamente isolado do exterior e da própria família – espaço que era possível libertar os desejos e anseios reprimidos (ROBL FILHO, 2010, p. 78).

Para Mikhail Cancelier essa modificação social justifica o motivo de desejos e anseios passarem a serem escritos em diários pessoais, afastando o intimo do social. O individuo moderno passa a se preocupar muito com sua aparência, justificando uma preocupação exacerbada com o intimo e por ventura uma defesa de privacidade (2017, p.29). Ainda segundo Mikhail Cancelier, no século XIX que começam a eclodir os primeiros traços de um direito a privacidade, porém é no século XX que os mesmos se tornam mais evidentes. As estruturas urbanas passam a se alterar, sendo dominadas por prédios, conjuntos habitacionais, cafés, bairros residenciais, restaurantes e outros ambientes definidos como semi-públicos, configurados por possibilitar uma maior convivência entre as pessoas. A tecnologia e explosão industrial que marcam esse século começam a tornar o mundo cada vez mais globalizado, conectando pessoas que antes estavam afastadas por questões de localidade e distância (2017, p. 31).

Essa revolução tecnológica ao mesmo tempo que trouxe a possibilidade de conectividade, interação, divulgação e publicidade, tidos em uma primeira análise como efeitos puramente positivos, também passou a oferecer riscos antes não imaginados. Para Mikhail Cancelier as informações intimas nesse período se tornaram mais vulneráveis, o potencial de alcance das informações pessoais também se multiplicou (2017, p. 34).

A privacidade, antes resguardada dentro da propriedade e de difícil acesso passou a sofrer violações. Jornais, fotos, vídeos, biografias e retratos com alta circulação permitiam que a vida intima de cada pessoa fosse

explorada e divulgada para o mundo, necessitando de uma reconfiguração da tutela do conceito e da resguarda da mesma como direito. Neste panorama a privacidade deixa de ser um privilégio de uma determinada parcela da população, expandindo-se a toda coletividade, sendo positivada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948 (CANCELIER, 2017, p. 34).

É bem verdade que a DUDH não é o primeiro documento a formalizar um direito a privacidade, não existindo ineditismo na medida. No período romano clássico assim como na Inglaterra no século XVI já existia uma proteção indireta a privacidade, ligada principalmente ao domicílio, ganhando independência como figura autônoma no século XIX (CANCELIER, 2017, p. 73) e sofrendo inúmeras alterações ao longo do século XX (MENDES, 2014, p. 21). São elementos marcantes desse debate o artigo *The right to privacy* escrito por Samuel Dennis Warren e Louis Demitz Brandeis em 1890, onde analisando a utilização de novos aparatos tecnológicos os autores defendem uma independência da privacidade como direito (MENDES, 2014, p. 27), assim como o ainda anterior trabalho de David Röder, *intitulado Grybdzüge des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie*, onde o Tribunal de Séne reconheceu um direito à privacidade no caso Affaire Racher.

Deste modo, pode-se questionar se o direito a privacidade já vinha sendo reconhecido em ordenamentos ao longo da história e do globo, qual a importância da sua positivação na DUDH? Lynn Hunt em seu livro *A Invenção dos Direitos Humanos* apresenta uma tese importante para a compreensão dessa resposta. Segundo a autora os direitos humanos já existem em alguns estados anteriormente a suas positivações em convenções, tratados e declarações internacionais, mas a força declaratória que surge nesses momentos é que torna o ato diferenciado. Ao se positivar internacionalmente um direito humano, os ordenamentos nacionais passam a incorpola-lo no regime interno legislativo, criando sistemas de proteção antes inexistentes (2009).

Resta então analisar se as gigantescas mudanças tecnológicas e sociais ocorridas desde a metade do século XX até hoje mantém o conteúdo declaratório da DUDH quanto a privacidade atual e relevante no contexto jurídico.

3. A PRIVACIDADE DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS – UM CONCEITO EM DESENVOLVIMENTO

A primeira metade do presente estudo demonstrou como o entendimento de privacidade ao longo da histórica sofreu evoluções e alterações substanciais. Na Antiguidade Clássica com seu antagonismo a esfera política, concentrada na noção de família, posteriormente sua inversão na Idade Média, onde tratava-se de um privilégio da nobreza, até um último momento em que o homem moderno passou a se defender das influências da esfera social dentro da intimidade da sua propriedade. O contexto da DUDH ainda encontrasse atrelado principalmente nesse ultimo modelo, mesmo que já na metade do século XX. Assim na primeira metade desse século é possível afirmar que a privacidade, pensada para uma sociedade burguesa, ainda era marcada por certo elitismo, fruto de ordenamentos de cunho ainda patrimonialistas (DONEDA, 2006, p. 10).

A redação da DUDH nesse sentido acaba por ser de certa forma inovadora quando em seu Artigo XII positiva:

> Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

A partir da declaração e a sua emanação de influência, em conjunto com a previsão existente na na Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950) é possível notar uma alteração no entendimento de direito à privacidade, justificada também pela transformação do então Estado-Liberal num Estado de Bem Estar Social, com reinvindicações populares de novas tutelas, assim com o surgimento de novas tecnologias em ritmo mais acelerado (DONEDA, 2006, p. 12). Para Mikhail Cancelier essas mudanças provocaram uma democratização da tutela da privacidade, alterando o foco anteriormente elitista, voltado para figuras de relevo, agora atingindo uma parcela muito maior da população (2017, p. 81).

Percebesse que a cláusula aberta da redação do Artigo XII da DUDH pode transparecer uma ineficiência de capacidade protetiva, não esclarecendo exatamente até que ponto a privacidade seria resguarda, qual o seu conceito, seus limites e definições. Acontece que é justamente essa generalidade dos Direitos Humanos que permite uma maior incidência dentro da internalização dos mesmos nos ordenamentos nacionais, pois gera um contraponto com as diferentes formas de violação que passam a surgir posteriormente, obrigando uma atualização normativa constante. Ainda no século XX um dos maiores conflitos após o reconhecimento da privacidade se deu com suas restrições em nome de uma "Segurança Coletiva".

Em um século marcado por guerras, logo ao fim da segunda guerra mundial o globo já ingressou no ambiente Bi-Polarizado da Guerra Fria, onde regimes totalitários e uma intensa busca por mecanismos de espionagem contrapuseram uma possível prioridade da privacidade, que se mostrava inadequada aos interesses das potências vigentes (CANCELIER, 2017, p. 39).

Outro conflito não previsto na época da proclamação da DUDH, surgido na metade final do século XX, foi a expansão e implementação dos bancos de dados. Por conta das transformações das ciências sociais, a ampliação da complexidade do sistema industrial, a burocratização dos setores público e privado dentre outros fatores, passou-se a criar inúmeros bancos de dados tais como: registro de nascimento e casamento, registro escolares, dados do censo, registro militares, dados de passaporte, registro de empregados e de serviços públicos, registros de serviço de saúde, registro de defesa civil, registro de seguros, registros financeiros, registro de dados telefônicos, dentro outros (MENDES, 2014, p. 32). Mesmo com a espionagem estatal e o surgimento de banco de dados sendo importantes elementos para a discussão quanto a tutela da privacidade, sem dúvida a principal modificação social surge nas décadas finais do século XX com o acesso popular a rede mundial de computadores. A internet é criada em consequência de uma grande cooperação cientifica e ao empreendedorismo tecnológico, aliado a uma estratégia militar (FORTES, 2016, p. 58). Sua definição pode ser compreendida como conglomerados de redes informáticas interconectadas que possibilitam a comunicação em todo o globo de milhões de usuários (MARINELI, 2017, p. 13).

Segundo Gustavo Testa Corrêa a internet possibilita o diálogo de informações em escala global, de modo eficiente e rápido, entre várias máquinas conectadas nesta rede, criando novas formas de relacionamento. Essa tecnologia permite a abertura de um novo espaço social, gerando uma coletivização de dados que novamente revoluciona o modo de comunicação e informação da sociedade, aumentando a circulação de informações de forma não imaginada ainda no começo do século XX (2000, p.8). Para Mikhail Cancelier o desenvolvimento da internet proporcionou a criação de uma nova arena de diálogos, mudou e ampliou a forma como nos comunicamos, estendeu os tipos de interações sociais permitindo um acesso a uma quantidade infinita de informações (2017, p. 39).

Assim como as demais tecnologias o desenvolvimento e implementação da internet não se deu de forma instantânea, passando segundo Vinícius Borges Fortes por 3 momentos. Na Web 1.0 estaria a construção da rede baseada apenas em documentos, na WEB 2.0 surgiria uma fase social, com o acesso a redes sociais e compartilhamento de dados entre os usuários de forma mais dinâmica. Por fim, na Web 3.0 estaria configurada a capacidade de armazenamento e compilação de dados de forma semântica e inteligente, criando estruturas e informações coletivas utilizáveis pelos detentores de programas, sites e endereços virtuais (2017, p. 69). Na Web 3.0 que se encontra os mais modernos desafios para a tutela da privacidade no século XXI, principalmente quando combinados com a utilização das redes sociais criadas na Web 2.0.

Segundo Marinali as redes sociais podem ser definidas como serviços online que objetivam construir relações entre as pessoas, compartilhando assim interesses e atividades em comum. A autora ainda cita alguns exemplos famosos desses serviços, como: a) Facebook; b) Orkut; c) Twitter; c) Linkedin; e) YouTube; f) Instagram; g) WhatsApp; h) Snapchat; i) Flickr; j) Myspace; k) Google+; l) Waze (2017, p. 25). Outro ponto importante é a facilidade com que esses serviços podem ser acessados, disponíveis agora não apenas em computadores, mas também em aparelhos celulares. Sibila afirma que o uso de aparelhos móveis retira os limites espaciais ou temporais antes existentes, permitindo trocas de conteúdos permanentemente, podendo ser vídeos, fotos e arquivos. Para a autora esse fenômeno tornaria as barreiras entre público e privado cada vez mais permeáveis (2016, p. 20).

Em dado momento a internet deixa de ser um meio de comunicação para se tornar um local de exercício da personalidade e individualidade, criando um desafio e novo momento para a discussão da privacidade. Glenn Greenwald retrata a internet como um local que possibilita a exploração da liberdade e de descobrimento de todo o potencial humano, podendo ser entendida como uma forma de autorrealização (2014, p. 55). Cancelier afirma que essa facilidade de disseminação acaba justamente causando uma excessiva exposição da privacidade, sendo socialmente relevante a revelação de informações privadas (2017, p. 42). Segundo Bauman esse fenômeno estaria justamente matando voluntariamente o direito à privacidade, pois dentro da lógica atual, a maior visibilidade possível é que torna a existência pessoal significativa nas redes sociais (2012 p. 24).

Toda essa modificação sofrida no final do século XX e consolidada no começo do século XXI exige uma nova visão da proteção a privacidade. A consequência dessa valorização é a alteração do eixo do estudo da privacidade, direcionando à proteção e ao controle de informações e não apenas como um direito de se isolar (CANCELIER, 2017, p. 51). Dessa forma enquanto a privacidade surge como um direito autônomo através da ascensão burguesa e de natureza individual, hoje sua tutela passa a ser debatida no âmbito coletivo, das massas e das redes.

Maria Cachapuz chega a constatar que apesar dessa realidade não é possível se falar em um fim da privacidade, a mesma permanece necessariamente tutelável inclusive para se garantir a defesa do público (2006, p. 87), como afirmavam os gregos. Na verdade estamos vivendo um novo desenvolvimento da noção de tutela de privacidade, onde segundo Cancelier a mesma não pode abranger somente a vida intima, mas também a proteção de dados e informações pessoais, tidas como algo definitivo, pois uma vez compartilhado não permitem arrependimentos, sendo encaminhados e enviados em larga escala (2017, p. 41).

Numa sociedade em que é frequente as trocas de informações, faz-se necessário que à privacidade abranja também o controle sobre os dados de caráter pessoal (SCHREIBER, 2013, p. 136). Essa nova visão nos leva aos conceitos iniciais do ensaio, quando afirmamos que a privacidade não é algo estático ou imutável. Mais do que nunca o direito a privacidade não

pode ser compreendido como algo binário, apenas tutelado ou não, configurada como direito na lista de casos X e desconfigurada na lista de caso Y.

É possível entender que vivemos um quarto momento do desenvolvimento da privacidade, onde a sociedade contemporânea é marcada pelo mundo digital, fluidez das suas relações e indivíduos encantados pelo íntimo, não apenas pelo seu, mas também pelo dos outros. Ao contrário do que se via anteriormente, hoje a ocultação é vista como uma forma de mentira ou vergonha, precisando a individualidade ser exposta. Compartilhamos nossas vidas o tempo todo, depositando permanentemente na internet ou em bancos de dados. O ciberespaço é um ícone da atualidade, local em que todos podem dividir seus momentos e suas opiniões, praticando uma liberdade de expressão quase que absoluta.

Quanto a essa nova realidade, conclui Mikhail Cancelier que as redes sociais são como uma "mistura de *pólis* e *oikos*, em que vivemos e bradamos pelas injustiças do mundo, enquanto postamos a foto do jantar da noite anterior, experimentamos uma sensação de liberdade plena e, ao mesmo tempo, nunca fomos tão controlados" (2017, p. 52).

4. A ATUALIDADE DA PRIVACIDADE COMO UM DIREITO HUMANO

O extenso desenvolvimento do conceito de privacidade, sua mutabilidade e recente ligação com a exposição vivida na internet podem levar ao questionamento de que enquadra-la como um direito humano não é mais um entendimento moderno, sendo uma discussão ultrapassada e superada pela exposição exacerbada dos tempos mornos. Nesse sentido, uma disposição ampla e genérica positivada da DUDH em nada seria útil para a proteção da vida íntima das pessoas, sendo constantemente posta na ineficiência.

Ocorre que esse entendimento não prevalece justamente pela característica principal do conceito de privacidade como norma jurídica. Sua íntima ligação ao contexto, ao social e ao momento vivido permitem uma atualização constante do seu entendimento quanto direito e por ventura na imposição de novos mecanismos de tutela. Se retira das referências textuais trazidas no texto que a privacidade da antiguidade clássica em

nada se assemelha a antiguidade moderna, que se diferencia da intenção positivada em 1948 e que novamente é alterada nos dias atuais.

Reconhecer a privacidade como Direito Humano é entender que em cada momento histórico surgirão necessidades diferentes, mas que precisam ser tuteladas justamente por já estarem declaradas antes mesmo de se tornarem conhecidas. Na prática isso significa uma necessidade constante de atualização legislativa por parte dos ordenamentos nacionais para que se cumpra o disposto na DUDH.

A contemporaneidade apresenta enormes desafios para a tutela da privacidade, como sua exposição constante na redes sociais e bancos de dados. Ao mesmo tempo que as inovações surgem, a urgência de redimensionamento da mesma também é acionada com a mesma velocidade, ou seja, é um conceito mutável, sempre atual e em constante busca por atualização. Os efeitos influenciadores da Declaração continuam vivos atualmente, devendo ser invocados toda vez que uma efetiva violação desse direito humano se tornar presente.

A Declaração Universal de Direitos Humanos quanto à privacidade não só se apresenta ainda como um importante instrumento, mas também centro de um debate cada vez mais necessário.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. A condição humana. Tradução Roberto Raposo; revista técnica e apresentação Adriano Correia. 13. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

BAUMAN, Zygmunt. Vigilância líquida: diálogos com David Lyon. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2012.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro: uma leitura orientada no Discurso Jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006.

CANCELIER, Mikhail. Infinito Particular: privacidade do século XXI e a manutenção do direito de estar só. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CORRÊA, Gustavo Testa. Aspectos jurídicos da internet. Rio de Janeiro: Saraiva, 2000. 89

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

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2003.

FORTES, Vinicius Borges. Os direitos de privacidade de dados pessoais na internet. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

HABERMAS, Jürgen. Mudança estrutural da esfera pública: investigação sobre uma categoria da Sociedade burguesa. Tradução de Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

HUNT, Lynn Hunt. A invenção dos direitos humanos: uma história. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. I

MENDES, Laura Schertel. Transparência e Privacidade: Violação da informação pessoal na sociedade de consumo. 2008. 158 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em:. Acesso em: 02 junho de 2018

MUMFORD, Lewis. La cultura dela città. Milano: Edizioni di Comunità, 1954. NISSEMBAUM, Helen. Privacy in conyext: technoly, policy, and the integrity of social life, Stanford: Standor Univercity Press, 2010. O QUE o "sexting" pode nos ensinar? | Amy Adele Hasinoff | TEDxMileHigh. Intérpretes: Amy Adele Hasinoff. 2016. (15 min.), son., color. Legendado. Disponível em:. Acesso em: 06 jun. 2018

REALE, Miguel. O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias, 2 ed., São Paulo: Saraiva, 1998. REINING, Guilherme Henrique Lima. Abuso de direito e responsabilidade por ato ilícito: críticas ao Enunciado 37 da 1a Jornada de Direito Civil. Revista de Direito Civil Contemporâneo, v. 7, ano 3, p. 63-94, 2016.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. Direito, intimidade e vida privada: paradoxos jurídicos e sociais na Sociedade pós-moralista e hipermoderna. Curitiba: Juruá, 2010.

SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. 2. ed, São Paulo: Atlas, 2013. SIBILIA, Paula, 1967. O show do eu. Coordenação César Benjamin. 2. ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016.

WESTIN, Alan. Privacy and Freedom. New York: Atheneum, 1967.

TUTELA JURÍDICA EXTRAPATRIMONIAL E TARIFAÇÃO DOS DANOS MORAIS: UMA ANÁLISE SOBRE A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 223-G, § 1º, DA LEI Nº 13.467/2017, POR MEIO DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

VINICIUS DE ALMEIDA SANTANA MELO

1. INTRODUÇÃO

O artigo 1º, III, da Carta Magna de 1988, positivou a dignidade da pessoa humana como princípio norteador de todas as normas positivadas em esferas constitucional e infraconstitucional. Desta orientação derivou uma gama de direitos fundamentais os quais devem restar observados pelo Estado e pelos particulares na progressão das relações existenciais.

O precípuo objetivo de garantia do desenvolvimento nacional foi inscrito no artigo 3º, II, da Lei Maior, como competência do Poder Público, o qual deve garantir um ambiente apto a promoção de crescimento econômico e a diminuição das desigualdades sociais. Trata-se de pressuposto básico a melhora das condições de vida dos sujeitos de direito.

No âmbito dos direitos (extra)patrimoniais, hodiernamente não restam dúvidas acerca da possibilidade de um indivíduo vir a ser indenizado por danos morais independentemente da subsistência de perdas materiais. Suposta lide desta estirpe será submetida ao Poder Judiciário para averiguação, o qual, em semântica procedente, deverá tutelá-la em sua completa extensão.

Às relações supramencionadas tem-se a disponibilização do sistema aberto, no qual o magistrado possui acentuada discricionariedade na fixação do *quantum* indenização, fato que fomenta diversas críticas doutrinárias.

São enxergadas bruscas diferenças pecuniárias em decisões judiciais embasadas em iguais circunstâncias fáticas.

O que se popularizou como "loteria judicial" tange a falta de objetivação para as demandas extrapatrimoniais, o que impede às partes deter segura previsibilidade quanto ao futuro da ação. Na seara trabalhista, este tema se reveste de maior particularidade frente os interesses justapostos.

Ao passo que o empregador demanda segurança quanto às perdas provindas de atos ilícitos nas relações trabalhistas, o empregado carece de total satisfação em eventual dano sofrido neste escopo. O Poder Judiciário deve balancear estas prerrogativas de modo a não proporcionar desarrazoado cerceamento.

Assim colocado, surgem as seguintes questões: com vistas a promoção de maior segurança jurídica, é constitucional a adoção do sistema tarifário? O método tarifário adotado pelo artigo 223-G da Lei nº 13.467/2017 encontra-se de acordo com a Carta Magna?

Será buscado enfatizar a importância do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais para delimitar a legitimidade argumentativa de teses favoráveis e contrárias ao sistema supramencionado, investigando até que ponto os pleitos de segurança jurídica guardam validade normativa. Esta discussão norteará o desenvolvimento do trabalho *in fine* com o fito de concluir sobre a (in)constitucionalidade do sistema tarifário promulgado na reforma trabalhista.

O tema possui particular relevâncias teórica e prática, haja vista suscitar apaixonada discussão em sede jurídica. O estabelecimento de paradigmas sobre sua (in)constitucionalidade mostra-se necessário em tempos de grande insegurança jurídica e incongruente uso do direito de petição.

Serão esculpidos caracteres sobre a dignidade da pessoa humana e a busca pelo desenvolvimento nacional, enfatizando a necessidade de estarem em consonância na *praxis*. *A posteriori*, serão debatidas noções sobre os danos extrapatrimoniais e os direitos fundamentais, suas respectivas incidências nas relações trabalhistas, bem como disponibilizadas algumas decisões judiciais.

Os principais critérios quantitativo-indenizatórios empregados pela doutrina e jurisprudência pátrias serão esposados em paralelo ao conceito

de tarifação das lesões morais. Desta maneira, será determinado se o cálculo baseado no salário do empregado guarda devida validade material para com a Constituição Federal de 1988.

2. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A BUSCA PELO DESENVOLVIMENTO NACIONAL

É-se aduzido que qualquer tentativa de definir a dignidade da pessoa humana mostra-se de penosa execução, haja vista a multiplicidade filosófica, histórica e social que permeia o instituto (CAVALCANTE, 2007, p. 62). O artigo em tela não comporta espaço suficiente para aprofundar este debate, contudo serão desenvolvidos aspectos que facilitem a compreensão.

Influenciada pelos pensamentos iluministas dos séculos XVII e XVIII, o instituto passou a ótica de irrenunciável e inalienável qualidade do sujeito de direito. A autonomia da vontade e as liberdades públicas passaram a ser salvaguardadas pelo Estado com o intento de proporcionar saudável desenvolvimento das relações sociais.

No século XX, esta inteligência foi complementada pelo *Welfare State*, o qual assegurou um mínimo existencial a digna vivência dos indivíduos. Os artigos 3º e 8º da Declaração Universal de Direitos Humanos positivou no plano internacional o dever do Poder Público de oferecer efetiva tutela judicial em caso de violação a direitos fundamentais.

O que se entende por dignidade ganha contornos específicos a realidade circundante, não podendo ser analisado *et abstracte* (SARLET, 2001, p. 45). Não obstante, mostra-se correto a afirmação de que tal instituto almeja intrínseca qualidade dos seres humanos a qual implica consideração pelo Estado e demais particulares.

O artigo 1º, III, da Lei Maior de 1988 esculpiu o princípio da dignidade da pessoa humana como uma das normas de maior relevância na pirâmide legal. O constituinte foi inteligente em oferecer proteção a todo o complexo (extra)patrimonial das pessoas físicas e jurídicas, resguardando-os de possíveis arbitrariedades e ingerências.

A ótica constitucional oferecida ao instituto apresenta-se como pressuposto de expressão e validade dos consubstanciados direitos fundamentais

(CAVALCANTE, 2007, p. 65). Trata-se de verdadeiro núcleo principiológico que orienta e condiciona a tutela deste recorte, sob pena de a injustificada ação ou omissão estatais demandarem compensação pecuniária.

Orientando-se nestas delineações, o artigo 3º, II, da Constituição, estabeleceu a garantia do desenvolvimento nacional como um dos objetivos da República Federativa do Brasil. O mesmo deve ser proporcionado a partir de políticas públicas dirigidas a todos os agentes no plano material, inserindo-se os empresários e trabalhadores.

O sentido da expressão "desenvolvimento nacional" demanda investigação de suas condições operativas em vários ramos das ciências humanas (MATOS; ROVELLA; 2010, p. 05). Esta atividade se mostra de árdua averiguação à medida que nutre maior complexidade, devendo a pesquisa científica perquirir a consolidação de direitos protetivos, distribuição de renda e oportunidades trabalhistas.

Nessa toada, o Poder Legislativo deve consubstanciar regras competentes ao resguardo dos direitos individuais e coletivos – consubstanciando tutelas preventiva e compensatória – e normas que proporcionem condições à iniciativa empresarial de fomentar progressão econômica e previsibilidade de dispêndios.

No que toca especificamente ao Direito do Trabalho, faz-se justa a estipulação de instrumentos eficazes à célere satisfação de lides embasadas em danos extrapatrimoniais. Torna-se razoável opor noções objetivas que resguardem as legitimidades material e processual dos litigantes numa técnica racionalmente decodificada.

3. O DANO MORAL E A TUTELA JURÍDICA EXTRAPATRIMONIAL

3.1 ASPECTOS ELEMENTARES DO DANO MORAL

Diante o avanço tecnológico e a maior complexidade das relações desenvolvidas entre os cidadãos, fato advindo das revoluções industriais, houve acentuado incremento dos fatores de risco às integridades patrimonial e extrapatrimonial (FRANCO, 2008, p. 04). Tal paradigma emergiu a autonomia desta espécie na doutrina, bem como a gênese da responsabilização objetiva (SCHREIBER, 2007).

Sem prejuízo de outras possíveis conceituações, o dano moral pode ser definido como a lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário e/ou comercialmente redutível a espécie econômica (PAMPLONA; STOLZE; 2017, p. 111). Este gênero condiciona-se por lesionar a esfera personalíssima dos sujeitos de direitos, dirigindo-se o plano indenizatório no sentido de compensar a ação/omissão lesiva.

A gravidade e extensão do instituto fundamenta-se na materialidade dos artigos 1º, III e 5º, V e X, da Carta Magna. Excluem-se os meros dissabores e/ou as situações que se mostram de irrisória ofensividade, devendo o magistrado, neste diapasão, estar atento quanto ao desarrazoado emprego da tutela judicial (GONÇALVES, 2014, p. 501).

No nível infraconstitucional, algumas passagens traçam paradigmas, a exemplo dos artigos 186 e 927 do Código Civil de 2002, os quais, respectivamente, considera-o como ato ilícito e o causador à reparação na medida de sua gravidade. No que toca as relações de trabalho, o artigo 483, *e)*, da Consolidação das Leis do Trabalho, possibilita indenização quando praticado ato lesivo a honra e boa fama do empregado e/ou pessoa de sua família.

Salvo excepcionais casos, a prova do dano moral será auferida explicitando o desempenho da conduta, dispensando-se a evidência de eventual sofrimento. Concluindo-se pela existência de lesão extrapatrimonial, o magistrado procederá ao estabelecimento de razoável compensação indenizatória que satisfaça a extensão do ato ilícito.

A despeito da evolução do pensamento jurídico e seu efeito irradiador em outras áreas, problemáticas quanto a objetividade e eficácia técnica correntemente verificáveis no Poder Judiciário. Há grande dificuldade em diferenciar quais condutas merecem o rigor da tutela judicial e em que medida o ressarcimento será quantificado, ocorrendo bruscas divergências em processos de mesmas circunstâncias fáticas.

No Direito do Trabalho, a definição de seguros critérios para o *quantum* indenizatório reveste-se de sensível valoração. Ao mesmo tempo que o empregador demanda maior objetivação quanto a pecúnia compensatória a ser disponibilizada para os seus subordinados nos casos de atos ilícitos desta natureza, estes possuem o direito de obter tutela judicial que abarque a extensão e gravidade do dano.

Na ausência de critérios apriorísticos, os julgadores vêm recorrendo a doutrina e jurisprudência para traçar paradigmas *in casu* (MELO, 2004, p. 08). Em que pese o tema suscite severas controvérsias, havendo correntes que advogam até mesmo a extinção do instituto, é cediça a necessidade de tutela da esfera subjetiva para segura proeminência da dignidade humana (PAMPLONA; STOLZE; 2017, p. 123).

3.2 DANOS MORAIS NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

Existem normas cogentes na Constituição Federal as quais possuem o objetivo de regular as complexas relações econômicas (MORAES, 2008, p. 44). Foi percebido que a sobrevivência das empresas detém elevada importância a manutenção das relações de emprego e a consecução do desenvolvimento nacional, no entanto determinadas limitações foram impostas aos empregadores na execução de suas atividades.

O artigo 170 da Carta Magna concilia a força do capital e do trabalho com o escopo de efetivar, concomitantemente, a liberdade de atuação dos empreendimentos e a valorização do labor humano. A eficácia dos justapostos direitos fundamentais coloca-se nesta área como de aplicabilidade direta e imediata.

Neste panorama, o Poder Judiciário deve ser razoável nas sanções aplicadas aos empregadores sob pena de *a contrario sensu* acarretar demasiada onerosidade a qual impacte justamente a classe proletária. Torna-se indispensável que a tutela judicial se guie pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Não existem divergências dogmáticas entre os danos morais cível e trabalhista, apenas particulares diferenciações advindas de sua incursa natureza jurídica (KELM, 2015, p. 20). O que determina a incidência da Consolidação das Leis do Trabalho e outros dispositivos específicos é, justamente, a subsistência de um vínculo material trabalhista.

A relação empregatícia caracteriza-se pela subordinação do empregado frente o empregador, o que traz maior sensibilidade a temática (PAMPLONA, 2002, p. 10). A inequidade é requisito notável de diferenciação dos

sujeitos, o que fundamenta a atuação da Justiça do Trabalho para equiparar os polos processuais em caso de premente necessidade.

Afirmar tal assertiva não significa que contratado e contratante sempre figurarão, respectivamente, como vítima e agressor. Esta ideia deve ser desmistificada por conta da hipótese de as empresas e/ou seus dirigentes possuírem também violados os seus direitos fundamentais.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 reformou o Poder Judiciário e angariou maior tecnicidade para as lides, dirimindo anterior discussão doutrinária acerca da (in)competência da justiça especializada quanto a apreciação de danos morais trabalhistas. O artigo 114, VI, da Lei Maior, designou expressamente esta estrutura como a competente para o exame em tela.

A análise dos processos *in fine* possui escopo de compensar os sujeitos por eventuais lesões a direitos fundamentais e/ou de personalidade. Trata-se de conduta atinente ao respeito das regras e princípios positivados na *Magna Charta*, proporcionando maior harmonia entre empresas e proletários no plano fático.

3.2.1 POSIÇÕES JURISPRUDENCIAIS

Consolidou-se uma jurisprudência trabalhista atinente a possibilidade de postulação indenizatória extrapatrimonial quando corrente certa violação a direitos fundamentais do empregado, do empregador ou da própria empresa. Nos dias atuais, uma acentuada quantidade de sujeitos recorre às instâncias judiciários com o intuito de verem compensadas eventuais lesões.

É possível a incidência de atos ilícitos em quaisquer das etapas pré-contratual, contratual e pós-contratual (PAMPLONA, 2002, p. 11-13). Os julgados que serão dispostos abaixo fundamentam esta visão, manifestando a necessidade de completa tutela temporal individual e/ou coletiva.

A 8ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (2010) compreendeu ser indevida a conduta de empregador que, ausente pressuposto legal, frustrou expectativa de pleiteante a certo cargo de sua empresa.

Os magistrados entenderam pela ausência de boa-fé objetiva, ocorrendo danos morais diante a desarrazoada violação da dignidade deste.

A 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região procedeu à análise de caso tangente a revista íntima. Fora consignado que, não obstante o poder diretivo do empregador na condução empresarial, ocorreu abusividade na gênese de limitação da ida ao banheiro e na realização de inspeção vexatória. Restaram configurados os danos morais em virtude da explícita e desnecessária violação a intimidade.

A 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (2010) debruçou-se na confecção de "lista negra" por parte de determinada pessoa jurídica. Este ato consiste na listagem e envio de nomes de ex-empregados para dificultar a contratação por empresas concorrentes, sendo deferida a tutela indenizatória frente por efeito da honra e imagem violadas.

Engana-se o(a) leitor(a) que pense tratar-se como danos morais qualquer lesão a prerrogativas jurídicas. Como já estipulados em oportuno momento, a seara judicial não milita para nenhuma das partes, mas sim atua com a devida razoabilidade nas situações postas a apreciação; oferecendo a melhor razão de justiça.

Neste sentido, o acórdão manifestado pela 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região (2015) ilustra bem a seara. Os juízes decidiram que a prática de pagamento extrafolha, apesar de moralmente reprovável, não é capaz de configurar *per si* atentado a direitos fundamentais. Deve restar configurado relevantes prejuízos extrapatrimoniais e o abalo psíquico, o que não ocorreu na senda.

Percebe-se que a análise de lesões morais demanda minuciosa análise pelo órgão julgador para que não sejam estipuladas desarrazoadas indenizações, sob pena de os valores da justiça serem esquivados. Haja vista a existência de direitos fundamentais em ambos os polos da relação material, estes devem ser resguardados à medida necessária de análise dos pleitos.

Embora haja acentuada discrepância de entendimento em circunstâncias de mesmas particularidades, caminha a justiça brasileira ao guarnecimento de parâmetros mais objetivos de controle pecuniário. As circunstâncias de sua atribuição vêm auferindo maior tecnicidade, seja com introdução legislativa e/ou com dotações de cortes superiores.

4. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO E NORMATIZAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS

Perpassada a desempenhada discussão, chega-se a etapa que toca os critérios de fixação dos danos morais na contemporaneidade jurídica. Não serão questionados aspectos pertinentes a legitimidade ou não de socorro ao Poder Judiciário, mas a tentativa de definição dos caracteres constitucionais e eficaciais do sistema de tarifação hodiernamente.

A legislação brasileira adotou o sistema aberto para a fixação da quantia indenizatória, dotando competência ao julgador para o arbitramento da pecúnia devida casualmente. Ao contrário do sistema tarifário, o qual estipula um limite que poderá ser alcançado mediante a conjugação de concretas peculiaridades, aquele possui maior amplitude.

O artigo 944, *caput* e parágrafo único, do Código Civil de 2002, positivou a adoção de critérios relativos a (1) extensão do dano, (2) gravidade da culpa autoral em relação ao dano e (3) proporcionalidade entre culpa e dano às análises processuais. O primeiro tange o princípio da integralidade e/ou total compensação, seguido pela vinculação dos últimos aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade (BELMONTE, 2013, p. 11).

Não obstante este sistema possua seus louros, a prática judicial demonstra acentuada insegurança advinda da discricionariedade atribuída. Não é possível eliminar totalmente a subjetividade dos juízes em sua atividade, no entanto a desproporcional diferença em casos de mesma conjuntura fática é manifesta.

Distante essa realidade, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça exarou sensível decisão para diminuir o subjetivismo e evitar decisões demasiadamente discrepantes. O Ministro-Relator averbou que a indenização deve ser fixada em pecúnia suficiente para desestimular a repetição da conduta e não constituir enriquecimento ilícito, assegurando espaço de liberdade para conformação judicial.

Hodiernamente, os critérios mais utilizados pela supramencionada corte são a) natureza, gravidade e extensão do dano; b) grau de culpa e a intensidade do dolo; c) eventual participação culposa do ofendido; d) capacidade econômica do responsável; condições sociais, econômicas e políticas do

ofendido; e) função de punição e desestímulo e f) bom senso, moderação, proporcionalidade e razoabilidade. Este estudo jurisprudencial mostra uma tendência por maior objetivação (SILVA; SOUTO; 2012, p. 07-10).

Enquanto os dois primeiros balizadores possuem fundamentação nos artigos 944 e 945 do Código Civil de 2002, os demais provêm de própria construção do tribunal para adequar os pleitos indenizatórios às perspectivas constitucionais de segurança jurídica extensiva satisfação.

A partir dos posicionamentos e critérios adotados pela corte, visualize-se que, embora a súmula nº 281 tenha desconsiderado o sistema tarifário previsto na lei de imprensa, a tese de inconstitucionalidade apriorística de métodos quantificadores não se mostra acertada. Corroborando para com esta assertiva, o critério bifásico (SANSEVERINO, 2010, p. 275-313) e a tabela disponibilizada em 2009 pela mesma expõem constante avanço à mínima previsibilidade e segurança jurídica.

Uma racional análise do sistema tarifário expõe que este, por si só, não configura indevida limitação aos direitos fundamentais de forma a impossibilitar sua completa satisfação. A disponibilidade de limites e critérios objetivos, ausente retirada de certa subjetividade judicial, possui o fito de desencorajar os vultosos pleitos com fulcro em irrisórios substratos fáticos.

Diante sua estrutura dogmática não demonstrar afronta apriorística às disposições da Carta Magna de 1988 e das legislações infraconstitucionais, advoga-se a análise dos seus elementos adjetivos, a exemplo da forma de cálculo adotada. Assim, poderá ser auferida uma perspectiva mais fundamentada sobre a (in)constitucionalidade do recorte positivado.

Ausente tal orientação, o único questionamento possível é a efetividade técnica do sobressalente sistema para atingir os objetivos consignados nas hipóteses de incidência judiciais.

5. (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA PREVISÃO DOS ART. 223-G, §1º, DA LEI Nº 13.467/2017

Traçado o caminho imprescindível à fundamentação teórica do trabalho científico, chega-se ao ponto fulcral do mesmo. O artigo 223-G, § 1º, da Lei

nº 13.467/2017 determinou o sistema tarifário aos pleitos indenizatórios trabalhistas, estabelecendo um limite pecuniário extrapatrimonial adstrito ao último salário percebido pelo proletário.

O dispositivo estabelece que a indenização, a depender da ofensividade da conduta, variará entre três e cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido; possibilitando o § 3º que aja elevação ao dobro em caso de reincidência entre mesmas partes. A adoção deste parâmetro mostra-se desarrazoada, haja vista não guardar validade material para com os pressupostos constitucionais.

A literalidade normativa infere que grave violação ao princípio da isonomia, consignado no artigo 5º, *caput*, da Lei Maior. Não há verossimilhança capaz à argumentação de que a soma percebida pelo proletário em razão de seu labor é tecnicamente correta para mensurar o teto de valor indenizatórios nos casos extrapatrimoniais.

O artigo 3º, IV, da Carta Magna, por sua vez, é explícito quanto à impossibilidade de descriminação individual e coletiva pelo Estado. Este, possuindo o bem comum como um de seus objetivos fundamentais, possui o papel de resguardar harmoniosa convivência por meio da igualdade material.

À título ilustrativo, em caso de um empregador ofender dois funcionários distintos, os quais alberguem, respectivamente, quantias de mil e cinco mil reais, entendendo o magistrado pela ocorrência de lesão de natureza leve, cada um poderá receber até três mil e quinze mil reais. Mesmas circunstâncias fáticas, mesma extensão de dano, tutela judicial completa e significativamente divergente.

A situação é agravada pelo fato de o artigo 223-A da lei retromencionada haver descontinuado a aplicabilidade supletiva do Código Civil de 2002 para dirimir as lides. Os operadores encontram-se, destarte, impossibilitados de inovar com técnicas civilistas como hodiernamente o era realizado subsidiariamente.

Em que pese o sistema tarifário dispor de legítima base argumentativa quanto a previsibilidade e controle dos atos judiciais, em consonância com o que fora estabelecido, o exame das características adjetivas neste sistema demonstra desrespeito a pressupostos basilares dos direitos fundamentais.

Ocorre nítida invalidade material em vigor atualmente, violando as perspectivas provindas da dignidade humana e da isonomia.

O objetivo de consubstanciar maior segurança jurídica mostra-se de total relevância no ordenamento pátrio, no entanto esta demanda não pode ser auferida a partir do sacrifício e/ou total desconsideração de prerrogativas historicamente pensadas. Desta forma, sua perspectiva inconstitucional é manifesta.

6. CONCLUSÃO

A constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana e a positivação de um rol exemplificativo de direitos fundamentais disponibilizam aos indivíduos a prerrogativa de recorrerem ao Poder Judiciário em viés compensatório. O Estado possui o papel de efetivar harmoniosa e pacífica convivência social.

Os direitos extrapatrimoniais há muito recebem autônomo tratamento no ordenamento pátrio e aufere especial relevância na prática jurídico-processual. Os magistrados deparam-se com uma alta gama de casos baseados em atos ilícitos que abalam os direitos fundamentais individuais e coletivos, o que demanda incisiva intervenção no contexto social.

À ótica do Direito do Trabalho, as lides envolvendo estas violações são cada vez mais correntes, sendo cediça a insegurança jurídica provocada por excessiva discricionariedade atribuída aos profissionais competentes. A desproporcional variação em casos similares opõe óbice a atividade empresarial e a previsibilidade do processo, obstando um desenvolvimento racional da seara.

O sistema tarifário não se mostra como uma estrutura inconstitucional de modo apriorístico. Suas tangentes características, por si só, não vão de encontro a pressupostos constitucionais e/ou impossibilitam o exame subjetivo por parte do magistrado para atribuir a pecúnia devida no caso concreto; assegurando, em verdade, maior objetividade na disposição do *quantum* indenizatórios e diminuindo os vultosos processos baseados em pequenos dissabores.

Não obstante o que se apregoa, a perspectiva tarifária da reforma trabalhista coloca-se em acentuado descompasso quando pauta o salário do trabalhador como método de cálculo e limite pecuniário. Esta conduta vai de encontro às perspectivas de dignidade da pessoa humana, isonomia e extensão do dano fortemente advogadas pelo complexo normativo; não havendo racionalidade em diferenciar proletários pelo seu nível de renda.

Assim, vislumbra-se a necessidade de o mesmo ser declarado inconstitucional frente os argumentos aqui disponibilizados, possibilitando que um sistema aberto mais objetivo continue em vigor. Não se deve sacrificar o humanismo com o fito de auferir determinada demanda no direito, devendo, em verdade, a busca pela segurança jurídica andar em conformidade com as prerrogativas justapostas pelo Estado.

REFERÊNCIAS

"STJ define valor de indenizações por danos morais". *Revista Consultor Jurídico*, 15 de setembro de 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-set-15/stj-estipula-parametros-indenizacoes-danos-morais>. Acesso em: 09 set. 2017.

BELMONTE, Alexandre Alga. Dosimetria do dano Moral. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 79, nº2, abr/jun 2013**. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/39780/001_belmonte.pdf?sequence=1>. Acesso em: 11 set. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. 5 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 5 mai. 2017.

_____. **Decreto-Lei nº 5.452,** de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, RJ, 10 de novembro de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 07 set. 2017.

_____. **Emenda Constitucional nº 45**, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134, e 168 da

Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília, DF, 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 08 set. 2017.

_____. **Lei nº 10.406,** de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 19 de janeiro de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 set. 2017.

_____. **Lei nº 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 nº 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. Brasília, DF, 13 de julho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 08 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial N. 323.856-RS (2001/0059908-1). Agravante: Zero hora Editora Jornalística S/A e outros. Agravado: Aldo de Souza Temperam Pereira. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ, 13 mai. 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_21_capSumula281.pdf>. Acesso em: 09 set. 2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região. Acórdão do processo 0010989-75.2015.5.18.0014(RO). Reclamente: Welington Bento da Neiva. Reclamada: Bahrem Bar e Restaurante LTDA-ME. Relator: Juiz Elvécio Moura dos Santos. Origem: 14ª Vara do Trabalho de Goiânia. 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Disponível em: <http://www.trt4.jus.br> Acesso em: 06 set. 2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Acórdão do processo 0000001-96.2010.5.04.0551(RO). Reclamante: Adão Dirceu de Camargo Torma. Reclamada: Monier Tégula Soluções para Telhados. Relator: Juiz Wilson Carvalho Dias. Origem: Vara do Trabalho de Frederico Westphalen. 8ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Disponível em: <http://www.trt4.jus.br>. Acesso em: 06 set. 2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Acórdão do processo 0133500-03.2008.5.04.0017(RO). Reclamante: Scheila Ribeiro da Costa. Reclamada: Carrefour Comércio e Indústria Ltda. Relator: Des. Beatriz Zoratto Sanvincente. Origem: 17ª Vara do Trabalho de Porto Alegre. 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Disponível em: <http://www.trt4.jus.br> Acesso em: 06 set. 2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Acórdão do processo 1049200-90.2008.5.04.0761(RO). Reclamante: Emerson Ricardo dos Santos Capela. Reclamada: Navegação Aliança Ltda. Relator: Des. Milton Varela Dutra. Origem: Vara do Trabalho de Triunfo. 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Disponível em: <http://www.trt4.jus.br> Acesso em: 06 set. 2017.

CAVALCANTE, Lara Capelo. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como fundamento da produção da existência em todas as suas formas**. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp049145.pdf>. Acesso em: 10 set. 2017.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <http://www.dudh.org.br./wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: 08 set. 2017.

FRANCO, Júlio César Silva de Mendonça. **Danos morais: compensabilidade e quantificação**. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp069507.pdf>. Acesso em: 09 set. 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**: responsabilidade civil. 15ª ed. Rev. Atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 15ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014.

KELM, Matheus Silva. **O dano moral na Justiça do Trabalho**. Disponível em: <http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/3559/TCC%20MATEUS%20ENTREGA.pdf?sequence=1>. Acesso em: 09 set. 2017.

MATOS, Richer de Andrade; ROVELLA, Syane Brandão Caribé. Do crescimento econômico ao desenvolvimento sustentável: conceitos em evolução. **Revista Administração e Ciências Contábeis, n. 3, jan./jul. 2010**. Disponível em: <http://www.opet.com.br/faculdade/revista-cc-adm/pdf/n3/DO-CRESCIMENTO-ECONOMICO-AO-DESENVOLVIMENTO-SUSTENTAVEL-CONCEITOS-EM-EVOLUCAO.pdf>. Acesso em: 10 set. 2017.

MATOS, Richer de Andrade; ROVELLA, Syane Brandão Caribé. **Do crescimento econômico ao desenvolvimento sustentável: conceitos em evolução**. Disponível em: <http://www.opet.com.br/faculdade/revista-cc-adm/pdf/n3/DO-CRESCIMENTO-ECONOMICO-AO--DESENVOLVIMENTO-SUSTENTAVEL-CONCEITOS-EM-EVOLUCAO.pdf>. Acesso em: 10 set. 2017.

MELO, Nehemias Domingos. **Dano moral**: problemática: do cabimento à fixação do *quantum*. São Paulo: Juarez, 2004.

MORAES, Aleandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos artigos 1º e 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Débora Brito. **A valorização do trabalho como condição para a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana: o papel do Estado na valorização do trabalho**. Disponível em: <http://www.unimar.com.br/pos/trabalhos/arquivos/3eab56ab7c2b447e-15992fdb16cc2e8b.pdf>. Acesso em: 07 set. 2017.

PAMPLONA, Rodolfo. Dano moral e Justiça do Trabalho. **Revista Nacional de Direito do Trabalho, vol. 49, 2002**. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/23102-23104-1-PB.pdf>. Acesso em: 08 set. 2017.

PIRES, Eduardo Rockenbach. **Tutela inibitória como instrumento de prevenção contra o assédio moral**: a efetividade da jurisdição trabalhista na proteção a direitos de natureza extrapatrimonial. Disponível em: <file:///C:/Users/pc/Downloads/DISSERTACAO_Eduardo_Rockenbach_Pires.pdf>. Acesso em: 08 set. 2017.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Princípio da Reparação Integral**. Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo. **Dignidade humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009.

SILVA, Isaura Salgado; COUTO, Igor Costa. **Os critérios quantitativos do dano moral segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2012/relatorios_pdf/ccs/DIR/JUR-Isaura%20Salgado%20Silva%20e%20Igor%20Costa%20Couto.pdf>. Acesso em: 09 set. 2017.

DIREITOS HUMANOS

DIREITO E TECNOLOGIA: UMA DISCUSSÃO JURÍDICA E SOCIOLÓGICA SOBRE OS DIREITOS ENVOLVIDOS AOS SERES HUMANOS GERADOS POR TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA ALLAN BATISTA MARTON

ISABELA GONÇALVES RABELO

INTRODUÇÃO

Esse artigo trabalha com a proposição dos efeitos da biotecnologia e as lacunas éticas e jurídicas em torno de um humano em potência. Nesse sentido, questiona-se: Liberdade científica ou dignidade da pessoa humana? Sujeito de direito ou instrumento político? Terapia ou melhoramento genético? A visão de que liberdade de escolha dos individuos e autonomia dos mesmos são inseparáveis do homem pode estar em risco, já que muito se questiona sobre a possibilidade da perda da essência humana quando o indivíduo passa a ser compreendido, simplesmente, como fruto do desejo dos pais, passa a não ser um fim em si mesmo, mas sim, um meio para a realização da vontade de outrem. Esta perda de essência parece total quando pensamos que até mesmo as estruturas biológicas de alguns seres humanos estão à serventia de alguma vontade. Trata-se aqui de abordar sobre a temática das técnicas de procriação assistida que esbarra justamente na vontade de seus genitores de terem filhos geneticamente perfeitos.

Nesse contexto de tantas questões e apurações históricas e sociológicas, nos deparamos com as consequências que, unem a Medicina ao Direito, exigindo que os operadores de ambos, reflitam sobre a realidade que os circundam.

O presente artigo aborda fatos do universo da ciência genética trazendo à tona alguns questionamentos importantes, que ressoam na vida

jurídica do indivíduo: Pais podem escolher as características de seus filhos? Por que se admitir a possibilidade de utilização das técnicas de reprodução assistida para a instrumentalização do próprio indivíduo? Seria tecnicamente correto basear essa permissão na simples vontade do manipulador, ou de quem paga por esse serviço? Nesse sentido, pode o Direito interferir no planejamento familiar das pessoas? Então, estaríamos diante de uma nova Eugenia?

Com a finalidade de se traçar as hipóteses de possíveis respostas, far-se-á um estudo sobre as particularidades e sintomas da inserção da tecnologia na reprodução humana. Posteriormente, a discussão dos princípios de um direito em face de outro, ou seja, o direito da autonomia futura do embrião e a vontade e liberdade dos pais, em planejar a quantidade e qualidade dos filhos, definidos geneticamente.

Para que se possa organizar os conceitos desse artigo trata-se de alguns princípios fundamentais em torno dos dilemas teóricos abordados pelos autores. Nesse sentido, busca-se as discussões sobre os elementos históricos em relação a seleção de seres humanos. Uma das principais teorias sobre a seleção, vem justamente das reflexões de Darwin com a teoria da evolução das espécies que entre 1832 e 1834, que, pelo autor, tinha o objetivo de explicar a origem das espécies e tratou também fenômenos como a extinção, hereditariedade e adaptação dos seres vivos. Basicamente, a teoria afirma que os seres, que têm mais aptidão ao ambiente, têm mais probabilidade de sobreviver e reproduzir-se, resultando na perpetuação da espécie ao longo dos tempos. Como aptidão para o ambiente, podemos entender ser um conjunto de características individuais, que proporcionam a sobrevivência. Exemplo: resistência ao calor por espécies que vivem em ambientes quentes. Pelo contrário, o indivíduo menos apto, ao ambiente não sobreviveria, logo não se reproduziria, portanto, seria extinto. Seguindo esse raciocínio, Darwin (2003 p.61) chegou ao conceito de seleção natural, "princípio no qual cada pequena variação [ou característica], se benéfica, é preservada".

O ambiente de habitação natural das espécies selecionaria, então, aquela mais apta à sobrevivência. Dessa seleção, sobreviria o melhoramento das espécies, principalmente da espécie humana, pois até onde se sabe, é a única

dotada de racionalidade. A aptidão seria tanta, que com o tempo, o ser humano seria capaz de controlar as condições do ambiente em que vive, resultando na organização de uma sociedade tecnológica. Com o avanço dessa tecnologia, seria simples identificar as características consideradas indesejáveis – que tornaria as espécies inaptas à sobrevivência – em seus portadores e eliminá-las, sobrando apenas o grupo de humanos "perfeitos".

1. O INDESEJÁVEL: EUGENIA E MORAL

Outra forma de seleção, é a exclusão social do que é indesejável. Assim, o conceito do "indesejável" será fundamental, pois para entender o funcionamento de uma determinada sociedade, é necessário analisar seus valores e práticas. Da mesma forma, é importante considerar que o que é descartado e excluído fala muito sobre tal sociedade, já que revela o que considera sem valor.

Segundo Galton (1985) citado por FARIAS (2012 p. 68), pode-se compreender que a seleção não mais aconteceria de forma natural, mas promovida pelo próprio homem, que determinaria quem permaneceria no contexto social. Sendo assim manteria-se a evolução física e moral do humano. Percebe-se que pela visão do autor que o que antes acontecia automaticamente, pelas forças da natureza, deveria agora ser uma função desempenhada pelos homens.

Tanto que eugenia foi o termo criado por Galton, que a definiu como: melhora de uma determinada espécie através da seleção artificial. A eugenia apresenta-se sob a ótica da higiene e profilaxia social, portanto, serviria para o bem comum e higienização da humanidade. No século XX, segundo FARIA e COSTA (2009 p.317) a eugenia positiva implicava em ações para estimular a boa reprodução em humanos, ao passo que, a eugenia negativa, em ações para limitar a má reprodução. O objetivo era sempre impedir a reprodução de pessoas, que possuíam os elementos "indesejáveis" socialmente.

De acordo com Guerra (2006), essa ideologia da eugenia perpetuou ao longo dos anos e foi capaz de corporificar-se em alguns eventos notáveis,

dentre eles podemos citar o período de ascensão do governo de Adolf Hitler na Alemanha (1919) baseado em um paradigma reducionista, que, aparentemente identificava algum potencial genético, em um determinado grupo de seres humanos que apresentavam certas características. O estereótipo criado por esse pensamento concebeu a "raça ariana", desempenhando uma função normativa que refletirá na realidade que melhor representar a moral da época. Os indesejáveis, eram brutalmente eliminados do convívio social, seja por meio de extermínio ou subjugação dos indivíduos marginais, levados a campos de concentração que proporcionavam condições de vida subumanas, o que acabou resultando num dos maiores genocídios da história.

2. TECNOLOGIA E CIÊNCIA

A comunidade científica promoveu avanços direcionados à identificação dos "indesejáveis" como a utilização de exames que conseguem criar um diagnóstico genético completo, ainda na fase pré-natal. Por meio desse progresso foi possível conhecer profundamente a unidade responsável por eternizar as características biológicas dos seres vivos. De acordo com Amabis e Martho (2004), o gene:

> "[..]é a unidade fundamental da hereditariedade.[..]é um segmento de DNA que leva à produção de uma cadeia polipeptídica e inclui regiões que antecedem e que seguem a região codificadora. (AMABIS, MARTHO; 2004, p. 215)

Portanto, o gene é a unidade que portará os códigos de todas as características dos seres vivos. Logo, se for estabelecido um padrão de códigos que proporcionará ao homem alcançar o estado de 'plenitude genética', podemos dizer que quem não configura este padrão, é por definição, "degenerado", possui elementos genéticos "indesejáveis". Os autores apontam que essas descobertas conceberam a Engenharia Genética, capaz, não somente de codificar, mas, alterar o gene humano através de técnicas de manipulação genética.

Lista-se resumidamente, algumas das muitas possibilidades que a manipulação genética proporcionou à ciência, entre elas: a) Produção de medicamentos b) Procedimentos médicos; c) Reconstituição dos tecidos humanos com base em células embrionárias; d) Planejamento familiar através da fecundação in- vitro e diagnóstico pré-natal; e) OGM's (organismos geneticamente modificados);

Portanto, a ciência a serviço da humanidade proporciona vários elementos que vão de encontro aos desejos das melhorias sociais. A maior preocupação, que fica cada vez mais real é: se os homens têm o controle do código-fonte da vida, o que acontece quando usam isso em si mesmos?

3. O BIOPODER

A seleção/edição de genes proporciona a maximização do poder para intervir sobre as características vitais da existência humana. Em pouco tempo, portar uma determinada característica será fruto de uma simples escolha e não do destino. Porém, o fato de crianças serem geradas por "encomenda" propicia um desconforto moral recorrente.

Segundo Sandel, (2013 p. 14), "o dilema moral surge quando as pessoas utilizam tais terapias, não para curar uma doença, e sim para ir além da saúde, para melhorar suas capacidades físicas ou cognitivas, para erguer--se acima da norma geral."É preocupante a facilidade na manipulação da vida, pois se sabe que apesar de todos os melhoramentos genéticos começarem na tentativa de prevenir algum mal ou um distúrbio genético, é possível utilizar o poder de manipulação biológica, por exemplo, de maneira arbitrária,afastando a dignidade humana. O que acontece, por exemplo, quando pessoas começam a usar isso para selecionar bebês por motivos que outras pessoas consideram errados? Pode esse procedimento ser uma transgressão à dignidade humana?

Conforme Goossens (2007), a técnica de manipulação genética chamada de DGPI -Diagnóstico genético pré implantacional representa uma valiosa ferramenta aos casais que desejam evitar "surpresas" ao gerar seu filho. Ela analisa uma única célula do embrião que é biopsiado a partir

do terceiro dia de desenvolvimento. Esta metodologia tem como finalidade identificar embriões gerados por processos de reprodução assistida, os quais sejam portadores de aberrações cromossômicas.

É comum em técnicas de reprodução assistida a utilização de vários embriões, mas somente um, o mais saudável e mais perfeito de acordo com o diagnóstico proveniente dessa técnica viverá, entretanto, causa desconforto, que se acentua quando consideramos que já é possível utilizar técnicas, cada vez menos complexas e mais acessíveis, como por exemplo a CRISPR/Cas9 para que essa manipulação seja feita.

Segundo Prado (2016), essa nova técnica de manipulação genética chamada CRISPR/Cas9, tem sido desenvolvida ostensivamente no cenário mundial. Essa técnica é capaz de "cortar e colar" os genes em uma sequência genética de modo a excluir o que é indesejável e acrescentar o que é desejável, de acordo com a vontade do manipulador. Ainda, segundo Prado (2016), essa pratica é muito polêmica, pois a técnica tem potencial tanto para evitar alguns tipos de doenças quanto para proporcionar às pessoas a possibilidade de escolher as mais diversas características fenotípicas de seus filhos por um custo expressivamente baixo, tendo em vista a relevância da técnica. Para configurar a capacidade de editar DNA com a técnica CRISPR, um laboratório só precisa encomendar um fragmento de RNA, (que custa cerca de 10 dólares) e comprar produtos químicos e enzimas por 30 dólares ou menos.

4. MANIPULAÇÃO DO GENOMA HUMANO EM FACE DA DIGNIDADE HUMANA

Na realidade dos países de cultura ocidental a seleção genética, quando aplicada em células humanas, pode gerar conflitos com o ordenamento jurídico. Tendo em vista que a modificação do ser humano, em sua dimensão material, pode afetar incisivamente a dignidade humana, e este direito/princípio é parte basilar dos Estados Democráticos de Direito. Conforme Duarte (2009 p. 15):

> A dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca, inseparável de todo e qualquer ser humano, é característica que o define como tal. Concepção de que em razão, tão somente, de sua condição humana e independentemente de qualquer outra particularidade, o ser humano é titular de direitos que devem ser respeitados pelo Estado e por seus semelhantes. É, pois, um predicado tido como inerente a todos os seres humanos e configura-se como um valor próprio que o identifica. (DUARTE, 2009 p. 15)

Segundo a autora, a dignidade do ser humano não pode ser separada de sua existência, inclusive da material e natural. Em um cenário de Estado Democrático de Direito, a manipulação do ser humano (genoma humano) não pode ofender o princípio/direito elucidado em questão.

Ainda neste diapasão, segundo Silva (1998 p. 89), a dignidade da pessoa humana, concebida pela Constituição como fundamento do Estado Democrático de Direito é, pois, como valor supremo da democracia.

Numa perspectiva global, de tratados e convenções internacionais que buscam a promoção e a isonomia do ser humano, a dignidade humana é apresentada como pilar fundamental para o sistema organizacional dos Estados modernos.

Portanto, o operador das ferramentas tecnológicas deve orientar-se, primeiramente, de acordo com o princípio da dignidade humana, uma vez que este é parte estruturante do sistema normativo dos Estados Democráticos Modernos. Quando a técnica de manipulação genética é considerada transgressora desse direito/princípio, esta tende a ser impedida pelo Estado, ainda que seja capaz de produzir benefícios a uma parcela da humanidade.

4.1 SOB O PRISMA DA BIOÉTICA

Impulsionado pelo progresso, o homem busca, por meio da sua liberdade, desvendar os segredos da natureza e modificá-la conforme seus interesses. Como liberdade, podemos entender, assim Teixeira:

> (...) o direito de viver e de desenvolver exprimem a nossa personalidade da maneira mais completa, conforme as leis da Natureza e da Razão e a essencial dignidade da pessoa humana, no que for compatível com igual direito dos nossos semelhantes e com as necessidades e interesses do Bem Comum, mediante o adequado conjunto de permissões e de prestações positivas do Estado. (TEIXEIRA. 1991 p. 672.)

O Direito deve, portanto, regulamentar essas atividades desenvolvidas pelos homens, a fim de equilibrar a liberdade individual e o bem comum. E é, nesse ponto, que podemos perceber um conflito aparente entre a liberdade para explorar e modificar as estruturas biológicas humanas e o mal que pode ser causado por essa prática ferindo a dignidade da pessoa humana.

Ainda que a liberdade científica seja uma garantia constitucional, contida no art. 218 da Constituição Federal da república Brasileira de 1988 (BRASIL. 1988), onde se lê: O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação, tal dispositivo, não tem caráter ilimitado. Ao divergirem as duas garantias constitucionais, liberdade científica e dignidade humana, a solução é a predominância de uma sobre a outra, criando um limite para o exercício do direito. Assim, a função do Direito é equilibrar essas duas normas, o que permite que elas deixem de divergir e passem a complementar a existência e aplicação, sobre a outra, segundo Moraes (1999, p. 107-109):

> É, com efeito, este é o princípio ético-jurídico capaz de atribuir unidade valorativa e sistemática ao direito civil, ao contemplar espaços de liberdade no respeito à solidariedade social. Tal é, justamente, a medida de aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana: a ponderação, a ser feita em cada caso, entre liberdade e solidariedade, termos que, stricto sensu, são considerados contrapostos. De fato, a imposição de solidariedade, se excessiva, anula a liberdade; a liberdade desmedida é incompatível com a solidariedade. Todavia, quando ponderados, seus conteúdos se tornam complementares: regulamenta-se a liberdade em prol da solidariedade social, isto é, da relação de cada um com o interesse geral, o que, reduzindo a desigualdade, possibilita

> o livre desenvolvimento da personalidade de cada um dos membros da comunidade. (MORAES, 1999, p. 107-109)

Com o intuito de criar este equilíbrio e promover a dignidade humana por meio do exercício da liberdade científica, foram criadas as normas da bioética. Além de respeitar a dignidade humana, as técnicas modificativas do genoma humano devem estar em diapasão com os preceitos bioéticos. Segundo CEBID (2019), "biodireito é um microssistema do Direito que tem como escopo estabelecer normas (regras e princípios) capazes de regular comportamentos sociais decorrentes da aplicação das novas tecnologias à vida biológica (bios)."

Conforme a Koerich, Machado e Costa (2004):

> "O estudo sistemático de caráter multidisciplinar, da conduta humana na área das ciências da vida e da saúde, na medida em que esta conduta é examinada à luz dos valores e princípios morais". O comportamento ético em atividades de saúde não se limita ao indivíduo, devendo ter também, um enfoque de responsabilidade social e ampliação dos direitos da cidadania, uma vez que sem cidadania não há saúde. (KOERICH, MACHADO, COSTA 2006 p. 108)

4.2 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E O SUJEITO DE DIREITO

Existem teorias que versam sobre o momento em que o humano adquire personalidade e se torna sujeito de Direito. Uma delas Segundo Souza (2008 p.8) a teoria natalista – que diz que a personalidade jurídica é adquirida apenas pelo nascimento com vida. Diz que os direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva, que seria o nascimento – e a teoria concepcionista – que diz que a personalidade civil da pessoa natural já existe sem a necessidade de preenchimento de nenhum requisito. Ainda segundo Souza (2008), o ordenamento jurídico brasileiro não expressa qual teoria adota.

Ainda que expressasse, o desentendimento a respeito da exploração dos embriões, continuaria existindo, simplesmente porque não se trata de

uma questão jurídica e nem biológica. Todo esse desentendimento é proveniente de uma diferença nos valores morais de cada pessoa, que determinam o conceito de Dignidade Humana e da lacuna que não define quem é o titular dessa tutela, pois não atribui direitos a personalidade ao humano e sim à pessoa.

Buscando definir quem será titular dessa proteção jurídica, deve-se considerar que existe uma essência humana, inerente à todos os pertencentes da espécie, sem distinção de qual fase da vida esteja. Feuerbach, (2002 p. 285) define como essência humana – o que significa o homem – como "a explicação que o homem possui de si, isto é, a essência significa a definição daquilo que é o homem precisamente enquanto humano." Ou seja, o homem tem uma finalidade própria. E não se pode, de fato, separar o homem de sua essência, sobretudo quando leva-se em conta que este novo mundo explorado pela ciência é o próprio ser vivo e suas estruturas vivas. Segundo Oliveira (2014):

> "Não se deve separar o homem de sua natureza, de se seus caracteres mais intrínsecos, ligado que está à sua própria natureza e a toda natureza que o cerca, devendo ser esta a primeira preocupação de uma filosofia do direito. Deve-se, então, focar qualquer análise sobre o homem, sobre sua essência e estrutura, no respeito à sua própria soberania, centro de toda reflexão filosófica sobre o direito." (OLIVEIRA apud ROCHER, 2014 p. 40)

Pela visão do autor, pode-se entender, então, que o homem não deve ser considerado como produto da vontade de ninguém, pois sua essência é absoluta. A dignidade da pessoa humana faz parte da essência do homem no Estado democrático, sendo um direito indisponível. De acordo com Kant (2007):

> O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas acções, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais,

> ele tem sempre de ter considerado simultaneamente como fim (KANT, 2007, p. 67/68.)

Assim, percebe-se que ao permitir que os pais interfiram nas estruturas genéticas de seus filhos, pode ferir o direito à escolha própria de um projeto de vida. Essa predeterminação acaba afastando aquele indivíduo de sua própria essência. Segundo Sandel (2003. p. 46), O hiperempenho dos pais, tão familiar em nossos tempos, representa um excesso ansioso de maestria e dominação que deixa de lado o sentido de dádiva de vida. Isso aproxima de modo perturbador da eugenia.

Diante disso, percebe-se a necessidade de estabelecer um limite que consiga equilibrar essa "autoridade parental" com a autonomia do ser humano, aquilo que denomina-se mínimo ético, segundo Oliveira (2014):

> "princípios de base sem os quais a vida se tornaria impossível" porém, o que não se pode admitir é que a humanidade seja regida pela lei do mais forte, ou que se aceite imposição de determinada moral, devendo-se buscar, neste contexto a justiça e a equidade como as condições necessárias à paz social. "O fim das ciências e as leis deve ser a pessoa humana, tornando necessária a preservação de sua identidade e essência [...] nesse contexto, o homem é o verdadeiro ator, assumindo uma importância capital no conjunto das condições relacionadas à sua identidade, não devendo, portanto, sujeitar-se ou adaptar-se às conveniencias e transformações do desenvolvimento citífico-tecnológico. (OLIVEIRA apud ANDORNO, 2014 p. 41)

A seguir trataremos de dois casos que ilustram os dilemas vivenciados por aqueles que decidem ter filhos projetados. O primeiro trata-se de bebê medicamento projetado para "salvar" outra vida e o segundo, o filho dos sonhos que foi projetado para ter as características de suas mães.

5. O BEBÊ MEDICAMENTO

Segundo Estadão (2012) o primeiro bebê medicamento gerado no Brasil, nascido em 2012, já nasceu com um grande propósito: salvar a vida de sua irmã, que sofria de talassemia major, uma doença crônica e rara no sangue que pode levar à morte e que expunha a criança a transfusões de sangue periódicas. Então, os pais investiram em um tratamento que, apesar de ser utilizado em outros países desde 1990, era novidade no Brasil. Consistia na projeção de um novo embrião saudável, completamente compatível com a irmã e que não carregasse a doença. Trata-se da técnica chamada de "bebê medicamento". No mesmo dia em que nasceu foram coletadas células tronco de seu cordão umbilical que, posteriormente, foram implantadas na irmã e que realmente salvaram sua vida.

O principal ponto a se considerar nessa discussão é a possível instrumentalização do bebê acima referido. Dizer que ela é um bebê projetado para o bem estar de uma pessoa não quer dizer que ela não será amada ou bem cuidada como sua irmã mais velha. Só quer dizer que ser um "meio" para a sobrevida de outra pessoa, pode não ser tão mal assim. Tudo depende do mínimo ético. De acordo com Oliveira (2014):

> Sem esta perspectiva, qual seja, a de consideração do homem como pessoa, sujeito e valor, os questionamentos éticos perderão o seu horizonte ou sua direção. Deve-se, neste sentido, enxergar o ser humano como um fim em si mesmo, respeitando-se a sua dignidade e a sua integridade. (OLIVEIRA, 2014 p. 42)

Nota-se então, que nesse caso, não houve nenhuma lesão à dignidade ou à integridade daquele bebê, já que nenhum direito inerente à pessoa foi afetado.

6. O FILHO DOS SONHOS

Outro caso interessante, bastante discutido em 2002, foi o do casal de lésbicas americanas surdas, que queriam ter um filho surdo como elas. (Estadão, 2002) Faziam parte de uma comunidade do orgulho dos surdos e acreditavam que a surdez não é uma deficiência a ser curada, mas um simples traço de identidade genética, assim como todas as outras características. Compartilhavam entre si o desejo de ter um filho surdo, e que o mesmo gozasse daquele estilo de vida.Investiram no método de procriação assistida e se empenharam em achar um doador de esperma, cuja família tivesse cinco gerações de surdos. Resultado: a criança nasceu surda.

Optando por uma técnica de procriação assistida, foi possível ao casal acima mencionado certa facilidade em realizar seu desejo. Essa discussão seria outra se elas estivessem apenas querendo que seu filho tivesse olhos azuis ou cabelo castanho, mas nesse caso, podemos dizer que, o que houve, foi uma imposição da condição de surdo àquele indivíduo. Nesse sentido, foi possível elencar dois principais argumentos que sustentam a vedação da utilização dos métodos de procriação assistida neste caso: O primeiro deles, diz que elas infligiram a seu filho um prejuízo para sua vida em sociedade, ou seja, foi tomada uma decisão irreversível ferindo uma autonomia futura daquela criança. O segundo é que elas descumpriram a obrigação de fazer o que é melhor para o filho, nesse caso, não para aquele bebê, mas "filho" em potencial/geral. Pois segundo Parrfit (1984) citado por Lopes e Sanches (2014 p. 5), esse ato foi atentatório ao direito de um filho indeterminado, pois se não fosse surdo, não seria ele. Mesmo assim, o autor afirma que foi um ato de negligência e crueldade.

Enquanto discute-se a possibilidade de estar criando super-humanos, se apresenta, em contrapartida, o caso dessas mães que queriam ter um filho surdo. Essa narrativa traz de volta o questionamento mais importante para a composição do raciocínio: Pais podem escolher as características de seus filhos?

Também conseguimos elencar dois importantes contra argumentos: o primeiro diz que como o doador de esperma era surdo, se uma delas tivesse tido relação sexual com ele, a concepção daquele embrião originaria

uma criança surda assim como o bebê que foi projetado, o que é dificilmente provável.

O outro e principal contra-argumento, é o de que as mães queriam que seu filho tivesse essa característica, que elas sequer tinham para si como uma deficiência. Então, se aceitarmos o fato de que a deficiência, (que configura o elemento indesejável) é um conceito subjetivo e individual, como podemos dizer que aquele bebê, ou qualquer outro filho que elas poderiam ter tido, sofreu/sofreram algum prejuízo? Dentro desse argumento está inserida a premissa de que os direitos reprodutivos e os de planejamento familiar da pessoa com deficiência são plenos, de acordo com o Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015).

> Art. 6°: A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:
> I – casar-se e constituir união estável;
> II – exercer direitos sexuais e reprodutivos;
> III – exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; (BRASIL, 2015)

Diante disso, como auferir a determinada pessoa que ela não tem o direito de ter um filho igual a ela? Estamos dizendo, então, às pessoas com deficiência para aceitarem a premissa de que um feto igual a elas não é viável?

Partindo do pressuposto que a pessoa com deficiência possui a mesma dignidade das demais, não se pode considerar que seja um feto inviável. Mas seria ético ao profissional da genética, editar um ser vivo cujas estruturas são alteradas a ponto de não funcionar com 100% de sua capacidade?

Tecnologias genéticas podem reduzir a gama de variação das características humanas. Essa afirmação é evidenciada quando levamos em conta que na Islândia, de acordo com MAES (2017) a síndrome de *Down* foi praticamente erradicada, graças aos diagnósticos prévios. Com isso, vemos como escolhas individuais em pré-natal podem mudar populações inteiras. Conforme Oliveira (2014):

> A questão não é a de legislar sobre a bioética, mas a de se investigar o próprio significado, dimensão e alcance da pessoa humana, em um sentido de eternidade, sujeito que é de direitos e deveres universais, num contexto em que a ética é uma das consequências da reflexão metafísica sobre o homem e sobre o mundo, devendo-se coadunar harmonicamente os dispositivos jurídicos com os preceitos éticos correspondentes. (OLIVEIRA apud ROCHER, 2014 p. 41)

Por isso, acima de qualquer liberdade, deve-se buscar aquela solução mais ética, harmonizando a biotecnologia à dignidade humana, sem utilização precipitada da ciência

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, percebe-se que a evolução histórica do conceito de 'eugenia' e 'seleção natural' foram de extrema relevância para que o humano chegasse ao ponto de desenvolver as técnicas de manipulação genética, sendo que estes conceitos abriram campo para as discussões e vislumbres sobre o quanto o humano seria capaz de promover mudanças genéticas em outros humanos.

Diante do exposto, apesar de todos os benefícios da biotecnologia, os discursos críticos sobre os riscos, obrigam o estabelecimento de limites à sua utilização. Deve-se encorajar o desenvolvimento da ciência a aplicar esforços para proteger as prioridades legais de cada sociedade, de acordo com suas peculiaridades valorativas. Contudo, o progresso tecnológico ocorre instantaneamente, enquanto o da moral demora muitos anos.

A promoção de técnicas como Diagnóstico Pré-Implantacional e CRISPR, proporcionam a possibilidade de interferência nas estruturas vivas humanas, oferecendo mudanças desde os traços mais simples aos mais complexos. Na tentativa de dar aos filhos a melhor chance possível, a livre escolha pais pode transcender a barreira entre terapia e melhoramento, podendo suscitar uma das maiores ameaças éticas da genética: ferir princípio central que organiza a maioria dos Estados modernos, a dignidade humana.

Foi demonstrado por meio de casos reais que as preocupações são pertinentes e não são meras ficções científicas. Conclui-se enfim, que sem a devida regulamentação do assunto permite-se que a indústria da fertilização conduza o destino da humanidade.

REFERÊNCIAS

AMABIS, José Mariano; MARTHO, Gilberto Rodriges. **Biologia: Volume 1, Biologia das células**. Editora Moderna, 2ª edição, São Paulo. 2004

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 2 abr. 2019.

BRASIL. **Lei Nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (2015)**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa Com Deficiência (Estatuto da Pessoa Com Deficiência) Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6170.htm>. Acesso em: 3 abr. 2019.

CEBID. **O que é biodireito**. Portal. 2019. Disponível em: <https://cebid.com.br/> Acesso em 1 abr. 2019.

DARWIN, Charles. **A Origem das Espécies, no meio da seleção natural ou a luta pela existência na natureza**, 1 vol., tradução do doutor Mesquita Paul. 2003.

DUARTE, Taciana Nogueira de Carvalho. **A Dignidade Da Pessoa Humana E Os Princípios Constitucionais Do Processo Do Contraditório E Celeridade Processual**. 2009 Tese (mestrado em direito) PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO, Rio de Janeiro, 2009.

ESTADÃO. **Nasce no Brasil 1º bebê selecionado geneticamente para curar irmã**. 12 fev. 2012. Disponível em: <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,nasce-no-brasil-1-bebe-selecionado-geneticamente-para-curar-irma,835877> Acesso em: 03 abr. 2019.

ESTADÃO. Casal gay criticado por "planejar" bebê surdo. 8 abr. 2002.

Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,casal-gay-criticado-por-planejar-bebe-surdo,20020408p52519> Acesso em 5 abr. 2019.

FARIA, Elisabete Kobayashi Lina Faria. COSTA, Maria Conceição da. Sociologias: Eugenia e Fundação Rockefeller no Brasil: a saúde como proposta de regeneração nacional. Porto Alegre, ano 11, nº 22, jul./dez. 2009.

FARIAS, Marta Cristina Vieira. Bioética: Bioética E Biotecnologia. Desenvolvimento de material didático ou instrucional - Material didático para ensino a distancia. Sergipe, 2012.

FEUERBACH, L. Princípios da Filosofia do Futuro. Trad. Arthur Morão. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2002.

GUERRA, Andréa Trevas Maciel. **Do holocausto nazista à nova eugenia no século XXI**.**Cienc**. **Cult**., São Paulo, v. 58, n. 1, p. 4-5, Mar. 2006. Available from <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252006000100002&lng=en&nrm=iso>. access on 14 Apr. 2019.

GOOSSENS, Veerle. RYCKE, Martine De. **Eficiência diagnóstica, desenvolvimento embrionário e resultado clínico após a biópsia de um ou dois blastômeros para diagnóstico genético pré-implantacional**, Human Reproduction , Volume 23, Número 3, março de 2008, páginas 481–492,Disponível em: <https://doi.org/10.1093/humrep/dem327> Acesso em 5 abr. 2019.

LOPES, Cláudia Aparecida Costa. Sanches, Pedro Henrique. Do Bebê Medicamento: "Instrumento" De Dignidade Familiar. 2014. Dispoonível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8ec959b57278128a> Acesso em 7 abr. 2019.

KANT, Immanuel (2007). Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Tradução de Paulo Quintela - Lisboa: Edições 70, 2007.

KOERICH, Magda Santos. MACHADO, Rosani Ramos. COSTA, Eliani. Ética E Bioética: Para Dar Início À Reflexão. Revista contexto Enfermagem. Rio de Janeiro, ano 14, jan/mar. 2005.

MAES, Jessica. Islândia praticamente erradicou a Síndrome de Down, mas de uma forma bem polêmica. Revista Hyperscience. 29 ago 2017.

Disponível em: <https://hypescience.com/islandia-praticamente-eliminou-sindrome-de-down-veja-como/> Acesso em 2 abr. 2019

MORAES, M.C.B. **Constituição e direito civil: tendências**. *Revista Direito, Estado e Sociedade* – do Departamento de Direito da PUC/RJ, n. 15, 1999.

OLIVEIRA, Tarsis Barreto. **Patenteamento de seres vivos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PRADO, Eduardo. Revista Saúde Business: CRISPR: o impacto da edição do DNA na medicina. 11 fev. 2016.

SANDEL, Michael J. Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética. Editora Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 1a ed. 2013

SILVA, José Afonso da. Revista Direito Administrativo: A Dignidade Da Pessoa Humana Como Valor Supremo Da Democracia. Rio de Janeiro, ano 4, abr/jun. 1998.

SOUZA, Priscila Boim de. Teorias do início da vida e biossegurança. 2008. Tese (graduação em direito). Antônio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente. 2008.

TEIXEIRA, J.H.M. Curso de direito constitucional. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

O RISCO DA DIFERENÇA: APONTAMENTOS ACERCA DA LUTA PELO RECONHECIMENTO E MULTICULTURALISMO

ADOLFO VEILLER SOUZA HENRIQUES
WEGNA IANNI SOUZA HENRIQUES

INTRODUÇÃO: DIFERENÇA E LUTA POR RECONHECIMENTO

Multiculturalismo, diversidade cultural, respeito e incentivo à pluralidade: pautas que certamente estão em voga e que sinalizam para uma nova relação com a diferença. Trata-se sobretudo de corpos e subjetividades que tomam parte na luta pelo reconhecimento. Começamos este artigo referenciando Axel Honnet, para quem os conflitos sociais se originam sempre a partir do desrespeito a três formas básicas de reconhecimento, sobre as quais se assenta a possibilidade da vida em sociedade: *o amor*, *o direito* e *a solidariedade*. É como se estes fossem elos que fizessem de nós uma comunidade, apesar das diferenças. Para Honnet (2003, p. 155): "a reprodução da vida social se efetua sob o imperativo de um reconhecimento recíproco porque os sujeitos só podem chegar a uma auto-relação prática quando aprender a se conceber, da perspectiva normativa de seus parceiros de interação, como seus destinatários sociais". Essa concepção é importante aqui pois relata, de forma precisa, essa relação de reconhecimento a partir de uma destinação. Ou seja: o reconhecimento da diferença entre os sujeitos só se dará quando ambos os atores da dinâmica social forem considerados destinatários de uma ação ou gesto social.

A constituição do sujeito enquanto tal está, para Honnet, relacionada a essa pressuposto: o das relações simultâneas de reconhecimento mútuo. Inclusive há, para o autor (e nisso ele faz referência a um Hegel) de a

própria historia de nossa espécie, do ponto de vista das configurações e arranjos sociais, está condicionada a essas lutas. O interior da práxis social não se realiza fora desse conflito. Sua transformação é fruto das "são as lutas moralmente motivadas de grupos sociais, sua tentativa coletiva de estabelecer institucional e culturalmente formas ampliadas de reconhecimento recíproco" (HONNET, 2006, p. 156). Essas lutas são motivadas por aquilo que Honnet chama de *desrespeitoque torna experienciável o fato do reconhecimento denegado*. Ou seja: há um limite que é excedido, que faz com que o desrespeito deixe de ser uma categoria abstrata, e passe a ser experimentado pelos sujeitos. O sujeito experimenta o desrespeito quando sua auto-relação é destruída. Essa auto-relação não é um dado inato aos sujeitos – é algo que é construído *intesubjetivamente*. Essa imagem-de-si-a-partir-do-outro, quando lesada, realiza o não reconhecimento.

As dimensões através das quais esse reconhecimento é mantido e reforçado são o amor, as relações jurídicas e a solidariedade social. Dessas, tem-se que "o amor é a forma mais elementar de reconhecimento" (SALVADORI, 2011, p. 190). Fundado a partir de um pacto de confiança a partir de uma dedicação emotiva. Honnet remete à teoria winnicottiana, segundo a qual o sucesso das ligações afetivas tem origem em uma capacidade, típica da primeira infância de equilibrar dependência a auto-afirmação. Essa relação nasce, para Winnicott, no processo de diferenciação do bebê e do seio da mãe. Se antes o bebê tem um falsa impressão de que o cuidado materno é, na realidade, emanação de sua própria onipotência, em determinado momento ambos, mãe e filho passam a entender que devem diferenciar-se como seres autônomos. Dessa forma o amor revela uma simbiose que é rompida por uma individuação recíproca (HONNET, 2006).

É nessa linha tênue que se localiza o amor, entre a simbiose e a individuação, co-dependência e autonomia. O reconhecimento através da relação amorosa se dá, portanto, em um tipo de pacto que mantém a afetividade *mesmo com a renovação da autonomia do outro*. Sem isso, o sujeito que ama nunca reconheceria sua independência. Trata-se de uma afirmação da autonomia amparada pela dedicação afetiva. "Uma ligação simbioticamente alimentada, que surge da delimitação reciprocamente querida, cria a medida da autoconfiança individual" (HONNET, 2016, p. 178).

Outra forma de reconhecimento é o direito, que se diferencia do amor no reconhecimento da autonomia: enquanto no amor este se dá por meio do afeto, aqui acontece por meio do respeito. Por um lado, diz Honnet (2006), no âmbito do direito é preciso evidenciar que tipo de comportamento social é capaz de demonstrar que todos os atores de uma comunidade jurídica gozam da mesma propriedade de autonomia individual. Em contrapartida há também uma imputabilidade moral reciprocamente reconhecida no âmbito das relações jurídicas modernas. Tal propriedade, segundo o autor, é resultado de uma *indeterminidade*, ou seja, é fundamental que essa imputabilidade moral possa ser, inclusive, burlada, mas que, por escolha e/ou por respeito às normas, o sujeito não o faça. Nesse sentido o que vai definir o reconhecimento é a capacidade pela qual os sujeitos se respeitam mutuamente, quando se reconhecem como pessoas de direito. Sobre isso, Honnet dirá ainda:

> Todo enriquecimento das atribuições jurídicas do individuo pode ser entendido como um passo além no cumprimento da concepção moral segundo a qual todos os membros da sociedade devem poder ter assentido por discernimento racional aordem jurídica estabelecida, deve ser esperada deles a disposição individual aobediência (HONNET, 2006,p. 192).

Finalmente, além do amor e da relação jurídica, Honnet destaca uma terceira forma de reconhecimento: "para poderem chegar a uma autorelação infrangível, os sujeitos humanos precisam ainda, [...] de uma estima social que lhes permita referir-se positivamente a suas propriedades e capacidades concretas" (HONNET, 2006, p.198). Trata-se da solidariedade, também chamada aqui de eticidade, ou estima social. Segundo o autor, no âmbito das sociedades modernas a solidariedade está ligada a

> Ao pressuposto de relações sociais de estima simétrica entre sujeitos individualizados (e autônomos); estimar-se simetricamente nesse sentido significa considerar-se reciprocamente à luz de valores que fazem as capacidades e as **propriedades do respectivo outro aparecer como significativas para a práxis comum** (HONNET, 2006, p. 210, grifo nosso).

Nesse sentido, é representativa a relação entre solidariedade e a "significabilidade" do outro para a coletividade. Ser solidário não é, compadecer-se, ter piedade do outro. É ver que a particularidade do outro é determinante para que o todo se concretize – é nutrir interesse afetivo por essa singularidade. Desta forma, os objetivos que nos são comuns podem ser realizáveis, embora, entre eu e o outro, persistam as diferenças. Nesse sentido "todo sujeito recebe a chance, sem graduações coletivas, de experienciar a si mesmo, em suas próprias realizações e capacidades, como valioso para a sociedade" (HONNET, 2006, p. 211).

Dito isso, o que temos é que quando estas três formas fundamentais de reconhecimento não são realizadas, acontece o que Honnet chama de *experiência de desrespeito social*, a partir da qual um sujeito ingressa na luta por reconhecimento. Honnet relaciona a cada forma de reconhecimento, uma forma de desrespeito, que de forma sintética podem ser colocadas da seguinte forma:

> O desrespeito ao amor são os maus-tratos e a violação, que ameaçam a integridade física e psíquica; o desrespeito ao direito são a privação de direitos e a exclusão, pois isso atinge a integridade social do indivíduo como membro de uma comunidade político-jurídica; o desrespeito à solidariedade são as degradações e as ofensas, que afetam os sentimentos de honra e dignidade do indivíduo como membro de uma comunidade cultural de valores (SALVADORI, 2011, p. 191).

O que estas formas de desrespeito colocam em cena é o risco da perda de uma integridade, fruto de um rebaixamento e de uma humilhação social. O sujeito é colocado em uma situação frágil, exposto a um desnudamento de sua autodeterminação na medida em que são dissolvidos os laços que garantem o reconhecimento.

1. A NECESSIDADE DA DIFERENÇA

Nossa intenção aqui não é aprofundar-nos na teoria do reconhecimento de Honnet, mas sim evidenciar alguns elementos que nos permitam falar sobre multiculturalismo desde a perspectiva da diferença. O ponto de partida, é voltar-se para a diferença como o cerne do multiculturalismo. O dissenso, a heterogeneidade, o encontro com o distinto é o que vai pautar as diretrizes que amparam uma vida em sociedade *através das diferenças* e não apesar delas. Se retornarmos aos anos de 1970, nos quais grupos historicamente vulneráveis – negros, gays, mulheres – empreenderam lutas pela afirmação cultural das diferenças, é possível perceber essa demarcação. O reconhecimento não parte do desaparecimento das diferenças, em favor de um pretenso (e estéril) universalismo. O "somos todos iguais" soa muito mais como uma falácia que encobre interesses dos estratos favorecidos do que como uma declaração de reconhecimento do outro. O reconhecimento só acontece a partir da diferença. Segundo Safatle (2015, p. 83) tais lutas

> Não foram apenas compreendidas como setores de uma luta mais ampla de ampliação de direitos universais a grupos até então excluídos, mas como processos de afirmação das diferenças diante de um quadro universalista pretensamente comprometido com a perpetuação de normas e formas de vida próprias a grupos culturalmente hegemônicos.

Com o surgimento das temáticas ligadas ao multiculturalismo essas questões ganham força e pautando a discussão sobre direitos humanos a partir da pluralidade. Em uma rápida retrospectiva Safatle (2015) observa que já em 1957 o termo *multiculturalismo* aparece na Suíça com a função de descrever a realidade multilinguística daquele país. Mas o sentido do termo como o conhecemos hoje (do multiculturalismo como política de Estado) aparece no Canadá em 1971 como medida de contenção dos conflitos entre as comunidades anglófonas e francófonas. Na ocasião, o então primeiro ministro Pierre Elliot Trudeau, introduz tais políticas em um esforço de assegurar a liberdade de todos os canadenses, diminuindo

atitudes discriminatórias e crimes culturais (SAFATLE, 2015). A pluralidade, era um valor a ser cultivado e incentivado, pois era através dela, nas palavras do primeiro ministro, seria possível fornecer estrutura e vitalidade a sociedade canadense: ou seja, a solidariedade frente à diferença, nos termos honnetianos, segundo os quais cada um deve colocar em cena sua presença como indivíduo único e particular, para que a partir daí a práxis comum se amplie.

Prosseguindo em sua argumentação Safatle observa que nos anos 80 o termo ganha força, sobretudo para os movimentos de esquerda. O multiculturalismo acaba instrumentalizando o discurso progressista, para quem a defesa de minorias étnico-raciais e da diversidade sexual sempre foi uma pauta. Tendo em vista que é impossível haver pluralismo sem antagonismos – o que o autor chama, em referência à Mouffe, de "ilusão tipicamente liberal" – o reconhecimento e as subsequentes politicas de defesa da diferença, não podem perder de vista a perspectiva de que as "identidades, seja, políticas ou psicológicas são construídas no interior de relações assimétricas de poder, e, por isso, são expressões de estratégias de defesa [de privilégios] ou de dominação" (SAFATLE, 2015, p. 98).

Ou seja: à dinâmica de reconhecimento explicitada por Honnet, muito pautada na relação entre sujeitos, descolada de implicações políticas e sociais, Safatle acrescenta a politização do campo das diferenças, que, para ele, é o há de fundamental nas políticas multiculturais. Para ele, é nesse contexto que a tolerância se torna um afeto político importante, mas não da forma como o termo pode soar à primeira vista. Para o autor, a tolerância não é um afeto político transformador, mas um paliativo, que dissimula as relações assimétricas que determinam as diferenças. Sobre isso, diz o autor:

> Uma política baseada na tolerância é uma política que constrói um campo de diferenças toleráveis, o que alimenta o fantasma perpétuo da "diferença intolerável". Ou seja, a equação das diferenças, tão presente nas dinâmicas multiculturais, parte da seguinte questão: **até onde podemos suportar uma diferença?**(SAFATLE, 2015, p. 99, grifo nosso).

Suportar a diferença do outro não significa colocar a diferença em um mesmo patamar de legitimidade: é colocar o outro sempre como estranho à minha identidade. Esse estranhamento ainda vai deixar espaço para a apropriação e para a violência. Como se o outro sempre estivesse *do outro lado da linha* e as diferenças produzidas "do lado de lá" são diferenças com as quais se pode conviver, mas nunca desfrutarão do mesmo estatuto de dignidade. É negada à diferença o reconhecimento que lhe dará a possibilidade de uma co-presença. A esta questão Safatle (2015) contrapõe com outra: em que condições a diversidade pode aparecer como a modulação de uma mesma universalidade *em processo tenso de efetivação*?". Isso levaria a discussão sobre a diferença a outros termos: mais do que respeito à diferença, um respeito à *diversidade epistemológica do mundo* (SANTOS, 2007, p. 85).

2. O RISCO DA DIFERENÇA

Diversidade epistemológica: produções de saber descentralizadas e que, a partir da particularidade de suas origens e lugares de fala, são significativas para uma práxis comum. Santos usa esse termo para reconhecer os diversos conhecimentos produzidos para além do científico e que por isso são desconsiderados por não responder a critérios de verificabilidade que foram elaborados apenas para validar um e deslegitimar outro(s). Nos apropriaremos desse termo aqui, alargando seu significado, pois nos parece repercutir de forma potente o pensamento de Safatle.

Para Santos, há que se elaborar políticas que nos apresentem a uma contra-hegemonia: "não existe uma unidade de conhecimento, como não existe uma unidade de ignorância" (SANTOS, 2007, p. 87). Não há uma linha que separa o um "eu" onipotente do "outro" que sempre está deslocado, pois seu modo de estar presente não corresponde a critérios hegemônicos de identificação. Trata-se de uma busca por intersubjetividade: uma vez que as diferentes formas de subjetivação têm lugar "em diferentes escalas espaciais e com diferentes durações e ritmos, a intersubjetividade requer a disposição para conhecer e agir em diferentes escalas (interescalaridade) e com diferentesdurações(intertemporalidade)" (SANTOS, 2007, p. 89).

Interessante perceber que Santos nos atenta para o fato de que a relação com a diferença, com o que é considerado subalterno, com o que até então não foi iluminado pelos critérios de conformidade, deve ser uma relação efetivada *através da assimetria* e nunca apesar dela. Reconhecer e a agir em diferentes escalas e durações: infiltrar nos interstícios gerados pela diferença, pelas ambivalências.

É nesse sentido que a "tolerância» enquanto afeto é nociva à manutenção de uma diferença produtiva para a práxis comum. Tolerar, segundo Safatle é admitir a existência de uma distinção, *de um outro radicalmente diferente*, mas ainda sim manter esse outro à margem – não concedendo-lhe o reconhecimento. Tolerar é dizer: pode ser diferente, *contanto que seja diferente em meus termos*. É uma forma de conter a diferença, de apagar o brilho de sua presença. Sobretudo, de diminuir o risco que o encontro com a diferença impõe ao que é hegemônico. Pois "o encontro com o outro realiza uma transformação de si-mesmo da qual não há retorno" (BUTLER, 2015, p. 41).

Essa incontornável transformação de si-mesmo também é um tipo de reconhecimento. Diferente do reconhecimento honnetiano (e safatliano) através do qual há certa garantia de que as subjetividades em toda a sua pluralidade irão compor um mesmo *corpus social*, através das assimetrias e das tensões que efetivam tais diferenças. Esse reconhecimento de si-mesmo, como nos conta Butler (2015, p. 42) "é reconhecer que o si-mesmo é o tipo de ser par ao qual a permanência dentro de si prova-se impossível. O si-mesmo é obrigado a se comportar *fora de si mesmo*". A possibilidade de definir-se foge das mãos desse eu auto-centrado, auto-definido. Deixa de ser agente de sua própria construção para se conhecer a partir das mediações que acontecem fora de si.

Expor-se ao risco que o diferente impõe é expor-se a novas formas de reconhecimentos até então inéditas. A pergunta não é mais "quem eu sou diante do outro?", mas "quem o outro pode fazer eu me tornar?". Mas é esta exposição que define a singularidade de cada um: "por mais que eu queira, não posso me livrar dela, pois é uma característica da minha corporalidade e, nesse sentido, da minha vida" (BUTLER, 2015, p. 47). É esse risco que vai definir quem está em qual lado da linha que separa o

hegemônico da subalternidade. Quem pode escolher se expor ao risco do encontro e quem não tem essa escolha pois carrega em si, em sua própria aparição, a diferença. Mas a ameaça da diferença que pode suscitar um dos afetos que realiza o reconhecimento: a solidariedade. Nas palavras de Safatle (2015, p. 100):

> O fato de não me estabelecer com identidade fortemente determinada, mas de reconhecer a necessidade de lidar com algo em mim não completamente estruturável em termos de identidade, levar-me-ia à maior solidariedade com aquilo que, no outro, sou incapaz de integrar.

Ou seja: esse reconhecimento mútuo da indeterminação das identidades e subjetividades levaria a uma "partilha substantiva dos desconfortos subjetivos". Como uma (re) distribuição da diferença, a solidariedade impede que os sujeitos falem como portadores de individualidades particulares e exclusivos. O que, de saída, já confronta os conceitos de multiculturalismo expostos até aqui, segundo os quais a diversidade é o elemento fundamental para a práxis social, para a coletividade. Essa relação com a diferença e com as normas que condicionam e controlam a diferença, é a própria relação definidora do eu – é o palco onde as subjetividades são colocadas em cena e onde o reconhecimento se realiza.

O fato é que, segundo as palavras de Agamben (2013, p. 29) "tudo acontece como se, em nossa cultura, a vida fosse algo que não pode ser definido, mas que, exatamente por isso, deve ser incessantemente articulado e dividido". Ou seja, mesmo tendo o multiculturalismo no horizonte das possibilidades politicas de agenciamento das diferenças, essa indefinição, esse risco representado pela diferença torna essa articulação, esse controle – e consequente diminuição da diferença – um dado.

3. A MANUTENÇÃO DA DIFERENÇA

Se a vida é um problema, cuja solução só pode vir de dispositivos de controle e acomodação das diferenças cada vez mais explícitos e radicais, de

que multiculturalismo ainda é possível falar? Se aquele ideal multicultural da década de 70 não se aplica a todos os casos, ou seja, se a convivência com o diferente ainda é pautada em uma *tolerância condescendente* e não numa elevação da potência do encontro com o diferente, como pensar em políticas de aperfeiçoamento da multiculturalidade?

Há que se considerar, antes de tudo, que o termo "multiculturalismo" descreve realidades diversas de acordo com os contextos nos quais será aplicado. Se o termo, em um primeiro momento, se refere a questões étnicas, com o passar do tempo também acolhe questões referentes a gênero, religião, orientação sexual e incapacidades físicas e mentais. Brezinova (2009) defende que já não se trata de aceitar o multiculturalismo, mas de nos perguntarmos qual multicultiralismo devemos aceitar. Segundo a autora a diferença cultura não implica que coloquemos os direitos de um grupo à frente do indivíduo, nem a separação dos grupos. É, na verdade, a consequência dos pressupostos fundamentais da democracia: a liberdade, a justiça e a igualdade.

Esse, de fato, é o cerne de toda a política: o encontro entre governabilidade e igualdade, no qual a democracia não é um regime político, mas a própria condição de existência de uma política. A política só existe por uma necessidade democrática de reunir a heterogeneidade sob o mesmo agenciamento – a que chamamos comunidade, "o povo é a existência suplementar que inscreve a conta dos inocentados ou a parte dos sem parte, isto é, em última instância, a igualdade dos seres falantes sem a qual a própria desigualdade é impensável" (RANCIÈRE, 2014, p. 143). Ou seja: é próprio da estrutura da comunidade esse agenciamento em direção ao reconhecimento das diferenças. É onde a parte dos sem parte é convocada a compor o todo. Essa indissociação que mantém as diferenças em diferentes escalas e durações (como disse Safatle). É aqui que tem origem a política, enquanto ação de sujeitos *suplementares* que se inscrevem no todo da sociedade reclamando que dela, não foram convocados a participar – não foram portanto, reconhecidos. A política, nesse sentido, mantém as diferenças enquanto redistribui os quinhões do todo "ao diferente". Por isso, para Rancière, o trabalho essencial da política é a configuração do próprio espaço: "este trabalho consiste em dar a ver o mundo dos seus sujeitos e

das suas operações. A essência da política é a manifestação de um dissenso, como presença de dois mundos num só" (RANCIÈRE, 2014, p.147). Esse dissenso, diz o autor, não é o confronto das opiniões, das subjetividades, das diferenças, mas a manifestação dos abismos, daquilo que não veríamos se não fosse pela luz lançada pela política sobre as distâncias, as defasagens. Ela evidencia as lacunas de reconhecimento, as violências. E o faz para que criemos mecanismos que permitam a convivência e a partilha, apesar disso.

A política se identifica, de certa forma, com o próprio conceito de multiculturalismo, já que este, tem em seu cerne, a "política de gestão da multiculturalidade e/ou movimentos culturais demandados pela valorização da diferença como fator de expressão de identidade(s)" (MELO, 2015, p. 1496). É sempre uma questão de resistência, como nos diz Oliveira e Miranda (2004, p. 69):

> O multiculturalismo crítico apóia-se em um pós-modernismo de resistência que leva em conta tanto o nível macropolítico da organização estrutural da sociedade, quanto o nível micropolítico. Sob esta perspectiva, estuda o cotidiano ou situa seus objetos de estudo no cotidiano sem perder a conexão com análises macroestruturais. Assim, desencadeia debates sobre e no multiculturalismo sem ocultar as suas conexões com as relações materiais, reintegrando ou desdiferenciando o cultural e o econômico, o simbólico e o material.

Novamente trata-se de uma relação direta com o que nos disse Safatle, no sentido que de a diferença se legitima em processos tensos de reconhecimento, através do jogo entre macro e micro, indivíduo e coletividade, reconhecimento e apagamento. Mas como mediar esses aspectos políticos do multiculturalismo? Tentaremos, em nossas considerações finais, apontar algumas possibilidades.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS: O DIREITO À DIFERENÇA

Uma das modalidades de reconhecimento trazidas por Honnet é o direito: trata-se de reconhecer que todos os sujeitos gozam de autonomia ao mesmo tempo em que estão submetidos a um mesmo código legal, ao qual se submetem por escolha própria – é o que o autor chama de enriquecimento das atribuições legais do indivíduo. É no âmbito da legalidade que a materialização das diferenças se realiza e se garante como o aspecto definidos da dignidade humana. Essa dignidade da condição humana, por sua vez, assenta-se sobre princípios que se aproximam daquilo que concebemos até agora, como multiculturalismo: os direitos humanos. Para Santos (1997, p. 19):

> O conceito de direitos humanos assenta num bem conhecido conjunto de pressupostos, todos eles tipicamente ocidentais, designadamente: existe uma natureza humana universal que pode ser conhecida racionalmente; a natureza humana é essencialmente diferente e superior à restante realidade; o indivíduo possui uma dignidade absoluta e irredutível que tem de ser defendida da sociedade ou do Estado; a autonomia do indivíduo exige que a sociedade esteja organizada de forma não hierárquica, como soma de indivíduos livres.

São pressupostos evidentemente ocidentais, ressalta o autor, e nem por isso o debate sobre direitos humanos dica confiando ao ocidente. Essa questão acaba se propondo a uma universalidade. A declaração universal de 1948, é uma forma de garantir a dignidade humana frente aos traumas da segunda grande guerra, mas ao mesmo tempo, serve para pautar diferenças importantes quanto ao que se entende por direitos humanos e as garantias constitucionais garantidas pelos Estados. Para Rawls (*apud* MELO, 2015, p. 1504):

> Os direitos humanos diferenciam-se das garantias constitucionais ou dos direitos da cidadania democrática por exercerem três papéis relevantes: a) a observância dos direitos humanos legitimados em um regime político e aceita a sua ordem jurídica; b) o respeito aos direitos humanos, no

> Direito interno das nações, como condição suficiente para que se exclua a intervenção em assuntos internos de outras nações (através de sanções econômicas ou pelo uso da força militar); c) os direitos humanos estabelecem um limite último ao pluralismo entre os povos.

Os direitos humanos são, desta forma, o limite que não deve ser ultrapassado; é o que garante que todas as instâncias de respeito, proteção e reconhecimento das minorias serão mantidas, *mesmo em casos em que o Estado não cumpra esse papel.* Os direitos humanos, sobretudo, pautam a atuação do Estado – caso das duas grandes guerras ocorridas no século passado. Os direitos humanos garante que, diante da barbárie, os menos assistidos sejam reconhecidos enquanto tal, e tenham sua projeção respaldada pela lei.

Deveriam, portanto, estar a serviço do multiculturalismo. Deveriam balizar as iniciativas de um Estado preocupado em reconhecer as diferenças e a partir delas pensar em políticas de acesso e proteção às minorias. Trata-se de uma questão urgente na contemporaneidade. Recentemente vimos a Ministra da Mulher, Família e Direitos Humanos dizer que "o estado é laico, mas que ela é terrivelmente cristã", em seu discurso de posse. Na mesma ocasião celebra os 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos dizendo que é preciso implementar políticas públicas que garantam a dignidade humana em todas as suas vertentes.

O que pode parecer um mero discurso de posse revela o esvaziamento do sentido tanto da declaração, quanto do que se convencionou chamar de "políticas púbicas". A quem se destinam essa políticas públicas em que medida esse modelo de gestão dos direitos humanos prevê uma valorização das diferenças e não sua conformidades a um grupo hegemônico. Tratas-e de uma das faces do fascismo. O "verdadeiro fascismo" diz Pasolini, "é aquele que tem por alvo os valores, as almas, as linguagens, os gestos, os corpos do povo" (PASOLINI, 2007 apud DIDI- HUBERMAN, 2011, p. 29). É no fascismo que os corpos são impedidos de dirigir sua luz em direção ao outro, de solicitar reconhecimento a partir da sua presença. O encontro com a excessão, que representa um risco saudável para a democracia e para uma comunidade pautada no multiculturalismo desaparece sob a luz cegante do fascismo.

A diferença, realidade constantemente submetida à censura (DIDI-HUBERMAN, 2011) é uma afronta à hegemonia dos grupos "dominantes". Se a luta por reconhecimento tem início quando este nos é negado, o que falta para que voltemos a buscar e a lutar pela presença dos corpos que representam a diferença? Esse outro, que se torna outro, pois é colocado compulsoriamente do "outro lado da linha" devido à sua condição de subalterno deve ser ouvido, enquanto ainda existem um outro. Esse risco do desaparecimento do outro, risco mais eminente do que aquele que a sua presença nos a-presenta, é risco que deve ser alardeado, alarmado. Não estamos falando aqui de uma solidariedade salvacionista e socorrista para com o outro. É uma solidariedade que teme que, diante de um universalismo disfarçado de única alternativa, a diferença volte a deixar de emitir sua luz, ou como diz Didi-Huberman (2011) referenciando Pasolini, sua *lucce*. Pois são as luzes intermitentes e frágeis da diferença que o fascismo quer apagar, com sua grande luz capaz de fazer desaparecerem todas as assimetrias que faz do multiculturalismo um traço tão importante da cultura moderna.

"Não há comunidade viva sem uma fenomenologia da apresentação em que cada indivíduo afronta – atrai ou repele, deseja ou devora, olha ou evita – o outro" (PORTMANN, 1996 apud DIDI-HUBERMAN, 2011, p. 58). O multiculturalismo é o palco onde ela fenomenologia se realiza. Os direitos humanos são as condições que amparam esse palco, que garantem sua existência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. **O aberto**: o homem e o animal. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

BUTLER, Judith. **Relatar a si mesmo**: crítica da violência ética. Belo Horizonte: Autêntica, 2015.

DIDI-HUBERMAN, Georges. **Sobrevivência dos vagalumes**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011.

HONNET, Axel. Luta por reconhecimento: gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2006.

MELO, José Wilson Rodrigues. **Multiculturalismo, diversidade e direitos humanos**. IN: XII EDUCERE, 2015, Paraná. *Anais...* Paraná, PUC-PR, 2015.

RANCIÈRE, Jacques. **Nas margens do político**. Lisboa: KKYM, 2014.

SAFATLE, Vladimir. Por um conceito "antipredicativo" de reconhecimento. IN: **Lua Nova**.v. 94, 2015.

SALVADORI, Mateus. HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. IN: **Conjectura**. v. 16, n. 1, jan./abr. 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. IN: **Novos Estudos**. n. 79, 2007.

___. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. IN: **Revista crítica de ciências sociais**. n. 48, jun. 1997.

DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: CONQUISTAS E DESAFIOS

ANA CAROLINA BICCA BRAGANÇA

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo tratar sobre os Direitos Humanos (DH) e todas as suas implicações sociais, políticas e constitucionais, no âmbito brasileiro. Derivado disto, pretende-se também tratar, em certa medida, das perdas e conquistas derivadas desta trama complexa que se mostra, a partir de um olhar atento, a temática citada.

Atualmente, a temática de DH no Brasil vem sendo muito discutida, na ciência e no senso comum. Tem se dado relevância e notoriedade ao tema, acompanhados de óticas e percepções tanto positivas quanto negativas. Os pólos positivos e negativos, nesta colocação, manifestam-se na forma da opinião pública sobre o assunto e suas produções sobre, que constroem e fomentam o olhar dos brasileiros sobre os DH.

Para que seja possível construir um panorama do cenário que se apresenta atualmente no país, é necessário que façamos um pouso nos períodos históricos que se mostraram importantes para a existência dos DH como os conhecemos hoje, a partir das pesquisas feitas.

Segundo Pinheiro e Mesquita (1998) foram nos anos sessenta e setenta que, indivíduos e grupos, indignados com o cenário autoritário do regime militar, se voltaram contra a atual situação e fizeram movimentos em direção a defesa dos direitos humanos. Em seus primórdios, as comissões de direitos humanos foram sendo construídas e fundadas nos anos setenta,

onde dava-se ênfase para os assassinatos, torturas e prisões de cunho político. Porém, já nos anos oitenta e noventa, aumentou-se consideravelmente a insegurança da sociedade diante da criminalidade, agora, esta já estará sob sistema democrático. Acontecera que, sujeitos e coletividades voltaram-se contra a proteção dos direitos humanos, alegando este servir mais aos praticantes de crimes do que às vítimas. Sobre isto, podemos notar que, até mesmo nos dias atuais, não tão distantes do supracitado, isto ainda ocorre. Há uma massa que se opõe fortemente aos DH, argumentando o mesmo e colocando-se fora desta diretriz.

Em verdade, como bem traz Cruz (2011), na sociedade, instaura-se uma ideia simplista sobre direitos humanos, a qual não dá conta da amplitude da temática, pois a reduz a questões normativas e de cunho jurídico, da mesma forma concebendo-o como um direito fundamental que recebemos ao nascer. Sobre isto:

> "[...] Nessa mesma linha de pensamento, institui-se, também, uma ideia positivista – e cínica – de que as coisas estão como estão porque "assim é a vida". E é justamente a partir desta postura de total descaso e conformidade, que uma minoria sai ganhando – com um claro ou velado consentimento do Estado – em detrimento de uma maioria desassistida[...] Em face dessa realidade, para encararmos a questão dos DH "de frente", devemos reconhecer que o seu fundamento maior é de cunho político, o que significa considerar nesta discussão o contexto sócio histórico, averiguando as relações sociais que se estabelecem. Esta forma – crítica – de (re)pensar os DH consiste na única possível para entender a temática. Levando em conta esse novo olhar sobre os DH, no seu cerne, há uma disputa política – assimétrica – extremamente complexa de forças (locais, regionais, nacionais e internacionais) hegemônicas e contra hegemônicas que lutam na tentativa de fazer vingar suas ideias e anseios. No entanto, essa concepção sócio-histórica de DH enfrenta visões distintas da sua – como a lei natural – e, concomitantemente, faz oposição à "suposição unilateral [...] de que um DH depende de seu reconhecimento constitucional ou jurídico" (GALLARDO, 2006, p. 8).

A decorrência disto deve-se ao que contribui Cruz (2011), que os DH são determinados por lutas sociais organizadas e particulares que vieram anteriormente a qualquer reconhecimento jurídico. Ou seja, no Brasil há este histórico de reivindicações e conquistas dos mesmos, sendo necessária a constante vigia e luta para sua garantia.

Os DH passaram a ser legitimados e assumidos como política do governo, quase num período de meio século posterior a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, num âmbito social e político que, neste fim de século, era demasiadamente adverso para a maioria de quem não era considerado elite na conjuntura brasileira. Em sua historicidade, a luta pelos direitos humanos é um procedimento contraditório, no qual o Estado, qualquer que seja o governo no regime democrático, juntamente com a sociedade civil têm uma corresponsabilidade sobre eles. "É uma parceria que se funda sobre princípios rígidos e irrenunciáveis, qualquer que seja a conjuntura. Não há política sem contradição, não há luta pelos direitos humanos sem conflitos, obstáculos e resistências: negar essa realidade é recusar a própria luta". (PINHEIRO; MESQUITA, 1998, p. 1)

É nítido que a questão dos DH, de acordo com a reflexão feita anteriormente, é atravessada por muitas outras problemáticas. É primordial o entendimento de que não seria possível tratar de toda esta complexidade neste trabalho. Por isso, optamos por abordar os DH pelas óticas da representatividade midiática e também de políticas públicas voltadas para sua manutenção, entendendo que estes são dois pontos que se destacam no universo dos DH.

1.1. DIREITOS HUMANOS E A REPRESENTATIVIDADE MIDIÁTICA

Por se tratar de um tema complexo, o fio condutor deste trabalho, os DH, pressupõem um grande debruçar sobre si e necessitam atenção quanto à abordagem. Sendo um tema bastante vasto e ao mesmo tempo profundo, faremos a análise a partir de um panorama geral, primeiramente localizando a mídia dentro do campo. Em um segundo momento discutiremos as problematizações da representatividade midiática e movimentos que

impulsionam o campo à mudança. Sobre o papel da mídia em nossa sociedade atualmente, Oliveira reflete que

> É, sobretudo, responsável por reproduzir as relações sociais assimétricas e atribuir sentidos aos mundos, em conformidade com a dinâmica cultural da sociedade contemporânea. Por esta razão não podemos analisar o universo midiático sem levar em conta a maneira como ele se constitui em campo de forças no qual diferentes atores sociais buscam fazer prevalecer determinados sentidos através de suas práticas discursivas, tornando-o um locus de tensão permanente. É como se fosse uma arena social em que coexistem tentativas diversas de construção, afirmação ou negação de significados. (OLIVEIRA, 2000, p. 74)

Sendo assim, "dotados de mecanismos próprios, os campos possuem propriedades que lhes são particulares, existindo os mais variados tipos, como o campo da moda, o da religião, o da política, o da literatura, o das artes e o da ciência." (ARAÚJO; ALVES; CRUZ, 2009, p. 35). Além dos citados, podemos interpretar o contexto midiático como um campo, onde existem forças que o constroem e outras que atuam para sua manutenção, principalmente a partir da representatividade que nele se reflete. Justamente por esse jogo de forças e interesses é que se apresenta uma conjuntura que se constrói difícil de modificar e por isso mesmo exige dos agentes uma maior organização e também uma maior energia para modificá-lo. Como cita Bordieu (2011)

> É isso que acredito expressar quando descrevo o espaço social global como um campo, isto é, ao mesmo tempo, como um campo de forças, cuja necessidade se impõe aos agentes que nele se encontram envolvidos, e como um campo de lutas, no interior do qual os agentes se enfrentam, com meios e fins diferenciados conforme sua posição na estrutura do campo de forças, contribuindo assim para a conservação ou transformação da estrutura. (BORDIEU, 2011, p 50)

Como consequência desta construção, os meios de comunicação midiática contribuem muito para a construção de uma determinada cultura. A cultura, como um campo estruturado, é paulatinamente construída através de *habitus*. Como cita Bourdieu (1983, p.61), a conceituação do *habitus* tem a intenção de "Pôr em evidência as capacidades, activas, inventivas, do *habitus* e do agente (que a palavra hábito não diz), embora chamando atenção para a ideia de que este poder gerador não é o de um espírito universal". Aqui se resgata a ideia de Bourdieu, de que o habitus se modifica e se adapta. A partir disso, podemos entender que a cultura é mutável e se abre para os movimentos internos dos indivíduos, acabando por ser um produto destes.

Logo, se temos uma representatividade conservadora na mídia, a qual é mantida pelos agentes interessados em mantê-la de tal forma, para que haja qualquer modificação neste cenário, é primordial que existam forças de agentes contrários que possam ir de encontro a esta realidade. Então, o campo da mídia é construído através destes *habitus,* que acabam por contribuir também para a construção da cultura, uma vez que a representatividade é ao mesmo tempo produzida e produz nossa cultura.

É importante ressaltar que a mídia, como comumente tratamos, diz respeito a toda forma de tornar público um fato ou acontecimento e que, portanto, não abrange uma só definição. Diferente da comunicação interpessoal, onde a mensagem é emitida e recebida ao mesmo tempo, a comunicação midiática torna a mensagem mediada por algum meio de comunicação, fazendo com que a mensagem tenha potencial para atingir mais pessoas com uma só emissão.

Devemos entender que este cenário, da presença dos meios de comunicação no cotidiano, hoje é uma realidade. Não há movimentos no campo cultural ou social que ocorram sem ser atravessados pela mídia. Assim como reflete Oliveira (2000), a forma como percebemos o mundo e as relações cotidianas tem íntima ligação com a comunicação midiática. A paisagem da sociedade é desenhada justamente a partir das relações que também se refletem na mídia. Também se refletem, pois não são únicas. A questão da mídia é atravessada por muitos outros condicionantes que influenciam diretamente na sua abordagem.

> Se a mídia é hoje o lugar privilegiado de visibilidade pública e legitimidade das forças atuantes na sociedade, uma melhor compreensão do processo midiático só pode ser obtida se for conjugada com uma análise de outros processos interacionais que ocorrem simultaneamente fora do universo das mídias. Por isso, por exemplo, ao promover ações, o Estado, as instituições públicas e privadas, os agrupamentos políticos ou movimentos sociais consideram, previamente, estratégias comunicacionais que lhes garantam formas de reconhecimento público e legitimação. (OLIVEIRA, 2000, p.4)

Dito isto, devemos compreender que, atingindo mais pessoas, a mensagem será mais eficaz, ou pelo menos mais difundida. Logo, quando um grande meio de comunicação, como os canais abertos de televisão ou mesmo o rádio, citando mídias tradicionais, divulgam determinada mensagem com frequência, esta mensagem pode acabar sendo internalizada nos indivíduos, que podem acabar por replicá-la. Isto se deve muito ao fato de ser a credibilidade o principal atributo da mídia, de acordo com Guareschi (2007).

O pensamento de Guareschi se reflete também no pensamento de Canclini, que elucida que esta credibilidade vinda dos meios provavelmente se deriva do comprometimento "com a tarefa de descrever e narrar a cidade, redesenham suas estratégias comunicacionais para estabelecerem-se em espaços concretos e mais ou menos delimitados." (CANCLINI, 2002, p.41)

Outro acontecimento que deu muita força à representatividade nas mídias foi a popularização da internet, especialmente após a popularização de aparelho mobile, onde as pessoas podiam passar uma mensagem para muitas pessoas e organizar grupos com interesses comuns, como é o caso da luta por representatividade. Neste sentido, tanto negativamente quanto positivamente, as mensagens atingem muitas pessoas. Um grande ponto negativo é que muitas das mensagens difundidas afetam diretamente direitos básicos dos cidadãos.

De acordo com a Constituição Federal, "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" (BRASIL, 2016, p.14).

O grande contraponto que se coloca é que muitas vezes a mídia acaba por mostrar uma grande desigualdade, principalmente nas telenovelas, de gênero, cor, sexualidade e raça. Colocando personagens brancas em cargos de poder, ou então personagens negras como serviçais. Também se apresenta nos programas televisivos, onde homens normalmente apresentam quadros de esporte e mulheres apresentam quadros de saúde e beleza. Ao fim, reforçam-se estereótipos, que acabam constituindo o *habitus* e resultam na cultura que se apresenta hoje. Tendo percebido estes condicionantes, muitos grupos, em variados momentos da história, lutaram contra os conteúdos abordados pela mídia.

Portanto, entendendo que mudanças do campo midiático são intimamente atravessadas pelas mudanças do campo social, podemos presumir que o rompimento das barreiras do campo midiático se dá em grande escala por essas revoluções reivindicativas de grupos organizados da sociedade, tal qual as comissões de direitos humanos, citadas anteriormente, que acabam por conquistar pequenas mudança na abordagem midiática e que contribuem diretamente para a manutenção dos direitos básicos dos cidadãos e para a sua representatividade no que tange ao reconhecimento de si no que está sendo transmitido.

2.2. DIREITOS HUMANOS E POLÍTICAS PÚBLICAS

Em uma democracia, não há como falar de Direitos Humanos e sua aplicação sem falarmos de políticas públicas que possibilitem e viabilizem sua efetivação para com os humanos de fato, para com a sociedade e para que a mesma beneficie-se de direitos fundamentais e diretrizes de direitos humanos. Com isto, políticas públicas apresentam-se como uma solução, neste trabalho, para o fomento de iniciativas estatais direcionadas aos DH.

Posto isto, "pode-se partir de uma definição provisória de políticas públicas como programas de ação governamental voltados à concretização de direitos" (BUCCI, 2001, pág 13) acrescentando a autora que a linha da relação entre políticas públicas e direitos humanos é tênue "pois uma das características do movimento de ampliação do conteúdo jurídico da dignidade

humana é a multiplicação das demandas por direitos, demandas diversificadas e pulverizadas na titularidade de indivíduos" (BUCCI, 2001, p 13)

Ainda Segundo Bucci (2001) as políticas públicas emergem com ferramentas de aglutinação de interesses em torno de objetivos comuns. Segundo a autora, toda política pública é uma ferramenta de racionalização, planejamento e participação social, popular. Os produtos das políticas públicas são o fim de uma ação do governo.

Num panorama geral sobre Políticas Públicas e Direitos Humanos, temos uma contribuição de Vázquez e Delaplace (2011) onde trazem que

> Os tratados internacionais, os comentários gerais dos Comitês das Nações Unidas, os relatórios e a jurisprudência dos órgãos de proteção de DH em nível regional e internacional consagram outros princípios fundamentais que os e as tomadores/as de decisão devem observar de forma transversal na elaboração e implementação de PP. Entre esses padrões mínimos encontramos direitos ou princípios como a igualdade e não discriminação, a participação, a coordenação e a articulação entre níveis e ordens de governo, a cultura de DH, o acesso à informação, a transparência e a prestação de contas e o acesso a mecanismos de exigibilidade. (VÁZQUEZ; DELAPLACE, 2011, p. 44)

A não tolerância de discriminação e a igualdade, ambos, são princípios inalteráveis em diversos instrumentos internacionais que colocam a igualdade como gozo principal da pauta dos DH. Obrigando, assim, o Estado, a efetivar esta garantia da pessoa exercer os direitos sem qualquer modo de segregação, seja por cor, sexo, idioma, raça ou opinião política, bem como sua origem, situação financeira e deficiências, tanto físicas quanto mental. Salientando também o estado de saúde, com inclusão do HIV/AIDS. Conforme Vázquez e Delaplace (2011) estes são um conjunto de normas que aportam conceitos claros e parâmetros úteis para definir, executar e avaliar as Políticas Públicas. Pois o Estado não só deve garantir estes direitos, como da mesma forma, em tese, tem a obrigação e o compromisso de proteger a sociedade e os indivíduos com relação a práticas discriminatórias.

Por fim, não suficiente é pensarmos as Políticas Públicas e suas estruturações, também devemos aplicar e focar um olhar na sociedade contemporânea e suas transformações, Bonetti (2016) traz que ao passo que o capitalismo conquista um espaço de muita relevância, economicamente falando, também se fortalece uma busca por singularidade, uma forma de estar no mundo que anseia por valorização da diferença, visto a gama de diversidade que podemos ter hoje. Assim como a busca de formas alternativas de sobrevivências de diversas organizações da população. São estas transformações e vivências que, indireta ou diretamente refletem como definidoras das políticas públicas, pois, se elas são aplicadas às pessoas, nada mais sensato que percebermos também suas movimentações sociais e como esta trama vem se desenvolvendo. Nos perguntando: Para quê(m) são as Políticas Públicas?

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar da temática DH ser atravessada por diversas outras problematizações, como visto anteriormente, é importante que consigamos entender e dimensionar sua importância e protagonismo diante de um cenário que atualmente apresenta-se de forma a rejeitá-lo e até mesmo "rechaçá-lo" diante de um desconhecimento sobre o mesmo que nos ampara. Por isso, utilizar as mídias como uma ferramenta que colabore para a manutenção dos DH, e não para fomentar a segregação, é importantíssimo. Devemos levar em consideração o grande alcance e a grande expressão que a mídia carrega e utilizá-la a nosso favor. Além disso, pudemos perceber que a questão dos DH perpassam todas as esferas da sociedade e, por isto, é um tema de extrema necessidade de discussão e amparo do Estado em direção às políticas públicas que o fomentem.

Dentre as discussões trazidas no corpo do texto, faz-se a reflexão que, ao mesmo tempo em que muitos direitos são conquistados pela luta diária destes grupos organizados, se mostra também o grande desafio de modificar toda uma cultura pré-existente. As leis, na prática, esbarram no cotidiano e em hábitos enraizados, que levariam muitos anos para serem

modificados. Por fim, como exposto, a luta pela manutenção dos Direitos Humanos no Brasil é incessante, para que se mantenha sua legitimação. Afinal, não há formas de se pensar na Democracia, bem como aplicá-la, sem a vigência de Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO F.M. de B; ALVES, E.M. & CRUZ, M.P. **Algumas reflexões em torno dos conceitos de campo e de habitus na obra de Pierre Bordieu**. Revista Perspectivas da Ciência e Tecnologia v.1, n.1, jan-jun 2009.

BOURDIEU, P. **Razões práticas: sobre a teoria da ação**. 11 ed. São Paulo: Papirus, 2011.

BOURDIEU, P. **Sociologia. São Paulo**: Ática, 1983.

CRUZ, Fábio Souza da. **Mídia e direitos humanos: tensionamentos e problematizações em tempos de globalização neoliberal**. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rk/v14n2/05.pdf>. Acesso em: 24.mar.2018

CRUZ, Fábio Souza da; MOURA, Marcelo Oliveira de. **Os Direitos Humanos como produto: reflexões sobre a informação e a cultura da mídia**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552012000200005&lang=pt>. Acesso em: 24.mar.2018

BONETI, Lindomar Wessler. **Políticas Públicas, Direitos Humanos e Cidadania**. JURIS - Revista da Faculdade de Direito, [S.l.], v. 26, p. 189-204, dez. 2016. ISSN 2447-3855. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/juris/article/view/6297/4133>. Acesso em: 25 mar. 2019. doi: https://doi.org/10.14295/juris.v26i0.6297.

BRASIL. [Constituição (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo no 186/2008. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016. 496 p.

BUCCI, Maria Paula Dallari et al. **Direitos humanos e políticas públicas**. 2001.

CANCLINI, Néstor Garcia. **Opinião Pública**, Campinas, Vol. VIII, nº1, 2002, pp.40-53.

GALLARDO, H. **Derechos humanos como movimiento social**. Bogotá: Desde Abajo, 2006.

GUARESCHI, Pedrinho A. **Mídia e Democracia: O quarto versus o quinto poder**. Dossiê Mídia e Política. REVISTA DEBATES, Porto Alegre, v.1, n.1, p. 6-25, jul.-dez. 2007.

OLIVEIRA, V. C. **Media communication and the Single Healthcare System**, Interface _ Comunicação, Saúde, Educação, v.4, n.7, p.71-80, 2000.

PINHEIRO, Paulo Sérgio; MESQUITA, Paulo de. **Direitos humanos no Brasil: Perspectivas no final do século**. Textos do Brasil, v. 2, n. 6, 1998.

VANNUCHI, Camilo. **O direito à comunicação e os desafios da regulação dos meios no Brasil**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1982-25532018000200167&lang=pt>. Acesso em: 24.mar.2018

VÁZQUEZ, Daniel; DELAPLACE, Domitille. **Políticas públicas na perspectiva de direitos humanos: um campo em construção**. SUR– Revista Internacional de Direitos Humanos. São Paulo: Conectas, v. 8, n. 14, 2011.

MULTICULTURALISMO, DIREITOS HUMANOS E CIDADANIA

ANTONIO CARLOS GOMES FERREIRA
PRISCILA REGINA DOS RAMOS

INTRODUÇÃO

O multiculturalismo é uma das questões mais importantes quando pensamos em Direitos Humanos. Vamos entender a proposta do multiculturalismo e relacioná-la com um debate atual acerca dos Direitos Humanos.

O sociólogo que formulou esse conceito é um dos mais importantes sociólogos contemporâneos, o português Boaventura de Sousa Santos. Esse pensador, vendo a importância dos Direitos Humanos na contemporaneidade, questionou: com a queda da União Soviética (URSS), seriam os Direitos Humanos substitutos do socialismo no horizonte emancipatório?

Se, no passado, fincávamos nossas esperanças no socialismo, será que hoje os Direitos humanos podem ser uma forma de emancipação da sociedade e melhoramento do mundo? Para Boaventura Santos sim, desde que tenhamos uma concepção correta do que são os direitos humanos e o que nós queremos com ele.

No presente artigo científico, fizemos um estudo sobre os Direitos Humanos sob a ótica do multiculturalismo trazido pelo sociólogo português. Trouxemos inicialmente um breve resumo sobre os Direitos Humanos, sua problemática e os limites dos direitos humanos de primeira geração. Em seguida, falamos sobre a proposta multicultural e sobre os direitos humanos e cidadania, dando ênfase para a crise da cidadania social.

Por fim, abordamos a questão da democracia e da cidadania, trazendo

uma reflexão sobre a importância do exercício da cidadania e da defesa da democracia para efetivação dos Direitos Humanos.

1. DIREITOS HUMANOS

Direitos humanos representam uma forma abreviada de mencionar os direitos fundamentais da pessoa humana. Esses direitos são fundamentais porque, sem eles, o ser humano não conseguirá existir ou não será capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida social e política (DALLARI, 2009, p. 7).

Para Antonio Pérez Luño:

> Os direitos humanos surgem como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos, nos planos nacional e internacional (LUÑO apud PIOVESAN, p. 59).

Segundo Fábio Comparato:

> A revelação de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. É o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais (COMPARATO, 2015, p. 13).

Gostamos muito da definição de Gregório Peces-Barba, segundo a qual, os direitos humanos:

> São faculdades que o direito atribui à pessoa e aos grupos sociais, expressão de suas necessidades relativas à vida, liberdade, igualdade,

> participação política ou social, ou a qualquer outro aspecto fundamental que afete o desenvolvimento integral das pessoas em uma comunidade de homens livres, exigindo o respeito ou a atuação dos demais homens, dos grupos sociais e do Estado, e com garantia dos poderes públicos para restabelecer seu exercício em caso de violação ou para realizar sua prestação (BARBA, 1982, p. 7).

A Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou, em 1948, na Assembleia Geral, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, ressaltando *que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos.*

O documento é a base da luta universal contra a opressão e a discriminação e reconhece que os direitos humanos e as liberdades fundamentais devem ser aplicados a cada cidadão do planeta.

1.1 AS TRÊS GERAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

Para analisar as gerações dos direitos fundamentais, devemos entender historicamente a origem dessa divisão que começou com o jurista tcheco Karel Vasak (1929 – 2015) que a formulou baseando-se na bandeira francesa que simboliza a *liberdade*, a *igualdade* e a *fraternidade*.

A primeira geração dos direitos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (**liberté**); a segunda geração seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (***égalité***); por fim, a terceira geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, baseados na fraternidade (**fraternité**).

A primeira geração dos direitos humanos, chamados de direitos civis e políticos, engloba os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade formal, às liberdades de expressão coletiva, e os direitos de participação política. São direitos de *prestação negativa* (exigem a abstenção do Estado) que tiveram origem com as revoluções burguesas.

Para Bonavides, os direitos fundamentais de primeira dimensão re-

presentam "os direitos civis e políticos, que correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental, mas que continuam a integrar os catálogos das Constituições atuais, o que demonstra a cumulatividade das dimensões" (BONAVIDES, 2016, p. 509).

A segunda geração dos direitos humanos, chamada de direitos econômicos, sociais e culturais, engloba os direitos essenciais básicos: alimentação, saúde, educação, direitos trabalhistas e previdenciários. São direitos de *prestação positiva (exigem a ação do Estado).* A Revolução Industrial foi o grande marco dos direitos de segunda geração, a partir do século XIX, implicando na luta do proletariado, na defesa dos direitos sociais.

Segundo Daniel Sarmento, as Constituições do México (1917) e de Weimar (1919) já trazem "novos direitos" que implicam na ação estatal para concretizá-los, trazendo melhorias consideráveis nas condições materiais de vida da população em geral, principalmente da classe trabalhadora (direito à saúde, à moradia, à alimentação, à educação, à previdência etc.).

> Surge um novíssimo ramo do Direito, voltado a compensar, no plano jurídico, o natural desequilíbrio travado, no plano fático, entre o capital e o trabalho. O *Direito do Trabalho,* assim, emerge como um valioso instrumental vocacionado a agregar valores éticos ao capitalismo, humanizando, dessa forma, as até então tormentosas relações *jus laborais.* No cenário jurídico em geral, granjeia destaque a gestação de normas de ordem pública destinadas a limitar a autonomia de vontade das partes em prol dos interesses da coletividade (SARMENTO, 2010, p. 19).

Ingo Sarlet, ao fazer referência aos direitos de segunda geração, afirmou que são um fortalecimento do princípio da justiça social e correspondem a reivindicações das classes menos favorecidas, especialmente da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracteriza as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de maior poder econômico (SARLET, 2015, p. 50).

Sob a influência das doutrinas socialistas, constatou-se que os lemas da Revolução Francesa, liberdade e igualdade, eram apenas formais, o que gerou movimentos sociais de reivindicação de um papel ativo do Estado para

realizar o que Celso Lafer chamou de "*direito de participar do bem-estar social"* (LAFER, 1998, p. 127).

Notamos que os direitos de primeira geração tinham como finalidade possibilitar a limitação do poder estatal e permitir a participação do povo nos negócios públicos. Já os de segunda geração impõem deveres (obrigação de fazer) ao Estado. Assim, contribuem para o desenvolvimento do ser humano, fornecendo-lhe as condições básicas para gozar, de forma efetiva, a tão necessária liberdade (MARMELSTEIN, 2011, p, 50).

A terceira geração dos direitos humanos consagra os princípios da fraternidade ou de solidariedade, o direito de autodeterminação dos povos, o direito ao desenvolvimento, à paz, a um meio ambiente equilibrado, como patrimônio comum da humanidade. Esta geração foi desenvolvida no século XX. São direitos transindividuais, isto é, de titularidade da comunidade, seu primeiro destinatário, o gênero humano.

São **interesses difusos**, direito do consumidor, das mulheres, das crianças e adolescentes, dos idosos, das minorias étnicas e outras minorias, como, por exemplo, os movimentos sociais ligados à identidade: movimento negro, feminista, LGBT, indígena, grupos bolivarianos ou pelos direitos da *Pacha Mama* ("Mãe Terra"), por resultarem da descoberta do "homem vinculado ao planeta Terra, com recursos finitos, divisão absolutamente desigual de riquezas, em verdadeiros círculos viciosos de miséria e ameaças, cada vez mais concretas, à sobrevivência da espécie humana" (RAMOS, 2012, p. 84).

A evolução dos direitos humanos se constrói com a evolução histórica do próprio homem no planeta. Logo, os direitos humanos não nascem todos de uma só vez. O nascimento de um direito humano jamais terá o condão de eliminar outro, mas sim, de **agregá-lo** e torná-lo cada vez mais forte.

Existem doutrinadores que defendem a existência de outras dimensões ou gerações de direitos, como: bioéticos, paz, democracia, informação correta e pluralismo. Seriam aqueles que surgiram dentro da última década, devido ao grande avanço e desenvolvimento tecnológico da humanidade, concebidos ainda como pretensões de direitos.

1.2 A PROBLEMÁTICA DOS DIREITOS HUMANOS

Para pensar os Direitos Humanos, no mundo contemporâneo, utilizamo-nos do fragmento de texto esclarecedor de Boaventura de Sousa Santos:

> Temos o direito de ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito de ser diferentes quando nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza desigualdades (SANTOS, 2008).

Não podemos confundir desigualdade com diferença. Somos sim todos iguais, mas ser iguais não significa o não reconhecimento das diferenças. Assim, as diferenças devem ser respeitadas sem que gerem desigualdades. Por exemplo, homens e mulheres são diferentes (gênero e compleição física diferentes), mas devem ser tratados com igualdade, já que a diferença não implica em hierarquia.

1.2.1 OS LIMITES DOS DIREITOS HUMANOS DE PRIMEIRA GERAÇÃO

Podemos falar em *limites raciais*, já que, em um primeiro momento, estes são direitos burgueses, advindos da Revolução Francesa; logo, não foram pensados, por exemplo, para o negro ou o asiático. Essa concepção burguesa de direitos humanos, por ser limitado a uma classe social e não se estender aos povos de outros continentes, traz, em sua gênese, *limites culturais*.

Percebemos que o iluminismo pregou um conceito de igualdade apenas formal, ou seja, restrita à *igualdade jurídica* e não abarcou a ideia de uma igualdade material, configurando o que chamamos de *limites sociais*.

1.2.2 PARTICULARISMO X UNIVERSALISMO

Os Direitos Humanos devem/podem ser universais? É possível pensarmos na ideia de Direitos Humanos inerentes a todos os seres humanos independente de nacionalidade, etnia, cor, cultura e religião?

Suponhamos que exista um país no extremo Oriente em que a cultura implica em sacrifício de recém-nascidos. Esse costume local viola direitos humanos concebidos no Ocidente. Nesse campo hipotético , com a intervenção da ONU nesse suposto país, para *impor* a noção de direitos humanos ocidentais, poderia significar também uma prática imperialista? Para Boaventura Santos: "Serão os direitos humanos universais um tipo de invariante cultural, parte da cultura global? Todas as culturas tendem a considerar os seus valores máximos como os mais abrangentes, mas apenas a cultura ocidental tende a formulá-los como universais" (SANTOS, 2008).

Obviamente, colocamos um exemplo extremo (o assassínio de criancinhas), mas precisamos refletir no sentido de que a imposição de um padrão moral implica a continuação do colonialismo. Daí porque o universalismo não pode ser adotado de forma irrestrita, nem sequer em relação aos direitos humanos.

Boaventura Santos lembra que a cultura Ocidental é uma pretensão de se universalizar. De fato, quando pensamos na cultura hindu ou judaica, por exemplo, não observamos essa pretensão de se estender a todo o globo (mas consideram seus valores a sua comunidade). O ocidental, sobretudo o europeu, tem a tendência de expandir sua noção de cultura para todos os povos.

Destarte, é inegável a coexistência de grupos de culturas diferentes no mundo e, portanto, não se pode adotar um critério reducionista, que é o projeto da modernidade: reduzir tudo a uma única "razão universal".

Por outro lado, o relativismo dos direitos humanos é necessário para a proteção da identidade cultural. É necessário reconhecer o multiculturalismo, pois a universalização nivela os valores a uma racionalidade dos colonizadores, negando o respeito às diferenças, que é a própria razão de ser dos direitos humanos.

1.2.3 INVISIBILIDADE X ULTRAVISIBILIDADE

É comum acompanharmos, nos noticiários, as duras críticas da mídia acerca das violações de direitos humanos, por exemplo, no Irã. Tais violações são ultravisíveis, isto é, com ampla divulgação. Entretanto, pouco, ou nada, se ouve falar de violações no Timor Leste, ou na de Baía de Guantánamo, palco gritante de violações, ou mesmo as intervenções militares dos Estados Unidos.

Por que há uma evidenciação das violações cometidas em um lugar específico, mas fala-se pouco, ou quase nada, das violações ocorridas em outros? Será que os Direitos Humanos podem ser usados a serviço do Imperialismo?

Há entendimentos no sentido de que a imposição dos direitos humanos (que também aparece como "difusão dos valores da democracia") não é construída sem intenções: é apenas uma nova justificativa para o exercício do poder mundial, encabeçado pelos EUA.

> O perigo na proposta de universalização dos direitos humanos está no fato de que a sua aplicação é feita por meio de intervenções militares (Iraque e Afeganistão) e de embargos econômicos (Cuba), ambas envolvendo a vida de muitos civis. Todos os Estados que não permitem a livre circulação (seja de capital, seja de pessoas: ambas com fins mercadológicos) escolhem com quem querem lidar: com a Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN) e o Conselho de Segurança da ONU, no caso de intervenções militares (foi o caso de Kosovo), ou a Assembleia Geral da ONU, no caso das sanções políticas (é o caso do Irã). Uma conclusão possível é que, afora os efeitos simbólicos, o que está por trás da universalização dos direitos humanos é a possibilidade da livre circulação do capital (BASTOS, 2015).

A sociologia tem a tarefa de questionar, investigar e trazer essas questões à reflexão e discussão, contribuindo para uma análise neutra, imparcial, mas dotada, sobretudo, de criticidade.

2. PROPOSTA MULTICULTURAL

Na sociologia, proposta por Boaventura Santos, todas as culturas são relativas, porém o relativismo cultural é um posicionamento político-filosófico incorreto, bem como considera incorreto o universalismo total.

Para o sociólogo, não podemos ver a cultura do outro como "uma coisa só", como algo "fechado", mas pensar na diversidade própria. Por exemplo, quando o homem ocidental pensa o islamismo, tende a generalizá-lo. No entanto, é cediço que o islamismo possui inúmeras correntes, umas mais extremistas e outras com noções de dignidade humana bem próximas da ocidental, ou seja, todas as culturas têm diversas variantes. A própria cultura ocidental produziu o fascismo, mas também produziu a democracia. Significa dizer que todas as culturas são incompletas e, por isso, apresentam deficiências quanto à dignidade humana.

Devemos ter consciência dessa incompletude para mantermos sempre o **diálogo**, pois é exatamente por meio do diálogo que melhor percebemos nossa incompletude. Para a ideia do Multiculturalismo, devemos buscar diálogos interculturais isomórficos entre diferentes culturas, ou seja, conceitos diferentes que podem transmitir aspirações semelhantes ou mutuamente inteligíveis. É a atitude mais correta, ao invés de "excluir" ou "renegar" uma cultura inteira por determinado motivo.

Assim, das diferentes versões de uma dada cultura, deve ser escolhida aquela que representa o círculo mais amplo de reciprocidade dentro dessa cultura, a versão que "vai mais longe" no *reconhecimento do outro*.

Por exemplo, em um diálogo entre católicos e mulçumanos, temos dentro do islamismo correntes "sunitas", seguidores da *sunna* (tradição) e uma minoria de grupos "xiitas", seguidores da *shi't* (facção), conhecidos no ocidente pelo seu "fanatismo". No entanto, há xiitas não fundamentalistas e que não aceitam o terrorismo. Assim como há sunitas que confundem a "lei divina" (a *sharia*) com a legislação civil, ou seja, há grupos radicais, mas também há islâmicos *secularistas*, que aceitam a imposição de um Estado que não seja religioso. Nesse caso, o diálogo seria com esses grupos.

Todas as culturas tendem a diferenciar as pessoas. A diferença apenas pode ser aceita quando não inferioriza o outro. O reconhecimento das incompletudes mútuas é a condição essencial de um diálogo intercultural.

Observamos que, nas sociedades contemporâneas, é necessária a diferenciação dos indivíduos para que se identifiquem como seres humanos pertencentes a determinado contexto social.

O fenômeno da globalização aproxima grupos de culturas diferentes. Por isso, o conflito de culturas é inevitável, de forma que a diversidade cultural passe a ser alvo de intensos debates. Um grande desafio que se apresenta nessa nova realidade é que se pretende o igual, mas, ao mesmo tempo, exige-se o diferente.

Sejam quais forem as exigências do mundo globalizado, atualmente se afirma a certeza do necessário convívio em uma sociedade cuja realidade é multicultural. Para tanto, é preciso que se reconheça e se respeite as diferenças próprias de cada indivíduo. O reconhecimento da diferença é o ponto de partida para que se possa conviver em harmonia, não com os iguais, já que a igualdade é apenas jurídica, mas do ponto de vista humano, social, pois, o que nos interessa é realmente ser diferentes (ARAÚJO, 2016).

Temos que o importante é não reduzir o realismo ao que existe, pois, de outro modo, podemos ficar obrigados a justificar o que existe, por mais injusto e opressivo que seja. No momento atual, para que este processo aconteça, é necessário o convívio multicultural que implica respeito ao outro, diálogo com os valores do outro.

O multiculturalismo propõe que o princípio da igualdade seja utilizado juntamente com o princípio do reconhecimento da diferença, ao que deve ocorrer "a aceitação do seguinte imperativo transcultural: temos o direito de ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza" (SANTOS, 2008).

A proposta de multiculturalismo pode parecer utópica, mas, se a negarmos, não avançaremos na prática. Após séculos de imperialismo cultural, genocídio, etnocídio e epistemicídio (exclusão de outras formas de conhecimento que não as estabelecidas), conseguiremos pronunciar um diálogo intercultural?

No momento anterior à concretização de uma idéia, constata-se certa semelhança com a utopia. Trata-se da importância da utopia, dos sonhos, para que as ideias aconteçam. As palavras de Fernando Birri, citado por Eduardo Galeano são precisas:

> A utopia está lá no horizonte. Aproximo-me dois passos, ela se afasta dois passos. Caminho dez passos, e o horizonte corre dez passos. Por mais que eu caminhe, jamais alcançarei. Para que serve a utopia? Serve para isso: para que eu não deixe de caminhar (BIRRI Apud GALEANO, 1998).

Talvez para homens antigos, uma jornada de trabalho limitada a 44 horas semanais poderia parecer uma utopia, mas quando a ideia se concretiza, deixa de ser uma utopia.

Boaventura Santos defende uma concepção marxista de direitos humanos, no âmbito das concepções ocidentais, como aquela que deve ser adotada para um debate adequado e discute a possibilidade de os direitos humanos serem um "guia emancipatório" na sociedade atual.

3. DIREITOS HUMANOS E CIDADANIA

Infelizmente temos, no senso comum, uma ideia completamente errônea e distorcida de Direitos Humanos. As pessoas reproduzem, de forma irrefletida e imponderada, frases do tipo: "Esse negócio de direitos humanos está aí para proteger bandidos e deixar expostas as pessoas de bem" (MORAIS, 2004, p.181). Tais colocações se traduzem em ignóbil ignorância, visto que todas as declarações e tratados de direitos humanos, bem como as ações de grupos e instituições, engajados no cumprimento de tais acordos, não preveem quaisquer privilégios, mas são voltados para os seres humanos em geral.

Uma das características dos direitos humanos é a universalidade, isto é, a ideia de que todas as pessoas, independentemente de sua condição racial, econômica, social, ou mesmo criminal, são sujeitos aos direitos humanos. Nesse sentido, bandidos também têm direitos humanos. A afirmação de que direitos humanos são "só para bandidos" é totalmente falaciosa e despreza os direitos dos demais membros da comunidade.

O movimento pelos direitos humanos tem uma agenda muito mais ampla do que a questão dos direitos dos presos e dos suspeitos. Podemos afirmar que a maior parte das organizações que advogam pelos direitos

humanos está preocupada primordialmente com outras questões, como o racismo, a exclusão social, o trabalho infantil, a educação, o acesso à terra ou à moradia, o direito à saúde, a questão da desigualdade de gênero entre outros, ou seja, a defesa dos grupos mais vulneráveis.

Apesar dos direitos humanos serem direitos de todos os seres humanos, é natural que as organizações não governamentais se dediquem à proteção daqueles que se encontram em posição de maior fragilidade social.

Destarte, devemos compreender que os direitos humanos existem para todos, pois é inerente à pessoa humana, isto é, basta ser pessoa humana (em qualquer condição) para ser resguardada por tais direitos.

Depois de um breve estudo sobre os Direitos Humanos, importante compreendermos o conceito de cidadania e, para isso, observemos a origem etimológica da palavra.

O termo cidadania vem do latim *civitas*, que significa "cidade". É a qualidade ou condição do cidadão (membro da cidade). Logo, a cidadania estabelece a ideia de pertencimento de um indivíduo a uma comunidade politicamente organizada e, como membro dessa sociedade, faz jus ao direito de participar da vida pública ou da política (cidadania: cidade – cidade: polis – polis: política).

O cidadão, aquele que pertence ao corpo político, possui direitos civis, políticos e sociais, e o exercício desses direitos constitui, na prática, a cidadania, ou seja, exercer a cidadania implica na consciência desses direitos e deveres e, principalmente, em lutar para que sejam colocados em prática.

Da forma desenvolvida por *Thomas H. Marshall*, cidadania é uma situação social que inclui três tipos distintos de direitos, especialmente em relação ao Estado:

> a) **direitos civis são aqueles** inerentes à liberdade individual, liberdade de expressão e de pensamento; direito de propriedade e de conclusão de contratos; direito à justiça;
> b) **direitos políticos *são os direitos à participação no exercício do poder político,*** diretamente, pelo governo, e indiretamente, pelo voto – direito de votar e ser votado – participar das instituições de autoridade pública e;

> c) **direitos socioeconômicos**: o conjunto de direitos relativos ao bem-estar econômico e social tem como referência as classes trabalhadoras que lutaram por melhores condições de trabalho e de renda, educação, saúde, segurança, previdência, etc.

A cidadania, então, expressa um conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo. Quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social (DALLARI, 2009, p. 14).

A cidadania está em constante processo de construção, pois é um referencial de conquista da humanidade. Assim, se a cidadania é o exercício de direitos civis, políticos e sociais, não resta dúvida que, para exercê-la, os membros de uma sociedade devem usufruir dos direitos humanos, direitos fundamentais, tanto a nível individual, como coletivo ou institucional. Assim, também poderão cumprir os seus deveres para o bem da sociedade.

3.1 A CRISE DA CIDADANIA SOCIAL

As sociedades capitalistas estabelecem-se na conflitante relação entre capital e trabalho, bem como em gritantes desigualdades sociais, as quais deságuam, necessariamente, nos processos de exclusão e marginalização.

Como enfatiza Birnfeld:

> A exclusão dos frutos da riqueza pela crescente desigualdade de renda, exclusão do processo produtivo pelos crescentes avanços tecnológicos e ainda uma exclusão do pensar, da capacidade criativa, engendrada subliminarmente pelos processos anteriores e respectivos mecanismos de cooptação e de alienação (BIRNFELD, 2006, p. 79).

Assim, evidencia-se uma profunda crise no processo civilizatório contemporâneo que deve ser analisada a partir de seu resultado principal, o da intensa e crescente capacidade de exclusão apresentada pelo sistema como um todo.

Apesar das relevantes conquistas de direitos após o fim do Regime Militar (1964 – 1985) e do início da tentativa de democratização, infelizmente, ainda há muito que fazer em relação à cidadania no Brasil, visto que tais conquistas não conseguem ocultar o drama de milhões de pessoas em situação de miséria, descaso, violência, desemprego e analfabetismo (semianalfabetos, analfabetos políticos e funcionais). Este cenário de mazelas sociais faz com que a cidadania fique distante de muitos brasileiros.

Essa situação, muitas vezes, não é "por acaso". Ora, o descaso com a grande maioria do povo culmina em uma situação de progressiva alienação dos atores políticos. Assim, grande parte da mídia desenvolve, na defesa dos grupos que detém, o controle político e social do Estado. Em grande medida, percebemos que a opinião pública é guiada para apoiar os interesses de alguns grupos e não pelos interesses concretos da coletividade.

> Nos poucos momentos democráticos da história do Brasil, as eleições desempenharam menos o papel de institucionalização de uma opinião pública crítica em relação ao poder e mais o de compatibilização entre formas privadas e não modernas de dominação e mecanismos de seleção de elites (AVRITZER, 1998, p. 291).

Com efeito, notamos uma tendência ideológica de centralização de poder que visa manter afastados, dos centros decisórios, a maior parte dos "cidadãos". Observa-se que não há qualquer tentativa de conscientização dos indivíduos.

O art. 1º da Constituição do Brasil de 1988 afirma a democracia formalmente, definindo, como seus fundamentos, a soberania, a **cidadania**, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e do pluralismo político.

Segundo Flávia Piovesan:

> A Carta de 1988 institucionaliza a instauração de um regime político democrático no Brasil. Introduz também um indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira. A partir dela, os

> direitos humanos ganham relevo extraordinário, situando-se a Carta de 1988 como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotados no Brasil (piovesan, 2015, p. 50).

A questão nos parece paradoxal, pois vimos que o cidadão, enquanto membro da sociedade, é detentor de *direitos civis, políticos e sociais,* e que a cidadania é o exercício desses direitos, isto é, a *consciência* dos direitos (e deveres) e a luta para que sejam colocados em prática. Por outro lado, vemos governos tidos como "democráticos", mas que não combatem efetivamente a exclusão e as desigualdades sociais para dar voz a milhares de brasileiros e, assim, "tirar do papel" tais direitos.

Ora, os direitos humanos foram conquistas substanciais e extraordinárias de várias gerações de homens e mulheres que lutaram para que fossem consagrados, mas não basta que esses direitos tenham previsão constitucional, é necessário implementá-los e garanti-los na prática, pois, do contrário, teremos um esvaziamento do seu significado, o que seria trágico para a democracia.

A concretização dos direitos fundamentais pode ser entendida como um pressuposto para a efetivação da cidadania. Por isso, é imprescindível um modelo de educação democrático e plural, que seja realmente engajado no desenvolvimento de uma cidadania como caminho para o "nascimento" de indivíduos que consigam avaliar criticamente a conjuntura social na qual estão inseridos e, possam, a partir desta tomada de consciência, concorrer para uma reestruturação positiva da organização da sociedade (PRATES, 2016).

O texto constitucional ainda traz o fundamento de que: "a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada visando ao pleno desenvolvimento da pessoa e seu preparo **para o exercício da cidadania"**.

Somente indivíduos livres e iguais, que se reconheçam a si mesmos como participantes das decisões políticas podem exercer a cidadania. Talvez, por isso, a falta de "vontade política" para a inclusão social, marca, tradicionalmente, a sociedade brasileira. Destarte, uma multidão de "cidadãos" permanece inerte e passiva quanto ao seu destino.

Sem essa *conscientização* temos o que chamamos de **crise da cidadania social**, já que as oportunidades de influência e participação nas decisões da sociedade não são iguais. Logo, as discussões políticas não são livres e transparentes, o que impossibilita cada vez mais a conscientização. Temos, então, um círculo vicioso, que só interessa àqueles que querem manter o *status quo* de dominação.

O aperfeiçoamento da *democracia* exige a ampliação da participação coletiva, o que somente pode ser obtido por meio da efetivação da igualdade jurídica, econômica e social (e não só da igualdade "formal").

Se o cidadão não se conscientizar da sua educação para seu pleno desenvolvimento e preparo **para o exercício da cidadania**, não atingiremos o fundamento da República Federativa, estampado no **artigo 3º** da Constituição Federal, qual seja: "construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

Pode parecer utopia, mas deve ser um ideal a ser alcançado já que a Constituição Cidadã abriu esse caminho por meio do exercício efetivo da cidadania, da garantia dos direitos humanos e da observância do princípio do não retrocesso social. Caso contrário, assistiremos à reprodução sistemática de um regime que mascara as relações de exploração e a concentração de poder, cuja nomenclatura adequada não é democracia, mas: *democrisia.*

4. DEMOCRACIA E CIDADANIA

Falamos mais de democracia do que a praticamos, ouvimos mais de cidadania do que a entendemos. Para comprovar tal afirmação, vale a pena conferir o que o pensador francês *Alexis Tocqueville* (1805 – 1859) viu de extraordinário em sua viagem aos EUA em meados do século XIX. Tocqueville viu a forma como os americanos entendiam e vivenciavam a democracia e valorizavam a liberdade e como aquelas pessoas comuns se associavam para defender seus interesses e garantir uma vida mais segura e confortável (BOMENY; MEDEIROS, 2013, p. 210).

A Sociologia analisa os mecanismos de desenvolvimento e de aprendizagem das maneiras de agir e participar dos destinos coletivos. Significa dizer que a democracia e a cidadania são aprendidas. Ninguém nasce sabendo como se comportar.

As sociedades podem estar mais próximas ou mais distantes da concretização dos ideais democráticos. Portanto, democracia e cidadania não fazem parte da natureza, não são universais nem óbvias, não são dadas para que nos apossemos delas quando quisermos, mas dependem da ação de indivíduos e grupos, de esforços, de as pessoas terem tido ou não a chance de aprender e incorporar seus princípios.

A Constituição Federal de 1988, próxima aos seus trinta anos, revela a visão dos direitos por ela garantidos como conquistas da sociedade organizada, que vieram a consolidar o sentido da cidadania, remetendo-nos à ideia de inclusão, em oposição à exclusão social. Assim, ser cidadão é estar dentro de algum processo, usufruir de um conjunto de benefícios, participar dos ganhos que uma sociedade produziu, sejam eles políticos, sociais ou econômicos.

O conceito de cidadania sempre esteve associado à ideia de direitos. Um autor inglês muito importante, *Thomas H. Marshall* (1893 – 1981), na obra **Cidadania e classe social**, de 1950, descreve a extensão dos direitos civis, políticos e sociais para toda a população de uma nação. Esses direitos tomaram corpo com o fim da 2ª Guerra Mundial, após 1945, com aumento substancial dos direitos sociais, na criação do Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*) e estabelecimento de princípios mais coletivistas e igualitários.

Os movimentos sociais e a efetiva participação da população em geral foram fundamentais para que houvesse uma ampliação significativa dos direitos políticos, sociais e civis alçando um nível geral suficiente de bem-estar econômico, social e político.

Todos esses direitos são garantidos porque se pressupõe uma contrapartida: o sujeito que participa da escolha dos governantes, do processo político, tem, por seu lado, de cumprir certos deveres. Para votar e para ser votada, a pessoa tem de estar de acordo com a lei, deve ter sua vida legalmente constituída.

Para usufruir dos benefícios sociais, a pessoa também tem o **dever** de cumprir o que está estabelecido em seu contrato de trabalho e contribuir com impostos sobre o que ganhar. E, para exercitar sua liberdade como cidadão livre, o indivíduo tem o dever de respeitar as opiniões também livres de outras pessoas, mesmo que contrárias às suas.

Por isso, costumamos dizer que o conceito de cidadania (do latim *civitas*, que significa "cidade") pressupõe dois lados: direitos e deveres. Justamente, por isso, não fazem parte da natureza (e sim da sociedade) essas características da vida em coletividade. Direitos, cidadania e democracia não são dados, são construções que variam de acordo com o estágio em que uma sociedade está em determinado momento histórico (BOMENY; MEDEIROS, 2013, p. 211).

4.1 CIDADANIA E AS INSTITUIÇÕES PÚBLICAS

É comum ouvirmos frases do tipo: «o brasileiro não participa, é acomodado, não conhece os seus direitos, não se interessa por política, não cobra as promessas de campanha, não acompanha nem fiscaliza os políticos, não se une nem se mobiliza para defender seus interesses e/ou da comunidade onde vive». Poderíamos continuar com diversas outras frases que demonstram o «comodismo» do brasileiro. Mas será que isso tem fundamento na realidade? Se sim, a que se deve o comodismo e a indiferença dos brasileiros em relação aos seus direitos e deveres?

Embora a Constituição de 1988 tenha formalmente assegurado a cidadania a todos os brasileiros, na prática, pesquisas afirmam que nem todos têm acesso a ela.

Em uma democracia consolidada, os cidadãos devem recorrer às instituições públicas para fazer valer os seus direitos. No entanto, as pessoas mostram desconhecimento a respeito de seus direitos e deveres, além de falta de confiança nas instituições públicas, na Justiça e nos políticos.

Entre os entrevistados, mais da metade informou que familiares, amigos ou indicações pessoais eram os recursos com os quais podiam contar

em momento de necessidade. Do mesmo modo, a Justiça tem como princípio a ideia de que todos são iguais perante a lei, mas 95,7% dos entrevistados acreditavam que, se uma pessoa rica e uma pobre praticassem o mesmo crime, a Justiça trataria o pobre com maior rigor. A desconfiança em relação aos políticos também ficou clara: um percentual elevado de entrevistados considerava a falta de ética, a corrupção e o comportamento dos políticos motivo de vergonha de ser brasileiro.

Sobre a polícia, as respostas nos provocam sociologicamente: apenas 20% dos entrevistados admitiram ter recorrido à polícia em caso de violência ou de algum outro problema, mas aqui apareceu outro dado importante: 66,3% consideraram que o aumento de policiamento nas ruas contribuiria para a diminuição da criminalidade. Para combater a violência urbana, o recurso ao policiamento foi muito valorizado, mas, paradoxalmente, a polícia não foi citada como boa escolha para resolver a aflição de cada um.

Uma sociedade democrática se baseia nos princípios da liberdade de opinião, da liberdade de expressão, da dignidade física e psicológica da pessoa humana, no respeito às instituições e às leis. Uma sociedade democrática se constrói com o proposito de ter, no recurso às leis e no funcionamento das instituições, os caminhos mais confiáveis para exercitar a vida coletiva.

A cidadania está em constante construção e a educação é uma das maiores conquistas de um povo, pois, como nos lembra T. H. Marshall, a educação é um direito social que funciona como pré-requisito para a expansão dos demais direitos políticos e civis (BOMENY; MEDEIROS, 2013, p. 212).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vimos no presente artigo que os Direitos humanos representam uma forma abreviada de mencionar os direitos fundamentais da pessoa humana. Sem esses direitos, o ser humano não consegue existir ou não será capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida social e política.

Vimos que os direitos fundamentais estão divididos em, pelo menos, três gerações: a primeira geração dos direitos civis e políticos (fundamentados

na liberdade); a segunda geração seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais (baseados na igualdade) e a terceira geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente (baseados na fraternidade).

Nosso estudo teve como grande referencial teórico o pensamento de Boaventura de Sousa Santos, de forma que entendemos que os Direitos Humanos não devem ser usados com a pretensão de universalização/expansão da cultura ocidental e desconsideração das particularidades culturais e regionais de cada povo no planeta. Ou seja, não podemos ver a cultura do outro como "uma coisa só", como algo "fechado", mas pensar na diversidade cultural e no respeito ao ser humano acima de tudo.

A globalização aproxima grupos de culturas diferentes. Por isso, o conflito de culturas é inevitável, de forma que a diversidade cultural passa a ser alvo de intensos debates. Um grande desafio que se apresenta nessa nova realidade é que se pretende o igual, mas, ao mesmo tempo, exige-se o diferente. Sejam quais forem as exigências do mundo globalizado, a tolerância e o respeito ao diferente deve ser o cerne que une a comunidade global em torno de um princípio maior: o respeito e a busca da dignidade da pessoa humana.

Infelizmente, o Brasil avança devagar nessa questão e por vezes parece regredir, pois temos uma ideia errada e distorcida de Direitos Humanos. Ouvimos frases do tipo "Direitos Humanos para humanos direitos", como se direitos humanos fossem "direitos de bandidos". Tais afirmações são frutos da ignorância, já que os direitos humanos não defendem privilégios, mas o direito dos seres humanos em geral.

Finalmente, entendemos que a cidadania é um conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo. Quem não exerce a cidadania acaba excluído e fica em posição de inferioridade. Essa cidadania está em constante processo de construção, sendo um referencial de conquista da humanidade.

Destarte, a concretização dos direitos fundamentais é um pressuposto para a efetivação da cidadania. Por isso, é imprescindível um modelo de educação democrático e plural, que seja realmente engajado no desenvolvimento de uma cidadania como caminho para a construção de um povo

crítico, autônomo e consciente; pois, se o cidadão não se conscientizar da sua educação para seu pleno desenvolvimento e preparo para o exercício da cidadania, não atingiremos o fundamento da República Federativa, constante no nosso texto Constitucional (artigo 3º).

Concluimos, portanto, que a questão da democracia e da cidadania é de suma importancia para o desenvolvimento da sociedade, pois, em nossa reflexão no presente trabalho, vimos a importância do exercício da cidadania e da defesa da democracia para a efetivação dos Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Francisca Socorro. **Multiculturalidade**. Disponível em: <http://www.infoescola.com/sociologia/multiculturalidade> Acesso em: 10 jul 2016.

AVRITZER, Leonardo (coordenador). **Sociedade Civil e Democratização**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1994.

BARBA, Gregório Paces-. **Trânsito a La Modernidad y Derechos Fundamentales**. Madrid: Paperback, 1982.

BASTOS, Ronaldo. "O imperialismo dos direitos humanos e a falsidade das suas premissas". In: **Le Monde Diplomatique**. Disponível em: <http://www.diplomatique.org.br/acervo.php?id=3042>. Acesso em: 19 out 2015.

BIRNFELD, Carlos André. **Cidadania Ecológica**. Pelotas, RS: Delfos, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BOMENY Helena & MEDEIROS Bianca Freire. **Tempos Modernos, Tempos de Sociologia**. São Paulo: Editora do Brasil, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva Jurídicos, 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Moderna, 2009.

FERREIRA, Antonio Carlos Gomes. **A eficiência do Estado no mundo globalizado**. Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2017.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos – Um diálogo com o pensamento de Hannan Arendt**. São Paulo: Cia das Letras, 1988.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez Apud PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAIS, Regis de. "**Direitos humanos: uma edificação de séculos**". In: Arnaldo Lemos Filho, Sociologia Geral e do Direito. Campinas: Alínea, 2004.

PRATES, Francisco de Castilho. "**Cidadania, Poder e Exclusão So-cial**" In: Revista Jus Navigandi. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2105>. Acesso em 29 jan 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Inter-nacional**. ***São Paulo: Saraiva Jurídicos, 2012.***

SANTOS, Boaventura de Sousa "Por uma concepção multicultural de direitos humanos". In: **Os caminhos e o cosmopolitismo multicultural**. Porto: Afrontamento, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NEGLIGÊNCIA INFANTIL E DIREITOS HUMANOS: UM ESTUDO DE CASO ACERCA DA ATUAÇÃO DOS CONSELHOS TUTELARES DE SÃO LUÍS/MA NO ENFRENTAMENTO À NEGLIGÊNCIA INFANTIL

ARTENIRA DA SILVA E SILVA SAUAIA
EDITH MARIA BARBOSA RAMOS
MAÍRA LOPES DE CASTRO

1. INTRODUÇÃO

Considera-se a negligência infantil a não garantia de direitos fundamentais à crianças e adolescentes, sendo uma realidade compartilhada por diversas nações mundiais.

A realidade brasileira de proteção à infância e juventude não diverge tanto deste cenário, sendo este o foco do segundo tópico deste artigo, que visa identificar qual o tratamento dado pela legislação brasileira à negligência infantil intrafamiliar, culminando no papel atribuído aos Conselhos Tutelares, dentro da política de atendimento estabelecida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Sabe-se que o Conselho Tutelar é órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, competindo-lhe a tarefa de diligenciar as denúncias recebidas sobre negligência infantil.

Nesta perspectiva, tendo em vista que, de acordo com os dados do SIPIA (Sistema de Informações para Infância e Adolescente), as denúncias acerca da negligência infantil ocupam a liderança no ranking de denúncias sobre violações de direitos fundamentais de crianças e adolescentes no âmbito dos Conselhos Tutelares brasileiros, o presente artigo se propõe a investigar qual a estratégia de enfrentamento utilizada pelos Conselheiros Tutelares para o combate a esta violação.

Para viabilizar a execução deste estudo, optou-se por restringir a análise a dois Conselhos Tutelares situados na área urbana e habitacional da cidade de São Luís do Maranhão, aplicando-se entrevista semiestruturada aos conselheiros tutelares ali lotados, sendo esta a abordagem realizada no último tópico.

Em termos metodológicos, a pesquisa é qualitativa, valendo-se do método indutivo, e aplicando-se o estudo de casos múltiplos (Espanha/Brasil) como estratégia para o seu desenvolvimento.

2. NEGLIGÊNCIA INFANTIL INTRAFAMILIAR NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A abordagem a respeito da negligência intrafamiliar no contexto da legislação brasileira perpassa pela doutrina da situação irregular até o advento da proteção integral de crianças e adolescentes. Isso porque a violência intrafamiliar consiste em uma forma de violência que por muito tempo foi mascarada por meio das relações de poder estabelecidas entre pai e filhos, sendo necessária a análise a partir de três núcleos: família, poder e violência.

O Código de Menores de 1979 tinha por fundamento a doutrina da situação irregular, que tinha como alvo uma determinada categoria de crianças e adolescentes, especificamente, aqueles que se encontravam em situação irregular, motivo pelo qual faziam jus a tutela estatal. Entretanto, esta tutela era pautada na discriminação e objetificação desta criança (VERONESE, 2015, p.32).

A doutrina da situação irregular, dotada de caráter filantrópico e assistencial, tomava como destinatário das normas institucionais os "menores", que para o ordenamento eram incapazes, sem voz ativa, verdadeiros objetos a serem tutelados pelo Estado, mesmo que isso implicasse na supressão de garantias fundamentais (MACIEL, 2015, p. 47).

Somente na Constituição Federal de 1988 fica estabelecida a doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes, que prevê absoluta prioridade, conforme previsto no artigo 227, que preconiza:

> É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, **com absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A Constituição Federal rompe assim com o paradigma menorista incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Código de Menores em 1979, inaugurando a doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes, em substituição à doutrina da situação irregular.

A doutrina da proteção integral, com caráter de política pública, reconhece as crianças e adolescentes a condição de sujeitos em desenvolvimento, titulares de direitos subjetivos. Por este modelo, família, sociedade e Estados são partícipes e cogestores do sistema de garantias infanto-juvenil (MACIEL, 2015, p. 51).

Nesta mesma esteira, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069 de 1990), põe crianças e adolescentes a salvo de qualquer forma de "negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punindo na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais" (art. 5º).

Instituindo inclusive a necessidade de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, no sentido de prestar serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão (nos termos dos art. 86, e 87, III do Estatuto).

No entanto, em que pese a negligência ser expressamente vedada no corpo do ordenamento jurídico pátrio, ela ocupa a liderança no ranking de denúncias sobre violações de direitos fundamentais de crianças e adolescentes. De acordo com dados do SIPIA (Sistema de Informações para Infância e Adolescente), no ano de 2017, dos 32.372 casos de afronta a convivência familiar e comunitária, 15.301 versavam sobre violações à dignidade e negligência familiar.

A negligência infantil decorre de uma expressa dinâmica de poder/afeto, pautada em relações de subordinação e dominação. Ainda que a

história da família moderna se desloque da organização hierárquica da família, para a organização igualitária, ainda há muitos resquícios de uma doutrina de objetificação da criança e do adolescente: "A violência intrafamiliar é construída em um cenário de relações assimétricas de poder entre as gerações e os gêneros" (MOREIRA; SOUZA, 2012, p.17-18).

Sendo a negligência infantil a omissão de todo tipo de cuidados necessários ao bem-estar da criança ou do adolescente (RUSSO; DANTAS; NOGUEIRA; TRINDADE, 2014, p.70), está caracterizada uma espécie de violência intrafamiliar, vez que se trata de "toda ação ou omissão que prejudica o bem-estar, a integridade física, psicológica ou a liberdade e o direito ao pleno desenvolvimento de outro membro da família" (MOREIRA; SOUZA, 2012, p.15).

No que concerne à natureza das violências, "as negligências abandonos e privação de cuidados são formas de violência caracterizadas pela ausência, recusa ou a deserção do atendimento necessário a alguém que deveria receber atenção e cuidados" (MINAYO, 2009, p.39).

Tratando-se de violência intrafamiliar duas características logo se destacam: "se trata de uma violência interpessoal perpetrada, no caso das crianças e adolescentes, por pessoas investidas de função parental", e ainda, "é uma violência cuja prática não se restringe ao espaço doméstico", podendo ser cometida também em espaços públicos (MOREIRA; SOUZA, 2012, p.15).

Violência não é um problema médico típico, mas sim um problema social que acompanha todo o desenvolvimento da humanidade. Apesar de não ser tipicamente médico, a violência afeta diretamente a saúde, seja provocando mortes, lesões, traumas físicos e psicológicos, seja diminuindo a qualidade de vida de pessoas e coletivas (MINAYO, 2009, p.22).

Em 2002, a Organização Mundial de Saúde divulgou o Relatório mundial sobre violência e saúde, no qual define violência como o "uso intencional da força física ou do poder, real ou em ameaça, contra si próprio, contra outra pessoa, ou contra um grupo ou uma comunidade, que resulte ou tenha grande possibilidade de resultar em lesão, morte, dano psicológico, deficiência de desenvolvimento ou privação" (KRUG et al., 2002, p. 5).

Enquanto uso intencional de poder, é plenamente possível qualificar a negligência e demais atos de omissão como violência, cobrindo esta

definição inclusive o dano psicológico, a privação e a deficiência de desenvolvimento. A tendência mundial tem sido no sentido de não restringir a violência aos casos de lesões, invalidez e mortes, tendo em vista que tal compreensão limitaria o impacto da violência sobre as pessoas, as comunidades e a sociedade como um todo (KRUG et al., 2002, p. 5).

Para enfrentamento da negligência infantil intrafamiliar a primeira desconstrução que deve ser operada é a da família enquanto *locus* de paz, amor e união. Neste sentido, para entender a violência intrafamiliar, é necessário compreender que a família "embora esteja ligada no imaginário social a tudo o que é belo e bom, na sua concretude cotidiana é um simulacro da realidade, sendo perpassada por conflitos, contradições e antagonismos" (RUSSO; DANTAS; NOGUEIRA; TRINDADE, 2014, p.70).

Portanto, a família pode sim ser palco de violações de direitos, principalmente daqueles marcados por um percurso histórico de vulnerabilidades: as crianças e adolescentes.

Outra desconstrução de extrema relevância no âmbito do enfrentamento da negligência infantil intrafamiliar diz respeito a possibilidade de a condição de pobreza eliminar a responsabilidade dos genitores pelas violências perpetradas. Isto porque as famílias expostas à situação de pobreza não devem ser vistas como incapazes de cuidar de seus filhos; e nem sempre são as condições de pobreza que determinam o descaso físico ou emocional imputado à crianças e adolescentes (RUSSO; DANTAS; NOGUEIRA; TRINDADE, 2014, p.78).

Na mesma linha de raciocínio, não se pode vincular a prática de violência a relação de pobreza, posto que, como afirma Minayo (2009, p.24): "pobreza não é sinônimo de violência", posto que, fosse assim, os bairros brasileiros mais pobres viveriam em pé de guerra.

Evidente que estas famílias podem ser vulneráveis socialmente, não tendo acesso a espaços institucionais e comunitários, tais como creches e escolas, ou ainda, vulneráveis economicamente, vivendo sem nenhuma fonte de renda, compondo as estatísticas do desemprego, ou mesmo, que estes pais não tenham experimentado uma fragilização das suas posições de autoridade e de referência frente aos seus filhos, sendo vulneráveis simbolicamente. Os contextos de vulnerabilidade social, econômica e simbólica

influem no estabelecimento de relações violentas, mas não podem ser tomadas como causas únicas ou determinantes (MOREIRA; SOUSA, 2012, p.17).

A violência intrafamiliar no Brasil tem suas raízes em algumas crenças, tais como: que o homem é chefe da família; que a criança para ser educada precisa ser castigada e punida pelo pai ou mãe ou seus substitutos; que a mulher é domínio e posse do homem; que os idosos não produzem mais bens e serviços materiais e são inúteis, pesos mortos e descartáveis (MINAYO, 2009, p.35). Logo, o enfrentamento da negligência infantil perpassa inevitavelmente pelo falseamento e desconstrução desses pressupostos.

Foi justamente com o objetivo de garantir a defesa dos direitos de crianças e adolescentes que o Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceu uma política de atendimento que "far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios" (artigo 86, Estatuto da Criança e do Adolescente).

Cabendo, portanto, a todos os entes da federação e da sociedade a execução de: políticas sociais básicas, voltadas à assistência social, além de serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão ou qualquer outra violação de direito; serviço de identificação e localização de pais, responsável, crianças e adolescentes desaparecidos; proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente; políticas e programas destinados a manutenção do convívio familiar; campanhas de estímulo ao acolhimento e à adoção, conforme teor do artigo 87 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Para viabilizar a execução dessas políticas de atendimento, foram estabelecidas diretrizes, dentre as quais se destaca a municipalização do atendimento e a integração operacional de órgãos do Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública e Conselho Tutelar. De maneira mais específica, dos órgãos da rede de atendimento à criança e adolescente, nos interessa de maneira mais direta: o Conselho Tutelar.

O Conselho Tutelar "é órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade para zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, definidos nesta lei", conforme teor do artigo 131 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Retira-se desta definição três características essenciais à atuação do Conselho Tutelar: a permanência, a autonomia e o não exercício de jurisdição. Dessa forma, ao ser criado, o Conselho Tutelar não se extingue com o fim do mandato dos seus componentes, sendo constantemente renovado. Noutro aspecto, quanto a sua autonomia funcional, este órgão não é subordinado a qualquer outro órgão do Poder Público, limitando a sua atuação apenas em razão da legislação pátria. Por fim, no que concerne ao não exercício da jurisdição, coube ao Conselho Tutelar a natureza administrativa, não sendo possível que este órgão aprecie ou julgue qualquer interesse de conflitos em caráter de definitividade (MACIEL, 2015, p. 490-491).

Composto por cinco Conselheiros Tutelares, eleitos pela comunidade para exercício de mandato de quatro anos (passível de recondução), cabe ao Conselho Tutelar zelar pela proteção integral de crianças e adolescentes, sendo possível para tanto, valer-se das atribuições previstas no artigo 136 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Logo, é possível que o Conselho Tutelar, diante de uma ameaça ou violação de direitos de crianças e adolescentes, seja esta decorrente de ação ou omissão da sociedade ou Estado; ou mesmo, por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável, ou quiçá em razão da conduta da própria criança/adolescente, aplique as medidas de proteção previstas no artigo 101, incisos I a VII do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Isto significa que há possibilidade do Conselho Tutelar encaminhar esta criança/adolescente aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; realizar orientação, apoio e acompanhamento temporários; encaminha-los para matrícula e frequência obrigatória em estabelecimento oficial de ensino fundamental; inclui-los em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; incluí-los em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente; requerer tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; incluí-los em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; ou até mesmo encaminhá-los para o acolhimento institucional.

Fica vedado ao Conselho, em razão de sua não atuação em jurisdição,

incluir crianças e adolescente em programa de acolhimento familiar, bem como de colocá-los em família substituta, isto porque "o afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar é de competência exclusiva da autoridade judiciária e importará na deflagração, a pedido do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse, de procedimento judicial contencioso, no qual se garanta aos pais ou ao responsável legal o exercício do contraditório e da ampla defesa" (§2º, artigo 101, ECA).

Deve ainda, o Conselho Tutelar aplicar em paralelo as medidas de proteção, as medidas específicas destinadas aos pais e responsáveis. Nessa situação, sendo necessário, pode o Conselho: encaminhá-los a serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família; incluí-los em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; encaminha-los a tratamento psicológico ou psiquiátrico; encaminha-los a cursos ou programas de orientação; determinar a obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar; determinar a obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado; submetê-los à advertência (artigo 129, incisos I a VII, ECA).

Fica igualmente vedado ao conselho, pelas mesmas razões expostas acima, estabelecer a perda da guarda, a destituição da tutela, ou mesmo a suspensão ou destituição do poder familiar desses pais e responsáveis, sendo esta uma atribuição de competência jurisdicional.

Para viabilizar a execução de suas decisões, pode o Conselho Tutelar "requisitar serviços públicos nas áreas de saúde, educação, serviço social, previdência, trabalho e segurança, bem assim representar junto à autoridade judiciária nos casos de descumprimento injustificado de suas deliberações". Pontua-se ainda que o descumprimento da requisição do Conselho Tutelar pode caracterizar o crime de desobediência, conforme teor do art.330 do Código Penal (MACIEL, 2015, p. 521).

3. A ATUAÇÃO DOS CONSELHOS TUTELARES DE SÃO LUÍS/MA NO ENFRENTAMENTO À NEGLIGÊNCIA INFANTIL

Os Conselhos Tutelares de São Luís/MA são divididos em 10 áreas, sendo estas: Cohab/Cohatrac, Anil/Bequimão, São Francisco/Cohama, Itaqui-Bacanga, Coroadinho/João Paulo, Centro/Alemanha, São Cristóvão/São Raimundo, Vila Luizão/Turu, Zona Rural e Cidade Operária/Cidade Olímpica. Todos os Conselhos estão vinculados ao Poder Executivo, representado pela Prefeitura de São Luís por meio da Secretaria Municipal da Criança e Assistência Social (SEMCAS). Atualmente, São Luís conta com 50 conselheiros tutelares titulares, e 100 suplentes.

Para viabilizar a análise da atuação dos Conselhos Tutelares de São Luís/MA no enfrentamento à negligência infantil foram selecionados dois Conselhos Tutelares, situados em áreas residenciais urbanas da cidade de São Luís do Maranhão, que, para fins científicos, far-se-á referência aos mesmos enquanto Conselho Tutelar A, e Conselho Tutelar B.

O estudo da atuação do conselho, dividiu-se deu-se por meio de entrevista realizada com os conselheiros tutelares lotados nas respectivas unidades. A entrevista aplicada junto aos conselheiros tutelares foi composta por quatro blocos de questões, sendo estes: a) O que caracteriza a negligência infantil? b) Quantas denúncias sobre negligência infantil foram recebidas no ano de 2017 por este Conselho? c) Recebida a denúncia acerca da prática de negligência infantil, como este Conselho Tutelar atua? Quais as medidas aplicadas por este Conselho aos pais ou responsáveis por estas crianças e adolescentes alvos de negligência? d) Você tem conhecimento de algum (a) programa/política/campanha de enfrentamento a negligência infantil realizada no município de São Luís/MA?

No Conselho Tutelar A, foram entrevistados três dos cinco Conselheiros lotados ali, em razão da indisponibilidade de horários de dois conselheiros para atender-nos. Quanto ao Conselho Tutelar B, foram entrevistados os cinco conselheiros tutelares que lá atuam.

3.1 A ÁRDUA TAREFA DE "ENXUGAR GELO" ATRIBUÍDA AOS CONSELHEIROS TUTELARES DE SÃO LUÍS/MA

Conforme definição popular, a expressão "enxugar gelo" é utilizada quando alguém faz questão de insistir em algo inútil, algo que não vale a pena ou que não compensa devido a sua inviabilidade. "Enxugar gelo" é tarefa impossível, é o mesmo que tentar dar nó em pingo d'água.

O que por ora pode parecer desconexo com o tema tratado até aqui, ganha expressão na voz do Conselheiro Tutelar, lotado no Conselho Tutelar B, que ao ser questionado sobre a atuação do Conselho Tutelar e acerca das possíveis medidas a serem aplicadas aos pais e responsáveis nos casos de negligência infantil, não teve dúvidas ao comparar sua atividade com a de quem "enxuga gelo":

> A gente dá uma advertência e encaminha para o Ministério Público decidir! Porque nós, não somos nós que acolhemos...não somos nós que decidimos a vida daquela criança...mas não acontece nada...não acontece nada, e aí quando é caso de negligência por abandono escolar, que a criança tá com déficit de aprendizagem, a gente manda pro CREAS, pro CRAS, pra fazer aquele acompanhamento... tem pai e mãe que na maioria das vezes são pobres...que não tem nem condição de pagar uma passagem, não fazem o acompanhamento completo...e fica por isso mesmo...não termina, não finaliza o atendimento... o acompanhamento psicológico e social...***e aí a gente fica trabalhando enxugando gelo...entendeu? Enxuga gelo mesmo... a gente consegue resolver conflito familiar que na maioria das vezes são os adultos, não são as crianças... a gente consegue requisitar uma vaga escolar...a gente consegue requisitar hospital, mas a gente resolve só essas coisas...entendeu? Mas assim a questão de doutrina, daquele pai, daquela coisa de que ele errou e vai continuar errando...a gente não pode fazer nada...entendeu?***

No entanto, não se pretende aqui pular etapas, em um primeiro momento crer-se necessário deter-nos na definição dada à negligência infantil

pelos conselheiros tutelares entrevistados.

Dos oito conselheiros tutelares entrevistados, quatro apresentaram definições concretas acerca da negligência, escapando da mera exemplificação de casos, definiram-na como: "o descuido que os pais tem"; "quando eles (os pais) deixam de oferecer esses pontos básicos que o ser humano precisa para sobrevivência...deixou de oferecer, já está caracterizado a negligência"; "baseado aqui no nosso Estatuto que é o ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente, é quando o responsável pela criança ele deixa de cooperar naquilo que se diz respeito e que é direito da criança"; "a negligência ela é toda responsabilidade, aliás a não responsabilidade dos pais em relação as crianças".

Assim, restou evidenciado através dos exemplos elencados pelos Conselheiros e pelas definições apresentadas que o conceito de negligência infantil adotado pelos Conselhos Tutelares estudados consiste na omissão de cuidados dos genitores ou demais responsáveis, frente aos seus filhos, deixando de promover sua educação, saúde, lazer, segurança, dentre outros direitos constitucionalmente atribuídos a crianças e adolescentes. Assim, negligência significa a omissão dos pais em prover as necessidades básicas para o desenvolvimento do filho (MACIEL, 2015, p.218).

Quanto ao controle das denúncias recebidas acerca da negligência infantil no âmbito dos Conselhos Tutelares A e B no ano de 2017, a resposta obtida pela integralidade dos conselheiros foi pela inexistência de um sistema operacional que possibilite o controle homogêneo destes dados, sendo de responsabilidade de cada conselheiro optar pela forma de controle de dados que melhor lhe convir. Ao contrário do que já ocorre em outros Estados, o Maranhão ainda não conta com o SIPIA – Sistema de Informações para Infância e Adolescência, módulo para Conselheiros Tutelares. Nas palavras do Conselheiro: "na verdade o governo federal ofereceu um programa chamado SIPIA e ele nunca saiu do oferecimento, ele nunca foi levado de fato a funcionar né?".

Apesar da inexistência de dados sistematizados acerca da demanda recebida pelos Conselhos no ano de 2017, 50% dos conselheiros entrevistados afirmam que as denúncias acerca da negligência representam a maioria da demanda que ingressou neste período.

Desta constatação acerca das demandas do Conselho Tutelar como um todo, decorre outra situação também apontada pelos conselheiros entrevistados: a negligência infantil, em uma expressiva maioria de casos, tem como pano de fundo, a desestrutura familiar. São os casos de famílias que vivenciam o desmembramento do núcleo familiar por meio de um divórcio, ou que estão envolvidas em situações de drogadição, ou mesmo de miséria em razão da condição de desemprego. Famílias que são compostas por jovens que vivenciam uma gravidez precoce, que não tiveram acesso a formação intelectual, e que, muitas vezes sequer possuem identificação civil.

Esta, no entanto, não é uma constatação restrita a realidade ludovicense, senão mundial. De acordo com o "Relatório mundial sobre violência e saúde", "estudos realizados em Bangladesh, Colômbia, Itália, Quênia, Reino Unido, Suécia e Tailândia revelaram ainda que o baixo nível educacional e a falta de renda para atender às necessidades família aumentam o potencial de violência física em relação às crianças", e ainda, na Palestina, "a falta de dinheiro para atender às necessidades das crianças foi uma das principais razões apresentadas pelos pais para abusarem psicologicamente de seus filhos" (KRUG et al., 2002, p.67).

No que tange aos procedimentos adotados quando do recebimento das denúncias acerca da negligência infantil, é possível identificar na fala dos conselheiros que os procedimentos mais corriqueiros consistem na: a) notificação dos pais e responsáveis para que compareçam ao Conselho Tutelar; b) a visita *in locu* para averiguação da denúncia; c) o encaminhamento da demanda para acompanhamento junto ao Centro de Referência de Assistência Social (CRAS) e ao Centro de Referência Especializado em Assistência Social (CREAS); c) o encaminhamento da demanda a Delegacia de Proteção à Criança e Adolescente - DPCA; d) o encaminhamento da demanda para promotoria; e) a requisição de serviços (à exemplo de vagas escolares, procedimentos médico-hospitalares, dentre outros); f) a retirada da criança da situação de risco/vulnerabilidade, e a busca de família extensa.

Consiste em um denominador comum também na fala dos conselheiros a ausência de uma rede articulada em defesa dos direitos das crianças e adolescentes, entendem que estão de mãos atadas, uma vez que enfatizam:

"nem o Ministério Público trabalha junto com a gente, assim como o Fórum não trabalha junto com a gente", e ainda, "a nossa política voltada para o direito da criança e do adolescente eu falo que nível capital, aqui em São Luís, eu acho muito pouco, muito fragilizado, a gente não vê essa política fortalecida, até mesmo a câmara dos vereadores, que o Conselho Tutelar de alguma forma é regido pelo governo municipal, nós não temos".

Em que pese a iniciativa legislativa no âmbito municipal e estadual não priorizar a proteção da infância e juventude, não se pode eximir o Conselho Tutelar de sua atribuição de, "assessorar o Poder Executivo local na elaboração da proposta orçamentária para planos e programas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente" (artigo 136, inciso IX, Estatuto de Criança e do Adolescente), bem como de "promover e incentivar, na comunidade e nos grupos profissionais, ações de divulgação e treinamento para o reconhecimento de sintomas de maus-tratos em crianças e adolescentes" (artigo 136, inciso XII, Estatuto da Criança e do Adolescente).

Isto porque, dentre os órgãos que integram a rede de atendimento, é o Conselho o mais indicado a apontar as falhas e omissões na política de atendimento, vez que possui papel de porta de entrada das denúncias, sendo, na maioria das vezes, o primeiro a recebê-las, e redireciona-las (MACIEL, 2015, p.524).

Importa mencionar ainda que, para além das ferramentas corriqueiramente utilizadas pelos Conselhos Tutelares de São Luís/MA, podem, os mesmos, por atribuição estatutária, representar junto à autoridade judiciária nos casos de descumprimento injustificado de suas deliberações.

Minimizar a potencialidade da negligência infantil é desconsiderar a condição de sujeito em desenvolvimento desta criança ou adolescente, é revitimizá-la e violenta-la institucionalmente, impondo-a a condição de objeto e propriedade típica da doutrina menorista da situação irregular.

É importante ressaltar que, de acordo com o Relatório Mundial sobre violência e saúde (2002), "existem evidências de que a maior parte das doenças encontradas nos adultos estão relacionadas a experiências de abuso durante a infância" (KRUG et al., 2002, p.69). Portanto, por mais invisibilizados que possam ser os efeitos da negligência infantil, principalmente daquela decorrida em âmbito intrafamiliar, não se pode olvidar que eles

têm repercussão nefastas, e sentidas à longo prazo.

Considerando que a municipalização é uma das diretrizes da política de atendimento e proteção à criança e adolescente, compete ao Conselho Tutelar a missão de filtrar e estabelecer estratégias de enfrentamento dos casos de negligência infantil denunciados, optando sempre pela via que permita o desenvolvimento saudável e integro da criança e do adolescente.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, e tomando por base a realidade dos Conselhos Tutelares de São Luís/MA, podem-se extrair as seguintes conclusões:

A negligência infantil é uma realidade compartilhada mundialmente, e de maneira específica, a proteção à infância e a juventude não é prioridade para o Poder Público brasileiro

Resta evidenciada a necessidade de fortalecimento da rede de proteção à criança e ao adolescente no âmbito do município de São Luís, conforme teor do artigo 88, inciso VI do Estatuto da Criança e do Adolescente. Contrariamente ao antagonismo existente entre órgãos judiciais e órgãos assistenciais, devem ser instauradas práticas e atuações conjuntas dos Conselhos Tutelares, CRAS, CREAS, Ministério Público, Poder Judiciário, Defensoria Pública, e todos os demais órgãos vinculados à garantia de direitos de crianças e adolescentes.

Na mesma linha de pensamento, cabe ao Conselho Tutelar fortalecer sua participação político democrática, no sentido de indicar os caminhos de investimento ao Poder Executivo, e quiçá ao Legislativo; sendo necessário para tanto a realização de Fóruns, Assembleias Públicas, Elaboração de Propostas Orçamentárias e Projetos de Lei, junto aos respectivos poderes competentes.

A negligência é violência e deve ser combatida como tal, não deve o Conselheiro Tutelar optar pela manutenção de uma criança ou adolescente em um ambiente de violação, pelo simples fato de lá estarem presentes seus genitores. Fosse isso, retornar-se-ia a doutrina da situação irregular, onde a criança era vista como propriedade dos genitores, sem levar em consideração sua condição de sujeito detentor de garantias constitucionais.

Ademais, na análise da prática negligente, verificou-se que o Conselho Tutelar deve considerar a realidade socioeconômico daquele núcleo familiar, sem, no entanto, considera-lo com fator determinante na ocorrência da violação, afinal de contas, não nos parece demais frisar que nem toda família pobre é negligente com seus filhos.

Neste mesmo viés, defende-se a responsabilização solidária de pais e mães pela prática de negligência infantil, ainda que se trate de guarda unilateral estabelecida em favor de um dos genitores. Isto porque, no que pesa a guarda seja unilateral, compete ao outro genitor o dever de vigilância e convivência familiar com esta criança/adolescente, não devendo utilizar-se deste argumento para negligenciar cuidados e atenção ao sadio desenvolvimento do filho. Portanto, ainda que as estatísticas apontem as mães como principais violadoras de direitos dessas crianças e adolescentes, é importante considerar a realidade brasileira no que tange a atribuição de competências parentais.

Justamente em razão desse cenário de atribuição de competências parentais pautada na desigualdade de gêneros, faz-se necessário o fortalecimento do combate à negligência infantil, desenvolvendo intervenções de cunho preventivo, tais como oficinas de parentalidade para conscientização e retomada de responsabilidades parentais.

Assim, a atuação do Conselho Tutelar deve abarcar o núcleo familiar como uma totalidade, traçando estratégias de enfrentamento da negligência junto aos genitores ou responsáveis que as praticam; junto ás crianças e adolescentes que a sofrem de forma direta; bem como junto aos irmãos e demais familiares que ás presenciam e quiçá, as reproduzem.

Inclusive, existem iniciativas de âmbito internacional que tratam de adultos que foram vítimas de violações não denunciadas durante a infância, e que, em razão do silêncio velado, não tiveram oportunidade de ter suas consequências minimizadas. No entanto, ao abarcar esta realidade, ainda que tardiamente, estas políticas públicas evitam a reprodução condutas negligentes, como mero mecanismo de vingança pessoal.

Por fim, tomando por base as iniciativas acima enumeradas, crer-se na utilização da mediação de conflitos como ferramenta válida para restabelecer conexões fragilizadas pelas práticas negligentes, neste sentido, pode o Conselho Tutelar adotar esta prática no intuito de fortalecer os vínculos parentais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990.

KRUG, E. G. et al. (Org.). **Relatório mundial sobre violência e saúde**. Geneva: Organização Mundial da Saúde, 2002.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MINAYO, M. C. S. Conceitos, teorias e tipologias de violências: a violência faz mal à saúde individual e coletiva. In: NJAINE, K.; ASSIS, S. G. & CONSTANTINO, P. (Orgs.). **Impactos da Violência sobre a Saúde**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2009. Disponível em: http://www1.londrina.pr.gov.br/dados/images/stories/Storage/sec_mulher/capacitacao_rede%20/modulo_2/205631-conceitos_teorias_tipologias_violencia.pdf. Acesso em: 15 de fevereiro de 2018.

RUSSO, Gláucia; DANTAS, Juliana; NOGUEIRA, Jéssica; TRINDADE, Hiago. **Da omissão denunciada**: negligência intrafamiliar contra crianças e adolescentes no Creas/Mossoró-RN. In: Revista Ser Social. V. 16, n.34, p.65-90. Universidade de Brasília: 2014.

VÉLEZ, Maria Isabel Álvarez. La protección a la infância en España. In: BIOSCA, Salomé Adroher; FERNANDEZ, Fernando Vidal. **Infancia en España**: nuevos desafios sociales, nuevas respuestas jurídicas. La Universidade Pontificia Comillas: Madrid, 2009. p.73-91.

VERONESE, Josiane Rose Petry. O Estatuto da Criança e do Adolescente: um novo paradigma. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: 25 anos de desafios e conquistas. Saraiva: São Paulo, 2015. p. 21-40.

DIREITOS HUMANOS NO CONTEXTO DE EXPLORAÇÃO CAPITALISTA: RETÓRICA SEM VIRTUDE É NARRATIVA VAZIA

CARLOS AUGUSTO DE OLIVEIRA DINIZ

1. INTRODUÇÃO

Este artigo procura analisar a maneira com a qual a exploração capitalista é capaz de promover destruição ambiental com o único escopo de conquistar, manter, e aumentar as taxas de lucro daqueles que dentro da ordem capitalista são os possuidores dos meios de produção, ressalte-se, a terra, a indústria, ou as instituições financeiras.

Para tanto usamos o método dedutivo, ou seja, partimos de uma abordagem geral para se chegar ao específico, que no caso em tela é o Brasil, mormente em três exemplos de catástrofes ambientais ocorridas em nosso território.

A metodologia se funda em revisão bibliográfica e com apoio de artigos jornalísticos utilizados para trazer e apresentar os casos de destruição ambiental. O objetivo geral é analisar impactos ecológicos causados pela exploração capitalista e objetivo específico é esclarecer que os argumentos utilizados por quem defende o modo de exploração capitalista se mostram inócuos na medida em que são confrontados com fatos reais de destruição ambiental.

Dessa forma, o desenvolvimento do texto foi estruturado nos seguintes tópicos, "*Discutir Direitos"* onde se abordou o conceito de direitos e as distorções promovidas pela sociedade capitalista; o segundo tópico foi nominado "*Capitalismo versus Humanidade: Brasil"* em que apresentamos três

casos de ultraje a direitos humanos ocorridos devido a danos ambientais decorrentes da exploração predatória.

Por último discutimos *"Argumentação e Virtude"* em que analisamos a necessidade de construir um argumento fundado em questões concretas para que se evite um debate inócuo, pois não traz em si a virtude. Ao final chegamos a uma conclusão que poderá se analisada pelo leitor do presente trabalho.

2. DISCUTIR DIREITOS

Para tratar da questão ambiental é necessário falar em Direitos Coletivos Novos, também denominados direitos difusos. Tais direitos passam a ser garantidos no século XX principalmente após a 2ª Guerra Mundial. Como exemplo cite-se os direitos ao ambiente saudável, os direitos do consumidor, os direitos de solidariedade tais como o desenvolvimento econômico e a paz (DIMOULIS; MARTINS, 2008).

Na lição de Hugo Nigro Mazzilli o direito a um ambiente saudável, ou equilibrado, pode também ser definido como um interesse difuso, um direito difuso, também chamado por outras de Direitos Coletivos Novos, ou seja,

> "são interesses ou direitos 'transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato'. Os interesses difusos compreendem grupos menos determinados de pessoas (melhor do que pessoas indeterminadas, são antes pessoas indetermináveis), entre as quais inexiste vínculo jurídico ou fático preciso. São como um feixe ou conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhados por pessoas indetermináveis, que se encontrem unidas por circunstâncias de fato conexas. (MAZZILLI, 2011, p. 53).

Apesar de o equilíbrio ambiental ser direito de todos os cidadãos é fundamental que se pondere a relação existente entre direito e propriedade,

que atualmente não poder ser alcançada por todos, e a responsabilidade que decorre deste direito, qual seja, a função social da propriedade.

Neste particular os argumentos precisam ser posicionados em cada um dos polos envolvidos, ou seja, o argumento de proprietário será um e o dos não proprietários outro. O direito envolve um processo complexo que necessariamente envolve uma postura ativa (proprietário) e uma negativa (não proprietário) em que estes respeitam o direito de propriedade daquele.

No sistema capitalista a discussão de direitos humanos não pode ser dissociada da estrutura econômica, pois absolutamente todos os seres humanos neste sistema ou são proprietários (minoria) ou não proprietários. Avançando é importante pontuar que os não proprietários por não terem o controle dos meios de produção (terra, indústria, bancos) precisam vender sua força de trabalho para sobreviver.

Ocorre, que a complexidade, ou perversidade, deste modo de produção está na capacidade despudorada de precificar, ou financeirizar, todas as relações humanas. Conduzindo-nos ao momento atual em que tudo possa ser economicamente valorado. Isso gera uma distorção, pois apesar da Declaração Universal garanti-los a toda humanidade a estrutura econômica fez com que os direitos humanos também se tornem uma espécie de produto consumível apenas por aqueles que dispõem de capacidade econômica, capacidade esta que é possibilitada a uma minoria que são os proprietários.

Portanto, sabendo que a propriedade só existe porque a maioria adota postura negativa frente ao direito, ou seja, optam por respeitar o direito do proprietário, percebemos que os direitos humanos respeitados são aqueles que interessam a uma minoria de proprietários.

A isso damos o nome de argumentação inócua, vazia se sentido, pois o argumento daqueles que defendem a liberdade, igualdade, propriedade sem possuir elementos ***verdadeiros*** no sentido de se sustentarem faticamente e não apenas como ideia esvazia o discurso do proprietário, pois o afasta da virtude fazendo da discussão de direitos humanos um mero jogo de argumentação.

Porém, para fazer com que a Declaração Universal não caia nesta armadilha é fundamental trazer elementos reais, concretos, para o argumento

dos não proprietários e com isso trazer virtude para a argumentação, pois o capitalismo não quer um debate fundado na virtude/verdade, pois neste caso a estrutura que preserva o direito do proprietário sucumbiria.

3. CAPITALISMO *VERSUS* HUMANIDADE: BRASIL

Existem vários exemplos de devastação ambiental motivada pela sanha exploradora do capitalismo, porém escolhemos três exemplos para análise neste artigo. O primeiro liga-se a floresta amazônica. Trata-se do conflito entre a sustentabilidade da construção da Usina de Belo Monte devido aos impactos sobre populações indígenas

> A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA), convocou uma audiência fechada para tratar do conflito entre governo brasileiro e comunidades tradicionais por causa da construção da Usina de Belo Monte, no Pará. A audiência está marcada para a próxima quarta-feira (26), em Washington (EUA). A reunião contará com a presença de lideranças das comunidades atingidas com a obra no município de Altamira (PA) e integrantes das entidades de direitos humanos que subscrevem as denúncias de violações de direitos na área afetada. O assunto está sendo tratado pelo Ministério de Relações Exteriores (MRE). O Itamaraty informou que ainda não decidiu se vai mandar um representante do governo a Washington para a audiência. A construção de Belo Monte é uma das prioridades do governo na área de geração de energia na Região Norte, mas a obra é cercada de polêmica. O governo anunciou que não abre mão da construção da usina, que será a maior hidrelétrica totalmente brasileira (levando em conta que a Usina de Itaipu é binacional) e a terceira maior do mundo. A usina terá capacidade instalada de 11,2 mil megawatts de potência e reservatório com área de 516 quilômetros quadrados. Até o momento, o empreendimento tem apenas uma licença parcial do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) para iniciar o canteiro de obras.

> As comunidades indígenas e as populações ribeirinhas da região de Volta Grande do Xingu acusam o governo de não ouvi-las devidamente antes do processo de licenciamento. A convocação da reunião foi decidida pela comissão depois que as explicações apresentadas pelo governo, em abril deste ano, foram contestadas pelos representantes das comunidades. Todo processo se refere à medida cautelar emitida pela comissão, exigindo realização de audiência com os índios e a tradução para a língua indígena dos estudos de impacto ambiental, entre outras medidas. As denúncias de desrespeito aos direitos dos índios foi encaminhada em novembro de 2010, por entidades como o Movimento Xingu Vivo Para Sempre, a Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira (Coiab), a Prelazia do Xingu, o Conselho Indígena Missionário (Cimi), a Sociedade Paraense de Defesa dos Direitos Humanos, Justiça Global e Associação Interamericana para a Defesa do Ambiente (Aida). (LIMA, 2011, sp).

Importante essa discussão sobre a sustentabilidade deste tipo de empreendimento, pois aparentemente trata-se de uma fonte de energia limpa da qual o Brasil tem se servindo a muito tempo, não se pode negar que o energia produzida pelas usinas hidrelétricas é uma das principais fontes de nossa matriz energética.

Aparentemente pode-se dizer que se trata de uma fonte limpa, mas não seria uma forma de encobrir a nossa falta de domínio de outras tecnologias como a energia nuclear, que logicamente tem seus impactos, mas o fato é que não podemos medir tais impactos porque no Brasil não se domina tal tecnologia a ponto de explorar seu potencial energético.

Esta análise pode nos indicar um problema cultural que se relaciona muito mais com o nosso atraso tecnológico do que propriamente como os perigos da utilização da energia nuclear, afinal, um país que pouco investe em tecnologia se comparado com outros Estados não pode realmente ter condições de dominar tal tecnologia, e por isso pode ser comum utilizar o discurso de que a energia nuclear é uma fonte perigosa, insustentável, etc.

A conjuntura pode ficar ainda mais complexa se pensarmos que a utilização de tal fonte de energia poderia, por exemplo, preservar as áreas

indígenas citadas. Áreas que se não fossem importantes não teriam levado a discussão até a Organização dos Estados Americanos. Ademais, não se deve esquecer de todo um lobby que é feito com os governos para que se façam grandes obras de infraestrutura e isso é feito sem se pensar nos impactos.

O segundo exemplo ocorre no estado de Mato Grosso do Sul conhecido por possuir uma das maiores populações indígenas do Brasil e paralelamente também ser um estado produtor de grãos e proteína animal. Estas características fazem com que o Mato Grosso do Sul seja palco de disputas entre índios e fazendeiros. Disputas que ganharam projeção nacional.

Nesta linha a Justiça Federal se abrigada a atuar no conflito como no caso em que determinou que os indígenas da tribo Kadiwéu desocupassem uma área de aproximadamente 160 mil hectares de terra indígena demarcada em 1900 e homologada em 1984. Tal área fica no município de Porto Murtinho (SPOSATI, 2013, s/p).

A área em questão fora completamente invadida por pecuaristas, até que em Abril de 2012 os indígenas iniciaram processo de reocupação destas áreas. Porém, uma decisão da Justiça Federal concedeu liminar aos fazendeiros determinando a desocupação do território (SPOSATI, 2013, s/p).

O processo de demarcação do território dos Kadiwéu foi finalizado pelo governo federal em 1984. No mesmo ano os pecuaristas, que se encontravam dentro dos limites da TI, ajuizaram ação para discutir a nulidade da referida demarcação. De um total de 585 mil hectares, entrou em litígio 155 mil - registradas em nome da União, de usufruto exclusivo dos indígenas, mas ocupados por cerca de 120 fazendas de gado (SPOSATI, 2013, s/p).

No ano de 1987 a demanda chegou ao Supremo Tribunal Federal – STF e ainda aguarda julgamento (SPOSATI, 2013, s/p). Essa demanda possibilita fazer uma indagação sobre a existência de uma ligação entre a sustentabilidade e a questão indígena, ou seja, seria a proteção das áreas indígenas um dos ramos da sustentabilidade? Não há como negar isso, pois a sustentabilidade também diz respeito ao aspecto social que envolve a produção.

E nesta linha os conflitos por áreas indígenas têm levado a homicídios de índios em Mato Grosso do Sul, que responde por 62% dos 51 assassinatos de indígenas no Brasil em 2011 (MARIZ, 2013, s/p). Não bastassem

tais números, pouco nobres, a exploração das terras para a atividade pecuária tem promovido grande destruição da fauna e da flora em tais áreas (SPOSATI, 2013, s/p).

Em 2011, operação conjunta do Instituto Brasileiro de Meio Ambiente (Ibama) e Funai flagrou a destruição de dezenas de hectares de mata em uma fazenda dentro da Terra Indígena Kadiwéu, além de exploração seletiva de madeira na área. Os responsáveis foram multados e tiveram o maquinário apreendido (SPOSATI, 2013, s/p).

O conflito no Mato Grosso do Sul recentemente assumiu proporções graves com a morte de um índio durante uma reintegração de posse realizada em Sidrolândia-MS. A repercussão foi tamanha que levou o governo a intermediar o conflito

> O ministro Gilberto Carvalho, secretário-geral da Presidência da República, e o advogado-geral da União, Luis Inácio Adams, chegaram, na tarde desta quinta-feira (20), ao local da reunião de implantação do fórum para tratar dos conflitos entre indígenas e fazendeiros em Mato Grosso do Sul. [...] A criação do fórum foi um compromisso firmado com índios terena pelo ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, no dia 6 de junho. Um dos assuntos que deverão ser debatidos no fórum de negociações é a eventual compensação financeira para fazendeiros que tiverem propriedades absorvidas por áreas demarcadas como terra indígena. Atualmente, a Constituição Federal considera que as terras indígenas pertencem à União e, por isso, não há indenização a quem perde a posse do território quando a demarcação é homologada. Para tentar manter a terra, proprietários de fazendas recorrem à Justiça. **No dia 30 de maio, o indígena Oziel Gabriel, de 36 anos, morreu em confronto com a polícia durante a reintegração de posse da Fazenda Buriti, no município de** Sidrolândia**, a 70 km de Campo Grande**. A fazenda foi desocupada, mas os índios da etnia terena voltaram a invadir. (G1. 2013, s/p) (grifo nosso).

Não é invadir, quem invadiu foi o branco. O índio Oziel Gabriel perdeu a vida por conta de uma luta para que os índios retomassem o que

outrora fora seu. Utilizando critérios jurídicos do homem branco pode-se dizer que o índio apenas busca exercer o seu direito de propriedade nos moldes históricos formulados pelo homem branco.

Ocorre, que este homem branco quando lhe interessa deixa de lado o direito do qual tem se utilizado desde sempre, para lançar mãos de ações de barbárie de origens anteriores a qualquer modelo de comunidade, ou seja, a autotutela.

O terceiro caso não menos emblemático foi o caso dos rompimentos de duas barreiras de rejeitos de mineração realizada pela Empresa Vale do Rio Doce. Tivemos o caso de Mariana e mais recentemente o de Brumadinho.

> Criadas para receberem os rejeitos provenientes do processo de extração de minério de ferro pela mineradora Samarco S/A, as barragens de Fundão e Santarém estavam localizadas num complexo que, ironicamente à tragédia anunciada, chamava-se "Alegria". Estudos preliminares (BRASIL, 2015) apontam que, somente na barragem de Fundão, havia aproximadamente 50 milhões de m³ de resíduos, classificados, segundo a NBR 10.004, como sólidos, não perigosos e não inertes, como o ferro e o manganês, ou seja, sua composição era formada basicamente por areia e metais. No dia 05/11/2015, por volta das 16 h e 20 min., a barragem de Fundão entrou em colapso e rompeu-se. Com a ruptura, cerca de 34 milhões de m³ de rejeitos de minério, o equivalente a quatorze mil piscinas olímpicas, foram diretamente lançados no meio ambiente, atingindo a barragem de Santarém, logo à jusante, causando-lhe sérias avarias e o seu transbordo. Os 16 milhões de m³ restantes ainda continuam sendo despejados, vagarosamente, seguindo o sentido da correnteza das águas em direção à foz do Rio Doce, no oceano espírito-santense (BRASIL, 2015). (*apud* LOPES, 2016, p. 3)

Analisando esse fato à luz do modo de produção capitalista é possível entender o que possa ter produzido o rompimento. Vejamos, o preço da tonelada do minério diminui seu valor e então para manter a taxa de lucro a mineradora aumenta a produção, mais produção gera mais rejeitos e consequentemente ocorre uma sobrecarga na barragem que fatalmente se rompe.

> Ocorreu 22 dias depois do presidente Jair Bolsonaro ter transferido a demarcação de terras de povos indígenas para o Ministério da Agricultura, fazendo com que uma área relacionada ao desenvolvimento agrícola supervisionasse terras protegidas; e 25 dias depois de ter anunciado sua intenção de desregulamentar o setor de mineração porque, com as leis atuais, "o ministro de Minas e Energia está amarrado». Ocorreu três anos depois do rompimento de uma barragem em Mariana, em Minas Gerais, operada pela mineradora Samarco, controlada pelas mineradoras Vale e BHP Billiton, com uma torrente de 45 milhões de metros cúbicos de resíduos tóxicos, ter causado a morte de 19 pessoas e contaminado 600 quilômetros do rio. Ocorreu dois anos e meio depois do procurador da República José Adércio Leite Sampaio ter concluído que a mineradora estava ciente dos problemas estruturais da barragem e que, sem repará-la, mesmo assim aumentou o nível de produção. (GUERRIERO, 2019, s/p.)

Ninguém, absolutamente ninguém, pessoa física ou jurídica, será capaz de reposicionar os ecossistemas atingidos ao status quo, pois os impactos ambientais foram grandes e não se resumem a apenas um momento, mas a uma sequência desdobramentos naturais provocados pela quantidade de rejeitos liberados nos rompimentos.

O governo Bolsonaro cogitou a seguinte "saída ecológica" como forma de reparação:

> Com o argumento de propor uma "saída ecológica" ao crime ambiental provocado pela Vale em Brumadinho que, em números mais recentes e atualizados, causou a morte de 224 pessoas, o ministro do Meio Ambiente, Ricardo Salles ofereceu à mineradora, sem licitação, a concessão de sete parques nacionais em Minas Gerais administrados pelo ICMBio. Mais absurdo ainda, com a gestão desses parques a Vale seria desobrigada a pagar a multa de R$ 250 milhões pelo Ibama em ações ambientais da mineradora. (JORNAL GGN, 2019, s/p).

Se partirmos do ponto de que toda reparação é simbólica qualquer multa eventualmente paga pela Vale do Rio Doce jamais conseguiria restaurar o status quo, pois a questão ambiental envolve a fauna e flora, vidas humanas, e futuro de gerações que sequer nasceram.

Porém, a sida ecológica encontrada cogitada sequer propõe que a empresa efetue a reparação material dos estragos causados. Espera-se que o Estado brasileiro não se enverede por esse caminho, pois seria o mesmo que respaldar um *ecocídio*.

4. ARGUMENTAÇÃO E VIRTUDE

Para tratar do tema é fundamental que se pondere inicialmente a importância da dialética, uma dialética cujo conceito está justamente na oposição de discursos com visões antagônicas. Nesta linha é preciso apresentar o que seria essa tal dialética para que a partir de agora se possa construir um raciocínio.

Inicialmente é importante ponderar que a força de um discurso passa necessariamente pela influência que o tempo exerce sobre ele. Hoje é relativamente fácil olhar para o passado e perceber que o nazismo promoveu uma violência ímpar e que isso foi um erro, mas seria fácil perceber isso na Alemanha naquele momento?

Dessa forma, é preciso pensar o argumento dentro de seu tempo, e somente os gênios conseguiram perceber a chamada onda do momento e formular um argumento capaz de redirecionar a ações do presente, logo

> Somente com a filosofia – em que o tempo presente assume uma dignidade que o capacita a julgar seu passado – pode aparecer a leitura histórica do tempo, uma consciência histórica e, mesmo, a ciência da história como discurso explicativo do passado, pois nela a representação do tempo mostra de forma explicita a transformação qualitativa operada pelo ingresso da memória coletiva do passado na órbita do presente privilegiado da Razão. (DELAMARO, 1997, p. 16)

Esta ponderação é importante, pois demonstra que é importante que se atente para o tempo de cada argumento para que se possa conseguir maior êxito da arte de contrapor argumentos. Cite-se:

> Todas as vezes que dois homens formulam sobre a mesma coisa um juízo contrário, é certo que um dos dois se engana. Há mais: nenhum deles possui a verdade; pois se um tivesse dela uma visão clara e nítida poderia expô-la a seu adversário, de tal modo que ela acabaria por forçar a sua convicção. (DESCARTES, 1938, p. 105)

Neste caminho de encontro ou desencontro é que o homem pode chegar a verdade. E isso é nada mais que a busca da verdade sem obrigação de encontrá-la, sendo a dialética nada mais que uma tentativa consciente de alcançá-la, ou pelo menos se aproximar dessa verdade. E neste jogo, por vezes, a argumentação se contrapõe a demonstração fática de algo, e daí temos uma dificuldade conforme pondera Gabriel Chalita

> A teoria da demonstração se fundamenta na ideia de evidência, concebida como a força diante da qual todo pensamento do homem normal tem de ceder. A teoria da argumentação desenvolveu-se a partir da ideia de que nem toda prova é concebível como redução à evidência, mas requer técnicas capazes de provocar ou acrescer a adesão dos espíritos às teses que se apresentam ao seu descortínio. A demonstração, neste sentido, liga-se aos raciocínios lógico-formais, como os matemáticos, enquanto a argumentação, não pressupondo a construção de sistemas axiomatizáveis, com seus axiomas e regras de transformação, refere-se antes aos raciocínios persuasivos, como são os políticos e os jurídicos, cuja validade é restrita a auditórios particulares, não pretendendo adquirir a universidade da demonstração. (CHALITA, 1998, p. 73)

Tal discussão necessariamente nos direciona para um aspecto importante que é a busca da verdade ou a busca de prevalência dos argumentos. Se se optar pela verdade parece que o argumentador deverá primeiro se convencer de que argumenta com a verdade, ressaltando que essa verdade

não significa a plena certeza, mas sim até onde se consegue descortinar um *objeto analisado.* Ao passo que uma opção pelo mero vencer o debate pode fazer da argumentação um mero artifício inócuo como cita Schopenhauer

> Para estabelecer uma dialética pura, devemos deixar de nos preocupar com a realidade objetiva (que é questão da lógica) e encará-la simplesmente como a arte de vencer o debate; o que com certeza alcançaremos mais facilmente quando tivermos razão na questão. Mas a dialética, enquanto tal, deve simplesmente ensinar como defender-nos dos ataques de todo tipo, especialmente dos desleais, e, por isto mesmo, como poderemos atacar o que o outro afirma sem cairmos em contradição e, sobretudo, sem sermos refutados. Deve-se dissociar claramente a descoberta da verdade da arte de fazer com que a nossa proposição seja aceita como verdade. (SCHOPENHAUER, 1997, p. 111).

Ocorre, que no jogo de ideias entre o discurso do desenvolvimento contraposto aos direitos humanos o embate que se percebe é o de dois discursos antagônicos, a saber, o poder econômico contra a efetivação de direitos/proteção ambiental, ambos com respaldo constitucional. Nesta linha a retórica é fundamental para que se possa analisar os casos

> Há três tipos de meios de persuasão supridos pela palavra falada. O primeiro depende do caráter pessoal do orador; o segundo, de levar o auditório a uma certa disposição de espírito; e o terceiro, do próprio discurso no que diz respeito ao que demonstra ou parece demonstrar. (ARISTÓTELES, 2011, p. 45)

O primeiro deles é o que se chama de *Ethos*, que é o aspecto relacionado com a representação do orador, ou seja, é a imagem transmitida por ele para a plateia. Neste sentido é fundamental que o orador não tenha mácula em seu caráter para que seu discurso possa ser ouvido com mais atenção pelo auditório. Segundo Aristóteles a credibilidade dada ao orador se assenta na sua virtude, e isso é decisivo para o sucesso do discurso.

No que se refere ao segundo meio de persuasão é o que se denomina

de *Pathos*, ou seja, *"[...] a persuasão pode ser obtida através dos ouvintes quando o discurso afeta suas emoções*." (ARISTÓTELES, 2011, p. 45). Aqui se o orador possui habilidade para mexer com a angústia, ódio, amor, alegria, tristeza, do público é possível que seu discurso seja aceito com êxito.

Mas além destes a persuasão poderá ser obtida tendo-se por base o próprio conteúdo da mensagem, ou seja, não basta ter conduta ilibada, atacar as emoções se a mensagem em si não tiver um mínimo de verossimilhança. Este último aspecto é o *Logos*, que ensina que o argumento dever apresentar-se bem estruturado do ponto de vista lógico-argumentativo.

Nos casos narrados percebe-se que o que tem pesado e consequentemente feito com que a sociedade acredite em um discurso tem sido o Ethos, isto porque o capitalista que explora a atividade é entendido em nossa sociedade como exemplo a ser perseguido, pois a própria figura do empresário bem sucedido faz com que o público o ouça, se emocione e acredite.

Porém, a virtude no argumento dos não proprietários que são as populações indígenas e as comunidades vítimas do rompimento das barragens está em trazer luz sobre os danos causados e os impactos que virão. À medida que isso for feito nos afastaremos do mero jogo de versões e explicitaremos uma real contraposição entre proprietários e não proprietários dentro do capitalismo.

5. CONCLUSÃO

A Declaração Universal dos Direitos do Homem é um importante documento político que permite aos povos de todo planeta construir uma convivência civilizada, pacífica, plural. Porém, é fundamental que se tenha a dimensão de quanto isso é dificultado quando a estrutura econômica atua de forma predatória destruindo ecossistemas, vidas, e a própria ideia civilizatória contida nos direitos humanos.

Ocorre que o processo de argumentação capitalista se pauta em argumentos vazios, sem base na virtude, buscam apenas vencer o debate e manter-se no lugar de proprietário dos meios de produção por meio de convencimento dos não proprietários.

Dessa forma, o argumento do explorador capitalista poderá ser contraposto com êxito se os não proprietários estruturarem seus argumentos na análise da realidade concreta. Isto não é tarefa complexa, pois os exemplos de catástrofes ambientais apresentados no texto são capazes de desconstruir qualquer argumento capitalista que defenda o desenvolvimento a qualquer custo.

Portanto, o que se nota é que o argumento dos proprietários dos meios de produção está completamente desprovido de virtude, de verdade, pois se funda apenas em artimanhas de retórica, justamente por isso cabe aos trabalhadores a missão de expor a realidade concreta para aproximar o debate de classes da virtude e com isso demonstrar que direitos humanos não podem mera disputa de narrativas.

6. REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES (384-322 a.C.). **Retórica** / Aristóteles; tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2011.

CHALITA, Gabriel. **A sedução do discurso: o poder da linguagem nos tribunais do júri**. São Paulo: Max Limonad. 1998.

DELAMARO, Maurício César. **Para além da modernidade das coisas. Modernidade, solidariedade e cidadania no contexto brasileiro**. VIII, 212p. COPPE/UFRJ, D. Sc., Tese de Doutorado, Engenharia de Produção, 1997.

DESCARTES, René. **Regras para a direção do Espírito**. Tradução de Hermes Vieira. São Paulo, Cultura Moderna, 1938.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo.**Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

G1. Ministro chega para implantar fórum sobre questão indígena em MS. **Disponível em**: <http://g1.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/2013/06/ministro-chega-para-implantar-forum-sobre-questao-indigena-em-ms.html> Acesso em: 20 JUN de 2013.

GUERRIERO, Leila. O rompimento de uma barragem da mineradora Vale provocou a morte de mais de 150 pessoas. EL PAÍS de 05 de

Fevereiro de 2019. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/02/05/opinion/1549375765_256859.html>. Acesso em 07 de ABR. 2019.

JORNAL GGN. **Governo quer premiar Vale com parques nacionais como "saída ecológica" para o crime em Brumadinho**. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/meio-ambiente/governo-quer-premiar-vale-com-parques-nacionais-como-saida-ecologica-para-o-crime-em-brumadinho/>. Acesso em 08 de ABR. de 2019.

LIMA, Luciana (Empresa Brasil de Comunicação). **OEA convoca reunião entre governo e índios para discutir Usina de Belo Monte**. Edição: João Carlos Rodrigues. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2011-10-19/oea-convoca-reuniao-entre-governo-e-indios-para-discutir-usina-de-belo-monte>. Acessado em: 25 NOV. de 2011.

LOPES, Luciano M. N. **O rompimento da barragem de Mariana e seus impactos socioambientais**. **In** Sinapse Múltipla, Vol. 5, Junho de 2016, Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/11377-44451-1-PB.pdf>. Acesso em 07 de ABR. 2019.

MARIZ, Renata. **Embate entre índios e fazendeiros em MS traz à tona problemas territoriais**. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2012/10/29/interna_brasil,330721/bemate-entre-indios-e-fazendeiros-em-ms-traz-a-tona-problemas-territoriais.shtml> Acesso em: 09 de ABR. de 2013.

MARTINS, Tábita. **A cidade do Rio de Janeiro recebeu líderes de todo mundo durante a Eco-92**. Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/especiais/rio-mais-20/agenda/2012/05/30/noticias_internas_agenda,297329/conheca-os-principais-documentos-formulados-durante-a-eco-92.shtml> Acesso em: 27 de MAR. de 2013.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RIO+20. Sobre a Rio+20. Disponível em: <http://www.rio20.gov.br/sobre_a_rio_mais_20.html> Acesso em: 27 de MAR. de 2013.

SCHOPENHAUER, Arthur. **Como vencer um debate sem precisar ter razão**. Rio de Janeiro, ed. Top Books, 1997.

SPOSATI, Ruy. Kadiwéu: Justiça determina que indígenas saiam de território demarcado há mais de 100 anos. Disponível em: <http://www.cimi.org.br/site/pt-br/?system=news&action=read&id=6541> Acesso em: 08 de ABR. de 2013.

OS DIREITOS HUMANOS COMO ELEMENTOS DE CIDADANIA E DE ENFRENTAMENTO DA VULNERABILIDADE SOCIAL

CHRISTIANE DE HOLANDA CAMILO
LIZANDREA APARECIDA BENINCA
SHEILA MARIA HERMÍNIO

INTRODUÇÃO

A falta de atenção às questões humanas e a invisibilização social a que sempre estiveram submetidos pessoas e grupos menos favorecidos, ao longo do desenvolvimento da humanidade, acarretaram problemas de proporção mundial, que se ampliam, dia após dia, em nome do *progresso* e do *desenvolvimento*. No Brasil, nos últimos 30 anos, a questão social passou a ser vista com outros olhos e até recebeu boa atenção por parte do poder público sem, contudo, galgar grandes passos. Muita coisa foi planejada em longo prazo, mas, efetivamente, pouco foi feito, tendo em vista que as questões prioritárias muito se modificam de um governo para outro, o que interfere diretamente na eficácia das ações planejadas, favorecendo o agravamento da vulnerabilidade social.

Nesse contexto, este estudo construído a partir de pesquisas bibliográficas, desenvolve discussões que buscam estabelecer relação para a tríade: direitos humanos – cidadania – educação, paralelamente a execução de políticas públicas efetivas por parte do poder público estatal, como elementos de superação da condição de vulnerabilidade e emancipação individual e coletiva. Acredita-se que sem os direitos sociais mínimos, não há como existir cidadania. Entende-se, contudo, que este estudo é apenas um apontamento inicial, cabendo ainda, outras muitas discussões.

Dessa forma, compreendendo a vulnerabilidade social como condição

socialmente provocada pela falta de acesso aos direitos básicos do cidadão, garantidos em lei, a pesquisa aborda três tópicos, trazendo para discussão: direitos humanos e cidadania no Brasil pós-moderno; vulnerabilidade social como violação de direitos e o valor da cidadania frente ao avanço da política de retrocessos; e a educação como ferramenta de superação da vulnerabilidade social.

DIREITOS HUMANOS E CIDADANIA NO BRASIL PÓS-MODERNO

Nenhuma pessoa vale mais do que a outra. Tomando como base esse pressuposto, a expressão *"direitos humanos"* é utilizada, neste trabalho, para resumir os direitos fundamentais da pessoa humana, necessários para que o indivíduo participe plenamente da vida em sociedade, conferindo-lhe a cidadania. No que tange aos direitos humanos, Benevides vem nos lembrar,

> [...] são aqueles direitos considerados fundamentais a todos os seres humanos, sem quaisquer distinções de sexo, nacionalidade, etnia, cor da pele, faixa etária, classe social, profissão, condição de saúde física e mental, opinião política, religião, nível de instrução e julgamento moral (BENEVIDES, 2000).

Adotada e proclamada pela Organização das Nações Unidas (ONU) para todas as sociedades, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) é o documento norteador e principal referência ao exercício da cidadania. Seus 30 artigos estão fundamentados no respeito aos direitos e às liberdades individuais e coletivas e o documento pressupõe essa busca como uma responsabilidade de todas as pessoas:

> [...] ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforcem, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades [...] (ONU, 1948).

Assim, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, constitui um marco normativo que define os direitos básicos do ser humano e prevê as condutas do estado e dos cidadãos, sinalizando os seus comportamentos.

A partir de 1988, as alterações realizadas na Constituição Federal Brasileira (CF/88) permitiram normatizar os direitos fundamentais sociais do cidadão, tornando obrigatória a proteção e o respeito, por parte do estado, com a finalidade de assegurar condições mínimas de vida e desenvolvimento ao ser humano. Fortalecendo o que já foi citado sobre os direitos essenciais obrigatórios, está previsto na Carta Constitucional – Título II – Dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo que "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" (BRASIL, 1988). A positivação dos direitos básicos do cidadão, por meio da Constituição Federal, no entanto, não foi suficiente para a efetivação desses direitos.

Compreendendo a desigualdade como necessidade urgente a ser combatida em favor da cidadania, no dia 21 de dezembro de 2009, foi instituído pelo Governo Federal o Terceiro Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH3), criado por meio do Decreto nº 7.037. Atualizado, posteriormente, em 12 de maio de 2010 pelo Decreto nº 7.177, o PNDH3 é produto de uma construção democrática e participativa que documenta as propostas aprovadas nas 50 conferências temáticas promovidas pelas autoridades governamentais com participação da sociedade em geral, a partir do ano de 2003, com deliberações em áreas como: educação, saúde, habitação, segurança alimentar, igualdade racial, direitos da mulher, juventude, crianças e adolescentes, pessoas com deficiência, LGBT´s, idosos, meio ambiente e outras. De acordo com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), o PNDH3 incorpora ainda, os resultados da 1ª Conferência Nacional de Direitos Humanos, ocorrida entre 15 e 18 de dezembro de 2008, sob o tema "Democracia, Desenvolvimento e Direitos Humanos: Superando as Desigualdades".

> a Conferência, tratando de forma integrada as múltiplas dimensões dos Direitos Humanos, discutiu sete eixos orientadores: Eixo 1: Universalizar Direitos em um Contexto de Desigualdades; Eixo 2: Violência,

> Segurança Pública e Acesso à Justiça; Eixo 3: Pacto Federativo e Responsabilidade dos três Poderes, do Ministério Público e da Defensoria Pública; Eixo 4: Educação e Cultura em Direitos Humanos; Eixo 5: Interação Democrática entre Estado e Sociedade Civil; Eixo 6: Desenvolvimento e Direitos Humanos; e Eixo 7: Direito à Memória e à Verdade (IPEA, 2007).

É possível perceber que a partir da Constituição de 1988, o Brasil avançou significativamente na criação de mecanismos de proteção das minorias para a promoção dos direitos do indivíduo o que, todavia, ainda não tem se mostrado suficiente para assegurar a sua cidadania.

"Originada do latim "civitas", cidadania é uma palavra substantiva que indica condição do indivíduo que possui todos os direitos e deveres garantidos pelo Estado" tornando-se, um cidadão com obrigações e direitos civis, políticos e sociais e com garantia de participação nas decisões da sociedade na qual está inserido. Corroborando com essa definição, Lima define:

> 'a cidadania é pressuposto da justiça social, que é sinônimo de equidade e igualdade, solidariedade humana e respeito'. Por meio do exercício da cidadania ativa se busca a efetividade dos direitos políticos, econômicos, sociais e culturais, como instrumentos indispensáveis à realização da dignidade da pessoa humana, assegurada pelos direitos fundamentais, vale dizer, pelos Direitos Humanos positivados nas normas constitucionais e legais. (LIMA, 2014).

Bobbio (1999) observa que no conceito moderno a cidadania deixa de ser apenas o direito destinado ao indivíduo de participar ativa e passivamente do processo político. É também o dever do Estado para com o cidadão. Dever de ofertar o mínimo existencial para garantir-lhe a dignidade. Em outras palavras, é possível dizer que a palavra "cidadania" sugere um ser humano livre, emancipado e protagonista. Com direito de escolha, e ainda, com direito a que suas escolhas sejam respeitadas.

A utilização proposital das palavras "indivíduo – cidadão" no parágrafo anterior vem da necessidade de compreender que é ofertada uma

transformação de uma condição para a outra. O cidadão tem consciência crítica e política do correto e justo, enquanto qualquer pessoa, em sua individualidade, pode ser caracterizada como indivíduo.

A consciência desse processo transitório existente entre "indivíduo – cidadão" inspira reflexões do tipo: Como um indivíduo pode exercer sua cidadania sem o sentimento de pertencimento a uma determinada sociedade? Como se sentir cidadão sem ter ao menos os seus direitos mínimos respeitados pela sociedade a qual se pertence? Como lutar por direitos da coletividade se o indivíduo sequer conhece quais são os seus direitos? Como formar uma consciência crítica e política sem o apoio da sociedade e do estado? E ainda, até onde é interessante para o estado que os indivíduos sociais se tornem cidadãos de fato? Essas e muitas outras perguntas retóricas, somadas a forma apática como o tema "direitos humanos" é conduzido no Brasil, nos permite inferir que a condição de vulnerabilidade a que estão submetidos os grupos minoritários ao longo do desenvolvimento da sociedade brasileira, é uma construção de ordem capitalista, que tende a continuar sendo moldada de acordo com a evolução dos tempos e atendendo sempre às necessidades do capital e do mercado, carecendo, portanto, de intervenção, porque com isso, perdem força estado e sociedade.

No livro Modernidade líquida (Bauman, 2001) nos fala sobre a "*sociedade individualista"*, mostrando que a "individualização" "consiste no estabelecimento de uma autonomia *de jure* (independentemente de a autonomia *de facto* também ter sido estabelecida)". O autor traz conexões sobre sentidos sociais diversos, relacionando às transformações ofertadas pela pós-modernidade, o que ele denomina de *"liquefações pós-modernas"*. Bauman afirma que ao mesmo tempo em que ampliaram os horizontes, essas transformações tornaram o mundo extremamente precário para que todas as pessoas consigam garantir condições mínimas de existência digna. O autor defende ainda, que a modernidade líquida trouxe consigo um tipo de *"mal-estar pós moderno"* que provocou mudanças no discurso ético e político no tocante à promoção dos direitos humanos do indivíduo para a construção de uma sociedade mais equânime. Os efeitos da globalização conforme Bauman, impactaram substancialmente as relações humanas em seus diversos aspectos, causando a precariedade das relações, onde "[...]

laços e parcerias tendem a ser vistos e tratados como coisas a serem *consumidas* e não produzidas; estão sujeitas aos mesmos critérios de avaliação de todos os outros objetos de consumo [...]" (Bauman, 2001).

Sob essa ótica, a individualidade humana tende a ser colocada sempre acima das necessidades comunitárias nas lutas por novas conquistas, o que talvez explique o enfraquecimento do interesse da sociedade pelas lutas políticas e sociais em prol do bem comum, principalmente, no que diz respeito aos direitos humanos. Por outro lado, se o texto constitucional prevê proteção e direitos iguais para todos, ninguém deveria ter que lutar para ser o que já é ou para garantir direitos que já estão amplamente assegurados, como acontece na realidade. Cada um tem seu papel em uma sociedade, com obrigações e direitos a serem cumpridos e respeitados. E o que se espera do poder público é, pelo menos, o respeito aos direitos humanos do cidadão e a promoção da segurança, permitindo, um mínimo de convivência social digna e pacífica.

VULNERABILIDADE SOCIAL COMO VIOLAÇÃO DE DIREITOS E O VALOR DA CIDADANIA FRENTE AO AVANÇO DA POLÍTICA DE RETROCESSOS

No viés sociológico, vulnerabilidade social é um conceito que designa pessoas, grupos e espaços em situação desigual de direitos e benefícios dentro de uma mesma sociedade. Este conceito não é novo e nem é único. Sob olhares diversos ele vem sendo construído e reconstruído, paralelamente ao desenvolvimento sem, contudo, conseguir contribuir para que seja concretizada a proteção social necessária aos indivíduos e famílias. "Compreende-se a vulnerabilidade como uma conjunção de fatores, sobrepostos de diversas maneiras e em várias dimensões, de modo a tornar o indivíduo ou grupo mais suscetível aos riscos e contingências" (Bruseke, 2006). Para (Busso, 2000) "la noción de vulnerabilidad es entendida como un proceso multidimensional que confluye en el riesgo o probabilidad del individuo, hogar o comunidad de ser herido, lesionado o dañado ante cambios o permanencia de situaciones externas y/o internas". No entendimento desses

autores a vulnerabilidade como risco social abrange áreas diversas e muitos contextos negativos, podendo resultar em múltiplos acontecimentos.

Estudos apontam que a vulnerabilidade social cresceu muito a partir da evolução tecnológica e com o fenômeno da globalização que, a todo tempo, segrega, exclui e provoca a violação de direitos dos indivíduos e grupos, contribuindo para ampliar a pobreza e a desigualdade, especialmente, nos países menos desenvolvidos.

De acordo com Mignolo e Pinto os sentidos de "progresso" e "desenvolvimento" que acompanham o termo "modernidade", escondem a servidão, violência, escravidão e matança desenfreada que outrora dizimou populações. Estes autores defendem que a forma como essa ideologia europeia foi repassada à sociedade no decorrer da história, busca justificar a subdivisão da sociedade em (colônias) – "categorias sociais inferiores: negros, índios, mestiços" para posterior exploração, utilizando-as como força de trabalho conforme a necessidade do capital

e do mercado" (Mignolo e Pinto, 2015). Essa "colonialidade" a que os autores se referem vem ao encontro do pensamento de Quijano,

> (...) tomando a própria cosmologia, ciência e tecnologia, forma de organização econômica e política como valores e regras universais, os europeus saíram a dividir o mundo entre ocidente e oriente, norte e sul, bárbaros e civilizados, tradicionais e modernos, criando novas identidades sociais (...) e recriando outras tantas. "Espanhóis", "portugueses" e, mais tarde, "europeus", que antes simplesmente indicavam origem geográfica, adquiriram, em relação a essas novas identidades, conotação racial. (QUIJANO, 2005 - in: Mignolo e Pinto, 2015).

Por outro lado, entende-se que o desenvolvimento de uma nação, necessariamente, está vinculado à capacidade individual de desenvolvimento dos sujeitos que a compõem. Sob esse foco,

> a Política Nacional de Assistência Social – PNAS buscou incorporar as demandas presentes na sociedade brasileira no que tange à responsabilidade política, definindo diretrizes para a efetivação da assistência social como direito de cidadania e responsabilidade do Estado (BRASIL, 2004).

Nesse contexto, uma vez que os direitos humanos do indivíduo estão protegidos e assegurados por uma gama de documentos, a vulnerabilidade social a que determinados indivíduos e grupos vem sendo submetidos ao longo do desenvolvimento, pode ser apontada como uma violação de direitos e, somente com o estado cumprindo o seu papel de provedor, por meio de políticas públicas efetivas, é que se pode pensar, em longo prazo, uma sociedade desenvolvida e com capacidade de enfrentar as mazelas sociais modernas que contribuem para marginalização e condição de miserabilidade de tantos indivíduos. De acordo com Neto e Moreira (1999), vulnerabilidade social é violência. Violência estrutural e cultural. [...] "contudo, a consolidação da assistência social como política pública e direito social ainda exige o enfrentamento de importantes desafios" BRASIL, 2004).

É importante ratificar que uma sociedade desenvolvida é formada por cidadãos. Isso pressupõe pessoas com consciência coletiva e sentimento de participação que a enxerguem como um bem comum. Cabe colocar ainda, que no atual contexto político brasileiro, de retirada de direitos, essa condição de vulnerabilidade passa a atingir, não apenas determinados grupos, mas quase toda a sociedade. Diante dessa realidade, o empoderamento cidadão torna-se essencial para os embates que ainda estão por vir.

Aqui, cabe refletir sobre a "virada descolonial" trazida por Quijano (2005) "um processo de resistência de longo prazo, articulado por povos originários, mulheres, negros, camponeses, trabalhadores e intelectuais, que se colocam numa perspectiva de construção de uma nova sociedade". Também chamada de "descolonialidade do poder" essa luta emancipatória defende o Estado Plurinacional e um novo padrão civilizatório baseado no valor de uso e na racionalidade do bem viver. Nas palavras do autor "uma ação política de oposição à iniciativa de construção da dominação, que vem provocando fissuras no sistema Euro-Norte-Americano Capitalista/ Patriarcal Moderno/Colonial" (QUIJANO, 2005). Ainda sobre a necessidade dos processos de resistência e continuidade das lutas sociais Mignolo e Pinto alertam,

> "À modernidade, [...] interessa ocultar seu caráter discursivo, político. A ela interessa apresentar-se como realidade objetiva, "natural",

> necessária e inevitável, eliminando, assim, toda e qualquer possibilidade de contestação e de reexistência ou busca de outros mundos" (MIGNOLO E PINTO, 2015).

Nas palavras de Quijano (1998; 2000), "a modernidade é, também, uma questão de conflitos de interesses sociais". O autor afirma que "modernidade e colonialidade são dois lados da mesma moeda" e alerta "para a consequente e urgente necessidade de um desligamento ou desengajamento das ficções da modernidade e das violências da colonialidade",

> o que pudemos avançar e conquistar em termos de direitos políticos e civis, numa necessária redistribuição do poder, da qual a descolonização da sociedade é a pressuposição e ponto de partida, está agora sendo arrasado no processo de reconcentração do controle do poder no capitalismo mundial e com a gestão dos mesmos responsáveis pela colonialidade do poder. Consequentemente, é tempo de aprendermos a nos libertar do espelho eurocêntrico onde nossa imagem é sempre, necessariamente, distorcida. É tempo, enfim, de deixar de ser o que não somos (QUIJANO, 2005).

Nesse sentido a continuidade das lutas sociais organizadas por cidadãos intelectuais e grupos de resistência, torna-se cada vez mais necessária, tanto na busca por novos direitos quanto para a manutenção e materialização dos direitos do cidadão, já conquistados, como bem expressa Freire:

> Homens e mulheres, ao longo da história, vimo-nos tornando animais deveras especiais: inventamos a possibilidade de nos libertar na medida em que nos tornamos capazes de nos perceber como seres inconclusos, limitados, condicionados, históricos. Percebendo, sobretudo, também, que a pura percepção da inconclusão, da limitação, da possibilidade, não basta. É preciso juntar a ela a luta política pela transformação do mundo. A libertação dos indivíduos só ganha profunda significação quando se alcança a transformação da sociedade (Freire, 1997).

EDUCAÇÃO COMO FERRAMENTA DE SUPERAÇÃO DA VULNERABILIDADE SOCIAL

Holanda Camilo (2014) observa que "a busca por ser mais é também o processo de humanização do homem. Tudo que impede ou se opõe a esse processo de construção histórica, social, cultural, enfim, ontológica do homem age em prol de sua desumanização".

Estudos contemporâneos apontam que a vulnerabilidade social está interligada a situações de exclusão social e envolve fatores de risco como pobreza, desigualdade, desemprego, etc. A qualidade da educação ofertada, infelizmente, compõe esse rol de fatores negativos que afetam a sociedade brasileira pós-moderna, contribuindo para a permanência do status de país extremamente desigual e para manutenção da condição de vulnerabilidade a que estão submetidos determinados sujeitos e grupos. Sobre a reversão do status quo, Holanda Camilo *apud* Freire nos diz:

> o conhecimento que subsidia a transformação da realidade não é propriedade exclusiva de alguém que detém "todo" o saber, por isso, não pode estar nas mãos de uma única pessoa ou grupo, sejam eles os opressores, as classes dominantes ou o professor. O que se há para conhecer no mundo está inscrito dentro e fora de cada indivíduo, perpassa pelas pessoas que se dispõe a conhecer (FREIRE, 1986 In: HOLANDA CAMILO, 2014).

Nas últimas décadas, diversos setores da sociedade parecem ter chegado ao consenso de que a educação é o primeiro passo para reverter à situação negativa de atraso, desigualdade, violência, etc. na qual o Brasil se encontra, quando comparado ao resto do mundo. Conforme (Azzoni, 2016) seja para o crescimento econômico, social, político e/ou para o enfrentamento e superação dos problemas sociais modernos que se agravam paralelamente ao desenvolvimento, a educação ou a ausência dela, influencia diretamente no avanço ou no atraso de toda sociedade.

> a educação é uma das poucas áreas que promovem avanços nas frentes social e econômica ao mesmo tempo: investindo em educação, melhora tanto o crescimento econômico quando a justiça social. Educação é fundamental para reduzir a desigualdade (AZONNI, 2016).

Pesquisas mostram que a educação pública ofertada no Brasil, sempre foi precária e insuficiente, apesar da CF/88 assegurar aos seus cidadãos (natos e naturalizados) o direito à educação básica e o acesso ao ensino público de forma igualitária para todos. Em pleno século XXI, quando a compreensão de estudiosos e educadores gira em torno da necessidade indispensável de se ofertar uma educação pública plena e humanizadora, focada na formação de sujeitos emancipados para o futuro, o Brasil segue um caminho inverso, retrocedendo ao modelo inicial, quando o ensino era realizado no lar, sob a responsabilidade da família e, com isso, o poder público se exime mais uma vez da obrigação de ofertar à sociedade a "educação para todos" assegurada no documento constitucional. Diante desse contexto e da precariedade da educação ofertada nos dias atuais, cabe refletir sobre a qualidade da formação dos "cidadãos" brasileiros dos próximos tempos. Libâneo *et all* (2012) defende que

> numa perspectiva crítica, a escola é vista como uma organização política, ideológica e cultural em que os indivíduos e grupos de diferentes interesses, preferências, crenças, valores e percepções da realidade mobilizam poderes e elaboram processos de negociação, pactos e enfrentamentos. [...] como prática social, a educação é fenômeno, essencialmente humano [...] a prática educativa envolve [...] objetivos, métodos e técnicas coerentes com os objetivos desejados (LIBÂNEO *et all,* 2012).

Neste ponto cabe repensar o papel da escola, a formação do currículo e os desafios da educação para o futuro. "Uma educação deve preparar, ao mesmo tempo, para um juízo crítico das alternativas propostas pela elite, e dar a possibilidade de escolher o próprio caminho" (FREIRE, 1979 In: HOLANDA CAMILO, 2014).

Dada à importância, necessidade e responsabilidade da instituição

escolar para a formação da cidadania e produção do conhecimento, entende-se que a prática pedagógica não pode e não deve ser exercida por pessoas que não possuem formação técnica e habilidade para o repasse sistematizado dos conteúdos. A sociedade brasileira, necessita, com urgência, formar cidadãos críticos e independentes, pois é o que virá contribuir, no futuro, para o exercício da cidadania, engajamento nas lutas sociais, minimização e enfrentamento das situações que favorecem o atual quadro de vulnerabilidade, conforme enfatiza Holanda Camilo (2014):

> falar em Educação em Direitos Humanos é se falar em educação para a participação social democrática, trata-se de subsidiar a população pela liberdade e libertação pelo conhecimento de toda opressão de que é vítima [...] só existe cidadania na ação [...] o empoderamento das populações não reside apenas nas ações individuais, elas são importante forma de mobilização que só podem encontrar respaldo quando se ampliam em lutas coletivas (HOLANDA CAMILO, 2014).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Compreende-se que assegurar direitos a todos os indivíduos membros de um estado não é uma tarefa fácil nem simples. O Brasil é um país onde o governo não detém o controle da economia, o capital é flutuante e escasso e o sistema político não trabalha para a maioria. Nesse contexto e diante do atual desmonte dos direitos sociais adquiridos, a construção de uma cidadania plena, como disposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Constituição Federal Brasileira de 1988, talvez possa parecer utopia. Entretanto, todos os direitos alcançados ao longo do desenvolvimento são conquistas sociais e produtos de grandes lutas. Exercer cidadania é, antes de tudo, buscar uma sociedade melhor para todos, a fim de que exista mais solidariedade, liberdade e justiça. Não se pode, dessa forma, parar de sonhar nem de lutar por novas conquistas e dias melhores.

No atual contexto brasileiro de retirada de direitos, omissão do estado e invisibilização social de grupos e minorias, ofertar uma educação pública

humanizadora e emancipatória, que contribua na formação da consciência cidadã, torna-se elemento primordial diante da crescente necessidade de mobilização e participação nas lutas sociais que objetivam o bem comum.

Nesse sentido, cobrar do poder público o cumprimento de suas obrigações em questões como educação, desigualdade social, saúde, direitos humanos, etc., é de grande importância, mas é preciso também ter consciência que a efetivação desses direitos é um trabalho de parceria e que ocupar os espaços de luta destinados aos agentes sociais para a construção de soluções é de extrema importância. Nesse processo, torna-se imprescindível a elaboração de políticas públicas condizentes com as realidades apresentadas e que estas políticas venham ofertar, de fato, condições de reverter tais realidades. Talvez seja este o maior desafio a ser enfrentado por sociedade e governo nos próximos tempos. Entretanto, o investimento em políticas públicas torna-se primordial para o enfrentamento da vulnerabilidade social que afeta indivíduos e grupos sociais na atualidade.

A educação é um instrumento de transformação e, como tal, não pode e não deve jamais, ser usada para reprodução das desigualdades sociais existentes.

> […] o domínio escolar das palavras só quer que os alunos descrevam as coisas, não que as compreendam. Assim, quanto mais se distingue descrição de compreensão, mais se controla a consciência dos alunos. […]. Esse tipo de consciência crítica dos alunos seria um desafio ideológico à classe dominante. Quanto mais essa dicotomia entre ler palavras e ler realidade se exerce na escola, mais nos convencemos de que nossa tarefa, na escola ou na faculdade, é apenas trabalhar com conceitos, apenas trabalhar com textos que falam sobre conceitos. Porém, na medida em que estamos sendo treinados numa vigorosa dicotomia entre o mundo das palavras e o mundo real, trabalhar com conceitos escritos num texto significa, obrigatoriamente, dicotomizar o texto do contexto (FREIRE, 1986).

Do exposto, é preciso buscar uma ressignificação da construção do conhecimento e dar continuidade a luta em prol de uma educação gratuita,

de qualidade, humanizadora e acessível de igual forma a todos, pois a ausência do conhecimento faz com que o indivíduo ignore os seus direitos; os grupos se sintam marginalizados e o individualismo social se expanda. Ofertar educação com inferior qualidade a pessoas menos favorecidas, ou deixar de ofertá-la de igual forma para todos, é contribuir para que a vulnerabilidade social existente permaneça e se amplie, prevalecendo sempre à lei do mais forte.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZZONI, Carlos Roberto. Educação é fundamental para reduzir a desigualdade - Conferência sobre desigualdade no Brasil - Jornal da USP, 27/10/2016. Visitado em 23/01/2019. Disponível em: https://jornal.usp.br/atualidades/educacao-e-fundamental -para-reduzir-a--desigualdade-diz-professor/

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução Plínio Dentzien. Zahar, Rio de Janeiro. 2001, 258p.

BENEVIDES, Maria Victória. **Educação em direitos humanos**: de que se trata? Acesso em 31/03/2019. Disponível em: http://www.rcdh.es.gov.br/sites/default/files/Benevides%20MV%202000%20Educa%C3%A7%C3%A3o%20em%20DH%20de%20que%20se%20trata.pdf.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1999.

BRUSEKE, F. J. **Risco e Contingência**. Os paradigmas da modernidade e sua contestação. Revista Brasileira de Ciências Sociais, 1 ed. Florianópolis: Editora Insular, 2006, 69-80 pp.

BUSSO, G. **Vulnerabilidad Social**: Nociones e implicancias de políticas para Latinoamerica a inicios Del siglo XXI. Santiago de Chile, 20 y 21 de junio de 2001.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**: Art. 5º - Dos direitos individuais e coletivos. Visitado em 16/01/2019. Disponível em http://www.senado.leg.br/atividade/const /con1988/ con1988_15.12.2016/art_5_.asp.

_____ Secretaria Nacional de Assistência Social, Ministério do

Desenvolvimento Social. **Política Nacional de Assistência Social--PNAS**, (2004; p.13). 178p. Visitado em 18/03/2019. Disponível em: www.mds.gov.br/webarquivos/publicação/assistência _social/Normativas/PNAS2004.pdf

FREIRE, P.; SHOR, I. **Medo e Ousadia**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**: saberes necessários à prática educativa. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

_____ **Educação e mudança**. São Paulo: Cortez, 1979.

HOLANDA CAMILO, Christiane de. **Direitos humanos e educação em direitos humanos em diálogo com Paulo Freire**: Discussões sobre igualdade, diferença, Cidadania e democracia. In: Anais do V Seminário Pensar Direitos Humanos. 2014; (p. 62-91).

IPEA. **Deliberações da 11ª Conferência Nacional de Direitos Humanos** - Revisão/atualização do PNDH Tema: Democracia, Desenvolvimento e Direitos Humanos: Superando as Desigualdades. 2007. Visitado em 17/01/2019. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/conferencias/Direitos_humanos_XI/deliberacoes_11_conferencia_direitos_humanos.pdf

LIBÂNEO, José Carlos. OLIVEIRA, João Ferreira. TOSCHI, Mirza Seabra. **Educação Escolar: políticas, estrutura e organização**. 10ª. Ed., São Paulo: Cortez, 2012.

LIMA, Inácio Antônio Gomes de. **Educação em Direitos Humanos na escola pública**: uma abordagem teórica e das práticas pedagógicas vivenciadas a partir de um estudo de caso. Jus Navigandi, Teresina, ano 19, nº 3.923, 29 mar. 2014. Disponível em: http://jus.com.br/artigos/27225. Acesso em 02/04/2019.

MIGNOLO, Walter D. & PINTO, Júlio Roberto de Souza. **A modernidade é de fato universal?** Reemergência, desocidentalização e opção decolonial. Dossiê: América Latina como lugar de enunciação, Civitas, Porto Alegre, v. 15, n. 3, p. 381-402, jul.-set. 2015, pdf.

NETO, Otávio Cruz. & MOREIRA, Marcelo Rasga. **A concretização de políticas públicas em direção à prevenção da violência estrutural**. Centro Latino Americano de Estudos de Violência e Saúde "Jorge Careli", Escola Nacional de Saúde Pública, Fundação Oswaldo

Cruz. Ciência & Saúde Coletiva, 4 (1): 33-52, 1999. Artigo, pdf.

ONU (1948). **Declaração universal dos direitos humanos – Preâmbulo**. Visitado em 19/01/2019. Disponível em: https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/ 10 /DUDH.pdf

QUIJANO, Aníbal. **"Estado nación, ciudadanía y democracia**: cuestiones abiertas" in: González, Helena e Schmidt, Heidulf (eds.) *Democracia para una nueva sociedad* (Caracas: Nueva Sociedad), 1998.

_____ **"El fantasma del desarrollo en América Latina"** em *Revista venezolana de economía y ciencias sociales* (Caracas) Nº 2, 2000.

_____ **Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina**. Capítulo de Livro. In: A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Buenos Aires, 2005. p. 117-142, pdf.

_____ **Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina**. In: Mignolo e Pinto. *A modernidade é de fato universal?* Reemergência, desocidentalização e opção decolonial. Dossiê: América Latina como lugar de enunciação, Civitas, Porto Alegre, v. 15, n. 3, p. 388, jul.-set. 2015, pdf.

VIVER OU MORRER. POSSO ESCOLHER?

DENIS AUGUSTO DE OLIVEIRA

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como intenção trazer à discussão o direito de cada cidadão de morrer de maneira digna, inspirado no princípio da bioética da autonomia da vontade, que tem por objeto garantir a escolha consciente de cada indivíduo, nas questões que se referem a terapias médicas de prolongar a vida de maneira estritamente artificial. É de mencionar que o direito de morrer tratado neste ensaio se dará tão apenas na esfera das questões de prolongamento artificial da vida em doentes considerados, medicamente, fora de qualquer expectativa de cura, qualquer outra forma de utilização deste instituto, não será objeto do presente trabalho, que também não se norteará por discussões de cunho religioso ou espiritual.

Os avanços da medicina são evidências de uma era que requer uma nova postura construída sobre sólidos alicerces morais e, sobretudo, éticos porque a tecnologia que se apresenta como uma possível solução de cura e redução de sofrimento, pode também interferir de maneira deveras atrevida no direito de nascer e no direito de morrer de cada indivíduo. A bioética surge com o objetivo de (re)modelar as expectativas científicas que utilizavam seres humanos como objeto de pesquisa, com a intenção de transformar essa prática em experiências fundadas nos princípios morais e dignos de todo ser humano.

Desde então, a ciência da moral tem como missão "mediar" os avanços

tecnológicos da medicina e sua aplicação em seres humanos. Um dos pilares da bioética é o princípio da autonomia da vontade, que entende o doente como ser humano capaz de decidir pelo início, pela mantença e pela interrupção do tratamento médico. Ressalta-se que o indivíduo somente poderá usufruir integralmente de sua qualidade de "ser humano" quando seus direitos fundamentais forem assegurados.

1. O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA

A atual sociedade vive uma época cada vez mais de (des)construção de paradigmas e de conceitos. Inegavelmente o homem evoluiu no seu intelecto, porém, ainda existe muito a evoluir, especialmente na área dos direitos fundamentais, que inevitavelmente formarão a base das sociedades futuras. Na declaração universal de direitos do homem, os direitos fundamentais não são proclamados, eles são reconhecidos, o que pressupõe sua pré-existência. São direitos inerentes a cada ser humano, que nasce com o homem e, por isso, são invioláveis, atemporais e universais. Os direitos fundamentais têm como sinônimos os direitos naturais, individuais, civis, de liberdade, humanos ou liberdades públicas (BARRETO, 2006).

Algumas características que baseiam os direitos fundamentais são a liberdade (como valor humano básico), a pré-existência (não dependem de lei que os crie), a eficácia *erga omnes* (são direcionados a todos os seres humanos), a universalidade (são idênticos para todos), a proteção contra o Estado (protege o indivíduo contra ato ofensivo do próprio Estado ou de terceiros) e também são inalienáveis, imprescritíveis e intributáveis (BARRETO, 2006).

A cristandade concebe a vida como sendo um dom e não um poder absoluto, mas limitado – um poder ministerial, de administração e tutela, "reflexo concreto do domínio único e infinito de Deus" (NEDEL, 2004). Para a teologia a vida é sagrada pelo fato de pertencer "em parte" ao indivíduo e "em parte" ao Criador. Já a Filosofia leva em conta a moral, a natureza humana para justificar a inviolabilidade da vida.

Destarte, para o ordenamento jurídico, a vida é um direito/dever tutelado pelo Estado, desde a concepção até a mais remota possibilidade de

se fazer presente. O direito à vida é o que há de mais valioso em qualquer ordenamento jurídico, até porque sem ele qualquer direito inexiste. No entanto, na sociedade hodierna, o direito de viver não pode mais ser interpretado apenas como "deixar viver", essa ideia é muito mais larga. O direito à vida compreende uma existência digna e passível de ser usufruída. Ver cada um como cidadão, investido de direitos e de deveres é o modo que parece refletir melhor o conceito de direito à vida.

1.1. A DIGNIDADE DO SER HUMANO

O conceito preponderante atribuído à dignidade teve uma evolução que coincide com a evolução da humanidade. Antigamente, a dignidade era privilégio dos cristãos; posteriormente, era "distribuída" de acordo com a posição social de cada indivíduo. Posteriormente, a dignidade passa a ser vista como algo que é intrínseco à pessoa e era o que o diferenciava do ser não humano, até evoluir ao pensamento atual de que toda a pessoa é dotada igualmente de dignidade e que está diretamente ligada a noção de liberdade.

Immanuel Kant, no século XVII, dá início ao conceito de dignidade que pode ser compreendido universalmente e que até os dias atuais parece fundamentar as bases teóricas da doutrina dispostas a dar azo ao tema. Em sua principal obra "Fundamentação da Metafísica dos Costumes", Kant diz que "No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade." (KANT, 1960). Na pós-modernidade, o pensamento de Kant sofre uma (re)leitura com o objetivo de esgarçar o conceito de dignidade. Na concepção do direito não é menos difícil fazer entender o que significa dignidade, no entanto, a lista de afrontas à dignidade de cada ser humano é ampla e facilmente compreendida, independente da capacidade de cada um. É precisamente quando temos os piores sofrimentos humanos (torturas, castigos degradantes, violências sexuais, privação de alimentos etc.) quando advertimos melhor, por contraste, o que significa a dignidade da pessoa (JONAS, 1997).

O princípio da dignidade está umbilicalmente ligado aos direitos fundamentais, além de lhes servir de fundamento à construção da ideia de "direitos natos". A dignidade está projetada na forma de ver o sujeito como um fim em si mesmo. Indo de encontro a esse pensamento está a submissão do indivíduo à vontade de terceiros, chamado de heteronomia.

Baertschi (2009) explica a dignidade em dois sentidos diferentes, mas ambos de extrema relevância, o primeiro está na capacidade do indivíduo de ver a si próprio com respeito: o primeiro sentido é pessoal: quero, aos meus próprios olhos e aos olhos dos outros, poder ser e continuar a ser um indivíduo de respeito, não simplesmente porque sou um ser humano, mas porque conservo minha autoestima (BAERTSCHI, 2009). O sentimento de perda da dignidade é moral e pessoal e pode acontecer em razão de uma situação vivenciada pelo indivíduo a qual ele não deu causa, também tal sentimento de perda da dignidade está nas situações de miséria, fome, violência, ridicularização, etc, facilmente visto em países periféricos. O segundo sentido não se estabelece no íntimo de cada ser humano: a dignidade de um indivíduo consiste no fato de ser ele uma pessoa e não um animal ou coisa. É esse conceito que é aplicado nos direitos do homem, e que faz com que a pessoa tenha um valor particular, proibindo que seja tratada como um simples meio [...] (BAERTSCHI, 2009). Da leitura de dignidade, se extrai o conceito de dignidade que se aplica ao direito, qual seja, o de que todo ser humano tem um valor e deve ser visto como um fim em si mesmo, nunca como um meio.

O princípio da dignidade tem *status* de lei e, sobretudo, garantias constitucionais. Cabe ao Estado intervir de maneira a proteger o indivíduo de qualquer ação/omissão que atente contra a sua dignidade. Pode-se reconhecer a dignidade do ser humano quando o indivíduo usufrui livremente da sua liberdade de escolha – autonomia – porque, se ao contrário, o indivíduo é privado de sua liberdade de escolha, então a submissão à vontade de outrem é evidente, o que faz cair por terra toda a tese de valorização dos direitos da pessoa.

No entanto, esta autonomia só faz sentido quando advinda de pessoas livres de coação e capazes de entender suas decisões, caso contrário, a tutela estatal deve ser acionada com a intenção de evitar atos atrozes em

nome da liberdade de escolha. O caso do *arremesso de anões* retrata a interferência do Estado na liberdade do indivíduo, com o argumento de que a dignidade é matéria de ordem pública, independente da autonomia da vontade.

1.2. O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA E A DECISÃO SUBSTITUTA

A onda de valorização do ser humano, tem suscitado novos conceitos de liberdade e dignidade que convergem para o respeito ao ser humano, entendendo o ser como capaz de tomar decisões e assumir os riscos das práticas que pretende realizar. Não cabe dizer que a tutela estatal está dispensada, ao contrário, o Estado tem uma nova missão, ao invés de interferir arbitrariamente no poder decisório dos cidadãos, passa a garantir que a vontade dele prevaleça e seja respeitada. É de se mencionar que a autonomia da vontade válida é aquela advinda de seres legalmente capazes e livres de qualquer ato coercitivo.

A autonomia é algo intrínseco ao ser humano, todo homem nasce livre e autônomo, Beauchamp e Childress (2002) abordam o *respeito* à autonomia de vontade (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002) dizendo que nenhuma teoria é aceitável caso apresente um ideal que esteja fora do alcance dos agentes normais (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002), já que de nada adianta o reconhecimento do princípio da autonomia se o indivíduo não tem a liberdade de escolha e de exercê-lo, algo tão básico. Respeitar a autonomia é reconhecer no sujeito o direito de tomar decisões com base em seus valores e suas crenças pessoais.

Na bioética em especial, a autonomia faz parte do conjunto de preceitos básicos de respeito ao indivíduo, ao lado do princípio da beneficência, que pretende maximizar o bem do próximo, o que implica minimizar o mal [...] e o princípio da justiça, identificado como sendo o exercício da justiça distributiva por meio da equidade (BARRETO, 2006). Durante séculos, o paciente – aquele que sofre ou é objeto de uma ação (ENGELMANN, 2011) – foi minimizado a condição de mero *expectador* de sua própria condição, à mercê da arbitrariedade que tantas vezes lhe feria mortalmente a

dignidade na concepção do respeito a si mesmo, sem acesso a informações concisas e sem poder de decidir sobre opções de tratamento médico. Não raro, o único a não saber a prévia condenação à sua própria morte por doença incurável era o próprio condenado. O doente, devido à sua dignidade como sujeito, tem o direito de decidir autonomamente o que se quer fazer com ele, seja do ponto de vista do diagnóstico como da perspectiva terapêutica (JUNGES, 1999).

Sob o ponto de vista jurídico, a autonomia na relação médico-enfermo vai além da forma meramente contratual de declaração da vontade porque se refere a um bem extrapatrimonial. A disposição do indivíduo sobre o próprio corpo torna esta relação horizontal, deixando para trás a visão do paciente como um simples expectador da sua própria condição e o médico como responsável absoluto de decisões, não significa que as limitações do respeito à autonomia com caráter protetivo devem inexistir.

Na medicina, ou no termo mais apropriado ao debate em questão, na bioética a autonomia parte da premissa da visão do ser humano como um ser livre e absolutamente capaz. Na prática, isso remete ao respeito pelas decisões do paciente. Porém, ditas decisões devem ser observadas com cuidado, já que a autonomia só pode ser validada quando advinda de uma decisão consciente, o paciente precisa demonstrar total lucidez e entendimento da problemática que lhe foi apresentada, quais sejam, diagnóstico, prognósticos, tratamento, riscos e alternativas, para então declarar a sua própria vontade.

Os elementos do consentimento informado. A abordagem aceita da definição do consentimento informado tem sido a que especifica os elementos do conceito divididos em informação e consentimento. A informação se refere à informação e compreensão daquilo que é revelado. O consentimento refere-se a uma decisão e uma anuência voluntárias do próprio indivíduo, o qual se submete, ou não se submete ao procedimento recomendado. A observação se dá quanto aos seguintes elementos: 1. Competência; 2. Revelação; 3. Entendimento; 4. Voluntariedade, e 5. Consentimento (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002). Todos esses elementos devem ser levados em conta para uma verdadeira declaração de vontade/consentimento informado.

Existem as mais variadas situações, que na proposta deste estudo são significativas, onde o paciente afetado de grave ou incurável doença, em fase de prolongamento artificial da vida, não demonstra os elementos citados acima, quer seja por força da própria debilidade física e/ou mental ou por força da terapia, que garantem o consentimento informado. Nesses casos, a correta interpretação se dá seguindo um modelo de decisão substituta, que consiste em tomar decisões por enfermos não-autônomos, ou incapazes de gerir a própria vontade. Se um paciente não é capaz de escolher ou de recusar um tratamento, então um hospital, um médico ou um membro da família podem, justificadamente, ser investido do papel de decisor (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002).

Nas palavras de Beauchamp e Childress (2002) os decisores podem ser investidos de três modelos para embasar sua decisão: a) julgamento substituto – exige que o decisor "se ponha nas vestes mentais do incapaz", ou seja, ele toma a decisão que o incapaz tomaria; b) pura autonomia – se aplica aos pacientes que expressaram uma preferência sobre si mesmas quando ainda eram capazes de fazê-lo, e c) melhores interesses – o decisor deve escolher, dentre as opções possíveis, o maior benefício e o menor risco ao paciente, é o modelo que protege os melhores interesses e o bem estar do paciente.

2. OS LIMITES DA INTERFERÊNCIA DA TECNOLOGIA NAS CONDIÇÕES NATURAIS DE CADA SER HUMANO: NASCER E (OU) MORRER

Historicamente não se havia deparado com uma sociedade em constante movimento como a atual. O mundo vive um momento de globalização envolto em uma avalanche de informações tão rápidas, de forma que é impossível estar atualizado com as últimas notícias. Neste sentido, a biotecnologia se multiplica em experimentos e inovações que trazem muitas possibilidades para a pessoa humana. Se o princípio da justiça consiste em contrabalançar as desigualdades sociais, parece que a medicina vem contrabalancear as desigualdades fisiológicas naturais.

Porém, a biotecnologia é capaz de produzir danos aos seres humanos como nenhuma outra ciência poderia fazê-lo. A tecnologia da informação é uma ciência que, assim como a medicina, avança de forma deveras rápida, mas é lícito dizer que produz muitos benefícios e poucos danos à sociedade. A razão porque a medicina é a mais *perigosa* de todas as ciências é o fato de que está diretamente relacionada à vida, e não é a vida cotidiana, mas sim às situações de fragilidade humana, sejam elas emocionais ou físicas, exatamente aonde residem os direitos fundamentais de cada pessoa.

O nascer e o morrer são lados opostos da mesma linha, a linha da vida, pela qual o indivíduo transita em sua existência. Da mesma forma, o morrer pode sofrer interferência biotecnológica, a ponto de prolongar uma vida que já não é vida própria, mas sim um mero corpo que respira e se alimenta apenas porque a tecnologia assim permite, tornando-se uma verdadeira penitência tanto para o paciente como para a família que assiste o sofrimento do enfermo. Com esse cenário, urge o emprego de limites de interferência da biotecnologia na linha da vida (nascer, existir e morrer). Ditos limites só podem ser obviamente empregados pelo Estado, que é quem tem o dever de garantir os direitos fundamentais de todo o ser humano e o Estado pode fazê-lo com base nos princípios morais e éticos da bioética.

A bioética está moldada para mediar a aplicação das técnicas médicas nos indivíduos. Tem a função de garantir, através de seus princípios (autonomia, beneficência e justiça), o respeito a cada pessoa e garantir que a biotecnologia seja empregada sempre com a intenção de maximizar os seus benefícios ao paciente.

2.1 O DIREITO DE MORRER COM DIGNIDADE COMO PARTE INTEGRANTE DO DIREITO À VIDA

O tema tratado traça contornos do direito à vida, lido como o mais amplo de todos os direitos. O direito de morrer como parte integrante da vida, vem em razão do rápido avanço tecnológico da medicina e suas consequências àqueles que, fora de qualquer expectativa de cura, permanecem em estado de sofrimento tão avançado, quanto a própria terapia.

A religiosidade é uma característica marcante dos povos latino-americanos, onde culturalmente a morte é tida como tabu e não como uma fase da vida, assumindo um papel absolutamente negativo em relação à vida. Embora a maior parte das crenças religiosas expressem um apego exagerado ao ato de viver, entendendo a morte como um verdadeiro *castigo,* há que se dizer que a morte é um papel quase equivalente ao nascimento. O ato de nascer é fruto de um equilibrado processo biológico com prazo de validade, assim como o ato de morrer está diretamente ligado ao mesmo processo. A biotecnologia, além de curar e prolongar a vida, também faz continuar vivo quem já está morto. O que se tem, na verdade, não é vida, mas sim apenas um corpo que (ainda) respira. As técnicas artificiais podem prolongar a vida por tempo indeterminado, reduzindo o paciente a um mero corpo debilitado, sem consciência, quer por meio da doença quer por meio da terapia, de si e do que se passa ao seu redor. *A morte digna é uma realidade, pois não se justifica prolongar o sofrimento de uma pessoa que na verdade não tem "vida", e, portanto, não se protege realmente a "vida". A legislação deve contemplar a possibilidade de escolha, mas estabelecer critérios dos mais variados para sua autorização legal.* (VIAL, 2011, p. 377).

Nesse contexto é que é defensável o direito de morrer como parte integrante do direito à vida. Um indivíduo entregue a mercê das terapias de prolongamento artificial da vida, tendo como única razão o avanço da medicina, sem lhe ter sido disponibilizada a liberdade de escolha, certamente é um ser humano vítima da violação de seus direitos mais fundamentais.

CONCLUSÃO

A proposta deste trabalho teve como cerne o direito de morrer ou o direito a uma morte digna. A vida é o mais fundamental e a própria razão de existir de todos os direitos. Viver é um direito indisponível, inviolável e universal. No momento social em que todos estamos inseridos, parece deveras razoável (re)pensar que simplesmente *deixar viver* já não é satisfatório. A vida está umbilicalmente ligada ao princípio da dignidade do ser humano e às suas liberdades. A dignidade da pessoa é a base de

todos os direitos fundamentais e consiste em ver o "outro" como um ser em si, bastante e suficiente e não como um mero meio. A condição humana sugere o poder de ter a liberdade de escolha, fundada no princípio da autonomia que é aquele que entende o indivíduo como capaz de gerir sua própria vida.

O desafio proposto pela bioética ao avanço da biotecnologia são os limites morais e éticos que devem ser respeitados para que a ciência tecnológica permaneça em crescente movimento, sem que isso venha interferir de maneira negativa em qualquer direito fundamental da pessoa humana. A realidade deste momento nos põe face a face com situações de prolongamento artificial da vida que se transformam em casos desumanos, onde o enfermo permanece em uma sobrevida, sendo obrigado a passar por um tratamento terapêutico assaz desumano, que lhe foi imposta simplesmente em razão de possibilidade médica, passando longe de ser uma vida baseada nos princípios da dignidade.

A dignidade de cada ser humano como princípio fundamental da construção dos direitos humanos, a vida como o mais elementar de todos os direitos fundamentais, então, deve-se permitir a todo indivíduo ter a liberdade de escolha (autonomia) entre mantê-lo vivo sob condições não naturais – prolongamento de vida artificial – e morrer com dignidade.

REFERÊNCIAS

BAERTSCHI, Bernard. **Ensaio Filosófico sobre a dignidade**. Antropologia e ética das biotecnologias. Tradução Paula Silvia Rodrigues Coelho da Silva. São Paulo: Loyola, 2009.

BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2006.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de Ética Biomédica**. Tradução Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002.

ENGELMANN, Wilson (Org.). **As Novas Tecnologias e os Direitos Humanos**: Os desafios e as possibilidades para construir uma perspectiva transdisciplinar. Curitiba: Honoris Causa, 2011.

JONAS, Hans. **Técnica, medicina y ética**: Sobre la práctica del principio de responsabilidad. Traducción del alemán: Carlos Fortea Gil. 1. Ed. Barcelona: Paidós, 1997.

JUNGES, José Roque. **Bioética**; perspectivas e desafios. São Leopoldo: UNISINOS, 1995.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Coimbra: Atlântida, 1960.

NEDEL, José. **Ética aplicada**: **pontos e contrapontos**. São Leopoldo: UNISINOS, 2004.

VIAL, Sandra Regina Martini. The Right to Die with Dignity: Socio-legal Implications of the Right to a Dignified Life and Death in the Brazilian Experience. In: NEGRI, Stefania (Ed.). **Self-Determination, Dignity and End-of-life Care** Regulating Advance Directives in International and Comparative Perspective. Leiden – Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2011.

DIREITOS HUMANOS TRANSINDIVIDUAIS: A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO BRASIL

GEVERSON APARÍCIO FERRARI

INTRODUÇÃO

A pesquisa intenta verificar se há relação entre a execução provisória da pena e o respeito aos Direitos Humanos, especialmente os direitos transindividuais e difusos, chamados de direitos humanos de terceira geração ou dimensão.

Assim, o escopo da pesquisa é a verificação de questões relativas à execução provisória da pena no Brasil, analisando a sua legalidade frente aos princípios de nossa Carta Magna, mormente em relação ao princípio da presunção da inocência, capitulado no artigo art.5º, inciso LVII, da CF, eis que se está lidando com um dos bens maiores dos seres humanos, a liberdade.

A execução provisória da pena no Brasil é permitida, segundo atual entendimento da Corte Suprema do país. Não obstante, o tema ainda gera debates e argumentos válidos no campo jurídico, tanto para quem defende a legalidade da referida execução provisória em estudo, como para quem a contesta.

Assim, justifica-se esta pesquisa na necessidade de ampliar a compreensão e difusão do conhecimento atinente ao tema escopo deste artigo, especialmente, quando vinculado aos interesses coletivo e a proteção dos direitos humanos transindividuais, aspecto pouco relacionado nos estudos existentes.

Importante frisar que no ano final de 2016 firmou-se posição no Supremo Tribunal Federal (STF) no sentido da validade da execução provisória da pena, mas esta posição enfrenta criticas e oposição na própria corte, vez que a decisão, em que pese tenha sido decidida por maioria, obteve votos contrários.

A fim de problematizar o presente estudo e direcionar o trabalho de pesquisa, pautam-se as seguintes perguntas de partidas: A execução provisória da pena no Brasil respeita os Direitos Fundamentais? Os Direitos Humanos de terceira geração podem ser aplicados como base fundamental jurídica para a aplicação execução provisória da pena? O argumento que se posiciona de forma contrária a execução provisória da pena no Brasil encontra validade jurídica no atual contexto social?

Assim entre os objetivos da presente pesquisa destaca-se: verificar se a execução provisória da pena no Brasil, além de outras fundamentações jurídicas, ainda pode ser justificada pela proteção dos Direitos Humanos de terceira geração, chamados de transindividuais. Em sentido semelhante, analisar os argumentos jurídicos contrários à execução provisória da pena no Brasil, os conceitos de Direitos Humanos *latu sensu*, mormente os direitos humanos de primeira, segunda, por fim realizar o cruzamento de dados entre a execução provisória da pena e os direitos humanos transindividuais.

Dentre as hipóteses de respostas para nossa pergunta de partida, poderá a pesquisa concluir que a execução provisória da pena no Brasil, além de outras fundamentações jurídicas, ainda pode ser justificada pela proteção dos direitos humanos de terceira geração, chamados também de transindividuais. Em outro ponto de vista poderá, a presente pesquisa, verificar em sua conclusão que a execução provisória da pena no Brasil desrespeita dos Direitos Humanos, especialmente o Principio da Presunção de Inocência, ou da Não Culpabilidade. Resta como hipótese derradeira que o Principio da Presunção de Inocência, ou da Não Culpabilidade apenas refere-se a uma presunção de inocência ou de não culpabilidade, não havendo, por isso, impedimento a o início do cumprimento da pena.

Para a realização da presente pesquisa, lançou-se mão de pesquisa qualitativa, vez que se buscou em pesquisa bibliográfica e documental

dados para resposta a pergunta de partida, fazendo cruzamento entre decisões dos Tribunais Superiores e a base conceitual sobre o tema.

O método de pesquisa é o dedutivo, vez que parte-se de premissas maiores a fim de se chegar a um ponto especifico, como conclusão do presente estudo, e exploratório porque o viés ao qual é dado em relação aos Direitos Transindividuais ainda não foi verificado nas decisões estudadas na pesquisa, tratando-se de uma inovação no que tange ao aspecto apresentado, ainda mais porque existem dois pontos de vista antagônicos sobre o mesmo tema, assim com base nestes dois pontos de vistas como premissas de argumentação e tendo obtidos mais dados para a objetivação da pesquisa, conseguiu-se formar uma conclusão sobre o estudo, que a frente será apresentada.

1. A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO BRASIL

A decisão sobre a execução provisória da pena no Brasil não é tema recente, desde 1988, com a promulgação da Constituição Federal o assunto é controverso. A decisão mais recente é de novembro de 2016, mas não foi unânime nem mesmo entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Na realidade as recentes decisões tem sido no sentido de que se inicie o cumprimento da pena, mesmo que provisória, desde que haja um acórdão penal condenatório, ou seja, uma decisão colegiada em segundo grau de jurisdição, vide o caso do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que atualmente está em cumprimento provisório da pena, eis que ainda restam recurso a instancias superiores.

Isso significa dizer que se o réu, em fase de recurso, tiver sua pena confirmada, ou então, tenha a pena imposta em acórdão penal condenatório, este já poderia iniciar a execução provisória da pena.

A posição prolatada pelo Supremo Tribunal Federal é alvo de questionamentos, e controvérsias, vez que existem argumentos no sentido contrário, afirmando que o início da execução provisória da pena, restando recurso especial ou extraordinário a serem julgados, estaria ferindo direitos fundamentais, mormente o Principio Constitucional da Presunção da

Inocência ou da não Culpabilidade. Assim dispõe a Constituição Federal no inciso LVII do art. 5º: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (BRASIL, 1988).

1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Como salientado, a postura dos Tribunais Superiores pátrios não é nova em nosso sistema jurídico, isto porque desde 1988, com a nova Constituição Federal, a postura já era a de que o réu deveria iniciar o cumprimento provisório da pena, mesmo que ainda restassem recursos Especial ou Extraordinário. Em 1990, a súmula 09 do STJ foi clara ao definir que "A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência". No mesmo passo em 2002 a súmula 267 assim orientou: "A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória, não obsta a expedição de mandado de prisão".

No ano de 2003 o STF aprovou duas súmulas em sentido semelhantes. Assim asseverou o referido tribunal na súmula 716: "Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes de transitada em julgado de sentença condenatória." E, na súmula 717 definiu que: " Não impede a progressão de regime de execução da pena fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial."

Não obstante, mesmo com as súmulas acima referidas, o tema não era cediço, para comprovar destacam-se três ementas que apontam a existência de controvérsia sobre o posicionamento em relação à execução provisória da pena.

Destarte o HC. n. 88.143, assim decidiu:

> AÇÃO PENAL. Sentença condenatória. Pena privativa de liberdade. Substituição por pena restritiva de direito. Decisão impugnada mediante agravo de instrumento, pendente de julgamento. Execução provisória. Inadmissibilidade. Ilegalidade caracterizada. Ofensa ao art. 5º, LVII,

> da CF e ao art. 147 da LEP. HC deferido. Precedentes. Pena restritiva de direitos só pode ser executada após o trânsito em julgado da sentença que a impôs." (HC n. 88.413, 1ª Turma, Cezar Peluso, DJ de 9/6/2006).

No mesmo sentido, o HC n. 8.498, assim define em caso semelhante:

> HABEAS CORPUS. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. EXECUÇÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. O artigo 147 da Lei de Execução Penal é claro ao condicionar a execução da pena restritiva de direitos ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedentes. Ordem concedida." (HC n. 86.498, 2ª Turma, Eros Grau, DJ de 19/5/2006).

Mais antigo ainda o HC 84.859 assim se manifesta:

> EMENTA 'HABEAS CORPUS' – PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS – IMPOSSIBILIDADE DE SUA EXECUÇÃO DEFINITIVA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA – PEDIDO INDEFERIDO. – As penas privativas de direitos somente podem sofrer execução definitiva, não se legitimando, quanto a elas, a possibilidade de execução provisória, eis que tais sanções penais alternativas dependem, para efeito de sua efetivação, do trânsito em julgado da sentença que as aplicou. Lei de Execução Penal (art. 147). Precedente." (HC n. 84.859, 2ª Turma, Celso de Mello, DJ de 14/12/2004).

Percebe-se que com o passar dos anos, outras decisões foram sendo prolatadas até que em 05 de maio de 2009 o HC 84.078/MG, por maioria de sete votos a quatro, o pleno da Corte Constitucional entendeu que execução penal, se iniciada antes do trânsito em julgado da condenação, fere o princípio da presunção da inocência.

Destaca-se do HC 84.078/MG:

> A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordi-

> nária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

O mesmo HC ainda lembra:

> Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual.

Mesmo com a decisão referida no HC 84.078, pela não execução provisória da pena sem trânsito em julgado de sentença pena condenatória, o tema continuou polêmico.

Assim em 17 de fevereiro de 2016, o pleno do STF, por maioria de sete votos contra quatro, modificou novamente o entendimento e decidiu que a execução provisória do acórdão penal condenatório, mesmo que restando recurso extraordinário ou especial, não afrontaria o princípio constitucional da presunção da inocência.

No site do STF a notícia foi assim destacada:

> Nesta quarta-feira (17), por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) indeferiu pedido de Habeas Corpus (HC 126292) e decidiu pela possibilidade do cumprimento da sentença condenatória após o julgamento de apelação. No caso em análise, a Corte entendeu válido ato do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) que, ao negar recurso da defesa, determinou o início da execução da pena imposta a um condenado por roubo qualificado.
>
> **A decisão tomada hoje altera o entendimento da Corte sobre a**

> **matéria**, que condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação, mas ressalvava a possibilidade de prisão preventiva. O voto do relator do HC, ministro Teori Zavascki, foi seguido pelos ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. De acordo com o relator, a manutenção da sentença condenatória pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado. Eventuais recursos cabíveis ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo restringem-se à análise de questões de direito. A ministra Rosa Weber e os ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, presidente da Corte, ficaram vencidos. Eles votaram pela manutenção da jurisprudência do Tribunal que exige o trânsito em julgado e concediam o habeas corpus. (Grifo nosso)

Como visto, a assessoria de imprensa do próprio STF divulgou que a corte havia alterado o entendimento sobre a matéria. Destarte a Ementa já deixa clara a nova posição:

> EMENTA: PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VÍCIOS DO ART. 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INEXISTÊNCIA. 1. Segundo o acórdão embargado, "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal."

No entanto no dia 01 de julho de 2016, no HC 135.100/MG, decidiu em sentido contrário, assim afirmou o Ministro Celso Mello sobre a execução provisória da pena: É por isso que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser tratado como se culpado fosse antes que sobrevenha contra ele condenação penal transitada em julgado, tal como tem enfatizado a jurisprudência desta Suprema Corte:

> O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL. – A prerrogativa jurídica da liberdade – que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) – não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais que culminem por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível – por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) – presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes consequências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes."

Como comprovado, mesmo com o HC 126.292/SP, não havia consenso sobre a Execução Provisória da Pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, isso fica ainda mais evidente, pois dias depois da decisão acima, o STF no HC 135.752/PB, através de seu presidente Ministro Lewandowiski também a desconsiderou e assim referindo-se:

> A consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa – independentemente da gravidade ou da hediondez do delito que lhe haja sido imputado – há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer

> efeitos, deve prevalecer até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal.
> Na realidade, a presunção constitucional de inocência qualifica-se como importantíssima cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou que restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral. (...)

Enfim, em novembro de 2016, na análise do Recurso Extraordinário (ARE) 964.246, no Plenário Virtual do STF, por maioria jurisprudenciou, como repercussão geral, que é possível a execução provisória da pena, em acórdão penal. Assim:

> EMENTA: CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Como visto o tema é polêmico e, certamente, terá outros entendimentos, porém à luz dos Direitos Humanos talvez esta questão possa ser respondida.

1.2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA COMO PONTO CENTRAL NAS DECISÕES

O surgimento da presunção de inocência ou da não culpabilidade, ou ainda Estado de Inocência, surge no Direito Romano e já era combatida pelos estudiosos do direito na época. (SILVA, 2012).

A primeira vez que o princípio da presunção da inocência foi escrito em texto de lei remonta no artigo 9ª da Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão, assim referido: "Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei."

Assim, conforme lembra Ubaldo Alexandre (2016) o Princípio da Presunção da Inocência na forma posta, nasceu com a revolução Francesa, e influenciou a Assembleia Geral da Orgazinação das Nações Unidas (ONU), com isto, aproximadamente 100 anos depois da célebre revolução a Declaração Universal dos Direitos Humanos proclamou em seu artigo 11 que: "Ninguém será condenado à pena de ofensa tendo o direito de ser presumido inocente até provado a culpa de acordo com a Lei no processo público ele tem toda a garantia necessária para a sua defesa"

No mesmo sentido, o artigo 26 da Declaração Americana de Direitos e Deveres de 1948 positiva:

> Artigo XXVI. Parte-se do princípio que todo acusado é inocente, até provar-se-lhe a culpabilidade.
>
> Toda pessoa acusada de um delito tem o direito de ser ouvida numa forma imparcial e pública, de ser julgada por tribunais já estabelecidos de acordo com leis preexistentes, e de que se lhe não inflijam penas cruéis, infamantes ou inusitadas.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que entrou em vigor em 09 de setembro de 1953, também positiva no artigo 6º que "qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada".

Por sua vez, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica em 22 de novembro de 1969 prevê que "toda a pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa." Salienta-se, por oportuno, que esta Convenção foi ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992 e promulgado pelo Decreto n. 678 de 06 de novembro de 1992. Importante salientar que esta norma, em especial, devido ao que

preconiza a Carta Magna de 1988 no parágrafo 2º do artigo 5º, possui valor de norma supralegal, pertencendo ao bloco da constitucionalidade, especialmente quando trata de Direitos Fundamentais.

Na legislação pátria, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) assim trata o tema escopo deste artigo:

> 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:
> (...) L, VII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Nas decisões ora analisadas é levado em conta o princípio em questão para defender as teses, a decisão que postula pelo cumprimento da pena provisória afirma que não ocorre afronta ao princípio da presunção da inocência, e assim posicionam-se:

> 1. Segundo o acórdão embargado, "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal." 2. De acordo com o estatuído no artigo 619 do CPP, os embargos de declaração são cabíveis nas hipóteses de ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão. No caso, não se verifica a existência de quaisquer desses vícios.

Em sentido contrário outra decisões entendem que, com a execução provisória da pena se estaria ferindo o Princípio da Presunção da Inocência e assim posicionam-se:

> 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de

> apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão

Ainda na mesma decisão:

> A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.

Conforme se comprova o tema, apesar de decisões mais favoráveis a execução provisória da pena, ainda guarda posições contrárias, com argumentos válidos no campo da lógica e da hermenêutica jurídica. No entanto, sob a ótica dos Direitos Humanos de terceira geração conhecidos como direitos transindividuais e coletivos, a decisão pela execução provisória da pena pode encontrar guarida?

2. OS DIREITOS HUMANOS

A construção histórica dos Direitos Humanos se confunde com a organização do homem em sociedade, com a criação do Estado e a centralização do poder, assim, sua gênese está nos conflitos entre súditos e senhores, para que fossem reconhecidos e respeitados os direitos fundamentais de todo o homem que convive em coletividade.

No mesmo passo em que as sociedades se transformam e se modernizam, adquirindo novos conhecimentos, o homem começa a perceber seus

direitos, tornando-se mais intolerante e impaciente em relação aos desrespeitos que atingem a dignidade da pessoa humana (SORONDO, 2007). Assim, começa a exigir a imposição de limites ao Estado, organiza-se contra a tirania e a opressão que imperou durante séculos e, em alguns locais, ainda impera, em especial em países em guerras ou com governos totalitários.

Assim, a evolução normativa relativa às leis e aos princípios ligados aos Direitos Humanos conquistados pelo homem não são definições a que se chegou de um dia para outro; demandaram centenas de anos de lutas, nas quais se buscou resistir à opressão do homem contra o próprio homem, resultado do abuso do poder. Destaca-se a Carta Magna outorgada pelo rei inglês João Sem Terra em 1215 como alicerce da legislação britânica contemporânea. (COMPARATO, 2003).

Já em 10 de dezembro de 1948 a Organização das Nações Unidas (ONU), em Assembleia Geral, proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos. O ideal comum dessa Declaração era atingir todos os povos e todas as nações para que fossem garantidos e protegidos direitos políticos, civis, sociais, econômicos e culturais.

Para Hélio Bicudo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 foi o marco inicial de um movimento que prossegue até hoje, que busca alicerçar valores às sociedades democráticas. Dentre eles, destacam-se a paz e a solidariedade universal, a igualdade e a fraternidade, a liberdade, a dignidade da pessoa humana, a proteção legal dos direitos, a justiça, a democracia e a dignidade do trabalho. (BICUDO, 1992)

As conquistas dos Direitos Humanos avançaram em passos largos com o advento da Declaração de Direitos do Estado da Virginia, em 1776, e na França, em 1789, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. (DAL'LAGO, 2003)

O reconhecimento legal dos Direitos Humanos pode ser mais bem interpretado através de três dimensões de Direitos Humanos, chamados de direitos humanos de primeira, segunda e terceira dimensões.

2.1 DIREITO DE LIBERDADE

Os Direitos Humanos de primeira dimensão, também chamados de direitos negativos, têm suas raízes na conhecida doutrina iluminista e jus naturalista dos séculos XVII e XVIII. Elas acompanham as mudanças históricas que transformaram paulatinamente a Europa desde os séculos XII e XIII, como lembra Sorondo (2007):

Bobbio também reflete: "A Revolução Francesa foi julgada ora como obra divina, ora como uma obra diabólica, justificada porque, apesar da violência, teria transformado profundamente a sociedade europeia; não justificada porque um fim, mesmo bom, não santifica todos os meios". (BOBBIO, 1992)

Então, o Iluminismo coloca as ideias de dignidade da pessoa humana no centro do debate. Assim, são proclamadas a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão; se garante liberdade de pensamento e opinião, se estabelece a divisão de poderes, impõem-se garantias perante os que aplicam as leis. A liberdade não possui outros limites a não ser o que é permitido pela lei.

Na verdade, essa primeira dimensão nada mais reflete do que o resultado da luta histórica contra a opressão que sofria o povo em relação ao governo. José Damião Trindade (2011) lembra uma destas lutas históricas no ano de 1358:

> A insurreição da jacquerie – denominação derivada de Jacques Bonhomme (Jaques Simplório) como, zombeteiramente, os nobres chamavam os camponeses – exemplifica muito bem o furor e o caráter massivo com que se processavam as rebeliões populares daquele período.

Para Bobbio,

> Os direitos de liberdade evoluem paralelamente ao princípio do tratamento igual. Com relação aos direitos de liberdade, vale o princípio de que os homens são iguais. No estado de natureza de Locke, que foi o grande inspirador das declarações de Direitos do Homem, os

> homens são todos iguais, onde por "igualdade" se entende que são iguais no gozo da liberdade, no sentido de que nenhum indivíduo pode ter mais liberdade do que outro. Esse tipo de igualdade é o que aparece enunciado, por exemplo, no art. 1º da Declaração Universal, na afirmação de que "todos os homens nascem iguais em liberdades e direitos". (BOBBIO, 1992)

Bobbio refere que "o homem tem direitos naturais que, enquanto naturais, são anteriores à instituição do poder civil e, por conseguinte, devem ser reconhecidos, respeitados e protegidos por esse poder".

2.2 DIREITOS SOCIAIS

Por sua vez, os Direitos Humanos de segunda dimensão traduzem uma fase marcada por um profundo antagonismo entre a teoria pregada pelo pensamento liberal-burguês, expresso na Revolução Francesa pela célebre expressão "Liberdade, igualdade e fraternidade", e sua prática de exploração de mão de obra do proletariado havia, de fato, uma grande diferença entre a igualdade declarada e a que existia na realidade. (SORONDO, 2007)

Isso porque após a Revolução Francesa ocorreu, com maior vigor, a ascensão da classe burguesa e, com ela, novas transformações sociais e econômicas. Seus efeitos mais dramáticos foram sentidos pela classe dos operários, que era submetida a condições desumanas de exploração, inclusive com a exploração da mão de obra infantil de forma descontrolada e em larga escala.

Como visto, o surgimento de novos direitos pressupõe a mudança social, a alteração do *status quo*. É neste contexto que surgem os direitos de segunda dimensão. É imperioso salientar que decorreram exatamente das mudanças sociais havidas por ocasião da liberdade para o comércio, por exemplo, já que foram rompidas as barreiras protecionistas. Desse modo, com a ascensão da burguesia e a consequente explosão industrial, foi necessária a luta pelo reconhecimento dos direitos sociais.

Destarte, os direitos de segunda dimensão consagram os direitos eco-

nômicos, sociais e culturais. Na atualidade, pode-se dizer que os direitos à greve, à sindicalização, férias, repouso semanal remunerado, salário mínimo, limitação da jornada de trabalho, dentre outros, representam a justiça social para as classes menos favorecidas.

Por fim, os direitos de segunda dimensão, ao contrário dos de primeira, exigem uma ação positiva do Estado, um fazer. (BOBBIO, 1992)

Da afirmação acima, Bobbio refere que existe a necessidade de uma ação positiva do Estado a fim de que providencie bens sociais ao cidadão.

2.3 DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

Por fim, os Direitos Humanos de terceira dimensão são todos aqueles transindividuais. Pode-se dizer que são direitos fundamentais de fraternidade ou solidariedade, visando a uma proteção mais ampla, buscando tutelar os interesses coletivos como os da família, dos povos e das nações. Para Bolzan de Morais (1996) estes direitos "ultrapassam em seus limites subjetivos a figura de um indivíduo, de um grupo ou mesmo de um determinado Estado". Embarcam também nessa dimensão os interesses difusos, como o direito do consumidor e os relacionados ao meio ambiente, à qualidade de vida, à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural, ao direito de comunicação e o direito à segurança pública. Nunes assim os define:

> A reivindicação de igualdade, que marcou a luta pelos direitos de segunda geração, surge com frequência em tensão com os direitos de terceira geração, que se referem à identidade e à diferença. Essa tensão reaparece, hoje, sob várias formas, no debate no seio das esquerdas sobre a relação entre política de reconhecimento e política de redistribuição [...] Esta terceira geração de direitos corresponderia à terceira das palavras de ordem da Revolução Francesa, a Fraternidade – ou, como diríamos hoje, a solidariedade. (NUNES, 2004)

Assim, a exigência de uma tutela direcionada para garantir, por exemplo, o direito da coletividade e para as gerações futuras em ter um meio

ambiente saudável e a segurança pública surgiu pelo incremento da evolução tecnológica, pelo progresso da humanidade e os consequentes impactos ambientais e sociais negativos que trouxe consigo. Percebe-se que esses problemas não haviam sido pensados anteriormente. Para Bobbio (1992):

> Os direitos de terceira geração, como o de viver num ambiente não poluído, não poderiam ter sido sequer imaginados quando foram propostos os de segunda geração, do mesmo modo como estes últimos (por exemplo, o direito à instrução ou à assistência) não eram sequer concebíveis quando foram promulgadas as primeiras Declarações setecentistas. Essas exigências nascem somente quando nascem determinados carecimentos. Novos carecimentos nascem em função da mudança das condições sociais e quando o desenvolvimento técnico permite satisfazê-los. (BOBBIO, 1992)

Também os direitos de terceira dimensão, assim como os que o antecederam, surgiram a partir das mudanças sociais alicerçados nas respectivas lutas pelo reconhecimento, porém agora na forma coletiva.

Importante frisar que neste âmbito dos direitos humanos não estão vinculados a um indivíduo de forma específica, mas sim à coletividade. Sem dúvida o direito à Segurança Pública compõe o rol dos Direitos Humanos transindividuais, cujo interesse consagra-se em âmbito coletivo, em detrimento do indivíduo singular, o titular é todo e qualquer cidadão.

De acordo com o artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor existem três categorias de direitos coletivos assim positivados:

> Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
> I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
> II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

> III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

No caso em estudo, as decisões para que o condenado inicie a execução da pena de forma provisória, não contrariam os Direitos Humanos, ao contrário, estão de acordo com os Direitos Humanos de Terceira Geração, conhecido também como direitos humanos transindividuais e coletivos, na perspectiva de Marcelo Abelha Rodrigues (2016): "Obviamente que ser transindividual não é o que transcende ao ser humano, mas apenas que transcende à individualidade que tornaria aquele sujeito diverso do outro titular em relação à proteção do bem difuso".

Destarte, a Segurança Publica é um direito difuso, de interesse da coletividade, cujos sujeitos destes direitos são todos, o objetivo da persecução penal é cumprir pacto social e fazer com que criminosos paguem à sociedade pelos crimes cometidos ao romperem o referido pacto, ou seja, há um interesse da coletividade em ver presos os réus já condenados em duplo grau de jurisdição, para o qual se proporcionou amplamente o direito de provar sua inocência.

E neste caso o entendimento é de que estamos diante do que preconiza o artigo 8, inciso I do Código Defesa do Consumidor, quando trata da defesa coletiva que será exercida para proteger "os interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato".

Assim não há obste em aplicar os Direitos Humanos no caso em estudo, e, ainda mais, com base nestes direitos, exigir-se calcado no interesse transindividual, que o condenado inicie o cumprimento da pena imposta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como demonstrado, no final do ano de 2016, o Supremo Tribunal Federal (STF) firmou posição no sentido da validade da execução provisória da pena, mesmo restando recursos especial ou extraordinário aos tribunais

superiores. No entanto, tal posicionamento enfrenta, ainda nos dias atuais, severas críticas e oposição nos próprios tribunais. A grande pedra de toque para as duas posições está no alcance do consagrado Princípio da Presunção da Inocência ou da Não Culpabilidade.

A posição majoritária, que defende a execução provisória da pena, afirma que com isto não estariam ferindo o princípio acima, porém a posição contrária assevera que sim, afirmando que a execução provisória da pena leva consequentemente ao desrespeito ao Princípio da Presunção da Inocência.

Diante do estudo ora apresentado verificou-se que a decisão que exige a execução provisória da pena não fere os direitos fundamentais, antes disso, trata-se da garantia dos direitos transindividuais e difusos, pois neste caso estamos diante do interesse da coletividade, ou seja, da sociedade como um todo, interesse este de ver a pena sendo imposta àquele indivíduo que rompeu com o pacto social e, em duplo grau de jurisdição, não conseguiu comprovar sua inocência, ao contrário, restando contra este mesmo réu, uma decisão desfavorável de órgão colegiado, sabidamente, acórdãos dos Tribunais de Justiça.

O próprio artigo que positiva o Princípio da Inocência não proíbe a prisão, apenas orienta que o réu não deve ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Assim fica a primeira hipótese, nesta linha de raciocínio, comprovada como válida, eis que em nosso entendimento a execução provisória da pena pode ser justificada e defendida para proteção dos Direitos Humanos de Terceira Dimensão, chamados também de transindividual, não restando agredido o Princípio da Presunção de Inocência, ou da Não Culpabilidade, mas sim restando atendido o interesse da coletividade, sabidamente um direito difuso, um Direito Humano.

Destarte, a execução provisória da pena no Brasil atende ao interesse difuso, traduzindo o clamor social que não suporta mais o alto custo da impunidade. Custo, este, que pode ser dividido ao menos em dois aspectos.

O primeiro aspecto é relativo aos gastos com trâmites procedimentais e processuais, que se inicia com a investigação policial e todo o rito formal decorrente e previsto em lei. Em seguida, continua com a análise e

recebimento da denúncia e todo o esforço processual para garantir a ampla defesa e o contraditório do acusado, ou ainda, em segundo grau de jurisdição, com a apreciação em sede de apelação pelos Tribunais de Justiça da pena imposta pelo juiz singular.

A sociedade também não suporta, agora em um segundo aspecto, o alto custo social para a coletividade, que mesmo tendo sido o réu condenado em duas instâncias, com ampla gama probatória, tendo-lhe sido oferecido todas as garantias legais relativas à ampla defesa e o contraditório, vez ou outra, é obrigada a deparar-se com o seu algoz, solto, aguardando os demorados julgamento de recursos impetrados perante as Supremas Cortes, cujo objetivo principal é postergar o início do cumprimento da pena, ou alegar em muitos casos a prescrição pretensão executória.

Por fim, salienta-se que o estudo aqui apresentado, não tem por pretensão esgotar o assunto, mas busca, de forma incipiente, demonstrar que existem outras formas legais de defender as decisões que postulam pela execução provisória da pena, indicando que estas não ferem os direitos fundamentais, antes disso, estão de acordo com os preceitos dos Direitos Humanos de Terceira Dimensão, os chamados direitos humanos transindividuais que visam à proteção dos interesses da coletividade e o bem comum.

REFERENCIAIS BIBLIOGRÁFICOS

BICUDO, Hélio Pereira. **Direitos Humanos e sua Proteção**. São Paulo: FTD, 1992.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Do Direito Social aos interesses transindividuais**.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. **Constituição de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. acesso às 11h de 15 de junho.

DAL'LAGO, Silvio Andreis. A Polícia ostensiva e os direitos humanos no cotidiano da sociedade contemporânea. **Revista Unidade**, Porto Alegre, 2003.

DECLARAÇÃO **Universal dos Direitos Humanos** adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas. 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter _universal.htm>. Acesso em: 10 maio 2014.

Declaração **dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores--%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%-C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do--cidadao-1789.html. Acesso dia 01 de julho de 2017, às 10h.

Declaração Americana de Direitos e Deveres. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/b.Declaracao_Americana.htm, acesso às 09h de 12 de junho.

Declaração Europeia dos Direitos do Homem. Disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf \ acesso às 11h do dia 12 de junho.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em https://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm acesso às 11h30 do dia 12 de junho.

EMB.DECL. NO HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO.

FLORES, Ubaldo Alexandre Licks. **Execução Provisória da Pena Privativa de Liberade: contribuição para a redução da impunidade**. Monografia de Conclusão de Curso apresentado a Escola Superior de Guerra. 2016, p. 11.

HABEAS CORPUS 84.078-7 – STJ - MINAS GERAIS.

JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito Processo Penal**. 11ª. Ed Editora. São Paulo: Saraiva, 2014.

NUNES, João Arriscado. **Um novo cosmopolitismo?** Reconfigurando os Direitos Humanos. São Paulo: Renovar, 2004.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Processo Civil Ambiental. Editora Juspodium, 2016, p.111.

SANTOS JÚNIOR, Belisário dos; JAYME, Márcia; BARBOSA, Marco Antônio Rodrigues. **Direitos Humanos**: um debate necessário. São Paulo: Brasiliense, 1988.

SILVA, Jorge Luiz Caruccio da. **O Princípio Constitucional da Presunção de Inocência Frente à Suspensão do Livramento Condicional Por Infração Penal Cometida, Em Tese, na sua Vigência**. Ufpel. 2012 p.7.

SORONDO, Fernando. **Os Direitos Humanos através da história**. 2007. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br>. Acesso em: 23 maio 2010.

STF. **Súmula 267**. 2002.

_____. **Súmula 716**. 2003.

_____. **Súmula 717**. 2003.

_____. **HC 88.143**.2006.

_____. **HC 84.859**. 2004.

_____. **HC 84.078**.2009.

_____. Disponível em http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310147 acesso às 14h de 10 de Jul 2017.

_____. Disponível em http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310147 acesso às 14h de 10 de Jul 2017.

_____. **HC 135.100**. 2016.

_____. **HC 135.752**. 2016.

_____. **RE 964.246**. 2016.

STJ. **Súmula 09**. 1990.

TRINDADE, José Damião de Lima Trindade. **História social dos Direitos Humanos**. São Paulo: Peirópolis, 2011. p.23.

O INSTITUTO DA PRISÃO PREVENTIVA E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA REINSERÇÃO SOCIAL, SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DO *LABELING APPROACH*

JOÃO VICTOR PALERMO GIANECCHINI
MAX PELOZATO PIRES

PRISÃO PREVENTIVA

O princípio da presunção de inocência está previsto na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVII, expresso com a seguinte redação: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;". A partir deste disposto, presume-se sempre inocente qualquer pessoa até que seja proferida sentença condenatória pelo juiz.

Complementando o referido princípio, tem-se o inciso LIV, do supracitado artigo que estabelece a impossibilidade da privação de liberdade sem o devido processo legal. Juntamente, o inciso LV garante o direito de ampla defesa e contraditório, através dos "meios e recursos a elas inerentes.;". Ambos consolidam o princípio do devido processo legal.

Logo, um indivíduo acusado de cometer um crime deve ter acesso ao devido processo legal, garantido a este constitucionalmente, englobando seu direito de ampla defesa e contraditório, bem como sendo considerado inocente até que se prove contrário e haja trânsito em julgado de sentença condenatória proferida por juízo competente.

No entanto, o próprio sistema normativo permite algumas exceções a estes princípios, como os casos de medidas cautelares, especialmente flagrante delito e prisão preventiva.

Por sua vez, o presente artigo visa abordar o instituto da prisão preventiva, prevista no Título IX, Capítulo III, do Código de Processo Penal,

compreendendo os artigos 311 *usque* 316. Tendo natureza processual e devendo ser, sempre, deferida pelo juiz, diverge, portanto, da prisão em flagrante que possui natureza administrativa e pode ser feita pela autoridade policial, sendo sujeita ao judiciário para revisão sobre sua legalidade e necessidade (RANGEL, 2015, p. 804).

De acordo com Capez, o instituto não fere o princípio da presunção de inocência, pois o art. 312, do CPP prevê requisitos para que seja aplicada, não havendo uma hipótese obrigatória, visto que isto ocasionaria "uma execução antecipada da pena privativa de liberdade, violando o princípio do estado de inocência. Se o sujeito for preso sem necessidade de se acautelar o processo, tal prisão não será processual, mas verdadeira antecipação da execução da pena, sem formação de culpa e sem julgamento definitivo." (CAPEZ, 2016, p. 293).

O instituto pode ser aplicado em qualquer fase processual penal ou da investigação policial, sendo feito por meio de ofício judicial, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou assistente ou por representação da autoridade policial. Houve uma alteração no artigo 311 pela Lei 12.403/2011 mudando os termos "inquérito policial" e "instrução criminal" por, respectivamente, "investigação criminal" e "processo penal"; a modificação permitiu a maior abrangência da medida cautelar, acabando, também, com divergências doutrinárias (RANGEL, 2015, p. 807).

Para que seja decretada a prisão preventiva, é necessário observar-se o disposto nos artigos 312 e 313. Aquele prevê os motivos de aplicação, sendo estes a "garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria."; as expressões constituem o *periculum libertatis*.

Por outro lado, o artigo 313 elenca as hipóteses em que se é permitida sua aplicação, sendo esta sua redação:

> *Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:*
> *I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;*

> *II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;*
> *III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;*
> *(...)*

No presente trabalho, adotar-se-à terminologia defendida por Aury Lopes Jr. quanto aos requisitos da prisão preventiva. Para o autor, utilizar-se do *fumus bonis iuris* não é cabível, uma vez que o delito não pode ser enquadrado como possibilidade de direito, visto que é um ato contrário ao direito. Nesse sentido:

> *Logo o correto é afirmar que o requisito para decretação de uma prisão cautelar é a existência do fumus commissi delicti enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito), ou, mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.* (LOPES JR., 2017, p. 07).

Ademais, o autor também se opõe ao uso do *periculum in mora* pois não se trata do perigo decorrente da demora do processo, mas sim do perigo decorrente da manutenção da liberdade do acusado. Nessa esteira, escreve: "o fundamento é um *periculum libertatis*, enquanto perigo que decorre do estado de liberdade do imputado." (2017, p. 08).

Portanto, o *fumus comissi delicti*, para aplicação da prisão preventiva, é a presença de indícios suficientes para comprovar a ocorrência do delito, bem como da autoria. Já o *periculum libertatis* se fundamenta no perigo decorrente da manutenção da liberdade do acusado.

Mesmo com a previsão legal da prisão preventiva, há outras medidas cautelares presentes no Código de Processo Penal, em seus artigos 319 e 320. Estas devem ser aplicadas preferencialmente em relação à privação de liberdade, conforme disposição do artigo 282, §6º, do Código de Processo Penal. Ou seja, quando for possível utilizar-se destas medidas para

alcançar o objetivo da prisão preventiva, deve-se aplicar o disposto nos referidos artigos.

O que ocorre no Brasil, no entanto, é a banalização da aplicação do instituto, conforme será analisado adiante.

ROTULAÇÃO SOCIAL DO DELINQUENTE

Utilizar-se-á no presente artigo a teoria do *labeling approach* como base para análise do delito, do delinquente, bem como suas origens e consequências. De início, Shecaira (2008, *apud* SÁ, 2010, p. 422) presume-se que qualquer sociedade é heterogênea e complexa; portanto, assumir que esta é permeada pelos mesmo valores morais é uma ficção.

A rotulação do indivíduo como anormal, "estranho", delinquente, ocorre quando um grupo social o reconhece como tal e, assim, o etiqueta de tal maneira. Ainda, o etiquetamento não depende, necessariamente, do indivíduo ter cometido uma conduta contrária ao conjunto normativo, mas que a sociedade entenda a conduta como uma desobediência. (SÁ, 2010, pág. 422). Tal fenômeno do etiquetamento ou rotulação social do criminoso encontra-se como principal objeto de análise da teoria criminológica do "*labeling approach*".

O labeling approach destinou-se ao estudo de duas direções: "uma direção conduziu ao estudo da formação da 'identidade desviante', e do que se define como 'desvio secundário', ou seja, o efeito da aplicação da etiqueta de criminoso (...) sobre a pessoa a quem se aplica a etiqueta; a outra direção conduz ao problema da definição, da constituição do desvio como qualidade atribuída a comportamentos e indivíduos, no curso da interação e, por isto, conduz também para o problema da distribuição do poder de definição, para o estudo dos que detêm, em maior medida, na sociedade, o poder de definição, ou seja, para o estudo das agências de controle social". (p. 89).

Quando um indivíduo realiza uma conduta que a sociedade considera desviante, ele é etiquetado como um "estranho", logo, alguém que não pertence àquele determinado grupo social. Isto é, os delinquentes/estranhos "aquelas pessoas que são julgadas pelos outros como desviantes e assim

permanecem fora do círculo dos membros 'normais' do grupo" (BECKER, 2008, p. 15 *apud* SÁ, 2010, p. 423). Por outro lado, quem recebe a rotulação vê como estranhos aqueles que criaram as regras que provocaram sua exclusão do grupo.

O desvio surge a partir do estabelecimento das regras que vão reger determinada sociedade, pois ao se definir aquilo que deve ser feito, automaticamente se define o que não deve ser feito (desvio). Becker entende que o desvio, na realidade, é uma consequência da resposta de outras pessoas referente ao ato de um indivíduo; tendo isto, a conduta desviante não é uma categoria homogênea de pessoas, sendo, na verdade, a consequência de um julgamento subjetivo coletivo. Nem todos que desrespeitam as regras impostas são tidos como delinquentes, ao passo que, alguns que tomam atitudes obedientes às normas, ainda podem ser rotulados como delinquentes (2008, p. 09).

Ainda, Becker (2008, p. 14) entende que o semelhante entre as pessoas tidas como desviantes não são seus traços sociais ou pessoais, mas sim uma mistura entre a natureza do desvio e a comoção pública gerada por este.

Além disso, como origem do processo de criminalização, tem-se do ponto de vista jurídico-sociológico, uma diferença importante: as regras e meta-regras. As últimas são conhecidas como regras de interpretação e aplicação do direito enquanto as primeiras são tidas como as regras legislativas propriamente ditas.

As meta-regras são derivadas de um processo de construção cultural que acabam por influenciar na aplicação das regras, Tal distinção, dessa forma, acaba por diferenciar, como consequência a criminalidade latente da criminalidade perseguida, sendo que a última geralmente tem como objeto os crimes cometidos pelos sujeitos marginalizados socialmente. (p.105).

A rotulação do sujeito pode se dar através da "cerimônia degradante" (SHECAIRA, 2008, p. 294 *apud* SÁ, 2010, p. 425), esta sendo, principalmente, sua inserção no sistema carcerário, em que, além de privado de sua liberdade, o indivíduo é publicamente etiquetado como desviante, portanto, alguém que rompeu com as regras definidas e então, devendo ser excluído da sociedade. "Graças à prisão, a personalidade do indivíduo se degrada e ele acaba incorporando outra identidade" (SÁ, 2010, P. 425).

A experiência do aprisionamento ocasiona uma mudança na identidade pública do indivíduo, sendo que este deixa de ser alguém reconhecido de uma determinada forma e passa a ser visto de outra diferente, levando-o a ser tratado como tal.

Como consequência desse fenômeno, Alessandro Baratta constata a ideia de que as "(...) penas detentivas, antes de terem um efeito reeducativo sobre o delinquente determinam, na maioria dos casos, uma consolidação da identidade desviante do condenado e o seu ingresso em uma verdadeira e própria carreira criminosa". (p.90).

Lemert atuando no mesmo sentido adota que o indivíduo uma vez taxado como desviante tende a ter sua identidade social alterada e assim permanecer, seu papel social passará a ser aquele no qual a estigmatização o inseriu (p.90).

A reclusão do indivíduo e a sua inserção em uma identidade social em que ele não se encontrava antes faz com que o indivíduo torne como regra esse comportamento desviante, uma vez que o indivíduo passa atuar de forma a se defender, atacar ou se adaptar à reação social por ele enfrentada em seu primeiro desvio", ou seja, a reação social ao primeiro desvio serve como causa ao desvio secundário pela estigmatização do indivíduo (p.90).

Portanto, o ciclo criminoso do indivíduo e sua alteração identitária se inicia a partir do momento em que este é etiquetado e forçadamente inserido em uma realidade social que muitas vezes não é a sua. A consequência natural desse fenômeno de marginalização e de "rotulação social" é a formação das carreiras criminosas.

Passando agora, sinteticamente, para o método de análise da conduta desviante e sua origem interna do agente, bem como condições externas para sua realização.

Howard S. Becker, em seu livro *Outsiders*, defende o modelo sequencial para análise e construção do desvio. O modelo sequencial traz uma série de passos, ordenados, que podem resultar em uma conduta desviante. As variáveis de personalidade influem na decisão do indivíduo em cada passo, entretanto, se analisadas desacompanhadas dos passos, não permitem a explicação do desvio. A análise do comportamento desviante resulta do conjunto de explicações de cada passo, juntamente com as variáveis de personalidade.

DIFICULDADE DE REINSERÇÃO SOCIAL

A dificuldade da reinserção do desviante na sociedade será analisada sob a ótica da teoria da carreira desviante exposta no livro *Outsiders*, de Howard S. Becker, tido como um dos precursores da teoria do etiquetamento social.

Inicialmente, Becker discorre sobre a origem do desvio internamente. O autor entende que as pessoas "normais" também sentem impulsos desviantes, no entanto, estas são capazes de controlá-los. A razão deste controle se dá através da percepção do indivíduo de que, ao cometer o desvio, consequências recairão sobre ele, e como investiu demasiado tempo em manter-se alinhado com a sociedade, escolhe não ceder ao impulso considerando as implicações negativas que decorrerão da prática do desvio.

Em sentido oposto, aquele "que não tem uma reputação a zelar ou um emprego convencional a conservar pode seguir seus impulsos." (BECKER, 2008, p. 38). Ou seja, uma pessoa desamparada tanto econômica, como socialmente se encontra mais suscetível a ceder aos impulsos desviantes e, consequentemente, praticar o desvio.

De forma contrária, o delinquente sente impulsos que o move a cumprir as leis e os valores morais definidos pela sociedade. Sykes e Matza entendem que os desviantes criam justificativas próprias para quebrar as regras sociais.O entendimento dos autores é de que o ato desviante pode ser encarado de três formas: *i)* como algo necessário para o delinquente, como roubar comida para a subsistência; *ii)* convenientes por trazer vantagens e ser oportuno; e *iii)* atender interesses legítimos (SYKES e MATZA *apud* BECKER, 2008, p. 38-40).

Passo seguinte da teoria é a continuação do desvio. O impulso inicial para realizar um desvio surge aleatoriamente nos pensamentos do indivíduo, porém a sua prática reiterada se estabelece em razão do prazer obtido com a experiência, do aprendizado decorrente desta e da adequação à uma "subcultura organizada e torno da atividade desviante." (BECKER, 2008, p. 41).

Becker, para melhor elucidação da carreira desviante, utiliza-se do conceito de "status" e seus traços principais e auxiliares para a análise da rotulação (status) de delinquente e sua relação com a carreira desviante (BECKER, 2008, p. 42)

O conceito de Hughes (*apud* BECKER, 2008, p. 42-44) entende que a cada pessoa é atribuída um status pela sociedade, tendo este um traço principal que o difere dos outros status; atrelado ao traço principal, vêm os traços auxiliares, oriundos, estes, da expectativa social. Um exemplo aplicado à teoria do *labeling approach* é da atribuição, ao indivíduo, do status de criminoso; se este for preso (e consequentemente atribuído status de delinquente/criminoso) por roubo, juntamente ao traço principal (que é "uma pessoa que cometeu crime de roubo"), será atrelado, pela expectativa social, o traço auxiliar de que "esta pessoa desrespeita as leis", portanto é considerado como alguém capaz de cometer outros crimes além de roubo. Pelo exemplo, é possível identificar que o traço principal é que difere o status do indivíduo dos demais, enquanto o traço auxiliar não o difere, entretanto é atribuído socialmente.

Uma das consequências da detenção por um ato desviante é a exposição da pessoa à probabilidade de vir a ser encarada como desviante ou indesejável em outros aspectos.

Outro conceito adotado da teoria de Hughes é o de status principal e subordinado. A ideia é que alguns status se sobrepõem a outros na análise da sociedade. Determinados status tem prioridade no olhar social, tornando os demais menos relevantes frente ao principal. Um exemplo é a raça; o indivíduo que tem o status de negro terá qualquer outro status (mesmo que socialmente desejado e bem visto) subjugado ao status principal, sua cor de pele. Ademais, o status desviante é um status principal, ou seja, não importa qual outro status a pessoa adquiriu ou irá adquirir ao longo da vida, o status de desviante irá se sobrepor aos demais no convívio social.

Becker passa, então, para a análise do etiquetamento, ou seja, a atribuição de um status pela sociedade, como uma forma de impedimento e exclusão social do indivíduo.

A rotulação do indivíduo provoca que este seja moldado como a sociedade o vê. Como consequência disto, o desviante deixa de ter acesso grupos convencionais, sendo que o resultado unicamente do desvio não o levaria a isto. O conhecimento público do desvio e, consequentemente, a caracterização do indivíduo como desviante oneram o praticante do ato a um isolamento que não, necessariamente, ocorreria se não houvesse a publicidade (rotulação).

Tal fato insere o desviante em uma posição em que se "encontra dificuldade em se conformar a outras regras que não tem intenção ou desejo de infringir, e se descobre forçosamente desviante também nessas áreas" (BECKER, 2008, p. 44). Ou seja, um desviante, ao ser afastado de grupos sociais "normais" pode se ver obrigado a adentrar outras áreas em que será aceito ou, ao menos, não impedido de se juntar.

O afastamento dos grupos convencionais, quando se é rotulado e tratado como desviante, tende a provocar a reincidência do desvio, uma vez que se encontra alienado dos grupos dos quais previamente pertencia e tenta se inserir em outros nos quais será aceito, sendo estes muitas vezes grupos desviantes.

Portanto, entende-se que: "O comportamento é uma consequência da reação pública ao desvio, não um efeito das qualidades inerentes ao ato desviante."(BECKER, 2008, p. 45).

Outro elemento importante da carreira desviante são as diferentes esferas sociais e sua interdependência. A sociedade, segundo Becker, é composta de diferentes arranjos (ex.: trabalho, família, etc.) sendo estas dependentes e influentes entre si (2008, p. 45).

O que ocorre é a expectativa social dos diferentes arranjos incidindo uns sob os outros, obrigando o indivíduo a manter-se alinhado e criando a necessidade de que se supra a expectativa de um arranjo para que se consiga ter sucesso ou, apenas, se manter em outro. O exemplo utilizado por Becker se pauta na homossexualidade; um homossexual objetivando subir de cargo em sua empresa apenas o conseguirá fazer até determinado ponto, pois depois há uma exigência social (expectativa) de que a pessoa seja casada, o que dificulta ou torna quase impossível para que um homossexual seja bem visto dentro da empresa.

Vendo-se impedido de obter sucesso devido à não correspondência a expectativa social em outros arranjos, o indivíduo pode ver-se obrigado a utilizar de condutas desviantes para alcançar seus objetivos.

Por fim, Becker entende a inserção em grupo desviantes organizados como o passo final da consolidação do indivíduo como desviante. Nesse sentido: "Um passo final na carreira de um desviante é o ingresso num grupo desviante organizado." (BECKER, 2008, p. 47).

Ao adentrar em um grupo desviante, ou perceber que já se encontra inserido em um, o indivíduo passa a ter outra concepção sobre si mesmo, sendo que a visão social, bem como a compreensão da inserção provocam grande impacto na opinião própria.

Os grupos possuem o desvio como elemento comum, isto traz um sentimento de objetivo ("destino") e passam a se sentir incluídas, após serem excluídas dos grupos "normais". Tem-se o sentimento de pertencimento e destino coletivo.

A partir disto, desenvolve-se uma cultura desviante, ou seja, percepções próprias do grupo de como o mundo funciona, como lidar com este e "um conjunto de atividades rotineiras baseadas nessas perspectivas" (BECKER, 2008, p. 48). Ocorre a solidificação da identidade desviante.

Ocorre, também, a racionalização da posição desviante. O grupos passa a criar uma ideologia para explicar o porque cometeram o desvio, tendo perspectivas históricas, legais e psicológicas, bem como aprende-se a lidar com o fato de serem desviantes e resolver problemas oriundos disto. Tal ideologia provoca a continuidade da atividade desviante. Uma segunda consequência é o aprendizado (e sua passagem adiante) de "como levar adiante sua atividade desviante com um mínimo de contratempo." (BECKER, 2008, p. 48)

Ao se inserir ou ser inserido em um grupo desviante institucionalizado, o indivíduo tem quase zero chances de sair deste caminho.

Finalizando, como visto, a inserção do indivíduo na carreira desviante torna seu retorno para a sociedade "normal" de extrema dificuldade, visto que seu rótulo assume posição de status principal. Paralelamente, o desviante, ao ser etiquetado, é excluído da sociedade, tanto fisicamente, ao ser inserido nas penitenciárias, como socialmente ao deixar de ser aceito em determinados grupos sociais.

A rotulação de criminoso não depende do trânsito em julgado com sentença condenatória; também, conforme visto anteriormente, não é necessária uma conduta contrária ao ordenamento jurídico, mas sim mero entendimento pela sociedade de que o indivíduo teve uma conduta desviante. Diversos fatores influenciam a atribuição do status de delinquente, entre eles a classe social e etnia, visto que há uma expectativa social de que

pessoas de classes inferiores, bem como pessoas com cor de pele escura, tenham maior probabilidade de cometerem crimes.

Desse modo, mesmo que seja decretada a prisão preventiva, ou seja, uma medida cautelar sem sentença condenatória, a sociedade imediatamente passa a encarar aquele indivíduo como um delinquente/criminoso, visto que entende, devido a diversos fatores, ser aquele indivíduo, um desviante. A cobertura da mídia nos casos tende a impulsionar e dar maior publicidade ainda a atribuição do status desviante.

Consequência última de todo esse processo é a inserção do indivíduo em uma carreira desviante, no qual não consegue sair, em função da sua exclusão pela sociedade. Isto também gera a condição do superencarceramento nas penitenciárias brasileiras, uma vez que o objetivo da ressocialização do criminoso, que deveria ser atingido através do sistema penitenciário, não ocorre de fato.

SUPERENCARCERAMENTO

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça, dos 607.731 presos no país, 41% estão presos preventivamente e não foram submetidos a julgamento (dados do Banco Nacional de Monitoramento de Presos de 2018). Tal dado evidencia a ideia de que a aplicação do instituto no Brasil, a ser utilizado com caráter de excepcionalidade, vem sendo aplicado como regra, fato que subverte toda a ordem de princípios e regras processuais penais, penais e constitucionais do ordenamento pátrio vigente e acaba por criar a cultura do encarceramento em massa, problema central do presente artigo, bem como suas consequências. (CNJ, p. 34/35).

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que, por ser aprovado em processo legislativo ordinário, apresenta aspecto supralegal (STF, Pleno, RExt nº 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 22/11/2006.), dispõe em seu artigo 7.2 que

Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.

> O artigo 282 do Código de Processo Penal é enfático em dizer que a utilização do instituto será em caráter de **expressa** necessidade, ou seja, reforça o caráter de subsidiariedade da aplicação do instituto que deverá ser, segundo o inciso I do referido dispositivo dispõe acerca da necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

A lei 12. 403/11 trouxe ao Código de Processo Penal, primordialmente, um paradigma que envolve três requisitos essenciais à configuração das medidas cautelares, quais sejam a necessidade, adequação e proporcionalidade. O artigo 282 do referido diploma legal, além desse trinômio, é literal ao dispor que a prisão preventiva é de uso subsidiário, sendo cabível quando não forem as demais. O dispositivo demonstra a *ratio* inequívoca do legislador em desprestigiar a aplicação da medida em face da nova gama de cautelares do art. 319 da norma processual penal. (MATOS, 2016, p. 13).

Dessa forma, o que se verifica é que a sanção, no caso a aplicação do instrumento da prisão cautelar, deve ser proporcional ao bem jurídico que se deseja proteger. Sendo assim, depreende-se que o legislador processual buscou vedar expressamente a determinação de medida desarrazoada em relação à gravidade do delito objeto de sanção.

Nessa mesma esteira, Gustavo Badaró (2014, p. 710) utiliza-se do termo "referibilidade" para transmitir o ideal de que deve haver uma relação de proporcionalidade entre o direito estatal de punir, bem como a lesividade do crime descrito na denúncia. Para Marinoni, "na tutela cautelar há sempre uma referibilidade a um direito acautelador. O direito referido é que é protegido (assegurado) cautelarmente.". (1994, p. 79).

Segundo o BNMP2.0, ferramenta utilizada pelo Conselho Nacional de Justiça como ferramenta para mapeamento da população carcerária brasileira, em 2018 havia 607.731 presos no Brasil. Dessa forma, conclui-se que o país possui a terceira maior população carcerária do mundo, situando-se atrás apenas dos Estados Unidos da América (2,1 milhões de encarcerados) e China (1,6 milhões de encarcerados).

Estudos apontam ainda que a população carcerária brasileira apre-

senta uma taxa de ocupação de 200%, ou seja, os presídios possuem capacidade para acomodar apenas metade dos encarcerados em condições dignas de ocupação (informações da Pastoral Carcerária divulgados pela Carta Capital.

Dessa forma, de acordo com o que pretende-se demonstrar com o presente artigo, a grande responsável pelo atual superencarceramento situa-se na aplicação desmedida do instituto da prisão cautelar. Como se evidenciou no início do capítulo aproximadamente metade dos encarcerados no Brasil são presos preventivamente, ou seja, encontram-se privados de sua liberdade sem haver sequer condenação definitiva.

Sendo assim, percebe-se que há uma desarmonia em relação à prática reiterada do Poder Judiciário brasileiro em relação a princípios e normas da Constituição da República, fato que será objeto da análise que segue.

VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) foi elaborada em 1948 e aprovada em Assembléia Geral da ONU, com 48 votos a favor e nenhum contra. Seus 30 artigos tratam dos mais diversos assuntos relacionados ao que se consideram ser os direitos básicos para sobrevivência dos humanos, entre eles direito à vida, liberdade, nacionalidade, propriedade, etc..

Relevantes ao presente trabalho, destaca-se o previsto nos artigos V e VII, que versam sobre direito à igualdade, inclusive perante a lei, e presunção de inocência até que provada a culpa do acusado, os quais cito:

> Artigo V - Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.
> (...)
> Artigo VII - Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.
> (...)

Dessa forma, a análise do encarceramento em massa, e da rotulação social com consequente dificuldade de reinserção social do encarcerado no cotidiano enquadrado como padronizado pelo *status quo* e pela lógica elitizada predominante revelam clara violação aos princípios e direitos fundamentais previstos em nossa Carta Magna, bem como revelam-se contrários aos preceitos normativos dos tratados internacionais dos quais o Brasil se faz signatário.

A título exemplificativo será feita breve explanação acerca daqueles cuja violação se mostra mais expressiva.

Começando pelo princípio da dignidade humana, previsto na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º, inciso III. O referido princípio atua como diretriz imperiosa a qualquer Estado Democrático de Direito e, portanto constitui-se como viga mestra de nosso ordenamento jurídico (KIRST, 2009).

Apesar disso, o que se revela na prática a partir do uso reiterado da prisão preventiva e seu consequente encarceramento em massa, bem como a marginalização social causada por esse fenômeno é que tal diretriz normativa pátria encontra-se em violação disseminada pelos próprios tribunais brasileiros, órgãos jurisdicionais que deveriam zelar por sua efetivação prática. Dessa forma, o que se revela é que a aplicação desmedida das prisões cautelares ocasionam o superencarceramento, fenômeno nacional que leva milhares de cidadãos a viverem em condições subumanas, fator que leva à violação de outro direito fundamental, o direito à vida, previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal.

Passa-se agora à análise da violação ao direito fundamental da igualdade. O princípio da igualdade constitui em um dos principais direitos e garantias fundamentais garantidos pela Carta Magna de 1988, sendo elencado em vários dispositivos e regras desta.

O artigo 5º, *caput* e incisos, responsável por elencar os direitos e garantias fundamentais do Estado brasileiro, dispõe acerca deste como sendo um dos maiores, se não o maior representante do Estado Democrático de Direito, sendo por isso definido por José Afonso da Silva como o "signo fundamental da democracia". (SILVA, 2014).

Tal princípio basilar do ordenamento pátrio tem como finalidade a

busca pela superação de desigualdades sociais e regionais, como prenunciado pelo artigo 170, VII da Constituição Federal de 1988. Como origem histórica, documento de grande expressão que contempla esse princípio de suma importância ao desenvolvimento jurídico e social, tem-se a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, cujo enunciado prega que "Os homens nascem e são livres e iguais em direitos".

José Afonso trata, outrossim, da subdivisões do princípio da igualdade, como o princípio da igualdade jurisdicional ou perante o juiz, que apresenta-se sob dois prismas: (1) como interdição ao juiz de fazer distinção entre situações iguais, ao aplicar a lei; (2) como interdição ao legislador de editar leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da Justiça (SILVA, 2014).

Diante de tal consideração, revela-se que hodiernamente há clara violação ao referido princípio, visto que há aplicação das medidas cautelares e punitivas apenas àqueles crimes considerados como passíveis de punição mais agressiva e de forma precoce, como ressalta Baratta ao se referir ao emprego diferenciado do aparato punitivo estatal de acordo com a consciência e definição elitizada de crimes, conforme descrito previamente (BARATTA, 2016).

CONCLUSÃO

O instituto da prisão preventiva vem sendo banalizado no Brasil em função de variados motivos, conforme exposto. Dentre as consequências resultantes desse fenômeno estão o superencarceramento das penitenciárias e rotulação do indivíduo, pela sociedade, antes de sentença condenatória definitiva.

Diversos são os resultados negativos decorrentes de ambos os fatos. No entanto, aquele que assume posição de destaque é a exclusão do delinquente dos grupos sociais "normais", levando-o a buscar grupos em que é aceito, sendo estes, geralmente, grupos delinquentes.

O primeiro contato com estes grupos se dá dentro das prisões onde se assimila os modos, criam-se justificativas para sua condição e aprende-se

novas formas de praticar delitos; provocando, então, a incorporação de uma personalidade delinquente, uma vez que aos olhos da sociedade o indivíduo já é assim visto. A situação leva o indivíduo a adentrar em uma carreira desviante do qual não será capaz de sair facilmente devido à rotulação lhe imposta pela sociedade, mesmo que este não tenha sido, inicialmente, condenado por juízo competente.

De acordo com os dados supracitados, a prisão preventiva vem sendo utilizada no Brasil não como medida excepcional, mas sim como regra, visando demonstrar a eficiência dos tribunais. As condições decorrentes desse fenômeno, como visto podem ser interpretadas como violação de alguns direitos humanos, presentes na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, da qual o Estado brasileiro é signatário. Entre esses direitos, destaca-se a igualdade e dignidade humana que são evidentemente violados em função das condições prisionais brasileiras.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: Introdução à Sociologia do Direito Penal. 1.ed. Rio de Janeiro. Ed. Revan, 2016.

BECKER, Howard S.. **Outsiders estudos de sociologia do desvio**. 1 ed.. Rio de Janeiro. Ed. Zahar, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em:. Acesso em: 10 de fevereiro de 2016;

_____. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969. Ratificada pelo Brasil no Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 15 de março de 2019.

_____. Declaração Universal de Direitos Humanos da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 10 de Dezembro de 1948. Disponível em: http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf.>. Acesso em 12 de fevereiro de 2019.

_____. Decreto Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 de março de 2019.

_____. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 12 de março de 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23 ed.. São Paulo. Saraiva, 2016.

CAULYT, Fernando. **Brasil, terceira maior população carcerária, aprisiona cada vez mais**. Carta Capital. 2018. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/brasil-terceira-maior-populacao-carceraria-aprisiona-cada-vez-mais/>. Acessado em: 21 de março de 2019.

LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed.. São Paulo. Saraiva, 2017.

MARINONI, Luis Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo.: RT, 1994.

MATOS, Helena Rocha. **A crise da prisão preventiva à luz do fenômeno do encarceramento em massa**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal Fluminense. Rio de Janeiro, 2016.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23 ed.. São Paulo. Atlas, 2015.

SÁ, ALVINO AUGUSTO DE. **Criminologia clínica e execução penal**. Tese (Livre-Docência em Criminologia) - Faculdade de DIreito da USP. São Paulo, 2010.

SILVA, JOSÉ AFONSO DA. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed.São Paulo. Malheiros, 2014.

DIREITOS HUMANOS, VÍTIMAS DE CRIMES E SEUS FAMILIARES: BREVES CONSIDERAÇÕES

LUCAS ALMEIDA ALMEIDA
GIANE BEATRIZ SUSKI HUNGER

INTRODUÇÃO

Nos séculos passados, a vítima era concebida como o principal sujeito na punição do agressor, incumbindo-lhe repreender a prática de um ilícito, com a busca da recomposição do dano suportado pela conduta do infrator. Figurava-se então o ofendido como aquele se sofria a lesão propriamente dita, ou seja, vítima, e ao mesmo tempo, atuava como magistrado, vez que buscava meios próprios de reparar o dano sofrido, estabelecendo-se uma espécie de justiça privada. Como exemplo dessa justiça privada, cita-se a máxima "olho por olho, dente por dente". A vingança, destarte, constituía o alicerce na solução do conflito penal, conjuntura que implicava no uso da força e emprego acentuado de violência. (MAZZUTTI, 2011, p. 40).

Com o surgimento das organizações sociais, notou-se que não era interessante manter o método de justiça própria. Assim sendo, percebeu-se a necessidade de criação de outros mecanismos para dar uma resposta mais satisfatória aos litígios da sociedade.

Nesse ínterim, a administração da justiça deixa a esfera privada e passa para esfera estatal, estando a cargo deste, a persecução penal e a punição daquele que infringir a legislação posta como regramento geral pelo Estado. (MAZZUTTI, 2011, p. 42).

Acerca dessa fase, Scarance Fernandes frisa que as preocupações se voltaram para o ofensor, estando a "vítima relegada a plano inferior,

esquecida pelos estudiosos". Argumenta-se que sua atuação era "movida por sentimento de vingança, não de justiça, e, por isso, devia ser limitada a sua participação no processo criminal" (FERNANDES, 1995, p.16).

Com efeito, até os dias atuais, verificamos resquícios de tal pensamento.

A vítima, apesar de quase sempre esquecida do sistema processual penal, é um elemento que compõe a moderna criminologia. No ordenamento jurídico brasileiro, em especial a Constituição Federal, mais precisamente no artigo 5º, verifica-se que o acusado tem inúmeras referências a direitos e garantias fundamentais, por outro lado, praticamente inexiste proteção à vítima nesse contexto, vez que somente o art. 245 faz menção acerca da assistência estatal.

As garantias constitucionais acabam por atingir beneficamente o infrator da lei, sendo externadas à esfera penal. Tais garantias se dão pelo fato do Brasil ser signatário de inúmeros tratados e convenções em matéria de direitos humanos, o que provoca sua abordagem em sede constitucional e não na esfera penal.

Nesse sentido, com base no estudo bibliográfico desenvolvido, podemos dizer que que a visão de direitos humanos no Brasil, tendem a beneficiar o infrator. Assim, observamos que as providências do Estado em favor da vítima e/ou seus familiares praticamente inexistem, sendo estes esquecidos pelo nosso ordenamento jurídico.

Nesse prisma, cumpre destacar que as organizações que defendem veementemente o infrator da lei, em qualquer circunstância que seja, sequer, falam na vítima ou em seus familiares, ainda mais quando a vítima não mais existe. Fazendo um contraponto, quando um infrator é executado ou venha a sofrer sequelas de um crime doloso contra a vida, percebe-se que existe toda uma assistência, um aparato para os familiares, o que inexiste quando se trata de um cidadão vítima.

Tal realidade faz com que o brocardo "mas e os direitos humanos da vítima?" Seja bradado incansavelmente por aqueles que se sentem ludibriados pelo atual sistema.

É claro que a vítima é peça fundamental no sistema de engrenagens que movem o direito penal, vez que sofre o dano, e sofre reflexos da prática delituosa em seu patrimônio, família, etc. Sendo assim, a vítima de um ato

criminoso é vítima duas vezes. Primeiro pelo fato de ter sido vitimada pelo criminoso. Segundo, em razão de um sistema penal onde os direitos das vítimas inexistem.

Nessa perspectiva, surgem inúmeras críticas ao atual sistema penal, destacando-se entre elas, a "falta de consideração quanto as necessidades e expectativas da vítima (e de seus respectivos familiares), sendo praticamente considerada culpada por ter sido brutalizada, ofendida, violentada nos seus direitos mais elementares". (RAMOS. 2010, p. 153).

Dentro do atual sistema brasileiro de aplicação de direitos humanos, faz-se necessário que departamentos de instituições privadas e estatais atuem de maneira coordenada com outras instituições objetivando dar assistência às vítimas, de forma eficiente, e cumprindo o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Outrossim, as atuações dos poderes públicos, devem contribuir para evitar omissões no atendimento às vítimas de crimes dolosos e seus familiares, permitindo-se que os direitos humanos sejam garantidos e efetivamente aplicado.

Se o Estado brasileiro insistir em relegar a efetivação de direitos humanos em relação à vítima e terceiros diretamente atingidos pela repercussão do crime doloso, continuará a expor negativamente e de forma vexatória o Brasil, demonstrando precariedade de sua atuação na proteção interna dos direitos fundamentais, e, descumprindo às normas internacionais de direitos humanos integradas ao ordenamento jurídico pátrio. (RAMOS e RODRIGUES, 2018. p. 434).

É preciso que existam medidas extrajudiciais em especial na criação de centros de proteção e atendimento à vítima/família, assistência médica, social, psicológica e jurídica. Ou seja, é preciso que a abordagem seja mais humanitária, atuando junto aos menos favorecidos da sociedade, auscultando-os, "dando-lhes voz, incluindo-os como vítimas mais vulneráveis nas decisões sobre o seu destino, como objetivo máximo de encontrar respostas positivas e benefícios para as partes envolvidas e assim aproximar-se da Justiça". (KOSOVSKI, 2004. p. 128)

Objetivando uma melhor justiça criminal, faz-se necessário que o Estado não atue somente visando a pretensão punitiva, mas trabalhe também

para satisfazer as expectativas dos demais envolvidos no drama criminal, em especial as vítimas, seus familiares, e a comunidade jurídica. (JORGE, 2002, p. 18).

Logo, medidas protetivas em favor da vítima e familiares são fundamentais para o bom funcionamento do sistema criminal brasileiro, vez que servirá de encorajamento e empoderamento da vítima ou familiares, permitindo que sigam suas vidas adiante, crentes de que é possível confiar no sistema estatal.

Dessa forma, o propósito do presente artigo é discutir o papel dos direitos humanos em relação a família da vítima.

1. GARANTIA E APLICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NOS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA

Para Ramos e Rodrigues a Constituição Federal de 1988 tem a dignidade da pessoa humana como

> fundamento da República Federativa do Brasil, e o país se comprometeu na ordem internacional em prevenir e reprimir atos atentatórios ao ser humano, exigindo atuação estatal na proteção de vítimas de crimes. A legislação internacional de direitos humanos determina, em benefício maior das vítimas, efetividade por parte de todo o Estado, seja nos poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário, na proteção da dignidade da pessoa humana. (2018. p. 441).

Para os familiares nada é mais aterrorizante do que ter um ente querido morto brutalmente, sendo dever do Estado, por ter o monopólio do *jus puniendi*, agir efetivamente na condenação do agressor, na reparação da vítima e na prevenção desses crimes. (RAMOS. 2010, p. 154).

> O prejuízo da vítima nas ações criminosas vai além de um bem/objeto não recuperado, mas se entranha no trauma de um roubo, de um assalto, de uma morte, de um crime sexual, prejuízos estes, que ganham

> proporções em alguns casos, de total destruição da vida das próprias vítimas, ou daqueles que sofrem pelo resultado de um crime violento, os seus parentes. Na prática, a vítima de um ato criminoso é vítima por duas vezes, pois além de ter sido vitimada pelo criminoso, a vítima é refém de um sistema penal onde os direitos da vítima não existem. (MELO, 2010, p. 3)

Nesse ínterim, medidas protetivas em favor da vítima e familiares são fundamentais para o bom funcionamento do sistema criminal. Políticas públicas voltadas para as vítimas de crimes dolosos, onde se tem informação sobre o transcurso do trabalho investigativo, bem como medidas de encorajamento e empoderamento da vítima ou familiares, fará com que ambos sigam suas vidas adiante, crentes de que é possível confiar no sistema.

1.1 DIREITOS HUMANOS DA VÍTIMA E ATUAÇÃO DO ESTADO

A vítima é peça fundamental no sistema de engrenagens que movem o direito penal, vez que sofre o dano, e os reflexos da prática delituosa em seu patrimônio, família, etc.

Nessa perspectiva, surgem inúmeras críticas ao atual sistema penal, destacando-se entre elas, a falta de consideração quanto as necessidades e expectativas da vítima e de seus respectivos familiares.

Poderíamos citar inúmeras razões que ensejam tal situação, mas uma delas se dá pelo fato de que "ninguém quer se identificar com o perdedor", vez que "a vítima suporta os efeitos do crime, assim como a insensibilidade do sistema legal, o rechaço e a insolidariedade da comunidade e a indiferença dos poderes públicos". (MOLINA & GOMES, 1997, p. 65).

Para JORGE, "a sociedade estigmatiza a vítima, enxergando-na como pessoa perdedora, o que provoca uma mudança de seus hábitos e estilo de vida, reiterando o dano experimentado pela vítima com a agressão, que não se encerra no tempo do crime, mas se prolonga com os impactos psicológicos e materiais" (2002, p. 16).

Insta consignar que no denominado Estado Social de Direito, ainda

que pareça paradoxal, as atitudes reais em favor da vítima do delito oscilam entre a compaixão e a demagogia, entre a beneficência e a manipulação. (MOLINA & GOMES, 1997, p. 67).

Dentro do atual sistema brasileiro de aplicação de direitos humanos, faz-se necessário que departamentos de instituições privadas e estatais atuem de maneira coordenada com outras instituições para dar assistência às vítimas, com tomada de medidas eficientes, visando dar cumprimento a premissa a nossa Constituição que se compromete com a dignidade da pessoa humana. Nesse prisma, devem ser inovadoras as atuações dos poderes públicos, labutando para evitar omissões no atendimento às vítimas de crimes dolosos ou seus familiares, permitindo-se que os direitos humanos sejam garantidos e efetivamente aplicado.

Insta frisar que, se o Estado brasileiro insistir em relegar a efetivação de direitos humanos em relação à vítima e terceiros diretamente atingidos pela repercussão do crime doloso, continuará a expor negativamente o país, demonstrando precariedade de sua atuação na proteção interna dos direitos fundamentais, e, desconforme às normas internacionais de direitos humanos integradas ao ordenamento jurídico pátrio. (Ramos e Rodrigues, 2018. p. 434).

É preciso que existam medidas extrajudiciais em especial na criação de centros de proteção e atendimento à vítima/família, assistência médica, social, psicológica e jurídica. Ou seja, é preciso que a abordagem seja mais humanitária, atuando junto aos menos favorecidos da sociedade, auscultando-os, "dando-lhes voz, incluindo-os como vítimas mais vulneráveis nas decisões sobre o seu destino, como objetivo máximo de encontrar respostas positivas e benefícios para as partes envolvidas e assim aproximar-se da Justiça". (KOSOVSKI, 2004. p. 128)

Dessa forma, a vítima e seus familiares, quando sofrerem lesão em virtude da infringência de norma em vigor no nosso ordenamento jurídico, merecem respeito aos seus direitos e deveres, devendo serem assistido pelo Estado. Entendemos que

> há necessidade de que outros órgãos sejam estruturados para aumentarem o raio de ação do atendimento oferecido, bem como que haja um

> maior apoio do governo, em todas as suas esferas, para aquelas pessoas vítimas dessas mazelas serem atendidas tanto no aspecto jurídico, mas principalmente do ponto de vista psicológico, que é o mais afetado em sua grande maioria. (FERNANDES, 2014, p. 404)

Se o tratamento para com a vítima for de forma indiferente, desrespeitosa, não considerando a lesão sofrida, caracteriza-se uma verdadeira ofensa aos direitos humanos, maculando o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, e demais princípios constitucionais.

Dessa forma, cabe ao Estado estimular (ou seja, necessário um engajamento do poder público), a promoção de programas efetivos, que protejam as vítimas reais, promovendo meios para os que sofrem em consequência do ato ilegal, incluindo fatores psicológicos, criminológicos, com vistas a melhorar a segurança humana e implementação de medidas que garantam a aplicação real dos direitos humanos.

Assim, buscar-se-á, a efetivação de um direito constitucional nos atendimentos às vítimas e seus respectivos familiares (direito este muito descumprido atualmente), tendo como escopo identificar, compreender e atender as demandas, bem como buscar minimizar os traumas sofrido pelas vítimas.

1.2 DIREITO DAS FAMÍLIAS DAS VÍTIMAS NO PANORAMA BRASILEIRO

Como já tratado acima, a vítima nunca quis ser vítima de crime, porta tal condição em razão de atitudes/ações de terceiro, e estando em tal condição, agora o que importa é a sua reparação. Como o direito penal brasileiro foi elaborado em um período conhecido como "fase do esquecimento da vítima", onde se estabeleceu o sistema de independência, cabe a vítima pleitear sua reparação na esfera cível. (CARVALHO, 2013, p. 45).

Carvalho menciona que após a Constituição Federal de 1988, a forma de pensar o direito mudou, inclusive acerca dos direitos da vítima, o que se denominou de fase do "redescobrimento da vítima", passando a ter seus

direitos protegidos e ressarcidos, vez que tal questão está atrelado à dignidade da pessoa humana. Nas palavras do autor,

> o interesse na reparação é social e necessário, devendo ser perseguido de forma imperativa pelo estado (efetividade dos direitos fundamentais). Hoje, no Brasil, a segurança, saúde, honra, propriedade e a dignidade são direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988 e devem ser efetivados. A pessoa vitimizada que teve violado um ou todos esses direitos deve ser reparada de forma a buscar seu retorno aos status quo. Ou seja, deve a reparação civil ser integral (sentido amplo), abrangendo eventual restituição da coisa, danos morais, estéticos, materiais, lucros cessantes, honorários, despesas com luto e processo, pensão, tratamento psicológico, médico etc. (CARVALHO, 2013, p. 48).

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 245, estabeleceu como prioridade o cuidado com as pessoas vítimas de crimes, bem como seus familiares, determinando que "a lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito".

Demais disso, as inovações apresentadas pela lei 11.690/2008 que ampliou os direitos do ofendido nos parágrafos §§ 2º, 3º, 4º e 5º do artigo 201 do Código de processo penal, veio a contribuir no panorama dos diretos dos familiares/ofendido:

> Art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações. § 1o Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade.
> § 2o O ofendido será comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem.

> § 3o As comunicações ao ofendido deverão ser feitas no endereço por ele indicado, admitindo-se, por opção do ofendido, o uso de meio eletrônico.
> § 4o Antes do início da audiência e durante a sua realização, será reservado espaço separado para o ofendido.
> § 5o Se o juiz entender necessário, poderá encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado.

De outro lado, uma vez transitada em julgado a sentença condenatória proferida pelo juízo penal, pode a vítima, seu representante legal ou seus herdeiros promover, no âmbito civil, a ação de reparação de dano, conforme estabelece expressamente o art. 63 do CPP:

> "Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros."

De todo modo, o Código Civil, em seu art. 935, estabelece que "a responsabilidade civil é independente da criminal, (...) não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal."

A ação civil autônoma de reparação, poderá ser proposta antes, no curso ou em transitado em julgado a ação penal. Tem prazo prescricional de três anos (art. 206, §3, V do CC).

Podemos colocar que a atuação no âmbito do direito civil visa a restituição, o ressarcimento, a reparação e indenização.

A restituição é a forma mais simples, pois consiste na devolução do objeto. Já o ressarcimento atua no pagamento do dano patrimonial causado. No que se refere a reparação, é a busca de um valor reparatório, objetivando afagar de certa forma com uma determinada quantia aqueles que foram diretamente afetados pelo delito. Por fim,

Insta frisar que a reparação à família da vítima não fica restrita somente a questão acerca da responsabilidade, mas abarca também a dano

material referente as despesas em decorrência do crime propriamente dito, bem como prestação de alimentos para seus dependentes. É o que dispõe o Código Civil:

> Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:
> I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;
> II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Inclusive, a Súmula n. º 37 do Supremo Tribunal Federal afirma que "São cumuláveis as indenizações por dano material e moral oriundos do mesmo fato".

É claro que as indenizações levarão em conta o contexto social da vítima na época do crime, levando-se em conta os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, considerando ainda a dor suportada pelos parentes.

Dentro do quadro exposto acima,

> torna-se imperativo na conjuntura atual, que o Estado abra os olhos para a necessidade social da indenização às vítimas de crime, sendo importante que se tomem medidas no sentido de proporcioná-la mais facilmente. A reparação dos danos causados às vítimas é imprescindível para o restabelecimento do equilíbrio social, até mesmo porque o delito geralmente atinge não só a vítima, mas também seus familiares, e a própria vítima representa força de trabalho útil e produção atual e futura para a comunidade. (JORGE, 2002. 126)

Consideramos que à reparação dos danos, deve-se conferir importância maior, vez que ela não pode ser vista como mera relação privada, já que tem reflexos direto com a esfera pública (MOLINA & GOMES, 1997, p. 460). Além disso, a vítima ou seus familiares não podem ficar relegado a segundo plano, mas devem ter seus prejuízos reparados, já que da ação delituosa, inúmeros reflexos foram sentidos, inclusive de caráter material e psicológico.

Logo, imprescindível é uma atuação positiva do Estado, vez que a respectiva intervenção se afigura inevitável para garantir a dignidade da pessoa humana, efetivando-se os direitos fundamentais do ofendido, dando efetivo cumprimento aos princípios constitucionais.

1.3 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

De início, na área pré-processual (fase administrativa), verificamos a existência alguma assistência ou prestação jurisdicional sobre os direitos humanos em relação aos familiares das vítimas de crime doloso.

Coimbra Presidente da Comissão de Direitos Humanos da OAB de Maringá, Paraná, salienta que

> "nós não temos uma previsão expressa e um tratamento da vítima né, o próprio Código também ele faz um tratamento muito tênue a esse respeito. Lembrando da minha experiência do Ministério público, nós tivemos uma época no Ministério Público uma associação, chamada Associação de Assistência às Vítimas de Crimes, mas é, nós não temos, assim, ainda hoje estabelecida uma política clara, definida de apoio as vítimas de crime. É, o Estado falha muito nesse ponto. E eu creio até que a falta dessa assistência, ela é um fator preponderante para a cifra negra, aquele aspecto que nós conhecemos que consiste na pessoa se sentir desestimulado em, em denunciar violências". (2019, entrevistado em *apud* HUNGER, 2019, p. 13).

E continua,

> "nós não temos ainda uma política de atendimento às vítimas de crime. Temos assim uma série de ações esparsas, mas que não tem a eficiência desejável, por causa de uma coordenação, de um trabalho sistemático. Esse é um ponto. Considero que isso é um fator preponderante da cifra negra, onde as pessoas se recusam, e esse povo se sente com medo, inibido e até desiludidas de fazer as denúncias. Mas temos avanços, e um

> desses avanços é, está no próprio Código Penal, no artigo 217-A". (2019, entrevistado em *apud* HUNGER, 2019, p. 13).

Nos termos da afirmação do presidente da Comissão de Direitos Humanos, concordamos que de fato as ações são muitos tímidas. Tal situação faz com que a população queira retirar direitos atinentes ao infrator, pois acreditam que os direitos desses sãos garantidos, mas os seus são esquecidos.

Ao tratar do tema Coimbra, afirma que "existe um equívoco quando fala que a justiça, que a Lei, que as autoridades só atuam na defesa do bandido, só atuam na defesa do infrator". Para ele, nós temos

> aqui todo o esquema, principalmente nosso esquema criminal é para a defesa dos direitos humanos. O nosso Código Penal, tudo aqui no Código Penal, é para a defesa dos direitos humanos, desde os crimes contra a pessoa, desde os crimes contra a vida, tudo isso aqui é para a defesa dos direitos humanos. Então as nossa Leis existem para a defesa dos direitos humanos. (2019, entrevistado em *apud* HUNGER, 2019, p. 14).

Salienta ainda que,

> Nós temos hoje a terceira população carcerária do mundo. Estamos passando de 01 milhão de presos, é cerca aí de 40% (quarenta por cento) dessa população são presos provisórios. Então veja bem, tudo isso é feito na defesa dos direitos humanos. São pessoas que cometeram crimes, que afrontaram de qualquer maneira os direitos humanos e se, e foram presas, o que, o que dá uma confusão é que muitas vezes as comissões de direitos humanos, aparecem paralelamente ao momento em que o Estado está aplicando a defesa dos direitos humanos contra a vítima, aplicando por exemplo o Código Penal num crime de feminicídio, né, ele, aparece também uma comissão de direitos humanos dizendo que, olha, pode aplicar o Código, mas aplica o Código. Então as comissões chegam e elas querem o seguinte: que aplica o que está no Código, que a pessoa seja punida da maneira que está na Lei. Então, por exemplo a pessoa é preso que aguarda o julgamento da justiça, que ele não

> apanhe. Na verdade, quando ele é condenado, que ele seja colocado da maneira que a Lei estabelece, sabe, e isso as vezes gera, gera até por falta de informação, essa informação quem deveria dar é a Justiça, é a OAB, é o Ministério Público, é o Poder Judiciário, mas a OAB, a Justiça se comunica muito mal, a Justiça se comunica muito mal. É uma herança do autoritarismo que contamina o Judiciário, o Ministério Púbico e a OAB. E ela não explica para a população qual é seu papel. Qual é o papel de cada um deles, como do juiz e do advogado, e, então não fica claro porque cada um está atuando. Mas, eu digo para vocês isso com toda sinceridade: tudo que nós temos aqui da nossa legislação, penal principalmente, é para a defesa dos direitos humanos. (2019, entrevistado em *apud* HUNGER, 2019, p. 14).

Ao ser questionado se o atual movimento de direitos humanos está associado por algum viés ideológico, salienta que é impossível o Estado caminhar sem uma ideologia, vez que o Estado é político. Logo, sofrerá alguma interferência ideológica, seja para cá ou para lá.

> A ideologia perpassa todos os nossos movimentos. Claro, o Estado é político. O Estado é uma organização política. O homem é um animal político, sabe? Então é evidentemente que essas oscilações elas acontecem. Dependendo o que for, por exemplo a base ideológica dos integrantes do poder em determinado momento histórico, nós vamos ter também uma opção de política. Isso é natural. Agora, é preciso ramificar como isso acontece. Nós temos uma Constituição, e pelo que eu já li na nossa Constituição, ela é suficiente, para resguardar a população. E o que existe também as vezes é um discurso equivocado que faz com que as pessoas às vezes não consigam perceber o que está acontecendo, o que está a sua disposição. Algo assim, como se a pessoa estivesse reclamando de fome, sem olhar que do lado dela tem um maná, uma tempestade de maná caindo e ela não está vendo. Agora, não estou dizendo que nós vivemos uma tempestade de maná. Mas, a gente, eu digo o seguinte, que essa nossa constituição, ela foi elaborada, batizada assim com todas as formações ideológicas, então ela ficou muito bem

> montada. Agora nós temos que trabalhar com a nossa constituição. Foi nossa constituição, que resultará essa legislação, a mudança do Código Penal, a valorização da mulher, não só no código penal, mas em outras leis também, e, por exemplo, o combate ao preconceito, a questão do gênero. Então nós temos uma série de situações. Então eu penso assim, influi a questão ideológica. É natural isso em decorrência da própria natureza humana e também da natureza do Estado, especialmente o Estado democrático. É lógico que você não vai ver isso num Estado autoritário, mas no estado democrático você vai ver sim, não é? E nós temos por isso, uma constituição que os órgãos é encarregado de cumprir seus objetivos. (2019, entrevistado em *apud* HUNGER, 2019, p. 15).

Dá entrevista, notamos que da perspectiva da Comissão de Direitos Humanos da OAB, a legislação existente para o tratamento humanizado as vítimas de crimes dolosos e seus familiares é muito tímida e o Estado falha muito nesse ponto. De outro lado, no que se refere aos crimes contra a pessoa, desde os crimes contra a vida, salienta que a nossa legislação, em especial nosso Código Penal, é voltado para a defesa dos direitos humanos, em especial quando busca punir com rigor o infrator da lei.

Quanto a questão de os direitos humanos ter um lado, abarcado com um viés ideológico, Coimbra é enfático ao afirmar que não existe um governo que não tenha um partido que vá buscar implementar suas convicções no período em que governar. De fato, devemos concordar que num Estado democrático de direito, as ações serão desenvolvidas com alguma influência ideológica.

2. CONCLUSÃO

O artigo apresentou um diagnóstico acerca da efetividade dos direitos humanos em relação à vítima e seus familiares. Num primeiro momento, verificamos a evolução dos direitos humanos no direito brasileiro. Além de considerar os tratos de direitos humanos como norma no mesmo status de emenda constitucional, colocou-se a proteção da pessoa humana como um dos objetivos da República Federativa do Brasil.

Nesse ínterim, observamos que os direitos humanos embora estão devidamente garantidos em nosso ordenamento jurídico, faz-se necessário oferecer ao ofendido uma visão mais ampla de seus direitos ante a lesão sofrida, devendo ser adotadas medidas para tornar conhecido das vítimas em potencial, como proceder em sendo necessário.

Ademais, é importante que o Estado aloque meios e recursos mais eficazes visando garantir a justiça efetiva e a assistência às vítimas de delitos, incluindo políticas públicas, como assistência à saúde mental (psíquica/psicológica), jurídica (mecanismos judiciais e administrativos), econômica (reparação do dano e necessidades das vítimas/familiares) e demais serviços que julgarem essenciais. Agindo assim, por intermédio de tais medidas o Estado garantirá maior igualdade material, permitindo que a vítima confie no sistema, e tenha todo o amparo necessário.

Nada obstante, muito deve ser feito. No âmbito dos sobre vitimologia, deve existir maior participação da sociedade como um todo, para que os temas mais variados, como por exemplo a proteção da vítima e seu papel como sujeito de direitos, ou acerca de violações de outros direitos fundamentais, como por exemplo, educação, saúde, emprego, criação de políticas públicas de assistência psicológica, jurídica e social às vítimas de crime e atuação na reformulação da legislação vigente com escopo de melhor atender suas expectativas. Assim, tornar-se-á, a vítima, e de certo modo, a sociedade como um todo, mais consciente sobre seus direitos e deveres. Permitindo, assim, uma sociedade mais empoderada, fortalecida como um todo, pronta para atender nas mais variadas frentes, seja sendo vítima, seja como agente público que vai atender a ocorrência, seja o promotor do caso, defensor e até mesmo o magistrado, apresentem um olhar mais humanizado para com as vítimas e seus entes queridos.

É cristalino que entendemos que a assistência e todo o cuidado despendido para com a vítima, não visa excluir os direitos atinentes ao infrator. Não se busca a retirada de direitos exclusivos do delinquente, vez que a mesma legislação em matéria de direitos humanos, também é aplicada tanto a vítima quanto a quem fere a lei. Logo, deve o Estado concentrar sua preocupação em paridade de armas, permitindo-se assim, uma atuação onde os direitos de ambos sejam garantidos.

No geral, a presente pesquisa verificou que as políticas para as vítimas e familiares dentro do sistema jurídico nacional são garantidas pela legislação esparsa, seja pela norma máxima em nosso ordenamento jurídico, qual seja, Constituição Federal, ou pelos Códigos de Processo Penal, Código Penal e Código Civil.

De outro lado, não podemos tapar os olhos que algumas mudanças se têm realizado nos últimos anos, como é o caso da criação de delegacias especializadas para o tratamento de certos grupos (delegacia da mulher, do idoso, entre outras), a organização dos Juizados Especiais (mais céleres e desburocratizados).

No contexto apresentado, pode-se dizer que a vida é algo natural, que embora devidamente protegida pela nossa Constituição, deve o Estado em todas as dimensões, a responsabilização do ofensor em relação a vítima e seus entes, de forma justa e célere.

É certo que a justiça não é célere. Principalmente num país de dimensões continentais como é o caso do Brasil. Mas é preciso que os direitos das vítimas de crimes dolosos sejam efetivados em todas as esferas. Ou seja, que exista mais informações sobre como proceder, que os departamentos governamentais e não governamentais atuem de forma a contribuir, permitindo o cumprimento da Constituição e demais legislações abaixo dela.

3. REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. Código Civil Brasileiro (2002). Código Civil Brasileiro. Brasília, DF, Senado, 2002.

CARVALHO, João Filipe Melo de. **A Tutela da Vítima de Crime no Processo Penal sob a ótica dos Direitos Humanos**: A Influência da Resolução n 40/30 da ONU no Direito Brasileiro. Brasília – DF: 2013. P, 73.

COIMBRA, Joel Geraldo: depoimento [fev. 2019]. Entrevistador: Giane Beatriz Suski Hunger. Maringá, Paraná: 01 CD com duração 28m. Apêndice C.

FERNANDES, David Augusto. Direitos Humanos e Vitimologia: Uma Nova Postura da Vítima no Direito Penal. **Revista Faculdade de Direito de Minas Gerais,** Belo Horizonte, n. 64, pp. 379 - 411, jan./jun. 2014.

FERNANDES, Antonio Scarance. **O papel da vítima no processo penal**. São Paulo: Malheiros, 1995.

HUNGER, Giane Beatriz Suski. **Garantia e Aplicação dos Direitos Humanos nos Crimes Dolosos Contra A Vida – Em Relação a Família da Vítima**. 2019. 27f. Monografia (Pós-Graduação) – Universidade Estadual de Ponta Grossa, 2019. Maringá, Paraná.

JORGE, Alline Pedra. **Em busca da satisfação dos direitos da vítima**. 2002. 165 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Pernambuco, 2002. Disponível em: http://www.liber.ufpe.br/teses/arquivo/20030711152749.pdf. Acesso em: 23 de dez. 2018, 19:45.

KOSOVSKI, Ester. Vitimologia e Direitos Humanos: Uma boa prática. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano IV, n. 4 e Ano V, n. 5, dez. 2004.

MAZZUTTI, Vanessa De Biassio. **Processo penal sob a perspectiva da vítima: uma leitura constitucional a partir dos direitos humanos**. Jacarezinho, Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2011. 177p.

MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de & GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

RAMOS, Alan Robson Alexandrino. RODRIGUES, Francilene dos Santos. Proteção de direitos humanos de vítimas de crimes em âmbito policial. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 34, nº 2: 433-449, jul./dez. 2018.

RAMOS, Patricia Pimentel O. C. Dos Direitos Humanos da Vítima de Violência e a Responsabilidade do Estado. **Revista da Escola da Magistratura Estadual do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ**, v. 13, nº 51: 148-177, Jul/Ago/Set. 2010.

A CORRUPÇÃO COMO UMA QUESTÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

MAÍRA AYRES TORRES
BERNARDO BICHARA FARIA COELHO

INTRODUÇÃO

Na luta árdua pela afirmação internacional dos direitos humanos, é preciso vencer toda sorte de inimigos que, constantemente, mudam suas estratégias de resistência à realização daqueles direitos. Nas últimas décadas, uma das estratégias mais eficazes de destruição dos direitos humanos tem sido a corrupção.

Diferentemente de outros métodos de resistência aos direitos humanos, a corrupção é silenciosa, não produz imagens de barbárie e, muitas vezes, é praticada escondida sob um discurso de promoção dos direitos humanos. Estas circunstâncias tornam a corrupção um inimigo perigoso, pois dificultam a sua detecção e enfrentamento.

Em verdade, a corrupção é uma maneira menos espalhafatosa e mais sorrateira de se atingir o mesmo objetivo por detrás de outras formas de violação dos direitos humanos, qual seja, a manutenção do poder e de privilégios para uns em detrimento de outros, desconsiderando a dignidade que irmana todos os seres humanos.

A percepção crescente dos prejuízos causados pela corrupção aos direitos humanos gerou uma onda de enfrentamento a este mal no âmbito interno dos Estados e também na esfera internacional, a qual, todavia, ainda não conseguiu resistir eficientemente à força daqueles que dela se beneficiam.

Em grande medida, este fracasso decorre da ausência de instrumentos adequados de combate à corrupção. No âmbito interno, cada Estado vivencia um estágio diferente do processo de enfrentamento da corrupção, sendo que, a grande maioria, até mesmo por seu grau de subdesenvolvimento e de dependência econômica, não possui meios de, por si sós, resistir a ela. Isso, inclusive, torna ainda mais relevante a atuação internacional no combate à corrupção.

O objetivo do presente trabalho, pois, é abordar essa problemática, a fim de contribuir com reflexões que possam auxiliar o desenvolvimento do enfrentamento internacional da corrupção. Para tanto, nos tópicos seguintes, será delineada a relação existente entre corrupção e direitos humanos, bem como detalhada a normatização internacional sobre o tema e demonstrado como ele tem ganhado espaço na agenda dos organismos internacionais de proteção dos direitos humanos.

Além disso, será esclarecido o papel das corporações multinacionais e transnacionais no desenvolvimento das relações internacionais, que reclama uma evolução do entendimento assente sobre a personalidade jurídica de direito internacional exclusivamente para entidades estatais, o que as colocam à margem do regramento internacional.

Por fim, será exposto que o combate eficiente à corrupção depende da sujeição de tais entidades aos ditames internacionais.

OS EFEITOS DA CORRUPÇÃO SOBRE OS DIREITOS HUMANOS

A corrupção é um fenômeno complexo que pode ser analisado por diversos prismas: moral, cultural, econômico, jurídico etc. Eventualmente, o exame deste fenômeno sob um destes vieses pode levar a resultados aparentemente espantosos. É o que acontece, por exemplo, a partir de uma análise econômica da corrupção.

Em certas circunstâncias, a partir de uma análise puramente econômica, há quem sugira a existência de um caráter benéfico da corrupção (GODINHO, 2011, p. 355/356). Isso ocorreria porque, em determinadas situações, o recurso à corrupção poderia significar um incremento de

eficiência para a realização de atividades que contribuem com o desenvolvimento econômico.

Nada obstante, esta percepção é enganosa por desconsiderar os efeitos deletérios que ela gera em termos de degeneração das finalidades públicas que devem ser perseguidas pelos administradores (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2016, p. 32).

Ademais, o desenvolvimento econômico que, em certos casos, pode ser facilitado pela corrupção, não necessariamente se traduz em benefícios sociais, isto porque, a longo prazo, a tendência é que tal crescimento decline e que as desigualdades se acentuem cada vez mais (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2016, p. 33).

Fato é que, ainda quando atos de corrupção pareçam ter algum resultado positivo, eles escondem inúmeros outros efeitos prejudiciais. Isso porque, em verdade, nas ocasiões em que a corrupção revela algum grau de eficiência na realização de uma atividade relevante, ela se apresenta como o remédio errado para uma doença que não deveria existir.

Em outros termos, se existem problemas, seja de que ordem for – burocráticos, culturais, entre outros – a retardar o desenvolvimento de uma atividade que podem trazer benefícios a outrem, estes devem ser enfrentados e resolvidos e não postos de lado. Além disso, o seu enfrentamento deve se dar com medidas que não criam outros problemas ainda mais graves.

Toda vez que alguém exige ou aceita um benefício indevido para praticar algo que não deveria ou para não deixar de fazer o que se lhe incumbia, seja na esfera pública ou privada, tal ato gerará efeitos prejudiciais a terceiros em maior ou menor grau. No âmbito público as constatações destes prejuízos são mais evidentes, pois, em geral, há um prejuízo direto às finanças públicas ou à qualidade dos serviços prestados ou à infraestrutura estatal. Mas, no campo privado, as consequências não são menos relevantes, pois elas podem interferir, por exemplo, na livre-concorrência ou na qualidade de produtos ou serviços, afetando os consumidores.

Mesmo nos pequenos casos de corrupção pública ou privada, como, por exemplo, a propina paga para um fiscal a fim de não ser sancionado ou o benefício dado a um gerente de uma empresa para que o mesmo contrate um parente do corruptor como estagiário, há um prejuízo geral à sociedade

que vai muito além da relação entre corrupto e corruptor. É que cada ato desviante como esses avilta a confiança e a boa-fé que devem presidir as relações sociais.

Assim, dificilmente, um ato de corrupção não trará um desdobramento negativo a um direito humano, ainda que como causa distante. Por isso que Gabriela Alves Mendes Vieira e Marcelo Dias Varella (2014, p. 485) bem destacam que a violação de direitos humanos por atos de corrupção pode se dar de maneira direta, indireta ou remota.

Não é difícil imaginar o prejuízo causado por atos de corrupção que desviam dinheiro público destinado à realização de direitos sociais da população, como educação, saúde e transporte. Também é fácil perceber os danos aos direitos civis causados por atos de corrupção que acarretam o sucateamento de infraestruturas viárias ou dos aparatos de segurança pública. Mas esses prejuízos diretos ou indiretos talvez não sejam os mais relevantes.

Pior do que isso é o efeito, nem sempre perceptível, da corrupção sobre a política. A partir de um determinado nível de degradação moral, numa sociedade imersa em corrupção, o poder pode ser dominado por uma classe de cleptocratas, que se utilizam de sua posição apenas para atender a interesses próprios (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2016, p. 278).

Note-se que, em tais casos, não há, por exemplo, um desvio de recursos públicos no bojo de uma ação governamental que visa a atender a um interesse público. Aqui haveria um desvirtuamento da própria ação governamental, que seria apropriada para atender apenas ao interesse privado dos detentores do poder, o que se mostra ainda mais grave.

Essa dinâmica além de violar a própria democracia, tem um impacto direto no direito ao desenvolvimento das sociedades, cujas aspirações são furtadas e descartadas pela cleptocracia dominante. Essa elite corrupta com poder sobre as classes mais vulneráveis não apenas atua no controle do Estado.

Tal corrupção faz-se sentir, igualmente, no âmbito privado. Assim é que, pessoas ou empresas que se encontram numa posição estratégica, por exemplo, pela propriedade de um bem escasso, não raro se valem do seu poder para alcançar fins puramente egoísticos, para cujo atendimento não se constrangem em corromper ou em serem corrompidas.

Importante, nesse cenário, salientar o papel central do setor privado no desenvolvimento da corrupção global, sobretudo por meio das corporações multinacionais e transnacionais, que, por muito tempo, estruturaram a expansão de sua atuação para países em desenvolvimento em práticas de corrupção, sob a justificativa de que não havia outro meio de se fazer negócio nestas localidades. Chegando-se às raias do absurdo, tais empresas ainda realizavam, em seus países de origem, deduções fiscais dos gastos com corrupção havidos no exterior (FERREIRA; MOROSINI, 2013, p. 260/262).

O reconhecimento da violação de direitos humanos pela prática de atos de corrupção não se dá, portanto, pela verificação do desrespeito a um direito de não sofrer com a corrupção, mas sim em razão dos prejuízos aos direitos humanos reconhecidos nos tratados internacionais.

Sobre esse ponto, oportuno reproduzir a lição da Diretora de Direito Público Comparado e Direito Internacional Público do Instituto Max-Planck, Professora Anne Peters (2015, p. 11), que afirma:

> *This is not about any (new) human right to a corruption-free society. Such a right is neither recognized by legal practice nor is there a need for it. Rather, corruption affects the recognized human rights as they have been codified by the UN human rights covenants. In practice, what is most often affected are social rights, especially by petty corruption. For example, corruption in the health sector affects the right of everyone to the highest attainable standard of health (Article 12 ICESCR); in the education sector, the right to education (Article 13 ICESCR) is at issue.*
>
> *But also the classical liberal human rights may be undermined by corruption: If a prisoner has to give the guard something in return for a blanket or better food, then the prisoner's basic right to humane conditions of detention (Article 10 ICCPR) is affected. If – as most observers tend to think – the current surge in human trafficking is made possible and facilitated primarily by corruption that induces police and border guards to look the other way, then this affects the human right to protection from slavery and servitude (Article 18 ICCPR). Obviously, corruption in the administration of justice endangers the basic rights*

> *to judicial protection, including the right to a fair trial without undue delay (Article 14 ICCPR). In the case of grand corruption and foreign bribery, however, the implications for human rights – such as the effect of nepotism on the right to equal access to public offices (Article 25(a) ICCPR) – are less clear.*

A doutrina não apenas reconhece a ligação entre corrupção e violação a direitos humanos, como, ainda, defende a possibilidade de responsabilização dos países que, por não combaterem a corrupção ou o fazerem de modo insuficiente, permitem que sua população tenha direitos afrontados, o que caracterizaria violação aos tratados garantidores seja de direitos civis e políticos, seja de direitos econômicos, sociais e culturais, seja de direitos coletivos.

Luciano Meneguetti Pereira sustenta que, no Brasil, é possível constatar a violação a diplomas internacionais em razão dos altos índices de corrupção, como o PISDCP, o PISDESC e a Convenção Americana de Direitos Humanos e conclui (PEREIRA, 2017, p.122/123):

> *Desse modo, diante de um quadro em que se verifica a inércia e/ou a insuficiência do agir do Estado brasileiro no sentido de combater eficazmente a corrupção e seus maléficos efeitos, constatando-se a falha estrutural estatal no cumprimento de suas obrigações internacionais quanto ao respeito, proteção e efetivação dos direitos humanos protegidos, gerando como consequência graves e sistemáticas violações de direitos humanos de indivíduos e da sociedade brasileira em geral, impõe-se que seja buscada no plano internacional a responsabilização do país, uma vez que não será difícil a constatação dos pressupostos necessários à responsabilidade internacional do Estado, conforme analisados anteriormente (o comportamento estatal comissivo ou omissivo que implica num ilícito internacional, o dano material ou moral e o nexo de causalidade ou imputabilidade).*

Tem-se, pois, que por representar uma violação a direitos humanos, de diferentes formas e em diversas intensidades, a corrupção precisa ser

objeto de preocupação da comunidade internacional, a qual deverá instituir mecanismos eficazes, inclusive normativos, que a combatam e previnam, bem como que diminuam os seus efeitos prejudiciais, uma vez que ocorram.

O TRATAMENTO INTERNACIONAL DO COMBATE A CORRUPÇÃO: SITUAÇÃO ATUAL E PERSPECTIVAS

A percepção de que a corrupção é um problema que afeta gravemente os Direitos Humanos não é nova. Já em 1975, a Assembleia Geral das Nações Unidas editou a Resolução nº 3.514, condenando todas as práticas de corrupção, inclusive suborno, executadas por corporações transnacionais ou não, seus intermediários ou qualquer um que tenha envolvimento nestes tipos de ações ilegais e conclamando os Estados e os próprios órgãos da ONU a adotar medidas de combate às mesmas.

Na quadra atual, há cinco diplomas internacionais que se destacam no enfrentamento da corrupção, são eles: Convenção Interamericana contra a Corrupção, Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção e Convenção Relativa à Luta Contra a Corrupção em que Estejam Implicados Funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados-Membros da União Europeia, Convenção da União Africana para Prevenir e Combater a Corrupção.

A Convenção Interamericana contra a Corrupção constitui-se num tratado no âmbito da Organização dos Estados Americanos e foi pactuada em 29/03/1996, tendo o Brasil ratificado-a em 10/07/2002. Este diploma, em síntese, pretende combater a corrupção pública, determinando aos Estados-Partes uma série de medidas a serem adotadas, com vistas à criminalização de atos de corrupção de agentes públicos, à investigação, cooperação, sanção e prevenção de tais atos. O Brasil fez uma reserva ao dispositivo que previa a criminalização da prática de *lobby* para fins de obtenção de proveito ilícito (art. XI, parágrafo 1º, inciso "c").

A Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais foi estabelecida

entre os países integrantes da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, em 17/12/1997, tendo o Brasil ratificado-a em 24/08/2000. Este tratado tem um escopo ainda mais restrito que o da Convenção Interamericana contra a Corrupção, pois foca no estabelecimento do dever de os Estados-Partes criminalizarem, por suas legislações internas, o suborno a funcionários públicos estrangeiros, na realização de transações comerciais internacionais.

O grande diferencial deste diploma foi a ênfase na responsabilização das pessoas jurídicas envolvidas nos atos de suborno de funcionário público estrangeiro, assentando-se que, ainda que a legislação interna do país signatário não admita a responsabilização criminal de pessoas jurídicas, cada Estado-Parte "deverá assegurar que as pessoas jurídicas estarão sujeitas a sanções não-criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas contra a corrupção de funcionário público estrangeiro, inclusive sanções financeiras" (artigo 3.2).

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 31/10/2003, foi assinada pelo Brasil em 09/12/2003 e ratificada em 15/06/2005. Em relação aos diplomas referidos acima, pode-se considerar a Convenção de Mérida, tal qual é conhecida, como uma legislação muito mais ampla e completa.

Além de melhor detalhar os pontos já abordados por aquelas e acrescentar outros extremamente relevantes – como os mecanismos de cooperação internacional, as formas de recuperação de ativos etc –, tal convenção tem o mérito de dar ao combate à corrupção privada quase o mesmo destaque do enfrentamento à corrupção pública, inclusive a nível de tipificação penal.

Diz-se quase porque a convenção estabelece, em relação aos atos de corrupção pública, a obrigação de criminalização pelos Estados-Parte, enquanto que, no que tange aos atos de corrupção privada, preconiza que os signatários considerem a possibilidade de criminalizá-los.

A Convenção Relativa à Luta Contra a Corrupção em que Estejam Implicados Funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados-Membros da União Europeia, de 26 de maio de 1997, a exemplo da Convenção Interamericana Contra a Corrupção, tem um objeto bastante restrito. Basicamente o tratado limita-se a definir os crimes de corrupção passiva

cometido por funcionários comunitários ou de Estados-Membros e a estabelecer o dever destes de incorporar tais tipos às suas legislações internas.

A Convenção da União Africana para Prevenir e Combater a Corrupção, de julho de 2003, foi firmada anos mais tarde que os diplomas do bloco interamericano e europeu, no mesmo ano que a convenção da ONU. Justamente por isso, seu texto é bastante semelhante ao desta última e, em consequência, ela é consideravelmente mais densa do que os tratados dos demais sistemas regionais.

Nos últimos anos, as organizações internacionais de proteção aos direitos humanos vêm demonstrando crescente preocupação com o tema, buscando intensificar as ações voltadas ao combate à corrupção.

No âmbito da Organização das Nações Unidas, o tema tem recebido destacada atenção. De 2006 até hoje, já foram realizadas sete sessões da Conferência dos Estados signatários da Convenção de Mérida. Mais recentemente, em discurso na 36ª Sessão do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, ocorrida em 11 de setembro de 2017, o Alto Comissário da ONU para Direitos Humanos Zeid Ra'ad Al Hussein proferiu discurso em que salientou:

> *Corruption violates the rights of millions of people across the world, by robbing them of what should be common goods and depriving them of fundamental rights such as health and education or equal access to justice. Recent scandals, including very serious allegations levelled at high-ranking officials in Brazil and Honduras, have revealed how deeply corruption is embedded in all level of governance in many countries in the Americas, often linked to organized crime and drug trafficking. This undermines democratic institutions and erodes public trust. Progress towards uncovering, and prosecuting, corruption at high levels of government is an essential step forward in ensuring respect for the people's rights, including justice.*

Em relação ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, oportuno citar a Resolução 01/2017 e a Resolução 01/2018 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

A primeira delas foi editada no bojo de um escândalo de corrupção envolvendo a alta cúpula do Governo da Guatemala, inclusive seu presidente, que culminou na expulsão de um comissário internacional integrante da Comissão Internacional Contra a Impunidade na Guatemala – órgão internacional e independente que tem por objetivo combater a impunidade provocada pela atuação de milícias e outras formas de poder paralelo naquele país, a partir de acordo firmado por aquele Estado e a ONU –, em razão da investigação e denúncia do envolvimento de agentes governamentais com estes aparatos ilegais.

Embora tendo como pano de fundo a situação da Guatemala, a resolução foi clara ao expressar que este problema não está circunscrito a um ou outro país, salientando que "*observa con preocupación cómo el flagelo de la corrupción afecta a diferentes países de la región*".

Tal perspectiva de que a corrupção é um problema endêmico em diversos Estados tornou-se ainda mais evidente quando, no ano seguinte, a mesma comissão editou a Resolução 01/2018, a qual definiu a compreensão sobre a corrupção, bem como o dever dos Estados de adotar medidas a enfrentá-la de forma eficiente, afirmando em seus consideranda:

> *Enfatizando que la corrupción tiene múltiples causas y consecuencias y en su desarrollo participan numerosos actores, tanto estatales como entidades privadas y empresas y por ello se requiere el establecimiento de mecanismos efectivos para erradicarla con el fin de garantizar los derechos humanos.*
>
> *Conscientes que la falta de transparencia de la gestión pública facilita la corrupción e impide el control ciudadano y el escrutinio de la prensa sobre asuntos críticos como la contratación pública y la gestión del presupuesto, en particular sobre gastos en infraestructura y programas sociales; las actividades de lobby; el conflicto de interés y sistemas de empleo público, así como el financiamiento de los partidos políticos y de las campañas políticas.*
>
> *Que bajo el marco jurídico interamericano, los Estados tienen el deber de adoptar medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter para garantizar el ejercicio de los derechos humanos frente a las*

vulneraciones y restricciones que produce el fenómeno de la corrupción.

A despeito desse crescente movimento internacional de combate à corrupção, e dos diversos tratados já existentes, o Direito Internacional ainda é bastante incipiente no tratamento da matéria. A ênfase conferida pelos diplomas internacionais no estabelecimento de obrigações aos Estados de instituir mecanismos e medidas de combate à corrupção, inclusive a criminalização de determinados atos, em lugar da criação de obrigações e sanções incidentes diretamente sobre os atores internacionais propensos à prática de corrupção tem-se revelado improdutiva.

No caso do Brasil, por exemplo, embora o país tenha promovido diversas alterações legislativas, com a criação ou aperfeiçoamento de tipos penais relativos à corrupção, dentre outras medidas, como a edição da Lei Federal nº 12.846/2013, chamada Lei Anticorrupção, não se pode considerar que as mesmas sejam adequadas ao cumprimento efetivo da legislação internacional, ante a timidez das previsões estabelecidas (BERTONCINI; KLOSS, 2012, p. 229/236).

Fato é que o impasse para o avanço do enfrentamento da corrupção em âmbito internacional depende, substancialmente, da superação de uma visão tradicional dos internacionalistas acerca de quem são os sujeitos de direito do Direito Internacional.

Deveras, desde sua gênese, o Direito Internacional sempre foi tido como um ramo aplicável apenas aos Estados e às organizações internacionais reconhecidas por este ramo do Direito. Essa compreensão hermética foi abrandada com o surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que introduziu a pessoa humana, singularmente considerada, como sujeito de direitos e deveres (HICKEY JR, 1997, p. 9/11).

É certo que as profundas transformações da ordem internacional ocorridas nas últimas décadas retiraram a centralidade da participação dos Estados na organização das relações globais. Se não é possível considerar que o protagonismo destes foi substituído, é certo afirmar que passou a ser dividido com outras entidades, a exemplo das corporações multinacionais e transnacionais. Nesse contexto, o apelo à soberania perdeu espaço para o incentivo ao desenvolvimento da governança corporativa (LIGUORI, 2012, p. 295/298).

Nada obstante, o Direito Internacional carece de um enfrentamento mais profundo sobre a necessidade de consideração das pessoas jurídicas de direito privado como sujeitas de direitos e deveres de normas internacionais. Na seara do combate à corrupção, isto se torna ainda mais premente.

O desafio do combate à corrupção não pode ser vencido a partir da simples utilização dos mecanismos legislativos tradicionais, sendo as legislações internas insuficientes para reagir às práticas desviantes, tanto quanto a legislação internacional voltada apenas aos Estados. Márcio Ricardo Staffen bem percebeu que o enfrentamento eficiente à corrupção depende de uma conjugação de instrumentos legais, tal qual esclarece na seguinte passagem (STAFFEN, 2018, p. 125):

> *In addition to the normative changes promoted in the internal legal files, typical actors of transnationalism through soft law and / or self--regulation develop their own procedures for combating and correcting conduct with the capacity to develop acts of manifest corruption, as an example, mention the mechanisms of accountability and compliance. There is a real symbiosis between public spheres with private spaces, internally and / or externally to the geographic territories of the nation states. However, the normative sources emanate from national public domains with projection and effectiveness in the extra-national private sector and, in other cases, derive from the private initiative with destiny to the behaviors of public institutions, governmental or otherwise.*

A nova configuração das relações internacionais é caracterizada pela crescente influência de corporações multinacionais e transnacionais, que, por sua força econômica, não raro, mostram-se mais poderosas que muitos países, especialmente os subdesenvolvidos.

Em virtude disso, tem-se revelado expressiva a relevância cada vez maior dada às instituições de autorregulação desses atores internacionais, que carecem de uma disciplina global, embora sejam postos à margem do Direito Internacional tradicional. Daí porque muito se tem falado sobre o surgimento de um Direito Administrativo Global.

Em um contexto de mundo globalizado, a criação de obrigações internacionais que devem ser intermediadas pelos Estados ao invés de incidirem

diretamente sobre os reais atores globais revela-se anacrônica, sendo imperiosa a revisão dessa compreensão.

Por outro lado, o regramento internacional da atuação de corporações multinacionais e transnacionais apenas por meio de mecanismos de autorregulação, pautados, sobretudo, em *soft law*, não oferece respostas adequadas aos desafios atuais de promoção e respeito aos direitos humanos por atores internacionais não estatais.

Sobretudo no que pertine ao combate à corrupção, o mesmo só terá êxito se for objeto de tratamento por normas globais de conduta, as quais hoje, vêm sendo editadas, em grande medida, por organismos não dotados de personalidade jurídica internacional.

O CARÁTER EXTRATERRITORIAL DE LEGISLAÇÕES NACIONAIS: OS EXEMPLOS DO FCPA NORTE-AMERICANO (1977) E DO *UNITED KINGDOM BRIBERY ACT* (2011)

Dado o vácuo da normatização internacional acerca de mecanismos específicos de repressão a agentes privados que cometam atos de corrupção, tem-se observado uma tendência de edição de legislações nacionais com a pretensão de alcançarem um viés internacionalista, como, por exemplo, o FCPA e *o UK Bribery Act*, oriundos das experiências norte-americana e inglesa, respectivamente.

De forma sumária, o FCPA é uma legislação interna dos EUA, editada no ano de 1977, com o objetivo de coibir as práticas antissuborno nesse país. Tendo como parâmetro o combate aos atos de corrupção do mercado, tanto em âmbito de sancionamento cível, quanto na esfera criminal, o FCPA incide sobre pessoas físicas e mesmo, jurídicas (VERISSIMO, 2018, p. 150/151).

No que pertine à aplicabilidade de seu texto legal, o FCPA (15 U.S.C. §§ 78dd-1, 78dd-2, 78dd-3) possui uma abrangência amplíssima, uma vez que suas hipóteses de incidência não se limitam a sujeitos que atuam no território norte-americano, mas também compreendem as relações negociais travadas por empresas e cidadãos americanos, mesmo no exterior, e ainda,

companhias e indivíduos estrangeiros que ostentem relações negociais ou mesmo qualquer tipo de conexão com os EUA (como, por exemplo, a realização de operação em dólar americano, ainda que no exterior e entre sujeitos ou empresas não americanos).

Destarte, o que se pode observar é que a amplitude pretendida pelo legislador norte-americano foi proposital no sentido de não exemplificar, de forma taxativa, as hipóteses de incidência, conferindo-se verdadeiro caráter extraterritorial tanto em relação à aplicação da norma, quanto no que diz respeito à competência da própria jurisdição da justiça norte-americana.

Outro exemplo que ilustra essa intenção extraterritorial de incidência de um diploma legislativo nacional é a norma editada, em 2011, na Inglaterra, mundialmente conhecida como o *UK Bribery Act*. Segundo a referida norma, a repressão dos atos de suborno relacionados a empresas nacionais e estrangeiras, compreende negócios locais e no exterior, alcançando agentes públicos e privados (CARNEIRO; SANTOS JUNIOR, 2018, p. 36).

Sucintamente, o *UK Bribery Act* prevê uma série de responsabilizações de cunho penal, administrativo e cível frente aos atos de corrupção, sendo tido como uma das legislações de enfrentamento antissuborno mais severas do mundo. Assim como o FCPA, a norma inglesa também estipula que qualquer companhia ou indivíduo que mantenha relações com a Inglaterra, sob qualquer modalidade de conexão ou de vinculação operacional poderá ser responsabilizada.

Desse modo, constatado o envolvimento com práticas ilícitas de corrupção, tanto no FCPA, quanto no *UK Bribery Act*, o viés da extraterritorialidade é característica indelével de ambos os diplomas que são tidos como marcos de combate à corrupção. Em assim sendo, conforme já demonstrado pela análise aqui desenvolvida, esses diplomas denotam verdadeira intenção legislativa de viés muito mais internacionalista do que de aplicabilidade interna.

CONCLUSÃO

O combate à corrupção, enquanto mecanismo de proteção dos direitos humanos, deve receber uma atenção do Direito Internacional compatível com sua relevância. Embora o tema venha, constantemente ocupando a agenda das mais importantes organizações internacionais de proteção dos direitos humanos, no plano normativo, o tratamento da matéria ainda é bastante incipiente.

Nos sistemas interamericano e europeu, os tratados sobre combate à corrupção têm um objeto bastante limitado, sobretudo se comparado ao tratado do sistema africano e à Convenção da ONU. Mesmo estes diplomas mais abrangentes, têm uma destinação restrita, na medida em que obrigam apenas os Estados-Partes.

Fato é que, no mundo atual, o poder não mais se contém na soberania dos Estados, mas se espraia por outros atores internacionais que rivalizam com estes, a exemplo das corporações multinacionais e transnacionais. Daí porque é preciso superar a tradicional concepção do Direito Internacional sobre o não reconhecimento de personalidade jurídica a entidades não estatais.

Mantida a perspectiva atual, as corporações que atuam internacionalmente, que, em grande medida, são responsáveis por atos de corrupção com elevado prejuízo aos direitos humanos, ficam imunes à responsabilização por seus desvios na esfera internacional.

Atualmente, corporações multinacionais ou transnacionais que cometam atos de corrupção podem ser responsabilizadas no âmbito interno dos Estados ou, quando muito, a partir de mecanismos de *soft law* oriundos de autorregulação internacional das mesmas. Não existe, porém, a possibilidade de um organismo internacional, como a ONU, pretender responsabilizar uma entidade desse tipo.

Esse cenário é claramente desfavorável ao combate à corrupção, que fica à mercê da intermediação de Estados-Partes, os quais, ainda que implementando as medidas de combate à corrupção previstas nos diplomas internacionais podem, na prática, ser ineficientes na adoção das providências internas de responsabilização das corporações multinacionais e

transnacionais corruptas, inclusive porque, não raro, podem ser econômica ou estrategicamente dependentes destas.

A promulgação de legislações internas de combate à corrução como o FCPA e o *UK Bribery Act* com pretensões internacionalistas, dada sua nota de extraterritorialidade, parece ser uma tentativa de superar esse vácuo no Direito Internacional, no combate à corrupção.

Portanto, a fim de contornar esta dificuldade, é preciso admitir que organismos internacionais possam criar normas que vinculem diretamente corporações multinacionais e transnacionais, bem como buscar a responsabilização destas, inclusive perante cortes internacionais, o que, necessariamente, passaria por uma evolução do conceito de personalidade jurídica internacional, que não mais pode restar reservado a entidades estatais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AL HUSSEIN, Zeid Ra´ad. **Discurso de Abertura da 36ª Sessão do Conselho de Direitos Humanos da ONU, proferido em 11 de setembro de 2017**. Disponível em <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22041&LangID=E>. Acesso em 15/07/2018.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; KLOSS, Ricardo. **A Ética Empresarial e o Combate à Corrupção Transnacional**. *Revista NEJ - Eletrônica*, Vol. 17 - n. 2 - p. 221-236 / mai-ago 2012.

CARNEIRO, Claudio; SANTOS JUNIOR, Milton de Castro. ***Compliance* e Boa Governança Público e Privada**. Curitiba: Juruá, 2018.

FERREIRA, Luciano Vaz; MOROSINI, Fábio Costa. A Implementação da Lei Internacional Anticorrupção no Comércio: O Controle Legal da Corrupção Direcionado a Empresas Estatais. **Revista Brasileira de Estratégia e Relações Internacionais**, v.2, n.3, Jan/Jun. 2013. p. 257/277.

GODINHO, Thiago José Zanini. Contribuições do Direito Internacional ao Combate à Corrupção. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 58, p. 347 a 386, jan./jun. 2011.

HICKEY JR., James E. **The Source of International Legal Personality in the 21st Century, 2 Hofstra L. & Pol'y Symp. 1 (1997)**. Disponível em: https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1564&context=faculty_scholarship. Acesso em 22/07/2018.

LIGUORI, Carla. O Combate à Corrupção Internacional por Meio da Responsabilidade Social Empresarial: a Sustentabilidade Através da Governança Global Corporativa. *In*. PARAGUASSU, Mônica; MENEZES, Wagner; MOSCHEN Valesca Raizer Borges (Coords.). **Direito internacional [Recurso eletrônico on-line] / organização CONPED/UFF** – Florianópolis: FUNJAB, 2012. p. 287 – 310.

PEREIRA, Luciano Meneguetti. A Responsabilidade Internacional do Estado Brasileiro por Corrupção. **Anuário Brasileiro de Direito Internacional**, vol.2, n.23, jul. de 2017. p. 98 – 127.

PETERS, Anne. **Corruption and Human Rights**. **Basel Institute on Governance**. Working paper series nº 20. 2015. p. 1 – 32. Disponível em: <http://www.mpil.de/files/pdf4/Peters_Corruption_and_Human_Rights20151.pdf>. Acesso em 15/07/2018.

STAFFEN, Márcio Ricardo. Superlegality, Global Law and The Transnational Corruption Combat. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol. 14, n. 1, p. 111-130, Jan.-Abr., 2018. p. 111/130.

ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. ***Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform***. 2ª ed. Cambriedge: Cambriedge University Press, 2016.

VIEIRA, Gabriela Alves Mendes; VARELLA, Marcelo Dias. A Conexão Entre os Direitos Humanos e a Corrupção. **Revista de Direito Internacional**. Brasília, Vol. 12, n. 2, 2014. p. 476/494.

VERÍSSIMO, Carla. ***Compliance*: Incentivo à Adoção de Medidas Anticorrupção**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LEGISLAÇÃO

OEA. **Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996**. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-58.htm>. Acesso em: 15/07/2018.

OEA. **Resolución de la Comisíon Interamericana de Derechos Humanos nº 01, de 12 de setembro de 2017: Derechos Humanos y Lucha Contra la Impunidad y la Corrupción**. Disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-17-es.pdf>. Acesso em 15/07/2018.

OEA. **Resolución de la Comisíon Interamericana de Derechos Humanos nº 01, de 02 de março de 2018: Corrupción y Derechos Humanos**. Disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-18-es.pdf>. Acesso em 15/07/2018.

ONU. **Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 31 de outubro de 2003**. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf>. Acesso em 15/07/218.

ONU. **Resolução da Assembleia Geral nº 3.514, de 15 de dezembro de 1975**. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/002/27/IMG/NR000227.pdf?OpenElement>. Acesso em 15/07/2018.

UE. **Convenção relativa à luta contra a corrupção em que estejam implicados funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados-membros da União Europeia**, de 26 de maio de 1997. Disponível em: < https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=-CELEX:31997F0625(01)&from=PT>. Acesso em 15/07/2018.

A POBREZA COMO VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS: ENFRENTAMENTO A PARTIR DA TEORIA DAS NECESSIDADES FUNDAMENTAIS

MARCONI GOMES DO Ó CATÃO
MARCONI DO Ó CATÃO

1. INTRODUÇÃO

Na sociedade contemporânea, é pacífico o reconhecimento da importância dos direitos humanos como instrumento de garantia de uma vida humana digna, notadamente em virtude de sua evolução teórica nas últimas décadas; contudo, ainda não é plenalmente visível a efetiva proteção a tais direitos no Brasil, entre outros países da américa latina, mais especificamente no que concerne à inserção normativa de Tratados, Pactos e Declarações Internacionais, que versem sobre direitos humanos voltados para a pobreza e a não satisfação das necessidades humanas fundamentais, ao ordenamento jurídico interno, no intuito de criar uma cultura de valorização e utilização de tais documentos, sobretudo, pelo Poder Judiciário.

Portanto, este artigo tem como finalidade desenvolver um estudo a partir da articulação entre os direitos humanos com a sociedade e o Poder Judiciário, enfatizando os fenômenos sociais da Exclusão e Pobreza, entendendo-se esta como uma forma grave de violação aos direitos humanos.

Os direitos humanos foram consagrados historicamente, sendo atualmente considerados legítimos pressupostos para a construção de um Estado de Direito. Porém, este não se realiza apenas com a existência de uma Constituição ou por meio da vontade do legislador, tendo em vista que também é necessária a existência de um adequado sistema de proteção aos direitos humanos. Lamentavelmente, a pobreza, em maior ou menor

proporção, é parte integrante da realidade globalizada, exteriorizando-se principalmente nos países ainda em desenvolvimento econômico, sendo tal iniquidade social uma das principais violações aos direitos humanos que vem permanecendo no decorrer do tempo, podendo ela ser considerada causa e consequência dos obstáculos à efetivação de uma vida humana digna (DOUZINAS, 2009, p.35). Nesse sentido, a vigente Constituição Federal Brasileira traz como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana e como objetivo fundamental a erradicação da pobreza, demonstrando tal preocupação ao longo de todo o seu texto, por intermédio de normas que buscam promover a garantia de um mínimo existencial, para que seja possível oferecer uma vida digna à população. Porém, o Estado Brasileiro deixa a desejar quanto à efetivação dessa garantia, sendo extremamente preocupante a quantidade de pessoas que vivem em situações deploráveis motivadas pela pobreza (SILVA, 1998, p.92).

Este estudo tem como objetivo geral analisar como a pobreza se configura uma violação aos direitos humanos, tomando como delimitação espacial a cidade de Campina Grande/PB. Mais especificamente, este texto tem igualmente como meta verificar o nível de efetividade das normas de proteção aos direitos humanos previstas nas Declarações, Pactos e Tratados Internacionais relacionados com o propósito da erradicação da pobreza, no sentido de garantir materialmente a todos a satisfação das necessidades humanas fundamentais.

Metodologicamente, este estudo parte de um levantamento bibliográfico sobre as teorias relacionadas com os direitos humanos e com a satisfação das necessidades humanas fundamentais, utilizando-se igualmente referenciais teóricos inerentes a pobreza, exclusão social e com as políticas públicas de combate a tal iniquidade social. Posteriormente, houve uma pesquisa de campo, tendo como sujeitos participantes pessoas que vivenciam situação de extrema pobreza na cidade de Campina Grande/PB, tais como: pedintes, moradores de ruas, pessoas que sobrevivem da catação de lixo etc. Foram igualmente realizadas abordagens a servidores públicos que trabalham prestando assistência a essas pessoas, como assistentes sociais e agentes da saúde ligados à Secretaria Municipal de Assistência Social – SEMAS e ao Centro de Referência de Assistencia Social – CRAS, órgãos integrantes da cidade em análise.

Em síntese, na amostragem participaram dez pessoas em visível situação de pobreza no âmbito da cidade de Campina Grande/PB, de ambos os sexos e de variadas faixas etárias, tais como, mendigos (pedintes), moradores de ruas, pessoas que sobrevivem reciclando lixo, indivíduos que habitam em ocupações urbanas irregulares (invasões) etc; e dois sujeitos de pesquisa que atuam como agentes de assistência pública. Desse modo, tivemos como "critérios de inclusão": que os sujeitos envolvidos na pesquisa fossem maiores de 18 anos, que tivessem capacidade de entendimento e determinação (discernimento) e que aceitassem participar do estudo; já os "critérios de exclusão", foram: pessoas menores de 18 anos, com capacidade de entendimento e determinação ausente ou reduzida, ou que se recusassem a participar de tal pesquisa. Em geral, nas abordagens foram feitas indagações acerca da forma como eles vivem diariamente, tomando como questionamentos norteadores da satisfação ou não das necessidades humanas fundamentais: alimentação diária, acesso a serviços públicos de educação e saúde, moradia, entre outras condições para se ter uma vida digna.

Salientamos que, antes da realização da coleta de dados (pesquisa de campo), foi encaminhado, ao Comitê de Ética Envolvendo Seres Humanos da Universidade Estadual da Paraíba – CEP/UEPB, um protocolo referente à análise ética do presente estudo à luz das diretrizes que compõem a Resolução nº 466/2012, do Conselho Nacional de Saúde/Ministério da Saúde/DF, que disciplina a matéria ética em pesquisas científicas com seres humanos no Brasil, sendo o estudo eticamente aprovado, conforme Parecer do CEP/UEPB, CAAE n° 54525716.1.0000.5187, emitido em 10 de outubro de 2018.

Após essas considerações iniciais e tomando como parametros referenciais os direitos humanos, a atividade judicante do Poder Judiciário e a sociedade, é possível compreender a total pertinência para o desenvolvimento de uma pesquisa empírica na referida cidade, sobre situações concretas de pobreza extrema em que vivem pessoas que integram um grupo social caracterizado pelo reduzido (ou ausente) poder aquisitivo, ao ponto de comprometer até mesmo a satisfação das necessidades humanas mais básicas (alimentação, acesso aos serviços comunitários, trabalho etc.).

2. BREVE HISTÓRICO SOBRE A PERSPECTIVA TEÓRICA-INSTITUCIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

De início, é possivel realizar uma reconstrução histórica a partir da Revolução Francesa até os dias atuais, objetivando uma melhor visualização conjuntural que ensejou o desenvolvimento de nossa atual realidade econômica e social. A Revolução Francesa eclodiu em um momento de crise social, visto que ao final do século XVIII a França vivenciava um período 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 pela elevada quantidade de impostos que eram devidos à coroa, além dos dízimos e ônus senhoriais, somando a tudo isso o aumento dos impostos com a finalidade de apoiar a Independência dos Estados Unidos. Em suma, todo esse cenário gerou uma forte insatisfação na população mais pobre, bem como nos burgueses que pretendiam ascender ao poder. Logo, instaurou-se uma revolução que se dizia de inspiração iluminista, norteada pela burguesia, em busca de uma maior amplitude de direitos, o que foi conquistado em 1791, com a criação de uma Constituição, sendo que tais direitos ainda continuavam restritos à pequena parcela da população. De maneira que a burguesia liderou essa Revolução, no intuito de adquirir direitos para si própria, não priorizando o bem-estar do camponês.

A partir disto fica claro que os ideais da Revolução não foram voltados para a grande massa populacional, mas sim para um melhor desempenho econômico da classe burguesa. Desse modo, os clássicos princípios revolucionários, como bem conhecemos, não foram voltados para a maioria das pessoas. Com efeito, ao se cogitar a *igualdade*, fala-se em igualdade para determinado grupo; ao se falar em *liberdade*, fala-se em liberdade para quem pode ser livre; 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; assim sendo, não é motivo de surpresa o fato de ainda termos na sociedade hodierna visíveis ausências de efetividade material na aplicabilidade desses preceitos.

A concepção de direitos humanos pode ser igualmente discutida a partir de uma perspectiva filosófica, sendo contemplada suas relações com as ciências jurídicas, a política e a ética. Uma acepção mais abrangente do assunto pode ser encontrada no art. VI da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que estabelece: "Todo homem tem direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei". Com efeito, na perspectiva filosófica é visível o pensamento kantiano com relação ao respeito à dignidade da pessoa humana, segundo o qual os homens devem ser tratados como fins em si próprios, nunca como meios para atingir quaisquer objetivos, ou seja: "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).

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 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.

Complementando o que já foi destacado antes, o percurso histórico dos direitos humanos vem representando uma preocupação ao longo do processo civilizatório, haja vista que não foram poucas as tentativas de institucionalizar tais direitos. Com o advento das duas grandes guerras ocorridas no último século, houve a criação de órgãos mais solidamente institucionalizados, como a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho (OIT), criadas pós término da 1ª Grande Guerra; além da Organização das Nações Unidas (ONU) e do Tribunal de Nuremberg,

advindos após a 2ª Guerra Mundial, sendo este tribunal responsável por julgar e punir os responsáveis pelas violações aos direitos humanos durante a guerra.

Em suma, a filosofia, ao trabalhar a temática dos direitos humanos, busca conceitos mais amplos, no intuito de descrever racionalmente o cenário epistemológico a ser considerado. Por sua vez, empiricamente os direitos humanos significam lutas em favor das minorias e contra a desigualdade, sempre buscando a minimização das injustiças e erradicação da miséria, assim como outros temas referentes à dignidade da pessoa humana. De forma que uma confluência entre essas duas vertentes ocorre quando a abordagem filosófica, representada por meio de teorias abertas, entendidas a partir de elementos inerentes ao próprio discurso que fomenta o diálogo aberto, revela componentes narrativos que ajudam a compreender as funções institucionais no âmbito da justiça. Nesse plano, é pertinente salientar que teorias integralizadoras de sociedades democráticas, como a Teoria da Justiça proposta por John Rawls e a Teoria do Agir Comunicativo de Junger Habermas, reconhecem a força do diálogo como sendo fundamental no âmbito da estrutura básica da sociedade, tendo em vista que é por meio do consenso sobreposto na razão dialógica que é possível o reconhecimento de um conjunto de elementos comuns, cabendo à sociedade decidir como deve ser conduzida a concretização prática de tal realidade.

Nesse sentido, reflete brilhantemente Noberto Bobbio (1992, 25):

> [...]não se trata mais de saber quais são ou quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro de garantí-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violado.

Nicolau Sevcenko (2003, p.11) faz uma analogia, entre as mudanças ocorridas ao longo desse período até a época atual, com uma montanha-russa, associando comparativamente três períodos históricos aos seus respectivos movimentos: o primeiro deles, de ascensão contínua e persistente, considerando as realidades vividas entre os séculos XVI ao XIX;

em seguida, de uma queda vertiginosa, que faz perder as referências de espaço e lugar, relaciona o período da Revolução Cientifico-Tecnológica, ocorrida em meados de 1870 e; por fim, a fase correspondente ao *loop* da montanha-russa, que diz respeito a atual Revolução Microeletrônica. Em suma, a principal peculiaridade deste último período em comparação aos outros é a da velocidade das mudanças e inovações tecnológicas que se verifica em todo o mundo, nas mais diversas áreas. Além disso, é o cenário do processo de globalização, que mudou estruturalmente a forma de se compreender o mundo, a produção econômica, cultural e as relações interpessoais, bem como possibilitou a inserção do liberalismo e do neoliberalismo como modelos econômicos predominantes no âmbito global.

Portanto, na economia liberal o Estado tem participação mínima, havendo assim maior liberdade para práticas de atos comerciais pela iniciativa privada, a partir da políticas de incentivos ao livre mercado. Em resumo, tal modelo deveria garantir o crescimento econômico, sendo que demonstrou sua fragilidade em 1929, com a crise da "Bolsa de Valores de Nova York'', resultando inúmeros prejuízos sociais, como desemprego, pobreza etc. Mas, é importante observar que a decadência do liberalismo não se deu pelo surgimento de um paradigma alternativo, e sim em decorrência das lutas sociais que emergiram no século XIX (LAURELL, 1997, p. 75).

Diante dessa situação, a interferência do Estado tornou-se necessária para a recuperação da economia, tendo tal intervenção sido adotada de forma moderada, sem afetar a autonomia da iniciativa privada; por outro lado, comprometeu setores de investimentos sociais básicos, como educação, saúde, entre outros, passando isso a ser traduzido como neoliberalismo, cuja principal característica é a superioridade do livre mercado. Em linhas gerais, tal proposta foi bem sucedida, à medida que obteve êxito na luta antinflacionária, impondo uma disciplina fiscal rigorosa para alcançar esse fim, promovendo, assim, a estabilidade monetária (FERNANDES; GENTILI, 1995, p.144).

Todavia, as consequências trazidas por esse sucesso foi a pauperização das massas e a degradação dos investimentos em setores sociais. Com isso, o neoliberalismo não atingiu a finalidade de promoção duradoura de crescimento econômico, gerando resultados instantâneos, efêmeros e sucedi-

dos por crises. Logo, esse processo desencadeou um forte retrocesso social, com o agravamento das desigualdades em todos os lugares em que ele foi implementado. Nessa conjuntura, foi possível perceber que esse atraso se deu principalmente devido às fortes críticas que seus adeptos fazem com relação aos investimentos em políticas sociais, como bem enfatiza Fernandes (1995, p. 146): "o neoliberalismo reinterpreta o processo histórico de cada país: os vilões do atraso econômico passam a ser os sindicatos, e, junto com eles, as conquistas sociais e tudo que tenha a ver com a igualdade, com a equidade e com a justiça social".

Nessa discussão, é tambem importante destacar que, como ressaltado por Pierre Salama (2000, p.180), mesmo que o neoliberalismo desencadeasse um desenvolvimento econômico duradouro, isso não implicaria, necessariamente, na redução da pobreza, visto que outros fatores devem ser observados para a mitigação dessa situação, como a distribuição de renda e a oferta de oportunidades de emprego formal para os cidadãos, entre outros. Entretanto, em regra, tais medidas, que seriam capazes de reduzir as desigualdades sociais, não vêm sendo efetivamente tomadas. Em sentido contrário, o que tende a acontecer é a elevação do número de empregos informais, chamados por este autor de "empregos de estrita sobrevivência", pois não propiciam condições dignas e adequadas, sendo um caminho alternativo encontrado pelos pobres para não caírem na marginalidade. Por conseguinte, tal fenômeno acaba por ampliar o processo de exclusão, uma vez que reflete a falta de controle do Estado sobre as conjunturas nacionais, como oportunamente leciona Wanderley apud Sawaya (2014, p. 19-23):

> A pobreza contemporânea tem sido percebida como um fenômeno multidimensional, atingindo tanto os clássicos pobres (indigentes, subnutridos, analfabetos) [...] quanto outros seguimentos da população pauperizados pela precária inserção no mercado de trabalho. [...] Não é resultante apenas da ausência de renda; incluem-se ai outros fatores como o precário acesso aos serviços públicos e, especialmente, a ausência de poder.

Em sintese, tais efeitos indesejáveis advindos com a globalização e pelo neoliberalismo são chamados por Zygmunt Bauman (2011, p. 83 -127) de "globalização negativa", tornando assim a sociedade vulnerável por intermédio da abertura de mercado. No Brasil, por exemplo, apesar da melhoria obtida por políticas públicas de transferência de renda, ainda há uma pobreza estrutural e sistémica, que faz com que pessoas sobrevivam sem a satisfação de suas necessidades mais básicas, sendo esta situação inconcebível em um Estado de Direito. Desse modo, verifica-se então que a conceituação de pobreza diz respeito não apenas a renda, mas também a exclusão social do indivíduo. De acordo com Xiberras (1993, p.28): "Os excluídos são aqueles que, por diversas razões são impedidos de participar da sociedade em geral, ou que, ao menos, têm bastante dificultada essa participação".

3. O CONTEXTO BRASILEIRO: DAS INIQUIDADES SOCIAIS ÀS GARANTIAS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

Em países suscetíveis aos reflexos das decisões e oscilações dos mercados centrais, tal como o Brasil, vêm sendo implementadas políticas públicas voltadas para a problemática social, notadamente no início da década de noventa do século passado, nos governos Fernando Henrique Cardoso e Luis Inácio Lula da Silva, a fim de minimizar os impactos do modelo de desenvolvimento nas camadas menos favorecidas da população. Para tanto, foram criados – alguns ampliados e outros extintos – Programas Sociais, como o "Fome Zero", "Bolsa Família", "Bolsa Educação", "Inclusão Produtiva", dentre outros, buscando reduzir os reflexos da insuficiente distribuição de renda no país. Por sua vez, o governo de Dilma Rousseff manteve os programas assistenciais, dando continuidade às políticas públicas de "inclusão social", tal como continuou fazendo o governo Michel Temer. Na época atual, o governo Bolsonaro permanece com esses programas sociais, sinalizando inclusive que irá realizar breves mudanças no intuito de aprimoramento dos mesmos.

Contudo, como já ressaltado anteriormente, a pobreza continua, sobretudo, nas grandes metrópoles brasileiras, onde encontramos considerável

número de moradores de rua, assim como um crescimento cada vez maior das comunidades, que acabam ocupando áreas impróprias para habitação. Realmente, uma quantidade expressiva de pessoas que não possuem trabalho formal encontra nas ruas uma fonte de renda, não sendo raro verificar-se nas cidades trabalhadores vendendo diversas mercadorias e bancas de camelô, ou mesmo nos semâforos, ônibus e trens. Já outros, conhecidos como "flanelinhas", competem com os já ''regulamentados" guardadores de automóveis; muitos outros vivem em situação de mendicância ou como pedintes. Também é significativa a quantidade de pessoas que buscam o seu sustento revirando sacos de lixo à procura de algo que possa ser vendido para reciclagem ou reutilização, sendo esse grupo formados por homens, mulheres, idosos e crianças, todos buscando nos lixões a sua sobrevivência (CATÃO, 2017, p.38-39)

Em análise mais profunda, é possível perceber que é inquestionável a relação entre a pobreza e a violação de direitos humanos, uma vez que se houvesse a efetiva garantia destes direitos, as pessoas fariam parte da sociedade sem reservas, podendo exercer amplamente suas capacidades, sendo esta garantia um dos fundamentos históricos da vigente Constituição Brasileira do Estado de Direito. Entretanto, o que se observa na realidade social e econômica é a concentração de renda e a construção de uma sociedade assimétrica, em que para alguns sobram direitos e faltam deveres, enquanto para outros acontece o oposto, havendo certa tolerância, até mesmo legal, em prol do domínio de determinadas categorias sociais, onde a lei, muitas vezes, se mostra meramente formalista e sem efetividade. Nessa discussão, entende-se que os direitos humanos necessitam de intervenções efetivas do Estado para que então sejam garantidos, no sentido de transcender as desigualdades do poder de classe e assim alcançar sua meta inclusiva.

Nessa abordagem, cumpre salientar que a existência digna é um dos pilares dos direitos humanos, como resultado de incessantes lutas contra a opressão do poder, no intuito de que seja efetivamente consolidado um campo de proteção de pessoas e grupos sociais suscetíveis de um domínio, muitas 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 observar e respeitar os limites que salvaguardem a liberdade, a igualdade, a autonomia e a dignidade dos seres humanos. Todavia, é pertinente destacar que, muitas vezes, esse mesmo discurso foi, em parte, colonizado por práticas governamentais que visam apenas a autolegitimação, ou seja, fala-se mais em direitos humanos do que se pratica. Em geral, as pessoas mais pobres e socialmente vulneráveis são as que mais sentem esta distorção, sendo especialmente em nome delas, entre outros grupos de excluídos, que a luta pelos direitos humanos deve ser constantemente enfrentada. Nesse sentido, enfatiza Costas Douzinas (2009, p.17):

> [...] toda vez que um pobre, ou oprimido, ou torturado emprega a linguagem do direito – porque não existe nenhuma outra disponível atualmente – para protestar, resistir, lutar, essa pessoa recorre e se conecta a mais honrada metafísica, moralidade e política do mundo ocidental. [...]

Enfim, é prudente enfatizar que a ação social deve ser compreendida como uma política de mudanças de paradigmas sociais, no sentido de inserir determinados grupos sociais aos círculos regulares da vida em sociedade, como também devem ser implementadas ações no sentido de ampliar as condições de acesso dessas pessoas aos bens e serviços públicos essenciais, bem como tornar possível a acessibilidade no uso de equipamentos coletivos, sempre buscando o reconhecimento da dignidade inerente aos seres humanos.

4. ANÁLISES, DISCUSSÕES E INTERPRETAÇÃO DOS DADOS

A pesquisa de campo se desenvolveu com doze entrevistados, sendo dois agentes públicos de assistência social e dez pessoas em situação de vulnerabilidade socioeconômica (seis são moradores de rua, que naquele momento estavam abrigados em unidades de assistência social, e quatro residiam em ocupações urbanas precárias, sem o alcance da infraestrutura básica exigida para habitação). Dentre as perguntas realizadas, os participantes

demonstraram conhecimentos limitados quanto aos significados dos direitos humanos e das necessidades humanas fundamentais, muito embora as questões tenham sido elaboradas e aplicadas cautelosamente com o grupo em análise, sendo que foi possível perceber que tal limitação está relacionada com o fato de sete dos entrevistados em situação de vulnerabilidade nunca terem tido acesso à educação formal; já os outros três, nenhum excedeu o ensino fundamental I (5º ano) ou mesmo teve acesso a qualquer ensino profissionalizante.

Após essa explanação, torna-se pertinente fazer uma exposição sobre determinados dados considerados relevantes para a pesquisa. De início, um aspecto preocupante é que, dos entrevistados que vivem em situação de rua ou encontram-se acolhidos por unidades de apoio social, quatro estão nessa situação desde a infância, tendo alguns saídos do lar para viver nas ruas com idade entre 7 e 12 anos. Em geral, eles alegam que a situação em que se encontram é devido ao fato de terem um núcleo familiar desestruturado, com pais envolvidos com drogas lícitas e ilícitas ou exercendo atividades de prostituição, ou até mesmo por falta de amparo afetivo. Ainda considerando esse grupo, três deles afirmam que ainda mantém contato com a família, mas não são aceitos ou amparados de qualquer forma por seus familiares; já a outra parcela alega não ter contato com a família há anos, não sabendo nem mesmo se os familiares continuam vivos.

Outra constatação da pesquisa diz respeito ao envolvimento da maioria dos entrevistados com entorpecentes, com apenas dois deles afirmando não serem ou terem sido consumidores de drogas. Dos usuários, cinco afirmam que as drogas era um dos motivos de sua situação, tendo em vista que o dinheiro conseguido com os chamados "bicos" era utiizado para a compra de drogas. Além disso, a falta de dinheiro, muitas vezes, levou parte dos entrevistados a cometer crimes contra o patrimônio; dois deles alegaram já terem sido condenados criminalmente, tendo sua liberdade privada pela prática desse tipo de infração penal.

No questionamento quanto às perspectivas dos entrevistados sobre a atuação do Poder Público no combate à extrema pobreza, apenas dois afirmaram participar de programas governamentais com esse propósito (bolsa família); já os demais, relataram nunca terem sido beneficiados com

qualquer programa assistencial. Em relação aos programas profissionalizantes ou de inclusão social por meio de oficinas práticas, a resposta foi comum entre todos, no sentido de que nenhum dos entrevistados teve acesso a tais tipos de iniciativas. Por sua vez, é pertinente pontuar que os entrevistados acolhidos em unidades assistenciais estavam inclusos no Programa Municipal de Assistência Social da SEMAS – Campina Grande/PB, vinculado à Prefeitura Municipal deste município. Nessas Unidades, os acolhidos são amparados por 20 dias, prorrogáveis a depender da situação, durante os quais recebem três alimentações diárias e são direcionados à centros médicos, centros de reabilitação, bem como recebem amparo jurídico para pleitear direitos junto ao INSS, por exemplo. Todavia, muitas são as dificuldades encontradas pelos acolhidos e pelos gestores dos centros no desempenho de suas atividades, as quais foram abordadas no questionário aplicado aos assistentes sociais e ao coordenador da unidade de acolhimento.

Um aspecto importante constatado no decorrer da pesquisa de campo diz respeito a dificuldade para a efetiva identificação civil do acolhido, realizada pelo coordenador assistente da unidade de trabalho da assistência social, haja vista que muitos chegam ao centro sem qualquer documento de identificação, o que obsta o trabalho de direcionamento aos serviços necessários. Em suma, quando a pessoa em situação de vulnerabilidade ingressa na unidade, faz-se a triagem para identificação da necessidade de cada um; tal como a emissão de documentos de identificação pessoal, o encaminhamento à atendimentos médicos, psicológicos ou de desintoxicação e até mesmo "realizando trabalhos de limpeza e manutenção da estrutura física das unidades de acolhimento'', orientação esta rechaçada pelos pesquisadores envolvidos no estudo. Nesse contexto, a própria unidade faz o agendamento nos órgãos competentes, para a devida identificação dos acolhidos, sendo que alertam como entraves a morosidade desse procedimento e o custo que muitas vezes requer. Em outra perspectiva, suscitou-se como dificuldade a própria postura dos acolhidos, quando confrontados com as regras existentes na unidade, que, por exemplo, proíbem o uso de entorpecentes e estabelecem horários rígidos de recolhimento. No mais, foi informado pelos agentes que os resultados alcançados pela

unidade são razoáveis, isso no âmbito da Secretaria Municipal de Assistência Social – SEMAS do referido município.

Ainda segundo os agentes entrevistados, um relevante serviço oferecido pela SEMAS, destinado a evitar a situação de rua dos indivíduos é a concessão de benefícios eventuais, que compreende o auxílio funeral, kit enxoval, aluguel social e cesta básica, que são solicitados de forma descentralizadas junto aos Centros de Referência de Assistência Social – CRAS, distribuídos nos bairros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das discussões realizadas e resultados concluidos, comprova-se a relevância dos direitos humanos para o equilibrio do convívio social, tendo em vista que a garantia de tais direitos se revela como um dos fins prioritários do ordenamento jurídico e do próprio Estado Democrático de Direito, não podendo se falar em Estado de Direito sem a existência de um eficaz Sistema de Proteção aos Direitos Humanos.

Foi concluído que pessoas em situação de vulnerabilidade, vivenciada por meio da pobreza extrema e da exclusão socioeconômica, expressam visível descrédito com relação às funções institucionais dos poderes públicos responsáveis pela justiça social distributiva.

No decorrer do estudo de campo, verificou-se a importância que tem o contato direto com os participantes da pesquisa, pois revela aspectos particulares capazes de esclarecer como essas pessoas vivem o seu cotidiano na busca de sobrevivência, perdendo suas referências morais, sociais, políticas, culturais, de auto-estima, entre outros elementos integradores da cidadania. Enfim, tudo isso acarreta fragilidade nessas pessoas, tornando-as literalmente vulneráveis. Portanto, a pobreza e a não satisfação das necessidades humanas fundamentais ainda presentes na sociedade brasileira exteriorizam-se como graves violações aos direitos humanos.

De fato, não se concebe que um Estado de Direito admita situações de pessoas vivenciando condições de extrema pobreza, sem conseguir satisfazer suas necessidades básicas mais elementares para sobrevivência, como

alimentação, moradia, saúde etc. Sem dúvida, não é admissível que, em pleno século das novas tecnologias e da ostentação reinante na sociedade de consumo, um Estado que se diz Democrático de Direito não venha a garantir uma vida humana digna ao seu povo, sendo, lamentavelmente, esse ultraje com o qual convivemos no Brasil, necessitando então, em caráter de urgência, de máxima atenção do Poder Público e das instituições de um modo geral, no sentido de promover a erradicação de tradicionais iniquidades ainda presentes em nosso país.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. 44 **Cartas do Mundo Líquido Moderno**. Trad. Vera Pereira. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CATÃO, Marconi do Ó. **Política Nacional de Resíduos Sólidos e Necessidades Fundamentais**. Rio de Janeiro: Multifoco/Ágora21, 2017.

CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE DIREITOS HUMANOS: **Declaração e Programa de Ação de Viena**. **Portal de Direito Internacional**. Viena: 14-25 de Junho de 1993. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/port/1993DeclaraçãoeProgramadeAcçãoadoptadopelaConferênciaMundialdeVienasobreDireitosHumanosemjunhode1993.pdf >. Acesso em: 04 mai. 2016.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

FERNANDES, Luis; GENTILI, Pablo (Orgs.). **Pós-Liberalismo**: as políticas sociais e o Estado Democrático. 5.ed. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 1995.

GENTILI, Pablo (Org.). **Globalização excludente**: desigualdade, exclusão e democracia na nova ordem mundial. Petrópolis, RJ: Vozes; Buenos Aires: CLACSO, 2000.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa/PT: EDIÇÕES 70, 2007.

LAURELL, Asa Cristina (Org.). **Estado e Políticas Sociais no Neoliberalismo**. Trad. Rodrigo León Contrera. 2.ed. São Paulo: Cortez, 1997.

SALAMA, Pierre. Novas formas da pobreza da América Latina. In: GENTILI, Pablo (Org.). **Globalização excludente**: desigualdade, exclusão e democracia na nova ordem mundial. Petrópolis, RJ: Vozes; Buenos Aires: CLACSO, 2000.

SAWAYA, Bader (Org.). **As artimanhas da exclusão**: análise psicossocial e ética da desigualdade social. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

SEVCENKO, Nicolau. **A corrida para o século XXI**: no loop da montanha-russa. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

XIBERRAS, Martine. **As teorias da exclusão**: para uma construção do imaginário do desvío. Trad. José Gabriel Rego. Lisboa: Instituto Piaget, 1993. (Coleção Epistemologia e Sociedade)

PADRÕES CULTURAIS E VIOLAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS: UM ESTUDO SOBRE O IMPACTO INTERNACIONAL DO ESTUPRO COLETIVO DE JYOTI SINGH, ÍNDIA

MARCRISLLEY MARTINS VERÍSSIMO

1. INTRODUÇÃO

Os estudos sobre a condição da mulher têm início nas ciências sociais a partir da década de 1970 e são considerados um campo de pesquisa interdisciplinar que tem o propósito de entender as relações de gênero no mundo social. Diferente de sexo, que está relacionado à biologia e diferenças físicas, o gênero é um conceito social referente às questões sociais e culturais, que são correlacionadas com o fato de pertencimento ao sexo masculino ou feminino. Por sua vez, a desigualdade de gênero é um fato social no qual se verifica que há discriminação devido ao gênero do indivíduo.

Mesmo que atualmente a igualdade de gênero seja defendida veementemente e as mulheres estejam ganhando cada vez mais espaço dentro da sociedade, homens e mulheres são ainda tratados desigualmente. Na Índia, as mulheres têm uma posição inferior com relação ao homem, isso é percebido desde muito cedo nas práticas de feticídio em que há um maior número de abortos de fetos femininos.

Além das práticas de feticídio, há outros crimes contra as mulheres na Índia. Como agressões domésticas, morte por dote, sequestros e estupros. O papel das mulheres dentro da sociedade indiana é secundário, vincula-se a identidade da mulher aos homens de sua família, isso estabelece o papel social da mulher, ou seja, determina-se a maneira, esperada pela sociedade, que a mulher deve se comportar por ser do sexo feminino.

Devido a essa construção do papel da mulher, no dia 16 de dezembro de 2012 ocorreu na Índia um estupro coletivo que teve grande repercussão nacional e internacional, o caso de estupro de Jyoti Singh. Jyoti era uma estudante finalista do curso de medicina e foi estuprada por seis homens dentro de um ônibus particular em movimento quando voltava de uma sessão de cinema com um amigo em Nova Déli. Um dos acusados do estupro alegou que o fato de Jyoti está fora de casa à noite com um homem que não era de sua família motivou o estupro, pois ela precisava aprender uma lição.

Esse caso trouxe à tona as questões de desigualdade de gênero na Índia e desencadeou uma série de protestos pelo país, a fim de reivindicar justiça por Jyoti, maior proteção e respeito para as mulheres e uma crítica com relação à cultura do país. Dessa forma, buscou-se analisar dados e documentos para responder ao seguinte problema de pesquisa: Qual a relação dos direitos humanos com as questões culturais e qual impacto o caso de estupro coletivo de Jyoti Singh teve na Índia?

A abordagem da teoria construtivista se fez necessária, pois para o construtivismo a realidade não é algo imposto e que não pode ser mudado, mas é uma construção social. Por conseguinte, as mudanças sistêmicas são realizadas por meio dos Estados, que seguem sendo unidades básicas de análise nas relações internacionais. A forma como os Estados se define com relação aos outros, tem relação com a forma como os Estados satisfazem seus interesses. Para Wendt (1992), é possível que os Estados que possuem valores em comum formem comunidades e estabeleçam-se regras para obter uma melhor relação entre os Estados.

Nesse contexto, a proposta desse trabalho científico visa apresentar a teoria construtivista, avaliar como as questões culturais da Índia influenciam na desigualdade de gênero, contextualizar o caso de Jyoti e analisar como os direitos humanos lidam com as questões culturais. No que diz respeito às Relações Internacionais, é importante entender uma cultura diferente da nossa, pois é uma maneira de enriquecer nossos conhecimentos, assim como de nos conceber uma visão sistêmica e ampla do mundo. Conhecer a cultura de outros povos é relevante já que o mundo se tornou globalizado, e entender a cultura indiana faz-se mais necessário ainda, uma vez que a Índia é protagonista de um mundo em transformação.

2. TEORIA E MÉTODOS

Esta pesquisa científica objetiva uma análise de qual a relação dos direitos humanos com as questões culturais e qual o impacto do caso de estupro coletivo de Jyoti Singh na Índia. Sendo um tema pertinente às Relações Internacionais, uma vez que trouxe uma mudança nas leis indianas, bem como um paradigma para o cenário internacional, assim como trouxe um novo olhar sobre os Direitos Humanos das mulheres na Índia e sobre as questões culturais do país.

Para entender as questões culturais da Índia e a situação que a mulher se encontra dentro dessa cultura, foi necessário estudar a obra de Zimmer (1986) e Dumont (2008), que retratam a abstrusa cultura indiana, as questões religiosas e até mesmo as *castas*.

Foi necessário ainda, o estudo e contextualização da Teoria Construtivista para um melhor entendimento do caso, visto que o Construtivismo desenvolve teorias para explicar as mudanças que ocorrem na sociedade, bem como no sistema internacional, explicando a relação entre os agentes, que são os Estados ou indivíduos, e a estrutura e como um molda e é moldado pelo outro concomitantemente.

Para isso, fez-se necessário estudar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, para entender o que são os Direitos Humanos e o que caracteriza a violação desses direitos pela Índia. Foram estudados também tratados e convenções internacionais nos quais a Índia é signatária para observar quais são as obrigações internacionais da Índia com relação aos Direitos Humanos das mulheres dentro de sua sociedade. Diferente da DUDH, as convenções internacionais e os tratados geram obrigações sobre os Estados signatários, por isso a necessidade de saber quais são os tratados ratificados pela Índia.

Assim sendo, foram analisadas obras pertinentes ao assunto dos Direitos Humanos e cultura como já citado. Observou-se também, obras que ajudam a compreender a teoria das Relações Internacionais que são necessárias para uma melhor contextualização do caso estudado, como por exemplo, a obra de Onuf (1989) e de Wendt (1992).

Também foi utilizada pesquisa documental, que segundo Santos (2000),

é realizada através de fontes como tabelas, cartas, pareceres, relatórios, mapas, depoimentos orais e escritos. Dessa forma, essa pesquisa recorreu a fontes mais diversificadas e dispersas, como o relatório do censo demográfico da Índia organizada pelo *Office of the Registrar General & Census Commissioner*, os dados coletados foram do ano de 2011, data do último censo realizado pelo governo indiano. Também o relatório da comissão de emendas ao direito penal, intitulado de Comitê de Verma, realizado após o caso de Jyoti para analisar as questões de estupro no país, buscando soluções para o mesmo.

Dados oficiais *do National Crime Records Bureau – Ministry of Home Affairs*, sobre crimes cometidos contra mulheres na Índia no ano de 2016 foram consultados. O relatório citado é realizado a cada dez anos, sendo que sua última publicação foi no ano de 2016, vale ressaltar que os dados trazidos pelo relatório são dados oficiais que, no entanto, podem não representar a realidade, uma vez que são catalogados apenas os crimes que são denunciados. Examinou-se ainda a Constituição do país para entender a legislação indiana a respeito da violência contra as mulheres.

3. ANÁLISE DE RESULTADOS

3.1 O SISTEMA DE CASTAS INDIANO

Segundo Dumont (2008), as *castas* não têm origem nos *Vedas,* ou seja, as *castas* não estão ligadas ao processo religioso, mas, sim, o social. Para Dumont (2008, p. 74) as *castas* "se trata no essencial de uma forma particular das distinções relativas ao nascimento, à situação social e à instrução". O sistema de *castas* é formado por uma ordem linear, essa ordem vai da mais alta *casta* à mais baixa.

Atualmente, o sistema de *castas* é proibido na Índia pela Constituição indiana no Art. 15, inc. I. Além de proibir o sistema de *castas*, o Art. 17 da Constituição indiana proíbe também a intocabilidade. Um indivíduo considerado um *dalit* é caracterizado como intocável devido sua impureza. Os *dalits* sofrem discriminação. É possível encontrar na Índia atual *dalits* que conseguiram crescer economicamente, no entanto, é inegável o

preconceito que ainda subsiste, a qual é mais notável nas áreas rurais do país. Mesmo que um *dalit* consiga emergir economicamente, ele nunca vai deixar de ser um *dalit*, é possível mudar seu status econômico, mas não é possível mudar sua situação dentro da hierarquia casteísta.

Apesar de ter a liberdade, igualdade e a fraternidade entre todos os seus indivíduos garantidos pela Constituição, ainda há entre o povo indiano discriminação social. Mudar a constituição não foi suficiente para sustar o sistema de *castas*, uma vez que este se trata de uma tradição milenar construída socialmente e perpetuada pela sociedade indiana.

De acordo com a relatora independente da Organização das Nações Unidas sobre as questões de minoria, Ritalzsák-Ndiaye (2016), pelo menos 250 milhões de pessoas em todo o mundo sofrem com discriminações e violências devido ao sistema de *castas*. Os indivíduos que vivem sobre o sistema de *castas* geralmente se encontram nas piores condições socioeconômicas, e são privados de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais e, as mulheres que sofrem com a marginalização proveniente das castas são mais vulneráveis a violência sexual.

A violência contra os indivíduos de *castas* mais baixas ainda é existente na Índia. Para Zimmer (1986, p. 123), "cada indivíduo nasce com o destino traçado devido a sua *casta*, e essa realidade não é diferente para as mulheres que, quando jovens devem servir em suas casas, e ao casar devem servir exclusivamente a seu marido". O sistema de *castas* é uma forma de conservar uma hierarquia estabelecida por critérios de hereditariedade, etnia, profissão e pureza que são marcados por valores e costumes.

3.2 O SISTEMA JUDICIAL INDIANO

Para entender o sistema judicial indiano é preciso primeiro fazer uma breve análise acerca do hinduísmo e do direito hindu. O hinduísmo é uma das religiões mais antigas do mundo e fundamenta-se no conceito de *dharma*. Segundo Macedo (2015), o *dharma* consiste no dever moral que cada indivíduo possui dentro de sua posição social, de se portar, caminhar e suportar, revelando a moral do direito, religião, ritual ou da civilidade. Segundo

Marques (2003), o *dharma* é o os meios pelos quais o indivíduo suporta, segura ou mantém, tornando-se não apenas uma forma de fazer algo ou ser algo, mas sim a única maneira de ser ou fazer.

Cada indivíduo tem seu *dharma*, e o *dharma* de cada um é determinado por dois fatores: as *ashramas*, ou seja, uma das quatro etapas da vida e a posição de cada um em uma das quatro *castas*, promovendo assim a desigualdade social, O *dharma* dita a maneira que cada um deve se comportar para que a ordem cósmica existente possa ser mantida e regula todas as atividades de um indivíduo, seja as relações humanas com os deuses, atividades cotidianas ou até mesmo as relações sociais do homem com seus semelhantes.

Segundo Macedo (2015), o direito hindu é tradicional e aplicado pelos adeptos do hinduísmo, à medida que o direito indiano emana do Estado, é de natureza soberana e separado da religião. Para Marques (2003), o direito hindu é consuetudinário, ou seja, é um direito baseado nos costumes, e nesse caso é baseado no costume hindu das *dharmas* e tem variação consoante aos ritos de cada comunidade, família ou *casta*.

Para Marques (2003), o *dharma* reconhece meramente os deveres e não os direitos, e esses deveres são constituídos sobre a doutrina de que há uma ordem no universo intrínseca a natureza das coisas. E o homem deve manter essa ordem através do cumprimento dos *dharmas*. Entretanto, o direito hindu baseasse nos costumes dos *dharmas* que são escritos moralistas que tem por encargo mostrar ao indiano as regras de conduta resultantes da natureza das coisas.

Segundo Marques (2003) o direito indiano é fundamentado no direito inglês e, por tanto, pertence a *common law*. Para David (2002), o desejo de modificar o direito, que até então era algo que apenas correspondia aos costumes, veio dos próprios hindus. Desse modo, os ingleses refutaram algumas regras do direito hindu como, por exemplo, princípios ligados ao sistema de *castas* ou as regras que legitimavam a incapacidade da mulher.

Apesar das mudanças feitas pelos britânicos, segundo David (2002, p. 564), "o direito hindu continua a ser, atualmente, para a imensa maioria dos indianos, o único sistema de direito que diz respeito à sua vida privada". Mesmo que tenham ocorrido mudanças concernentes ao direito e,

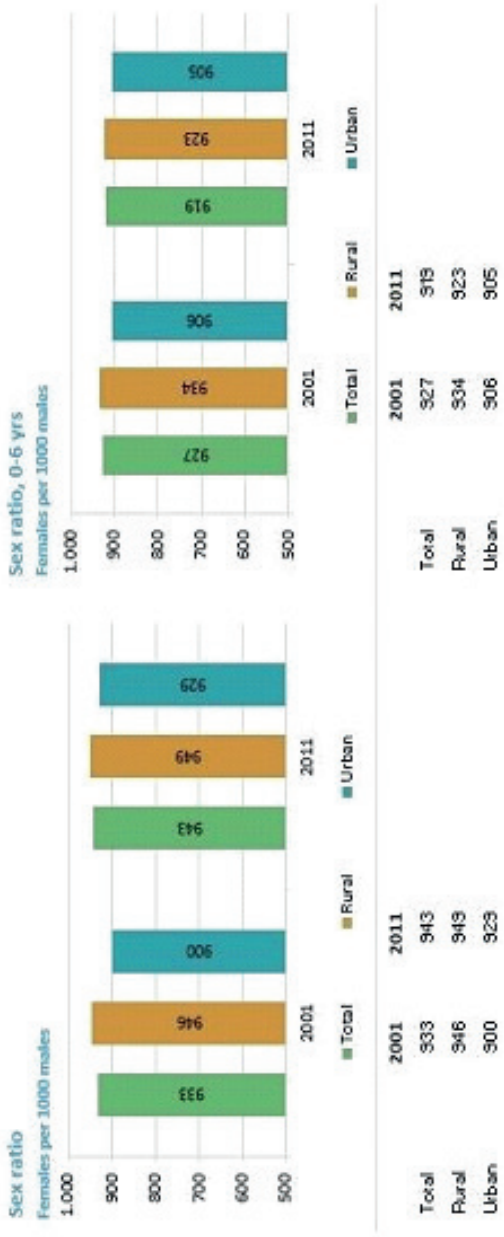
mesmo que essas mudanças sejam necessárias para o desenvolvimento do país, os hábitos e os costumes da maioria dos indianos ainda permanecem os mesmos. Não se pode mudá-los rapidamente, pois trata-se de hábitos que foram enraizados há séculos.

3.3 A SITUAÇÃO DA MULHER NA ÍNDIA

As mulheres indianas, segundo Phillips e Gritzner (2002) têm um papel secundário na sociedade indiana. A identidade da mulher indiana é vinculada aos homens da família, quando solteira, é vinculada ao pai e irmãos e ao casar é vinculada ao marido. As famílias não gostam quando uma mulher dá à luz a uma menina, geralmente é preferível que nasçam meninos. A crença popular é que as famílias são melhores quando elas possuem muitos garotos. A questão econômica também é uma causa para que a preferência por meninos seja maior, isso porque as famílias precisam custear o casamento de suas filhas e pagar o dote para a família de seus futuros maridos.

A preferência por meninas tem gerado um grande número de feticídio na Índia. A prática de feticídio tem prejudicado o desenvolvimento populacional do país. O censo de 2011 mostra que a proporção na faixa etária de 0-6 anos soma o total de 13,1% da população. Houve declínio com relação ao censo de 2001 que somava 15,9%. O censo mostra ainda que há uma disparidade entre a população feminina e masculina nessa faixa etária. O governo cria incentivos para que as famílias tenham mais mulheres, mas não tem sido suficiente para cessar o aborto dos fetos femininos.

Figura 1: Gráfico Populacional da Índia, 0-6 anos



Fonte: Government of India Ministry of Home Affairs.

Nota-se que existe aproximadamente 920 mulheres para cada 1000 homens na Índia, e a diferença entre o número de homens e mulheres diminuiu desde o censo de 2001.

Por fim, o feticídio fere um direito básico do ser humano que é o direito à vida, esse direito é defendido na DUDH no art.3 que diz que "todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal". Fere também o direito a igualdade defendido no art. 1 da DUDH, pois os fetos femininos não têm o mesmo direito de nascer que os fetos masculinos têm.

Além dos casos de feticídios, as mulheres indianas sofrem outros tipos de discriminação e crimes dentro de sua sociedade. Segundo o relatório do *National Crime Records Bureau* publicado em 2016, 32,6% dos crimes de crueldade contra a mulher foram cometidos pelos próprios parentes, incluindo seus maridos. 25% dos crimes contra a mulher são de agressão, 19% de sequestro e rapto e 11,5% de estupro.

Os crimes de estupro, feticídio e infanticídio e morte por dote somam 11% dos crimes cometidos na Índia no ano de 2016, que é um número relativamente baixo se comparado a toda população indiana que soma mais de 1 bilhão de habitantes. Esses dados são os dados oficiais, retrata somente os crimes que foram denunciados, entretanto, a realidade pode ser diferente, pois nem todas as vítimas de agressão ou violência sexual denunciam seus agressores para as autoridades competentes. No quadro 1 será mostrado os principais crimes cometidos contra as mulheres, o total de casos reportados e quais são os estados indianos que mais reportaram os crimes.

Quadro 1: Estados que mais reportaram crimes contra mulheres em 2016

S. No.	Crimes	Total de Casos Reportados	Principais Estados/ Durante 2016		
1	Crueldade por marido ou família	1,10,378	Bengala Ocidental (19,302)	Rajastão (13,811)	Uttar Pradesh (11,156)
2	Assalto à mulher com a intenção de ultrajar sua modéstia	84,746	Maha-rashtra (11,396)	Uttar Pradesh (11,335)	Madhya Pradesh (8,717)

3	Sequestro e Rapto	64,519	Uttar Pradesh (12,994)	Maha-rashtra (6,170)	Bihar (5,496)
4	Estupro	38,947	Madhya Pradesh (4,882)	Uttar Pradesh (4,816)	Maha-rashtra (4,189)

Fonte: National Crime Records Bureau. Obs.: numeração corresponde aos padrões indianos.

Percebe-se que os principais crimes contra as mulheres são cometidos por seus familiares, porém, o relatório não especifica que tipo de ato configura um crime de crueldade contra a mulher. Estupro é o crime que menos tem casos reportados, as mulheres indianas têm vergonha de denunciar seus estupros, pois isso traz vergonha para elas e sua famílias, e Déli, onde aconteceu o estupro de Jyoti, não está entre os estados que mais reportaram crimes contra as mulheres. Por fim, o quadro 2 mostrará o número total de casos contra as mulheres indianas nos anos de 2014, 2015 e 2016.

Quadro 2: Total de crimes contra as mulheres na Índia

Crimes	Incidência de Crimes			Taxa de Crimes			Variação Percentual	
Total de Crimes Contra a Mulher	2014	2015	2016	2014	2015	2016	2014-2015	2015-2016
	3,39,457	3,29,243	3,38,954	56.6	54.2	55.2	-3.0%	2.9%

Fonte: National Crime Records Bureau. Obs.: numeração corresponde aos padrões indianos

3.4 OBRIGAÇÕES DA ÍNDIA SOB CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO A MULHER

a) Declaração Universal dos direitos Humanos (1948)
b) O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (1966)
c) Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966)
d) Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher (1953)
e) Declaração sobre a Eliminação da Violência contra Mulheres (1993)
f) Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres (1979)

3.5 O CASO DE JYOTI SINGH

Para relatar o caso de Jyoti Singh fez-se necessário assistir o documentário *India's Daughter*, produzido por Leslee Udwin e lançado no Brasil no dia 16 de setembro de 2015, onde é relatado os fatos do estupro de Jyoti e também o julgamento dos acusados. Esse documentário foi produzido com a cooperação de Asha e Badri Singh, pais de Jyoti. Os relatos a seguir serão com base no documentário citado.

Jyoti Singh era estudante finalista de medicina na faculdade de Dehradun. Segundo Udwin (2015) Jyoti trabalhava em um *Call Center* durante a noite para conseguir pagar seus estudos. Asha relatou a Udwin (2015) que Jyoti sempre quis ser médica, e pediu aos pais para que usassem o dinheiro de seu dote de casamento para pagar seus estudos.

Jyoti precisava fazer um estágio de seis meses para se formar, e resolveu ir ao cinema em Nova Déli com um amigo, Awindra Pandey, pois não teria tempo livre quando começasse o estágio. Na noite do dia 16 de dezembro de 2012, quando Jyoti voltava da sessão de cinema com seu amigo, o casal pegou um ônibus particular por volta das 20h30min. No ônibus havia seis homens, um deles era menor de idade, e esses homens espancaram Awindra fazendo-o desmaiar e estupraram Jyoti coletivamente. Depois das agressões Jyoti e Awindra foram jogados nus em uma rua pelos agressores.

Sharma, um dos advogados de defesa, falou para o documentário de Udwin (2015) que Jyoti estava em um encontro e a sociedade indiana não permite que as meninas saiam de casa a noite com um desconhecido, ou seja, para ele Jyoti era culpada de seu estupro, pois ela não seguiu uma regra construída por sua sociedade e abandonou a cultura indiana se deixando influenciar pela cultura de outros países.

Sharma afirmou também que não há como existir amizade entre um homem e uma mulher dentro da sociedade indiana, pois só pelo fato de uma pessoa ser mulher, o homem instantaneamente pensará em sexo, e reiterou que a cultura indiana é melhor que todas as outras e não deixa espaço para as mulheres. AP Singh, também advogado de defesa, falou que Jyoti poderia ter saído a noite, se isso fosse realmente necessário, mas que deveria sair com um membro da família e não com seu namorado. Os dois advogados culparam Jyoti por seu estupro.

Os acusados do estupro de Jyoti foram Mukesh Singh, Ran Singh, Vinay Sharma, Pawan Gupta, Akshay Thakur, e um menor de 17 anos que não teve seu nome divulgado pelas autoridades. Mukesh contou que a agressão de Awindra e estupro de Jyoti ocorreram em mais ou menos 20 minutos e que os cinco homens que estavam com ele no ônibus, incluindo o menor, revezavam para estuprar Jyoti e que Ran Singh era o líder da gangue e ordenou que Mukesh continuasse a dirigir o ônibus sem parar, Mukesh afirmou não ter participado do estupro e ter apenas dirigido o ônibus.

O caso de Jyoti teve um grande impacto dentro da sociedade indiana devido a brutalidade com que ocorreu, o que fez com que no dia seguinte uma onda de protestos entre os jovens em Nova Déli pedindo justiça por Jyoti e mais liberdade, proteção e respeito para as mulheres indianas, além de uma dura crítica a cultura, começasse. O caso repercutiu nacional e internacionalmente, sendo reportado pelos principais veículos de reportagem do mundo.

Os acusados, com exceção do menor que pegou pena de três anos de reclusão, pena máxima para menores infratores na Índia, foram condenados à morte por enforcamento. A morte por enforcamento está prevista no Código Penal Indiano, entretanto, a pena de morte fere os direitos humanos, uma vez que se trata de uma morte premeditada de um prisioneiro.

3.6 A COMISSÃO DE EMENDAS AO DIREITO PENAL (COMITÊ DE VERMA)

O Comitê de Verma (2013) traz uma série de análises sobre a situação da mulher na Índia, cita diversos artigos da Constituição indiana, incluindo o Art. 51, alínea e, que diz "to promote Harmony and the spirit of common brotherhood amongst all the people of India transcending religious, liguistic and regional or sctional diversities; to renounce practices derogratory to the dignity of woman". Asseverando ser dever do Estado proporcionar um ambiente seguro para as mulheres, não cabendo ao Estado apenas punir culpados por seus crimes, mas sim impedir a prática dos mesmos, por serem os crimes contra a mulher uma violação dos direitos humanos.

Para o Comitê de Verma (2013), a subjugação da mulher dentro da sociedade indiana está relacionada a falta de independência financeira e segurança, e que se faz necessário uma mudança de consciência para que as mulheres passem a serem vistas como igualmente capazes e produtivas. E que a realidade somente irá mudar se o Estado criar uma política de determinação de poder e reparar o desequilíbrio histórico na forma como as mulheres indianas são vistas dentro de sua sociedade. Não sendo o fato de as mulheres ocuparem posições políticas suficiente para a realidade mudar, mas, sim, a conquista de igualdade de condições, uma mudança nas questões sociais, educativas e igualdade econômica. E o comitê defende também que a discriminação de gênero vai contra a ideia de uma república democrática soberana.

Foi reafirmada pelo comitê a competência de todos os tratados e convenções internacionais sobre os direitos das mulheres em que a Índia é signatária. Além de terem sido adotadas muitas mudanças nas leis do país, a segurança nos transportes públicos foi aumentada, além de terem sido instalados nos ônibus aparelhos de GPS. Foi decretado que houvesse a instalação de centros de atendimentos para vítimas de estupros nos hospitais e passou-se a ser considerado estupro todas as formas de penetração sexuais, incluindo as penetrações de objetos, que não tiverem o consentimento da mulher e violem a integridade física da mulher, inclusive dentro do casamento. Sexo oral forçado também passou a configurar crime e também forçar a vítima a fazer sexo com um terceiro.

No que tange o consentimento de crianças, a idade mínima para que se configure um estupro passou de dezesseis anos para dezoito. E as penas para casos de estupros irão de sete a vinte anos de reclusão, caso a vítima não sobreviva a agressão, podendo chegar a prisão perpetua e a pena de morte em casos mais graves. O comitê (2013) também passou a assegurar os registros dos crimes imediatamente após ser feito uma denúncia. Houve também uma mudança no protocolo dos exames para vítimas de violência, e buscou fazer uma reforma eleitoral para que pessoas culpadas de crimes contra a mulher não possam se candidatar a cargos públicos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise sobre o impacto que o caso de estupro coletivo de Jyoti Singh teve na Índia. Percebe-se que após o caso, houve mudanças nas leis do país, essas se tornaram mais rígidas, mas essas mudanças nas leis não configuraram mudanças sociais. A repercussão do caso foi imprescindível para que essas mudanças na legislação do país ocorressem. Notou-se também que os crimes contra as mulheres não diminuíram desde a época do estupro e da criação do Comitê de Verma até os dias atuais.

Assim como o Estado indiano preocupou-se em criar leis para por fim ao sistema de *castas*, esse atentou também para a desigualdade da mulher. Na Constituição indiana, mesmo antes do caso de Jyoti, há leis que criminalizam as práticas de agressão a mulher. No que tange as questões culturas e os direitos humanos. Os direitos humanos devem prevalecer sobre as questões culturais, pois a integridade da pessoa humana é maior que todas as outras coisas. Há uma dificuldade de se assegurar os direitos humanos a todos os seres humanos, não tem como a ONU averiguar que todos os direitos estão sendo respeitados. Isso dificulta a aplicabilidade dos valores universais propostos pela DUDH.

Notou-se que dentro da cultura indiana há certa desvalorização da mulher. É incontestável que os crimes de violência contra a mulher devem ser punidos pela lei, mas apenas privar os criminosos do convívio social

não mudará a sociedade, a mentalidade da sociedade precisa ser mudada. O desenvolvimento econômico indiano se mostra ineficiente nesse aspecto. O acesso as mulheres nas universidades e no mercado de trabalho também não são suficientes para que as mesmas passem a ser respeitadas. O respeito para com a mulher deve ser aprendido desde muito cedo. Os protestos realizados na Índia devido o caso, mostrou que a sociedade indiana, sobretudo os mais jovens, busca e quer que ocorra essa mudança. A atenção para a desigualdade de gênero não deve desaparecer, não se deve esperar que um outro caso, tão grave quanto o de Jyoti, aconteça para de novo se buscar uma mudança. Não só a Índia, mas todo o mundo precisa acordar para a realidade sobre suas mulheres.

5. REFERÊNCIAS

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo** – 4ª ed. Martins Fontes, 2002.

DUMONT, Louis. **Homo Hierarchicus: O sistema de castas e suas implicações**; tradução de Carlos Alberto da Fonseca. -2. ed. São Paulo, 2008.

IZSÁK-NDIAYE, Rita. **Consejo de Derechos Humanos. 31 periodo de sesiones. Tema 3 de la agenda. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, politicos, económicos, sociales y culturales, incluindo el derecho al desarrollo**, 2016.

MACEDO, Daniel. **Introdução ao direito hindu e direito constitucional indiano: sob a ótica da hermenêutica comparada e do neoconstitucionalismo brasileiro**. Disponível em:<https://jus.com.br/artigos/38590/introducaoaodireito-hindu-e-direito-constitucional--indiano>. Acesso em: 01/11/2018.

MARQUES, Luiz Guilherme. **A justiça e o direito da Índia**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4552/a-justica-e-o-direito-da-india/2>. Acesso em: 01/11/2018.

ONUF, Nicholas G. **Worlds of Our Making: Rules and Rule in Social TheoryandInternacional Relations**. South Carolina: Universityof South Carolina Press, 1989.

PHILLIPS, Douglas A; GRITZNER, Charles F. **India**, 2002.

SANTOS, Antonio Raimundo dos. **Metodologia Científica: a construção do conhecimento**. 3. ed. Rio de Janeiro, 2000.

WENDT, Alexander. **Anarchy is what states make of it: the social construction of power politics**. International Organization, *v.* 46, n. 2, 1992

ZIMMER, Heinrich Robert. **Filosofias da Índia**. Palas Atenas, 1986.

PRECISAMOS FALAR SOBRE DIREITOS HUMANOS PARA PEQUENOS HUMANOS: A VOCAÇÃO DO MARCO LEGAL DA PRIMEIRA INFÂNCIA NA EDUCAÇÃO PARA A PAZ

ANA CLAUDIA POMPEU TOREZAN ANDREUCCI
MICHELLE ASATO JUNQUEIRA

> "Até mesmo no jardim de infância as crianças deveriam aprender – e experimentar – os valores fundamentais dos direitos humanos de respeito, igualdade e justiça. Desde a idade mais precoce, a educação sobre direitos humanos deveria ser inserida através do programa de toda escola – no currículo e livros, políticas, treinamento da equipe de ensino, métodos pedagógicos e no ambiente de aprendizagem em geral... [Elas] podem ser guiadas pela educação em direitos humanos a fazer escolhas acertadas na vida, encarar situações com um pensamento crítico e independente, e ter empatia com outros pontos de vista."
> *(Zeid Ra'ad Al Hussein, jordaniano, Alto Comissário da ONU para Direitos Humanos)*

INTRODUÇÃO

Vocação para o direito à comunicação e ao protagonismo infantil. Eis aqui a melhor definição da centralidade normativa do Marco Legal da Primeira Infância. Para a concretização destes objetivos a educação para os Direitos Humanos e a comunicação não violenta despontam como instrumentos efetivos para uma cultura da paz na tenra infância. A comunicação colabora sobremaneira para a transmissão da chamada 'visão de mundo' da cultura a que se pertence, e a educação cumpre seu papel levando o aprendizado dos valores e dos sentimentos que estruturam a comunidade na qual vivemos. Alertando-se para o fato que somente a educação e a comunicação integrativas, na qual ocorra a formação completa da criança

nos seus aspectos emocional e racional, poderá resgatar a consciência autônoma da Humanidade.

Sob o método indutivo, o presente ensaio acadêmico visa explorar a relação entre os direitos humanos e a educação, visando a educação para a paz, que deve estar presente desde a primeira infância. Para cumprimento do objetivo, o trabalho utilizou-se de pesquisa bibliográfica e de artigos acadêmicos, sob análise qualitativa.

1. MARCO LEGAL DA PRIMEIRA INFÂNCIA: UMA QUESTÃO DE EDUCAÇÃO *EM/PARA* OS DIREITOS HUMANOS

Ao se falar em Direitos Humanos há toda uma carga conceitual a ser explicada logo da sua enunciação. Necessários são os afastamentos de pré-conceitos e compreensões. Muitas vezes, toda a gramática dos Direitos Humanos é construída a partir de informações de leigos, olhares excludentes e não em sua totalidade que significa ser o pressuposto maior: humanos têm direitos e os direitos são humanos. Cumpre destacar a noção de alteridade, a capacidade de estabelecer a conexão do Eu-Outro, a construção de linguagem de identidade humana, com gramática não-excludente posto que o aprendizado maior é de que enquanto pertencentes a condição de humanidade a todos refletem e pertencem os Direitos Humanos. Em outros termos, o grande desafio da Educação em Direitos Humanos é o de propagar que os Direitos Humanos são bem mais amplos do que os destacados na mídia que por vezes reduz os titulares a minorias – sociais, econômica e historicamente – discriminadas. (TEIXEIRA e ANDREUCCI, 2014, p. 626).

Nesse sentido, Norberto Bobbio (2012, p.29) afirma que: "os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais". O paradigma que deve permear os Direitos Humanos é o sentido de pertencimento e união de todos os seres humanos sob o principio da dignidade da pessoa humana.

O conteúdo dos Direitos Humanos em muito evoluiu das figuras geracionais ou dimensionais de primeira, segunda e terceira categoria;

respectivamente: direitos civis e políticos sob a égide das liberdades públicas; direitos sociais, econômicos e culturais sob a igualdade; e, os direitos difusos ou coletivos sob o parâmetro da solidariedade ou fraternidade. Todos esses direitos constituem um forte tecido normativo internacional positivado em tratados internacionais, os quais o Brasil, após o processo de redemocratização e a promulgação da Constituição Federal de 1988 tem sido partícipe.

Assim, a Constituição brasileira de 1988 traz como princípio basilar do Estado a prevalência dos Direitos Humanos, neste ínterim a educação é a via possível de vivificação dos Direitos Humanos em toda a formação continuada do indivíduo, desde o âmbito familiar a agente de transformação social ao longo de sua trajetória. Repeta-se: o caminho da efetivação dos Direitos Humanos é a educação.

O Brasil editou o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH), no qual afirma-se o relevante e indispensável papel das entidades de ensino superior, ao lado das políticas públicas estatais, para a concretização dos direitos humanos. Assim, a atual versão do PNEDH se destaca como política pública em dois sentidos principais: primeiro, consolidando uma proposta de um projeto de sociedade baseada nos princípios da democracia, cidadania e justiça social; segundo, reforçando um instrumento de construção de uma cultura de direitos humanos, entendida como um processo a ser apreendido e vivenciado na perspectiva da cidadania ativa.

Indubitavelmente, em uníssono ao pensamento de Hannah Arendt professa-se o amor maior, responsável e zeloso, ao próximo, ao distante, ao igual, ao diferente, aos novos e jovens, aos maduros e idosos; ao ser humano, na formação de comunidades não de iguais, mas em harmonia, na compreensão de espaço finito de coexistência em que o Direito exerce sua *ratio* e assim evoluímos, abandonamos os padrões animalescos para alcançarmos novos patamares de evolução, para além da Educação em Direitos Humanos, na formação de conhecimento de si mesmo e de *re*conhecimento do mundo. Assim é: "a educação é o ponto em que decidimos se amamos o mundo o bastante para assumirmos a responsabilidade por ele e, com tal gesto, salvá-lo da ruína que seria inevitável não fosse a renovação e a vinda dos novos e dos jovens" (ARENDT, 2000, p. 247).

O papel da educação é a pedra de toque e pode "promover (embora não seja garantia) compreensão, tolerância, respeito e amizade entre as nações, grupos étnicos ou religiosos e pode ajudar a desenvolver uma cultura universal de direitos humanos." (MOREIRA e GOMES, 2014, p.365). Neste contexto, indispensáveis são as palavras de Shulamith Koenig no prefácio intitulado "Aprender e integrar os direitos humanos como uma forma de vida: um percurso que temos que percorrer" à obra portuguesa Compreender os direitos humanos:manual de educação para os direitos humanos:

> A aprendizagem e a integração dos direitos humanos referem-se ao conhecimento, apropriação, planeamento e ação. O educando assume a responsabilidade única de se juntar ao esforço nobre para que todas as pessoas no mundo, mulheres, homens, jovens e crianças, possam conhecer os direitos humanos como inalienáveis, pertencentes a todos e como uma excelente ferramenta de organização, uma estratégia única para o desenvolvimento económico, humano e societário. (*Apud* MOREIRA e GOMES, 2014, p.40)

Nesta perspetiva, Vital Moreira afirma que a Educação para os Direitos Humanos é mais do que o mero conhecimento de um conjunto de regras e de princípios. Também se refere à atitude, ao comportamento e à mudança de atitude e do comportamento. As pessoas devem ter não apenas um conhecimento genérico do que são os direitos humanos, mas também lhes deve ser mostrado como estes direitos são importantes para elas e como podem aplicá-los e defendê-los nas suas vidas diárias e no seu trabalho". (MOREIRA e GOMES, 2014, p.14)

Para Benevides a educação em direitos humanos a partir de um processo educativo acarretaria mudanças culturais importantes, entre outras:

> 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, ou seja, não se trata de mera transmissão de conhecimentos. Deve abranger, igualmente, educadores

> e educandos. É a formação de uma cultura de respeito à dignidade humana através da promoção e da vivência dos valores da liberdade, da justiça, da igualdade, da solidariedade, da cooperação, da tolerância e da paz. Isso significa criar, influenciar, compartilhar e consolidar mentalidades, costumes, atitudes, hábitos e comportamentos que decorrem, todos, daqueles valores essenciais citados – os quais devem se transformar em práticas. Ser a favor de uma educação que significa querer uma mudança cultural, que se dará através de um processo educativo. (BENEVIDES, 2007, p.207).

Infelizmente a noção de não pertencimento à sociedade, à vida civil e social tem se enraizado como atributo próprio do Século XXI. A individualidade exacerbada centrada no "eu", nos atributos narcísicos traz consequências diretas para o exercício da cidadania e do conceito de comunidade.

Desta feita, alcançamos a percepção de que a educação tem por objeto o conhecimento e, idealmente, o conhecimento de si mesmo e do mundo. A partir dessa noção, percebe-se a importância da formação de uma identidade cultural e mais da formação de uma consciência humana de coexistência da diversidade.

Compreendemos que não se faz uma educação de qualidade sem uma educação cidadã, uma educação que valorize a diversidade. Assim, se querermos pensar na solidez, desta e das futuras gerações, o preparo para o exercício da cidadania se torna indispensável.

Como ressalta PRING (1995) o conceito de pessoa vai além do intelecto, conjuga emoções e sentimentos, ademais tais elementos se conjugam para a definição de cidadania em sua essência mais absoluta.

O agir comunicativo voltado à deliberação e efetiva intermediação dos interlocutores será o responsável por uma comunhão de discursos no espaço social, desembocando assim em uma forte atuação transformadora e não há idade ou tempo para que esta atuação tenha início e o Marco Legal da Primeira Infância aposta nesta potência de agir por meio da deliberação e da participação para o efetivo desenvolvimento de todas as suas atividades.

Nesta seara encontramos os aportes da Educação para a Paz que segundo RIBEIRO (2006, p. 167) consiste em "[...] aprender a descobrir e

enfrentar os conflitos para resolvê-los adequadamente; é possível encontrar nos conflitos cotidianos escolares, através de análise destes, soluções contrárias à violência" e fazendo coro Edgar MORIN (2012, p. 38) destaca que "A Educação para a Paz não significa ensinar que a paz é uma coisa muito boa, mas significa ensinar a compreensão humana. Isso é uma coisa fundamental no caminho para a paz".

A Educação para Paz é o estudo teórico e pragmatico de não-negação do conflito, muito pelo contrário, a aceitação de que o conflito existe mas deve ser compreendido à luz do diálogo, este como instrumentalização criativa para a resolução das dicotomias da vida social cabendo que o papel da Educação para Paz é transformador pois:

> Ajuda a regular as relações sociais; ensina a ver o mundo pela perspectiva do outro; permite o reconhecimento das diferenças, que não são ameaça, mas resultado natural de uma situação em que há recursos escassos; ajuda a definir as identidades das partes que defendem suas posições; permite perceber que o outro possui uma percepção diferente; racionaliza as estratégias de competência e de cooperação e ensina que a controvérsia é uma oportunidade de crescimento e de amadurecimento social (CHRISPINO, 2007, p. 17).

Ao lado da Educação para a Paz desde a década de 1960, o psicólogo americano Marshall Rosenberg acena para uma instrumentalização necessária na mediação de conflitos, a qual batizou de Comunicação não-violenta (CNV), partindo dos pressupostos da psicologia social e tendo por alicerces os ideais do líder indiano, Mahatma Gandi. Os primeiros treinamentos de Rosenberg foram financiados pelo Governo Federal Americano em escolas locais tendo por premissa uma comunicação eficaz, dotada de solidariedade e compaixão, focada em não preconceitos, julgamentos, rotulações e juízos de valor. Tecnicamente para o autor a Comunicação não-violenta (CNV):

> se baseia em habilidades de linguagem e comunicação que fortalecem a capacidade de continuarmos humanos, mesmo em condições adversas.

> Ela não tem nada de novo: tudo que foi integrado à CNV já era conhecido havia séculos. O objetivo é nos lembrar do que já sabemos – de como nós, humanos, deveríamos nos relacionar uns com os outros – e nos ajudar a viver de modo que se manifeste concretamente esse conhecimento. A CNV nos ajuda a reformular a maneira pela qual nos expressamos e ouvimos os outros. Nossas palavras, em vez de serem reações repetitivas e automáticas, tornam-se respostas conscientes, firmemente baseadas na consciência do que estamos percebendo, sentindo e desejando. Somos levados a nos expressar com honestidade e clareza, ao mesmo tempo que damos aos outros uma atenção respeitosa e empática. Em toda troca, acabamos escutando nossas necessidades mais profundas e as dos outros. A CNV nos ensina a observarmos cuidadosamente (e sermos capazes de identificar) os comportamentos e as condições que estão nos afetando. Aprendemos a identificar e a articular claramente o que de fato desejamos em determinada situação. A forma é simples, mas profundamente transformadora. (ROSENBERG, 2016, p. 21-22)

Para gerar um ambiente de solidariedade, entrega e alteridade Rosenberg propõe a necessidade do uso de quatro componentes na Comunicação não-violenta, cabendo citar:

> a) primeiro, a observação: observar o que ocorre de fato em determinada ação, observar o que os outros dizem ou fazem, mas sem criar julgamentos ou avaliações.
> b) segundo, o sentimento: identificar qual o sentimento que surge ao observar determinada ação (mágoa, susto, alegria, diversão, irritação, etc.).
> c) terceiro, as necessidades: reconhecer quais necessidades encontram-se ligadas aos sentimentos identificados acima.
> d) quarto, o pedido: formular pedidos bem específicos para que a outra pessoa não fique com dúvida do que está falando, e entenda o que realmente é desejado. (ROSENBERG, 2006, p. 25-27)

Assim, por arremate é indispensável concluir que todo este processo deve ter início junto com os primeiros passos dos pequenos humanos, na chamada Primeiríssima Infância, considerada, nos termos da Lei 13.27/2016 dos 0 a 72 meses de vida.

2. COMO EDUCAR CRIANÇAS PARA OS DIREITOS HUMANOS? O PAPEL DO STORYTELLING COMO AMBIÊNCIA PRIVILEGIADA PARA A CRIAÇÃO DE ESPAÇOS LÚDICOS E DE INSTRUMENTALIZAÇÃO DA PAZ

O poder do "era uma vez" para as crianças é mágico. A arte de contar histórias se traduz como quase sinônima da ideia de infância. Nos tempos hodiernos o ato de narrar histórias para crianças se tornou um fenômeno mais compartilhado, vai além do mero ouvir de um encadeado de personagens, em um lugar e em um tempo. Como compreender? Simples. As crianças não são mais mera expectadoras da narrativa. Ao contrário complementam, trocam informações, alteram finais, simbolizam as mensagens de acordo com seus inventários pessoais de vida.

Temas das mais variadas ordens, disciplinas das mais variadas matizes podem ser apreendidas por meio da contação de histórias. Aprendendo brincando e ressignificando as narrativas para crianças tem um poder imensurável no seu desenvolvimento. Por meio das narrativas novos mundos são reconstruídos e o compartir de ideias geram laços afetivos e de alteridade. São novas experiências que consagram novos rituais ainda na infância que se dimesiona como a ambiência privilegiada para o desenvolvimento psicossocial. O imaginário infantil poderá garantir um vasto cenário de possbilidades da percepção da realidade, agremiando em um sistema "participativo, plural, sensível e passível de outras lógicas". (BUSATTO, 2007, p.58).

Para a melhor mediação e aproximação nos moldes Habermasianos de deliberação, tanto maior serão a proximidade, afetividade e alteridade, quanto mais narrador e receptor da mensagem, em especial a criança, estiverem em absoluta sintonia e horizontalidade de papéis. O narrador

deve "apequenar-se", estar inclusive na mesma altura topográfica da criança, para que a narrativa, se agigante e os elementos simbólicos de interação ganhem maior dimensão simbólica a gerar uma riqueza de experiências cognitivas:

> Ao sentar-se, [a narradora] dá aos ouvintes uma sensação de *entrega* (...) como se a partir daquele instante o relógio parasse, os problemas pessoais desaparecessem, o mundo exterior não mais existisse. Só a voz humana desenhando no ar o movimento quase ritual do conto, ao passe de mágica do "Era uma vez..."(...) Convém que os alunos saiam de seus bancos, para romper a estrutura escolar de rotina. É muito importante que estejam cômodos, felizes, livres de restrições, a fim de que se produza a *entrega* que estamos tacitamente lhes solicitando. (ETCHEBARNE, 1991, p.121)

E é a partir do poder das narrativas e do *storytelling* traduzido como uma arte de narrar ou contar histórias nas organizações contemporâneas, as experiências vivenciadas por crianças e adolescentes, dando ênfase ao processo comunicacional, desenhado por novas motivações e sensibilidades e que são consequentemente indispensáveis para a renovação dos discursos. Ferramenta indispensável para resgate das memórias, o storytelling se instaura e abarca sensivelmente os entes que ali estão, comungando-os e trazendo novas experiências sensoriais e de pertencimento, nos termos defendidos por Adenil Alfeu Domingos:

> Os storytelling modernos servem para construir um eu coletivo, onde todos possam se sentir capazes de serem visualizados de modo empático com o herói da narrativa dada. O relacionamento social do storytelling faz uso de audiovisuais interativos demonstrando que o eu ora construído pelas novas tecnologias tem um complexo de valores que questiona as nossas crenças e hábitos passados e nos coloca para repensar o próprio homem de modo ecológico. Esse novo homem está voltando às suas origens e sentindo-se reintegrado ao todo, que é muito maior do que seu simples eu e sua circunstância. Não se trata mais de

> um eu individual, mas sim, de um eu enredado nas informações midiadas e que estão no ar, à disposição de quem as quiser captar. Nele se apresentam todas as culturas e o homem com todas as suas angústias e vontades. Esse homem personagem do storytelling se vê nessa rede como um herói de um espetáculo. Essa produção feita pelo próprio homem se autorevelando para os demais homens serve-se das novas tecnologias, sendo este um dos princípios do que chamamos aqui de storytelling. (DOMINGOS, 2009, p. 2).

O *Storytelling* faz parte de um processo de posicionamento, de expressão e de troca entre organizações e indivíduos e grupos. Trata-se de um recurso plenamente adequado a um panorama de reconhecimento da multiplicidade de vozes e do descentramento do sujeito corporativo – onde as instâncias de poder são flexibilizadas, já um considerável aumento de conteúdos em circulação de diversas fontes e os ambientes de trabalho exigem relações mais humanizadas. (COGO,2015)

Deve ser ressaltado que o *storytelling* não é uma absoluta novidade, mas sim uma arte com objetivos e técnicas para transmitir importantes informações, para grandes públicos ou até mesmo a interligar gerações, cabendo citar que:

> São histórias esculpidas em suportes efêmeros, como a oralidade de sons articulados ou não; ou a impressão de idéias na areia das praias; ou, ainda, aos mais duradouros, como os rabiscos ou pinturas nas paredes das cavernas; ou mesmo passando pelas tatuagens na pele narrando histórias condensadas em uma simples cena narrativa que provoca um antes e um depois; conseguimos, assim, chegar à geração das imagens eletrônicas virtuais nos écrans do computador. Não há nada, enfim, que não seja uma "ex-plicação" como narrativa de um acontecimento qualquer, em que "ex" é colocar-se fora e "plicar" é criar mundos pelas palavras. (DOMINGOS, 2008)

Apesar de não ser novidade as narrativas atendem aos vários conclamos da sociedade pós-moderna, e sua historicidade se dá de acordo com o

tempo e o espaço, podendo-se dizer que sua essência não se altera, mas a forma e os objetivos para os quais se conta uma narrativa guarda relação com os binômios tempo/espaço, objetivo/finalidade.

Nos termos defendidos por NASSAR e RIBEIRO (2012) as novas narrativas guardam em si uma grande potência para o desenvolvimento de modelos administrativos que tenham as relações humanas e seus necessários feedbacks como protagonistas em colaboração com os públicos no aperfeiçoamento dos processos decisórios e fazendo emergir novos modelos de atuação nos quais "se reconhece os sujeitos e suas ideias, fazendo emergir deles o sentimento de pertencimento, capaz de envolvê-los por conta de um ambiente propício para a troca de conhecimentos, ou seja, propício para a criação de "novas narrativas", as quais carreguem características mais míticas, afetivas, transcendentes, simbólicas e encantadoras". (NASSAR e RIBEIRO, 2012).

Deve ser ressaltado que as estórias são contruídas em um pacto colaborativo e trazem diversos pontos de vista sobre os fatos narrados, são, portanto, ato coletivo, compartilhamento de perpectivas, simultâneas ou não e múltiplas. A técnica do *storytelling* em grupo, garante uma maior efetividade na recuperação dos olhares sobre um mesmo fato, com dimensão muito mais ampliada em relação às estórias individuais e/ou isoladas. Importante também destacar a inequívoca relação entre *storytelling*, mudança, poder e ética nas organizações, pois a narrativas podem ser construídas para transformar crises em espaços de maior coesão social por meio da aproximação e da alteridade. (ESCALFONI, BRAGANHOLO e BORGES, 2011, p. 1148–1159).

E assim, a busca pelas narrativas da aproximação e do afeto são mais do que nunca absolutamente indispensáveis e trazemos à colação para o encerramento do presente tópico as palavras de Italo Calvino clamando pela necessidade preemente do retorno às narrativas sensoriais,

> tendo em vida que o próximo milênio carrega consigo a pré-fabricação das imagens estamos correndo o perigo de perder uma capacidade humana fundamental: a capacidade de pôr em foco visões de olhos fechados, de fazer brotar cores e formas de um alinhamento de caracteres

> alfabéticos negros sobre uma página branca, de pensar por imagens. (CALVINO, 1990, pp. 107-108).

Por meio da ideia de compartilhamento de mundos, a noção de alteridade em sua maior dimensão como respeito à diversidade, à dignidade humana, adquire novas conformações na busca por uma solidariedade fraterna e global, tal ideia se encontra fortemente preconizada por Hannah Arendt "pois o respeito à dignidade humana implica o reconhecimento de todos os homens ou de todas as nações como entidades, como construtores de mundos e co-autores de um mundo comum" (ARENDT, 1989, p. 509).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo que foi exposto, resta clara e inequívoca a vocação vanguardista do Marco Legal da Primeira Infância Brasileiro na busca dogmática pela reconstrução de conceitos que operam como bússolas para a compreensão do ser criança em todo o seu desenvolvimento. Tal Estatuto dignifica a categoria infância como ambiência privilegiada do começo da vida, desenvolvimento e início da Humanidade.

O que deve ser ressaltado é que o estatuto eleva a criança à categoria de cidadã, coadunando com os instrumentos internacionais de proteção à criança e com o texto constitucional, ressaltando a sua característica de sujeito de direito, o que significa tratá-la como um indivíduo atuante na esfera pública e sujeita à proteção do Estado, no presente caso, prioritária. Reconhecer a criança como prioridade é um passo importante, especialmente para a consolidação do modelo responsável para fazer com que sejam cumpridos de forma efetiva os objetivos e fundamentos da República Federativa propostos no texto constitucional vigente.

Toda esta ratificação de Direitos Fundamentais pode ser ensinada e compreendida pelas crianças já na tenra infância a partir de um caleidoscópio de elementos engendrados no fortalecimento dos Direitos Humanos e Educação para a Paz, para isto os instrumentos serão lúdicos e o *storytellying* desempenha papel fundamental na aproximação, alteridade, emoção e perpetuação do diálogo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGELO, Adílson de. Espaço-tempo na educação infantil: a roda de conversa como dispositivo pedagógico. In: ROCHA, Eloisa Acires Candal; KRAMER, Sonia (orgs.). **Educação infantil**: enfoques em diálogo. 3. ed. Campinas, SP: Papirus, 2011.

ARAÚJO, Luis César G. de. **Organização, Sistemas e Métodos e as Modernas Ferramentas de Gestão Organizacional**. São Paulo: Atlas, 2001.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitaria, 2010.

ARENDT, Hannah. **Da Revolução**. São Paulo: Perspectiva, 1988.

ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. São Paulo: Perspectiva, 2000.

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Perspectiva, 1989.

BENEVIDES, Maria Victoria. Direitos Humanos: desafios para o século XXI. In SILVEIRA, Rosa Maria Godoy, et al. **Educação em direitos Humanos**: Fundamentos teóricos- metodológicos. João Pessoa: Universitária, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. São Paulo: Campus, 2012.

BROWN, J., & ISAACS D. (2005). ***The World Café***. San Francisco: Berrett-Koehler Publishers, 2005.

CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 19.

CHRISPINO, A. Gestão do conflito escolar: da classificação dos conflitos aos modelos de mediação. **Ensaio**: Avaliação e Políticas Públicas em Educação, Rio de Janeiro, v. 15, n. 54, p. 11-28, jan/mar. 2007.

CONTRERA, M. S. **Mídia e pânico**: saturação da informação, violência e crise cultural na mídia. São Paulo: Annablume, 2005.

GORCZEVISKI, Clovis. Direitos Humanos, Educação e Cidadania. *In:* REIS, Jorge Renato & LEAL, Rogerio Gesta (org). **Direitos sociais e Políticas Públicas – Desafios contemporâneos**. Tomo 5. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2005.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia**. Entre a facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

MARCONDES FILHO, C. **Para entender a comunicação: Contatos antecipados com a nova teoria**. São Paulo: Paulus, 2008.

MOREIRA, Vital; GOMES, Carla de Marcelino (Coordenação), **Compreender os direitos humanos**, Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

NASSAR, Paulo & RIBEIRO, Emiliana Pomarico. **Velhas e Novas Narrativas**. Disponível em http://citrus.uspnet.usp.br/estetica/index.php/anteriores/85-revista-8/52-2012-2-art5. Acesso em 10 mar.2019.

PRING, Richard. ***Closing the gap*: *liberal education and vocational preparation***. Londres: Hodder & Stoughton, 1995.

RIBEIRO, Raimunda. Educação e Paz: Construindo Cidadania.In: BOMFIM, Maria do Carmo Alves do (org.) e Kelma Socorro Lopes de Matos. **Juventude, Cultura de Paz e Violência na Escola**. Fortaleza: Editora UFC, 2006.

TEIXEIRA, Carla Noura e ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan. **Epílogo: pela Educação em Direitos Humanos no Brasil**. *In*: ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan (org) et al. Direitos Humanos: perspectivas e reflexões para o Século XXI. São Paulo: LTr, 2014.

TOMÁS, C. **Participação não tem idade; Participação das crianças e cidadania da infância**. Contextos&Educação. Instituto de Estudos da Criança da Universidade do Minho Portugal, 2007.

PINSKY, Jaime. **História da Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2002.

CASO OLMEDO BUSTOS VS CHILE: A APRECIAÇÃO DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E A SUA RELEVÂNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

SÉRGIO ASSUNÇÃO RODRIGUES JÚNIOR

INTRODUÇÃO

As relações interpessoais, sociais e profissionais são uma constante na vida de toda a população, pois hoje a comunicação, está literalmente em qualquer lugar, hora e momento. Tal comunicação vem junto com a forma de se expressar. Por diversas vezes, essas relações têm por consequência um conflito de interesses, tendo em vista que por vivermos em uma democracia, temos o livre arbítrio de pensar e nos manifestarmos conforme pensamos e isso origina a diversidade de pensamento. Essa diversidade de pensamento origina o questionamento de até onde este direito pode ser efetivado sem ocorrer violação de outros direitos também constatados no ordenamento jurídico. Devido a essas indagações, surge a problemática de qual seria o limite para a aplicação do direito de liberdade de expressão e como ele deve ser aplicado de modo a não invadir o direito de outrem.

Para ter a efetiva compreensão do tema, faz-se necessário abordar todos as espécies de liberdade previstas no ordenamento jurídico brasileiro e que por consequência são aplicáveis ao Caso Olmedo Bustos vs. Chile, junto com a exposição do motivo de tal direito ter grande problematização em sua aplicabilidade no mundo de hoje. É importante também demonstrar os efeitos e consequências da aplicação do referido direito, trazendo a responsabilidade daquele que não o faz cumprir de forma igualitária e respeitosa.

Para a construção deste entendimento, é necessário explorar tanto as

pesquisas aplicadas, suscitando qual a relevância do tema na sua praticidade e em situações reais, as pesquisas explicativas, com intuito de se trazer o motivo da divergência sobre a aplicação desse direito fundamental na seara internacional e nacional e as pesquisas bibliográficas, através dos autores mais renomados da seara dos direitos humanos.

Há relevante interesse jurídico para a sociedade a discussão desse tema, pois tal direito é um dos pilares na relação do homem com o mundo, sendo esta origem de filmes, novelas, obras de arte e feitos artísticos. Sendo assim, é imprescindível a discussão desse tema, com o intuito de abordar a relevância prática de tal direito perante a ótica do ordenamento jurídico brasileiro e internacional.

1. CONCEITO DE LIBERDADE E SUAS ESPÉCIES

Liberdade é o estado no qual se pressupõe estar livre de limitações ou coação sempre que se tratar de agir de maneira lícita, de acordo com princípios éticos e legais cristalizados dentro da sociedade, ou seja, é o grau de independência legítimo que um cidadão, um povo ou uma nação elege como valor supremo, como ideal.

Para Paulo Nader (2017, pg. 199), a liberdade é a ausência de restrição convencionalmente imposta pelo mundo exterior e não decorrente da razão.

É importante mencionar, que a declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789, em seu artigo 4, diz que a liberdade, consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo.

Com base nisso, podemos afirmar que o direito de liberdade é uma garantia ampla que detém diversas espécies, as quais são interligadas na maioria das vezes, porém é necessário saber discernir uma da outra, fato o qual será realizado ao longo deste artigo.

1.1 LIBERDADE DE AÇÃO

A liberdade de ação **é a afirmação de que toda privação à liberdade de um indivíduo ocorrerá mediante a existência de uma lei, como expressão da construção histórica do Estado de Direito na Modernidade. Com isso vale dizer que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei**.

1.2 LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO E DE EXPRESSÃO

Por liberdade de pensamento e de manifestação entende-se a tutela constitucional a toda mensagem passível de comunicação, assim como toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer temática, seja esta, relevante ou não aos olhos do interesse público, ou mesmo dotada, ou não, de valor (MENDES, 2008, pg. 350-351).

Já para André de Carvalho Ramos (2017, pg. 617), a liberdade de expressão consiste no direito de se manifestar, sob qualquer forma, ideias e informações de qualquer natureza, abrangendo, a produção intelectual, artística e científica.

1.3 LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E DE CRENÇA

Segundo Gilmar Mendes (2008, pg. 403), por liberdade de consciência, entende-se uma noção mais estendida que a ‘’liberdade religiosa’’ ou a ‘’liberdade de crença’’, já que está ligada à faculdade de um indivíduo formular juízos, ideias e opiniões seja sobre si mesmo, seja sobre o mundo que o circunscreve, ou seja, permite ao indivíduo escolher seus padrões de valoração ética e moral.

Já a liberdade de crença é o direito de um indivíduo adotar ou não uma religião sem ser prejudicado, inclusive o de não adotar nenhuma religião. Esta, admite o direito de se realizar o proselitismo religioso, que significa o ato de praticar esforços para convencer outras pessoas a se converterem à sua religião.

1.4 LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO

O direito de liberdade de locomoção, consiste no direito de ir e vir, assim como, permanecer, sem interferência do Estado ou de particulares, sendo possível ainda o indivíduo deixar, em tempo de paz, o território nacional com seus bens.

A liberdade de locomoção é um direito intrínseco ao ser humano, que em sua essência detém o instinto de ser livre e através desse ideal, busca seus ideais em razão de ser livre.

1.5 LIBERDADE DE PROFISSÃO

A Constituição da República de 1988, no seu Artigo 5, inciso XIII, garante a livre escolha da profissão ou ofício, mas condiciona tal liberdade às qualificações profissionais previstas na legislação federal, conforme o Artigo 22, XVI, parte final, da CR/88.

Para Alexandre de Moraes (2007, pg. 162), a liberdade de profissão se trata de norma de eficácia contida e por isso, pode ser restringida pela própria constituição ou pelo legislador infraconstitucional, nas legislações das profissões.

1.6 LIBERDADE DE REUNIÃO

Os direitos de liberdade de reunião e de liberdade de associação tem relação direta com o direito de liberdade de expressão, pois é por meio da livre opinião pública que surge o controle do exercício do poder e se efetiva o direito de ingresso na vida pública de um Estado, sendo considerado um ‘’direito meio’’, permitindo a participação da sociedade civil na vida política e social, motivo pelo qual levou Gilmar Mendes (2008, pg. 384), a afirmar que a liberdade de reunião tem um direito individual, com exercício coletivo.

No tocante ao Caso dos ‘’Black Blocks’’, que no Estado do Rio de Janeiro, através da Lei 6.528 de 2013, foram proibidos de utilizar máscaras

ou qualquer forma de ocultar o rosto para dificultar ou impedir a identificação em manifestações, é válido mencionar que esta norma teve sua constitucionalidade questionada perante o TJ/RJ, através da ADI 0052756-30.2013.8.19.0000, onde o mesmo a declarou constitucional, afirmando que tal proibição não é óbice para inviabilizar o direito de reunião, mas busca preservar os direitos daqueles que seriam atingidos pela violência.

1.7 LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO

A liberdade de associação destina-se ao atendimento das mais diversas finalidades e necessidades dos sujeitos, que se reúnem entre si com intuito de estabilidade, sob uma mesma direção, com fito para realização de fins lícitos, tendo como exemplo, as associações de moradores que buscam os direitos dos moradores locais.

Gilmar Mendes (2008, pg. 391), afirma que a liberdade de associação propicia autoconhecimento, desenvolvimento da proporcionalidade, constituindo um meio orientado para a busca de autorrealização.

2. PRINCÍPIOS RELACIONADOS AO DIREITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO

2.1 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O Artigo 5, caput da Constituição da República de 1988, estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, ou seja, este princípio em tem a finalidade de alcançar a todos os indivíduos, o direito a igualdade de justiça em consonância à lei, independente de cor, raça, sexo, tendo como objetivo a segurança dos direitos fundamentais contra as ações arbitrárias e abusivas existentes na sociedade atual.

Para André de Carvalho Ramos (2017, pg. 566), a igualdade, consiste em um atributo de comparação do tratamento dado a todos os seres humanos, visando assegurar uma vida digna a todos, sem privilégios odiosos.

2.2 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da razoabilidade e da proporcionalidade trás a discussão sobre aquilo que seria coerente ou admissível, através de uma análise caso a caso, a partir de um viés axiológico, verificando conjuntamente com as ideias de justiça, equidade, bom senso, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins, qual é a melhor solução para o caso concreto enfrentado, através de uma razoável interpretação e uma análise proporcional.

Para André de Carvalho Ramos (2017, pgs. 119 e 131), a proporcionalidade, consiste na aferição da idoneidade, necessidade e equilíbrio da intervenção estatal em determinado direito fundamental. Já a razoabilidade, consiste na exigência de verificação da legitimidade dos fins perseguidos por uma lei ou ato administrativo que regulamente ou restrinja o exercício desses direitos, além da compatibilidade entre o meio empregado pela norma e os fins visados.

3. CASO OLMEDO BUSTOS E SUA RELEVÂNCIA PARA O DIREITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 HISTÓRICO DO CASO

Em novembro de 1988, após uma petição proposta por uma junta de sete advogados que alegavam agir como representantes da Igreja Católica e de Jesus Cristo, o Conselho de Qualificação Cinematográfica do Estado do Chile proibiu, com fundamento no Artigo 19 §12 da sua Constituição, a exibição do filme ‘’A Última Tentação de Cristo, dirigido por Martin Scorsese, corroborando a tese destes advogados que alegavam que o filme atentava contra os princípios cristãos e contra a honra de Jesus Cristo.

Realizada a censura pelo Estado chileno e confirmada pela sua Corte Suprema que teve como vítimas os Senhores Juan Pablo Olmedo Bustos,

Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle e Hernán Aguirre Fuentes, que ao se sentirem lesados com tal decisão, demonstraram interesse em desfazê-la, onde, por meio da Associação de Advogados pelas Liberdades Públicas A.G., os representaram, levando o caso até à CIDH (Comissão Interamericana de Direitos Humanos), que sem obter uma solução consensual entre as partes, submeteu o mesmo à Corte Interamericana.

Após o processamento do caso, a Corte IDH, no dia 05 de fevereiro de 2001, por unanimidade, responsabilizou o Estado do Chile por ter violado o direito à liberdade de pensamento e expressão, consagrado no Artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Por outro lado, a Corte IDH concluiu que o Estado Chileno não violou o direito à liberdade de consciência e religião, previstos no Artigo 12 da citada Convenção, pois o conteúdo desse direito estaria direcionado a permissão para que as pessoas professem, conversem e divulguem suas crenças religiosas, e nesse aspecto, a censura da exibição do filme 'A Última Tentação de Cristo'' em nada afetou a referida liberdade fundamental.

Por fim, no ponto quatro da sentença, a Corte Interamericana enfatizou a importância de o Estado Chileno reformar a sua constituição para eliminar a censura cinematográfica, com fito de permitir a exibição do filme abordado neste caso, dentro de um prazo de seis meses a partir da notificação da respectiva sentença.

3.2 PROCEDIMENTO DO CASO

Para a devida compreensão do caso, é necessário dissertar sobre como ocorre o procedimento das demandas até a sua chegada na CIDH, onde para isto é necessário abordar a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), diploma que trata de forma minuciosa tal momento.

A CADH, assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos em San José, na Costa Rica, no dia 22 de novembro de 1969, razão pela qual é conhecida por Pacto de São José da Costa Rica, foi recepcionada no ordenamento jurídico brasileiro com status supralega.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), segundo André de Carvalho Ramos (2017, pgs. 388-389), é órgão principal da Organização dos Estados Americanos (OEA), sendo composta por sete membros, denominados Comissários ou ''Comissionados'', que deverão ser pessoas de alta autoridade moral e de reconhecido saber em matéria de direitos humanos, sendo eleitos para quatro anos, podendo ser reeleitos uma vez.

A CADH, determina que a Comissão, pode receber petições individuais e interestatais contendo alegações de violações de direitos humanos, sendo o Procedimento individual considerado de adesão obrigatória e o interestatal, facultativo. A Convenção, afirma que qualquer pessoa, pode peticionar à Comissão, alegando violação de direitos humanos, não só a vítima.

Após receber a petição, emerge a fase conciliatória, onde caso seja obtida a solução amigável entre a vítima e o Estado Infrator, a Comissão elabora seu relatório contendo os fatos e o acordo alcançado, sendo o mesmo remetido ao peticionário, aos Estados e também ao Secretário-Geral da OEA. Em contrapartida não obtendo solução consensual, a CIDH, deve submeter o Caso à Corte IDH, que é uma instituição judicial autônoma, que possui jurisdição contenciosa e consultiva, não sendo órgão da OEA, mas sim da CADH.

A Corte IDH é composta por sete juízes, cuja escolha é feita pelos Estados Partes da Convenção, em sessão da Assembleia Geral da OEA, de uma lista de candidatos propostos pelos mesmos Estados. Estes juízes da Corte serão eleitos para um mandato de seis anos e só poderão ser reeleitos uma vez.

É importante ressaltar que somente os Estados que tenham reconhecido a jurisdição da Corte e a Comissão podem processar Estados perante a Corte. Sendo assim, os indivíduos dependem da Comissão ou de outro Estado para que seus casos cheguem à Corte IDH. Em razão disso, o Chile desde 21 de agosto de 1990 é Estado Parte da Convenção Americana e reconhece a competência contenciosa da Corte.

O Caso fora recebido pela Corte IDH, no dia 15 de janeiro de 1999, e no dia 05 de fevereiro de 2001, esta, responsabilizou o Estado Chileno, por ter violado o direito à liberdade de pensamento e expressão, previsto no Artigo 13 da CADH, concluindo também que este não teria violado o direito à liberdade religiosa, pois o conteúdo de tal direito estaria ligado com a permissão para que as pessoas professem, conversem e divulguem suas

crenças religiosas, e nisto, a proibição da exibição do filme em nada afetou a referida liberdade fundamental.

No final de sua decisão, a Corte enfatizou a importância de o Estado Chileno reformar a sua constituição para eliminar a censura cinematográfica, pois a mesma estaria cerceando o direito de liberdade de expressão das pessoas, assim como ocorreu no filme.

3.3 RELEVÂNCIA PRÁTICA DO CASO

Atualmente, podemos dizer que o Caso Olmedo Bustos, é o marco do direito à liberdade de expressão na jurisprudência internacional dos direitos humanos, gerando uma influência no ordenamento jurídico brasileiro.

O que levou a este fato ocorrer, fora que houve a censura à exibição do filme '' A Última Tentação de Cristo'' no Chile, que fora fundamentada no Artigo 19, inciso 12 da Constituição Chilena, fato que fora confirmado pelo Poder Judiciário Chileno, através da Corte Suprema.

A Corte IDH, determinou que o Estado Chinelo, deveria alterar a sua própria Constituição, pois a censura prévia estaria violando os direitos à liberdade de expressão, que está consagrado no Artigo 12 e 13 da CADH.

A Corte entende que a liberdade de expressão tem duas dimensões: a dimensão individual, que consiste no direito de expressar o próprio pensamento, e a dimensão coletiva ou social, que consiste no direito de receber as manifestações de pensamento e expressão de outros.

Outro aspecto relevante fora a discussão acerca sobre se a vedação à exibição do filme "A Última Tentação de Cristo'', não seria uma violação a liberdade religiosa. A Corte IDH entendeu que não houve violação, contudo, é necessário afirmar, que a partir do momento em que o Estado Chileno de forma prévia, censurou a exibição do filme, levando em consideração sua conveniência e aplicando a literalidade de sua constituição, que a própria Corte IDH, sentenciou a alterar, vislumbra-se que houve sim uma violação indireta ao direito de liberdade de religião, pois ao impedir a exibição do filme, automaticamente, estaria se impedindo a reprodução do conteúdo do mesmo, onde se encontrava preceitos religiosos, fato o qual fora de forma prévia censurado.

3.3.1 DUPLA DIMENSÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Conforme as palavras do Ministro Marco Aurélio, no HC 83.125, a liberdade de expressão consiste no direito de manifestar, sob qualquer forma, ideias e informações de qualquer natureza, abrangendo a produção intelectual, artística, científica, e de comunicação de quais ideias ou valores.

A Corte IDH, declarou que o direito à liberdade de expressão detém dois formatos, que são, o individual e social. O individual se refere a ideia de poder expressar o seu pensamento, já o aspecto social, tem a ver com o direito de a sociedade receber, sob qualquer forma de veiculação, a manifestação de pensamento de uma pessoa. Com isso percebe, a origem do ''Right to Communicate'' que trás essas duas visões, tanto a liberdade de expressar suas opiniões, quanto os direitos de quem sente o impacto deste direito.

Nas palavras de Caio Paiva (2017, pg. 145), esses direitos possuem um caráter bivetorial, situação que emana um papel humanista a esses direitos, pois, além de concretizarem a democracia no governo, eles contribuem para uma maior difusão e debate de ideias nos espaços sociais.

Vale dizer, que no âmbito da OEA, a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão, no seu Artigo 1, menciona que, a liberdade de expressão, em todas as suas formas e manifestações, é um direito fundamental e inalienável, inerente a todas as pessoas, sendo requisito indispensável para a existência de uma sociedade democrática.

3.3.2 POSSIBILIDADE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE SOBRE UMA NORMA CONSTITUCIONAL ORIGINÁRIA

A importância deste caso, é analisada, em razão do Estado chileno ter sido responsabilizado pela Corte, mesmo tendo agido sob prisma de uma norma constitucional oriunda do poder constituinte originário. Assim, nota-se que independentemente da hierarquia da norma, haverá a possibilidade do controle de convencionalidade.

Vale dizer que a prática de censura do filme pelo Chile, é inconvencional, em relação ao ordenamento jurídico internacional, onde a Corte,

utilizando-se do Controle de Convencionalidade, determinou que este Estado, alterasse o artigo 19 §12 da Constituição Chilena, que trazia a possibilidade de censura prévia.

3.3.3 FREE MARKETPLACE OF IDEAS (LIVRE MERCADO DE IDÉIAS)

Criada por John Milton, esta teoria afirma que o direito de liberdade de expressão detém uma posição especial no sistema constitucional brasileiro, o que lhe dá um peso abstrato em hipótese de colisão com outros direitos fundamentais ou interesses sociais. Este autor, afirma que a ocorrência de ideias contrárias, é de bom grado, por servir ao debate público, retirando a população da estagnação de crença perpétua de uma ideia.

Tal expressão ‘’free marketplace of ideas’’, nos remete a uma possibilidade de existência de diversas opiniões, expressões, ideias em um mesmo âmbito, onde a própria sociedade existente neste local, possa discutir, debater sobre o assunto, observando várias visões, acerca do mesmo tema, não existindo uma verdade absoluta.

3.4 O LIMITE DO DIREITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO AO DIREITO DE OUTREM

No tocante a possibilidade de haver limitação ao direito de liberdade de expressão, quando em conflito com o direito de outra pessoa, é importante mencionar que a nossa Carta Magna assegura a liberdade de manifestação de pensamento, da criação, da expressão e informação, em qualquer veículo, dando liberdade a qualquer espécie de manifestação ou expressão, sendo esta artística, política, ou ideológica, sendo vedada qualquer censura, conforme estabelece o Artigo 220 §1 da CRFB/88.

Devemos nos atentar, de que os direitos fundamentais não são absolutos, ou seja, todos podem ser relativizados. Com isso, surge o questionamento de como se surgiria a limitação ao direito de liberdade de expressão ou manifestação.

A maioria da doutrina entende que o direito de liberdade de expressão, será limitado, quando o mesmo violar direito fundamental pertencente à outrem, como por exemplo nos casos dos ‘’paparazzi’’, que por diversas vezes invadem a vida privada de alguns atores ou atrizes, em busca de fotografias ou fatos para colocarem em suas reportagens em busca de mais visibilidade. Esta conduta, é uma amostra do conflito entre direitos fundamentais, dentre os quais o da liberdade de expressão e informação em razão do direito à privacidade.

Realizando um raciocínio razoável e proporcional, deve-se analisar que nem sempre o direito de liberdade de expressão deve prevalecer, pois, a partir do momento em que esse direito fere outro que de acordo com a Constituição Federal, tem a mesma hierarquia, deve se perceber que haverá uma necessidade de ponderação, onde se deve buscar, uma harmonia desejável.

É notório que nos dias de hoje, o ser humano tem mais facilidade de se expressar, seja por redes sociais ou até mesmo pelos vínculos de amizade, fato o qual deve ser levado com extremo cuidado, tendo em vista que hoje uma informação mal expressada, se torna de alcance à todos em questão de minutos. Tal fato é o fenômeno da popularização da internet, o qual está crescendo a cada dia mais, onde a pessoa em sua rede social utiliza sua liberdade de expressão de forma irrestrita, sem pensar nas consequências, tendo como exemplos, casos de racismos, intolerância religiosa e homofobia.

Conforme as palavras do Ministro Barroso na ADI 5136, a liberdade de expressão é uma manifestação da dignidade da pessoa humana e, do ponto de vista do seu valor instrumental, ela é também uma forma de expressão para realizar este fim último da democracia.

No entanto, Alexandre de Moraes (2012, pg. 52), afirma que a liberdade de expressão não pode sofrer nenhum tipo de limitação prévia, no tocante a censura de natureza política, ideológica e artística.

Vale dizer que tal posicionamento não pode ser encarado frente à nossa sociedade atual, pois se adotarmos o entendimento de que a liberdade de expressão não pode ter nenhum tipo de limitação, estaremos diante de um momento onde qualquer um sentirá direito de falar o que bem entender, sem temer qualquer consequência.

4. IMPORTANTES PRECEDENTES NA JURISDIÇÃO NACIONAL

4.1 CASO ELLWANGER

O Caso Ellwanger, se caracterizou como um hard case envolvendo publicações antissemitas, aonde o Supremo Tribunal Federal, através do HC 82.424, tendo como relator o Ministro Moreira Alves, que entendeu que a publicação da obra com expressões discriminatórias ao povo judeu caracterizava um verdadeiro discurso de ódio, ou seja, o denominado ‘’hate speech’’, pois o seu conteúdo violaria o princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade, materializando o delito de racismo.

Analisando o caso, Caio Paiva (2017, pg. 146) afirma que o direito à liberdade de expressão tem limites, não sendo protegido por essa liberdade fundamental, o uso de *fighting word*s, que neste caso estariam representadas pelas expressões discriminatórias ao povo judeu.

4.2 ADI DO HUMOR

Na ADI 4451, de relatoria do Ministro Ayres Britto, conhecida como ‘’ADI do Humor’’, discutiu-se a constitucionalidade do Artigo 45, I e II da Lei 9504/1997, que abordava sobre a temática dos conteúdos humorísticos em tempos de eleições, classificando como conduta vedada às emissoras de televisão e rádio, a partir do dia 1 de julho do ano eleitoral, a utilização de qualquer recurso de áudio ou vídeo que degradasse, determinado candidato, partido político ou coligação.

O STF, em sede de medida cautelar naquela ADI, refutou tal proibição à luz do direito à liberdade de expressão, bem como de proibição à censura que vigora no país, sendo este precedente importante pois naquela época, tentava-se impor à censura aos meios de comunicação que utilizavam-se do humor como crítica à política.

4.3 MARCHA DA MACONHA

Tal precedente teve como relator o Ministro Ayres Britto que juntamente aos outros Ministros do STF, assentiram a prática da manifestação popularmente conhecida como ‘’Marcha da Maconha’’ com o argumento de que a mesma estaria salvaguardada pela liberdade de expressão e pela liberdade de reunião, não resultando, assim, na apologia ao crime.

Pedro Lenza (2015, pg. 1173-1174), afirma que a decisão do STF é importante, pois fora legitimado o movimento, prevalecendo o direito de reunião. Informa ainda que no julgado, o Ministro Luiz Fux, estabeleceu parâmetros, tais como: a reunião deve ser pacífica, não se pode admitir a incitação ao consumo de entorpecentes, não poderá haver consumo destes e a proibição da participação de crianças e adolescentes.

4.4 LEI DE IMPRENSA

Sobre a liberdade de informação, o STF, trouxe um importante precedente na ADPF 130, onde reconheceu como integralmente não recepcionada, a lei de imprensa (Lei 5250/1967), pois a mesma fora elaborada na vigência do regime militar, ou seja, a CRFB/88 não recepcionou o conteúdo previsto na lei de imprensa, tendo em vista que o mesmo, não é compatível com a nossa Carta Magna atual.

Para o STF, os dispositivos constitucionais referente à ‘’Comunicação Social’’, ratificam que os veículos de comunicação de massa representam uma ‘’instituição ideia’’, influenciando cada pessoa e auxiliando a formar a opinião pública, motivo pelo qual, este capítulo da CRFB/88, representa um prolongador de direitos que são emanações da dignidade da pessoa humana: a livre manifestação do pensamento e o direito à informação e à expressão artística, científica, intelectual e comunicacional.

Com tal fundamentação, o STF trouxe o entendimento que a liberdade de informação jornalística é expressão sinônima de liberdade de imprensa, constituindo-se um patrimônio imaterial do povo próximo a democracia.

4.5 CASO GERALD THOMAS

Trata-se do fato ocorrido com o diretor de peças teatrais Gerald Thomas, que fora vaiado e ofendido ao final de um dos espetáculos que dirigiu e em reação subsequente àquela manifestação, o diretor exibiu suas nádegas ao público, motivo o qual gerou uma ação penal com base no crime de ato obsceno, tipo exposto no Artigo 233 do Código Penal.

Tal caso chegou até o Supremo Tribunal Federal pela via do Habeas Corpus 83.996, tendo como relator o Ministro Carlos Velloso, que junto aos outros Ministros concederam a ordem, pois, em razão das circunstâncias que os fatos ocorreram, por ter sido uma apresentação teatral que continha no próprio roteiro uma simulação de ato sexual e que após a manifestação negativa do público às duas horas da manhã, o ato realizado pelo Senhor Gerald Thomas estaria abarcado pelo direito à liberdade de expressão.

Logo, percebe-se que o ato de Gerald Thomas, mesmo sendo configurado ato obsceno, no caso, estaria enquadrado na liberdade de expressão, demonstrando assim que o STF neste caso, deu preferência ao direito fundamental da liberdade de expressão, analisando o caso concreto.

4.6 ADI DAS BIOGRAFIAS

Esta ADI número 4815, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, fora julgada procedente no dia 9 de junho de 2015, onde por meio desta declarou a inexigibilidade da autorização prévia para a publicação de biografias, conferindo interpretação constitucional junto aos artigos 20 e 21 do Código Civil brasileiro, concomitantemente aos direitos fundamentais comunicativos previstos na CRFB/88.

Neste caso, o STF privilegiou mais uma vez o direito à liberdade de expressão e o livre mercado de ideias em detrimento de outros direitos.

4.7 CASO JONAS ABIB

Tem-se aqui um caso, onde o sacerdote da igreja católica Jonas Abib, autor do livro ''Sim, Sim! Não, Não! Reflexões de cura e libertação'', que é voltado para os católicos, realizou no mesmo, inúmeras críticas ao espiritismo e as religiões de matriz africana, como o candomblé e a umbanda, motivo que levou o MPE/BA, a oferecer denúncia contra este, pela prática de racismo.

O caso chegou ao STF no ano de 2016 no RHC 134.682, que decidiu que o conteúdo normativo e o suporte fático do direito à liberdade religiosa abrangem não apenas a possibilidade de escolher qual religião irá seguir, ou se não irá seguir nenhuma, mas também a prática do proselitismo. Com isso, mesmo que o proselitismo seja praticado de modo comparativo entre as religiões, tal conduta não configurará, por si só, crime de racismo, exceto nos casos em que o autor do discurso utilizar palavras de ódio, as denominadas ''fighting words'' ou propor um discurso de dominação visando diminuir outras religiões.

4.8 INCONSTITUCIONALIDADE DA PROIBIÇÃO DE TATUAGENS À CANDIDATO A CARGO PÚBLICO E SUA RELAÇÃO COM O TESTE DE MILLER

No dia 17 de agosto de 2016, o STF no RE 898.540, decidiu pela inconstitucionalidade desta proibição, sendo assim, os editais de concurso público não podem estabelecer restrições a pessoas com tatuagens, exceto nos casos em que o conteúdo das mesmas vá de encontro aos valores estabelecidos pela Constituição Federal de 1988.

Durante o julgamento deste caso, o Ministro Luiz Fux fez menção ao famoso ''teste de três pontas'', criado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, que é conhecido como Teste de Miller (Miller-Test), que busca conferir se determinada expressão ou fala pode ser enquadrada como obscena, se a obra atrai o interesse lascivo, quando a obra retrata ou descreve, de modo ofensivo, conduta sexual, nos termos do que definido na legislação estadual aplicável ou quando a obra, como um todo, não possua um sério valor literário, artístico, político ou científico.

CONCLUSÃO

Através do que fora estudado neste trabalho, é de fácil constatação o quão importante é a análise da liberdade de expressão como instituto marcante dos direitos e garantias fundamentais.

Em suma tal direito é oriundo da própria relação humana em compreender que o próximo pode se expressar de tal modo que não ofenda à outrem.

O estudo do direito de liberdade de expressão que no nosso ordenamento jurídico, está previsto no Artigo 5, inciso IX, é um dos pilares deste trabalho, onde tal direito se refere aos aspectos intelectuais, artísticos e científicos e suas relações diretas com a limitação de tal direito perante a população com um todo, tendo em vista que também se há o dever de respeitar a opinião e pensamento alheio.

O Caso Olmedo Bustos x Chile é o marco na jurisprudência internacional dos direitos humanos que por consequência expandiu a discussão sobre o direito de liberdade de expressão e qual seria seu limite. No caso ocorreu o dilema entre liberdade de expressão e a censura religiosa impregnada pela igreja católica, onde de forma nítida, prevaleceu o bom senso, onde a Corte Interamericana de Direitos Humanos, concluiu que o Estado Chileno violou o direito à liberdade de pensamento e expressão que estão previstos no Artigo 13 da CADH.

É notável que tal caso tenha tal relevância para a sistemática dos direitos humanos internacionais tendo em vista que o mesmo se tenha originado entre uma produção cinematográfica e uma igreja católica, que costumava ser um grande e poderoso aliado do Estado em épocas não tão longínquas.

Sendo assim, é evidente e clara a importância deste Caso, como marco da expansão do direito de liberdade de expressão na jurisprudência internacional dos direitos humanos, fato o qual gerou a grande discussão sobre a necessidade de relativizar tal direito perante o pensamento dos outros, o qual nos torna uma sociedade democrática por si só.

REFERÊNCIAS

ADI 0052756-30.2013.8.19.0000, **Inconstitucionalidade da Lei Estadual 6583/2013**. Disponível em: <https://goo.gl/3kQ3wK> Acesso em: 10 de julho de 2017.

ADI 4274/DF, **ADI da Marcha da Maconha**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=194435>. Acesso em: 03 de julho de 2017.

ADI 4451, **ADI do Humor**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/votohumoristasx.pdf>. Acesso em: 03 de julho de 2017.

ADI 4815, **ADI das biografias**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=293336>. Acesso em: 03 de julho de 2017.

ADPF 130, **Inconstitucionalidade da Lei de Imprensa**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalhe.asp?idconteudo=107402>. Acesso em: 03 de julho de 2017.

Caso Olmedo Bustos x Chile (A Última Tentação de Cristo). Disponível em <https://goo.gl/UeMSbC>. Acesso em: 10 de maio de 2017

Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 05 de junho de 2017.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**, 9. ed. Salvador. Juspodvim, 2017.

HC 82.424, **Caso Sigfried Ellwanger**. Disponível em: <https://goo.gl/1XtBef>. Acesso em: 03 de julho de 2017.

HC 83.996, **Caso Gerald Thomas**. Disponível em: <https://goo.gl/48AZVJ>. Acesso em: 03 de julho de 2017.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**, 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo. Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral**. 8. ed. São Paulo. Atlas, 2007.

NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 24 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2017.

PAIVA, Caio Cezar; HEEMAN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência internacional dos direitos humanos**, 2. ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RE 898.540, **Inconstitucionalidade da proibição de tatuagem em concursos públicos**. Disponível em: <https://goo.gl/Hh1Sjk>.Acesso em: 03 de julho de 2017.

RHC 134.682, **Caso Jonas Abib**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=330764>.Acesso em: 03 de julho de 2017.

BULLYING NAS ESCOLAS E UNIVERSIDADES: UM OLHAR JURÍDICO

TAINARA LOPES FERREIRA
JOÃO ÉRICO LUCAS COELHO
ADRIANE DAMIAN PEREIRA

1. INTRODUÇÃO

O bullying apresenta-se em diversas formas, sendo expresso com palavras e até mesmo com agressões, tanto verbais como físicas, e, em casos extremos, podendo levar até a morte. O presente trabalho busca enfrentar de forma clara este problema que vem afetando cada vez mais o desenvolvimento de diversos jovens de nossa sociedade e de inúmeros países. Assim, não só é um problema do Brasil, mas também de muitos outros países, desenvolvidos ou subdesenvolvidos, nas diversas classes sociais, ocorrendo entre alunos que estudam nas melhores escolas e universidades do mundo, ou com alunos de uma escola pública, com uma classe inferior, todos sofrendo as mesmas injurias, agressões e ofensas.

2. CONHECENDO O BULLYING

A violência tem tido um papel central na história do ocidente, transformadora de velhas ordens e responsável por diversas conquistas de povos e territórios. Nos dias atuais a violência é vista como um fenômeno preocupante, pois está presente em diversas sociedades do mundo e nas mais variadas culturas e meios sociais. Apresenta-se em manifestações violentas camufladas por trás de senários tranquilos nas relações sociais, assim o

que é violento, por exemplo, no Brasil na Europa já é interpretado de outra forma assim sendo uma expressão natural.

Assim, as vítimas, tendo muito medo de denunciar, acabam convivendo diariamente com esta situação, que repercute no seu desenvolvimento escolar e familiar, uma vez que o jovem que sofre violência apresenta inúmeras mudanças em seu comportamento, sendo que quem pratica é na maioria das vezes um jovem agressivo com seus familiares. Desta forma, explica o psiquiatra norueguês Dan Olweus no seguinte trecho: "A par da sensibilização para o problema dos diferentes educadores no interior de cada escola, o diagnostico rigoroso destas situações é um elemento crucial para qualquer projeto de intervenção nesta área." (OLWEUS, 200, p. 25).

Segundo o teórico Rosário Ortega reflete o seguinte fato em relação a violências em escolas:

> Na violência há uma constante, que é o fato de algumas pessoas, por si só ou em grupo, trazerem em si a incapacidade de permitir e conviver com a liberdade e o bem-estar de outrem, nem que para isso, tenham que violar, deliberadamente, seus direitos básicos, como o bem-estar físico, a segurança e o acesso à cultura. (ORTEGA, 2003, pp.79-110).

Evidencia-se que o bem-estar de outras pessoas acaba incomodando um determinado grupo que não conseguem conviver com esse fato diariamente.

O termo Bullying que é uma forma de violência nas escolas foi conceituado por Dan Olweus: "Designa uma forma de violência entre pares e se distingue da agressão ocasional não só pela sua persistência no tempo, como pela desigualdade de poder entre agressor e vítima, tornando-se, assim uma relação de poder assimétrica." (Olweus, Dan. Bullying at school. Oxford: Blackwell Publisher, 200, pp.9-10.).

No que se referiu o autor o Bullying se diferencia dos demais tipos de violência justamente por durar mais tempo e apresentar uma desigualdade de poder ou classe social visto de um pai subdesenvolvido. Embora o bullying seja tratado como um problema novo dos dias atuais, relatos apontam que já é um problema antigo, sendo que a desvantagem entre

iguais resulta num tumulto no ambiente escolar que vem atrapalhando o desenvolvimento pedagógico.

Por mais que o termo bullying não apresente um significado próprio na língua portuguesa, foi adotada uma expressão americana para denominar esses fenômenos de violências entre jovens no ambiente escolar. A palavra foi adotada por diversos países para designar o desejo de maltratar outrem. Em países como a Noruega e Dinamarca, o termo é mobbing. Já na Suécia e Finlândia usa-se um termo semelhante mobbning.

Tendo raiz inglesa o termo mob. refere-se a um grupo de pessoas que se dedica ao assédio, atormenta, hostiliza outra, assim sendo é utilizado para designar a violência nas escolas.

O psiquiatra norueguês Dan Olweus define o Bullying:

> Eu defino o bullying ou vitimização no seguinte conceito geral: um estudante que está sendo bulido ou vitimado quando ele ou ela está exposto, repetidamente e o tempo todo, ações negativas por parte de um ou mais estudantes. (OLWEUS, 200, n.p.).

Submete vitima ao isolamento, a apelidos inconvenientes, a aplicação dos defeitos estéticos, sendo a violência tendo cunho amedrontamento, de gozação que magoam e constrangem, chegando até a extorsão. Sendo visto que o agressor, na maioria dos casos, culpa a própria vítima por estar sendo agredida.

Existem duas formas de manifestação do bullying: o direto e o indireto: o primeiro, mais fácil de ser notado, pois os ataques são abertos à vítima. Podem ser físicos ou verbais, colocar apelidos, fazer ameaças, fofocas, entre outros. O segundo é mais sutil, mais difícil de ser visto, são os casos em que os alunos fazem caretas ou gestos obscenos para suas vítimas, manipula relacionamentos, isolam e excluem colegas das atividades em grupos.

A principal característica do autor é agressividade no trato com colegas e familiares. Sendo pessoas impulsivas com extrema necessidade de dominar. Também se apresenta o agressor secundário que não toma iniciativa de participar das agressões, sendo também agressor passivo, aquele

que toma ordens e imita o comportamento agressivo dos demais. Há também os espectadores que são aqueles que apenas assistem aos horrores sem se manifestar.

3. O BULLYING NAS ESCOLAS E UNIVERSIDADES

No decorrer dos séculos inúmeras escolas e educadores sempre se preocuparam com a transmissão de valores e conhecimento a seus ouvintes. No século XX inúmeras conquistas foram atingidas no campo dos direitos da infância e da adolescência, assim os alunos têm direitos de suas diferenças serem respeitadas, tendo direito ao bem-estar. Porém, assim como antes as escolas se tornaram locais de inúmeras violência e agressividade, desde aquela que se expressa fisicamente até a mais sutil forma de violência psicológica.

Neste mesmo contexto que o dia a dia escolar se tem apresentado como um palco de horrores, com manifestações agressivas, variando de depredação até agressões verbais e físicas que pode resultar na morte e em suicídio das vítimas. Assim sendo a violência um problema que se alojou no interior das escolas e que não pode mais como ser ignorada.

As vítimas e os espectadores costumam sofrer calado o que torna sua vida acadêmica ou escolar uma tortura, afetando seu psicológico, podendo prejudicar suas relações na vida futura. Ainda, como consequências: o distúrbio do sono, problemas de estômago, irritabilidade, transtornos alimentares, depressão, transtorno de ansiedade, dor de cabeça, falta de apetite, pensamentos destrutivos, entre outros.

O que leva inúmeras vezes a vítima a praticar o suicídio em caso extremo, já que a pressão psicológica é tanta que chega a um ponto que a pessoa perde o juízo e a noção da realidade.

A construção de um ambiente escolar repleto de valores e seguros foi e será uma preocupação de pais e educadores. Desta forma é mais preocupante que se tenha uma educação para a paz do que para os direitos humanos visto de um âmbito educacional dos dias atuais.

Assim leva o que cada um deve fazer dentro de um ambiente de ensino para mudar esta situação, exposto da seguinte forma pelo autor Rolim:

> As estratégias antibullying nas escolas exigem que as instituições estabeleçam claramente seus compromissos com a preservação e que foquem suas iniciativas no fenômeno tal como ele se produz concretamente. As abordagens utilizadas neste processo devem ser multifacetadas. [...] será, por exemplo, necessário definir uma política institucional antibullying que se torne amplamente conhecida por todos; mas também oferecer uma formação especial para os professores e os funcionários que os capacite plenamente a identificação do fenômeno e ao seu enfrentamento e, ainda, orientar os estudantes quanto ao problema, esclarecendo-o sobre quais são seus direitos e obrigações. Por fim, os pais deverão ser capacitados para o melhor exercício de suas funções.

Ou seja, o bullying passa a ser um problema de todos não apenas da vítima, sendo importante que haja profissionais capacitados para enfrentar essa situação e orientar a criança que sofra essas agressões e está procurando ajuda. Também afirma o referido autor, que os próprios pais devem receber uma capacitação para aprender a lidar com esses problemas do dia a dia.

Portanto, a discussão do bullying no ambiente escolar sob o viés do direito fraterno e da proteção integral surge como uma tentativa premente de conscientização dos pilares dos atores sociais dessa doutrina, principalmente no que concerne a todos os envolvidos no ambiente escolar e universitário. No entanto, percebe-se que esta violência, a qual se manifesta na forma de bullying é projeção de uma sociedade, de um Estado, de família descompromissadas ou que ainda não estão conscientes e, muitas vezes, habilitadas, para a sua função, da necessária construção de uma sociedade pacífica, rica de elementos relacionais. Assim se torna imprescindível a efetivação das políticas públicas sobre este assunto.

4. REFLEXOS JURÍDICOS DO BULLYING

O Bullying apresenta-se no meio jurídico da seguinte forma: a própria Constituição Federal Brasileira de 1988 em seu artigo 1°, inciso III, ressalta sobre a dignidade da pessoa humana, sendo que o próprio ato de ofender

e agredir fere esse princípio, pois está atingindo a própria dignidade da vítima que sofre esses atos.

Já no artigo 227, onde segue os princípios da Declaração Universal sobre os Direitos da criança e também a Convenção Internacional sobre os direitos da criança da ONU, estabelece a proteção integral à criança e ao adolescente, garantindo sua integridade física, moral e psicológica, também ao convívio social sadio e seguro.

Do seguinte modo exposto:

> Art.227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta propriedade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de coloca-la a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Embora inúmeros países adotem leis próprias para tratar do bullying, assim deixando de ser um problema só da família, mas também do Estado, o Brasil só veio a aderir uma lei própria no ano de 2007, no Estado de São Paulo, criando uma lei específica para tratar desse problema, que estava afetando cada vez mais jovem. Então vem a nova lei como numa forma de propiciar um amparo jurídico a essas vítimas. Esta legislação do Estado de São Paulo teve como justificativa de sua criação o fato de um aluno de Taiúva, com 18 anos de idade, em 2004, feriu oito pessoas com um revólver calibre 38, logo em seguida tendo se suicidado. Os jovens mortos eram obesos e sofriam muito constantes com apelidos humilhantes, brincadeiras de colegas da turma. Portanto, a lei foi criada como uma forma de tentar combater ao Bullying nas escolas, da seguinte forma disposto:

> Art. 1°- Fica o Poder Executivo autorizado a instituir o Programa de Combate ao Bullying, de ação interdisciplinar e de participação comunitária, nas escolas públicas e privadas, no Estado de São Paulo.
> Parágrafo único- Entende-se por bullying atitudes de violência física ou psicológica, intencionais e repetitivas, que ocorrem sem motivação

> evidente, praticadas por um indivíduo (bully) ou grupos de indivíduos, contra uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimida-la ou agredi--la, causando dor e angústia à vítima, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas.

Disposto nessa lei em seu artigo primeiro, um programa de combate ao bullying valido tanto para Escolas públicas, como para Escolas privadas do Estado de São Paulo, como numa forma de unir educadores e familiares para combater o bullying. Já em seu parágrafo único mostra o entendimento da palavra bullying sendo associadas também as agressões físicas e verbais que inúmeros jovens passam.

No artigo segundo da mesma lei, fica disposta a forma como o ato de bolir apresenta-se, assim descrito:

> Art.2°- A violência física ou psicológica pode ser evidenciada em atos de intimidação, humilhação e descriminação, entre os quais:
> I) insultos pessoais;
> II) comentários pejorativos;
> III) ataques físicos;
> IV) grafitagens depreciativas;
> V) expressões ameaçadoras e preconceituosas;
> VI) isolamento social;
> VII) ameaças;
> VII) pilherias

Assim, fica evidente a forma como o bullying apresenta-se, onde pode ser com agressões físicas e verbais de auto calão ou numa forma de pressão psicológica, desta forma já se invalida como um aviso a sociedade do que pode vir a acontecer.

No artigo 3º, a lei descreve as três classificações em que o bullying se apresenta e de que forma ele pode ser classificado, dependendo das ações praticadas, vejamos:

> Art. 3º O Bullying pode ser classificado em três tipos, conforme as

> ações praticadas:
> I)sexual: assediar, induzir e/ou abusar;
> II) Exclusão social: ignorar, insolar e excluir;
> III) Psicológica: perseguir, amedrontar, aterrorizar, intimidar, dominar, infernizar, tiranizar, chantagear e manipular. [...].

Temos também o bullying praticado através da internet que é denominado como cyberbullying ou bullying virtual que ocorre através do espaço eletrônico com a disseminação de fofocas por vias de sites, perfis falsos, entre outros.

Algumas políticas públicas do Estado de São Paulo defendem a introdução da mediação de conflitos e redução da violência no espaço escolar e universitário. Assim formando um núcleo interdisciplinar para o debate e para trabalhar a Mediação do conflito com profissionais de várias áreas, assim tendo um processo de conscientização para entender o conflito.

Passando-se vinte e dois anos da promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), tratando-se do bullying verifica-se que estamos muito distantes de um efetivo direito da criança e do adolescente, justamente por estas series de agressões contra o ser humano ocorre dentro de um ambiente escolar ou universitário que deveria ser um ambiente harmônico. Tendo-se em vista que a educação dos pais, hoje em dia, deixa muito a desejar o que também acarreta no comportamento da criança que se acostuma a ter tudo o que quer a hora que quer sem medir esforços para isso, justamente por um medo da parte dos adultos de a criança passar pelos mesmos traumas que eles vieram a passar naquela idade, por terem pais mais rígidos e que cobravam mais, muitos prometem fazer diferente com seus filhos, o que será esboçado no presente trecho de Silva da seguinte forma:

> É justamente a omissão educacional dos pais em situações-chave que produz conflitos familiares. Isso é facilmente observável em circunstancias que envolve comportamentos transgressores, o desrespeito ás regras e aos limites estabelecidos. A diferença dos pais equivale a uma renúncia oficial e perigosa ao papel essencial que eles deveriam exercer: o de educar seus filhos. E educar é confrontar os filhos com

> as regras e limites, além de fornecer-lhe condições para que possam aprender a tolerar e enfrentar as frustações do cotidiano.

Ou seja, nas palavras de Silva fica claro que a educação atual deixa muito a desejar em termos de impor limites e regras as crianças que acaba acarretando numa total falta de desrespeito da parte do jovem, sem falar que no mundo adulto eles não saberão lidar com situações complicadas que exijam mais deles.

Tendo em vista que o ato de bolir em si é um desrespeito que muitas vezes esta espelhada numa atitude que um adulto teve na frente da criança ou adolescente em apelidar ou insultar outra pessoa, o que no ponto de vista do jovem é visto como algo normal já que seus pais muitas vezes fazem isto, então eles também se acham no direito de praticar a mesma situação com seu colega de classe como se fosse uma atitude normal.

Algumas escolas já adotaram o processo de fraternidade que funciona como um anti-bullying, sendo assim tentam aproximar a vítima e o agressor sendo assim a vítima é levada a perdoá-lo e esquecer o que aconteceu, falando sobre o assunto, como se sente. Este método apresenta como finalidade a intervenção junto aos sujeitos, tenta promover a humanização dentro da sociedade e do ambiente escolar.

A própria Constituição Federal traz a noção de uma cidadania solidária, ou seja, corresponsável pela definição de que o Estado, por meio da apresentação dos serviços e políticas públicas necessárias, com vista ao atendimento dos interesses da sociedade, em especial: construir uma sociedade livre, justa e solidaria; garantir desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º, CF/88).

No entanto as próprias políticas públicas ainda deixam muito a desejar no que tange a família e quando se trata de o assunto ser o bullying, o papel dos responsáveis efetivamente exerce ou deveriam exercer, tanto na proposta de políticas educacionais, quanto na prevenção da violência propriamente dita, por meio de uma dimensão política que seja capaz de abarcar a liberdade, a igualdade e a fraternidade.

No Estado do Rio Grande do Sul através da Lei nº 13.474 de 28 de junho de 2010, em seu artigo primeiro, asseguram e determinam de pronto, que a política anti-bullying deve ser praticada nos seus termos pela instituição de ensino e de educação infantis públicas estaduais ou privadas, com ou sem fins lucrativos.

Em seu artigo segundo a lei gaúcha define o fenômeno bullying como sendo

> [...] qualquer pratica de violência física ou psicológica, internacional e repetitiva, entre pares, que ocorre sem motivação evidente, praticada por um indivíduo ou grupo de indivíduos, contra uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimidar, agredir fisicamente, isolar, humilhar, ou ambos, causando danos emocional e/ ou físico a vítima, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas. (Rio Grande do Sul, 2010).

Também esta lei define o bullying como ameaças, agressões verbais e físicas, submissão do outro pela força, furto, roubo, vandalismo e destruição proposital de bens alheios, extorsão e obtenção forçada de favores sexuais; insultos ou atribuições de apelidos constrangedores; exclusão ou isolamento proposital do outro por vários meios, e ainda, a exposição física ou psicológica através do envio de mensagens, fotos ou vídeos pela internet, comportamento que caracteriza o bullying virtual.

Segundo Maldonado o bullying tem que ser observado e levado a sério já que se caracteriza por inúmeras agressões praticadas por crianças que estão no mesmo nível de desenvolvimento, expresso no seguinte trecho:

> Bullying é um fenômeno amplo e complexo: ocorre em várias faixas etárias, em escolas públicas e particulares. [...] provoca sofrimento nos que são atingidos por essas agressões repetitivas, feitas por uma pessoa ou um grupo que tem mais poder com a intenção de magoar, aterrorizar, intimidar, ameaçar, depreciar, excluir e prejudicar uma pessoa ou um grupo com menos poder: não é um comportamento normal, nem uma brincadeira de crianças que passa com o tempo.

Assim, o Bullying se torna uma situação cada vez mais preocupante, tanto pela repetição do ato praticado, quanto pelo sentimento de inferioridade provocado em um sujeito em virtude do comportamento do outro que, ao agir, viola os direitos como intimidade, honra imagem, nome, todos garantido constitucionalmente e igualmente albergados no Código Civil de 2002 e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Já em 2015 através da presidenta Dilma, que era a atual Presidenta na época, elaborou a Lei Nº 13.185 de 6 de Novembro de 2015, contra o Bullying, onde consta em seu artigo 1º e inciso I o seguinte:

> 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.

Desta forma a lei enfatiza em seu artigo o que é a intimidação sistemática ou como é mais conhecido o bullying, esclarecendo que é um ato de violência que ocorre frequentemente de diversas formas tanto física como verbal e psicológica, sem precisar ter um motivo ou razão especifica para acontecer.

Já em seu inciso II, a mesma lei, menciona a fundamentação das ações do Ministério da Educação e das Secretarias, entre outros da seguinte forma: "§2º O Programa instituído no **caput** poderá fundamentar as ações do Ministério da Educação e das Secretarias Estaduais e Municipais de Educação, bem como de outros órgãos, aos quais a matéria diz respeito."

Em seu artigo 2º, a lei enfatiza as formas como pode apresentar- se o bullying, também servindo como uma forma de alerta. Assim se apresentando:

> 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.

Em seu parágrafo único apresenta os instrumentos usados para praticar o bullying e de que forma este ato de bolir é praticado, assim exposto:

> 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.

No artigo 3º apresenta as classificações e as ações praticadas pelo agressor, da seguinte forma:

> Art. 3º A intimidação sistemática (**bullying**) 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. (...)

Vê-se que o objetivo desta lei é prevenir a prática e a intimidação causada pelo Bullying à sociedade, orientando docentes para prevenção e solução deste problema ali mesmo no ambiente escolar e até mesmo preveni-lo; além de proporcionar uma assistência psicológica tanto à vítima quanto ao agressor; bem como uma assistência jurídica. E, por fim, promover medidas de conscientização, prevenção a todos os tipos de violência.

Porém mesmo já existindo esta lei, ainda não nota-se mudanças nos meios de ensino, talvez um pouco por falta de divulgação da mídia desta legislação, uma vez que há muitos ensinos que ainda estão deixando muito a desejar nesta parte da saúde psicológica da criança e adolescente que é totalmente afetada quando sofre bullying, teria que haver sanções mais eficazes para estes casos e até mesmo profissionais dá área da psicologia envolvidos nas escolas para ouvir as vítimas e os agressores, assim procurando interpretar o que levou o agressor a praticar esses atos e o que deixam esses jovens tornarem vítimas ou "prezas" fáceis.

Evidencia-se que o próprio Bulliyng que é uma forma de ferir os Direitos Humanos, pois quando o agressor o pratica ele discrimina, ofende, exclui, intimida, agride, humilha tudo de maneira cruel a vítima, num total desrespeito as garantias legais instituídas pelo ordenamento jurídico, onde visa à preservação da integridade física e da dignidade da pessoa humana. Segundo o bacharel em Direito Rafael Chateaubriand de Miranda (2013) "O Bullying é considerado uma afronta aos direitos humanos. Ele fere não somente as disposições contidas na Declaração Universal dos Direitos Humanos, como também na Constituição Federal (...)".

Notava-se que na própria Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Convenção Europeia dos direitos Humanos já retratava a dignidade da pessoa humana, que é altamente ofendida e ferida no ato de bolir. O próprio Ministro Celso Mello afirma no seguinte trecho: "O direito internacional dos direitos humanos pode ser definido como o conjunto de normas que estabelece os direitos que os seres humanos possuem para o desenvolvimento de sua personalidade e estabelecem mecanismos para a proteção de tais direitos". (2001, p. 33).

Tendo em vista que os Direitos Humanos foram criados e reconhecidos através de muitas conquistas históricas, de inúmeros povos já cansados de

tanto sofrimento desumanos, foram em busca de reconhecimento, desta forma retrata Motta e Mochi (2009, p. 8252), onde abordam os direitos da personalidade conquistados no decorrer da história:

> Que os direitos humanos se manifestam como uma conquista histórica dos homens, ao longo de uma jornada existencial complexa, com inúmeros momentos de escassez em todos os sentidos, e em alguns de abundancia restrita, não é novidade na seara do direito. O ponto marcante da definição dos direitos humanos na modernidade, ou ainda, dos direitos do homem é a revolução Francesa e a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão [...].

Fica claro que seu primeiro marco foi a Revolução Francesa, na segunda metade do século XVIII. E, por segundo, foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão que bem de início ainda não possuía o nome de Direitos humanos, que foi elaborada e enquadrada pelas Nações Unidas (ONU).

Os Direitos Humanos visam promover desde seus primórdios o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, assim como a Constituição Federal em especial em seu artigo 5º. Sendo que a dignidade da pessoa humana é algo que determina o reconhecimento da cidadania. Mas de que forma uma pessoa que sofre bullying diariamente em seu ambiente escolar pode exercer sua cidadania, sua dignidade como ser humano, repleto de direitos e deveres está sendo inteiramente violada. Desta forma a própria Organização das Nações Unidas garante no seguinte trecho:

> Os Direitos Humanos são universais e aplicam-se a todos as pessoas sem discriminação. O respeito pelos direitos do indivíduo tem de ser garantido em todas as ocasiões, independentemente das circunstancias ou dos sistemas políticos. Os direitos de qualquer indivíduo ou grupo, em quaisquer circunstancia concreta, apenas podem ser restringidos caso esse indivíduo ou grupo ameace privar terceiros do exercício de direitos equivalentes ou de valor comparável. (ONU, 1999, p. 20).

Nesta forma sendo os Direitos Humanos universal, servindo para todas as pessoas, evidencia-se que aquele cidadão de direitos congêneres está violando diretamente em seu ato de bollir o próximo, assim consta o na Declaração Universal dos Direitos Humanos da seguinte forma: "Art. 1º Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espirito de fraternidade.".

Desta forma fica-se claro que o ato de ofender, debochar, fazer brincadeiras ofensivas, entre outras, é claramente uma afronta aos Direitos Humanos, assim expostos no decorrer do texto.

5. CONCLUSÃO

Tendo em vista o presente trabalho conclui-se que o bullying é um problema não só da família, mas também do Estado que ainda terá que passar por inúmeras mudanças e ser criadas instituições para amparar essas vítimas que passam por inúmeros abalos tantos físicos como psicológicos. Não é um problema recente, já vem acontecendo muito e em inúmeras escolas. Verificaram-se as inúmeras formas que o bullying pode ser apresentado, bem como as soluções dentro da escassa legislação brasileira, que busca resoluções para esses problemas, porém muito ainda tem que ser desenvolvido e aprimorado. A Constituição Federal sustenta que a dignidade da pessoa humana não pode ser lesada, no caso do bullying essa questão passa despercebida.

Evidencia-se que na realidade atual das escolas nota-se que os professores não conseguem detectar os problemas, e demonstram desgaste emocional como resultado das várias situações que presencia no dia a dia sobrecarregados de trabalhos e dos conflitos em seu ambiente profissional. Sendo que às vezes acaba colaborando com o próprio agressor do fato agindo de forma hostil e agressiva.

Foi possível verificar, no decorrer da pesquisa, que a pratica do Bullying fere também os próprios diretos humanos, quando se é agredido a integridade física e psíquica daquele indivíduo.

Assim o trabalho buscou responder ao seu decorrer a pergunta que levou a pesquisa e salientar este problema que vem a cada dia mais agravando a sociedade de jovens de hoje em dia, servindo como um alerta a sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Vade Mecum 2019

_____. Legislação federal, **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm (Acesso em 16 Março de 2019).

_____. Lei estadual n° 350, de 2007, São Paulo, Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo.

GOMEZ, Flávio Luiz. **Suicídio é umas das graves consequências do Bullying**. Site http://www.conjur.com.br/2011-set-08/coluna-lfg-suicidio-graves-consequencias-bullying (Acesso em 08 de Abril de 2019)

FRIEDRICZEWSKI, Nuraciara. **Analise jurídica e psicológica da ocorrência de bullying sob a ótica da doutrina da proteção integral**. www.ambito-juridico.com.br/site/n-link=revista-artigo-leitura artigo_ id=10588&revistacaderno§12 (Acesso em 12 de setembro).

OLWEUS, Dam. **Bullying at school**. Oxford: Publisher, 1991.

Ortega, Rosário R. **Programas educacionais de prevenção da violência escolar na Espanha**: Ed. UNESCO, 2003.

MOTTA, Ivan Dias da; MOCHI, Cássio Marcelo. **Os direitos da personalidade e o direito à educação na sociedade da informação**. In: XVIII Congresso Nacional do COMPEDI, São Paulo-SP, 4-7 nov. 2009.

SILVA, Rosane Leal. FLAIN, Valdirene Silveira. **O direito da criança e do adolescente em tempos de internet**. Centro universitário Franciscano, 2013.

ONU – Organização das Nações Unidas. Direitos Humanos e Serviço Social: Manual para Escolas e Profissionais de serviço Social. Lisboa: ONU, 1999 (Serie Formação Profissional, nº 1). http://www.dhnet.or.br/direitos/deconu/textos/integra.htm (Acesso em 02 de Abril de 2019).

DE MIRANDA Rafael Chateaubriand. **O bullyying como meio de violação aos direitos humanos**. Site https://www.gvaa.com.br/revista/index.php/RDGP/article/view/2275. (Acesso em 30 de Março de 2019).

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Site http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm (Acesso em 01 de novembro de 2017).

FORMATO *16x23cm*
TIPOGRAFIA *Linux Libertine 11/15*