

**DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS:
LEITURAS INTERDISCIPLINARES**

FGB/PEMBROKE COLLINS

CONSELHO EDITORIAL

PRESIDÊNCIA

Felipe Dutra Asensi

CONSELHEIROS

Adolfo Mamoru Nishiyama (UNIP, São Paulo)
Adriano Moura da Fonseca Pinto (UNESA, Rio de Janeiro)
Adriano Rosa (USU, Rio de Janeiro)
Arthur Bezerra Junior (UNINOVE, São Paulo)
Aura Helena Peñas Felizzola (Universidad de Santo Tomás, Colômbia)
Carlos Mourão (PGM, São Paulo)
Claudio Joel B. Lossio (Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal)
Coriolano de Almeida Camargo (UPM, São Paulo)
Daniel Giotti de Paula (INTEJUR, Juiz de Fora)
Denise Mercedes N. N. Lopes Salles (UNILASSALE, Niterói)
Douglas Castro (Foundation for Law and International Affairs, Estados Unidos)
Glauca Ribeiro (UEA, Manaus)
Isabelle Dias Carneiro Santos (UFMS, Campo Grande)
Jonathan Regis (UNIVALI, Itajaí)
Julian Mora Aliseda (Universidad de Extremadura, Espanha)
Leila Aparecida Chevchuk de Oliveira (TRT 2ª Região, São Paulo)
Luciano Nascimento (UEPB, João Pessoa)
Luiz Renato Telles Otaviano (UFMS, Três Lagoas)
Marcelo Pereira de Almeida (UFF, Niterói)
Marcia Cavalcanti (USU, Rio de Janeiro)
Marcio de Oliveira Caldas (FBT, Porto Alegre)
Omar Toledo Toríbio (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Peru)
Rogério Borba (UVA, Rio de Janeiro)
Rosângela Tremel (UNISUL, Florianópolis)
Roseni Pinheiro (UERJ, Rio de Janeiro)
Sergio de Souza Salles (UCP, Petrópolis)
Thiago Rodrigues Pereira (Novo Liceu, Portugal)
Vanessa Velasco Brito Reis (UCP, Petrópolis)

ORGANIZADORES:
CÂNDIDA CARVALHO, FELIPE REBÊLO, MARCONI CATÃO, WAGNER GUNDIM

DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS: LEITURAS INTERDISCIPLINARES



GRUPO FGB/PEMBROKE COLLINS

Rio de Janeiro, 2019

Copyright © 2019 Cândia Carvalho, Felipe Rebêlo, Marconi Catão, Wagner Gundim (org).

DIREÇÃO EDITORIAL Felipe Asensi

EDIÇÃO E EDITORAÇÃO Felipe Asensi

REVISÃO Coordenação Editorial FGB/Pembroke Collins

PROJETO GRÁFICO E CAPA Diniz Gomes

DIAGRAMAÇÃO Diniz Gomes

DIREITOS RESERVADOS A

GRUPO FGB/PEMBROKE COLLINS

Rua Pedro Primeiro, 07/606

20060-050 / Rio de Janeiro, RJ

pembrokecollins@caedjus.com

www.pembrokecollins.com

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS

Nenhuma parte deste livro pode ser utilizada ou reproduzida sob quaisquer meios existentes sem autorização por escrito da Editora.

FINANCIAMENTO

Este livro foi financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro, pelo Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus), pelo Conselho Internacional de Altos Estudos em Educação (CAEduca) e pela Editora FGB/Pembroke Collins.

D598

Direitos humanos e fundamentais: leituras interdisciplinares / Cândia Carvalho, Felipe Rebêlo, Marconi Catão e Wagner Gundim (organizadores). – Rio de Janeiro: FGB / Pembroke Collins, 2019..

684 p.

ISBN 978-65-81331-04-7.

1. Direitos humanos. I. Carvalho, Cândia (org.). II. Rebêlo, Felipe (org.). III. Catão, Marconi (org.). IV. Gundim, Wagner (org.).

CDD 342.7

Bibliotecária: Aneli Beloni CRB7 075/19.

SUMÁRIO

ARTIGOS - TEORIA E EMPÍRIA NO DIREITO.....17

AS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS E “ANTICONSTITUCIONAIS”: RELEITURA DA RECLAMAÇÃO Nº 4.335, DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA E DO CASO LULA.....19

Danilo Sardinha Marcolino

COMMON LAW E CIVIL LAW: DISTINÇÕES E APLICAÇÃO EMPÍRICA EM JULGADO SOBRE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA.....33

Marcella do Amparo Monteiro Freire

A ESCOLA DE CHICAGO E SUAS CONTRIBUIÇÕES PARA O ESTUDO DA CRIMINALIDADE E VIOLÊNCIA NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA.....44

Marconi do Ó Catão

DIREITO E PODER NA OBRA O PODER SIMBÓLICO.....61

Macgayver Fernandes Damasceno

DIREITO E PODER NA OBRA MICROFÍSICA DO PODER.....79

Macgayver Fernandes Damasceno

THE LAW OF OBLIGATIONS AND BRITISH LEGAL PRECEDENTS: A CASE-STUDY APPROACH.....91

Caroline Stéphanie Francis dos Santos Maciel

A LEGALIDADE NO PORTE DE ARMA BRANCA: PRINCÍPIOS CONCEITUAIS E DISCUSSÕES103

Jourgleide Benayon Almeida Neta

A INFLUÊNCIA MIDIÁTICA NA CONSTRUÇÃO SOCIAL DA REALIDADE DIANTE DO DELITO.....117

Arthur Vinicius Rodrigues Gomes

A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: UMA ANÁLISE POR MEIO DA ESTRATIFICAÇÃO DOS PROCESSOS POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO ÂMBITO DA SUBSEÇÃO DA JUSTIÇA FEDERAL DE GUANAMBI-BA.....126

Geisa Moraes Dias Rocha

Jerusa de Arruda

Filipe Aquino Pessoa de Oliveira

ARTIGOS - DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS.....145

POLÍTICAS DA EDUCAÇÃO BÁSICA: COMENTÁRIOS SOBRE ATUALIZAÇÕES À LEI DE DIRETRIZES E BASES EM 2018.....147

Bárbara Dias Cabral

INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA PARA DEPENDENTES QUÍMICOS E A COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: O DIREITO À VIDA E À SAÚDE VERSUS O DIREITO À LIBERDADE DE ESCOLHA.....161

Isabela Pfister Gonçalves

REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA POST MORTEM E A REFLEXÃO CONSTITUCIONAL.....180

Maira Leonildes Boavista Gomes Castelo Branco Marques

Thiago Henrique Costa Marques

Maria Isabel Boavista Gomes Castelo Branco

Jesus Boavista Gomes

BREVES COMENTÁRIOS SOBRE AVANÇOS NO ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER.....195

Naiane da Cruz Novais

O DECRETO Nº 37.944, DE 12 DE DEZEMBRO DE 2017 E A CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL: ANÁLISE DA VIOLAÇÃO A IDENTIDADE DE GÊNERO DAS PESSOAS TRANSEXUAIS E TRAVESTIS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF.....208

Guilherme Alves de Moura Mendes

Luana Guimaraes Lima

ESCRavidÃO MODERNA NO BRASIL: (DES)CONTINUIDADES EM UM CONTEXTO DE DESIGUALDADES RACIAIS E SOCIAIS.....227

Danielle Ferreira Medeiro da Silva de Araújo

Walkyria Chagas da Silva Santos

ESPIRITOS LIVRES PRESOS NUM CORPO SEM ESPERANÇA: A NECESSIDADE DA EUTANÁSIA.....249

Thiago Rodrigues Pereira

Thais Fróes Villela Aldrighi

CIDADANIA, DIREITOS SOCIAIS VERSUS MOROSIDADE DA JUSTIÇA.....266

Renata Dantas da Silva

A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA COMO EFETIVAÇÃO DO DIREITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DA IMUNIDADE DOS TEMPLOS RELIGIOSOS NO BRASIL E UMA ANÁLISE COMPARATIVA COM O DIREITO NORTE-AMERICANO.....278

Diogo de Castro Ferreira

Felipe Féres Valle

A REGRESSIVIDADE DO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA DIFERENÇA DE JOHN RAWLS.....295

Diogo de Castro Ferreira

A POSSIBILIDADE DE INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ DE MULHER INFECTADA PELO ZIKA VÍRUS: O DIREITO À VIDA DIANTE DA AUTONOMIA REPRODUTIVA DA MULHER.....311

Andreia Cadore Tolfo

Nádia Pedroso Soares

ACESSO DOS HIPOSSUFICIENTES AO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....326

Monize Melo da Silva Chaves

Vania Maria do Perpétuo Socorro Marques Marinho

A DIFÍCIL TRAJETÓRIA DE MULHERES COM ENDOMETRIOSE: O ACESSO À SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL.....344

Paulo Alexandre de Souza São Bento

Carla Oliveira Shubert

Antonio da Silva Ribeiro

Natacha de Oliveira Brito São Bento

O DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO SOB A PERSPECTIVA DO CORPO
ACESSÓRIO: DESAFIOS E OBSTÁCULOS ENFRENTADOS POR TRAVESTIS E
TRANSEXUAIS NA COLOCAÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO FORMAL.....355

Guilherme Alves de Moura Mendes

Luana Guimaraes Lima

DESPATOLOGIZAÇÃO DA TRANSEXUALIDADE E DIGNIDADE DA PESSOA
HUMANA.....367

Leíze Ruama Sena Cunha Lima

João Gabriel Brito Silva

RELAÇÕES DE GÊNERO E SEXUALIDADE: DOS DIREITOS HUMANOS À
EDUCAÇÃO.....383

Raquel Cabreira Soares de Sá

Larissa Borsato da Silva

Marcelo Ricardo Prata

A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À ORIGEM GENÉTICA DOS FILHOS DA
REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA SOB A LUZ DA TEORIA DA
INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN.....400

Tâmis Hora Batista Fontes Couvre

"ELA VAI NO MEU BARCO": O CASAMENTO INFANTIL NA PERSPECTIVA DO
DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE418

Pillar Cornelli Crestani

DIREITOS HUMANOS E TRIBUTAÇÃO: UMA VISÃO CONTEMPORÂNEA.....435

Marcos Roberto da Silva

ASPECTOS JURÍDICOS DAS OCUPAÇÕES E A FUNÇÃO SOCIAL DA
PROPRIEDADE.....450

Eduardo Henrique de Oliveira Barbosa

Rodrigo Almeida Magalhães

POLÍTICA PÚBLICA DE ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER:
UMA ANÁLISE DA DELEGACIA ESPECIALIZADA DE ATENDIMENTO À MULHER NA
CIDADE DE RIO BRANCO - ACRE.....467

Alexnaldo Teixeira Rodrigues

Alexandro Teixeira Rodrigues

Eva Evangelista de Araújo Souza

BREVES CONSIDERAÇÕES QUANTO AO ATUAL PANORAMA DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA SOCIAL AOS REFUGIADOS NO BRASIL.....485

Amanda Greff Escobar

Elda Maria Gonçalves Menezes Macedo

Juliana Prado Vieira Rios

ENCARCERADAS: UMA ANÁLISE SOBRE SEXO E GÊNERO DENTRO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO FEMININO BRASILEIRO..... 497

Raphaela Abud Neves

Ana Teixeira Soares

Camila Xarão Fernandes

TRATAMENTO OFERECIDO AOS ANIMAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 88: RUPTURA DO PARADIGMA DOUTRINÁRIO E CIVILISTA COM A APROVAÇÃO DO PROJETO DE LEI NO QUAL PREVÊ QUE OS ANIMAIS NÃO SÃO CONSIDERADOS COMO COISAS..... 509

Anna Luiza Andion Farias Juncqua

Fernanda de Oliveira Silva

DA MENTALIDADE PRIMITIVA AOS DIREITOS INDIVIDUAIS: UMA LEITURA DE "SOCIETY AND NATURE, A SOCIOLOGICAL INQUIRY", DE HANS KELSEN.....523

Patrícia De Battisti Almeida

Fabio Rodrigues Teixeira de Almeida

A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E O SISTEMA DE PRECEDENTES BRASILEIRO.....536

Ana Carolina de Freitas Feital

ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO AMAZONAS EM CASOS DE ABANDONO DE IDOSOS POR SUAS FAMÍLIAS E CONSEQUENTES RESPONSABILIDADES.....553

Maria Lenir Rodrigues Pinheiro

Nina Soraya Pinheiro de Jesus

Priscila Cavalcanti Xavier

PERDA DO PODER FAMILIAR - DIREITO HUMANO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR FRENTE A DICOTOMIA DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DOS FILHOS EM FACE DA POSSIBILIDADE PARA OS PAIS AUTORES/COAUTORES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA.....568

Kátia Cristina Santos Lelis

O PAPEL DAS NORMAS SOCIAIS NA MODULAÇÃO DO COMPORTAMENTO COLETIVO.....581

Conceição de Lourdes Lana

DIREITOS HUMANOS PARA QUAIS HUMANOS? OS REFLEXOS DE UMA SOCIEDADE PUNITIVISTA.....593

Tamyrys Nery

A NECESSIDADE DE IMPLANTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE VOLTADAS A POPULAÇÃO QUE (SOBRE)VIVE COM HIV/AIDS EM ALAGOAS...606

Cecilio Argolo Junior

PROIBIÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL: UMA ANÁLISE JURÍDICA DA APLICAÇÃO DESSE PRINCÍPIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO EM TEMPOS DE CRISE ECONÔMICA620

Pâmela Karoliny de Azevedo Issler

RESUMOS.....637

O EXERCÍCIO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS: ANÁLISE DOS PEDIDOS DE HABEAS CORPUS E O DIREITO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO (2016-2018)...639

Luiz Fernando Alves Botelho

A FORÇA NORMATIVA DA FOLHA DE PAPEL: KONRAD HESSE VERSUS FERDINAND LASSALE.....641

Andréa Neiva Coelho De Medeiros

MULTICULTURALISMO E DIREITOS HUMANOS.....645

Adolfo Veiller Souza Henriques

PROJETO DE LEI GABRIELA LEITE QUE REGULARIZA AS CASAS DE PROSTITUIÇÃO: EFICAZ OU INEFICAZ?.....650

Anna Luiza Andion Farias Juncqua

CRIMINOLOGIA MUDIÁTICA COMO MEIO DE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS655

Mylena Araujo Da Silva

EROSÃO DA CONSCIÊNCIA CONSTITUCIONAL: O DESPRESTÍGIO DA
CONSTITUIÇÃO FRENTE AO NON FACERE DO PODER PÚBLICO.....657

Ana Caroline Lima Melo

A TEORIA DA NORMATIVIDADE DA DOCTRINA DE PETER HÄBERLE: UMA ANÁLISE
CRÍTICA ACERCA DA SUA VIABILIDADE NO BRASIL.....661

Joao Paulo Marques Dos Santos

EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS NUEVOS PARADIGMAS EDUCATIVOS
Y LA NECESIDAD DE INCLUIR TEMAS DE DERECHOS HUMANOS EN LA
EDUCACIÓN BÁSICA.....666

Carolina Rodrigues Madeira Da Costa

A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DAS MULHERES NO CÁRCERE.....671

Stephany Samantha Nascimento Da Silva

Renata Muniz Moraes

DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR: IMPLICAÇÕES SOCIAIS E AFETIVAS.....674

Milene Silva Pinheiro

Regina Célia De Souza Beretta

O DIREITO À SAÚDE DE PESSOAS QUE VIVEM COM HIV/AIDS EM ALAGOAS.....679

Cecilio Argolo Junior

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
Glauca 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-D-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 seu tradicional **Congresso Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus 2019)**, que ocorreu entre os dias 28 a 30 de agosto de 2019 e contou com 12 Grupos de Trabalho e mais de 400 artigos e resumos expandidos de 42 universidades e 24 programas de pós-graduação *stricto sensu*. A seleção dos trabalhos apresentados ocorreu através do processo de *peer review* com *double blind*, o que resultou na publicação dos 08 livros do evento: Diálogos de direitos humanos e fundamentais, Direitos humanos e fundamentais: leituras interdisciplinares, Direito público: diálogos nacionais e internacionais, Direito privado contemporâneo, Solução de conflitos e instituições jurídicas, Crimes e segurança pública em perspectiva, Trabalho e segurança em perspectiva, Perspectivas de direito contemporâneo.

Os coordenadores de GTs foram convertidos em organizadores dos respectivos livros e, ao passo que os trabalhos apresentados em GTs que não formaram 15 trabalhos foram realocados noutro GT, conforme previsto em edital. Vale também mencionar que o GT que alcançou mais de 90 trabalhos (Direitos humanos e fundamentais) obteve a aprovação para a publicação de 2 livros.

Os coordenadores de GTs indicaram artigos para concorrerem ao Prêmio CAED-Jus 2019. A Comissão Avaliadora foi composta pelos professores Daniel Braga Lourenço (UniFG/BA), Klever Filpo (UFRRJ e UCP) e Michelle Asato Junqueira (UPM/SP). O trabalho premiado foi de autoria de Carlos Alberto Ferreira dos Santos e Ronaldo Marinho sob o título “O contrabando de migrantes e o tráfico de pessoas: um olhar crítico sobre as violações dos direitos humanos em pleno século XXI”.

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), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Educação (CAEduca) e da Editora FGB/Pembroke Collins e cumpre os diversos critérios de avaliação de livros com excelência acadêmica nacionais e internacionais.

**ARTIGOS
TEORIA E EMPIRIA NO
DIREITO**

AS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS E “ANTI- CONSTITUCIONAIS”: RELEITURA DA RECLAMAÇÃO Nº 4.335, DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA E DO CASO LULA

Danilo Sardinha Marcolino

1 INTRODUÇÃO

Debater acerca da crise do sistema democrático e do constitucionalismo envolve, necessariamente, um estudo sobre o Direito Constitucional e as suas ramificações mais distintas. Em decorrência disso, o presente artigo pauta-se em analisar o fenômeno da mutação constitucional (ou poder constituinte difuso¹) nos limites de sua atividade. Brincou-se, no título do trabalho, com as mutações “*anticonstitucionais*”, visto que não cabe aqui declarar a inconstitucionalidade ou não delas, mas ilustrar como as mutações podem possuir efeitos diversos na ordem política quando se sai da pura dogmática normativa do Direito. Portanto, o trabalho aqui proposto pretende se questionar e tentar responder: existem mutações constitucionais que acabam por desfigurar o sistema democrático constitucional brasileiro, o nosso Estado Democrático de Direito? De antemão, já se afirma que sim.

1 Como defendido em: BURDEAU, Georges. **Traité de Science politique**, 1969, vol. 4, p. 246-247. *Apud*: BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 127.

Para responder a provocação instituída acima, de suma importância é, em primeiro lugar, definir o que é a mutação constitucional e suas faces, fazendo uma breve historiografia do conceito. Logo em seguida, interessante é abordar o tema a partir do constitucionalismo abusivo (LANDAU, 2013), como marco teórico principal para a pesquisa. Aparece, então, outro conceito-chave para o marco teórico: o apodrecimento constitucional (BALKIN, 2017), como um limbo de descaracterização quase que imperceptível do Estado Democrático de Direito, e como o constitucionalismo abusivo e a mutação encontram espaço nesse fenômeno. Por fim, cabe demonstrar como o diálogo do constitucionalismo abusivo com as questões concernentes à mutação constitucional encontram-se nos limites do último – a partir da problemática gerada pelas cláusulas pétreas e suas limitações interpretativas – e figuram no apodrecimento constitucional. Denota-se, aqui, a utilização do método de revisão bibliográfica, trabalhando sob a perspectiva de autores clássicos na temática e outros mais contemporâneos.

Passadas as discussões mais teóricas, fundamental é propor, a partir de exemplos concretos, como a mutação constitucional possui uma dupla face (tanto uma de dano, quanto outra de amparo) frente ao sistema democrático constitucional. Para tal, instiga-se a uma releitura de dois casos emblemáticos, frequentemente citado nos manuais de Direito Constitucional para ilustrar o fenômeno aqui estudado, o caso da Reclamação (Rcl) nº 4.335 e o caso da união homoafetiva (pela ADIn 4.277 e pela ADPF 132). Em seguida, para reforçar a hipótese aqui defendida e tentar demonstrar uma maior aproximação com a temática da crise político-democrática ou o apodrecimento constitucional, buscou-se trazer o chamado “caso Lula”, inflando o debate da mutação constitucional quanto ao art 5º, LVII e LXI, CF/88 (ADCs 43 e 44), decorrendo na prisão do ex-presidente Lula e na interposição da Reclamação nº 30.126.

Findando, postos os exemplos concretos com a finalidade de ilustrar o debate teórico apresentado, busca-se demonstrar a dupla face das mutações constitucionais, seu lado benéfico e seus malefícios para o sistema democrático constitucional. As mutações constitucionais e as mutações “anticonstitucionais” são fenômenos do constitucionalismo e do jogo político, elas ocorrem, por isso, devem ser estudadas tanto sob a ótica da Ciência Política quanto das Ciências Jurídicas, a fim de uma maior com-

preensão dos seus efeitos e impactos. Consequentemente, o presente trabalho firmou-se no intuito de trazer a melhor ilustração para a temática, abordando os conceitos chaves multidimensionais, tanto da Ciência Política quanto do Direito Constitucional, e casos emblemáticos.

2 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL, O CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO E O APODRECIMENTO CONSTITUCIONAL

Como termo central da hipótese trabalhada no presente artigo, apresenta-se a experiência das mutações constitucionais. Em linhas gerais, “existe a possibilidade de mudança do conteúdo e do alcance das normas constitucionais pela via informal, isto é, sem que seja alterado o texto da Constituição” (SARLET; MARINONI & MITIDIERO, 2018, p. 164). À essa possibilidade informal de mudança, identificada pela doutrina alemã como *Verfassungswandlung*², dá-se o nome de *mudança constitucional* (em decorrência de tradução espanhola). Logo, diferentemente das reformas constitucionais, que se encontram previstas nas Constituições (como o caso do art. 60 da Constituição Federal de 1988), as mutações abrem um maior espaço para a hermenêutica constitucional em seu caráter criativo e não literal.

Interessante, também, é atentar que as mutações inconstitucionais já haviam sido percebidas por autores como Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986), que defende que para uma mutação ser considerada legítima, deve-se respeitar determinados limites (estes que sempre reconduzem às proposições do Poder Constituinte Originário).

Por fim, destacam-se aqui os três modos que a doutrina clássica constitucionalista aponta como possibilidades de ocorrência de mutação constitucional: por meio da interpretação (jurisdicional ou não); por meio do costume; ou por força da legislação infraconstitucional.

Tendo em vista as características básicas sobre o fenômeno da mutação constitucional, passa-se agora para uma atenção maior aos dois conceitos propostos pela lite-

2 Conceito cunhado muito a partir das obras de Georg Jellinek. *Verfassungswandlung* é um substantivo que deriva de outros dois: *die Verfassung* (a Constituição) + *die Wandlung* (a transformação), podendo ser traduzida por “transformação da Constituição”. Revela-se a sua essência: transforma a Constituição, sem alterar o seu texto formal. É uma transformação a partir do poder político e do equilíbrio de poderes.

ratura norte-americana a respeito do tema: o constitucionalismo abusivo e o apodrecimento constitucional. Busca-se, então, desenhar como o fenômeno da mutação pode atuar nas situações de constitucionalismo abusivo ou apodrecimento constitucional.

O primeiro termo foi cunhado como *abusive constitutionalism*³ por David Landau, com o intuito de identificar o fenômeno descrito por “*the use of mechanisms of constitutional change to erode the democratic order*” (LANDAU, 2013, p. 189), ou seja, o uso de mecanismos de mudança constitucional para erodir a ordem democrática. Consonantemente, mas de maneira mais aprofundada no mesmo artigo, Landau explica que o uso desses mecanismos para erodir a ordem democrática refere-se, de maneira focada, mais nos métodos formais de mudança do que nos métodos informais, os quais encontram-se na questão da interpretação que decorre nas mutações constitucionais ou *anticonstitucionais*, como defende-se no presente trabalho. E, então, Landau utiliza-se de um estudo de casos envolvendo as reformas constitucionais⁴ e as substituições da Constituição⁵.

Ponto fundamental para a hipótese aqui apresentada é que o autor não descarta a possibilidade de ocorrer o fenômeno do constitucionalismo abusivo por vias da mutação, meios informais de alteração da Constituição, mas que prefere focar na análise dos meios formais para ilustrar a sua proposição. Como defendido pelo autor, no autoritarismo moderno, o constitucionalismo abusivo é uma peça chave para entender os novos usos das regras constitucionais para infundir um modelo novo de formas autoritárias⁶. Defende-se, aqui, o possível uso das mutações como também forma de manutenção e fomento desse novo fenômeno de autoritarismo, que pode não levar a uma crise, uma ruptura institucional, mas, por outro lado, ajuda a levar ao apodrecimento constitucional, que será tratado a seguir.

Quanto a esse conceito, foi cunhado por Jack M. Balkin nos termos de *constitutional rot*, fazendo uma oposição ao que o mesmo chama de *constitutional crisis* (2017, p. 147), sendo as duas oposições melhor traduzidas por apodrecimento constitucional e crise constitucional. O autor passa a diferenciar tais fenômenos. Nas palavras de Balkin:

3 Em artigo até então inédito. Cf: LANDAU, *Abusive constitutionalism*, 2013.

4 LANDAU, 2013, p. 200.

5 *Idem*, p. 203.

6 *Ibidem*, p. 212.

Constitutional crisis could, in theory, happen to any constitution; constitutional rot is a specific malady of constitutions of representative democracies—that is, republics. Constitutional crisis occurs during relatively brief periods of time; constitutional rot is a degradation of constitutional norms that may operate over long periods of time. (BALKIN, 2017, p. 150-151)

Ou seja, o apodrecimento constitucional é fenômeno específico das democracias representativas⁷, como é o caso brasileiro, tendo como fator importante de identificação a degradação das normas constitucionais ao longo de grandes períodos de tempo. Balkin, também, identifica os “quatro cavaleiros do apocalipse” do apodrecimento constitucional, os quais se inter-relacionam: a falta de confiança, seja no governo ou nos outros cidadãos; a grande polarização política dos cidadãos; o aumento da desigualdade econômica; e, por fim, as chamadas *policy disasters*, que seriam políticas públicas desastrosas, que não interessam a ninguém.

Tendo em vista os conceitos acima apresentados, interessa, então, ver como os três fenômenos se relacionam. Aqui, em linhas mais objetivas, define-se que as mutações constitucionais, em sua categoria de mutação inconstitucional (FERRAZ, 1986), configuram-se como potencial mecanismo de mudança constitucional (de fato, informal) que reflete o autoritarismo moderno, fazendo parte do fenômeno do constitucionalismo abusivo. Significa que, certas mutações inconstitucionais, por conta de seu objeto e da norma constitucional a ser alterada (verificaremos adiante) por vias interpretativas, acabam por erodir a ordem democrática, diminuindo os resquícios de democracia de um Estado, como postulado por Landau ao se referir aos mecanismos formais de mudança no constitucionalismo abusivo. Entretanto, tais mutações inconstitucionais não ocorrem de maneira súbita: demoram tempo, custam debates e dançam conforme a disputa de poder, assim como as mutações constitucionais *lato senso*. Estas mutações derivam da inter-relação dos quatro cavaleiros do apodre-

7 Aqui, podemos seguir com a definição adotada por Caldas (2018, p. 133), que define a democracia representativa como aquela na qual “os cidadãos não exercem as funções típicas do Estado (administrar, legislar e julgar), eles apenas elegem representantes políticos que pertencem a *partidos políticos* (salvo exceções), e devem exercer seus *mandatos políticos* (legitimidade) e as normas jurídicas vigentes (legalidade)”.

cimento constitucional, decorrem desse fenômeno – não dependem de uma crise ou uma ruptura brusca e imediata, mas vão, gradualmente, se instalando e desfigurando a Constituição vigente.

A essas mutações, denomino como “*anticonstitucionais*”, em vez de simplesmente inconstitucionais – não estão apenas “fora” da ordem constitucional, mas pretendem por dilapidá-la de maneira gradual, de difícil percepção, atacando o núcleo essencial de certas normas constitucionais⁸, as quais são intermitentemente necessárias para a manutenção da democracia representativa brasileira.

3 OS LIMITES INTERPRETATIVOS PARA A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E AS MUTAÇÕES “ANTICONSTITUCIONAIS”

Neste ponto, frisa-se a importância de retomar as ponderações de Anna Cândida Ferraz, recorridas no início do presente trabalho, quanto as mutações inconstitucionais, mas lembrando, sempre, de diferenciar as mutações inconstitucionais das mutações “*anticonstitucionais*”, como defendidas aqui. Assim como abordado, as mutações “*anticonstitucionais*” vão contra, vão de encontro a ordem democrática vigente, e não apenas estão fora da abrangência constitucional.

Com isso, quer-se expor aqui a utilização do conceito de democracia liberal⁹ ao tratar de ordem democrática vigente. Ou seja: as mutações anticonstitucionais são aquelas mutações inconstitucionais que vão de encontro aos preceitos básicos da ordem democrática, que desfiguram as garantias de Direitos Fundamentais, e núcleos essenciais da separação de Poderes e participação política do povo ou acolhimento dos anseios populares.

Então, cabe aqui apresentar alguns limites interpretativos para as mutações, definindo como limite básico para não se chegar a uma mutação “*anticonstitucional*” os núcleos essenciais dos Direitos Fundamentais e das cláusulas pétreas. Entretanto, para tal, firma-se como necessária a atenção aos limites materiais básicos do próprio processo de reforma constitucional, tal qual positivado em nosso art. 60, §4º da CF/88, em respeito

8 BRANDÃO, 2007, p. 19.

9 MOUNK, 2018.

ao Poder Constituinte Originário, entrando em consonância com o que Anna Cândida da Cunha Ferraz aponta como também limitações às suas mutações inconstitucionais.

3.1 A problemática dos Direitos Fundamentais e cláusulas pétreas: das mutações constitucionais às “anticonstitucionais”

Então, vale realizar uma reflexão crítica a respeito de suas colocações. Em primeiro lugar, os Direitos Fundamentais constam como limites materiais expressos (art. 60, §4º, IV, CF/88). É necessário pensar a alteração da Constituição, então, sempre em caráter de aumento desses direitos, em interpretação extensiva dos Direitos Fundamentais. Isso iria em alinhamento com a propositura original da Constituição de 1988, uma constituição da redemocracia. Em analogia aos Direitos Fundamentais, os Estados (e, particularmente, o Brasil, como aqui analisado), devem seguir a linha do que a Corte Interamericana de Direitos Humanos propôs no caso *Nogueira de Carvalho vs. Brasil*, de 2006, no sentido de que devem “criar as condições necessárias para o efetivo gozo e desfrute dos direitos consagrados na CADH [Convenção Americana de Direitos Humanos]” (SARDINHA, MOREIRA & PEREIRA, 2019, p. 125). Os Estados, então, devem caminhar no sentido de criar as condições necessárias para o efetivo gozo e desfrute dos Direitos Fundamentais consagrados na Constituição,

Deve-se seguir, portanto, uma interpretação expansiva dos Direitos Fundamentais no sentido das mutações constitucionais, também. Em contrário, ao observarmos mutações *restritivas* aos Direitos Fundamentais, como postulado abaixo, incorre-se ao risco de violar um limite material formal da alteração constitucional: o já referido art. 60, §4º, IV¹⁰. E, como defendido por Jon Elster, tais limites, assim como as outras cláusulas pétreas, são como as salvaguardas do sistema constitucional democrático. São o que impedem que Ulysses caia no canto das sereias, ou seja, proposições firmadas em tempos de clareza e consciência, propostas pelo Poder

10 Aqui, utiliza-se, especialmente, da corrente representada por Rodrigo Brandão, que não adota um critério topográfico, como Ingo Sarlet ou Gilmar Mendes. Brandão defende uma leitura que apenas direitos materialmente fundamentais são cláusulas pétreas, o que possi-

Constituinte Originário, com o intuito de evitar a deterioração do Estado fundado. Logo, defende-se aqui que nem mesmo os processos de mutação constitucional possam alterá-los. Caso aconteça, estar-se-ia diante de uma mutação *anticonstitucional*, indo contra o que o Poder Constituinte Originário postulou como a defesa maior da estabilidade do Estado.

O mesmo ocorre com as outras cláusulas pétreas, como vimos acima, mas, por fins ilustrativos, preferiu-se, no presente trabalho, utilizar-se apenas a questão dos Direitos Fundamentais e da separação dos Poderes, que serão debatidos, brevemente, nos estudos de caso apresentados abaixo.

4 ESTUDO DE CASOS: UMA RELEITURA NECESSÁRIA

A partir do arcabouço teórico exposto acima, firma-se como fundamental a releitura de casos emblemáticos na doutrina constitucional contemporânea a respeito do fenômeno da mutação constitucional. Ademais, frisa-se, neste ponto, que o objetivo é apenas ilustrativo, e não de modo a exaurir todos os detalhes e minúcias de cada caso apresentado, propondo, então, um diálogo com os conceitos trabalhados acima.

Para tal, escolheu-se a análise da Rcl. nº 4.335, que versa sobre a progressão de regime, as ADIn e ADPF 132, que tratam da união estável homoafetiva, e das ADCs 43 e 44, sobre a execução da pena após condenação em segunda instância, no qual observam-se os efeitos no chamado “caso Lula”. Apresentados os casos selecionados, busca-se relacioná-los com os conceitos aqui trabalhados e classificá-los entre um acontecimento de mutação constitucional ou de mutação “*anticonstitucional*”.

4.1 A reclamação nº 4.335: o caso da progressão de regime e a disputa de Funções

Quanto ao primeiro caso analisado, temos a decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a Reclamação 4.335, na qual a Defensoria Pública da União questionou decisão do juízo da Vara de

bilita a existência de direitos fundamentais em sentido material fora do Título II da Constituição de 1988 que são cláusulas pétreas, logo, limites ao poder de reforma e, como defendido no presente trabalho, limites às mutações. Cf.: BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

Execuções Penais de Rio Branco, capital do Acre, que negou a dez condenados por crimes hediondos o direito à progressão de regime prisional. O juiz do Acre alegou que, para que a decisão do STF no *habeas corpus* tivesse efeito *erga omnes* (ou seja, alcançasse todos os cidadãos), seria necessário que o Senado Federal suspendesse a execução do dispositivo da Lei de Crimes Hediondos, conforme prevê o art. 52, X da CF/88, o que não ocorreu.

Ao votar, o Ministro Teori Zavascki salientou que, embora o art. 52, X estabeleça que o Senado deve suspender a execução de dispositivo legal ou da íntegra de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF, as decisões da Corte, ao longo dos anos, têm-se revestido de eficácia expansiva, mesmo quando tomadas em controvérsias de índole individual. Também salientou das possibilidades do STF de editar súmulas vinculantes após a Emenda Constitucional nº 45/04.

Fato é que ocorreu mutação quanto a norma constitucional presente no art. 52, X da CF/88. Para compreender o fenômeno, primeiro, é importante saber do próprio dispositivo normativo. Na íntegra:

Compete privativamente ao Senado Federal:

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal; (BRASIL, 1988, Art. 52, X).

Logo, o que ocorreu a partir da referida decisão foi uma mutação que restringiu uma competência privativa do Senado Federal, órgão do Poder Legislativo, e transferiu mais potencialidades para o Poder Judiciário, dando permissão para o Supremo Tribunal Federal impor o efeito *erga omnes* à certas ações que teriam efeitos apenas *inter partes* (coisa que só poderia ser feita, antes, se o Senado Federal aprovasse, visto ser órgão do Poder Legislativo, representando a vontade dos Estados-membros da Federação).

A partir das bases teóricas utilizadas no presente trabalho, é possível concluir que a mutação ocorrida fere o equilíbrio pressuposto da separação de Poderes, cláusula pétrea da Constituição de 88. Pode, então, ilustrar como um exemplo de mutação “*anticonstitucional*” – além de ir contra a literalidade da norma constitucional analisada, restringe a separação de Poderes, transferindo competência do Poder Legislativo ao Poder Judiciário.

4.2 A ADIn 4.277 e a ADPF 132: o caso da união estável homoafetiva

Quanto ao segundo caso, em linhas gerais, detém-se que os ministros do STF, ao julgarem a ADIn 4.277 e a ADPF 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo. Importante também é ater-se ao voto do ministro Ayres Britto, que argumentou que o artigo 3º, IV da CF veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. “O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica”, observou o ministro, para concluir que qualquer depreciação da união estável homoafetiva colide, portanto, com art. 3º, IV da CF/88.

Além disso, as ações dispuseram sobre o art. 1.723 do Código Civil de 2002, e sobre o art. 226, §3º da CF/88. Aqui é importante atentar para a norma constitucional e a sua mutação como objeto de breve análise:

A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (BRASIL, 1988, Art. 226, §3º)

Para efeitos da literalidade da norma acima descrita, a mutação – que permitiu o reconhecimento da união estável homoafetiva – vai de encontro com o que se está escrito. Entretanto, como observado por Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto, o dispositivo supracitado não apresenta nenhuma disposição gramatical que vedaria o próprio reconhecimento da união estável homoafetiva (por exemplo, não há partículas que singularizam e focalizam, como “só” ou “apenas”).

De outro modo, mas seguindo raciocínio parecido, analisado a partir das prerrogativas teóricas aqui mencionadas, a mutação ocorrida poderia ser classificada como apenas mutação constitucional – não incorreria em inconstitucionalidade ou “*anticonstitucionalidade*”. Isso acontece, pois, trata-se justamente da ampliação interpretativa de um Direito Fundamental para fora da topografia do Título II. Não há restrição ou limitação

severa aos limites materiais, é uma mutação que vem, pelo contrário, ampliar a garantia de Direitos Fundamentais e a inclusão social de grupos minoritários.

4.3 As ADCs 43 e 44 e a reclamação nº 30.126: o caso Lula

Por fim, analisando o último caso, temos um exemplo contrário ao exposto acima sobre a união estável homoafetiva: uma mutação “*anticonstitucional*” por ir contra e restringir Direitos Fundamentais. Segundo notícia do STF:

Por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que o artigo 283 do Código de Processo Penal não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância e indeferiu liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44.¹¹

As ações vieram por tentar derrubar o entendimento do STF firmado no *habeas corpus* 126.292, no qual o STF entendeu possível a execução provisória da pena. O caso em questão vem gerando grande controvérsia jurisprudencial acerca do princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII da CF/88). Apesar de não ter efeito vinculante, vários tribunais pelo país passaram a aplicar decisão com base no julgamento das ADCs 43 e 44, as quais foram indeferidas. O dispositivo constitucional da presunção de inocência diz:

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:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (BRASIL, 1988, Art. 5º, LVII)

11 Cf.: “STF admite execução da pena após condenação em segunda instância”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>.

Em consonância, a mesma base argumentativa fora utilizada para antecipar o cumprimento de sentença do então ex-presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, que vinha como candidato à Presidência da República em 2018, o qual ajuizou a Reclamação nº 30.126 no STF para questionar tal determinação TRF-4.

Aqui, encontramos como a mutação “*anticonstitucional*” ocorrida no entendimento do art. 5º, LVII da CF/88 abre espaço para o desmoronamento do jogo político, corroborando, igualmente, para os quatro cavaleiros do apodrecimento constitucional ganharem mais chão. A execução antecipada da pena abriu margem para afetar o campo eleitoral: sendo basilar para o impedimento da candidatura do ex-Presidente Lula.

O fenômeno presente neste caso configuraria como uma mutação “*anticonstitucional*” na medida que vai de encontro à literalidade de um Direito Fundamental, cláusula pétrea presente no Título II da Constituição, com a finalidade de restringir a sua aplicação, e não a expandir, como foi o caso da união estável homoafetiva. Em linhas maiores, os efeitos dessa mutação acabaram por dar mais forças a pelo menos dois dos quatro cavaleiros: a falta de confiança no governo e nos cidadãos; e a grande polarização dos próprios cidadãos, num ciclo vicioso banhado pelos outros cavaleiros do apodrecimento constitucional.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou elaborar novas formas de entender o fenômeno da mutação constitucional, aproximando-o da nova literatura do Direito Constitucional e da Ciência Política a respeito das crises democráticas e das novas configurações de autoritarismo. Para isso, fez-se uma releitura do conceito de mutação inconstitucional para as mutações “*anticonstitucionais*”, entendendo a necessidade de dar uma maior atenção para as mutações que vão em sentido contrário ao que as cláusulas pétreas firmadas pelo Poder Constituinte Originário tentam pôr como salvaguardas da ordem constitucional democrática. Com essas questões em mente, para fins ilustrativos do que a hipótese buscou propor, fez-se luz de três casos distintos sobre mutação constitucional, valendo de dois clássicos das doutrinas de Direito Constitucional e o caso envolvendo o ex-Presidente Lula, que vem gerando discussões e polêmica até a presente data.

No mais, frisa-se a importância de estudar as novas formas de autoritarismo e como a categoria da interpretação deve ser bem estudada, não só por linguistas, psicanalistas e filósofos, mas por todos os outros campos das chamadas Ciências Humanas e Ciências Sociais. A interpretação, então, é uma faca de dois gumes, podendo ser utilizada tanto para a ampliação de Direitos Fundamentais, manutenção do equilíbrio democrático, como para contrariá-lo e até erodi-lo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALKIN, Jack. Constitutional Rot. In: SUNSTEIN, Cass R. **Can It Happen Here?: Authoritarianism in America**. Yale Law School, Public Research Paper No. 604, 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2992961>>.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRANDÃO, Rodrigo. Direitos Fundamentais, Cláusulas Pétreas e Democracia: uma proposta de justificação e de aplicação do art. 60, §4º, IV da CF/88. **Revista Eletrônica de Direito do Estado** n. 10, 2007. Disponível em: <http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Direitos-fundamentais-cl%C3%A1usulas-p%C3%A9treas-e-democracia.pdf>.

_____. **Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

CALDAS, Camilo Onoda. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Ideias & Letras, 2018.

ELSTER, Jon. **Ulysses and the Sirens: studies in rationality and irrationality**. Cambridge University Press, 2013.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição** São Paulo: Max Limonad, 1986.

JELLINEK, G. **Reforma y Mutacion de la Constitución**. Tradução de Christian Föster. Revisão de Pablo Lucas Verdú. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **UC Davis Law Review**, 2013. FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 646. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2244629>>.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

MOUNK, Yascha. **The people vs. democracy**: why our freedom is in danger and how to save it. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2018.

SARDINHA, Danilo; MOREIRA, Deborah; PEREIRA, Mônica. Nogueira de Carvalho vs. Brasil (2006): a responsabilidade de investigação do Estado e a tutela de defensores de direitos humanos. In: LEGALE, Siddharta; ARAUJO, Luis Claudio Martins de. **Direitos humanos na prática interamericana**: o Brasil nos casos da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 119-126.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SEGADO, Francisco Fernández. **As mutações jurisprudenciais na Constituição**. Lisboa, 2014.

COMMON LAW E CIVIL LAW: DISTINÇÕES E APLICAÇÃO EMPÍRICA EM JULGADO SOBRE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

Marcella do Amparo Monteiro Freire

1. Introdução

A pós-graduação estrito sensu, mais especificamente o mestrado, era um desejo guardado para o momento certo e oportuno. Assim, no ano de 2018 resolvi fazer a prova e obtive aprovação para cursar o Mestrado em Direito da Universidade Veiga de Almeida. A escolha se deu em razão da localização da Universidade, que fica entre minha residência e local de trabalho, além de eu ter me interessado pela linha de pesquisa e área de concentração propostas. Ao fazer a inscrição nas matérias não consegui, de imediato, incluir a disciplina “*Perspectivas Antropológicas do Direito*”, em razão do horário de trabalho, mas esse desejo ficou latente e, assim que foi possível, adicionei a grade essa matéria a fim de cursá-la. Gentilmente, o Professor Roberto Kant de Lima permitiu que eu ingressasse na matéria e determinou que eu lesse o material.

Após ler alguns dos textos do programa e apresentá-los no seminário, comecei a perceber o quanto aquela disciplina iria acrescentar na minha vida acadêmica. As leituras indicadas permitiram que eu, operadora do Direito, começasse a ver as ciências jurídicas através de um novo olhar e com a percepção diferenciada da antropologia e da empiria, que não é comum nos corredores do Tribunal de Justiça que costumo frequentar.

Deste modo, escolhi o texto “*Julgar nos Estados Unidos e na França*” de Antonie Garapon e Ioannis Papadopoulos (2008) para discorrer neste trabalho, cujo seminário realizado na aula foi muito enriquecedor, apresentando-me com diferentes perspectivas. Além disso, buscarei trazer outras leituras que contribuirão para uma análise diferenciada dos conceitos trazidos pelo texto indicado.

Inicialmente destaco o prefácio à edição brasileira do livro objeto deste trabalho. O Professor Roberto Kant de Lima (LIMA, Kant. Prefácio. In: GARAPON; PAPADOPOULOS, 2008, p. 7) traz a questão da aplicação do método comparativo no campo do direito e enfatiza o perigo em retirar instituições jurídicas do contexto em que foram criadas, transferindo-as para contextos distintos, sem perceber as diferenças entre as instituições e as culturas.

Nesse momento, atentei para o fato de que a leitura do livro “*O Saber Local*” de Clifford Geertz (2002) permitiu uma melhor assimilação da questão, uma vez que já havia estudado o método de comparação pelas diferenças, que busca a aplicação do Direito sob o olhar de uma determinada comunidade específica: “*ênfatiza o contexto das instituições e seu significado local, que lhe emprestam a legitimidade necessária para que produzam seu efeito ordenador*” (LIMA, 2010, p. 29).

Dando continuidade ao texto central escolhido neste trabalho, trago a questão da transferência dos institutos para cultura diversa através do relato de uma situação que ocorreu com Roberto Kant de Lima (relato realizado no seminário ministrado na Universidade Veiga de Almeida em 31.04.2019), quando a tradutora de um artigo seu, que seria publicado na França, errou a tradução do termo Tribunal do Júri, sendo necessário incluir uma nota para esclarecer a diferença da representação e a origem da legitimidade das decisões no Brasil e na França.

O destaque inicial é para o fato de as decisões serem diferentes dependendo da cultura e do contexto que são proferidas. Em alguns casos, ela vem da comunidade, em outros é uma questão espiritual, pois o sujeito decide sozinho. Na terceira hipótese, há uma junção entre o saber técnico e a comunidade.

O texto afirma que nos dias atuais, mostra-se salutar temer menos as diferenças entre sistemas jurídicos do que mal-entendidos entre as culturas, sendo “*as diferenças não assumidas por serem desconhecidas*”

(GARAPON; PAPADOPOULOS, 2008, p. 101), entre as quais se pode citar *judge* (juiz) e *trial* (processo), sem identificar se essas palavras possuem as mesmas representações coletivas. O objetivo do texto escolhido é dissipar os maus entendidos e propor um modelo de diálogo com reconhecimento mútuo, ratificando a relatividade cultural sem tentar afirmar qualquer superioridade.

2. Definição de Cultura Jurídica, a prova e o direito.

Segundo o texto em debate, a cultura jurídica está ameaçada por dois defeitos simétricos: se interessar somente pelo direito e, da mesma forma, desprezá-lo, uma vez que é evidente a preocupação em subtrair certos bens ao comércio, como por exemplo, a ideia de dignidade. Este pensamento se encontra presente no julgamento sobre o “lançamento de anão” e na nova dinâmica da liberdade contratual.

Sobre esse tema, em que a noção de dignidade encontra-se em ascensão na cultura jurídica é possível destacar o artigo de Luís Roberto Cardoso de Oliveira (2008, p. 137), “Existe Violência Sem Agressão Moral?”, em que traz ao debate o reconhecimento do indivíduo. Na ausência deste, ocorre uma negação da identidade do interlocutor, que se sente agredido. Afirma que o reconhecimento é um direito que precisa ser cultivado permanentemente. Entendo que essa noção de reconhecimento pode ser intimamente ligada ao conceito de dignidade.

Portanto, o direito da prova é a vertente principal que possibilita diferenciar a *commow law* e a *civil law*, uma vez que a prova se encontra no liame entre o direito e o fato. Na *civil law*, busca-se a substância (verdade), a fim de estabelecer um relato oficial através de uma decisão judicial, diferente da cultura jurídica da *commow law*, que organiza o embate de duas versões para que surja o relato mais verossímil.

3. A busca da verdade

O catolicismo é marcado pela centralização da igreja, pela autoridade doutrinal da instituição, sendo a condição para estabelecer a verdade oficial e a rendição à instituição, sob a forma de confissão. Assim, a lei é sacralizada porque advém do representante na terra da vontade divina,

o que lhe assegura uma grande autoridade, objeto de temor reverencial, uma vez que o indivíduo sempre deve livremente consentir em se sujeitar às obrigações religiosas.

De forma diferente, para os puritanos calvinistas é necessário moldar as regras, concretizá-las e detalhá-las de forma minuciosa, adaptando-as a liberdade associativa, sendo necessário ser implacável e sancionar o mínimo de desvio.

O processo de acusação da *common law* utiliza-se da confissão central e o juiz deve respeitar regras muito estritas de administração de provas. Para o puritano, a confissão é realizada de forma livre e, após o exame de consciência, o indivíduo faz o testemunho para a comunidade, a fim de ter acesso à comunhão e à vida reconciliada.

Para os católicos o testemunho mais importante é a confissão, pois a pessoa se arrepende, sendo sigiloso. O trabalho pastoral da igreja é salvar as almas e o mecanismo dessa salvação é a confissão, diferente do protestante, no qual a pessoa deve confessar para a comunidade.

Necessário chamar atenção para o fato de que o sistema de prova brasileiro não é o da prova tarifária, sendo, na verdade, adotado o sistema da prova legal. Ademais, o Tribunal do Júri até os dias atuais não é gravado, pois há um desafio entre os atores dos processos, a fim de verificar qual das partes ganhou na oratória. O Júri forma sua convicção pela audiência dos debates.

Permito-me, neste momento, trazer um pensamento a parte da ideia central deste trabalho, mas que considero pertinente. Esse assunto remete a um julgamento famoso e emblemático ocorrido em 1980 em que Doca Street matou sua ex-companheira Ângela Diniz, sendo réu confesso em relação a ter praticado o crime de homicídio, mas, ainda assim, o Tribunal do Júri o condenou apenas em excesso culposo, sendo beneficiado pelo *sursis* da pena. A defesa do agressor criou uma polarização entre o comportamento da vítima e do réu, seu companheiro, a fim de que o julgamento fosse realizado com base na imagem social da vítima, o que afastou o foco do crime praticado.

A tese defensiva retratou a vítima como sendo uma mulher que se utilizava de bebidas alcoólicas, de personalidade neurótica e com comportamento perturbado, justificando a crime perante os jurados e conseguindo a absolvição do crime de homicídio, restando apenas o excesso culposo.

Assim, no duelo entre a Defesa e o Ministério Público, ficou bem definido que a oratória é o diferencial, mesmo quando há confissão do réu. Caso disponível no site <http://www.oabsp.org.br/sobre-oabsp/grandes-causas/o-caso-doca-street>. Acesso em 14 de maio de 2019.

De volta ao tema, para a doutrina calvinista, o crente, sabendo que não pode esperar a salvação por suas obras, se esforça através de um exame regrado e minucioso de si próprio para ser eleito por Deus. Assim, deve agir mediante um código de boa conduta para resolver os dilemas da vida. A salvação da alma não se dá pelas boas ações imediatas, mas pela observação de protocolos que intermedeiam todo o contato com o mundo.

Portanto, na *commow law* destaca-se menos a verdade do que o método certo para alcançá-la, valorizando a moral do conveniente e do homem honesto, o que deriva do “*due process of law*”, a ideia central do direito processual anglo-americano.

Os autores ilustram através de um caso em que a Suprema Corte Americana declarou inconstitucional a lei de proteção aos menores vítimas de abusos sexuais, que determinava a colocação de um biombo entre o menor e o acusado – tal entendimento se deu em razão de que no sistema americano busca-se a versão mais verossímil e a presença do biombo violaria o debate, ainda que isso levasse a uma maior exposição do menor (GARAPON; PAPADOPOULOS, 2008, p. 106).

Portanto, na *commow law* concede-se maior importância ao método para construir a verdade. Diferentemente, na *civil law* a busca é por descobrir a verdade. Em ambas as culturas busca-se a verdade, mas o modo de produção dela é diverso.

Na *civil law* a verdade deriva da íntima convicção do juiz ou do júri, sendo una e indivisível. Em oposição, na *commow law*, os fatos são decompostos, recortados e analisados um a um, não há intuição. Critica-se a “íntima convicção” aplicada da *civil law*, uma vez que reduz a avaliação concreta e a ponderação dos interesses.

A preocupação dos juízes americanos não é chegar à única e incontestável verdade mediante atalhos dentre os quais podemos citar a “íntima convicção”, que podem diminuir a avaliação no caso concreto e a ponderação dos interesses em jogo. Na *commow law*, prefere-se colocar na balança o interesse privado ameaçado e o interesse público protegido, a fim de que seja possível avaliar os riscos de erros possivelmente aceitáveis na determi-

nação da prova. O princípio da precaução deve governar a decisão pública nos casos em que há incerteza.

Essa variação tem algumas razões: o que mais preocupa um magistrado da *common law* não é a verdade presente nas perícias ou no foro interno do inquiridor, o importante é “*a repartição igualitária dos riscos entre as partes e adaptação de suas ferramentas processuais à a complexidade do real*”.

Outro exemplo de flexibilidade da *common law* no direito das provas é o uso das “presunções”, as quais permitem que o juiz altere uma exigência de prova atribuída pela lei quando entender inadequado para o caso concreto, servindo de ilustração do pragmatismo do juiz anglo-americano, que se coloca a mudar as regras para melhor atendê-las.

Nos Estados Unidos o Poder Judiciário é fonte primária de lei, diferente do Brasil onde a jurisprudência é uma interpretação das leis. No direito americano aplica-se a lei e as decisões judiciais. No Brasil é natural haver dois casos semelhantes com interpretações diferentes, mas nos Estados Unidos isso não é possível, uma vez que faz parte da segurança jurídica.

Para ilustrar esse pensamento trago um caso que tramitou perante uma Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Era um processo em que se discutia o reconhecimento voluntário de paternidade socioafetiva. Narrava o autor da ação que iniciou um relacionamento amoroso com a avó da criança, quando a menor tinha apenas 04 anos. Diante do falecimento da mãe da criança e sendo o pai biológico desconhecido, o relacionamento entre o demandante e a criança foi sendo moldado de uma forma natural e espontânea, com amor e carinho mútuo. Afirma que a criança o chama de pai, considerando-a reciprocamente como filha, motivo pelo qual foi o Poder Judiciário pleitear o reconhecimento da paternidade socioafetiva.

No nosso ordenamento jurídico, a Constituição da República de 1988 trata sobre esse assunto no artigo 226, a seguir colacionado:

“Artigo 226 da CRFB/88: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”

No entanto, em que pese o artigo 226 da Constituição da República de 1988 reconhecer qualquer modalidade de entidade familiar, bem como a jurisprudência dos Tribunais Superiores admitirem a possibilidade do reconhecimento do vínculo socioafetivo, o magistrado que atuava perante um Juízo de Direito de uma Vara de Família do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Comarca da Capital, entendeu pela irrelevância desta modalidade de filiação, comparando-a com o fato de Tício usar azul hoje ou uma mera declaração de que Mévio não usa bigode. Afirmou, ainda, que a filiação socioafetiva é uma modalidade de amor ou de amizade e, por isso, inexistente relação jurídica, sendo indiferente para o Direito.

Essa decisão judicial pode ilustrar de forma ímpar a forma como os julgamentos podem ser realizados em países que adotam a *civil law*, sendo os magistrados, em alguns casos, comprometidos apenas com o princípio da íntima convicção, uma vez que são investidos de um poder decisório naquele determinado processo. Remeto a ideia anteriormente apresentada sobre o juiz vislumbrar ser um representante da vontade divina na terra.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) se manifestou no sentido do reconhecimento da filiação socioafetiva, mas tais decisões não vinculam o juízo singular de primeira instância. Assim, trago um julgado do STJ, de 2007, bem como uma decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (de 2017), escolhidos de forma qualitativa, a fim de possibilitar uma reflexão em relação ao fato de o Tribunal Superior e o Tribunal de Justiça no qual a Vara julgadora está vinculada reconhecerem a socioafetividade como um instituto importante para o direito há mais de uma década (considerando o julgado de 2007), mas o juízo de primeira instância competente ainda decidiu de forma contrária. Assim são os julgados:

Superior Tribunal de Justiça: “RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO SANGÜÍNEA ENTRE AS PARTES. IRRELEVÂNCIA DIANTE DO VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO. - Merece reforma o acórdão que, ao julgar embargos de declaração, impõe multa com amparo no art. 538, par. único, CPC se o recurso não apresenta caráter modificativo e se foi interposto com expressa finalidade de prequestionar. Inteligência da Súmula 98,STJ. - O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo sócio-afetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação sócio-afetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil. - O STJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação sócio-afetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai sócio-afetivo. A contrario sensu, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica. Recurso conhecido e provido”. (STJ. REsp 878941 / DF - Ministra NANCY ANDRIGHI – Terceira Turma – Julgado em 21/08/2007). Grifei.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE PATERNIDADE. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO “POST MORTEM”. RELAÇÃO SOCIOAFETIVA EXISTENTE ENTRE AUTOR E SEU ENTEADO JÁ FALECIDO. SENTENÇA

MANTIDA. 1. A presente demanda tem por finalidade a declaração de paternidade sócioafetiva do autor com relação ao seu enteado Jaques, já falecido, tendo sido ajuizada em face dos irmãos paternos do de cujus. 2. Sentença que julgou procedente o pedido autoral a fim de que seja reconhecida a paternidade sócioafetiva, esclarecendo que a declaração não importará no desfazimento da paternidade biológica, havendo, por consequência, o reconhecimento da dupla paternidade. 3. Rejeitada preliminar de suspeição do juízo. Incidente já instaurado com decisão transitada em julgado. 4. Com arrimo no art. 226 da Constituição Federal, qualquer forma de entidade familiar merece proteção do Estado. 5. Entende a doutrina moderna que a paternidade não pode ser vista apenas sob o enfoque biológico, dando expressiva importância à relação genética, devendo também ser sopesada a relação socioafetiva. 6. A paternidade sócioafetiva decorre de uma relação de afeto, independente da existência de vínculo biológico. 7. In casu, ao compulsar os autos, verifica-se que, embora o falecido não tenha se dirigido ao apelado, utilizando a palavra “pai”, é patente a relação de afeto que existia entre eles. 8. Isto porque residiam no mesmo imóvel, mesmo após o óbito da genitora do falecido Jaques, bem como possuíam conta corrente conjunta. 9. Soma-se a isso, o fato do seguro de vida de Jaques ser a favor do recorrido como único beneficiário. 10. O próprio e-mail enviado pelo falecido aos seus irmãos, acostado aos autos pelos apelantes, demonstra a preocupação do falecido com a moradia do autor. 11. Boa convivência familiar entre os irmãos paternos que não possui o condão de excluir a relação de paternidade sócioafetiva existente entre o apelado e seu enteado. 12. Manutenção da paternidade biológica, uma vez que não exposta ao crivo do contraditório. 13. Desprovisionamento dos recursos”. (ACÓRDÃO - 0293303-28.2013.8.19.0001 – APELAÇÃO - MÔNICA MARIA COSTA DI PIERO - OITAVA CÂMARA CÍVEL - Data de julgamento: 04/07/2017) Grifei.

4. Considerações Finais

Abordei as diferenças culturais da *civil law* e da *commow law*, sendo possível concluir que o modo de produção das provas, a fim de buscar a verdade, são diferentes. Na primeira, a verdade deriva da íntima convicção do julgador (juiz ou júri) e na segunda o método para construir a verdade é o mais importante, uma vez que os fatos são analisados de forma individual, atentando sempre para ponderação de interesses em determinado caso concreto.

Essa forma de resolução dos conflitos aplicado na *civil law* pode trazer insegurança jurídica para o administrado, quando busca a tutela do Poder Público, mais especificamente do Poder Judiciário. Em relação ao caso analisado no qual se discutia a existência da paternidade socioafetiva, o autor da ação esperava um provimento jurisdicional favorável ou desfavorável ao pleito realizado judicialmente de reconhecimento da paternidade, mas a resposta recebida foi no sentido de que o instituto da filiação socioafetiva não era relevante para direito, sendo um indiferente jurídico.

Tal solução pode acarretar um descrédito do jurisdicionado em relação ao Poder Judiciário, em não ter segurança quando busca o exercício da jurisdição em matéria anteriormente decidida pelos Tribunais Superiores. Considerando que o Tribunal Superior se pronunciou acerca da paternidade socioafetiva enquanto um instituto jurídico existente e relevante, entendo que o Juiz de Direito deve se preocupar em ao menos justificar o motivo pelo qual determinado processo judicial não teve a mesma solução judicial aplicada pela Corte Superior em hipótese semelhante e não apenas limitar-se o declará-lo como um indiferente jurídico.

Essa naturalização brasileira de que casos semelhantes podem ser decididos de forma diferente não se mostra razoável quando pensamos em um Poder Judiciário que deve atender a população com base na equidade entre as pessoas. Por fim, foi possível constatar, ainda, que essa diferença entre os sistemas da *commow law* e da *civil law* traduz uma grande dificuldade em importar institutos jurídicos criados para uma determinada cultura e tal procedimento pode gerar grandes aberrações jurídicas.

5. Referências Bibliográficas

- BRASIL. Código Penal de 1940 de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: [http:// http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm). Acesso em: 13 de junho de 2019.
- CARONE, Renata. *A Atuação do Movimento Feminista no Legislativo Federal: Caso da Lei Maria da Penha*. São Paulo: Lua Nova, 2018
- GARAPON, Antonie; PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2008.
- GEERTZ, Clifford. *O Saber local e leis em uma perspectiva comparativa*. In. *O Saber Local*. Petópolis, Vozes, 2002.
- LIMA, Roberto Kant de. *Sensibilidades jurídicas, saber e poder – bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada*. Anuário Antropológico, 2009-2.2010.
- LOBO, Michel. *Próximo da Justiça, distante do Direito: Administração de conflitos e demandas de direitos no Juizado Especial Criminal*. Rio de Janeiro: Editora Autografia Edição LTDA, 2017.
- OLIVEIRA, Luís Roberto Cardoso de. *Existe Violência sem Agressão Moral?*. Revista Brasileira de Ciências Sociais. Vol. 23. Nº 67. São Paulo, 2008.
- _____. *A dimensão simbólica dos direitos e a análise de conflitos*. Disponível em: <file:///C:/Users/user/Downloads/36432-Texto%20do%20artigo-44326-1-10-20120810.pdf>. Acesso em: 06 de junho de 2019.

A ESCOLA DE CHICAGO E SUAS CONTRIBUIÇÕES PARA O ESTUDO DA CRIMINALIDADE E VIOLÊNCIA NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Marconi do Ó Catão

1. INTRODUÇÃO

Na época atual, é visível o fato de que os grandes países estão temerosos com os crescentes índices de violência que vêm se verificando em suas sociedades. A principal causa provavelmente encontra-se nas tensões oriundas da progressiva concentração de renda e conseqüente exclusão social de numerosos contingentes populacionais urbanos, os quais vêm convivendo com uma realidade midiática global que estimula padrões de consumo em que a maioria fica excluída. De forma que os Estados nacionais passam a perder legitimidade e capacidade de mediação dessas tensões, tendo em vista a utilização de tradicionais meios de controle social, como é o caso do que ocorre atualmente no Brasil, onde evidencia-se uma descontrolada criminalidade e violência urbana envolvendo notadamente pessoas jovens.

Neste sentido, é pertinente destacar o atual modo de comportamento dos adolescentes infratores das grandes metrópoles brasileiras, no qual portar uma arma representa um rito de passagem¹² para a adolescência: o

¹² A princípio, a questão dos ritos de passagem foi classificada por Émile Durkheim e Van Gennep de formas distintas: enquanto que o primeiro, partindo do sagrado,

menino, com uma arma na mão, passa a se comportar como homem. De fato, é nesse mesmo contexto que Eric Hobsbawm (1995, p.393) lembra que a partir de 1945 a maioria dos europeus – inclusive nos Bálcãs – viveu em sociedades nas quais os Estados desfrutavam de um monopólio da violência legítima, sendo que quando eles se esfacelaram, o mesmo aconteceu com tal controle sobre a violência. Assim, para alguns jovens, o caos resultante desse colapso propiciava a oportunidade de ingressar no mundo da violência, onde tudo lhe é permitido pelo uso da força. Portanto, para esses grupos perigosos, constituídos principalmente por jovens desesperançados e sem perspectivas, não existem mais limites, ou seja, a violência passa a ser regra de conduta.

Na compreensão de Joel Birman (1998, p.75-77), vivemos nos dias de hoje em um mundo no qual a performance define o espaço social de cada um, ou seja, de acordo com este autor, o sujeito da pós-modernidade é performático, vivendo intensamente apenas o momento, estando mais preocupado com o gozo a curto prazo e a qualquer preço, sendo tal sujeito denominado perverso clássico. Em suma, para Birman este aspecto agora não é mais um desvio, como foi em um período moderno anterior, mas a regra. Tomemos como exemplo as grandes enfermidades estudadas pela psiquiatria atualmente, onde verificam-se falhas na performance – a depressão, que é representada com por um sujeito fechado em si mesmo, e a síndrome do pânico, exteriorizada por uma pessoa que não consegue estar inserida em um contexto em que a exibição de sua performance é solicitada. Ainda nessa discussão e considerando a noção de “sujeito da pós-modernidade”, Zigmunt Bauman (2011, p.191-195) apresenta uma importante contribuição quanto ao aspecto da violência pós-moderna, esclarecendo este autor que tal fenômeno sempre encontra-se conectado a uma questão fronteira à deriva, verificando-se a oposição: “manutenção da ordem *versus* violência”

No atual cenário do mundo globalizado, evidenciam-se processos econômicos de natureza conflituosa e excludente, especialmente nos países mais pobres; logo, a sobrevivência do espaço de ação estatal exige competência para construção de modelos de equilíbrio que indiquem para

chega ao social; o segundo, a partir do social, chega a outras formas do sagrado. Cf. p.81-126; VAN GENNEP, 1999; DURKHEIM, 2008; SEGALIN, 2002. p.39; TURNER, 1974.

algum crescimento econômico, políticas sociais de emprego e certa desconcentração de renda. Nessa ótica, Michael Walzer (2003, p.39) destaca que o desemprego fragiliza os vínculos familiares, afasta os trabalhadores das discussões sindicais, esvazia os recursos da comunidade, aliena politicamente e aumenta a tentação ao crime. De maneira que, para este autor, é apenas vinculado a uma vida associativa que o indivíduo aprende a debater, tomar decisões e assumir responsabilidades, sendo necessário incentivar a aproximação de alguma forma de associação que possibilite o treinamento para o exercício de uma política democrática capaz de gerar mecanismos de equilíbrio entre o poder e a solidariedade social.

Em geral, para que uma ação social seja concebida como violência, é necessário que tal ato seja capaz de causar danos (psicológicos, morais ou materiais); conseqüentemente, existirá toda uma previsão legal, representada por normas jurídicas, e/ou moralmente (normas sociais) instituída por um ordenamento jurídico. Com efeito, a designação de determinado ato como violento diz respeito, necessariamente, às normas exteriorizadas como um conjunto de regras de condutas, sustentadas como sendo um princípio referencial para uma sociedade. Logo, a não-observância ou transgressão dessas normas, que tendem a ser significadas como violência, implicará na sujeição às sanções explícitas ou implícitas pela sociedade. Assim, do mesmo modo que há uma enorme variedade de normas, haverá, também, uma grande diversidade de violências possíveis. Por conseguinte, a sociedade terá a sua disposição todo um aparato instrumental, dotado de mecanismos simbólicos, que possibilite colocar a sua margem aquelas pessoas que, por um motivo ou outro, não se comportam em conformidade com as normas estabelecidas pelas instituições legais.

Nas várias instâncias sociais, no decorrer do tempo, vem sendo verificado o surgimento do que se convencionou chamar de “violência difusa”, que estaria permeando todo o corpo social, levando à todos uma sensação de ameaça, tanto pela sua natureza de imprevisibilidade quanto pela a forma que ela pode assumir. Além disso, há também os aspectos do lugar onde ela possa ocorrer e da pessoa que possa estar na condição de sujeito ativo ou passivo. Em resumo, neste conjunto de perplexidades, o sistema social nomeia e classifica a violência de variadas formas: violência contra a criança; violência entre jovens (autores ou vítimas); violência na escola; violência nas relações de gênero; violência contra a categoria LGBT etc.

Assim, diante dessa forma de pensar e agir, podemos afirmar que hoje estamos vivendo a era da violência, uma realidade que coisifica e exclui os sujeitos sociais, sejam eles crianças, adolescentes, mulheres, idosos, grupos de diversidades entre outros.

Assim sendo, este texto se propõe a analisar a criminalidade a partir da utilização da teoria da ecologia humana proposta pela Escola de Chicago. Outrossim, também tem o propósito de destacar as principais contribuições advindas desta escola para o estudo da criminalidade. De início, será realizado um levantamento histórico sobre o surgimento da Escola de Chicago, como referencial basilar para o estudo da criminalidade; continuando, será desenvolvida uma análise da teoria da ecologia humana como sendo um marco nas pesquisas sobre violência e criminalidade, a partir Park, Burgess, McKenzie entre outros autores; por fim, far-se-á uma exposição sobre a aplicabilidade da referida teoria como método de prevenção de criminalidade, considerando mais especificamente a realidade brasileira. O procedimento metodológico utilizado foi o descritivo-analítico, tendo sido realizadas abordagens por meio de consultas a textos jurídicos, nacionais e internacionais, e bibliografias do campo das ciências sociais e áreas afins. Saliente-se, ainda, quanto à metodologia, que foram usadas, para o levantamento bibliográfico, as técnicas de observação textual sistemática e de análise de conteúdo teórico. Em síntese, este trabalho tem como justificativa principal possibilitar uma melhor compreensão dos crescentes fenômenos da criminalidade e violência urbana.

2. BREVE HISTÓRICO

No decorrer da terceira década do século passado, os sociólogos da Universidade de Chicago observaram um amplo progresso urbano local, de maneira tal que ao mesmo tempo com que proclamaram um laboratório de pesquisas naturais, se propuseram a explorar as hipóteses construídas pelos países que estudavam essa disciplina. Assim, eles retomaram os conceitos de densidade moral e social, bem como reutilizaram as ideias de solidariedades mecânica e orgânica. Em suma, esses cientistas desenvolveram um estudo das relações entre os seres humanos, baseado no modelo de uma teoria da ecologia urbana.

A primeira fase da Escola de Chicago é caracterizada por uma associação com o pragmatismo filosófico, observação direta da experiência e análise de processos sociais urbanos; de fato, a construção teórica do seus sociólogos é possuidora das seguintes dimensões: trabalho de campo e estudo empírico; análise da cidade, envolvendo problemas concernentes à migração, delinquência, crime e problemas sociais, estando tudo isso diretamente relacionado com a teoria ecológica proposta por Park, Burgess e McKenzie; e forma característica de psicologia social, que veio a ser denominada interacionismo simbólico (XIBERRAS, 1993, p.95-97).

De um modo geral, o corpo docente e os alunos do Departamento de Sociologia da Escola de Chicago estavam diante do processo de crescimento e transformação em que se encontravam as cidades, tendo este fato contribuído para o importante trabalho produzido por eles, que inclusive ainda continua servindo como referência para atuais estudos urbanos. Nesse contexto, registre-se que os estudiosos de Chicago estavam especialmente voltados para pesquisas sobre crime e delinquência no meio urbano, sendo desenvolvidas várias teorias sobre a vida social. Uma das características mais relevantes do trabalho dos sociólogos de Chicago foi o fato de terem reunido dados estatísticos e qualitativos que revelavam que o crime era um produto social da vida urbana, tendo isto representado um novo marco teórico, pois até então as causas da criminalidade eram explicadas por diferenças individuais, biológicas - positivismo biológico e psicológicas - positivismo psicológico (FREITAS, 2002, p.53-54).

Em síntese, a Escola de Chicago se tornou muito importante para a análise da criminalidade urbana, tendo suas teorias grande influência nos estudos urbanos sobre crime que foram posteriormente realizados nos Estados Unidos e na Inglaterra. Assim, dentre as principais inovações que marcaram a Escola de Chicago, o conceito de ecologia humana se exterioriza como principal eixo norteador dessa corrente sociológica. Então, com a preocupação em compreender a cidade, no intuito de atuar sobre seus problemas sociais, a referida escola lança a ideia de cidade como laboratório social, sendo isto a base de grande parte de seu trabalho.

Sem dúvida, Robert Ezra Park representa um dos principais expoentes da Escola de Chicago, tendo escrito o artigo “A cidade: sugestões para investigação do comportamento humano no meio urbano”, trabalho este que se tornou um marco para a etnografia urbana, haja vista que nele é

sustentado que os métodos de observação utilizados na antropologia para o estudo de povos primitivos poderiam ser mais adequadamente empregados na investigação dos costumes, crenças e práticas sociais do homem civilizado (FREITAS, 2002, p.63-65). Para Park, a cidade é o lugar ideal para se estudar a vida social, ou seja, o laboratório social no qual todos os aspectos inerentes a vida em sociedade podem ser observados.

Ademais, Park defendia que a sociologia não estava interessada em fatos, mas em como as pessoas reagem a eles. Nesta perspectiva, a experiência prática era considerada basilar, sendo a melhor estratégia de pesquisa aquela em que o pesquisador participava diretamente no objeto de seu estudo. Em outros termos, este método inovador, cuja a inserção na pesquisa se deve a Escola de Chicago, é o da observação participante. Em suma, esta escola, entre os anos 1920 e 1930, transformou a cidade de Chicago em um grande laboratório social, por meio de estudos etnográficos sobre a vida e cultura urbana, tendo todo esse trabalho sido conduzido por professores e alunos, atentos ao que acontecia à sua volta, havendo um interesse especial sobre a criminalidade, que surgia como um fenômeno coletivo em determinadas áreas da cidade, sendo esta divisão uma das principais características da ecologia humana, construção conceitual que será analisada em seguida.

3. TEORIA DA ECOLOGIA HUMANA

No tópico anterior, o termo "ecologia humana" foi tomado como conceito central para os estudos da Escola de Chicago, contudo, não houve uma definição precisa para tal expressão. A palavra ecologia, de acordo com Hollingshead (1970, p.53), foi criada em 1869 por Haeckel e tem sua origem na palavra *oikos*, que significa habitação, moradia, casa; entretanto, esse conceito não se refere apenas ao espaço físico da casa, nem tampouco aos seus habitantes e as atividades cotidianas. Assim, "ecologia é o estudo dos seres vivos, não como indivíduos, mas como membros de uma complexa rede de organismos conexos".

Para Pierson (1970, p.112-116), a ecologia humana estuda o processo de competição e as relações que dele provêm, sejam estas de pessoa para pessoa, de grupo para grupo e de instituição para instituição, objetivando esclarecer como elas se revelam por índices físicos, especialmente os de espaço; em outras palavras, ecologia humana se interessa pelas

relações pessoais, na medida em que se refletem nas relações espaciais e bióticas. Portanto, na concepção desse autor, a ecologia humana se interessa pela competição entre indivíduos, grupos, instituições humanas e suas consequências: estabelecimento de um equilíbrio biótico, agregação, transformação de simples aglomeração de população em comunidades, desenvolvimento de uma divisão de trabalho, especialização de função, concentração, centralização, descentralização, segregação, invasão ecológica, sucessão ecológica, dispersão, mobilidade, rotinização e dominância.

Mas, nessa discussão é pertinente salientar que Park foi o primeiro a dar um tratamento sistemático à ecologia humana, em seu artigo "The City", pois em conformidade com este autor, são dois os princípios ecológicos centrais: o da dominância e o da sucessão. No reino vegetal, é possível observar a dominância na disputa das plantas pela luminosidade, sendo aquelas mais altas, cujas folhas se projetam sobre as demais, as dominantes de uma região; já no reino humano, a dominância está presente em vários campos sociais, como resultado dos processos de competição (TANGERINO, 2007, p.15). Quanto à sucessão, leciona Park (1970, p.47-48) que este "termo é usado pelos ecólogos para descrever a sequência ordenada de mudanças através das quais uma comunidade biótica passa, no curso de seu desenvolvimento, de um estágio primário e relativamente instável, a um estágio relativamente permanente ou de clímax". Desse modo, Park (1992, p.1-2) apresenta os postulados básicos da perspectiva ecológica, como podemos comprovar por meio de suas palavras:

Em tempos recentes, a cidade tem sido estudada segundo o ponto de vista de sua geografia, e ainda mais recentemente segundo o ponto de vista de sua ecologia. Existem forças atuando dentro dos limites da comunidade urbana – na verdade, dentro dos limites de qualquer área de habitação humana – forças que tendem a ocasionar um agrupamento típico e ordenado de sua população e instituições. À ciência que procura isolar estes fatores, e descrever as constelações típicas de pessoas e instituições produzidas pela operação conjunta de tais forças, chamamos Ecologia Humana, que se distingue da Ecologia dos animais e plantas.

Portanto, Park e seus contemporâneos utilizaram o modelo da ecologia social para pesquisar a cidade, propondo uma analogia entre a distri-

buição da vida vegetal na natureza e a organização da vida humana em sociedades. De maneira que foi esta a razão pela qual esse conceito se tornou conhecido como ecologia humana, considerando que o comportamento humano é modelado pelas condições sociais presentes nos meios físico e social, situações estas que limitam o poder de escolha dos indivíduos. Logo, as pessoas são vistas como conformistas, pois agem em conformidade com os valores e normas do grupo.

Outrossim, além da dominância e sucessão, Park colheu um outro importante conceito da ciências naturais, que foi o da simbiose, que é a convivência de diferentes espécies para o benefício mútuo de cada uma delas. Nesse sentido, este autor vê a cidade não apenas como um fenômeno geográfico, mas como um tipo de “super-organismo” que tem “unidade orgânica” derivada das interações simbióticas das pessoas que vivem nela; além do mais, ele considera que este super-organismo tem muitas “áreas naturais” onde vivem diferentes tipos de pessoas. Então, tal como as áreas naturais das plantas, aquelas outras áreas também tinham uma unidade orgânica; já determinadas áreas naturais incluem indivíduos em certos grupos de renda ou, ainda, áreas industriais ou comerciais. Em resumo, ocorrem relações simbióticas tanto entre os indivíduos de uma área natural quanto entre as áreas naturais da cidade, com cada área sendo uma parte e a cidade o todo.

Por sua vez, Ernest Burgess (1992, p.47-62), trouxe para a teoria ecológica uma importante contribuição, com elaboração da teoria das “zonas concêntricas”. Esse professor da Escola de Chicago, em 1925 escreveu “The Growth of the City”, onde analisou os processos de invasão, dominação e sucessão. De forma que Burgess apresentou um mapeamento de Chicago, concluindo que as cidades não crescem simplesmente em seus limites, visto que tendem a se expandir radialmente de seu centro em padrões de círculos concêntricos, que descreveu como “zonas”; daí a denominação teoria de zonas concêntricas, que é um diagrama da estrutura ecológica, representando uma elaboração ideal das tendências a se ampliar radialmente a partir de seu bairro comercial central. Então, com a formulação de um modelo teórico de explicação do crescimento urbano, Burgess destaca duas possíveis acepções da expansão urbana: crescimento físico e processo, sendo esta última mais pertinente ao nosso estudo.

Com efeito, a expansão pode ser representada por uma série de cinco círculos concêntricos, revelando a ideia de que a cidade cresce a partir de

seu centro, essencialmente comercial, rumo à periferia. A Zona I, conhecida como *Loop*, comportaria as atividades bancárias, comerciais e industriais. Na Zona II, ou de transição, encontra-se uma região da cidade que está sendo invadida pelo comércio e indústria leve e onde se concentram as casa de prostituição e jogo, bem como as moradias mais baratas e decadentes da cidade. Em seguida, a Zona III pode ser caracterizada como de moradia dos trabalhadores das indústrias, “que fugiram da área de decadência, mas que desejavam viver em ponto de fácil acesso no seu trabalho”. A Zona IV é a residencial, composta por residências mais luxuosas e por prédios de apartamento de alta classe. Finalmente, a Zona V, a rigor fora dos limites da cidade, é a zona do *commuters*, trabalhadores que residem em vilarejos ou distritos fora da cidade, mas que a ela se dirigem regularmente para trabalhar (BURGESS, 1992, p.50-52).

Nesse contexto, cumpre ressaltar que tal esquema de divisão da cidade em cinco zonas características é, evidentemente, um artifício didático, haja vista que nenhum processo pode ser apontado estaticamente. Ademais, cada uma dessas zonas encontra-se em expansão, o que resulta na ampliação da cidade como um todo; sendo que, nesse processo, uma área forçosamente invade a outra para conseguir sua expansão. Então, por exemplo, a zona comercial para crescer tem de invadir sua zona adjacente, sendo isso sempre em caráter transitório, visto que necessariamente inclui elementos da zona I e da zona III (TANGERINO, 2007, p.25). Essa forma de expansão urbana é denominada de sucessão, mas, muito embora a análise de Burgess seja precisa quanto ao modelo de expansão, por outro lado, dedica pouca explicação no que se refere às forças determinadoras ou condicionadoras desse processo; até porque a proposta desse sociólogo diz respeito a um modelo de investigação, não objetivando a apresentação de respostas. Ademais, o próprio Park, quando escreveu o seu artigo “The City”, destacou que são de três naturezas as forças que atuam sobre o crescimento urbano: as dos meios de comunicação e transporte, as econômicas e as culturais (MCKENZIE, 1992, p.63 et seq.).

Um aspecto que deve ser destacado neste estudo é com relação ao conceito de crime, que diz respeito mais a criminologia. Em outros termos, como ciência autônoma que é, este campo de estudo não se vale da mesma concepção de crime comumente adotada no direito penal, que o entende como aquele ato antijurídico, típico e culpável, ou seja, tudo

aquilo que a lei assim denomina. Portanto, neste texto a noção de crime se refere a um problema social e comunitário, que é caracterizado pelos seguintes elementos: incidência massiva da população, dotada de conflitos; existência de uma determinada persistência espaço – temporal do problema; e a não presença de um inequívoco consenso quanto a etiologia da questão, como também de eficazes técnicas de intervenção (MOLINA, 2000, p.66). Continuando, no próximo tópico será analisada a prevenção da criminalidade na juventude, tomando como base as aplicações ecológicas desenvolvidas pela Escola de Chicago.

3. INTERVENÇÕES E APLICAÇÕES ECOLÓGICAS NA PREVENÇÃO DA CRIMINALIDADE JUVENIL NO BRASIL

Atualmente, a legislação brasileira estabelece que a maior idade penal atinge-se aos 18 anos, porém ocorre que os adolescentes – cujas idades variam entre 12 e 18 anos incompletos – quando praticam condutas típicas não cometem crimes e sim atos infracionais e, em consequência disto, a eles será imposta uma medida socioeducativa e não uma pena. Do ponto de vista criminológico, a equiparação dos crimes aos atos infracionais enquanto objeto de estudo é pacífica, não trazendo maiores implicações teórica nas análises.

Nessa conjuntura, a Escola de Chicago, preocupada com a problemática da prevenção da delinquência juvenil¹³, desenvolve o "Chicago Area Project", buscando descobrir, por demonstração efetiva e mensuração, uma alternativa procedimental para a prevenção da delinquência. Em geral, a principal meta desse projeto era alcançar a maior participação comunitária possível, objetivando que toda coletividade ficasse consciente dos problemas inerentes a delinquência, como interesse especial para o bem estar de suas crianças e melhorias do ambiente comunitário (TANGERINO, 2007, p.93-94).

13 Sobre a delinquência juvenil, Almeida; Santos; Diniz e Trindade apresentam uma importante coletânea sobre o estudo da violência na Grande Vitória – ES, mais especificamente, Santos e Aléssio desenvolvem um estudo sobre representação sociais de Pais das zonas urbana e rural sobre adolescência e violência. Cf. SANTOS; ALESSIO, 2006. p. 111-132.

No Brasil vem sendo evidenciadas algumas aplicações ecológicas, tendo as cidades de Brasília/DF, São Paulo/SP, Belo Horizonte/MG e Rio de Janeiro/RJ estruturas urbanas compatíveis com a utilização da teoria da ecologia humana proposta pela Escola de Chicago (Cf. FREITAS, 2002, p.115-135; TANGERINO, 2007, p.113-160; ANDRADE e PEIXOTO, 2008, p.63-117). No que se refere mais especificamente à prevenção de homicídios, atualmente vem sendo desenvolvidos análises incluindo dimensões espaço-temporais no estudo da violência urbana, sendo aspectos marcantes as desigualdades e os mecanismos de exclusão verificados nas grandes regiões metropolitanas (BEATO, 2008, p.17,120 et seq; NÓBREGA JÚNIOR, 2012). Em suma, tudo isso é exteriorizado por meio de diferentes processos de segregação sócio-espacial, com as favelas e os bairros mais pobres periféricos se revelando como complexas problemáticas da atual questão urbana.

Na discussão sobre a prevenção da criminalidade, desde as lições de César Beccaria (1983, p.92 et seq.), quando lança as sementes para o movimento de humanização da pena, já havia a compreensão de que a prevenção dos delitos é mais útil do que a repressão penal, tomando como premissa o roubo, ocasionado geralmente pela miséria e desespero. A respeito deste argumento defendido por Beccaria, Alba Zaluar (2004, p.16) assevera que os enfrentamentos com a polícia e as prisões revelam o funcionamento injusto e cruel do sistema de justiça criminal que prende majoritariamente jovens pobres e negros. No crime de tráfico de drogas, por exemplo, em geral os pequenos traficantes, chamados “aviões” ou “mulas”, é que são capturados. Com efeito, essa autora descarta que o comportamento violento seja necessariamente determinado pelo ambiente de pobreza, “mas está atrelado à dinâmica do tráfico de drogas, onde os jovens estão inseridos como algozes e vítimas”.

Nesse contexto, convém lembrar que o sistema penal não deixa de ser uma construção social e política que surgiu juntamente com o capitalismo, sendo que o discurso jurídico afirma que a efetivação da política criminal está estritamente vinculada à existência de uma política social eficaz e, portanto, capaz de tornar a “recuperação do criminoso” uma prioridade fundamental para a diminuição da criminalidade. Porém, para que isso venha acontecer é essencial que ocorram mudanças estruturais no atual sistema penitenciário, que se mostra obsoleto e, de certa forma,

impossibilitado de cumprir a função para qual foi criado. Por conseguinte, é indiscutível a relevância na implementação de um trabalho mais eficaz na prevenção contra o crime e a violência, pois empregar esforços somente na repressão da criminalidade vem se revelando uma proposta pouco convincente.

Muito embora pareça ser consensual entre os autores que as prisões foram criadas com a finalidade de proteger a sociedade daqueles que lhe causam ou causaram prejuízos e que podem voltar a praticar tais condutas delituosas; em sentido contrário, Lemgruber (1999, p.154) leciona sobre os reais objetivos da prisão:

[...] a prisão fracassa, se levados em conta seus objetivos formais. No entanto, a prisão serve muito bem para manter a lógica de um sistema de justiça criminal estruturado de forma a penalizar com a privação de liberdade os crimes das camadas mais desprivilegiadas da população. E, enquanto são esses os criminosos que acabam na prisão, é muito fácil afirmar que ali está o perigo e que, consequentemente, a sociedade encontra-se a salvo.

Como é possível observar, a prisão foi idealizada como recurso para proteger a sociedade, embora que na época atual, em muitos países, mais se aproxima de um depósito de pessoas que acabam se aprimorando em produzir as mais variadas formas de violência. Nessa mesma linha de entendimento, Michel Foucault (2004, p.196) igualmente esclarece que:

[...] a obriedade da prisão se fundamenta em seu papel, suposto ou exigido, de aparelho de transformar os indivíduos. Como não seria a prisão imediatamente aceita, pois se só o que ela faz, ao encarcerar, ao retrainar, ao tornar dócil, é reproduzir, podendo acentuá-los um pouco, todos os mecanismos que encontramos no corpo social? [...]

Sem dúvida, para o alcance da finalidade de transformar o indivíduo, é fundamental que permanentemente sejam realizadas reflexões e avaliações críticas sobre as atuais políticas públicas direcionadas ao sistema penitenciário brasileiro (SAPORI, 2008). Para efeito de esclarecimento,

nos Estados Unidos e na Europa, por exemplo, são aplicadas diferentes políticas de encarceramento, com o intuito de encontrar aquela que efetivamente promova mudanças significativas no processo de reinserção social. No caso da América Latina, constata-se um crescimento alarmante nos índices de criminalidade, sobretudo, desde as últimas décadas do século passado. Uma explicação para tal evidência, certamente, encontra-se nas desigualdades econômicas e sociais ainda existentes nesses países; no entanto, não podemos considerar que a pobreza tenha um papel determinante no aumento da criminalidade e da violência, ainda que possa influenciar no desenvolvimento de comportamentos violentos.

Ao término deste texto, convém ressaltar as lições de Giddens (2001) sobre a análise sociológica do crime, onde explica que não existem “mágicas”, haja vista que as suas origens estão estreitamente vinculadas às condições estruturais da sociedades, dentre estas, a pobreza, a decadência de muitas áreas urbanas (reforçada pelo abandono do Estado) e as condições de vida degradante que muitos jovens estão submetidos. Realmente, as grandes cidades, principalmente, enquanto espaço de reprodução de diferentes vivências, exprimem inúmeras formas de expressão sociocultural, entre elas temos a violência, seja nas áreas periféricas ou nos bairros nobres, e até mesmo nos condomínios fechados. Por fim, Caldeira (2000, p.28) complementa o pensamento de Giddens com a avaliação de que uma das maiores contradições no Brasil contemporâneo reside no fato de que a ampliação da cidadania política, por meio do processo de transição democrática, desenvolveu-se concomitantemente com a deslegitimação da cidadania civil e o conseqüente surgimento de uma noção de um espaço público fragmentado e segregado.

CONCLUSÕES

Muito embora os estudos da Escola de Chicago tenham iniciado no século XX, ainda continua persistindo a estreita relação entre o fenômeno urbano e a criminalidade. De maneira que é possível explorar as propostas centrais dessa escola, por meio do próprio método ecológico, que possibilita a análise da delinquência em suas variações espaciais e nas interações entre as comunidades. Sem dúvida, a Escola de Chicago tem uma importância nuclear no âmbito da criminologia moderna, por se tratar de uma

produção científica que se propôs a romper com a concepção etiológica do criminoso. Em outras palavras, essa escola abandona a hipótese de que haja um “homem delincente” e concentra seus estudos nas circunstâncias sociais que levam pessoas a delinquirem.

Foi igualmente concluído que, apesar de parecer óbvia a noção de que a criminalidade como fenômeno social derive da cidade, observa-se que pouco vem se realizando no Brasil em termos de prevenção a partir dessa mesma conjectura de visibilidade. Aliás, uma grande contribuição da Escola de Chicago diz respeito à vinculação entre a teoria e a prática, com suas consequentes reformas legislativas e criações de programas de intervenção social baseados nos princípios da ecologia humana.

Enfim, com relação aos aspectos preventivo e urbanístico, constatou-se uma relevante questão relacionada com essa temática, ou seja, a necessidade de criação de uma estratégia global e integrada de prevenção de criminalidade, bem como a previsão da obrigatoriedade de realização de estudos de impacto de segurança pública, entre outros incentivos direcionados principalmente às comunidades. Contudo, os programas de prevenção à criminalidade e a violência ainda são raros no Brasil, notadamente pela precariedade dos sistemas de informação em segurança pública, com dados questionáveis, como também pela falta de diagnósticos mais sistemáticos e detalhados do ponto de vista sociodemográfico, econômico, cultural, institucional e do perfil de organizações de criminalidade das áreas de maiores ocorrências de eventos. Saliente-se igualmente dificuldades devido a escassez de profissionais especialistas em crime e de outros técnicos para realização de efetivos diagnósticos, monitoramento e avaliação de programas dessa natureza, bem como pela falta de políticas de financiamento adequadas, entre outras.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mônica Viegas; PEIXOTO, Betânia Totino. Avaliação econômica de programas de prevenção e controle da criminalidade no Brasil. In: BEATO, Claudio (Org.). **Compreendendo e avaliando**: projetos de segurança pública. Belo Horizonte: UFMG, 2008.

- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: hemus, 1983
- BEATO, Claudio (Org.). **Compreendendo e avaliando**: projetos de segurança pública. Belo Horizonte: UFMG, 2008.
- _____; ASSUNÇÃO, Renato. Sistemas de Informação Georreferenciados em segurança. In: BEATO, Claudio (Org.). **Compreendendo e avaliando**: projetos de segurança pública. Belo Horizonte: UFMG, 2008.
- BAUMAN, Zigmunt. **Vidas em fragmentos**: sobre a ética pós-moderna. Trad. Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011
- BIRMAN, Joel. **Mal-estar na atualidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.
- BURGESS, Ernest W. The Growth of the City. In: Id.; PARK, Robert E. (Orgs.). **The city**: suggestions for investigation of human behavior in the urban environment. Chicago: The University of Chicago Press. 1992.
- CALDEIRA, Teresa Pires. **Cidade de muros**: crime, segregação e cidadania em São Paulo. São Paulo: Ed. 34, 2000.
- DOSSE, François. **O império do sentido**: a humanização das ciências sociais. Trad. Ilka Stern Cohen. Bauru: EDUSC, 2003.
- DURKHEIM, Émile. **Formas elementares da vida religiosa**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 28. ed. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2004.
- FREITAS, Wagner Cinelle de Paula. **Espaço urbano e criminalidade**: lições da Escola de Chicago. São Paulo: IBCCRIM, 2002.
- GIDDENS, Anthony. **O Estado-Nação e a violência**. São Paulo: USP, 2001.
- HOBBSBAWN, Eric. **Era dos extremos**: o breve século XX 1914 – 1991. Trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das letras 1995.

- HOLLINGSHEAD, A. B. noções básicas de ecologia humana. In: PIERSON, Donald. (Org.) **Estudos de ecologia humana**. São Paulo: Martins Fontes, 1970.
- LEMGRUBER, J. **Cemitério dos vivos**: análise sociológica de uma prisão de mulheres. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MCKENZIE, Roderick D. The Ecological Approach: to the study of the human community. In: PARK, R. E.; BURGESS, E. W. **The city**: suggestions for investigation of human behavior in the urban environment. Chicago: The University of Chicago Press, 1992.
- MOLINA, Antonio Garcia Pablos; GOMES, Luiz Flavio. **Manual de criminologia**. 3.ed São Paulo: RT, 2000
- NÓBREGA JUNIOR, José Maria. **Homicídios no Nordeste**: dinâmica, relações causais e desmistificação da violência homicida. Campina Grande: EDUFPG, 2012.
- PARK, Robert Ezra. Ecologia humana. In: PIERSON, Donald. (Org.) **Estudos de ecologia humana**. São Paulo: Martins Fontes, 1970.
- _____; BURGESS, Ernest W. **The city**: suggestions for investigation of human behavior in the urban environment. Chicago: The University of Chicago Press, 1992.
- PIERSON, Donald. **Teoria e pesquisa em sociologia**. 12.ed. São Paulo: Melhoramentos, 1970. (Coleção Biblioteca de Educação)
- SANTOS, Maria de Fátima de Souza; ALESSIO, Renata Lira dos Santos. De quem é a culpa? Representação sociais de Pais das zonas urbana e rural sobre adolescência e violência. In; ALMEIDA, Angela Maria de Oliveira; SANTOS, Maria de Fátima de Souza; et al. (Orgs.). **Violência, exclusão social e desenvolvimento humano**: estudos em representações sociais. Brasília: UnB, 2006.
- SAPORI, Luís Flávio. **Segurança Pública no Brasil**: desafios e perspectiva. Rio de Janeiro: FGV, 2008.

- SILVEIRA, Andrea Maria. A prevenção dos homicídios: desafio para a Segurança Pública. In: BEATO, Claudio (Org.). **Compreendendo e avaliando**: projetos de segurança pública. Belo Horizonte: UFMG, 2008.
- SEGALEN, Martine. **Ritos e rituais contemporâneos**. Trad. Maria de Lourdes Menezes. Rio de Janeiro: FGV, 2002.
- TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Crime e cidade**: violência urbana e a Escola de Chicago. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- TURNER, Victor W. **The ritual process**: structure and anti-structure. London: Aldine Transaction Publishers, 2002.
- VAN GENNEP, Arnold. **Les rites de passage**. Paris: Émile Nourry, 1999
- WALZER, Michael. **Esferas da justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003
- XIBERRAS, Martine. **As teorias da exclusão**: para uma construção do imaginário do desvio. Trad. José Gabriel Rêgo. Lisboa: PIAGET, 1993.
- ZALUAR, Alba. **Integração perversa**: pobreza e tráfico de drogas. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

DIREITO E PODER NA OBRA O PODER SIMBÓLICO

Macgayver Fernandes Damasceno

INTRODUÇÃO

O poder está inserido no ambiente acadêmico como profundo campo de pesquisa. Tem grande importância, pois os processos de poder, muitas vezes passam despercebidos.

Toda sociedade tem sua estrutura organizacional, seja em nível de Estado soberano ou mesmo de grupo político local, apoiada na existência de produção jurídica. Seja esta produção positivada ou consuetudinária.

A lei ocupa espaço muito importante no desenvolvimento e formação de uma sociedade, pois organiza o modo de viver em comunidade, regulando temas de suma importância, tais como a criminalização ou descriminalização de determinada conduta, o modo de enxergar questões polêmicas como aborto, eutanásia, consumo de drogas, laicidade do Estado, liberdade de expressão, limitação ou ampliação do poder exercido pelo Estado sobre o cidadão. Necessário citar a frase: “Meu direito começa onde o seu termina!”, que serve perfeitamente para demonstrar a importância do direito em nossa sociedade.

O art.1º da Constituição Federal (1988, p. 11) identifica o Brasil como “Estado Democrático de Direito”, cujo parágrafo único diz que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Temos que a teoria nem sempre corresponde à prática. Resta investigar qual a relação entre direito e poder. Aquele legitima este? Qual deles favorece o outro?

Para tanto, este artigo analisa a obra *O Poder Simbólico* buscando resposta para a seguinte problemática: o direito é um instrumento de poder?

Conforme a resposta, veremos que contribuição pode ser dada à sociologia jurídica através da sociologia de Bourdieu acerca do direito no campo do poder. O que por sua vez, proporcionará nova contribuição à compreensão da existência e ocorrência do poder pela via legal conforme as concepções de discurso e poder advindas de Bourdieu.

Na obra *O poder simbólico*, Pierre Bourdieu traz uma abordagem do poder diferente. A força, a ameaça e o medo explícito são considerados de importância secundária na posse, manutenção e perda do poder. Bourdieu aponta para maneiras sutis de dominação.

Símbolos e representações, como a influência e a persuasão, bem como a propagação de ideias e o estabelecimento de informações que são aceitas como verdadeiras por causa de influências sociais evidenciam uma maneira de ocorrência do poder que se mostra silenciosa e imperceptível.

1. O PODER SIMBÓLICO

Símbolo, segundo Plácido e Silva (2007, p. 1301), em seu *Vocabulário Jurídico*, designa o emblema, ou a figura representada de alguma coisa.

O que vem a ser o poder simbólico? Porquê Pierre Bourdieu considera o poder como simbólico? Na verdade, Bourdieu o considera simbólico não porque sua existência ou suas proporções estejam limitadas apenas à esfera das representações, mas porque o seu *modus operandi* ocorre de maneira simbólica, porém com efeitos e resultados concretos. Sutilmente, atua entre e sobre nós, sem que ao menos o percebamos.

No entanto, num estado do campo em que se vê o poder por toda parte, [...] – é necessário saber descobri-lo onde ele se deixa ver menos, onde ele é mais completamente ignorado, portanto, reconhecido: o poder simbólico é, com efeito, esse poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem. (BOURDIEU, 2007, p. 7-8)

É um poder que existe porque aquele que lhe está sujeito crê que ele existe. (BOURDIEU, 2007, p. 188)

Na obra *A Dominação Masculina* encontramos alguns trechos que complementam o conceito de poder simbólico defendido por Bourdieu quando ele diz que “O poder simbólico não pode ser exercido sem a colaboração dos que lhe são subordinados e que só se subordinam a ele porque o *constroem* como poder” (BOURDIEU, 2012, p. 52); “É característico dos dominantes estarem prontos a fazer reconhecer sua maneira de ser particular como universal” (BOURDIEU, 2012, p. 78); “Os dominados aplicam categorias construídas do ponto de vista dos dominantes às relações de dominação, fazendo-as assim ser vistas como naturais” (BOURDIEU, 2012, p. 46).

A força simbólica é uma forma de poder que se exerce sobre os corpos, diretamente, e como que por magia, sem qualquer coação física; mas essa magia só atua com o apoio de predisposições colocadas, como molas propulsoras, na zona mais profunda dos corpos. (BOURDIEU, 2012, p. 50)

Assim, a sociedade aceita e legitima o poder simbólico, pois como assevera BONAVIDES (2010, p. 121): “No conceito de legitimidade entram as crenças de determinada época, que presidem à manifestação do consentimento e da obediência”.

Desta forma, se fosse uma locomotiva, poderíamos dizer que o poder segue sobre trilhos compostos por palavras, atos e situações, cujo combustível é o meio representativo (por isso simbólico) pelo qual silenciosamente alcança as pessoas sem que ninguém perceba o que ocorre. Sobre isto, Bourdieu (2007, p. 159.) diz: “A política é o lugar, por excelência, da eficácia simbólica, ação que se exerce por sinais capazes de produzir coisas sociais e, sobretudo, grupos.”. E ainda explica que:

Uma das estratégias mais universais dos profissionais do poder simbólico – poetas nas sociedades arcaicas, profetas, homens políticos – consiste assim em pôr o senso comum do seu próprio lado apropriando-se das palavras que estão investidas de valor por todo o grupo, porque são depositárias da crença dele. (BOURDIEU, 2007, p. 143)

Merece especial destaque a ideia de homem político apresentada por Bourdieu, que o identifica como “profissional do poder simbólico”.

No plano empírico podemos constatar a veracidade desta afirmação recorrendo ao exemplo de Adolf Hitler, que ergueu-se como o Führer, prometendo edificar o terceiro Reich e arrebatou a devoção do povo alemão mediante o estabelecimento de um império que assegurava durar mil anos.

Além do dom da palavra, tal personalidade marcou a história do mundo através de outro feito: a legitimação de seus ideais através do direito. Pois conseguiu sua ascensão meteórica, passando de líder sindicalista a Chanceler e posteriormente automeado líder supremo da Alemanha Nazista à sombra da ordem jurídica vigente que, caso fosse insuficiente para o alcance de seus objetivos, tratava logo de alterá-la.

Desta forma, pode-se concluir que há relação direta entre direito e poder. A palavra, ou seja, o apelo, seja verbal ou escrito, desempenha a função de elo de ligação entre ambos.

Numa ótima explicação, DA SILVA exprime a seguinte interpretação do que é o poder simbólico abordado por Bourdieu:

Esse poder que impõe o sentido do mundo em um tempo histórico ao conjunto coletivo de uma sociedade é o poder simbólico, ele homogeneiza a realidade para todos os agentes, é uma espécie de habitus transcendental do mundo que impõe uma exterioridade mútua à sociedade como um todo. (DA SILVA, 2014, p. 19)

Ainda sobre a ideia de *habitus* proposta por Bourdieu, precisamente no mundo jurídico, Pereira e Botelho propõe a seguinte conclusão:

Considerando a esfera judicial como um campo, é possível perceber a existência de um habitus. Por meio deste, os dominantes impõe um conjunto de posturas que os dominados passam a compreender como aceitáveis. Tais posturas são continuamente reproduzidas, e, dessa forma, ocorre a manutenção do sistema. (PEREIRA; BOTELHO, 2017, p. 212)

2. DIVERGÊNCIA A FOUCAULT

É verdade que poder e capital econômico andam juntos. Muitas vezes são inseparáveis. Porém, conforme o pensamento de Bourdieu, nos termos descritos a seguir.

Longe da visão estritamente economicista, consideremos o termo “capital” como um conteúdo material ou imaterial que possa ser acumulado e tenha valor, seja econômico, intelectual ou social. Fora dessa consideração não será possível entender o pensamento de Bourdieu e a que ele se refere quando fala de capital. Sua explanação sobre o conceito de capital, em suas diversas formas, comprova isso.

Nesse contexto, o capital assume várias formas. Bourdieu (2007, p. 134) considera que as diferentes formas de poder ou de capital, as quais ocorrem em diferentes campos, são propriedades atuantes que ocupam o lugar de princípios de construção do espaço social. Assim, pode-se concluir que o capital seria o poder sobre determinado campo e, precisamente, sobre o produto acumulado do trabalho.

Para a compreensão de campo neste contexto, servimo-nos da noção de campo na sociologia de Bourdieu apresentada por Gonçalves (2017, p. 182), que assim o define: “O campo é um microcosmo relativamente autônomo, espaço de relações objetivas entre as posições definidas pela sua posição na distribuição dos poderes ou das espécies de capital, e que se insere no espaço social mais amplo”.

A respeito da estrutura desse campo, Lima (2010, p. 16) veio a considerar que “O campo é estruturado a partir das relações de poder, que se traduz em uma oposição de forças, distribuídas entre posições dominantes e posições dominadas, segundo o capital simbólico, econômico e cultural dos agentes e instituições”.

Nas palavras de Bourdieu, o capital existirá em dois estados: objetivado e incorporado. No estado objetivado, o capital existe na forma de propriedades materiais, enquanto no estado incorporado ele existe na forma imaterial. A diferença entre ambos reside no fato daquele constituir-se no que é concreto, como por exemplo um bem imóvel, enquanto este constitui-se de coisas incorpóreas, como o conhecimento literário, habilidades profissionais, e outros resultados que sejam obtidos por meio do conhecimento, cultura e tradição.

Na contramão do pensamento de Michel Foucault, Bourdieu apresenta o poder numa perspectiva plural e diversificada, onde não está personificado apenas no capital econômico. Considera um erro enxergar a questão do poder através da ótica marxista, exclusivamente com vistas ao capital econômico, onde ignora-se o capital e o poder em suas formas cultural, social e simbólica.

As insuficiências da teoria marxista das classes e, sobretudo, a sua incapacidade de explicar o conjunto das diferenças objetivamente provadas, resultam de que, ao reduzir o mundo social unicamente ao campo econômico, ela se vê obrigada a definir a posição social em referência unicamente à posição nas relações de produção econômica, ignorando com isso as posições ocupadas nos diferentes campos e subcampos – sobretudo nas relações de produção cultural – [...] (BOURDIEU, 2007, pag. 152).

Pereira e Botelho (2017, p. 218), acerca deste capital social, faz a seguinte consideração: “O capital social, assim, é capaz de ampliar as oportunidades do indivíduo porque facilita sua inserção nas altas camadas de poder político, econômico e social”.

O pensamento de Pierre Bourdieu não foi recepcionado por Michel Foucault. Foucault enxergava o poder através de óculos revolucionários, com lentes marxistas. Bourdieu o enxergava além do capital econômico e do embate direto entre patrões e empregados, burgueses e proletários.

Em *Microfísica do Poder* Foucault demonstra seu desprezo pelo pensamento de Bourdieu quando declara que:

O problema é ao mesmo tempo distinguir os acontecimentos, diferenciar as redes e os níveis a que pertencem e reconstituir os fios que os ligam e que fazem com que se engendrem, uns a partir dos outros. Daí a recusa das análises que se referem ao campo simbólico ou ao campo das estruturas significantes, e o recurso às análises que se fazem em termos de genealogia das relações de força, de desenvolvimentos estratégicos e de táticas. Creio que aquilo que se deve ter como referência não é o grande modelo da língua e dos signos, mas sim da guerra e da batalha. (FOUCAULT, 2007, pág. 5, grifo nosso)

É certo que em algumas situações o poder se exerce por meio da força (como defende Foucault), mas não se pode negligenciar a sua existência muitas vezes imperceptível através de estruturas simbólicas (como defende Bourdieu).

3. A CONSTRUÇÃO DO OBJETO

Para melhor compreensão do objeto deste artigo, que é o direito como instrumento de poder na obra *O poder simbólico*, é necessário compreender a maneira de apreender a construção do objeto de pesquisa em ciências sociais (2007, p.26) como ensina Bourdieu. O que considera ser algo demorado e trabalhoso.

Na ciência, o método adotado pelo pesquisador é fundamental para a obtenção do resultado, pois pesquisa executada com método inadequado terá seus resultados comprometidos.

No campo do direito, o método histórico foi muito bem assimilado pela Escola Histórica do Direito, cujo maior representante foi o grande romanista Savigny que, segundo Cavalieri Filho:

Seguindo essa linha de raciocínio, entendia Savigny que, em vez de um direito geral e universal, cada povo em cada época teria o seu próprio direito, expressão natural de sua evolução histórica, de seus usos, costumes e tradições de todas as épocas passadas. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 22)

Cavalieri Filho menciona outra corrente de interpretação do direito, a Escola Sociológica. Conforme destaca:

Para a Escola Sociológica, o Direito tem a sua origem nos fatos sociais, entendendo-se como tais os acontecimentos da vida em sociedade, práticas e condutas que refletem os seus costumes, valores, tradições, sentimentos e cultura, cuja elaboração é lenta e espontânea da vida social. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 25)

Pode-se perceber proximidade acentuada entre a escola histórica e a sociológica, sobretudo por considerarem os costumes e tradições como germe do direito, e também por demonstrarem formas maleáveis de interpretar o direito conforme as influências sociais presentes à época de sua produção.

Apesar de não fazer menção a nenhuma das duas escolas como influenciadoras de seu modo de interpretar o direito e de fazer sociologia, é possível inferir que Bourdieu baseou-se nelas para desenvolver sua sociologia jurídica, precisamente no que viria a denominar como *construção do objeto*, pois os conceitos de *campo* e *modo relacional* apresentados por ele demonstram implicitamente que não seria possível analisar o direito do modo que propõe se não houvesse considerado como válidas as maneiras de interpretar propostas pelas escolas histórica e sociológica do direito.

Ele explana o tema argumentando que certos cuidados, como o modo de identificar, ou a organização das perguntas são importantes para prevenir o pesquisador contra o que chama de “feiticismo dos conceitos e da teoria”. Esse dito feiticismo, segundo BOUDIEU (2007, p. 27), “nasce da propensão para considerar os instrumentos teóricos [...] em si mesmos, em vez de os fazer funcionar, de os pôr em ação”.

Seria dizer que esse feiticismo dos conceitos e das teorias seja o ato de, na construção do objeto, considerar conceitos e teorias já estabelecidos como sendo incontestáveis ou indispensáveis na, ou para, a construção do objeto. A sugestão de “os pôr em ação”, certamente significa um convite a testá-los, e pôr a sua validade e aplicabilidade em análise para poder verificar se são pertinentes à construção do objeto em questão.

E como pôr em ação e testar o direito como instrumento de poder? Não é simples, pois conforme GONÇALVES:

Toda construção científica tem uma epistemologia que lhe orienta, tenha o pesquisador consciência disso ou não, ou, como alguns pesquisadores anglófonos costumam dizer, os fatos são permeados pela teoria ou carregados de teoria (theory laden). (GONÇALVES, 2017, p. 176-198)

Concomitantemente, segue-se a delimitação do campo de pesquisa, que por sua vez irá comandar/orientar todas as opções práticas da pesquisa.

A respeito da delimitação do campo de pesquisa conforme a visão de Pierre Bourdieu, Natália Scartezini tece ótimo comentário:

Para conferirmos maior verdade ao projeto científico é necessário analisar o objeto relacionando-o sempre com aquilo o que há ao seu redor, com as condições objetivas de sua existência, pois ele

nada é fora de sua interação com o todo. Por isso, para este autor é muito mais interessante estudar extensivamente o conjunto de elementos pertinentes e relacionados ao objeto do que estudar intensamente uma pequena parte deste objeto. Neste sentido coloca-se a importância de determinar a extensão do campo do objeto de pesquisa. O limite de um campo diz respeito aos efeitos que dele advêm. (SCARTEZINI, 2010-2011, pág. 25-37)

A respeito da noção de campo, diz o autor: “Ela funciona como um sinal que lembra o que há que fazer, a saber, verificar que o objeto em questão não está isolado de um conjunto de relações de que retira o essencial das suas propriedades” (BOURDIEU, 2007, p. 27).

Sobre essa noção de campo (termo que podemos substituir por *delimitação de campo*) BOURDIEU (2007, p. 27-28) segue dizendo que por ela temos o primeiro preceito do método, que é pensar o mundo social de maneira relacional, e não substancial (realista).

É com as noções de construção do objeto e objeto pré-construído que traz à tona o tema do poder. Lembra de como os sociólogos estão habituados a enxergar esse tema de maneira puramente substancial/real conforme o que se vê de imediato: onde está o poder? Quem o detêm? Quando o essencial para compreender o poder seria, de modo relacional, perguntar: que relações compõe a aquisição, manutenção e perda do poder?

Acerca disso, importante citar DA SILVA:

Na perspectiva relacional não existe na totalidade uma realidade objetivamente fechada em si, e sim uma construção da realidade que se faz de maneira relativa a partir da posição ocupada no espaço social e simbólico, ambos dialeticamente interligados. A partir da posição ocupada no espaço social se forma o espaço simbólico, e essa relação é o que define o sentido da realidade percebida e decodificada pelos agentes. (DA SILVA, 2014, p. 16-17)

Mais adiante, Bourdieu (2007, p. 29) menciona a dificuldade de se fazer a análise relacional pelo fato de, na maior parte dos casos, não ser possível apreender os espaços sociais de outra forma que não seja a de distribuições de propriedades (onde está o poder) entre indivíduos (quem detêm o poder). É assim que a informação acessível (sobre o poder) está

associada a indivíduos. Bourdieu dá o exemplo da necessidade de interrogar os padrões (detentores de poder, neste exemplo) mais importantes para conseguir apreender o subcampo do poder econômico e as condições econômicas e sociais de sua reprodução. Ele segue fazendo um alerta: “Mas é preciso, custe o que custar, precaver-se contra o retorno à <<realidade>> das unidades pré-construídas”.

Ou seja, não enxergar os padrões como detentores do poder pelo fato de serem donos das propriedades (realidade de fato), mas sim pelo fato de haverem se tornado donos das propriedades e conservarem a manutenção da posse dessas propriedades (as relações por trás do que se apresenta como a realidade que mostra o lado visível do poder).

Bourdieu (2007, p. 30) esclarece este tema dando a seguinte orientação: “Procurar não cair na armadilha do objeto pré-construído não é fácil, na medida em que se trata, por definição, de um objeto que *me interessa*, sem que eu conheça claramente o princípio verdadeiro desse <<interesse>>”. Ele ainda complementa: “Se é verdade que o real é relacional, pode acontecer que eu nada saiba de uma instituição acerca da qual eu julgo saber tudo, porque ela nada é fora das suas relações com o todo” (2007, p. 31).

Entende que se trate de algo determinado antecipadamente. Como mostra no trecho que aborda a temática da interação entre campos hierarquizados e incita à ruptura com a pré-construção do objeto, dizendo que:

O espaço da interação funciona como uma situação de mercado linguístico, que tem características conjunturais cujos princípios podemos destacar. Em primeiro lugar, é um espaço pré-construído: a composição social do grupo está antecipadamente determinada. (BOURDIEU, 2007, p. 55)

A força do pré-construído está em que, achando-se inscrito ao mesmo tempo nas coisas e nos cérebros, ele se apresenta com as aparências da evidencia, que passa despercebida porque é perfeitamente natural.

[...]

Aquilo a que se chama a <<ruptura epistemológica>>, quer dizer, o pôr-em-suspensão as pré-construções vulgares e os princípios geralmente aplicados na realização dessas construções, implica uma

ruptura com modos de pensamento, conceitos, métodos que têm a seu favor todas as aparências do senso comum, do bom senso vulgar e do bom senso científico (tudo o que a atitude positivista dominante honra e reconhece). (BOURDIEU, 2007, p. 49)

A noção de pré-construção do objeto defendida por Bourdieu encontra guarida nas palavras de Cavaliere Filho, quando discorre acerca da importância da pesquisa para a sociologia jurídica.

A primeira regra e mais fundamental é considerar os fatos sociais como coisas. Quer isso dizer que os fatos sociais devem ser considerados realidades diversas das idéias, devendo o intérprete livrar-se das prenoções de que a vida social nos encarcha o espírito com relação aos temas da sociedade. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 233)

A respeito da pré-construção do objeto e da ruptura com ela, diversos fatores como a moral, religião, legislação e ou os movimentos sociais podem ser, conjunta ou separadamente, a causa ou o agente da pré-construção de um objeto, como no caso do aborto¹⁴, que é: 1) Moralmente reprovável (em grande parte recebe influência da fé judaico-cristã); 2) Religiosamente condenável (considerando a maioria cristã no Brasil); 3) Juridicamente ilegal (salvo exceções previstas em lei); 4) Socialmente relativo (cada grupo social tem sua opinião a respeito do tema).

Porém, não se pode ignorar que o método proposto por Bourdieu, considerar a pré-construção do objeto que tenha origem em si mesmo antes de partir para suas análises, enfrenta questionamentos, pois neste exemplo deve-se abordar a temática do aborto apenas de modo biológico (que também não seria uma pré-construção exercida do ponto de vista de quem faz a ciência?) ou do ponto de vista da consciência individual de cada mulher (que também não seria uma pré-construção formada mediante influências do meio social a que esteja exposta)?

14 No Brasil, atualmente, o aborto é discutido majoritariamente através desses quatro pontos de vista.

Interessante é a lição de Paulo Dourado de Gusmão, quando diz:

Se o direito sofre influência da moral, da religião e da economia, além da pressão de fatores políticos, como negar a influência das ideologias no direito? No direito público, principalmente no direito constitucional, são decisivas. (GUSMÃO, 2011, p. 103)

Importante observar que essa maneira de apreender, investigar e analisar determinadas situações surge como o meio proposto por Pierre Bourdieu pelo qual se deve analisar o poder, pois conforme o seu pensamento:

[...] é necessário saber descobri-lo onde ele se deixa ver menos, onde ele é mais completamente ignorado, portanto, reconhecido: o poder simbólico é, com efeito, esse poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem. (BOURDIEU, 2007, p. 7-8)

4. O DIREITO

Dentre as muitas concepções destinadas a conceituar o direito, Hans Kelsen demonstra em sua *TEORIA PURA DO DIREITO* o estreitamento entre direito e sociedade, bem como a forte influência que exerce sobre a sociedade ao ser, nas palavras de Kelsen, um sistema de normas que regulam o comportamento humano.

Na verdade, o Direito, que constitui o objeto deste conhecimento, é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano. Com o termo “norma” se quer significar que algo deve ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira.

[...]

Com efeito, uma norma pode não só comandar mas também permitir e, especialmente, conferir a competência ou o poder de agir de certa maneira. (KELSEN, 2009, p. 5-6)

Não muito distante do que disse Kelsen, na concepção de poder simbólico apresentada por Pierre Bourdieu o direito é um instrumento pelo qual o poder age, precisamente em seu maior esplendor. É através do direito que os dominantes respaldam suas ações e subjagam os dominados.

Basta lembrar que o direito tem a faculdade de fazer uso da força e poder de polícia e se tornará mais fácil entender por quê Bourdieu o considera um instrumento a serviço dos dominantes. Assim considera: “[...] do *instrumentalismo*, que concebe o direito como um *reflexo* ou um *utensílio* ao serviço dos dominantes” (BOURDIEU, 2007, p. 209); “[...] no interior do qual se produz e se exerce a autoridade jurídica, forma por excelência da violência simbólica legítima cujo monopólio pertence ao Estado e que se pode combinar com o exercício da força física” (BOURDIEU, 2007, p. 211);

A respeito disto, Paulo Dourado de Gusmão, preleciona acerca da relação entre poder e direito, nos seguintes termos:

O poder é a garantia da eficácia do direito. Sem a garantia dada por uma estrutura de poder a norma pode ser violada sem qualquer consequência. (GUSMÃO, 2011, p. 42)

Outro ponto importante abordado por Bourdieu foi a ligação entre o direito e a sociedade, quanto à sua origem, ao afirmar que:

O direito é a forma por excelência do discurso atuante, capaz, por sua própria força, de produzir efeitos. Não é demais dizer que ele faz o mundo social, mas com a condição de se não esquecer que ele é feito por este. Convém, com efeito, que nos interroguemos acerca das condições sociais – e dos limites – desta eficácia quase mágica, sob pena de cairmos no nominalismo radical (que certas análises de Michel Foucault sugerem) e de estabelecermos que produzimos as categorias segundo as quais construímos o mundo social e que estas categorias produzem este mundo. (BOURDIEU, 2007, p. 237-238)

Desta forma, Bourdieu observa que o direito faz o mundo social e é por ele feito. Mas qual das afirmações deriva da outra? Qual vem primeiro?

O mundo jurídico é reflexo do mundo social. Prova disso é a influência crescente dos movimentos sociais na produção legislativa. Posições adotadas hoje no mundo jurídico são fruto do que um dia se pensou como vanguarda, e que hoje por meio de clamores sociais ou mero desprezo, passaram a ser fatos comuns. Exemplo disso é a descriminalização do adultério no Brasil.

A função de manutenção da ordem simbólica que é assegurada pela contribuição do campo jurídico é – como função de reprodução do próprio campo jurídico, das suas divisões e das suas hierarquias, e do princípio de visão e de divisão que está no seu fundamento – produto de inúmeras ações que não têm como fim a realização desta função e que podem mesmo inspirar-se em intenções opostas, como os trabalhos subversivos das vanguardas, os quais contribuem, definitivamente, para determinar a adaptação do direito e do campo jurídico ao novo estado das relações sociais e para garantir assim a legitimação da forma estabelecida dessas relações. (BOURDIEU, 2007, p. 254)

Importante destacar que não se pode confundir o direito com a moral, pois nem sempre conteúdo aceito na esfera jurídica será aceito na esfera moral. A descriminalização do adultério, por exemplo, é um caso em que temos o resultado jurídico de resposta a diversos segmentos da sociedade, que desprezaram o princípio moral da fidelidade conjugal. Isto pode ser elucidado de modo mais claro com o auxílio de Kelsen, que argumentou no sentido de demonstrar que uma norma jurídica não depende de sua possível correspondência com a ordem moral, ao afirmar que:

[...] a validade das normas jurídicas positivas não depende do fato de corresponderem à ordem moral, que, do ponto de vista de um conhecimento dirigido ao Direito positivo, uma norma jurídica pode ser considerada como válida ainda que contrarie a ordem moral. (KELSEN, 2009, p. 77, grifo nosso)

Se num dos lados da moeda temos a possibilidade de conquista de direitos, direitos esses que serão a possibilidade mesma de exercício do poder pelo grupo social que os conquistar, o outro mostra que o direito não

é fruto apenas da vontade social, mas assume a forma de verdadeiro jogo do poder, jogado e comandado pelos dominantes. Mas como ocorre esse jogo? De várias maneiras. O direito é instrumento dos dominantes sobre os dominados nas ocasiões em que serve aos interesses das elites.

A maior parte de nossa sociedade reconhece como legítimas as leis vigentes. Caso contrário não as obedeceriam ou se rebelariam contra a sua aplicação.

Os motivos para a obediência das leis têm como base: 1) a moral, que nos ensina a obedecê-las mediante o ideal de justiça, e 2) o receio de sofrer as sanções previstas a quem as transgredir. Conforme GUSMÃO (2011, p. 33): “[...] o direito exerce constrangimento social, exerce pressão sobre seus destinatários e, quando transgredido, pune o infrator com sanção determinada, prevista na legislação”.

Diante dos efeitos que podem ser ocasionados pela moral, como o condicionamento à obediência das leis e a interferência na delimitação do campo a ser pesquisado e interpretação dos dados analisados, não se pode negligenciar a ligação entre legitimidade e moral, que é intrínseca ao poder exercido por meio do direito, como assegura Paulo Bonavides no raciocínio de sua Ciência Política demonstrado a seguir:

A nosso ver, a força exprime a capacidade material de comandar interna e externamente; o poder significa a organização ou disciplina jurídica da força e a autoridade enfim traduz o poder quando ele se explica pelo consentimento, tácito ou expresso, dos governados (quanto mais consentimento mais legitimidade e quanto mais legitimidade mais autoridade).

[...]

Onde porém o consentimento social for fraco, a autoridade refletirá essa fraqueza; onde for forte, a autoridade se achará robustecida. (BONAVIDES, 2010, p. 115-116, grifo nosso)

O que fora demonstrado por Bonavides confirma o que defende Bourdieu: o poder é exercido por meio da cumplicidade dos dominados.

Moralmente, o cumprimento da lei é fundamentado na ideia de que a lei é justa. Mas, lei não é sinônimo de justiça, pois uma lei pode ser válida juridicamente e ao mesmo tempo reprovável moralmente. A esse respeito,

diz Paulo Dourado de Gusmão: “Todavia, o grande jurista Paulo, talvez compreendendo a particularidade do direito, sustentou que non omne quod licet honestum est (o permitido pelo direito nem sempre está de acordo com a moral)” (GUSMÃO, 2011, p. 69).

Bourdieu confirma:

Segue-se daqui que as escolhas que o corpo deve fazer, em cada momento, entre interesses, valores e visões do mundo diferentes ou antagonistas têm poucas probabilidades de desfavorecer os dominantes, de tal modo o etos dos agentes jurídicos que está na sua origem e a lógica imanente dos textos jurídicos que são invocados tanto para os justificar como para os inspirar estão adequados aos interesses, aos valores e à visão do mundo dos dominantes. (BOURDIEU, 2007, p. 242)

Na realidade brasileira, como esse poder é exercido e legitimado por meio do direito? Um exemplo claro para responder esta pergunta é o Dec. 9.048, de 2017 (Decreto dos portos), cuja finalidade foi beneficiar determinadas empresas. Este exemplo é confirmado por Oliveira:

Portanto, a figura do Estado, principalmente o Estado-legislador, é fundamental para a execução da dominação praticada pelos detentores do poder político, e, neste contexto, o direito está colocado a serviço dos poderosos.

[...]

Portanto, é assim que o direito, em nossa sociedade, está posto – ou melhor, positivado por meio das leis – como sistema de controle social. (OLIVEIRA, 1997, p. 379 - 380)

CONCLUSÃO

Resta confirmado o pensamento de Pierre Bourdieu como uma importante interpretação do direito, enquanto produto oriundo da sociedade e destinado à sociedade, como efetivo mecanismo de poder sobre ela, pois as noções de *construção do objeto*, *análise relacional*, *pré-construção do objeto* e a *necessária ruptura* com a mesma, demonstram viabilidade do proposto

por Bourdieu para o campo das ciências sociais e especificamente para a sociologia jurídica.

Uma vez que o direito está fortemente embasado na moral, atua legitimando o exercício do poder sobre os dominados e, finalmente, por ser dotado da possibilidade de coerção, faz uso da força quando necessário.

Esta força, dificilmente será contestada pelos dominados, pois em primeiro lugar os dominados tendem a aceitá-la. Em segundo, se houver reação de resistência serão reprimidos. Essa repressão é legitimada pelo direito, através do ideal de justiça e dos valores morais que traz consigo.

Por isso mesmo, o direito serve como meio legitimador do exercício e da posse do poder.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BORDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Tradução Maria Helena Kuhner – 11^a ed. Rio de Janeiro; Bertrand Brasil, 2012.

_____. **O poder simbólico**. Tradução Fernando Tomaz (português de Portugal) – 10^a ed. – Rio de Janeiro; Bertrand Brasil, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de sociologia jurídica**. 12^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Tradução Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

GONÇALVES, Francisco Pablo Feitosa. A sociologia reflexiva como possibilidade de construção de uma ciência rigorosa do direito: uma aproximação ao campo das Faculdades de Direito em Recife. **RBSD – Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, Recife, v. 4, n. 3. p. 176-198, 2017. Disponível em: <http://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/92/131>. Acesso em: 05 nov. 2018.

- GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- LIMA, Denise Maria de Oliveira. Campo do poder, segundo Pierre Bourdieu. **Cógito**, Salvador, n. 11. P. 14-19, 2010. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/cogito/v11/v11a03.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2018.
- OLIVEIRA, Jorge Rubem Folea de. O direito como meio de controle social ou como instrumento de mudança social? **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 34, n. 136. p. 377-382, 1997. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/324/odireitocomomeio.pdf?sequence=6>. Acesso em: 25 fev. 2019.
- PEREIRA, Marlene de Paula; BOTELHO, Maria Izabel Vieira. Os agricultores como réus em processos ambientais: reflexões acerca do poder simbólico do direito. **Opinião Jurídica**, Fortaleza, a. 15, n. 20. p. 207 – 230, 2017. Disponível em: <http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/view/1057/463>. Acesso em: 27 fev. 2019.
- SCARTEZINI, Natalia. Introdução ao método de Pierre Bourdieu. **Cadernos de Campo: Revista de Ciências Sociais**, São Paulo, n. 14 e 15. p. 25-37, 2010/2011. Disponível em: <http://seer.fclar.unesp.br/cadernos/article/view/5159>. Acesso em: 12 out. 2017.
- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DIREITO E PODER NA OBRA MICROFÍSICA DO PODER

Macgayver Fernandes Damasceno

INTRODUÇÃO

Tema de antigas, atuais, e sem dúvidas, futuras investigações e análises, o poder recebe vários significados.

Filósofos, juristas, escritores, cientistas políticos e outros profissionais e intelectuais deram e dão significados e definições diferentes sobre o que é, de fato, o poder, seguidos de semelhantes ou contraditórias afirmações acerca de como funcionam seus mecanismos de atuação e fortalecimento.

Este artigo está delimitado à abordagem do conceito de poder apresentado por Michel Foucault na obra *Microfísica do poder* (FOUCAULT, 1979).

1. O PODER E SEU SIGNIFICADO PARA MICHEL FOUCAULT

José Afonso da Silva traz o conceito de poder através do ponto de vista de um jurista, o apresentando como poder político, onde declara que “O *poder* é um fenômeno sociocultural. Quer isso dizer que é fato da vida social” (SILVA, 2016, p. 108), e continua nos seguintes termos:

Vale dizer, portanto, que o poder político, uno, indivisível e indelegável, se desdobra e se compõe de várias funções, fato que permite falar em distinção das funções, que fundamentalmente são três: a legislativa, a executiva e a jurisdicional. (SILVA, 2016, p. 110)

Adam Smith, pai do liberalismo econômico, apresenta sua opinião sobre o poder na obra *A riqueza das nações* dizendo que “Riqueza é poder, como diz Hobbes. Mas a pessoa que adquire ou herda uma grande fortuna não necessariamente adquire ou herda, com isto, qualquer poder político, seja civil ou militar” (SMITH, 1983, p. 63).

Os exemplos mencionados demonstram a multiplicidade de conteúdo nos diferentes conceitos de poder, bem como, que a área de atuação do estudioso lhe influenciará o conceito de poder a ser formulado.

A *Microfísica do Poder*, de Michel Foucault, revela que o termo “poder” utilizado por ele tem significado de cunho sociológico, a saber: **controle**¹⁵.

Isto pode ser constatado através das associações que Foucault faz quando usa o termo poder para referir-se ao: 1) Controle exercido pela classe dominante; e ao 2) Controle exercido no ambiente médico-hospitalar.

Controle exercido pela classe dominante. Elite, burguesia, fascismo ou sistema capitalista, são termos e grupos dos quais Michel Foucault se utiliza para se referir a aqueles que detêm o controle dos indivíduos. Estes indivíduos controlados são identificados por Foucault como sendo proletariado, plebe, pobres, classe trabalhadora, etc. Neste caso, a via mais expressiva pela qual se exerce o poder sobre as pessoas é a econômica. Porém, menos percebidas e tão importantes quanto a via econômica são as vias jurídica e midiática, que serão utilizadas separadamente ou associadas à via econômica.

Controle exercido no ambiente médico-hospitalar. No surgimento da medicina, quando aponta o controle da burguesia sobre os doentes, afim de se livrarem da ameaça de doenças e diminuïrem a perda da força de trabalho disponível nos meios urbanos. No surgimento do hospital, ao analisar mudanças na estrutura organizacional dos hospitais, com a introdução da “disciplina” (segundo Foucault, se aplica à escola e ao exército).

Deste modo, visto que na prática o poder é controle, como alcança as pessoas? De que meios os detentores do poder se utilizam para exercer esse controle e para mantê-lo? Conforme o demonstrado em *Microfísica do Poder*, a resposta é: o poder alcança as pessoas através dos “aparelhos de poder”.

Aparelhos de poder são utilizados para exercê-lo e mantê-lo.

15 Em algumas ocasiões, a palavra *dominação* poderá ser usada com mais propriedade em substituição ao termo poder.

2. OS APARELHOS DE PODER

Ao assegurar que o poder não está apenas na Constituição e na lei, FOUCAULT (1979, p. 221) fala de “aparelhos de poder”.

Mas o que vem a ser estes “aparelhos de poder”? A palavra aparelho remete a algo que tenha por função dar suporte. É esse o sentido que pode ser extraído do termo aparelhar, que significa fortalecer, dar estrutura, munir-se de recursos necessários para um fim estabelecido. Sendo assim, sem dúvida alguma, Foucault refere-se aos recursos e às condições necessárias que possibilitam o êxito do poder, quando menciona os aparelhos de poder. Trata-se de recursos que possibilitam a sua conquista.

Ao aborda-los, Foucault pretende decifrar o que está por trás da parcela do poder que conseguimos enxergar. Embora considere o poder como sinônimo de embate direto entre dominantes e dominados, Foucault busca investigar suas raízes. Pretende compreender a sistemática do poder além do consenso estabelecido, de que significa apenas proibição.

M. F.: De uma maneira geral, os mecanismos de poder nunca foram muito estudados na história. Estudaram-se as pessoas que detiveram o poder. Era a história anedótica dos reis, dos generais. (FOUCAULT, 1979, p. 141)

M. F.: De modo geral, eu diria que o interdito, a recusa, a proibição, longe de serem as formas essenciais do poder, são apenas seus limites, as formas frustradas ou extremas. As relações de poder são, antes de tudo, produtivas. FOUCAULT, 1979, p. 236)

A função do aparelho de poder é possibilitar condições favoráveis ao desenvolvimento e manutenção do poder. Age atingindo pontos estratégicos da sociedade (família, trabalho, escola), nos quais poderá ter o alcance e influência.

Como funciona tal aparelho de poder? Ao propor ideias e ocasionar situações em que a população se torne vulnerável ao controle, os aparelhos de poder conseguem estabelecer ideias e mudanças nos costumes e cultura da população, de modo que culmine na aceitação tácita da dominação exercida sobre ela.

Exemplo disso é a atuação midiática exercida fortemente sobre todo o país, que em um único dia pode construir a imagem do bandido como herói ou do herói como bandido.

Em *Microfísica do Poder* é possível depreender a existência de cinco aparelhos de poder, que são 1) a lei, 2) o capital, 3) a moral, 4) a religião e 5) a mídia. São os principais, mas não os únicos. Apenas a lei – nela compreendida o direito como um todo – será analisada neste trabalho.

Conforme Foucault, os aparelhos de poder poderão fundir-se ou serem substituídos por outros que venham a surgir. Nisto, vale destacar o que diz Reinaldo Dias, quando assegura que “As principais fontes de poder muito raramente aparecem isoladas. Quase sempre surgem associadas em diferentes graus, conformando o real poder do agente, seja ele um indivíduo ou um grupo social” (DIAS, 2010, p. 32).

A respeito da variedade de formas nas quais o poder pode atuar, Foucault diz:

O poder deve ser analisado como algo que circula, ou melhor, como algo que só funciona em cadeia. Nunca está localizado aqui ou ali, nunca está nas mãos de alguns, nunca é apropriado como uma riqueza ou um bem. O poder funciona e se exerce em rede. (FOUCAULT, 1979, p. 183)

Os aparelhos de poder ocupam uma posição intermediária entre o poder e a verdade. Mas, qual o resultado esperado de um aparelho de poder? Como cumpre seu papel? O raciocínio de Foucault indica que é através da produção da “verdade”.

Dito isto, o que vem a ser a verdade produzida pelos aparelhos de poder e de que forma ela existe em nosso meio? Nos tópicos seguintes veremos o que vem a ser a verdade mencionada por Foucault e o direito e a lei como aparelhos de poder que atuam em sua produção.

3. A VERDADE E O PODER

Para Michel Foucault os termos *poder* e *verdade* estão intimamente ligados.

Mas qual deles dá origem ao outro? Ao longo da leitura de *Microfísica do Poder* é possível observar que Foucault apresenta a verdade como algo

que surge do poder, com a finalidade de amplia-lo e mantê-lo. Uma vez produzida a verdade, o mesmo poder que a cria, dela se alimenta. Através de múltiplos discursos o poder estabelecerá e fortalecerá esta dita verdade, que simultaneamente o estabelece e o fortalece.

Por “verdade” entender um conjunto de procedimentos regulados para a produção, a lei, a repartição, a circulação e o funcionamento dos enunciados.

A “verdade” está circularmente ligada a sistemas de poder, que a produzem e apoiam, e a efeitos de poder que ela induz e que a re-produzem. “Regime” de verdade. (Foucault, 1979, p. 14)

Mas que procedimentos regulados formam o conjunto apontado por Foucault como sendo o responsável pela produção, circulação e funcionamento dos enunciados? A resposta é: situações que levam a crer ou aceitar o que se pretende mostrar como verdade.

São situações e circunstâncias que cumprem a função de construir um ou mais ambientes em que seja possível legitimar e defender a crença e aceitação da verdade que se pretende divulgar e estabelecer na sociedade. Podemos identificar essas situações e circunstâncias usando o termo Pseudo-verdade.

Interessados em promover situações que levem a acreditar ou aceitar o que mostram como verdade, afim de beneficiá-los, são governos, corporações e pessoas de grande envergadura econômica, política e militar capazes de manipular países e continentes afim de moldar circunstâncias favoráveis ao êxito de seus objetivos.

Quem seriam os sujeitos interessados por trás de tais situações de pseudo-verdade? Têm identidade muito variada e dispersa. Podem ser donos de postos de combustível em uma cidade com a prática de cartel até nações soberanas com interesses na exploração de reservas energéticas.

A respeito desta verdade, Foucault esclarece que:

Vivemos em uma sociedade que em grande parte marcha “ao compasso da verdade” – ou seja, que produz e faz circular discursos que funcionam como verdade, que passam por tal e que detêm por este motivo poderes específicos. A produção de discursos “ver-

dadeiros” (e que, além disso, mudam incessantemente) é um dos problemas fundamentais do ocidente. A história da “verdade” – do poder próprio aos discursos aceitos como verdadeiros – está totalmente por ser feita. (Foucault, 1979, p. 231)

4. PODER, DIREITO E VERDADE

Ao falar de soberania e disciplina (FOUCAULT, 1979, p. 179-180) Michel Foucault faz abordagem na qual menciona uma tríade: *poder, direito, verdade*. Mas qual o significado dos termos poder, direito e verdade, quando associados e utilizados para referir-se, na prática, a algo que *domina, impõe e é indiscutível*?

Na ótica marxista, poder, direito, verdade são termos substituídos, respectivamente, num olhar de luta de classes, por *capitalismo, opressão e justificativa para exploração do proletariado*.

Capitalismo. É a exploração econômica exercida pelos ricos sobre os pobres.

Direito. Este, por sua vez, assume a forma de névoa, cuja finalidade é permitir e mascarar a injustiça e a impunidade na sociedade. Para essa concepção acerca do mister jurídico existem muitos álibis, pois diariamente há produção legislativa e execução de leis que contem vícios com vistas a beneficiar ou prejudicar certos setores da sociedade ou pessoas específicas.

Verdade. Com relação à verdade, o direito é visto como o caminho pela qual os que exercem o poder andam em direção à classe proletária para explorá-la, pois, a produção jurídica tem alcance geral, salvo exceções, e torna as pessoas incapazes e indefesas ante o aparelho estatal que garante o cumprimento das leis.

Não é necessário que algo seja verdadeiro para que seja exigido ou imposto às pessoas através do direito. O direito tem o poder de, ao determinar algo, tornar verdade e cobrar a aceitação do que determina e impõe como verdade. Diariamente o poder legislativo cria verdades quando aprova leis que criam direitos ou deveres.

Exigir o cumprimento da lei torna-se verdadeiro e legítimo. A respeito dessa legitimidade, Reinaldo Dias diz que a legalidade é um modelo de legitimidade característico do poder político na modernidade (DIAS,

2010, p. 41). Sobre essa legitimidade que ocorre pela via jurídica, ele a identifica como autoridade:

Compreendemos autoridade como um direito estabelecido para tomar decisões e ordenar ações de outrem. Dito de outro modo, é a legitimação do poder através da incorporação de conteúdo jurídico e/ou moral, ou seja, normas ritualizadas nos costumes ou codificadas no direito. Essa legitimidade assenta-se sobre o consentimento durável e tendente à unanimidade entre membros de uma sociedade ou de um grupo social. (DIAS, 2010, p. 33)

Interessante que outras formas de analisar e interpretar tais conceitos podem ser utilizadas. Aos olhos de um economista liberal os termos poder, direito, verdade serão facilmente substituídos, respectivamente, numa visão tributária, por *Estado, legislação, justificativa para a cobrança de impostos*.

Michel Foucault sustenta que o direito é um instrumento utilizado pelo poder para produzir uma certa verdade, ou seja, faz do direito o meio que legitima o seu discurso.

Percebe-se que, mesmo sendo analisados através de pontos de vista tão antagônicos quanto o marxismo e o liberalismo econômico, embora os detalhes últimos enxergados sejam diferentes, os elementos da tríade poder, direito, verdade proposta por Foucault, continuam ligados e inseparáveis.

5. A LEI E O PODER

Foucault menciona a lei como um aparelho de poder, porém esse aparelho não descreve com precisão e totalidade o poder e a dominação pela qual subjuga as pessoas, em especial os pobres da classe trabalhadora.

Entretanto, ao passo que apresenta a lei como sendo uma forma de exercer o poder, mas que não abrange todo o seu mister, Foucault identifica lei e o direito de forma a considera-los como peça fundamental, que possibilita que seja exercido.

A questão do poder fica empobrecida quando é colocada unicamente em termos de legislação, de Constituição, ou somente em termos de Estado ou de aparelho de Estado. O poder é mais com-

plicado, muito mais denso e difuso que um conjunto de leis ou um aparelho de Estado. (Foucault, 1979, p. 221)

O que me parece certo é que, para analisar as relações de poder, só dispomos de dois modelos: o que o direito nos propõe (o poder como lei, proibição, instituição) e o modelo guerreiro ou estratégico em termos de relações de forças. O primeiro foi muito utilizado e mostrou, acho eu, ser inadequado: sabemos que o direito não descreve o poder. (Foucault, 1979, p. 241)

Em outros momentos, apresenta a lei como a mais ardilosa forma de exercer o poder. É o que nos mostra quando discorre acerca do exemplo da *Lei dos Pobres* na Inglaterra, onde traça o caminho de poder exercido pelos ricos sobre os pobres, cujo início se dá na lei, dizendo que “Com a *Lei dos pobres* aparece, de maneira ambígua, algo importante na história da medicina social [...]” (Foucault, 1979, p. 95).

Ao dizer que “A intervenção nos locais insalubres, as verificações de vacina, os registros de doenças tinham de fato por objetivo o controle das classes mais pobres” (Foucault, 1979, p. 96), Foucault aponta que a população pobre que compunha a classe trabalhadora submetia-se a um benefício que, ao ser pesado na balança, mostrava as segundas intenções da ajuda médica oferecida pela burguesia, pois o atendimento médico possibilitava o levantamento de dados sobre toda a classe trabalhadora, como número de pessoas que habitavam numa casa, renda da família, tipo de alimentação, o que certamente beneficiava a classe burguesa, detentora do controle do comércio e pagamento de salários.

Neste contexto, é oportuno citar o caso da Revolta da Vacina, ocorrida no Brasil no início do século XX onde, por questão cultural e de insatisfação política ocasionada por reformas geográficas no espaço urbano, o povo se negou a ter suas mulheres com braços expostos para que fosse aplicada a vacina e o governo fez uso de seu poder de polícia para prosseguir a campanha sanitária destinada a erradicar os casos de varíola.

6. ENTRE O PODER JURÍDICO E O PODER ECONÔMICO

Ao propor um ponto em comum entre a concepção liberal do século XVIII e a concepção marxista do poder, Foucault aborda o que chama

de o *economicismo na teoria do poder*. Através dessa proposição, mostra certa oposição entre dois esquemas de poder: o jurídico e o econômico. Ao final, estes revelarão estar ligadas.

O esquema jurídico, representado na pessoa de Rousseau, explica o poder por meio do contrato social, sendo o poder algo concreto, pertencente a cada indivíduo e alienável, onde a constituição do poder político ocorreria segundo o modelo de uma operação jurídica que seria da ordem da troca contratual. Segundo Foucault, trata-se de uma analogia manifesta, que percorre toda a teoria, entre o poder e os bens, o poder e a riqueza.

[...] no caso da teoria jurídica clássica o poder é considerado como um direito de que se seria possuidor como de um bem e que se poderia, por conseguinte, transferir ou alienar, total ou parcialmente, por um ato jurídico ou um ato fundador de direito, que seria da ordem da cessão ou do contrato. O poder é o poder concreto que cada indivíduo detém e que cederia, total ou parcialmente, para constituir um poder político, uma soberania política. (Foucault, 1979, p. 174)

O esquema econômico explica o poder por meio das relações de produção. Haveria relação direta entre o poder e os bens, o poder e a riqueza, como fora apontado no esquema jurídico. Seu teórico expoente é Karl Marx, cuja concepção segundo Foucault, trata da funcionalidade econômica.

Conforme trechos a seguir indicados, a visão de Michel Foucault acerca da concepção econômica do poder é complementada quando acrescentadas duas conclusões produzidas por ele: 1) A divisão especializada do trabalho no século XVIII (uma clara referência a Adam Smith) foi fundamental na organização, fortalecimento e expansão das forças produtivas; e 2) o poder, através das forças produtivas, é exercido não apenas em sociedades capitalistas, mas em sociedades socialistas também.

No caso, por exemplo, da divisão do trabalho nas grandes oficinas do século XVIII, como se teria chegado a esta repartição das tarefas se não tivesse ocorrido uma nova distribuição do poder no próprio nível da organização das forças produtivas? (Foucault, 1979, p. 221)

M. F.: Sociedade industrial ou sociedade capitalista? Eu não saberia responder, a não ser dizendo que estas formas de poder também podem ser encontradas nas sociedades socialistas; a transferência foi imediata. Mas a este respeito, preferiria que a historiadora respondesse em meu lugar.

M.P.: É verdade que a acumulação de capital se faz através de uma tecnologia industrial e da instauração de um aparelho de poder. Mas não é menos verdade que um processo semelhante se encontra na sociedade socialista soviética. O estalinismo, em certos aspectos, corresponde a um período de acumulação do capital e de instauração de um poder forte. (Foucault, 1979, p. 222-223)

Que a divisão do trabalho aprimorou e fortaleceu o sistema capitalista, isso é fato alegado pelo próprio Adam Smith. Mas há divergência de pensamentos entre Foucault e Smith quando se fala na finalidade do aprimoramento do capitalismo.

Foucault encara a divisão do trabalho como a mola propulsora que alavancou um sistema de exploração econômica que oprime a classe trabalhadora e contribui para a acumulação de capital pelos mais ricos, enquanto Smith apresenta a divisão do trabalho como mola propulsora que alavancou um sistema de crescimento econômico que possibilita a criação de uma riqueza universal da qual os trabalhadores poderão fazer parte através da possibilidade de tornarem-se também homens economicamente bem sucedidos graças ao capitalismo, ao afirmar que:

O maior aprimoramento das forças produtivas do trabalho, e a maior parte da habilidade, destreza e bom senso com os quais o trabalho é em toda parte dirigido ou executado, parecem ter sido resultados da divisão do trabalho. (Smith, 1983, p. 41)

É a grande multiplicação das produções de todos os diversos ofícios - multiplicação essa decorrente da divisão do trabalho - que gera, em uma sociedade bem dirigida, aquela riqueza universal que se estende até às camadas mais baixas do povo. (Smith, 1983, p. 45)

Por fim, sobre o embate e a mescla entre o poder em suas formas jurídica e econômica, Michel Foucault conclui que o poder é *repressivo* e é *guerra*. Considera ser a repressão exercida pelo poder consequência política da guerra.

E se é verdade que o poder político acaba a guerra, tenta impor a paz na sociedade civil, não é para suspender os efeitos da guerra ou neutralizar os desequilíbrios que se manifestaram na batalha final, mas para reinscrever perpetuamente estas relações de força, através de uma espécie de guerra silenciosa, nas instituições e nas desigualdades econômicas, na linguagem e até no corpo dos indivíduos. (Foucault, 1979, p. 176)

Esta visão guerreira, de enxergar o mundo e as relações de poder, é aplicada por Foucault diretamente ao campo jurídico, de modo que, em seu ponto de vista, o direito é muito mais do que legitimador do poder, exercendo dominação e sujeição em lugar de legitimidade, conforme destaca que:

O sistema do direito, o campo judiciário são canais permanentes de relações de dominação e técnicas de sujeição polimorfos. O direito deve ser visto como um procedimento de sujeição, que ele desencadeia, e não como uma legitimidade a ser estabelecida. (FOUCAULT, 1979, p. 182)

CONCLUSÃO

Em linhas gerais, o conceito de direito no pensamento de Michel Foucault presente na obra *Microfísica do poder* pode ser identificado como uma visão agressiva do direito, ao identificá-lo explicitamente como um aparelho de poder, fundamental para seu estabelecimento e manutenção, mediante a produção do que chama de “verdade”.

Seus apontamentos consideram ser o direito uma via da qual os dominantes se utilizam para exercer a sujeição sobre os dominados, seja de modo individual ou associada ao poder econômico.

REFERÊNCIAS

DIAS, Reinaldo. **Ciência política** – 1 ed. – 2 reimpr. São Paulo: Atlas, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo** – 39 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas**. São Paulo: Abril Cultural, 1983. Pag. 63.

THE LAW OF OBLIGATIONS AND BRITISH LEGAL PRECEDENTS: A CASE-STUDY APPROACH

Caroline Stéphanie Francis dos Santos Maciel

Introduction¹⁶

Frequently, everyday situations evoke complex legal issues, that we don't always pay attention to. A simple promise, if certain requirements are fulfilled, can give someone the right to take legal action.

With this more concrete approach, this essay is going to discuss these contract law questions, in a case-study methodology. Based on two real-life issues and applying a problem-type approach, theoretical comments on the Law of Obligations will be made, pointing out the leading legal precedents on the subject from the British courts.

This method is successfully used on the study of contract law in common law systems, which is mainly focus on case law. This way of learning and researching can bring valuable contributions to this legal field in our country.

¹⁶ Esse artigo foi produzido para a disciplina *Introduction to the Law of Obligations* na *University of Leeds* por esta autora no primeiro semestre de 2014-2015, como requisito de aprovação no curso. Originalmente, os dois casos foram dados separadamente pelo Prof. Dr. David Pearce e foram feitos dois artigos pela autora em resposta a cada um dos problemas. Essa versão é, portanto, uma adaptação dessa atividade.

1 First case: key facts and details

Alfie runs a car-wash business. He recently ordered a consignment of car shampoo from his regular supplier, Barry. The shampoo is due for delivery on Monday. But Barry, who is unable to get any supplies from his usual wholesaler, does not deliver the shampoo until Tuesday evening. Alfie, who ran out of shampoo on Monday, loses a whole day's business on Tuesday because of the delay, costing him £1,000 in lost profit.

Alfie is due to take delivery of an expensive new pressure hose system. Payment of the price of £30,000 is due on delivery. The seller, Candy, has heard that Alfie's business is struggling. Candy fears that Alfie may cancel the order. Candy offers Alfie a free upgrade to the system, usually priced at £1,000, if Alfie will take delivery as agreed. Relying on Candy's offer, Alfie takes delivery of the hose system and pays the £30,000. He then discovers that Candy has failed to provide the free upgrade. Candy tells Alfie that she changed her mind and that Alfie will not be getting the upgrade unless he pays for it.

Alfie rents the car-wash premises from Dawn. Under the terms of the rental agreement, Alfie has to pay rent of £5,000 each month. Dawn feels that Alfie has been a good and reliable tenant over the years. She is concerned about the tough business environment. Accordingly, she tells Alfie that she is reducing his rent to £4,500 per month for the next six months. Alfie is delighted and, thinking of the rent he will be saving, immediately signs up for an expensive new mobile phone contract. Three months later, concerned about her own financial position, Dawn tells Alfie that she is putting the rent back up to £5,000 per month with immediate effect, and that Alfie will have to pay her the £1,500 he has saved in rent over the previous three months.

Nine weeks ago, Alfie put up posters at his car-wash announcing his Wonderful Wednesdays Offer. The posters stated that customers who paid for a car-wash on ten successive Wednesdays, would then get five free car-washes. The promotion has been running for nine weeks and Alfie is concerned about the number of customers who will qualify for free washes. As a result, he decides to take the coming Wednesday as holiday and closes the car-wash that day. Over the following days, Alfie is inundated with complaints from customers who turned up for their tenth consecutive car-wash.

Eric has brought in his car to be cleaned. While Alfie is using his electronic hand-held polisher on the passenger door of Eric's car, he is distracted by the sight of Eric's glamorous girlfriend who is sitting inside. As a result, Alfie loses his grip on the polisher which, as it falls to the ground, leaves a small scratch on the paintwork of the car door. Eric is furious and demands that Alfie pay him £1,000 compensation so that he can have the car re-sprayed. Eric, however, has no intention of having the car re-sprayed and would probably fritter away any money he receives from Alfie on gambling and alcohol. Given the condition of the car generally, one small scratch does not affect its value¹⁷.

Given the details of the case above, it will be explained below the contractual issues which arise from these facts.

2 Legal precedents and explanations on the first case

In order to determine if Barry is liable to pay damages for Alfie, two main elements must exist: a breach of contract and existence of loss (McKendrick, 2009).

Therefore, to determine if Barry was in breach, the terms of the contract should be identified. From the case, it is clear that the deadline was a term of the contract, because Barry promised to deliver the shampoo by Monday. Thus, Barry is in breach of contract. The reason of the breach is irrelevant because liability is strict.

As a result, Alfie suffered a loss of £1,000 in profit; the loss was caused by Barry's breach, since the only reason that Alfie could not open his business on Tuesday was that he ran out of shampoo. Both elements (breach and loss) are present in the case, meaning that Alfie is entitled to compensation, which here can only be compensatory damages.¹⁸

To establish how the damages should be measured, the principle is that the innocent party should be placed in the same situation as if the contract had been performed, as showed in *Robinson v Harman* (1848). If Alfie can prove that one day of his business is worth £1,000 in profit, that should be the amount fixed on damages by the courts. However, he may

¹⁷ This case was given by Prof. Dr. David Pearce in order to be answered as the first assessed essay in *Intro to the Law of Obligations 2014-2015 (University of Leeds/UK)*.

¹⁸ Specific performance would not even be possible, since the deadline has already passed.

not be able to prove that he would have gain £1,000 if it was not for the breach. If that is the case, he could still recover damages based on the loss of the opportunity of making profit on Tuesday, as occurred in *Chaplin v Hicks* (1911).

The issue about the free upgrade of the system is one of enforceability. Alfie will only be able to enforce Candy's promise if he demonstrate that he provided consideration for it. Consideration is the benefit that the promisor will receive from the promise in exchange for his promise (McKendrick, 2009). In the case, Candy's benefit is that Alfie will perform the existing contract.

If *Stilk v Myrick* (1809) is considered, that is not sufficient consideration, since Alfie only did what he was already contractually obliged to do. On the other hand, if this case is considered to be like the *Williams v Roffey Bros* (1991) case, Alfie could argue that Candy receive a practical benefit, since she did not have to search for another buyer for the hole system.

Another similarity between the current case and the later is that Alfie did not ask for extra benefits: it was the other party that offered. Differently from the former, this is not a duress case. Lastly, it could be argued that the additional free upgrade meant a rescission of the original contract followed by the creation of a new one, in which the free upgrade is included. Hence, these three reasons together lead to conclude that this case is more similar with *Williams v Roffey* (1991), meaning that Alfie can legally enforce Candy's promise and he is entitle to damages, to be fixed on the amount of the upgrade, *aka*, £1,000.

The promise of reduction of the rent by Dawn can be considered a promise of a gift that lack consideration, which means that it is unenforceable and that she can change her mind and bring the rent back to the original price before six months. The fact that Alfie signed up for an expensive new mobile phone contract, relying on Dawn promises, does not change anything, as she did not request that Alfie signed the contract.

Although the promise is unenforceable and lack consideration, Dawn cannot ask for the money saved by Alfie in the three months of lower rent. Since the lower rent in the past three months was a gift already given, she cannot legally demand it back from him, because the £1,500 is no longer her property to be claim back.

Despite the fact that an advertisement is usually an invitation to threat, here it should be classified as an unilateral¹⁹ offer because it works similarly to a ‘reward’ contract, in which Alfie binds himself to perform five free car washes if the condition ‘have a car washed on ten consecutive Wednesdays’ is performed by his costumers, just like in *Carlill v Carbolic Smoke Ball Co.* (1893) The acceptance of such offer (and also the consideration) is the full performance of the condition and therefore entitles the costumers to receive the reward.

Nonetheless, Alfie closed the car wash on the tenth Wednesday, which made it impossible to anyone to complete the performance and, therefore, to accept the offer.

The general rule is that the offeror has the right to withdraw the offer any time before acceptance, as long as the revocation is brought to the attention of the offerees (McKendrick, 2009). But when it involves unilateral contracts, the courts decided that in some cases the offer cannot be revoke once a person has commence performance, as in *Daulia Ltd v Four Milkbank Nominees Ltd* (1978).

This position was reaffirmed in *Soulsbury v Soulsbury* (2007) because sometimes, when a performance has a lasting nature and requires long term effort, it would not be fair and reasonable to be able to withdraw it, after someone has already started it. And this is what happened here: some costumers already had nine consecutive car washes on Wednesdays, meaning that they had partially performed the condition.

Some theories will argue that part performance constitutes acceptance of the contract and the full performance of the act is the consideration (Poole, 2010), as in *Schweppes v Harper* (2008). Others doctrines will argue an inability to revoke the promise after the performance began, based on *Errington v Errington and Woods* (1952), but the loss of the power would not affect the rule that acceptance is formed only by full performance (Poole, 2010). Either way, Alfie’s offer would be irrevocable after performance has begun, whether because a partial performance constitute acceptance of the offer or because he lost the power to revoke it.

Besides that, even if one could argue that Alfie could withdraw the offer, it is clear that he did not inform it properly; the act of closing the

¹⁹ It is unilateral because it is only possible to accept the offer by performing the requested act and not by promising to perform (Poole, 2010).

car-wash at the next Wednesday is not a sufficient measure to inform the offerees about the revocation of the promotion. The proper way would be to follow the same procedure used to announce the sale: put up posters at the car-wash informing that it was canceled.

Therefore, Alfie cannot revoke the offer before next Wednesday, which should be considered a consecutive one, as far as the advertisement is concerned, in order to make possible for the costumers that partially performed the condition to complete it and then be entitle to receive the reward. However, the courts will not make him give the car washes for free, but he will have to pay compensatory damages to those that fulfill the condition after next Wednesday and the damages should be fixed on the amount equivalent to five car washes.

In order to establish liability in the torts of negligence, there must be a breach of duty of care that caused loss (Mullis; Oliphant, 2011). The first question is whether Alfie owe Eric a duty of care for property damage, which should be determined by the three-stage test formulated in *Caparo v Dickman* (1990) and adopted by the courts in the establishment of a duty of care.

Alfie should have take reasonable care to avoid any harm to Eric's property that could be reasonably foresee while washing his car. It the case, it was foreseeable that a scratch could be made if the task was careless performed; the proximity criterion is also fulfilled, since Alfie was close enough to Eric's car; and it is fair, reasonable and just to require that a duty of care from whom is performing a service in your property.

Thus, Alfie owe Eric a duty of care for property damage and he was in breach of his duty because of his careless performance and distraction that resulted in a small scratch on Eric's car. However, Eric did not suffer any loss from Alfie's breach, even financial one, since the scratch did not affect the car's value. Thereby, Alfie is not liable to pay any damages to Eric, since the second element (existence of loss) is not present.

3 The second case described

Alan, the chief constable of Sunsetshire police, has just received a tip-off from an informant that Betty and Carrie, whom Alan rightly suspects of having committed the recent Bank of Sunsetshire robbery, are presently

hiding out at no. 10 Acacia Avenue.

Alan immediately dispatches four patrol cars to arrest Betty and Carrie. In his eagerness Alan tells the officers that Betty and Carrie are to be found at no. 8 Acacia Avenue. When the officers duly arrive at, and surround, no. 8, Betty and Carrie make off from no. 10, taking the cash they stole from the bank with them. Betty and Carrie's good fortune continues as Dylan, who lives at no. 12 Acacia Avenue, has left the keys in the ignition of his unlocked car which is parked on the street. Betty and Carrie get into Dylan's car and drive away.

However Betty, who is high on cocaine, drives far too quickly and before long their car collides with a car being driven by Ed. Ed is not physically injured in the collision but subsequently develops post-traumatic stress disorder from the shock of seeing the serious physical injuries sustained by his aunt, Fiona, who is a passenger in Ed's car. While Fiona was not wearing a safety belt, medical evidence indicates that her injuries were not made any worse as a result. Because of her injuries, Fiona is unable to work for the next 12 months. Her employer, Gary, suffers a loss of profit of £5,000 from a fall in sales during that period as a direct result of Fiona's absence.

The collision is witnessed by Hugh, standing on the pavement nearby. As a result of what he sees, he too develops post-traumatic stress disorder and will be unable to work again.

Carrie, who was hurt in the collision, manages to escape from the scene together with Betty and the stolen money²⁰.

With this in mind, it will be now discussed what liability in negligence, if any, arises on these facts.

4 Considerations on liability from the second case

The establishment of liability in the tort of negligence is primarily determined by the existence of a duty of care. If this condition is not satisfied, a negligent conduct will not result in remedy.

Firstly, it has to be determine if Alan should be liable for Dylan's property loss, since his careless attitude resulted in the failure to arrest

²⁰ This case was given by Prof. Dr. David Pearce in order to be answer as the second assessed essay in Intro to the Law of Obligations 2014-2015 (*University of Leeds/UK*).

Betty and Carrie, who escaped and stole Dylan's care. It is then a question of whether he owes Dylan a duty of care or not.

The same requirements of ordinary negligence must be fulfilled to recognize a duty of care by a public authority (Mullis; Oliphant, 2011), which are: foreseeability, proximity and if it is fair, just and reasonable²¹ to demand such duty in that context. It was foreseeably that the police failure's to arrest the criminals put at risk (especially of being burgled) the public in general; it puts Dylan in a special risk, since the police operational scheme was close to his properties. Thus, there was sufficient proximity of the officials to prevent the crime.

Although proximity and foreseeability can be established, the claim fails in the last criterion: it is unfair, unjust and unreasonable to impose a duty of care in the police for every individual whose property was damaged by criminal activities that could be prevented if it has performed a more competent work. In this sense, Mullis and Oliphant show that the courts understanding is that "the police cannot be held liable at common law to those who simply suffer harm from criminal activities which they alleged the police should have prevented" (Mullis; Oliphant, 2011, p. 97).

The courts decisions are usually justified on policy grounds, such as the limited public funds against a large amount of claims that could surge if a duty of care is recognized in cases like this and the potential negative impact on public authority's performance in case of a risk of liability. As a result, the courts have a restrictive approach to the establish common law duty of care and recognize liability of public officials (Mullis; Oliphant, 2011). This was the course taken in *Hill v Chief Constable of West Yorkshire* (1989), in *Brooks v Comr of the Police for the Metropolis* (2005) and more recently in *Smith v Chief Constable of Sussex Police* (2009): policy considerations were crucial to deny a duty of care.

On the other hand, in *Dorset Yacht* (1970) case: the police was held liable because their negligence allowed a prisoner to escape and, as a result, damage one's property.²² However, there is a major difference between this case and the *Dorset Yacht* (1970) case: here, the criminals

21 This is called the three-stage test, recognized as a guideline to determine the existence of duty of care after the decision in *Caparo v Dickman* (1990).

22 The police was only liable to the harm caused in the course of the escape but not for all the harm subsequently done by the offenders (Mullis; Oliphant, 2011).

have never been under police custody, the failure was to arrest them not to allow them to escape. Therefore, the police did not owe Dylan a duty of care and it is not liable of any damages that he suffered.

It should also be mentioned that even if there was an attempt to recognize a duty of care, Dylan had a substantial contributory negligence to the crime. Since he left his car open and with the keys inside, his property was an easy target, and it actually helped the fugitives to escape from the police.

Although the police and Dylan's negligences contributed to the escape, they do not owe a duty of care to any of the following victims: Ed, Fiona, Gary or Hugh.²³ The harm that they suffered could not be foreseen from the police negligence (or Dylan as well); there was not the necessary proximity, as it is far too remote to blame them for the car's accident. Thus, no liability can be recognised here.

Carrie and Betty conduct of stealing Dylan's car is both a crime and a civil wrong. Clearly, Dylan is liable to receive compensation from the offenders because he suffered a loss of property.

Betty negligent driving (high speed and under effect of illegal substances) resulted in a car accident. A driver has a duty of care to a fellow driver²⁴ and Betty did not perform it carefully. As a result of her breach, Fiona suffered a physical injury and can recover damages for her pain and suffering, as well as for her loss of earnings, since she was not able to work for twelve months. The absence of seat belt should not be qualified as contributory negligence neither reduce the damages to be fixed because, as the particular circumstances of the case shows, it did not make any worse her injuries.

Obviously, Betty also owed Ed a duty of care and was in breach of her duty. Because of the shock, he developed a psychiatric condition. In order to recognize liability for this kind of loss, the courts demand that the claimant has a recognised psychiatric illness rather than just anxiety or distress, as shown in *McLoughlin v O'Brian* (1983) case. In this type of loss,

23 This could be justified by the *Dorset Yatch* (1970) decision as well, in which the police was not liable for the further harm done by the offenders, other than in the course of escape.

24 The existence of duty of care in cases like this is widely recognized by the courts, as the three-stage test is fully fulfilled.

it is important to determine if the person is a primary or secondary victim. As Ed was at risk of physical injury (he was driving the car), he is a primary victim and as such he is entitled to damages, just like in *Page v Smith* (1996).

Subsequently, Gary suffered a loss in incomes as a result of Fiona's absence. As it was a pure economic loss, the general rule is that the claimant will not recover damages, especially because admitting this kind of liability would extend it indeterminately, as acknowledged in *Spartan Steel* (1973) case. In cases like this, a duty of care is usually not recognised, as shown in *Weller & Co v Foot and Mouth Disease Research Institute* (1966). There are exceptions to this general rule, especially when the defendant assumes a specific responsibility, as argued in *Hedley Byrne & Co v Heller & Partners Ltd* (1964) and accepted in *Smith v Eric S Bush* (1990), which is clearly not the case here.

Lastly, Hugh also developed a psychiatric disorder as a direct result of the accident that he witnessed from the pavement. The circumstances suggest that he was a secondary victim, without any risk of physical injury, because he merely witnessed the accident outside the 'zone of danger'²⁵, as stated in *Alcock v Chief Constable of South Yorkshire* (1992). Liability is much more restrictive to this type of victim, as a number of proximity requirements are necessary to establish it (Mullis; Oliphant, 2011), which are: "the class of persons whose claim should be recognised; the proximity of such persons to the accident; and the means by which the shock was caused" (*McLoughlin v O'Brian* – 1983).

Firstly, there has to be a close relationship between the claimant and the primary victims; he has to be close to the accident and the injury has to result from sight or hearing of the event (Mullis; Oliphant, 2011). In the case, even though Hugh apparently fulfills the two last requirements, he will not be entitled to damages, since there is no indication that he has a close relationship with Ed or Fiona.

5 Final considerations

From what has been shown, the Law of Obligations is more deeply understood from concrete situations to abstract observations on contract

²⁵ Term used in *Page v Smith* (1996).

law and liability, especially based on leading precedents on the matter. Far from attempting to fully deal with the subject, this essay was only aiming to add a brief reflection, in a case study standpoint.

BIBLIOGRAPHY

- Alcock v Chief Constable of South Yorkshire* (1992) 1 AC 310.
- Brooks v Comr of the Police for the Metropolis* (2005) 1 WLR 1495.
- Caparo v Dickman* (1990) 2 AC 605 (HL).
- Carlill v Carbolic Smoke Ball Co* (1893) 1 QB 256.
- Chaplin v Hicks* (1911) 2 KB 786 (CA).
- Daulia Ltd v Four Millbank Nominees Ltd* (1978) Ch 231 (CA).
- Errington v Errington and Woods* (1952) 1 KB 290.
- Great Northern Railway Co v Witham* (1873) LR 9 CP 16.
- Hedley Byrne & Co v Heller & Partners Ltd* (1964) AC 465.
- Hill v Chief Constable of West Yorkshire* (1989) AC 53.
- Home Office v Dorset Yatch Co* (1970) AC 1004.
- MCKENDRICK, E. *Contract Law*. Palgrave Macmillan, 2009.
- McLoughlin v O'Brian* (1983) AC 410.
- MULLIS, A.; OLIPHANT, K. *Torts*. Palgrave Macmillan, 2011.
- Page v Smith* (1996) 1 AC 155.
- POOLE, J. *Textbook on Contract Law*. Oxford University Press, 2010.
- Robinson v Harman* (1848) 154 ER 363.
- Schweppes v Harper* (2008) EWCA Civ 442.
- Smith v Chief Constable of Sussex Police* (2009) 1 AC 373.
- Smith v Eric S Bush* (1990) AC 831

Spartan Steel & Alloys Ltd v Martin & Co (Contractors) Ltd (1973) 1 QB 27 (CA).

Soulsbury v Soulsbury (2007) EWCA Civ 938.

Stilk v Myrick (1809) EWHC KB J58

Weller & Co v Foot and Mouth Disease Research Institute (1966) 1 QB 569.

Williams v Roffey Bros & Nicholls (Contractors) Ltd (1991) 2 WLR 1153.

A LEGALIDADE NO PORTE DE ARMA BRANCA: PRINCÍPIOS CONCEITUAIS E DISCUSSÕES

Jourgleide Benayon Almeida Neta

INTRODUÇÃO

É de conhecimento geral que ocorrem diversas discussões sobre o porte de arma de fogo, entretanto, o mesmo não pode ser dito de outras ferramentas que poderiam ser utilizadas para o fim da defesa pessoal, neste sentido, é necessário esclarecer a questão da legalidade do porte desses possíveis instrumentos de defesa pessoal, como as armas brancas, o gás de pimenta e as armas de choque, para que o cidadão não seja surpreendido e posteriormente acusado pela prática de crime de porte de armas.

Em todo território nacional, a aquisição de facas, canivetes, bastões, spray imobilizante e armas de choque de contato são itens de fácil aquisição e que não sofrem embaraços como exigências de apresentações de licenças especiais para uso, porte ou exigência de apresentação de documentos ou qualquer forma de burocracia do gênero. Entretanto, o art. 19 da Lei de Contravenções Penais, ainda em vigor, tipifica a conduta genérica de porte de armas. Desta forma, se mostra imprescindível a análise da conduta do porte de armas em face do referido dispositivo para que se estabeleça uma visão clara a respeito da legalidade ou ilegalidade do porte de armas que não sejam as de fogo.

Atualmente, há a publicação decretos do Governo Federal que visam regulamentar o porte de armas de fogo, são os Decretos nº 9.845/2019, nº

9.846/2019 e nº 9.847/2019, logo constatamos que se trata, somente, de porte de arma de fogo. Considerando os dispositivos legais mais importantes que versam sobre a questão do porte de arma são a Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) que trata especificamente da arma de fogo e equiparadas e o Decreto-Lei nº 3.688/1941 (Lei das Contravenções penais) que prevê a questão do porte de arma de forma genérica. Destarte que esse trabalho visa discutir o porte de arma branca por justamente não ser tratado na mesma medida que a arma de fogo.

Assim, entende o Professor Damásio que o art. 19 da LCP foi apenas derogado pelas leis posteriores, sendo ainda aplicável o referido artigo nos casos de porte de arma branca, contudo, Tribunais de Justiça (TJ) como o de Minas Gerais, tem entendido que:

HABEAS CORPUS - ART. 19 DA LCP - AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO - CONDUTA ATÍPICA - TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - NECESSIDADE. - Impõe-se o trancamento da ação penal em relação ao delito previsto no art. 19, da Lei das Contravenções Penais, uma vez que não existe regulamentação acerca da licença para o porte de armas brancas, o que torna a conduta praticada pelo Paciente atípica.(TJ-MG - HC:10000130230147000 MG , Relator: Denise Pinho da Costa Val, Data de Julgamento: 28/05/2013, Câmaras Criminais / 6ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 07/06/2013).

Outrossim, este entendimento não é pacífico, haja vista decisões como a da turma recursal do Rio de Janeiro, que assim se manifestou em caso concreto:

ESTADO DO RIO DE JANEIRO PODER JUDICIÁRIO CONSELHO RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS PRIMEIRA TURMA RECURSAL CRIMINAL
Apelação nº 0018758-97.2011.8.19.0208 Apelante: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro Apelado: Adriano Silva dos Santos Relatora: Juíza Nearis dos S. Carvalho Arce
Ementa: Art. 19 da LCP - porte de arma branca. Tipicidade da

conduta, eis que as Leis 9.437/97 e 10.826/03 apenas derrogaram o referido dispositivo, no que se refere ao porte de armas de fogo, subsistindo a conduta contravencional para as armas brancas ou impróprias. Contravenção penal que embora não exija um resultado, é crime de perigo concreto, impondo o reconhecimento da tipicidade, se através das circunstâncias judiciais, for reconhecida uma potencialidade ofensiva na conduta do agente. Prova segura da materialidade. Laudo Pericial que atesta a potencialidade lesiva do instrumento. Depoimentos em Juízo que trazem a certeza da autoria. (...). 40). Isto posto, voto pelo PROVIMENTO da Apelação, para CONDENAR o Apelado como incurso no Art. 19 do Decreto Lei 3.688/41, à pena privativa de liberdade total de 15 (quinze) dias de prisão, a ser cumprida em regime aberto. Rio de Janeiro, 26 de setembro de 2014. Nearis dos S. Carvalho Arce Juíza Relatora (TJ-RJ - APR:00187589720118190208 RJ 0018758-97.2011.8.19.0208, Relator: NEARIS DOS SANTOS CARVALHO ARCE DOS SANTOS, Primeira Turma Recursal Crimin, Data de Publicação: 19/11/2014

Assim, a questão é controversa e merece especial atenção, pois está em jogo o direito do cidadão de portar equipamentos capazes lhe prover uma maior capacidade de defesa pessoal.

1. CONCEITO DE ARMA

Primeiramente, há que se buscar uma definição sobre “arma”, pois se pararmos para analisar, tudo que existe possui em si potencial lesivo, ou seja, pode ser utilizado como arma. Assim, um ursinho de pelúcia poderia ser utilizado para se cometer o crime de homicídio qualificado pelo emprego de asfixia, enquanto que um simples celular poderia facilmente se transformar em um instrumento contundente capaz de causar lesões graves ou inclusive a morte de outro indivíduo.

A doutrina costumou classificar arma como objeto com poder vulnerante, ou seja, objeto ou instrumento capaz de ser utilizado

para ataque ou defesa, realizando ainda a divisão clássica de arma própria e arma imprópria, nas palavras de Cleber Masson (2014, p. 157), Arma é todo objeto ou instrumento idôneo para ataque ou defesa, uma vez que tem capacidade para matar ou ferir. A arma, no Direito Penal, pode ser própria ou imprópria, e qualquer delas autoriza a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 157, §2º, inciso I, do Código Penal. Arma própria é a que foi concebida com a finalidade precípua de ataque ou defesa, ou seja, para matar ou ferir. Exemplos: revólveres, pistolas, espingardas, etc. Arma imprópria, por seu turno, é o objeto ou instrumento criado com finalidade diversa, mas que no caso concreto também pode ser utilizado para ferir ou matar, uma vez que possui eficácia vulnerante. Exemplos: chaves de fenda, tacos de beisebol, tesouras, machados etc. Fala-se também em arma branca, compreendida como o instrumento ou objeto dotado de ponta ou gume e idôneo a matar ou ferir. A arma branca pode ser própria (exemplo: punhal) ou imprópria (exemplo: faca de cozinha), e também importa na exasperação da pena no crime de roubo.

Doutrinadores mais clássicos como Rogério Greco (2012, p. 69), também definem arma de forma semelhante:

A arma, mencionada pela lei penal, tanto pode ser a própria, ou seja, aquela que tem a função precípua de ataque ou defesa, a exemplo do que ocorre, como aponta Mirabete, com as “armas de fogo (revolveres, pistolas, fuzis etc.), as armas brancas (punhais, estiletes etc.) e os explosivos (bombas, granadas etc.),” bem como aquelas consideradas impróprias, cuja função precípua não se consubstancia em ataque ou defesa, mas em outra finalidade qualquer, a exemplo do que ocorre com a faca de cozinha, o taco de beisebol, as barras de ferro etc.

Desse modo, pode-se aferir que qualquer objeto/instrumento pode ser uma arma para fins de direito penal, bastando que tenha poder vulnerante e que possa ser utilizado para ataque ou defesa. Tal definição se mostra um pouco perturbadora, pois nos permite crer que a única coisa

que afasta a imputação de uma contravenção do art. 19 ao cidadão que carrega seu celular no meio da rua é o simples bom senso da autoridade policial e/ou do Estado julgador, podendo tal conceito variar rapidamente. Mostra-se necessário a criação de novos elementos para determinar com mais precisão a questão, como medida para garantir os direitos individuais.

O que leva a crer que carregar um celular é menos perigoso que carregar um bastão ou um canivete? Se recorrermos à um bom senso, poderíamos arguir que julgamos dessa forma em razão da natureza do objeto, a finalidade com o qual foi criado, assim, aparentemente é menos perigoso carregar um celular que foi criado para se comunicar e não para ataque/defesa do que carregar um canivete por exemplo. Ocorre que se pararmos para pensar, um canivete possui tantas utilidades e na maioria das vezes não foi criado com o objetivo de ataque/defesa, mais que um celular, mas como quase inexistem relatos de ataque ou defesa com celular, achamos que nunca pode acontecer ou acontecerá.

Um canivete pode ser utilizado para cortar um pão, fatiar carne, cortar papel na ausência da tesoura, cortar fitas, laços, fios, cabos, descascar cabo para alguma manutenção elétrica, abrir recipientes plásticos, enlatados, na selva é uma ferramenta essencial para sobrevivência, em um acidente de carro, pode permitir o rompimento de obstáculos que impeçam de ajudar os outros ou a si mesmo, como cortar um cinto de segurança preso, cortar as gases para feridas ou auxiliar para cortar roupas como uma calça jeans que impede a visualização de ferimentos e o seu tratamento e tantas outras possibilidades, em mãos certas na hora certa poderia ser uma ferramenta salvadora de vida, mas sempre visualizamos como uma ferramenta letal em que as pessoas irão usar para ferir outras pessoas.

Isso é uma inversão do princípio da confiança anteriormente mencionado, é crer no pior humano e se agarrar ao pior humano, é um caminho de medo que vai levar a restrições cada vez maiores. Ademais, é uma ilusão, pois o canivete é uma ferramenta, e como qualquer ferramenta, seu uso depende do portador, e se as intenções do portador são nefastas, não será uma contravenção penal que vai lhe impedir, válido o velho ditado “Armas não matam pessoas, pessoas matam pessoas”, armas sempre existirão, pois tudo possui potencial lesivo, olhe ao seu redor e verá

que pode cegar uma pessoa com a chave que abre a porta de sua casa, que sua caneta pode furar uma garganta, que a xícara que toma café, pode ser quebrada rapidamente e virar um caco altamente afiado e letal.

2. DA INEXISTÊNCIA DA LICENÇA DE AUTORIDADE

A norma imposta no artigo 19, prevê para a configuração do tipo incriminador, a inexistência da “licença da autoridade”, ocorre que não existe e nunca existiu previsão de licença de autoridade para o porte de armas brancas (com exceção de espadas e espadins que possuem a referida regulamentação através do Decreto 3.665/2000 [R-105], estando assim estes tipos de armas regulamentadas), ou para as chamadas armas impróprias ou instrumentos de defesa pessoal que poderiam ser enquadrados como armas próprias.

Ocorre que ao exigir licença de autoridade, a lei deixou para lei ou ato posterior regulamentar a questão, se tratando assim o artigo de norma penal em branco. Rogério Greco (2012, p. 21):

(...) a partir do instante que necessitarmos buscar um complemento em outro diploma para que possamos saber o exato alcance daquela norma que almejamos interpretar, estaremos diante de uma norma penal em branco.

Ademais, Masson (2014, p. 150) aduz o seguinte:

Para Franz von Liszt, leis penais em branco são como “corpos errantes em busca de alma”. Existem fisicamente no universo jurídico, mas não podem ser aplicadas em razão de sua incompletude. A lei penal em branco é também denominada de cega ou aberta, e pode ser definida como a espécie de lei penal cuja definição da conduta criminosa reclama complementação, seja por outra lei, seja por ato da Administração Pública.

Desse modo, a inexistência de previsão à respeito da “licença da autoridade” tornaria a conduta de porte de arma do art. 19 do LCP atípica, com fundamento nos princípios da legalidade e da taxatividade, pois a lei não estabeleceu, nem que minimamente, um conceito de arma

capaz de elucidar o cidadão dos limites de sua atuação, assim, podemos vislumbrar como é vazio e genérico o tipo contravencional em análise, uma violação aos direitos individuais.

Igualmente, não pode a omissão do poder público recair como cerceamento de direito do cidadão, pois, ao omitir a forma da ‘licença da autoridade’ impede o cidadão de exercer um direito possível, deixando o mesmo apenas com o ônus da proibição.

Neste sentido, deve-se trazer o entendimento de Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 173-174) destaca:

Revogação e inaplicabilidade do dispositivo: cuidando-se de armas de fogo, o art. 19 está completamente afastado desde a edição da Lei 9.437/97, agora confirmada a sua revogação pela Lei 10.826/2003 (estatuto do Desarmamento. No mais, ao tratarmos das denominadas armas brancas (por exclusão, as que não são de fogo), sejam próprias (destinadas ao ataque ou defesa, como punhais, lanças, espadas etc.), sejam impróprias (destinadas a outros fins, como machados, martelos, serrotes etc., mas usadas para ataque ou defesa, eventualmente), entendemos que o art. 19 é inaplicável. Não há lei regulamento o porte de arma branca de que tipo for. Logo, é impossível conseguir licença da autoridade para carregar consigo uma espada. Segundo o disposto no art. 5º, II da Constituição Federal, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Há outro ponto importante. Cuida-se de tipo penal incriminador, razão pela qual não pode ficar ao critério do operador do direito aplica-lo ou não, a seu talante. Primamos pela legalidade (não há crime – ou contravenção – sem prévia definição legal) e não encontramos lei alguma que disponha sobre o tema. (...). Parece-nos, pois, que não se pode privar um cidadão de trazer consigo, onde bem entenda, em outra ilustração, uma faca de caça (mais vulnerante que um punhal) ou simples martelo, pretendo puni-lo por contravenção penal e dando margem a uma infinita e discutível argumentação de que tal medida seria instrumento da contenção da violência. Pior: a aplicação da contravenção penal de porte de

arma branca ficaria dependente da análise da vontade do agente: se carrega a faca de caçar, não há infração penal; se a porta para fim de, eventualmente, agredir alguém, cuida-se de contravenção. O tipo penal do art. 19 da Lei das Contravenções Penais sempre teve como meta primordial impedir o porte ilegal de arma de fogo. Quando, para este tipo de arma, deixou de existir, devemos ter extrema cautela ao defender a sua vigência para outros instrumentos, não regulados por lei para qualquer fim (desde a fabricação até o porte).

Continua o referido doutrinador, finalizando:

Lembremos outro fato: em sã consciência, ninguém ingressa em restaurante, por exemplo, para tomar refeição, carregando uma foice na cinta. Voltemos os olhos ao jovem, que pretende entrar em uma danceteria trazendo consigo um soco-inglês (instrumento de metal, que pode ser inserido entre os dedos, tornando eventual soco mais forte e lesivo). Não é necessário prendê-lo por porte ilegal de arma, mas apenas impedir seu ingresso, pois o objeto é inadequado ao local. O bom senso prevalece e não nos valem do Direito Penal para conflitos dessa natureza.

Assim, a aplicação de tal artigo se mostra como uma ofensa ao princípio da intervenção mínima, haja visto que permite ao estado interferir em demasia na esfera individual do cidadão, lhe retirando autonomia e liberdade sem necessidade, ao permitir também extensa interpretação quanto aos significados do termo “arma” e deixando ao arbítrio da vontade e entendimento da autoridade a aplicação da contravenção. Contudo, nem todos pensam desta forma, o Promotor de Justiça Pedro Evandro de Vicente Rufato, em artigo publicado aduz que é desnecessária qualquer regulamentação administrativa para a tipificação da contravenção de porte de arma branca, pois o elemento normativo do tipo traduzido na expressão “sem licença de autoridade”, presente no dispositivo penal, referia-se tão somente às armas de fogo, cujo porte atualmente e conforme já ressaltado é tipificado em legislação específica. Rufato continua, e se posiciona no sentido de que não seria razoável admitir como irrelevante penal a conduta de portar armas bran-

cas de forma ostensiva, em local público para ataque ou defesa pessoal e que se a prática for tida como atípica contribuirá para a proliferação de outros delitos, como homicídio, lesão corporal e roubo.

Inicialmente, parece ser muito conveniente simplesmente dizer que a expressão “sem licença de autoridade” não deve ser levada em conta para o porte de arma branca, e seria muito audacioso de se afirmar que tal expressão nunca quis alcançar as armas brancas, mesmo quando no passado, ela valia tanto para arma de fogo quanto para arma branca e o legislador não buscou diferenciar no princípio e muito menos revogou ou alterou no presente.

Outrossim, ele destaca a questão de porte ostensivo com viés intimidativo, o que nos levaria a questionar sobre a possibilidade de porte velado, além do velho argumento de que a conduta elevaria a prática de outros crimes, o que não se mostra razoável, a exemplo disso é o Estatuto do Desarmamento que está em vigor a 10 anos e mesmo assim não foi capaz de conter o elevadíssimo número de crimes com emprego de arma de fogo.

Em que pese ainda o fato de a contravenção penal ser um crime de menor potencial ofensivo, o que não condiz com a tese de perigo abstrato ou com o argumento de que a aplicação da contravenção irá evitar a violência ou a prática de crime, pois quem se utiliza de arma para cometer crime está disposto a violar a ordem jurídica de forma mais danosa e ser punido de forma mais grave, não será uma contravenção penal que irá deter o criminoso de continuar sua conduta até o crime fim.

Não se defende uma permissividade absoluta e a qualquer preço, mas também não se pode levar para o lado da proibição a qualquer custo, é necessário estabelecer limites e é preciso garantir os direitos individuais, punir condutas sem uma análise do contexto em que elas estão inseridas e sem uma análise de sua finalidade é uma verdadeira injustiça penal, por se aproximar demais de um responsabilidade penal objetiva.

3. ARMA BRANCA: Instrumento de defesa pessoal

Muitos são os instrumentos de defesa pessoal que poderiam ser utilizados em uma situação de auto defesa, virtualmente, quase qualquer

objeto possui potencial para ataque/defesa, contudo, devemos nos voltar aos que são denominados armas próprias, ou seja, aqueles criados com a finalidade de ataque/defesa conforme já salientado. Entre os instrumentos podemos citar, facas e canivetes táticos, bastão retrátil, armas de choque (contato e lançamento), Gás de pimenta e assemelhados.

Entre as facas e canivetes, existe uma grande variedade de tipos e de modelos que são vendidos sem nenhum tipo de constrangimento ou exigências, podendo ser adquiridos na internet ou em casas de pesca e caça sem embaraços. Os modelos variam e com eles também as funcionalidades, existem canivetes que além da lâmina, possuem também o denominado corta cinto, cuja finalidade primária é o corte de cintos (veicular) ou faixas de pano e tecido, outros possuem o chamado quebra vidro, que é uma ponta de ferro/aço que facilita enormemente a quebra de vidros e pode ser utilizado como instrumento contundente para quebrar os mais variados objetos.

Impossível negar a capacidade ofensiva de tais instrumentos, podem ser carregadas de forma velada e alguns são tão pequenos que cabem na palma da mão fechada, contudo, muito raramente são vistos na prática de crimes, onde é mais comum o uso de facas de cozinha (cuja finalidade não é o ataque/defesa), o que parece ser uma ironia.

No que se refere a legislação, o único dispositivo que poderia punir o porte de tais instrumentos, em tese, seria o art. 19 da LCP já visto neste trabalho, salientando se todos os problemas e questões levantadas a respeito do referido dispositivo. Ocorre que a venda dessas ferramentas não é proibida e elas são relativamente baratas e de fácil aquisição, assim, se passássemos a aplicar de forma contundente o art. 19, uma pessoa que fosse em uma casa de pesca e comprasse um canivete deste, imediatamente estaria recaindo no tipo contravencional que possui natureza de perigo abstrato e que por isso o simples porte já configuraria o tipo, independente de risco real e não podendo ser feito prova em contrário, pois o dano é presumido pelo simples porte. Desta forma podemos observar a falta de bom senso na aplicação do famigerado dispositivo legal.

Na mesma trilha se encontram os bastões em suas mais variadas formas, como os retráteis e os fixos de qualquer tamanho, nenhum deles possui regulamentação ou possuem venda proibida ou regulada, contu-

do, poderiam ser considerados como armas, tendo em vista que possuem a capacidade de ataque ou defesa e por isso estariam dentro do rol genérico do art. 19 da LCP.

Deste modo, a legalidade do porte destes instrumentos dependerá da visão da autoridade julgadora, que como vimos, não está pacificada. Ser flagrado portando tais instrumentos pode render ao cidadão o encaminhamento à autoridade policial que deverá registrar o Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO) e encaminhar para o Juizado Especial Criminal, onde se responderá pela prática da contravenção penal do art. 19 da LCP, não havendo possibilidade de desistência do Ministério Público, tendo em vista a natureza de ação penal pública incondicionada das contravenções penais, conforme aponta o art. 17 da referida Lei. Contudo, em razão do quantum da pena do art. 19, será cabível, a depender do caso concreto, transação penal, sursis processual, conversão em restritiva de direitos e sursis penal, bem como não é possível a prisão em regime fechado, em razão do fato de a contravenção prever somente a aplicação de prisão simples pela sua prática.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, apesar da técnica legislativa deficiente na definição de conceito de arma, observa-se que o art. 19 da Lei de Contravenções Penais continua em pleno vigor, tendo sido apenas derogado pelo estatuto do desarmamento, afastando-se do seu alcance as armas de fogo.

Contudo, acredita-se que sua aplicação deve-se limitar aos armamentos que possuam alguma forma de regulamentação específica capaz de orientar o cidadão quanto à possível expedição de licença da autoridade competente para o porte da arma, não podendo alcançar armas que não possuam regulamentação e que são de fácil acesso e aquisição para a população em geral sob pena de violação de direitos individuais e princípios penais como a legalidade, ofensividade, intervenção mínima, taxatividade, confiança entre outros.

Neste sentido, armas como o gás de pimenta, espadas e espadins e as armas de choque de lançamento são armamentos controlados pelo Exército e devidamente regulamentados, de modo que está supridos todos

os elementos do tipo do art. 19 da LCP e que portanto, o porte deverá ser enquadrado nesta figura típica, ressalvando- se o gás de pimenta, que como visto, seu porte poderá ser enquadrado na figura típica do art. 253 do Código Penal, a depender da resposta da análise pericial quanto à natureza do gás, sendo considerado gás tóxico ou asfíxiante, o porte será o crime descrito no art. 253 do CP, se não for desta forma, será enquadrado no art. 19 da LCP.

Quanto aos demais tipos de armamentos que não possuem regulamentação, acredita-se que a conduta é atípica em razão da ausência de regulamentação que permita ao cidadão entender os limites de sua possibilidade de agir, ademais, a vastidão do conceito de arma só pode ser temperada com a regulamentação específica que autorize ou vede o porte específico sob pena de violação do princípio da ofensividade, da intervenção mínima e da legalidade.

Ademais, há que se pesar o fator da existência de tramitação do projeto de Lei nº 2967/2004 visando tornar crime, a conduta de porte de arma branca em via pública, de modo que se pode concluir que até mesmo nossos deputados não reconhecem a existência do art. 19 da LCP ao justificar o projeto afirmando que inexistente lei que proíba o porte de arma branca.

Inútil o projeto de lei que nunca alcançará eficácia real, tendo em vista que continuará sendo crime de menor potencial ofensivo e em razão do fato de que o criminoso não se importa com o meio quando almeja alcançar o fim, mais grave. Analogamente, o Estatuto do Desarmamento não foi capaz de frear os crimes com emprego e porte de arma de fogo, mesmo com punição bem mais severa, um crime de menor potencial ofensivo não será capaz de obter resultados.

Apesar de tudo, cabe ressaltar que o art. 19 da LCP está em vigor, deste modo, qualquer pessoa que esteja portando arma em via pública, deverá ser encaminhada a delegacia, onde será registrado o Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO) e em seguida encaminhado ao Juízo Especial Criminal, onde será analisada a tipicidade da conduta pelo juiz competente, e só após o exercício da ampla defesa e contraditório, o juiz com base na livre convicção, poderá declarar a conduta atípica.

Vale salientar que a jurisprudência se encontra dividida em relação a legalidade da aplicação do art. 19 da LCP para as armas bran-

cas, entretanto, o Superior Tribunal de Justiça, vem decidindo pela aplicação do referido dispositivo independentemente da existência de norma que regulamente a arma ou uma possível licença para seu porte.

Entende-se assim, que a aplicação irrestrita do art. 19 da LCP é uma ofensa a princípios penais e constitucionais, devendo ser levado em consideração o contexto do porte, sua finalidade, condições e demais elementos que levem a demonstrar a existência de indícios de um perigo concreto no porte de armas, afastando-se assim a natureza de crime abstrato do tipo em razão de ofensa ao princípio da intervenção mínima e princípio da ofensividade.

Por fim, acredita-se na liberdade e exalta-se a confiança nos indivíduos, esperando que eles exerçam suas ações pautadas em ideais de Bondade, Generosidade e Justiça, confia-se ainda na punição adequada aos atos praticados em transgressões aos bens jurídicos tutelados e não em meras presunções levianas que podem levar a injustos sociais e penais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 10.826 de 22 de Dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Estatuto do Desarmamento. Palácio do Planalto Legislações. Brasília, 23 Dezembro, 2003.

_____. Decreto-Lei nº 3.688 de 03 de Outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. Rio de Janeiro, 03 Outubro, 1941.

_____. Legislação Revogada. Lei nº 9.437 de 20 de Fevereiro de 1997. Institui o Sistema Nacional de Armas - SINARM, estabelece condições para o registro e para o porte de arma de fogo, define crimes e dá outras providências. Brasília, 21 Fevereiro,

1997.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação parcialmente provida para absolver o apelante do crime disposto no art. 253 do CP. TJ-DF - APR:

20131010035406 DF 0003435-29.2013.8.07.0010, Relator: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 07/08/2014, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE: 15/09/2014. Pág.: 276.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal parte geral. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

_____. Curso de Direito Penal, parte especial. vol. IV 8. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012.

JESUS, Damásio de. Lei das Contravenções Penais Anotada: Decreto-Lei n. 3.688, de 3-10-1941. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado – parte geral. vol. 1. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

_____. Direito penal esquematizado: parte especial. vol. 2. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal. vol. 1. parte geral, arts. 1º a 120 do CP / Julio Fabbrini Mirabete, Renato N. Fabbrini. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 5. ed. rev. atual. e ampli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Manual de Direito Penal. 10. ed., rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA, Jeferson Botelho. Aspectos penais sobre o uso, posse ou porte de spray de pimenta. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2197, 7 jul. 2009.

RUFATO, Pedro Evandro de Vicente. A contravenção de porte de arma branca está em vigor e não depende de regulamentação. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. no 1240. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/P>>. 27.

A INFLUÊNCIA MIDIÁTICA NA CONSTRUÇÃO SOCIAL DA REALIDADE DIANTE DO DELITO

Arthur Vinicius Rodrigues Gomes

Introdução

De início, cabe fazer algumas pontuações preliminares quanto à construção social da realidade, pois, muitos autores têm se preocupado com a questão, indagando principalmente sobre quê forma um indivíduo consegue estabelecer significações diante de determinados fatos e eventos. Porém, a busca para esse estabelecimento inevitavelmente necessita de escolha(s) certa(s) quanto ao(s) método(s) de busca e pesquisa. Quanto à Berger e Luckmann, há a construção de uma teoria fenomenológica, que cria uma ponte entre consciência e o mundo objetivo por meio da ideia de intersubjetividade (RODRÍGUEZ; MARTÍNEZ; ÍÑIGO, 2008, p. 204); que apreende suas premissas por meio de aspectos internalizados empiricamente.

Com isso, há que se dizer que a vida cotidiana passa a constituir o objeto principal do estudo, uma vez que tal circunstância é dotada de diferentes sentidos e significações atribuídas pelos indivíduos. Dessa maneira, o descritismo se mostra um método adequado porquanto que permite distintas interpretações sobre a vida cotidiana, não fazendo uso de aspectos biológicos, genéticos, para fundamentar-se; mas pelas visões que objetivam forjar uma consciência intencional diante de um determinado objeto.

A atribuição do significado a um determinado objeto detém um histórico referencial que pode ser constituído de diferentes formas. A premissa que liga todas essas formas é que não se nasce com uma bagagem ou

manual de instrução sobre como se deve agir em determinadas situações, mas a necessidade de preencher lacunas dos significados (o que não se confunde com o determinismo, pela hipótese de maleabilidade das situações e possível mudança).

Diz-se “realidade social” porque aquele indivíduo consome os fatores essenciais para que possa estabelecer interações harmônicas com outros indivíduos: é como uma constante aula de como saber se comportar e atuar em diferentes circunstâncias. Nesse sentido, nota-se que nem sempre o indivíduo estará experimentando o acontecimento, face a face, mas de alguma forma poderá entrar em contato com a circunstância de forma coerente com sua realidade. Nesse sentido, há a criação de sua visão diante das coisas exteriores, no campo concreto.

A atuação da mídia nesse processo detém especial função porquanto serve, muitas vezes, de meio de fornecimento de informação daqueles eventos que o indivíduo não consegue acessar. A problemática disso está no fato de que não há transferência integral da realidade concreta, mas um recorte. Por isso, o presente artigo visa elucidar a conexão existente entre a concepção social de crime e a contribuição midiática em torno da questão.

1. A construção social da realidade e mídia

Conforme o forjamento de uma consciência intencional, o que constituirá a existência de significado é a habilidade de aceção da realidade pelo indivíduo e sua significação. A partir da construção dessa consciência, o indivíduo adquire a capacidade de distinguir os fatos em frente a diferentes contextos e, ainda mais, reproduzir ações condizentes, contextualizadas, de modo a desenvolver uma característica comumente a uma série de circunstâncias. A maneira como o indivíduo edifica essa distinção termina sendo imposta pelo seu entendimento da realidade, que por sua vez, é dotada de significados. Como é possível, então, internalizar o critério de diferenciação diante dos eventos, isto é, como estabelecer a consciência de que as circunstâncias são diferentes e, por isso, é necessário um posicionamento conforme a hipótese?

Se o plano subjetivo atribui significados aos fatos que, por sua vez, participam da esfera concreta, não há como o subjetivismo diferenciar si-

tuações, de primeira, se não existe um dado concreto, que lhe sirva como “suporte fático” para atribuir o significado. Em outros termos, as distinções das atribuições aos significados ocorrem conforme a existência prévia de situações concretas que lhe servirão como ponto de referência. E essa referência é armazenada concomitantemente com o crescimento do indivíduo que aprenderá conforme as pessoas ao seu redor; o que termina dependendo de fatores como instituições sociais, cultura, classe, cor, gênero, idade... e outros caracteres, pois, se os indivíduos respondem conforme as circunstâncias, é inegável que essas estão intimamente ligadas aos seres que são e, portanto, não é absurdo que esses ajam de modo distinto.

Tal hipótese pode ser verificada em dois exemplos: a. a observação de um homem frente a uma paisagem natural na Nova Zelândia, supondo que esse indivíduo aprecie tal vista e; b. esse mesmo indivíduo observa o ato de um homicídio, supondo que imputa valor positivo à vida. Pode-se observar que o sentimento conforme sua condição subjetiva no primeiro caso foi de prazer enquanto que no segundo, repúdio. Se o subjetivismo do homem atribui significado ao mundo concreto, no primeiro caso, um transeunte pode divergir das significações de outro indivíduo, sendo a paisagem indiferente ao passo que pode apreciar a carnificina, no segundo caso.

Por isso, o subjetivismo e o concretismo estão inseridos em planos esféricos diferentes, porém, a realidade que deterá e participará de uma “supra ocupação hierárquica” (BERGER; LUCKMANN, 2003, p.38) será a esfera concreta, trazendo a realidade da vida cotidiana como realidade por excelência. Isso porque “a sua posição privilegiada autoriza a dar-lhe a designação de realidade predominante” (BERGER; LUCKMANN, 2003, p.38) e, ainda, constitui-se de modo a impossibilitar a subtração de sua presença grandiosa e tensa, que cerca e obriga o indivíduo a ter um caráter de plena vigilância.

Utilizando-se do exemplo da diferenciação de consciência de um determinado indivíduo frente a dois casos, e pescando aquele que está a presenciar um homicídio, o espectador da ação consegue perceber as mensagens “ocultas” (participantes da esfera subjetiva que são enviadas por meio do praticante do assassinato) sendo essas identificadas e decodificadas, *prima facie*. Por isso, além da capacidade de o ser humano fazer a diferenciação de consciência diante de fatos, ele ainda possui uma relação intersubjetiva com outros indivíduos que, por meio de objetos, imprimem suas significações. Essa capacidade traz consigo a legitimação da realidade

cotidiana e sua principal diferença entre as demais: a afirmação de que o mundo real é real para o agressor, agredido e o espectador, isto é, o mundo real possui ligação e sentido para distintos indivíduos, o que não ocorre no mundo dos sonhos, por exemplo, onde as significações contidas apenas podem fazer sentido para aquele que sonha. Portanto, diante de um evento, os sujeitos absorve a bagagem de significações contida no ato.

As significações são internalizadas por meio da interação “face a face” e da intersubjetividade que está instaurada entre os indivíduos. Quando essa situação ocorre, o outro (ser humano) mostra-se como “plenamente real”, possibilitando o conhecimento do próprio eu, por meio do interacionismo social. Inicialmente, essa relação pode se dar de modo conflituoso, pois, tanto “eu” quanto o outro pode criar tipificações, ou seja, o “tipo” em que o indivíduo se enquadra. Por exemplo: se o outro me vê como hostil, me tratará de maneira que condizente a sua visão. Esse tipo de “esquema tipificador” é estável na consciência deste indivíduo com tempo indeterminado, até que, ao passar do tempo, com o afastamento da circunstância face a face, tornar-se-á anônimo, isto é, se mostrará mais flexível. Por isso, “a estrutura social é a soma dessas tipificações e dos padrões recorrentes de interação estabelecidos por meio delas.” (BERGER; LUCKMANN, 2003, p. 52).

Um mecanismo dentro da dinâmica de criação de tipificações é a comunicação, pois, permite que a significação seja atribuída por meio da discussão e do debate sobre variados assuntos que participam ou não da esfera “face a face”. “Desse modo, a linguagem é capaz de se tornar o repositório objetivo de vastas acumulações de significados e experiências, que pode, então, preservar no tempo e transmitir às gerações seguintes.” (BERGER; LUCKMANN, 2003, p. 57). Quando uma linguagem consegue sistematizar as esferas subjetivas em função do mundo real, ordenando os fatos em um sonho, por exemplo; chama-se linguagem simbólica. Isso por que, através de tal mecanismo, pode-se atribuir significação àquilo que naturalmente não faria sentido.

A partir do possível recorte da teoria de Berger e Luckmann fica evidente que: 1) os indivíduos constroem sua subjetividade conforme as circunstâncias; 2) é possível existir mais de uma posição subjetiva diante de um caso concreto; 3) há a criação de um sistema tipificador por meio do interacionismo social que pode ser afastado; 4) a linguagem é meio de comunicação que transmite e preserva significados e experiência. Levando

tais premissas para a esfera penal e criminológica, como é possível estabelecer uma ponte entre “subjetividade coletiva”, isto é, o entendimento “social”, “populacional” e a concepção crime no senso comum?

Na era em que a substituição do ter ao aparentar ser é possível, o crescimento da mídia perde a função de *watchdog*, ideia que trata a mídia como “órgão fiscalizador” do governo em função da sociedade, como uma parede de vidro às atividades governamentais; e passa a ser um meio em que serve ao fornecimento de interesses de uma agenda privada tratada como pública. O fato de uma rede de jornalistas (e não jornalistas) servirem como “provocadores sociais” condiciona sua atividade como de grande poder, não por acaso a expressão “quarto poder” já ganhou destaque nos trabalhos acadêmicos; fazendo com que a sociedade se utilize de sua notícia para fundamentar, utilizar de argumento ou até mesmo ter ciência de determinado fato; o que é extremamente prejudicial quando não há outros subsídios para que se possa conhecer da matéria.

Por óbvio, não se pretende demonizar a atividade profissional daqueles vinculados ao jornalismo, mas não há como negar a atual utilização tal função em um regimento de controle social a partir de interesses privados. Sobre isso, Budó e Cappi (2015, p 25.) *apud* Van Dijk (1993) afirma que:

Van Dijk (1993) nota que essa concepção interacionista não pode, porém, deixar de lado a existência de uma hierarquia de poder, a qual implica em uma dominância de certos grupos e organizações em papéis de planejamento, tomada de decisões e controle sobre as relações e processos de imposição de poder. Esses grupos são chamados pelo autor de *power elites*, as quais possuem também um especial acesso ao discurso: eles têm poder simbólico, medido pela extensão de suas esferas de ação e recursos discursivos e comunicativos.

Muitos têm se utilizado dos meios de comunicação para que a sociedade ponha em pauta assuntos que não necessariamente sejam pertinentes, como forma de despistar questões relevantes ou até mesmo criar as chamadas *fake News*. Essa forma de manutenção mexe com o imaginário populacional ao ponto de se forjar uma percepção de realidade que destoa com a realidade concreta. É o que Lippman chama de “pseudoambiente” (GOMES, 2015, p. 68), isto é, um ambiente em que as sensações

emocionais sustentam uma percepção que é errônea porque o meio usado para disseminar a notícia propôs e foi construída com tal finalidade. Ainda mais, a faculdade daquilo que pode ou deve ser levado ao público já demonstra o poder de moldar a realidade e construir o pseudoambiente (GOMES, 2015, p. 68).

Quando a pauta refere-se ao Direito Penal, há a divisão clássica dicotômica entre cidadãos de bem e criminosos marginais. Essa dualidade permite que as pessoas, baseadas em seu substrato subjetivo, se adequem ao grupo que, por sua vez, é o do “cidadão de bem”. O medo instaurado a partir da notícia que não é, necessariamente, uma situação face a face propriamente, mas uma espécie de “face a face diferida”, se constrói como se fosse concreta e, mesmo que o igual evento ou semelhante não venha a ocorrer em sua vida, conviverá com a percepção de uma realidade em que o crime lhe persegue.

Porém, há que se notar que aquela notícia advém de um indivíduo, dotado de subjetividade e que realiza o recorte daquilo que considera importante ou não, fato que não diz respeito à integridade da circunstância, mas ao trecho em que se sobrepõe aos olhos dele. É a subjetividade em forma de notícia como se fosse realidade concreta. Por isso, a atuação da mídia no processo de construção social da realidade se dá não pela mudança da realidade frente aos indivíduos, mas pela alteração aparente dela. Não por acaso, “para obter determinados efeitos políticos ou um governo, não é necessário influir sobre a realidade, é suficiente agir sobre a sua imagem” (BUDÓ; CAPPI, 2015 p. 26 *apud* BARATTA, 1991, p. 63) o que demonstra o caráter de controle social por meio dos meios de comunicação.

E essa notícia dotada de linguagem que, como referido, é o meio utilizado para criação ou afastamento do esquema de tipificações, sob a premissa do Direito Constitucional à informação, chega a invadir residências para registrar imagens de crimes, inquerir vítimas de forma irregular, violando o direito de imagem de pessoas autuadas ou acusadas e, portanto, não condenadas. Aliás, sequer a condenação é aval de violação de Direito à imagem, pois, a pena imposta não está prevista na legislação penal, o que representa violência ao princípio da legalidade.

Essa ocorrência contínua e de forma superficial, tendo em vista que a mídia diz o que pensar, mas não sobre como pensar (GOMES, 2015, p.

73), preenche o imaginário do criminoso na população, o que corrobora com a ideia de acusado/autuado como condenado/criminoso, fazendo com que o material produzido mexa com sua percepção diante do caso e faça perquirir maiores medidas punitivas, sem dar conta de qualquer dado técnico para tanto. Nasce daí também o populismo punitivo.

Com isso, a população passa a pressionar o governo com a finalidade de impulsionar a produção legiferante e de atuação jurisdicional no sentido do aumento de encarceramento, tendo em vista seu suporte subjetivo em relação ao ato criminoso (ou supostamente criminoso). Budó e Cappi (2015, p. 24) *apud* Bourdieu (1989, p. 185) apontam que:

“Para modificar as decisões políticas, é necessário modificar a agenda e também as percepções públicas sobre o desvio e o crime, pois não é a gravidade do fato ou o aumento da criminalidade que provocam medidas políticas punitivistas, mas sim a percepção social sobre o tema. Bourdieu (1989, p. 185) nota que, no campo da política, a força das ideias propostas por um determinado falante, porta-voz de um grupo, não é medida pelo seu valor de verdade, como em princípio na ciência, mas sim ‘[...] pela força de mobilização que elas encerram, quer dizer, pela força do grupo que as reconhece, nem que seja pelo silêncio ou pela ausência de desmentido, e que ele pode manifestar recolhendo as suas vozes ou reunindo-as no espaço’”.

Essa perseguição se torna extremamente prejudicial à própria estrutura do Direito na medida em que o governo legitimado através de votos responde positivamente aos anseios sociais baseados em falsas percepções. E essa estratégia de resposta não é fracassada, pois, “se o discurso controla mentes, e mentes controlam ação, é crucial para aqueles que estão no poder controlar o discurso em primeiro lugar” (BUDÓ; CAPPI, 2015, p. 24 VAN DIJK, 2012, p. 18). Se a sociedade do pseudoambiente continua perseguindo o aumento de punição e medidas penais mais rígidas, os casos de violações dos direitos humanos, fundamentais e da própria “ordem” jurídica serão cada vez mais agravados negativamente, até o ponto de deixarem de existir; sendo substituídos por disposições que autorizem as violações. Como exemplo, o conhecimento pela população de casos co-

nhecido-notórios, ainda na fase do inquérito, se torna irreparáveis, pois, não há como revogar a visão da sociedade diante de um homem considerado como criminoso a partir de uma foto ou filmagem. Como deve ser explicado o devido processo legal à sociedade? E a verdade processual? Como estabelecer meios de educação sobre o Direito e combater a punição baseada em elementos de informação ou cognição sumária? A falta de conhecimento formal dos indivíduos os leva, muitas vezes, a cavarem buracos em que podem cair, mas parece não dar conta disso, pois, vivem no pseudoambiente.

As falácias em torno do Direito Penal constroem e alimentam o ideal de que o sistema carcerário controla as pessoas com liberdade privada e que, ainda, esses possuem diversas regalias e garantias, quando na verdade está em colapso. Por mais óbvio que seja, parece inútil pontuar que se o aumento de disposições punitivas fosse solução, o Brasil não teria prisões.

Considerações Finais

O processo de atribuição de significados baseada na construção social da realidade a partir de Berger e Luckmann pertence a uma ordem individual, mas que quando posta às circunstâncias coletivas, constrói-se um “imaginário coletivo valorativo” diante dos fatos que é transmitido por gerações através da linguagem. É possível dizer que cada agente social termina sendo um produto e produtor dessas significações e o esquema tipificador, respondendo a tal ordem, se torna prejudicial quando é fomentado por um ambiente irreal, como referido.

A mídia, por sua vez, passou a possuir finalidade distinta daquela que inicial possuía, fazendo com que o Direito à informação fosse “porta de entrada” para violações pontuadas (que respondem inevitavelmente à dinâmica classista), fomentando o imaginário a partir de uma agenda privada. A população, em geral, que não tem acesso às informações verídicas e, por isso, não consegue confrontar de modo direto as notícias; se tornando refém daquela versão, fato que com o passar do tempo passarão a chamar de “verdade” até que, quiçá um dia, seja desmentida pelo conhecimento. A “subjetividade coletiva” passa a se relacionar com o conceito de crime a partir de caracteres como a mídia que constrói a realidade da população pautada no interesse, mas não na realidade concreta.

Referências

- BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. **A construção social da realidade**: Tratado de Sociologia do Conhecimento. 23. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2003. 248 p. Tradução de: Floriano de Souza Fernandes.
- BUDÓ, Marília de Nardin; CAPPI, Riccardo. **Punir os jovens?:** A centralidade do castigo nos discursos midiáticos e parlamentares sobre o ato infracional. Belo Horizonte: Letramento, 2018.
- GOMES, Marcus Alan. **Mídia e Sistema Penal**: As distorções da criminalização nos meios de comunicação. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- RODRÍGUEZ, Manuel Cruz; MARTÍNEZ, Miguel Ángel Granada; ÍÑIGO, Emilio Lledó. **História da Filosofia**: Da antiguidade aos pensadores do século XXI. São Paulo: Moderna, 2008. 204 p. Tradução de: María Alicia Manzone Rossi.

A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: UMA ANÁLISE POR MEIO DA ESTRATIFICAÇÃO DOS PROCESSOS POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO ÂMBITO DA SUBSEÇÃO DA JUSTIÇA FEDERAL DE GUANAMBI-BA

Geisa Moraes Dias Rocha

Jerusa de Arruda

Filipe Aquino Pessôa de Oliveira

INTRODUÇÃO

Voltado para o prisma da Lei 8.429/1992, intitulada Lei de Improbidade Administrativa, “Lei Federal com aplicação nacional”, desde a sua vigência é tida como um dos principais instrumentos jurídicos que possui o poder de coibir a prática dos atos ímprobos.

Considerando as nuances existentes em nossa sociedade, este trabalho acadêmico traz em seu cerne questionamentos a respeito da repercussão das ações de improbidade administrativa, apresentando elementos de convicção capazes de quantificar os resultados práticos das ações de improbidade administrativa que tramitam e/ou tramitaram na Subseção da Justiça Federal de Guanambi-BA²⁶.

26 Seção Judiciária: Bahia. Subseção Judiciária: Guanambi. Jurisdição: Guanambi, Abaíra, Bo-

Com o propósito de corroborar o objeto deste estudo acadêmico, importante tratar de aspectos gerais da lei de improbidade administrativa, que elege como valor elementar a observância da probidade e dos princípios que regem a Administração Pública como forma de impedir que atos contrários venham a transgredir o interesse público e impedir a melhoria na qualidade de vida dos cidadãos.

Assim, numa abordagem acerca dos principais aspectos tratados na Lei de Improbidade Administrativa, entende-se que a probidade administrativa traduz-se em um formato arrogado pela moralidade administrativa e que a Constituição Federal, em seu art. 37, §4º, e a sua regulamentação por meio desta lei, estipulam reprimendas cabíveis ao agente público quando da não observância da honestidade e dos princípios regentes da Administração Pública no desempenho de sua função.

A Lei de Improbidade Administrativa é um dispositivo jurídico que possui o poder de coibir a prática dos atos ímprobos. No entanto, apesar de a lei sancionar de forma severa os atos ímprobos, a frequente conduta danosa destes atos atinge proporções abissais.

A Lei 8.429/92 e suas atualizações trazem um rol exemplificativo de atos que, se praticados pelos agentes públicos, importarão em perda da função pública, suspensão de direitos políticos, indisponibilidade de bens e no ressarcimento ao erário na forma e escala previstas em lei, sem prejuízo da sanção penal.

Historicamente, o Brasil é palco para a avidez e o interesse pessoal. A Administração Pública e a sociedade são vítimas da falta de decoro e respeito no trato da coisa pública. Inspirado neste contexto, o presente artigo científico parte da seguinte indagação: Quais as repercussões dos processos por improbidade administrativa no âmbito da Subseção da Justiça Federal de Guanambi-BA?

Para responder a esta problemática, este artigo objetiva analisar os processos por improbidade administrativa e suas repercussões no âmbito da Subseção da Justiça Federal de Guanambi-BA. Para tanto, definiu-se como objetivos específicos: identificar os processos que tramitam e/ou

tuporã, Caculé, Caetitê, Candiba, Carinhanha, Caturama, Érico Cardoso, Ibiassucê, Ibitiara, Iuiú, Jacaraci, Jussiape, Lagoa Real, Licínio de Almeida, Livramento de Nossa Senhora, Malhada, Matina, Mortugaba, Novo Horizonte, Palmas de Monte Alto, Paramirim, Pindaí, Rio de Contas, Rio do Antônio, Rio do Pires Santana, Sebastião Laranjeiras, Tanque Novo e Urandi.

tramitaram na Subseção no período compreendido entre os anos de 2006 a 2017; verificar o tempo médio de tramitação processual; constatar os sujeitos ativos e passivos dos atos ímprobos; quantificar os agentes ativos dos atos de improbidade administrativa; estabelecer o índice de recorribilidade; Detectar as incidências das espécies de Improbidade Administrativa; indicar os índices de incidências entre as espécies de Improbidade Administrativa; analisar o histórico de incidências processuais no âmbito dos municípios jurisdicionados.

2 MATERIAIS E MÉTODOS

A pesquisa foi realizada por intervenção do método indutivo que conforme Marconi; Lakatos (2011) parte dos dados particulares suficientemente constatados, inferindo-se uma verdade geral ou universal não contida nas partes examinadas. Desta maneira, o objetivo dos argumentos indutivos é levar a conclusão, cujo conteúdo é mais amplo do que o das premissas nas quais se fundamentam.

Para tanto, a pesquisa foi dividida em duas etapas: inicialmente realizou-se uma revisão bibliográfica que, conforme Marconi; Lakatos (2011), possibilita a síntese e a análise do conhecimento científico produzido sobre um tema investigado por meio do método sistematizado e planejado; Em seguida, desenvolveu-se uma pesquisa documental que, consoante Gil (2008), apresenta algumas vantagens por ser fonte rica e estável de dados, não implicando em altos custos, nem exige contato com os sujeitos da pesquisa, além de possibilitar uma leitura aprofundada das fontes.

Conforme o autor, as etapas utilizadas para a realização de uma pesquisa documental seguem as mesmas da bibliográfica: a) escolha do tema; b) formulação do problema; c) identificação, localização das fontes e obtenção do material; d) tratamento dos dados coletados; e) tomada de apontamentos; f) redação do trabalho.

No tocante à coleta de dados, este trabalho acadêmico orientou-se, na primeira etapa, em uma revisão bibliográfica com abordagem qualitativa e de caráter descritivo, no qual foram analisadas as correntes legalista e constitucionalista, nomes de proa dessas correntes atualizadas. Foram utilizados também da base de dados da CAPES e do SCIELO material científico e artigos publicados por autores de renome nacional, quiçá, inter-

nacional, num lapso temporal compreendido entre 2014 a 2018, sendo os últimos cinco anos, no intuito de coletar dados recentes para uma noção contemporânea acerca das nuances da Lei de Improbidade Administrativa. Serão realizadas leituras e análises dessas obras, com o fim de aclarar o entendimento acerca da temática.

A segunda etapa foi dirigida por meio da pesquisa documental numa abordagem qualitativa e quantitativa que, conforme ensina Minayo (2007).

Desta feita e, conforme pesquisa realizada na Primeira Vara Federal da Subseção Judiciária de Guanambi-BA no período compreendido entre 23-05-2018 (Anexo 1) e 30-11-2018, foram analisados os processos físicos e eletrônicos que tratam de Improbidade Administrativa que tramitam e/ou tramitaram na Subseção Judiciária, no período compreendido entre 2006 a 2017, visando verificar aspectos como: o número de ações que tramitam/tramitaram na referida Subseção, o tempo médio de tramitação processual em primeira instância; os agentes ativos do ato de Improbidade Administrativa; o índice de recorribilidade, as incidências das espécies de Improbidade Administrativa, bem como o histórico de incidências processuais no âmbito dos municípios jurisdicionados, que foram demonstrados por meio da estratificação que, conforme Peinado (2007), é uma ferramenta da ciência estatística que tem por objetivo separar os dados levantados em grupos distintos.

Em suma, ressalta-se que o critério estabelecido para iniciar a coleta de dados no ano de 2006 adveio da criação da Primeira Vara Federal da Subseção Judiciária de Guanambi-BA²⁷, instalada em 07 de fevereiro de 2006.

3 A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NUMA ABORDAGEM GERAL

No que concerne a sua previsão constitucional, nenhuma outra constituição versou sobre este instituto como fez a atual Constituição Federal. A Lei da Improbidade Administrativa (LIA) surgiu como um instrumento de defesa da sociedade no combate à corrupção. Neste seguimento, Oso-

27 07-02-2006 Instalação da Subseção Judiciária de Guanambi-BA. Tribunal Regional da Primeira Região.

rio (1998, p.232) salienta que “a constituição de 1988 inovou no seu art. 37, § 4º, alargando o conceito de improbidade administrativa, passando assim, a sociedade, a contar com mais um instrumento no combate a essa mazela que é a corrupção”.

Conquanto, sobre a temática vale salientar que esta é bem mais remota do que sabemos, assim narra Freitas (1997, p.87):

O tema Improbidade Administrativa não é recente em nossa história. Consta que a repressão à improbidade, vem do direito romano, em razão da Lex de repetundis, no ano 149 a.c., decorrente do esforço do tribuno da plebe L. Calpurnio Pisone, prevendo, como sanção, o ressarcimento ao erário.

No tocante à Lei de Improbidade Administrativa, Araújo (2009) destaca que, desde a sua vigência, tem se mostrado como um dos principais instrumentos de defesa do patrimônio público, da moralidade e eficiência no desempenho e na gestão dos recursos públicos. Para o autor, o advento da Lei de Improbidade Administrativa ocorreu num momento em que a sociedade brasileira clamava pela instituição de medidas efetivas de moralização e ética no setor público, de combate à corrupção e de punição daqueles que atuam em prol de interesses pessoais em detrimento do interesse público, ocasionando, na maioria das vezes, prejuízos ao erário e à reputação da Administração.

Neste passo, a lei de improbidade administrativa apresenta a classificação dos atos de improbidade capazes de levar ao enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário, bem como aqueles que confrontam os princípios da Administração Pública, conforme explica Horvath (2011, p.90):

A lei de improbidade administrativa consolida o princípio de que o direito não consente com práticas que acarretem enriquecimento indevido e ilícito. Essa lei busca defender os cofres públicos e, também, resguardar os princípios basilares da administração pública.

De acordo com Di Pietro (2017), a exigência da probidade ou da moralidade não se dá em razão apenas da restrita observância da lei por parte da Administração. É de caráter elementar observar os princípios da

legalidade, da ética e da boa-fé, bem como de regras voltadas a assegurar uma administração pública adequada.

Pode-se afirmar que tratar da improbidade administrativa é bem mais complexo do que pensamos. Assim, conforme Osório (1998), o ato ímprobo configura-se por meio de um processo de adequação típica, que carece da integração da Lei Geral de Improbidade com normativas setoriais aplicáveis à espécie, dentro de um esquema de valoração mais profunda da conduta proibida. Logo, tratar de improbidade administrativa no Direito brasileiro significa refletir sobre atos de corrupção *lato sensu* e, também, sobre atos de grave ineficiência funcional, ambos interconectando-se no plano da imoralidade administrativa, dentro do círculo restrito de ética institucional que domina o setor público. Para o autor, a improbidade é uma espécie de má gestão pública *lato sensu*, uma imoralidade administrativa qualificada.

4 ASPECTOS INTRÍNSECOS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Em 2 de junho de 1992, foi sancionada a Lei nº. 8.429, intitulada Lei de Improbidade Administrativa, que, conforme Araújo (2009), surgiu com o propósito de regulamentar a previsão constitucional, disciplinando os atos de improbidade administrativa, os sujeitos ativos e passivos dos atos de improbidade, as sanções cabíveis, bem como os procedimentos administrativos e judiciais aplicáveis e, com isso, coibir efetivamente a prática de atos de improbidade.

Nesta perspectiva, Araújo (2009) destaca ainda que a Lei nº 8.429/92 instituiu termos genéricos e abrangentes para a definição e qualificação das condutas ímprobas ao definir a tipificação dos atos de improbidade administrativa, agrupando-os em três categorias, conforme o bem jurídico atingido, sendo: atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito, atos de improbidade que causam prejuízo ao erário e atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Nesse esteio, encontram-se na Lei as modalidades de ato de improbidade, sendo a primeira destas, o enriquecimento ilícito, conforme dispõe o artigo 9º:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I – receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

II – perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços por preço superior ao valor de mercado [...] (BRASIL, 1992).

Ressalta-se que as condutas descritas nos incisos deste artigo são exemplificativas. Assim, Montes (2017) diz que o artigo 9º descreve um rol exemplificativo de atos que importam enriquecimento ilícito e, em decorrência dessa natureza exemplificativa, é que hipóteses não previstas nos seus incisos configuram enriquecimento ilícito, se atendidas as linhas básicas de caracterização constantes do *caput* (auferimento de vantagem econômica indevida em razão do exercício de função pública). Desta forma, casos não previstos na lei, mas que possuem as características do enriquecimento ilícito, remetem o agente às sanções da lei de improbidade administrativa, nos termos genéricos e abrangentes do artigo 9º, *caput*.

A segunda categoria trata dos atos de improbidade que causam prejuízo ao erário e encontra-se disposta na referida lei em seu artigo 10º que diz:

Art. 10. Constitui atos de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I – facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º da LIA;

II – permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º da LIA, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie [...] (BRASI, 1992).

Neste sentido, Mazza (2016) declara que o segundo tipo de ato de improbidade, exemplificadas no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa, envolve condutas de gravidade intermediária, pois, segundo o autor, trata-se de casos em que o agente público causa lesão ao erário por meio de ação ou omissão, dolosa ou culposa, que provoque a perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades públicas mencionadas na Lei.

Nota-se, conforme o autor, que a referência legal à conduta “dolosa ou culposa” implica em avaliação de elementos subjetivos do comportamento. Caracteriza, portanto, uma exceção à regra que se fundamenta na presença do dolo para que fique configurado o ato ímprobo.

Tratando ainda dos atos de Improbidade Administrativa, a terceira categoria traz o rol de atos que atentam contra os princípios da Administração pública, conforme dispõe o artigo 11:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;
(BRASIL, 1992).

O artigo supratranscrito traz um rol exemplificativo de atos que, se praticados pelo agente público, atentarão contra os princípios da Adminis-

tração pública. Neste seguimento é relevante avocar a alteração ocorrida com o advento da Lei nº 13.650, de 12 de abril de 2018, que acresceu um inciso no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa para caracterizar como improbidade a prática de transferir recursos para instituições privadas de saúde sem prévia celebração de contrato, convênio ou meio símile.

Os artigos supratranscritos enumeram de forma exemplificativa as condutas tidas como ímprobas em sentido estrito e, conforme Ribeiro (2014), a improbidade administrativa em sentido estrito compreende os atos comissivos ou omissivos insubmissos aos fatos materiais para qualificá-los, bastando a violação de um dos princípios da Administração Pública.

Quanto às penas que podem ser impostas ao agente público que praticar atos de improbidade administrativa, o artigo 12 da lei 8.429/92 estabelece que sua aplicação deve observar o tipo de ato ímprobo praticado e a extensão do dano ou o proveito patrimonial obtido pelo agente. É possível a aplicação das seguintes sanções: perda de bens ou valores, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Carvalho Filho (2010) afirma que as sanções da Lei 8.429/92 caracterizam-se por sua natureza extra penal, possuindo caráter de sanção civil e sua aplicação é privativa do Poder Judiciário. No plano processual, conforme Saraiva (2014), aplica-se a Lei de “improbidade administrativa” e, de forma subsidiária, as regras da Lei de Ação Civil Pública, Lei nº 7.347/85, observados os prazos prescricionais previsto no artigo 23 da Lei nº 8.429/92.

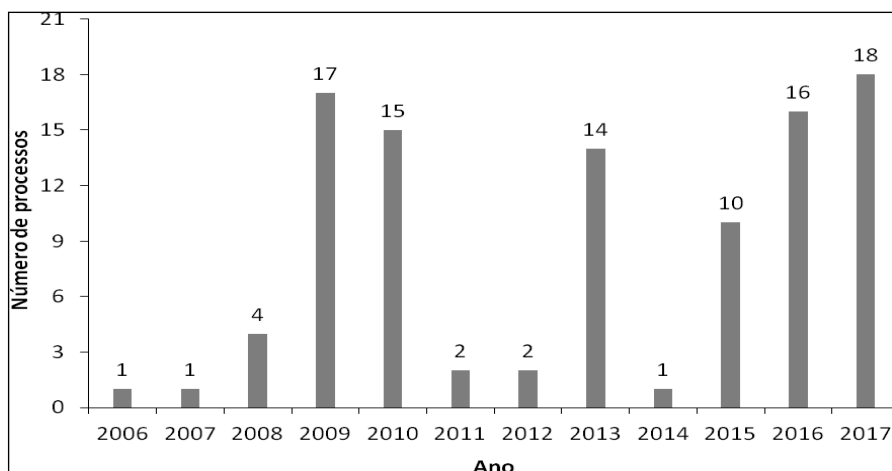
Ainda consoante Saraiva (2014), somente o Ministério Público e/ou a pessoa jurídica prejudicada tem legitimidade ativa para propor ação de improbidade administrativa, visto que, na segunda hipótese, haverá a atuação obrigatória do Ministério Público como fiscal da lei, sob pena de nulidade absoluta. O autor ainda destaca que sobre a Lei nº 8.429/92 não admitir qualquer tipo de transação, acordo ou conciliação.

5 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Após análise dos processos por improbidade administrativa que tramitam ou tramitaram na Subseção Judiciária de Guanambi-BA entre

2006 e 2017, foram contabilizados 115 processos, distribuídos anualmente conforme a Figura 1 abaixo.

Figura 1 – Número de processos protocolados por ano



Fonte: dados da pesquisa.

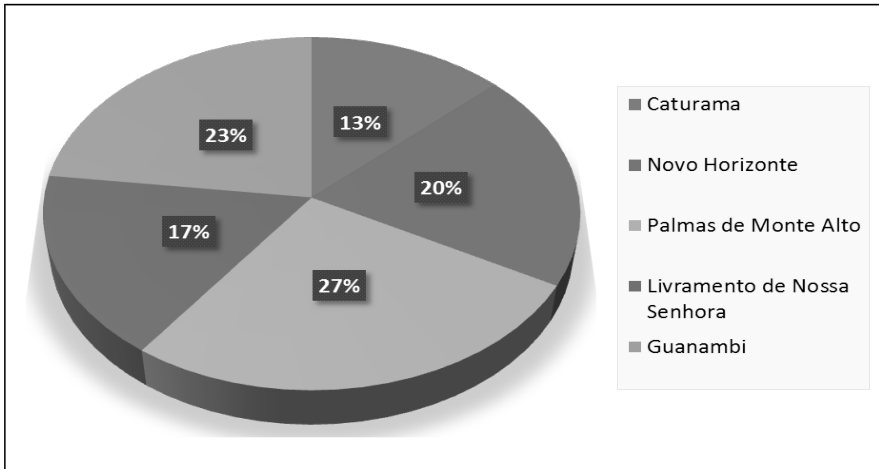
Nota-se que o número de processos movidos por improbidade administrativa aumentam significativamente no ano em que acontecem as eleições municipais (2008, 2012, 2016) ou no ano imediatamente seguinte. Neste sentido, é possível afirmar que o pleito eleitoral influencia na quantidade de protocolos de ações por improbidade administrativa.

Um ponto que certamente também interfere no ajuizamento de ações por improbidade administrativa é o prazo prescricional. Nos termos do artigo 23, I, da Lei 8.429/92, as ações destinadas a responsabilizar os praticantes de atos ímprobos prescrevem em cinco anos, contados, dentre outros marcos, do término do mandato do gestor. Assim, é de fácil percepção que, no 5º ano após o término dos mandatos dos prefeitos municipais (2009, 2013 e 2017), há um aumento significativo no número de ações ajuizadas.

Ao analisar o histórico de incidências processuais no âmbito dos municípios jurisdicionados, é possível afirmar que, dos 30 municípios que compõem a jurisdição da 1ª Vara Federal de Guanambi - BA, 23 possuem processos protocolados por improbidade administrativa (conforme tabela 1). Destes, destacam-se Caturama 4 (13%), Livramento de Nossa Senhora 5 (17%), Novo Horizonte 6 (20%), Guanambi 7(23%), e Palmas de

Monte Alto 8 (27%), como os cinco municípios com maior número de processos protocolados (Figura 2).

Figura 2 – Municípios com maior percentagem de processos protocolados



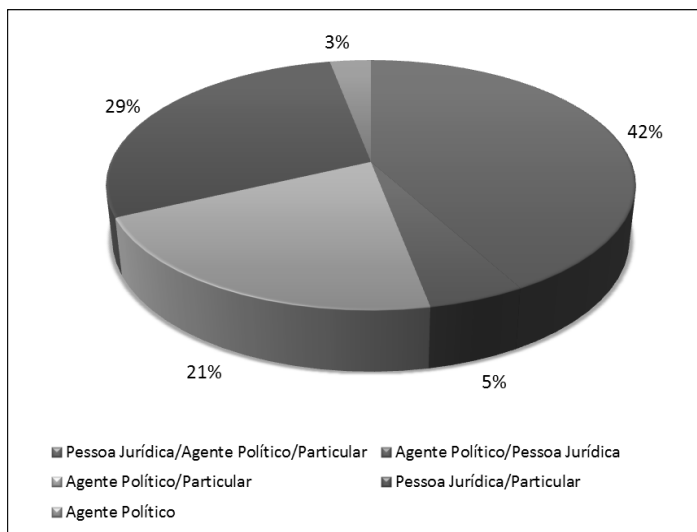
Fonte: dados da pesquisa.

Não foi possível mensurar o tempo médio de tramitação processual das ações julgadas na 1ª Vara Federal de Guanambi-BA.

Para constatar os sujeitos ativos e passivos dos atos de improbidade administrativa e classificar os agentes públicos quanto ao cargo ocupado no momento da propositura da ação, considerou-se como sujeito ativo nesta pesquisa aquele que cometeu o ato de improbidade; e, como sujeito passivo, o que sofreu o dano.

Quanto aos sujeitos ativos, tem-se que, em 3% dos processos analisados, consta como sujeito ativo apenas o agente político; em 5% o agente político e a pessoa jurídica; em 21% dos processos, figuram o agente político e o particular; já em 29%, aparecem a pessoa jurídica e o particular; Destaca-se que em 42% dos processos tanto o agente político, como a pessoa jurídica e também o particular, respondem pelos atos de improbidade administrativa (Figura 3), o que denota que há um direcionamento no sentido de responsabilizar todos os sujeitos envolvidos no ato de improbidade e não somente o agente público.

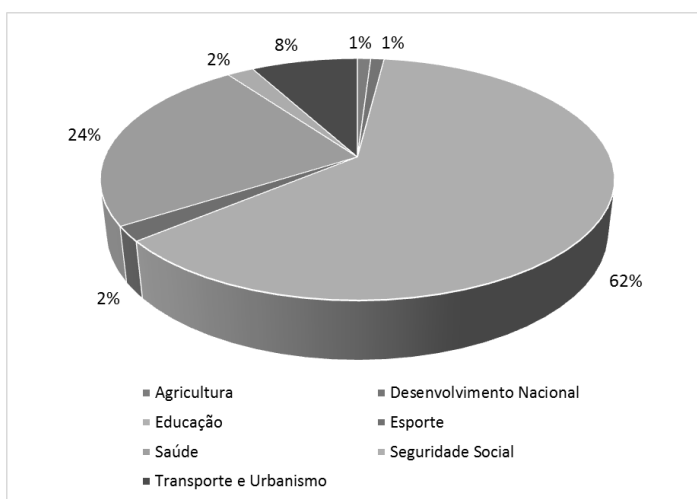
Figura 3 – Sujeitos ativos do ato de improbidade administrativa



Fonte: dados da pesquisa.

Os sujeitos passivos, que nesta pesquisa são aqueles que sofrem o dano, são representados pela União (Governo Federal). Contudo, para maior detalhamento, separou-se os processos por área - Agricultura, Desenvolvimento Nacional, Educação, Esporte, Saúde, Seguridade Social, Transporte e Urbanismo (Figura 4).

Figura 4 – Processos protocolados por área

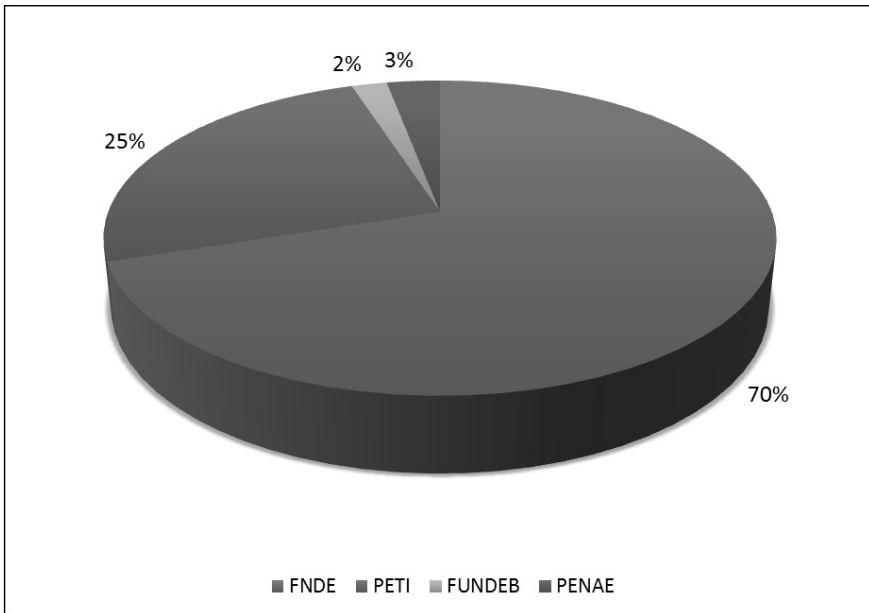


Fonte: dados da pesquisa.

Ressalta-se que a Educação alcança um percentual de 62% das ações protocoladas, sendo possível inferir que é a área com maior incidência de improbidade administrativa por parte dos municípios.

Cada ente da administração pública, direta ou indireta, que sofreu o dano, figura nos processos por meio de seus programas ou órgãos. Neste sentido, é relevante destacar que a educação, conforme dados coletados, é a área em que incidiu o maior número de ações por improbidade administrativa, 62% como dito anteriormente. Assim, o FNDE, PETI, FUNDEB e PENAE integram o rol de programas da área da educação que comportam esse volumoso número de processos (Figura 5).

Figura 5 – Processos por programas da educação



Fonte: dados da pesquisa.

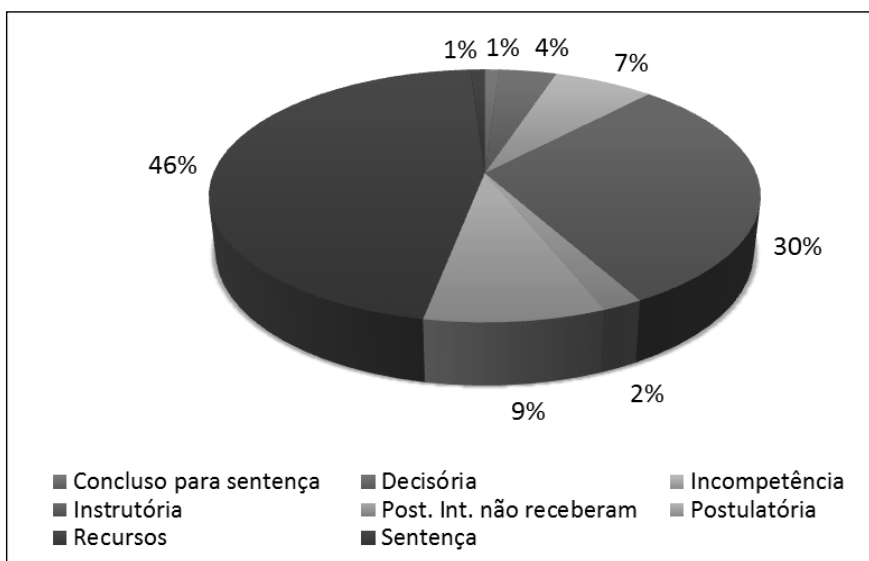
Não foi possível estabelecer o índice de recorribilidade. Foi possível, contudo, analisar os dados referentes à fase processual em que se encontram os processos protocolados entre os anos de 2006 e 2017 (Figura 6), donde se extrai que apenas 1% já está sentenciado; outro 1% está concluso para sentença; 2% em fase postulatória introdutória, pois não

foram recebidos; 4% em fase decisória; 7% foram rejeitados por não serem de competência da 1ª Vara da Subseção Judiciária de Guanambi-BA; 9% estão em fase postulatória; 30% em fase instrutória e um total de 46% em recurso.

Para detectar as incidências das espécies de Improbidade Administrativa, considerou-se a menção a um ou mais de um dos artigos da Lei 8.429/92 na petição inicial.

Destarte, tem-se os dados que se apresentam na Figura 7, dos quais se pode inferir que 40% das ações propostas se enquadram no art. 9º e 10 (enriquecimento ilícito e dano ao erário público); 27% elencam os arts. 9º e 11 (enriquecimento ilícito e desobediência aos princípios da administração pública); 17% das proposituras citam os arts. 11 e 10 (desobediência aos princípios da administração pública e dano ao erário); e 16% tem incidência dos três artigos citados.

Figura 6 – Fase processual em que se encontram os processos protocolados



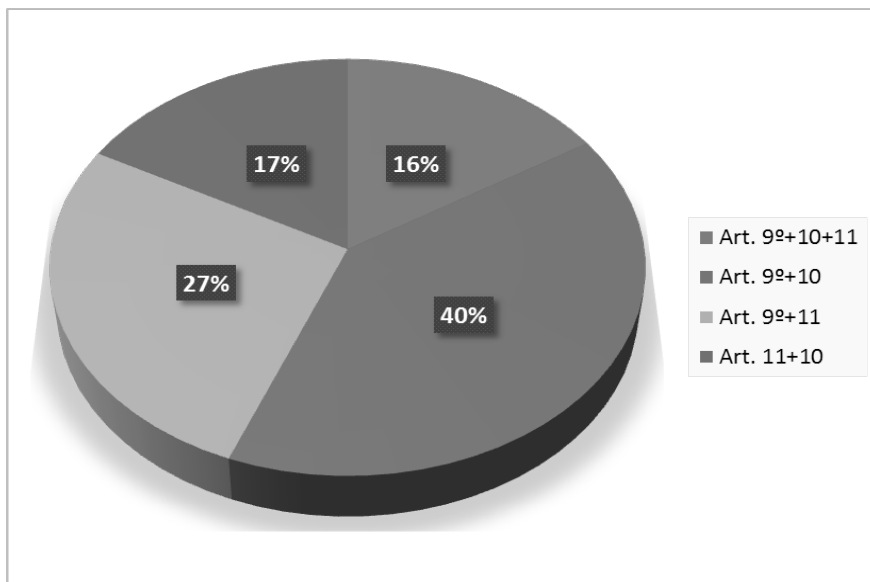
Fonte: dados da pesquisa.

Cabe ressaltar que, o art. 10-A não foi elencado em nenhum dos processos que foram analisados.

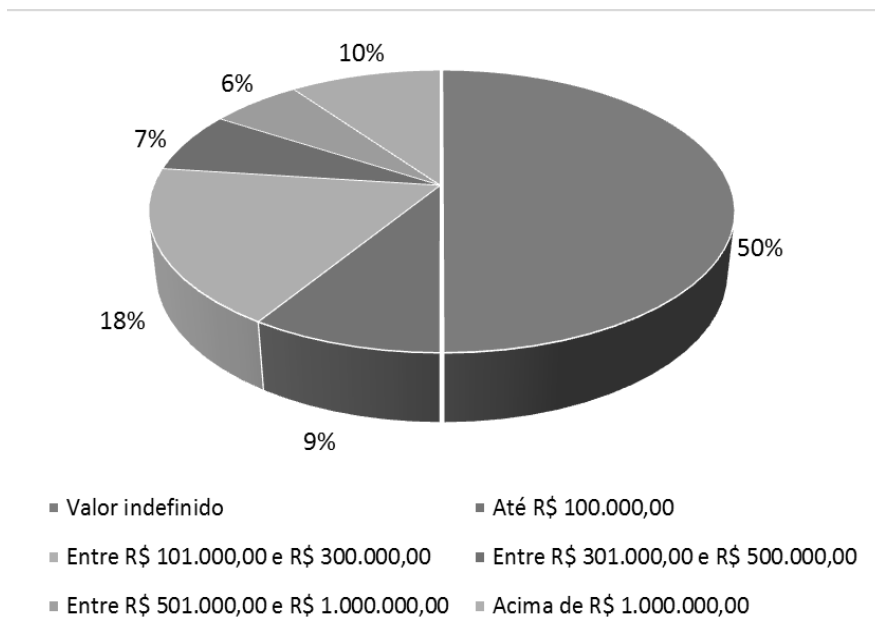
Somando-se o valor do dano identificado na petição inicial, nos processos em que tal identificação foi possível, foi alcançado um total de R\$ R\$ 23.580.677,55 (vinte e três milhões, quinhentos e oitenta mil, seiscentos e setenta e sete reais e cinquenta e cinco centavos). Em 57 processos não foi possível aferir o valor do dano, seja porque ainda estão em andamento e o dano não foi calculado, seja porque se desconhece a extensão do dano ou ainda porque o dado não se encontrava disponível para consulta.

Conforme demonstrado na Figura 08, 57 processos (50%) não possuem valor do dano definido pelos motivos que foram explicitados acima; em 11 (9%) processos o dano está estimado em até R\$100.000,00; já em 21(18%) o dano está avençado entre R\$101.000,00 e R\$300.000,00;8(7%)entreR\$301.000,00eR\$500.000,00;7(6%)entre R\$ 501.000,00 e R\$1.000.000,00; e 11 (10%) acima de R\$1.000.000,00.

Figura 7 – Incidência de tipificação dos atos de improbidade administrativa nos termos dos arts 9ª, 10, e 11 da Lei nº 8.429/92



Fonte: dados da pesquisa.

Figura 8 – Valor do dano estimado por processo

Fonte: dados da pesquisa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao propor analisar os processos por improbidade administrativa e suas repercussões no âmbito da Subseção Judiciária de Guanambi-BA, este artigo suscitou um debate acadêmico acerca da temática, até então não quantificada na jurisdição em que foi realizada a pesquisa.

Os dados coletados permitem inferir que, dada a complexidade da matéria, os processos por improbidade administrativa ainda não tem alcançado a sua efetividade plena, pois há uma demora na conclusão do processo. Apesar de a Lei de Improbidade Administrativa disciplinar de forma severa os atos ímprobos, a constante conduta danosa destes atos pelos agentes ativos é frequentemente objeto de ações propostas na Justiça Federal de Guanambi-BA.

Ainda assim, sabe-se que apenas pela possibilidade de se aplicar a lei, muitos atos ímprobos são coibidos, tendo em vista que o agente ativo teme as penalidades previstas.

Os dados apresentados demonstram que o dano aos entes públicos é de grande proporção, uma vez que 40% das ações propostas são provenientes de atos previstos nos art. 9º e 10 (enriquecimento ilícito e dano ao erário público). Entende-se, que se as verbas públicas fossem corretamente aplicadas, proporcionariam mais qualidade de vida à população dos municípios envolvidos.

Além do exposto, é possível observar que a jurisdição da Subseção da Justiça Federal de Guanambi-BA compreende 30 municípios e destes, 23 tem ações protocolizadas, o que demonstra que a incorrência em Improbidade não é local, mas regional.

Ademais, diante de todo composto formativo que se fez, acredita-se que este estudo possui significativa importância ao trazer à baila alguns aspectos referentes à aplicabilidade da lei 8.429/1992, intitulada Lei de Improbidade Administrativa, no âmbito da Subseção da Justiça Federal de Guanambi-BA sem contudo, esgotar o tema. Assim, intenciona-se que este artigo seja a base para que novos estudos sejam desenvolvidos sobre esse instituto contribuindo de forma positiva com a disseminação de conhecimento.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, R. E. de. **Os Principais Aspectos da Lei de Improbidade Administrativa**. Santa Catarina. 16 fls.2009. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/3154003>. Acesso em 20 jan 2019

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

_____. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em 20 jan 2019

- CARVALHO FILHO, J. dos S. **Manual de Direito Administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. 30 ed. São Paulo: atlas, 2017.
- FREITAS, J. Ilustração do Papel Concretizador da Interpretação Jurídica, In **O Ensino Jurídico no Liminar do Novo Século**. Faculdade de Direito PURS, Rio Grande do Sul, Editora Purs, 1997.
- GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. - São Paulo: Atlas, 2008.
- HORVATH, M. V. F. **Direito administrativo**. Barueri, SP: Manole, 2011.
- MARCONI, M. de A.; LAKATOS, E. M. **Metodologia Científica**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MAZZA, A. **Manual de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2016.
- MINAYO, M. C. de S. (org.). Pesquisa Social. **Teoria, método e criatividade**. 18 ed. Petrópolis: Vozes, 2007.
- MONTES, D. B. **Atos de improbidade administrativa**. Conteúdo Jurídico. Brasília-DF: 09 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.589230&seo=1>>. Acesso em: 11 maio 2018.
- OSÓRIO, F. M. **Improbidade Administrativa - Observações sobre a Lei 8.429/92**. 2 ed., Porto Alegre: Editora Síntese, 1998.
- PEINADO, J.; GRAEML, A. R. **Administração da produção: operações industriais e de serviços**. Curitiba: UnicenP, 2007.
- RIBEIRO, A. L. de O. **Os atos de improbidade administrativa: uma análise das características da Lei nº 8.429/92**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 04 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47243&seo=1>>.

SARAIVA, J. S.; TOFFANO M. **Abrangência da Lei de Improbidade Administrativa**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca. v.9, n.1, jul. 2014.

**ARTIGOS
DIREITOS HUMANOS E
FUNDAMENTAIS**

POLÍTICAS DA EDUCAÇÃO BÁSICA: COMENTÁRIOS SOBRE ATUALIZAÇÕES À LEI DE DIRETRIZES E BASES EM 2018

Bárbara Dias Cabral

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, lei maior do País, instituiu em seu artigo 37 (BRASIL, 1988) o Princípio da Legalidade. Em decorrência dele, as Políticas Públicas devem ser criadas por meio de leis. A Política da Educação Básica brasileira foi estabelecida por meio da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 – conhecida como Lei de Diretrizes e Bases - LDB.

É certo que a vida humana, em especial a vida escolar, é dinâmica. Como então abarcar tal complexidade num documento legislativo? O trabalho justifica-se pela necessidade em apresentar ao mundo acadêmico as mudanças na LDB, ocorridas para se amoldar a mais nuances da realidade educacional.

O trabalho tem por objetivo tecer comentários às alterações feitas na supracitada Lei de Diretrizes e Bases no ano de 2018, o que ocorreu mediante a Lei nº 13.663. A pesquisa tipifica-se em qualitativa, bibliográfica e interpretativa.

Para tanto, o trabalho se propõe a abordar algumas observações sobre Educação continuada. Num segundo momento, apresentará informações sobre combate ao bullying e paz na escola. Por fim, destacará pontos importantes referentes à educação alimentar e nutricional.

1. A EDUCAÇÃO CONTINUADA

Educação continuada é tema que repercute em todas as áreas do saber – embora oriundo da Pedagogia. Como os saberes são infinitos, hoje não se pode mais falar em “terminar os estudos.” Apresentar-se-á o conceito de educação continuada, além de sua inserção na LDB como princípio a ser aplicado à cada fase da vida escolar.

1.1 CONCEITO DE EDUCAÇÃO CONTINUADA

A educação é direito de todos e dever do Estado e da família. Depende da colaboração da sociedade e tende ao pleno desenvolvimento humano, para seu preparo ao exercício da cidadania e sua qualificação ao trabalho. (BRASIL, 1988) Abrange os processos formativos que se ocorrem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais. (BRASIL, 1996).

Embora a temática só tenha sido inserida na LDB em 2018, desde o começo dos anos 60, Paulo Freire e sua equipe de educadores, trabalhavam no Nordeste com a criação de um novo sistema na alfabetização e na educação continuada de jovens e de adultos (BRANDÃO, 2005).

Na campanha eleitoral para a eleição de novo presidente da República, em 2010, foi elaborada a Carta-Compromisso Pela Garantia do Direito à Educação de Qualidade, assinada por 27 instituições e entidades e entregue aos candidatos a cargos executivos e legislativos nas eleições daquele ano no dia 31 de agosto de 2010. A intenção era exigir desses candidatos que afirmassem seu comprometimento com políticas públicas para a educação. A carta-compromisso conta com sete medidas gerais, entre elas, promoção da aprendizagem ao longo da vida para toda criança, adolescente, jovem e adulto. (LIBÂNEO, 2012)

Educação continuada, no entender da Organização Panamericana da Saúde –OPS, é um:

processo dinâmico de ensino aprendizagem, ativo e permanente, destinado a atualizar e melhorar a capacidade de pessoas, ou grupos, face à evolução científico-tecnológica, às necessidades sociais e aos objetivos e metas institucionais. (OGUISSO, 2000)

Aprofundando a ideia de Educação continuada, Ribeiro (2001, P. 191-192) discorre que:

Educação continuada é aquela que se realiza ao longo da vida, continuamente, é inerente o desenvolvimento da pessoa humana e relaciona-se com a ideia da contrição do ser. Abarca, por um lado, a aquisição de conhecimentos e aptidões e, do outro, atitudes e valores, implicando no aumento da capacidade de discernir e agir. Essa noção de educação envolve todos os universos da experiência humana, além dos sistemas escolares ou programas de educação não-formal. Educação continuada implica repetição e imitação, mas também apropriação, resignificação e criação. Enfim, a ideia de uma educação continuada associa-se à própria característica distintiva dos seres humanos, a capacidade de conhecer e querer saber mais, ultrapassando o plano puramente instintivo de sua relação com o mundo e com a natureza.

Educação continuada aplica-se não só no contexto da educação básica. Por exemplo, é utilizada nos processos profissionais. Nesse contexto, é definida como um conjunto de atividades educativas para atualização do indivíduo, onde é oportunizado o desenvolvimento do funcionário assim como sua participação eficaz no dia-a-dia da instituição (CUNHA, MAURO: 2010).

A educação continuada já era prevista na LDB para docente, em seu art. 62 (BRASIL, 1996). Vê-se que foi um ganho para educação nacional – mesmo que um tanto tardio – a inserção de previsão legal acerca da educação continuada dos discentes. Cabe agora unir esforços do governo e da sociedade para que se efetive no cotidiano educacional.

1.2 A EDUCAÇÃO CONTINUADA COMO PRINCÍPIO DA LDB

A educação é o primeiro direito social listado na Constituição Federal (BRASIL, 1988). O art. 6º da Carta Magna faz a primeira referência constitucional sobre educação. Em seu texto, a Lei Maior faz mais de oitenta referências diretas ao tema e dedicou a Seção I do Capítulo III para tratar especificamente sobre assuntos educacionais.

A CRFB, ao abordar a temática da educação, em seu art. 22, inciso XXIV, define que é competência privativa da União legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional (BRASIL, 1988). Cumprindo tal preceito, criou-se a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 – conhecida como Lei de Diretrizes e Bases – LDB.

A supramencionada lei, em 2018, inseriu em seu rol de princípios – que se encontra no inciso XIII do artigo 3º (BRASIL, 1996) a: garantia do direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida. A partir desse ano, o ensino será ministrado oficialmente levando em conta a educação continuada.

Melo (2009, p. 882-83) define princípio como:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e sentido servido de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Pode-se auferir da citação que os princípios dão base de sustentação da norma, além de serem ideias mais genéricas. A partir deles extraem-se outras normas e preenchem-se lacunas legais, como se extrai da leitura do art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (BRASIL, 1946)

Compreendendo o conceito de princípio, fica clara então perceber a importância da educação continuada estar listada como um princípio da LDB. Agora mais do que nunca é um conceito de suma importância para o desenvolvimento da educação nacional em todos os níveis – como será aprofundado no subtítulo seguinte.

1.3 A EDUCAÇÃO CONTINUADA EM CADA FASE ESCOLAR

Por fim, em termos de acréscimos legais à LDB sobre educação continuada, tem-se a sua previsão para o caso de educação de jovens e adultos (BRASIL, 1996):

Art. 37. A educação de jovens e adultos será destinada àqueles que não tiveram acesso ou continuidade de estudos nos ensinos fundamental e médio na idade própria e constituirá instrumento para a educação e a *aprendizagem ao longo da vida*. (grifo da autora)

A definição em destaque, segundo documento de trabalho dos serviços da Comissão Europeia apresentado em Novembro de 2000, traduz-se como (Neves, 2005):

toda a atividade de aprendizagem em qualquer momento da vida, com o objetivo de melhorar os conhecimentos, as aptidões e competências, no quadro de uma perspectiva pessoal, cívica, social e/ou relacionada com o emprego.

Embora tal documento, juridicamente falando, não exerça reflexos diretos no Brasil, está alinhado com as novas normas inseridas na LDB. No mesmo caminho, Freire (2000, p. 40) ensina que: não é possível ser gente senão por meio de práticas educativas. Esse processo de formação perdura ao longo da vida toda, o homem não para de educar-se, sua formação é permanente e se funda na dialética entre teoria e prática.

Além do ensino ao longo da vida na EJA, foi inserido também, no inciso § 3º do art. 58 (BRASIL, 1996) a mesma previsão para educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação. A lei afirma que a educação deve iniciar no ensino infantil e estender-se ao longo da vida.

Há três campos de conhecimento sobre os quais os professores precisam estar muito bem informados: a legislação, os planos e diretrizes oficiais; as normas e rotinas organizacionais; as questões pedagógicas e curriculares. As escolas devem tornar disponíveis aos professores e ao pessoal técnico-administrativo os documentos básicos da legislação federal, estadual e municipal; entre eles, cópias da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, do Plano Nacional de Educação, dos parâmetros curriculares nacionais, do regimento escolar. (2012, p. 543)

Educar é uma tarefa diária e contínua. Exige empenho de docentes e discentes. Nunca termina e deve haver esforço da Estado e da sociedade

para que se aperfeiçoe em todos os níveis. Esta é a ideia geral impressa na Lei de Diretrizes e Bases no ano de 2018.

1 COMBATE AO BULLYNG E A PAZ NA ESCOLA

O Bullying é tema recorrentemente retratado em filmes e séries. Muito se fala sobre ele, mas pouco se busca por informações fidedignas. Apresentar-se-á subsídios legislativas pátrias sobre bullying, especialmente sua inserção na LDB e sua correlação com a paz na escola.

1.1 O BULLYING & A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A Lei nº 13.185, de 6 de novembro de 2015, é a lei federal que instituiu o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (Bullying), que – segundo seu artigo 1º, § 1º – define-se como:

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. (BRASIL, 2015)

O parágrafo 2º do art. 1º da referida Lei garante que esta 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. Diversos são os estados e municípios que buscaram atender à sugestão legislativa.

Como exemplo vemos a Prefeitura de Manaus, que sancionou a Lei Municipal nº 104/2016, a qual criou o “Março Laranja”, mês de prevenção e combate ao bullying escolar na capital amazonense. No mesmo sentido, a Lei nº 10418/2018 dispõe sobre a inclusão no calendário oficial do Estado do Rio Grande do Norte a “Semana de Combate ao Bullying e ao Cyberbullying”, a ser instituído na primeira semana do mês de abril, e dá outras providências.

Ademais, há o “Disque 100”, o qual está direcionado aos casos de abuso e exploração sexual contra adolescentes, mas que também atende pelos casos relacionados ao Bullying (PORTAL DA EDUCAÇÃO,

2013). Foram apresentados apenas alguns dos muitos exemplos de leis e ações relacionadas ao bullying. A inserção do tema na LDB, embora tardia, é necessária.

1.2 BULLYING NA LDB

A Lei nº 13.666, de 2018) inseriu o inciso IX ao art. 12 da LDB, o qual afirma que é incumbência dos estabelecimentos de ensino, conscientizar, de prevenir e combater a todos os tipos de violência, especialmente a intimidação sistemática (bullying), no âmbito das escolas.

Como apresentado anteriormente, há lei federal e leis estaduais e municipais anteriores à atualização sobre o tema na LDB. De forma alguma este fato torna insignificante a mudança na Lei de Diretrizes e Bases; apenas reforça a importância de abordar o tema na legislação. Afinal, o bullying é realidade latente nas escolas e não pode ser ignorado.

Onde há bullying, o rendimento escolar cai, além de outras consequências. É a conclusão a que chega Marcolino e outros (2018, p. 7):

além do impacto macrossocial, o bullying tem efeito direto nas dimensões emocionais, psicológicas, físicas e sociais. As vítimas caracterizam-se, na maioria, como indefesas, inseguras e com baixa autoestima, principalmente, por apresentar alguma característica socialmente discriminada, tornando-a alvo do agressor de bullying. Essa perseguição produz reflexos severos na saúde dos escolares vitimizados. Os mesmos desenvolvem instabilidade emocional, tendência a transtornos psíquicos, de pressão, suicídio; tristeza relacionada ao ambiente escolar desencadeando baixo rendimento de aprendizagem e até abandono, com consequente, redução da qualidade de vida desses adolescentes.

Visto que é no ambiente escolar onde ocorre o bullying, nada mais justo do que abordar o tema na LDB. Embora seja uma inserção tardia – dado que outras leis trataram do tema antes da alteração na LDB em 2018, é válida e necessária. A partir de agora é preciso focar não apenas em ações de combate ao bullying, mas em ações preventivas; programas que possam diminuir sua incidência nas escolas brasileiras.

1.3 PAZ NA ESCOLA & A LDB

Pensando em meios de combater o bullying, a LDB, em seu art. 12, inciso X, previu que é dever dos estabelecimentos de ensino, estabelecer ações destinadas a promover a cultura de paz nas escolas. Também inserido em 2018, tal preceito é de caráter preventivo.

Na Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG), foi criado o Núcleo de Estudos e Formação de Professores em Educação para a Paz e Convivências (NEP), cujo pesquisador- chefe afirma o seguinte sobre a cultura de paz:

É possível pensar a cultura de paz a comparando com a cultura da violência. Essa última tem duas características. A primeira é direta, ou seja, as agressões. Geralmente, apenas nos damos conta dessa face na escola. A segunda é estrutural: miséria, pobreza e desigualdade social geram isso. Assim, a cultura de paz busca uma reflexão individual, mas também pensar condições sociais para um processo de não-violência, e isso passa pelos direitos humanos, enfrentamento da pobreza, entre outros. (INSITITUTO NETCLAROEMBRATEL, 2018).

Libâneo (2012, p. 248) diz que a aceleração e a intensificação das mudanças que a sociedade experimenta no presente têm trazido novas expectativas em relação à escola, fazendo-a buscar transformações não apenas por meio das políticas públicas, mas sobretudo em seus aspectos pedagógico, cultural, tecnológico e metodológico, na perspectiva de constituir-se efetivamente como promotora de uma educação popular de excelência.

Mais do que a (óbvia) não-violência física, a cultura da paz promove alterações na vida do indivíduo em sua totalidade: psicológica, social, financeira e cultural, por exemplo. Quando todas as facetas humanas estão em equilíbrio – ou tendendo a ele – é possível ter um ambiente interno organizado para receber e absorver a educação formal.

2 A EDUCAÇÃO ALIMENTAR E NUTRICIONAL

Alimentação e nutrição são temas polêmicos na seara legislativa nacional. Num País em desenvolvimento, alimentar e nutrir os docentes da

educação básica é um dos fundamentos do rendimento escolar satisfatório. Apresentar-se-á a educação alimentar e nutricional na LDB, o programa nacional de alimentação escolar e a nutrição escolar no estado do Amazonas.

2.1 EDUCAÇÃO ALIMENTAR E NUTRICIONAL NA LDB

O § 9º-A. do art. 26 da LDB garante que a educação alimentar e nutricional é tema transversal da base nacional comum dos currículos da educação infantil, do ensino fundamental e do ensino médio. Garante que deve ser concedida conforme as características regionais e locais da sociedade, da cultura, da economia e dos educandos.

Sobre o conceito de Educação Alimentar e Nutricional preconiza-se que (SESAN, 2018):

é o campo do conhecimento e de prática contínua e permanente, transdisciplinar, intersetorial e multiprofissional que visa promover a prática autônoma e voluntária de hábitos alimentares saudáveis, contribuindo para assegurar o Direito Humano à Alimentação Adequada..

Mais do que fornecer comida, a educação básica deve se preocupar em prover alimentos com o correto valor nutricional. Assim, o educando terá condições melhores de absorver o conhecimento. É a mesma ideia da cultura da paz na escola; proporcionar as condições adequadas para o melhor rendimento escolar possível.

2.2 O PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR

A Lei nº 11.346/2006 estabelece as definições, princípios, diretrizes, objetivos e composição do Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN. Tem como objetivo assegurar o direito humano à alimentação adequada, levando em consideração as dimensões ambientais, culturais, econômicas, regionais e sociais.

A lei supracitada é regulamentada por meio do Decreto nº 7272/2010. Tal decreto:

define as diretrizes e objetivos da Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional - PNSAN, dispõe sobre a sua gestão, mecanismos de financiamento, monitoramento e avaliação, no âmbito do Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional - SISAN, e estabelece os parâmetros para a elaboração do Plano Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional. (BRASIL, 2010)

Já a Lei nº 11.947/2009 dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar. Apresenta seis diretrizes à alimentação escolar, além de distribuir competências aos entes federativos em relação à temática abordada. Ademais, trata da questão do repasse de verbas para a melhor execução de programas alimentares.

Outro avanço fundamental e balizador das ações de EAN no âmbito das Políticas Públicas no Brasil foi a elaboração, em 2012, do Marco de Referência de Educação Alimentar e Nutricional (SESAN, 2018). A inserção da temática na LDB em 2018 foi o estopim de um processo e não o início dele.

2.3 NUTRIÇÃO ESCOLAR NO ESTADO DO AMAZONAS

Para arrematar o capítulo, cabe apresentar um exemplo de boas práticas alimentares e nutricionais. A Assembleia Legislativa do Estado Amazonas aprovou uma proposta de emenda à Constituição Estadual que obriga o governo do Estado a contratar nutricionistas para as escolas estaduais amazonenses. (AMAZONAS ATUAL, 2018)

A Emenda Constitucional nº 104/2018 inseriu o §11 ao art. 200 da Constituição do Estado do Amazonas, alegando que:

No âmbito de sua competência, o Estado e os Municípios assegurarão a atuação profissional de Assistentes Sociais, Psicólogos e Nutricionistas no processo de ensino e aprendizagem das escolas públicas. (AMAZONAS, 1989)

Cumprе salientar que tal contratação deve ser feita conforme a Resolução nº 465/2010, do Conselho Federal de Nutricionistas. Ela estabelece os parâmetros mínimos necessários para que tais contratos ocorram da melhor forma possível. O direcionamento com qualidade do profissional

de nutrição é feito quando ele pode conhecer a realidade individual dos educandos.

Seguindo os preceitos da constituição estadual está a Secretaria de educação do Município de Manaus. O abastecimento de merenda escolar nas 496 unidades de ensino da rede municipal foi concluído em fevereiro de 2019. São 70 itens que compõem o cardápio das instituições da rede, adquiridos dentro do Programa de Alimentação Escolar, com verbas federais e do tesouro municipal. (MANAUS, 2019)

Os cardápios são elaborados em conformidade com a RESOLUÇÃO/CD/FNDE Nº 38, DE 16 DE JULHO DE 2009, que estabelece cardápios por modalidade de ensino e por faixa etária, para atender as necessidades nutricionais da clientela atendida pela rede municipal de ensino.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil vem mudando significativamente em diversos âmbitos nos últimos anos. Conscientizou-se da necessidade de políticas públicas, especialmente voltadas a educação – o que pode ser interpretado como nova organização social. O trabalho dividiu-se três capítulos.

O primeiro delimitou o conceito de educação continuada e o apresentou como princípio da LDB válido à todas as fases da vida escolar. O segundo mostrou que o combate ao bullying está diretamente conectado à paz na escola. Não deixou de falar sobre a importância de criar ações que tratem sobre o tema.

O terceiro capítulo tratou de educação alimentar e nutricional na LDB bem como o programa nacional de alimentação escolar. Encerrou apresentando o estado do Amazonas como exemplo de Estado que vem buscando se adaptar às novidades inseridas na LDB em 2018.

Conclui-se que houveram inserções legislativas relevantes ao processo educacional brasileiro. Políticas da Educação Básica se constroem no dia a dia. Cabe agora incentivar e observar Estados e Municípios para que coloquem em prática os preceitos inseridos à LDB no ano de 2018.

REFERÊNCIAS

AMAZONAS. Constituição do Estado do Amazonas. Publicada no DOE de 05.10.1989.

AMAZONAS ATUAL. **ALE inclui na constituição estadual obrigação de nutricionistas nas escolas.** Disponível em: <https://amazonasatual.com.br/ale-inclui-na-constituicao-estadual-obrigacao-de-nutricionistas-nas-escolas/> Acesso em: 06 ago de 2019.

BRANDÃO, Carlos Rodrigues. **Paulo Freire, educar para transformar:** fotobiografia / Carlos Rodrigues Brandão. São Paulo: Mercado Cultural, 2005. 140 p. Disponível em: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/Brasil/ipf/20130619042331/Freire.pdf> Acesso em 05 ago de 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 5 de outubro de 1988.

_____. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

_____. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.

_____. LEI Nº 11.346, DE 15 DE SETEMBRO DE 2006. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN.

_____. Lei nº 11.947, de 16 de julho de 2009. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar.

_____. DECRETO Nº 7.272, DE 25 DE AGOSTO DE 2010. Regulamenta a Lei no 11.346, de 15 de setembro de 2006, que cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN.

_____. Lei nº 13.185, de 6 de novembro de 2015. Institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (Bullying).

CFN. Resolução nº 465/2010, do Conselho Federal de Nutricionistas.

CUNHA AC, MAURO MYC. **Educação continuada e a norma regulamentadora 32:** utopia ou realidade na enfermagem? Rev. bras. Saúde ocup. 2010; 35 (122): 305-313.

Dicionário de Políticas Públicas: volume 2/ Carmen Lúcia Freitas de Castro, Cynthia Rúbia Braga Gontijo, Luciana Moraes Raso Sardinha Pinto (organizadores). – Barbacena: EdUEMG, 2015.

FNDE. RESOLUÇÃO/CD/FNDE Nº 38, DE 16 DE JULHO DE 2009,. Estabelece cardápios por modalidade de ensino e por faixa etária.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Indignação**: cartas pedagógicas e outros escritos. São Paulo: UNESPE, 2000.

INSTITUTO NETCLAROEMBRATEL. **Aplicar cultura de paz na escola exige práticas combinadas entre diversas disciplinas**. Disponível em: <https://www.institutonetclaroembratel.org.br/educacao/nossas-novidades/reportagens/aplicar-cultura-de-paz-na-escola-exige-praticas-combinadas-entre-diversas-disciplinas/> Acesso em 5 ago de 2019.

Libâneo, José Carlos **Educação escolar**: políticas, estrutura e organização / José Carlos Libâneo, João Ferreira de Oliveira, Mirza Seabra Toschi - 10. ed. rev. e ampl. - São Paulo: Cortez, 2012.

MANAUS. Lei Municipal nº 104/2016. Cria o “Março Laranja”.

_____. Distribuição da merenda escolar na rede municipal de ensino de Manaus é concluída. Disponível em: <http://www.manaus.am.gov.br/noticia/distribuicao-da-merenda-escolar-na-rede-municipal-de-ensino-de-manaus-e-concluida/> Acesso em: 08 ago de 2019.

MARCOLINO, E. C. *et al.* **BULLYING: PREVALÊNCIA E FATORES ASSOCIADOS À VITIMIZAÇÃO E À AGRESSÃO NO COTIDIANO ESCOLAR**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/tce/v27n1/0104-0707-tce-27-01-e5500016.pdf> Acesso em: 5 ago de 2019.

MELO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

NEVES, António Oliveira das (Org.) **Estudo de avaliação das políticas de aprendizagem ao longo da vida**. Lisboa: DGEEP, 2005.

OGUISSO, T. **A educação continuada como fator de mudanças**: visão mundial. Nursing (São Paulo). 2000;3(20):22-9.

PORTAL DA EDUCAÇÃO. Disque Bullying. <https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/pedagogia/disque-bullying/31921>. Acesso em 05 ago de 2019.

RIBEIRO, Vera M. **Educação de Jovens e Adultos**: novos leitores, novas leituras. Campinas, Mercado das Letras, 2001.

RIO GRANDE DO NORTE. Lei nº 10418, de 10 de agosto de 2018. Dispõe sobre a inclusão no calendário oficial do Estado do Rio Grande do Norte a “Semana de Combate ao Bullying e ao Cyberbullying”, a ser instituído na primeira semana do mês de abril, e dá outras providências.

SESAN. **Princípios e Práticas para Educação Alimentar e Nutricional**. Disponível em: http://www.cfn.org.br/wp-content/uploads/2018/08/CADERNO_EAN_semmarca.pdf Acesso em 7 ago de 2019.

INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA PARA DEPENDENTES QUÍMICOS E A COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: O DIREITO À VIDA E À SAÚDE VERSUS O DIREITO À LIBERDADE DE ESCOLHA

Isabela Pfister Gonçalves

1. INTRODUÇÃO

Este artigo analisará os argumentos invocados pelos magistrados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro dentro do período de 2017 a 15 de agosto de 2019, no tocante a fundamentação das decisões que defere a internação compulsória de dependentes de drogas. Se investiga ainda se há algum embate jurídico conforme apontado pela doutrina acerca da colisão que a compulsoriedade da internação provoca se se considerar o princípio da liberdade individual.

Sabe-se que o direito à liberdade está atrelado ao arbítrio que o indivíduo deve usufruir, externar e também viver, em consonância com as próprias escolhas. Inerente a essas seleções de cunho pessoal, haverá também, sempre em algum momento, discordâncias advindas daqueles que compõem o círculo de convivência da pessoa, mas que, em regra, deve ser respeitada.

Todavia, determinadas escolhas pessoais, abala a vida não só daquele que escolhe, mas também prejudica a convivência social e familiar. O

uso costumaz de entorpecentes modifica não só o comportamento do usuário, mas também suas ações já que este se torna refém da dependência química.

Além da possibilidade de tornar-se agressivo e perigoso para aqueles que o circundam, ainda coloca em risco a própria vida através dos perigos que o uso desenfreado de entorpecentes pode provocar na sua saúde, motivo pelo qual busca-se a prestação jurisdicional a fim de tratar do dependente.

Note-se que é daí que surge o conflito entre direitos constitucionais igualmente previstos, que são a liberdade versus à saúde e à vida.

Neste contexto a pesquisa buscará investigar através da análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, qual direito é priorizado nas decisões dos julgadores, analisando ainda o discurso empregado na fundamentação decisória.

Para tanto, no desenvolvimento da pesquisa inicialmente será contextualizado o conflito entre os princípios no caso de resistência à internação, expondo neste momento, as correntes doutrinárias existentes que versam sobre a questão.

Adiante, se analisará quantitativa e qualitativamente os principais argumentos observados no discurso que os julgadores utilizaram para fundamentar e deferir a internação compulsória, como o direito à vida, direito à saúde e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Por fim, se apresentará os resultados da pesquisa onde se descreverá não só os argumentos utilizados pelos julgadores para deferir a internação compulsória mas também se descreverá se existe ou não debates acerca da colisão com o princípio da liberdade de escolha.

2. O CONFLITO ENTRE OS PRINCÍPIOS NO CASO DE RESISTÊNCIA À INTERNAÇÃO - CORRENTES DOUTRINÁRIAS

Encontramos na literatura jurídica uma discussão acerca da violação do princípio constitucional da liberdade e da livre escolha sempre que a lei impõe ao usuário de drogas sua internação de forma compulsória.

Alguns posicionamentos afirmam haver violação do citado direito mediante a desconsideração da vontade do favorecido, já que ao demons-

trar resistência pessoal e a mesma ser ignorada, caracterizado então estará a violação ao seu direito de liberdade.

Segundo esta corrente de pensamento, a autonomia da vontade do indivíduo tem que ser preservada sob qualquer situação, mesmo se argumentando que em face da dependência química costumaz, o mesmo deixou de ter possibilidade de discernir o que é melhor para si mesmo, e em decorrência disso, não deve mais prevalecer o próprio comando sob sua vida.

Isto quer dizer em outros termos que mesmo que a internação compulsória signifique para o dependente uma oportunidade de redenção do universo sombrio das drogas, ainda assim não deve se sobrepor a autonomia vontade individual, até mesmo porque resultado positivo nenhum traria, se se considerar que para tanto, é necessário a disponibilidade e a vontade do paciente de mudar sua realidade.

Para esta corrente afrontar a liberdade individual de alguém é violar outros princípios constitucionais também relevantes, como o princípio da dignidade da pessoa humana.

Simpático a esta corrente Dartiu Xavier da Silveira que diz que “não existe respaldo científico sinalizando que o tratamento para dependentes deva ser feito preferencialmente através de internação. Internação compulsória tendem a gerar recaídas em até 95%!”

E Gustavo Henrique de Aguiar Pinheiro finaliza afirmando que a internação compulsória “é uma restrição à liberdade autorizada pela Lei que está em dissonância com os parâmetros constitucionais, pois, não existe autorização direta da Carta Magna para a mencionada limitação de direitos”. (PINHEIRO, 2012, p. 5).

Assim, conforme esta corrente a internação compulsória só faz restringir e violar os direitos fundamentais do usuário, não lhe beneficiando em nada, já que a luta contra o vício é por demais penosa, sendo requisito primordial para sucesso no enfrentamento, o elemento vontade, o que não ocorre neste tipo de internação.

Por outro lado, temos outra corrente que invoca o direito a vida enquanto bem maior a ser protegido defendendo ainda que este deve se sobrepor a qualquer outro.

Argumentam que, considerando que o usuário de drogas não dispõe de controle sobre o próprio vício e pelo seu descontrole perde também a

possibilidade de discernir qual seria o melhor caminho a trilhar, deve o Estado então tomar essa decisão por ele a fim de proteger-lhe a vida através da internação compulsória. Ademais, a internação é uma chance de restauração, uma outra oportunidade de se reerguer além de primar pela continuidade da vida, devendo, portanto, estar acima de qualquer outro direito, inclusive se este vier suprimir a liberdade.

Comungando deste entendimento temos Tânia Regina de Matos, que afirma “[...] a internação compulsória vem ao encontro da dignidade do ser humano e isso não pode ser negado àquele que, tendo-a perdido nos caminhos da droga, precisa ser reabilitado”. (MATTOS, 2016, p. 67).

No mesmo sentido Luís Flavio Saporì afirma que “é chegada a hora de deixarmos as ideologias de lado e encararmos a realidade de frente (...) oferecendo a internação, mesmo que compulsória, por determinado tempo para os casos mais graves”. (SAPORI, 2011, p. 39).

E finalizado Arles Gonçalves Junior afirma que “(...) a internação compulsória dos dependentes químicos é totalmente legal, não fere direitos fundamentais do usuário pois busca preservar e resgatar a dignidade destes cidadãos (...)”. (GONÇALVES JÚNIOR, 2011, p. 6).

Assim, conforme esta corrente, inexistente afronta aos direitos fundamentais do indivíduo quando se está priorizando outros direitos mais relevantes, como o direito a vida, uma vez que ao internar compulsoriamente o usuário de drogas, oferece-lhe o benefício de um possível resgate de sua dignidade, já perdida pelo vício.

3. PLANEJAMENTO METODOLÓGICO

Na execução do presente artigo, se coletou dados no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, particularmente nas decisões sobre internação compulsória dentro do período de janeiro de 2017 a 15 de agosto de 2019.

O recolhimento dessas informações norteou-se através das medidas provisórias de urgência que pleiteavam a internação.

Com a finalidade de demonstrar o entendimento da magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, buscou-se analisar o discurso dos julgadores através dos argumentos que mais se destacavam em suas decisões. Nesta análise observou-se que o direito constitucional à

saúde, à vida bem como o acato a dignidade da pessoa humana formam as categorias que mais foram salientadas nas fundamentações.

Contudo, esta pesquisa não se abstém de mencionar outros argumentos que, outrossim, embasam os julgados, embora figurem em índices quase remotos.

Vale esclarecer que a pesquisa não se vincula unicamente em apresentar dados quantitativos uma vez que se formula também uma singela análise do discurso dos julgadores em suas deliberações.

Na busca e recolhimento de material para confecção da pesquisa, se buscou dados através da palavra-chave” internação compulsória” no ícone “pesquisar” jurisprudência no sítio do TJ RJ.

Após consulta do próprio programa ao banco de dados do site, trouxe o resultado, dentro do período selecionado (de 2017 até a data da consulta – 15 de agosto de 2019) o resultado de 127 resultados.

No filtro deste resultado, identificou-se que dessas 127 decisões, 31 ocorreram em 2019; 44 ocorreram no ano de 2018 e 38 ocorreram no ano de 2017.

Dessas 127 decisões, identificou-se três argumentos que mais figuravam nas decisões dos magistrados, como o direito constitucional à saúde, à vida e a dignidade da pessoa humana.

Cumpre elucidar ainda que no filtro dessas 127 decisões, também se observou que em 14 decisões os julgadores discutiram outros direitos diversos do objeto da ação, como questões sobre competência quando ajuizada ação em juízo equivocado; defesa do consumidor para o usuário que está vinculado a plano de saúde que se nega custear sua internação; defesa de pessoa idosa que corre risco com a convivência com usuário costuma de drogas; e, por fim, negatória da internação pela não comprovação da necessidade de urgência da medida. Todos esses argumentos não constituem uma categoria analisada destacadamente na pesquisa exatamente porque constituem argumentos minoritários que são invocados casualmente.

Note-se que a seleção das decisões aconteceu face a disponibilização ofertada pelo site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que proporciona ambiente virtual acessível para consulta.

Cabe esclarecer que a pesquisa tem caráter documental, quantitativo e qualitativo, pois utilizou-se como método a contagem de dados estatís-

ticos a fim de quantificar os argumentos mais utilizados pelos julgadores do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Qualitativo, pois se fez uma análise do discurso emitido pela magistratura esclarecendo quais argumentos justificavam a concessão da internação compulsória para tratamento de usuários de drogas.

E documental porque se embasou nas decisões emitidas pela magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro dentro do período histórico analisado.

Por derradeiro, vale elucidar que analisando as decisões esta pesquisa se organizou em quatro etapas: no primeiro momento se discorreu sobre o conflito existente entre a concessão da internação compulsória e a sua colisão com outros princípios constitucionais; no segundo momento se discorreu e analisou cada argumento invocado pelos julgadores; no terceiro momento se ilustrou graficamente os dados coletados. E, por fim, no último momento, se apresentou os resultados da pesquisa, explicando minuciosamente a maneira pela qual a internação compulsória e compreendida pela magistratura do estado do Rio de Janeiro, dentro do período histórico analisado.

4. FUNDAMENTOS USADOS PARA DEFERIR A INTERNAÇÃO COMPULSORIA

Após leitura dos votos expostos nas decisões, observou-se que as mesmas foram decididas com fundamentos no direito à vida, no direito à saúde e no princípio da dignidade da pessoa humana.

Notou-se também que as decisões ressaltaram a obrigatoriedade do poder público em apresentar meios que promovesse a saúde do indivíduo, não se discutindo em momento nenhum nem tampouco se fazendo menção a quaisquer violações a outros princípios constitucionais como o da liberdade de escolha, conforme veremos a seguir.

4.1. Direito à Vida

O direito à vida é um dos argumentos mais utilizados para fundamentar as decisões dos magistrados no momento do deferimento da internação compulsória.

Este direito é assegurado pela Carta da República não podendo ser apontado como um simples texto legislativo, mas ao contrário, deve sim, ser acatado como norma jurídica que é, e que impõe uma obrigação de fazer do poder público, admitindo, portanto, que sua execução se realize através do Poder Judiciário.

O direito a vida está preceituado pelo art. 5º, caput, da Carta da República onde se apregoa que todos os brasileiros devem gozar “do direito à vida”.

A vida é indiscutivelmente um direito fundamental e indisponível, no qual praticamente ninguém, com discernimento pleno, deseja abrir mão. Daí as razões pelas quais esta incumbência recaiu sob o poder público, que na sua missão de administrador da vida em sociedade, deve promover meios para que a mesma seja protegida integralmente, inclusive em situações nas quais a pessoa não associa que suas ações colocam em risco a própria vida.

Portanto, a conservação da vida é o mais relevante de todos os direitos já que sem ele os demais em nada beneficiará à pessoa. Por isso o Poder Judiciário não tem se furtando de decidir favorável a certas providências urgentes requeridas, como a internação compulsória de dependente de drogas, cuja finalidade é preservar à vida daquele que tem problemas com vício.

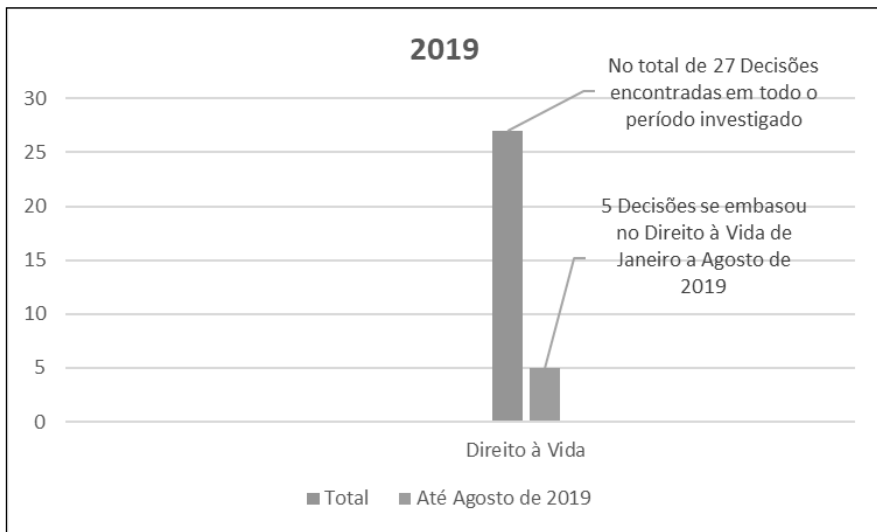
De forma célere, os magistrados têm se disposto a assegurar aos requerentes esse socorro, a fim de manter a vida dos mesmos através da internação, cujo propósito é tentar restabelecer a saúde do paciente, ofertando-lhe também uma nova oportunidade de refazer a vida com dignidade e distância da dependência a que está entregue.

Assim, empenha-se para entregar ao jurisdicionado a prestação jurisdicional que prioriza a proteção do seu maior bem, que é o direito à vida, em consonância com o estipulado pela Magna Carta.

Os dados quantitativos comprovam que das 127 decisões encontradas sobre internação compulsória no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, entre os anos de 2017 a agosto de 2019, em 27 oportunidades o julgador invocou o direito à vida enquanto base de amparo para sua fundamentação.

As decisões foram assim distribuídas quanto a esta categoria:

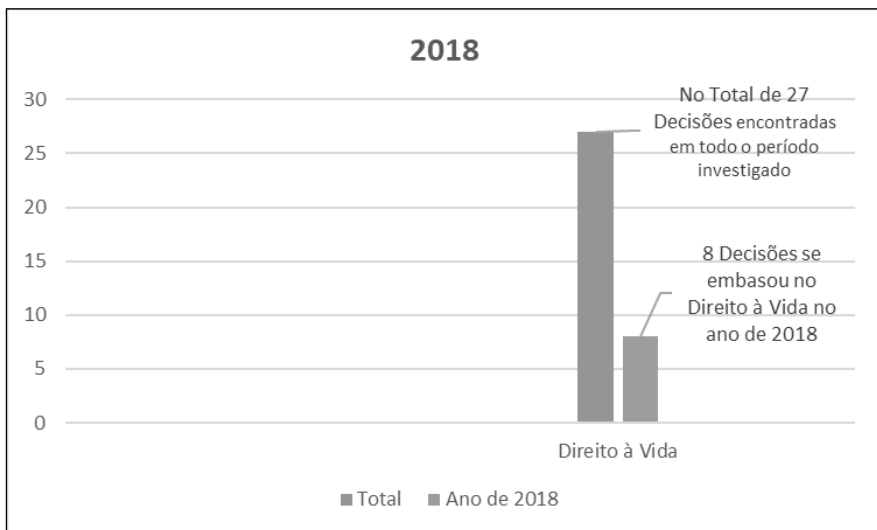
De janeiro a 15 de agosto do ano de 2019, o direito à vida foi utilizado como fundamento em 5 oportunidades, conforme figura gráfica a seguir:



Fonte: Gráfico elaborado pela autora.

Assim, percebe-se que o direito à vida foi objeto de fundamentação decisória em 18,5% até 15 de agosto de 2019.

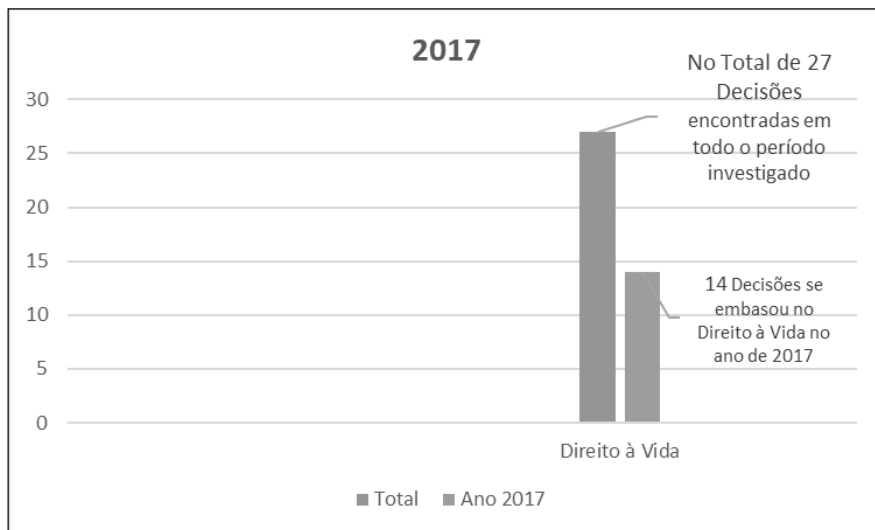
Já no ano de 2018, o direito à vida foi utilizado como fundamento em 8 oportunidades, conforme figura gráfica a seguir:



Fonte: Gráfico elaborado pela autora

Assim, percebe-se que o direito à vida foi objeto de fundamentação decisória em 30% no ano de 2018.

E por fim, no ano de 2017, o direito à vida foi utilizado como fundamento em 14 oportunidades, conforme figura gráfica a seguir:



Fonte: Gráfico elaborado pela autora.

Assim, percebe-se que o direito à vida foi objeto de fundamentação decisória em 51% no ano de 2017.

4.2. Direito à Saúde

O direito à saúde e o argumento mais usado pelos julgadores para fundamentar as decisões referentes a internação compulsória.

A saúde como se sabe, é um requisito muito relevante para continuidade da vida, estando portanto, intimamente vinculada a esta, já que aquele que tem saúde frágil corre o risco de ver sucumbir a própria existência.

Conforme orientação do artigo 196 da Carta da República, a saúde é dever do Estado e direito de todos, e por isso deve ser priorizada, o que representa dizer que é vedado a contenção de ações que venha limitar a oferta de quaisquer atos neste sentido, inclusive aqueles voltados para a internação compulsória.

Como é de obrigação Estatal a promoção de políticas públicas que visem ofertar saúde a todos os indivíduos, os julgadores então têm utilizado muito este argumento para conceder a citada internação dos usuários de drogas, pois face domínio que o vício exerce sobre sua vontade, estes acabam colocando a própria saúde em risco.

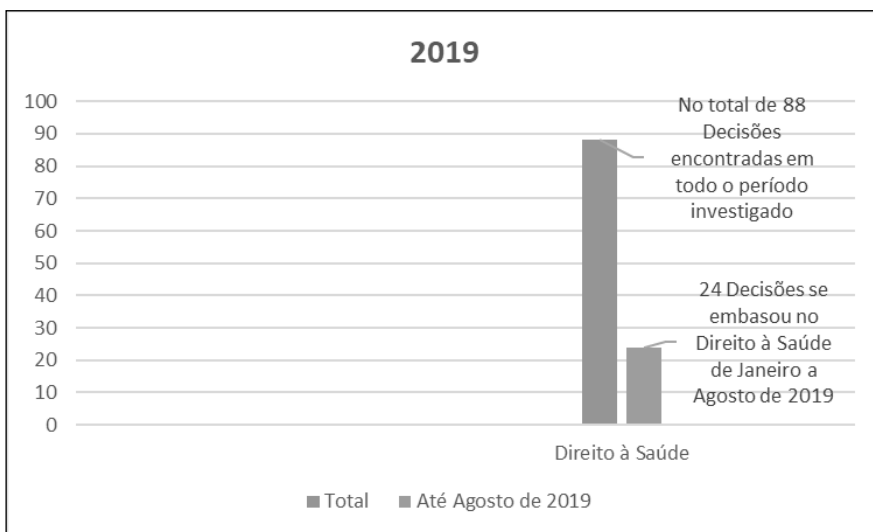
Como a dependência química minimiza ou suprime do usuário o seu discernimento e senso de perigo, o Poder Judiciário então tenta garantir a esses indivíduos através da internação compulsória, o direito constitucional à saúde, haja vista que essas pessoas representam risco para elas próprias e em muitos casos para terceiros. Em decorrência dessa realidade, o Poder Judiciário através de seus julgadores não tem se mostrado indiferente a questão, já que têm buscado atender aos requerentes que buscam na justiça a prestação jurisdicional a fim de obter internação para os necessitados.

O direito à saúde é classificado na Carta da República como sendo um direito de prioridade absoluta devendo ser afeiçoado pelo Poder Público em atendimento a Lei maior. Assim, observa-se que o direito a saúde é um bem jurídico que usufruiu de proteção absoluta, não podendo, portanto, ser negligenciado, motivo pelo qual as decisões dos julgadores têm sido deferidas sob este argumento quando discutida a internação compulsória.

Os dados quantitativos comprovam que das 127 decisões encontradas sobre internação compulsória no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, entre os anos de 2017 a 15 de agosto de 2019, em 88 vezes o julgador aplicou o direito à saúde enquanto argumento de apoio para sua fundamentação.

As decisões foram assim distribuídas quanto a esta categoria:

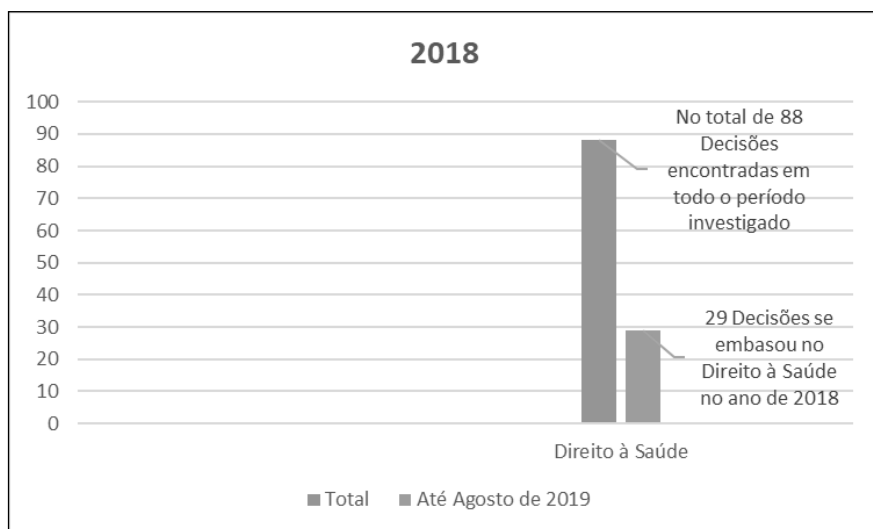
No ano de 2019, até o dia 15 do mês de agosto, o direito à saúde foi usado como base em 24 oportunidades, conforme figura gráfica a seguir:



Fonte: Gráfico elaborado pela autora.

Nota-se que que o direito à saúde foi objeto de fundamentação decisória em 27% até 15 de agosto de 2019.

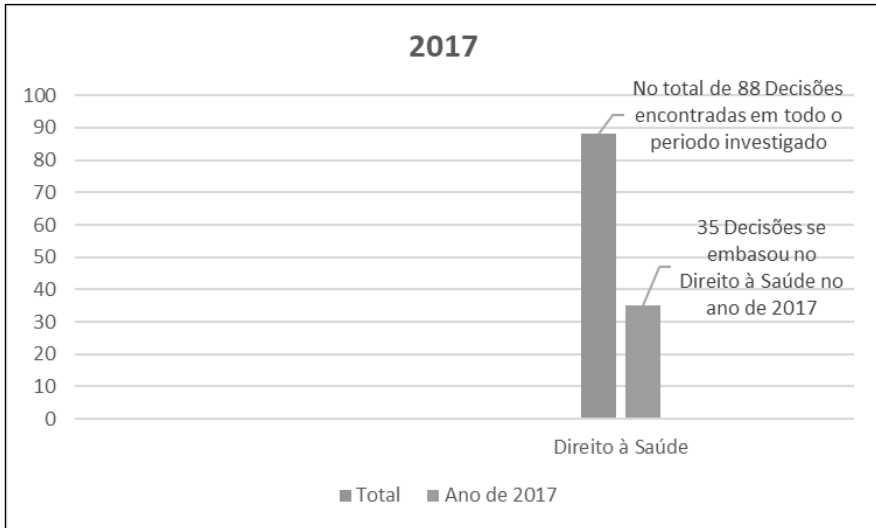
Já no ano de 2018, o argumento do direito à saúde foi usado pelo julgador como base para sua decisão em 29 oportunidades, conforme figura gráfica a seguir:



Fonte: Gráfico elaborado pela autora.

Nota-se que o direito à saúde foi objeto de fundamentação decisória em 32% no ano de 2018.

Por fim, no ano de 2017, o argumento do direito à saúde foi utilizado pelo julgador como base para sua decisão em 35 oportunidades, conforme figura gráfica a seguir:



Fonte: Gráfico elaborado pela autora.

Nota-se que o direito à saúde foi objeto de fundamentação decisória em 40% no ano de 2017.

4.3. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana também é outro fundamento que embasa as decisões dos julgadores na internação compulsória, embora em menor escala do que o direito a saúde e o direito à vida.

O princípio da dignidade da pessoa humana é um direito também fundamental que deve ser empregado de forma imediata já que objetiva assegurar a dignidade da pessoa humana, especificamente na sua necessidade emergencial de preservar a própria vida.

Por isso não se deve aplicar nenhum tipo de objeção ou limitação sob qualquer pretexto com o fito de negar-lhe, inclusive com argumentos de

possíveis violações ao direito de liberdade, já que diante da análise dos interesses visados através da internação compulsória, prioriza-se a vida do indivíduo que sofre risco de sucumbir.

A manutenção da vida através do acesso a tratamentos médicos que visem sarar as doenças e combater as enfermidades são direitos assegurados pela Carta da República e que precisam ser realizados para preservação da dignidade da pessoa humana.

Embora o Poder Judiciário respeite e considere os direitos de liberdade e autonomia da pessoa, reconhecendo-os inclusive como direitos fundamentais, em se tratando de internação compulsória, outros valores devem se sobrepôr, como o direito à vida do usuário que se encontra vulnerável diante da sua dependência química absoluta, primando assim por sua dignidade.

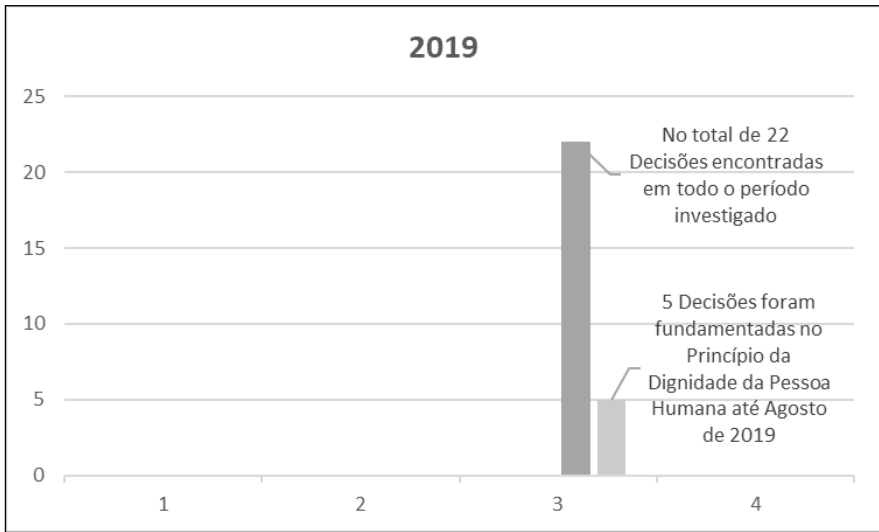
Expõe-se ainda que o princípio da dignidade da pessoa humana foi alçado à condição de princípio substancial, sendo esta mais uma motivação pelo qual foi invocado nas decisões para justificar o deferimento da internação compulsória.

Assim, se na internação compulsória existe colisão entre os princípios constitucionais da liberdade e da saúde, na avaliação dos interesses, os julgadores têm optado pela vida e pela saúde do usuário, já que somente assim, se resguardará a dignidade da pessoa humana.

Por fim, vale acrescentar que o dependente químico atenta contra a própria dignidade já que está dominado pela compulsão, sendo ofício do Poder Público, disponibilizar a este, uma oportunidade para que possa ser resgatado da derrocada na qual se encontra.

Os dados quantitativos comprovam que das 127 decisões encontradas sobre internação compulsória no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, entre os anos de 2017 a 15 de agosto de 2019, em 22 vezes o julgador utilizou o argumento do princípio da dignidade da pessoa humana como veículo para sua fundamentação jurídica. E as decisões foram assim distribuídas:

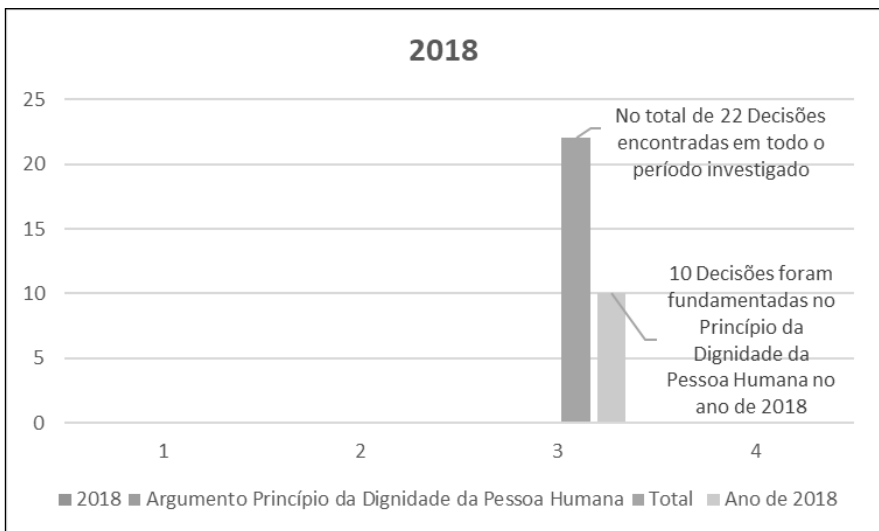
Até 15 de agosto do ano de 2019, o princípio da dignidade da pessoa humana serviu como base em 5 oportunidades, conforme figura gráfica a seguir:



Fonte: Gráfico elaborado pela autora.

Nota-se que o princípio da dignidade da pessoa humana foi objeto de fundamentação decisória em 22% até agosto de 2019.

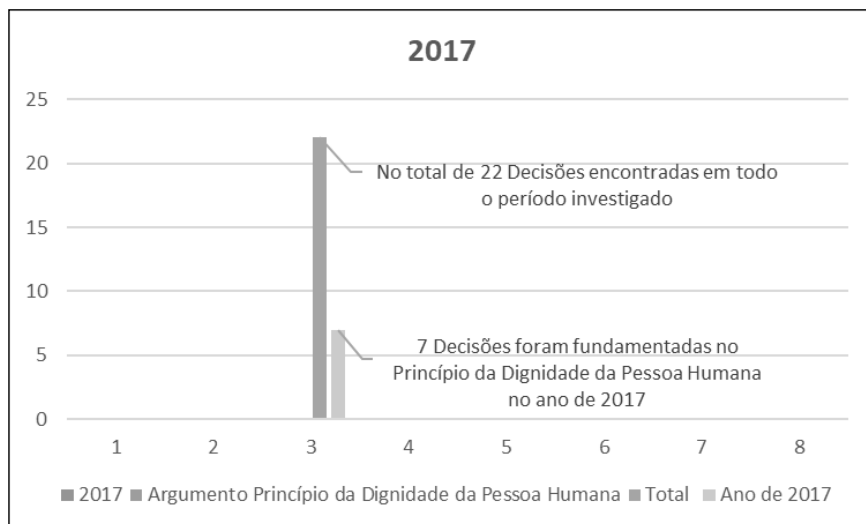
Já no ano de 2018, o argumento do princípio da dignidade da pessoa humana foi usado pelo julgador como base para sua decisão em 10 oportunidades, conforme figura gráfica a seguir:



Fonte: Gráfico elaborado pela autora.

Nota-se que que o princípio da dignidade da pessoa humana foi objeto de fundamentação decisória em 45% no ano de 2018.

Por fim, no ano de 2017, o argumento do princípio da dignidade da pessoa humana foi utilizado pelo julgador como base para sua decisão em 7 oportunidades, conforme figura gráfica a seguir:



Fonte: Gráfico elaborado pela autora.

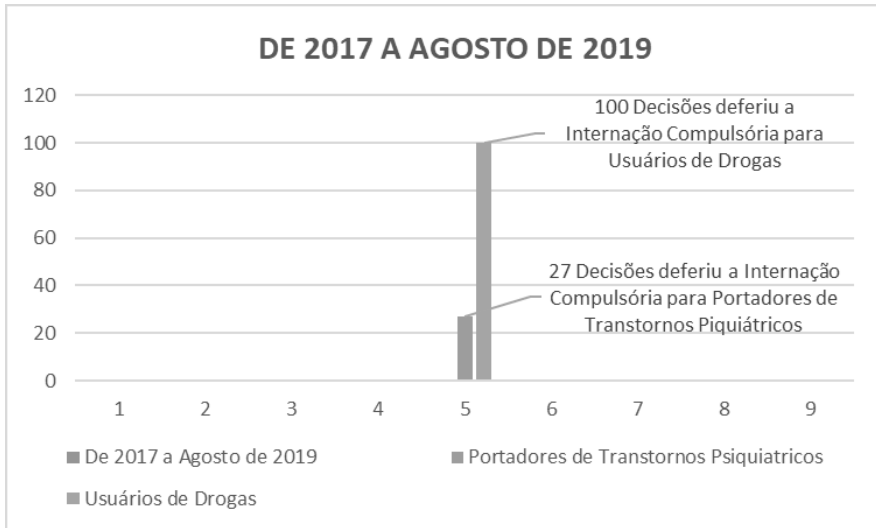
Nota-se que que o princípio da dignidade da pessoa humana foi objeto de fundamentação decisória em 31% no ano de 2017.

5. RESULTADOS

Os resultados da pesquisa demonstraram que do ano de 2017 até 15 de agosto de 2019 existem 127 decisões sobre internação compulsória no sítio do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Dessas 127 decisões, 27 delas a internação foi requerida para atendimento de pessoas portadoras de outros transtornos psiquiátricos.

As demais 100 decisões, a internação foi requerida a fim de atender os indivíduos com problemas de vícios de drogas ou com vício de drogas e álcool, conforme gráfico a seguir.



Fonte: Gráfico elaborado pela autora

Observou-se que na fundamentação das sentenças os julgadores têm invocado o direito à saúde, direito à vida e o direito a dignidade da pessoa humana como prioritários, e por isso, ignorados têm sido outros argumentos como os direitos de liberdade e de escolha dos pacientes que são internados compulsoriamente para tratamento.

Na leitura dos julgados, identificou-se também em 4 decisões que os julgadores focaram em outras questões processuais, como conflito de competência, e por isso declinou o processo para outro juízo, deixando a discussão acerca do objeto pretendido na ação, para o outro magistrado.

Uma decisão versava não sobre a internação compulsória propriamente dita, mas sim sobre cobrança de contraprestações devidas pelo ente público originadas de internações compulsórias de pacientes.

Uma outra decisão focou nas relações de consumo onde se discutiu a viabilidade da internação compulsória ocorrer através do plano de saúde do dependente de drogas. Todavia, segundo a seguradora do plano de saúde, havia limitações para as internações do paciente face o tipo de contratação que o mesmo escolheu, e em decorrência disso, este acabou permanecendo internado por um período aquém daquele que realmente necessitava, motivo pelo qual demandou na justiça.

Uma decisão deferiu a internação compulsória fundamentando que o mesmo deveria ocorrer em face da obrigação de fazer do ente público, todavia, justificou a urgência da medida provisória com fulcros na necessidade de proteção da pessoa idosa, no caso a genitora do usuário que corria risco de vida já que o mesmo vinha apresentando comportamento agressivo.

Em uma decisão se impôs a suspensão do processo, já que o dependente químico faleceu no desenvolvimento do mesmo.

Em duas decisões se negou a internação compulsória. A primeira delas ocorreu porque o magistrado entendeu que não foram preenchidos os requisitos necessários à concessão da tutela provisória de urgência, afirmando inexistir comprovação da alegada necessidade. E a outra ocorreu porque igualmente não foi comprovada a existência de risco para o próprio paciente ou para terceiros a fim que se justificasse a hospitalização involuntária.

Em 4 decisões a medida provisória de urgência foi deferida unicamente com fulcros na Lei nº 10.216/01 que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

Afora essas decisões, todas as demais dentro do período histórico pesquisado foram deferidas e fundamentadas no princípio da dignidade da pessoa humana, no direito constitucional à saúde e no direito constitucional à vida.

CONCLUSÃO

Na investigação proposta neste artigo buscou-se analisar os argumentos que embasaram as decisões dos magistrados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no período de 2017 a 15 de agosto de 2019 sobre internação compulsória.

Sabe-se que o usuário costumaz de entorpecentes coloca em risco à sua saúde e por consequência, à sua vida. Este indivíduo necessita de tratamento, de apoio e de ajuda a fim de obter uma oportunidade para resgatar a sua dignidade e o respeito social.

Todavia, nem sempre o doente tem essa noção, e em muitas situações acredita que conseguirá deixar o hábito por iniciativa própria. Outros per-

dem o discernimento e não consegue mais enxergar que está dominado pela dependência, e que necessita urgentemente de socorro. Em ambas as situações o usuário se nega a submeter-se a um tratamento de forma espontânea, o que acaba colocando sua vida em risco e também daqueles com quem convive.

A internação compulsória entra neste contexto a fim de proteger à vida do dependente sendo esta uma medida excepcional e de urgência já que o usuário perde a capacidade de discernir que sua escolha danosa põe em risco a sua própria vida.

As decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, dentro do período histórico investigado deferem majoritariamente a internação compulsória por considerar prioritário o direito à saúde dos dependentes, buscando, com isso, proteger-lhes à vida e também a dignidade.

Como a oferta de meios para preservação da saúde é uma obrigação Estatal, o Poder Judiciário carioca não se tem se omitido em decidir favorável ao cumprimento deste encargo, já que à vida e à saúde devem se sobrepor a outros princípios por ventura aventados, como o da liberdade de escolha.

Assim, as decisões nortearam-se pelo bom senso, pelo equilíbrio e pela real necessidade mais relevante, considerando o que seria mais proveitoso para o dependente químico, sua família, sociedade e Estado.

As fundamentações se embasaram na prudência e na ponderação daquilo que atende melhor a necessidade do dependente químico.

Desta forma não há que se falar em privação da liberdade individual através da supressão do direito de escolha, já que à vida e à saúde são direitos mais relevantes a serem considerados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GONÇALVES JÚNIOR, A. **Internação Compulsória de Dependentes Químicos**. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, ago. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-ago-05/internacao-compulsoriadependentes-quimicos-constitucional>>. Acesso em: 25 jul. 2019.

MATTOS, Tânia Regina de. **Internação Compulsória**. Disponível em www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos.../MarianaSantosGarcia.pdf. Acesso em: 10 ago. 2019.

PINHEIRO, Gustavo Henrique de Aguiar. **O devido processo legal de internação psiquiátrica involuntária na ordem jurídica constitucional brasileira**. Disponível em www.revistas.usp.br/rdisan/article/download/692/701/. Acesso em 08 ago. 2019.

SAPORI, Luís Flavio. **Segurança no Brasil: Desafios e perspectivas**. Rio de Janeiro: FGV, 2011.

REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA POST MORTEM E A REFLEXÃO CONSTITUCIONAL

Maira Leonildes Boavista Gomes Castelo Branco Marques

Thiago Henrique Costa Marques

Maria Isabel Boavista Gomes Castelo Branco

Jesus Boavista Gomes

Introdução

O progresso tecnológico na área da biomedicina se intensificou nas últimas décadas, proporcionando muitas conquistas, tais como a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos, a cura de doenças, o aprimoramento de tratamentos de saúde, entre outros benefícios.

No que tange à medicina reprodutiva, esses avanços foram ainda mais internos, a exemplo da interferência externa em fatores até então considerados naturais como o início da vida. Essa ingerência possibilitou a realização do planejamento familiar de muitos casais que tinham o sonho de terem filhos, mas não conseguiam gera-los naturalmente. Por outro lado, acarretou muitas preocupações, pois, apesar dessas vantagens, evidenciou a vulnerabilidade humana e a necessidade de imposição de alguns limites.

A sociedade está em intensa transformação e, diante desses novos fenômenos, deve-se buscar o avanço biotecnológico sempre acompanhado dos princípios da bioética e do biodireito. O progresso científico precisa ser pautado em valores morais, éticos e no respeito ao ordenamento jurídico, para que haja um equilíbrio entre inovação e responsabilidade.

As técnicas de reprodução humana assistida acarretaram um profundo impacto em paradigmas bastante arraigados no Direito. Até um passado recente, o único modo de gerar uma criança era por meio da conjunção carnal e o prazo máximo para o nascimento era de 300 dias. Atualmente, é possível formar um embrião fora do ventre materno, em laboratório, por meio da fertilização *in vitro*.

Entre os avanços observados pode-se citar o desenvolvimento do feto no útero de outra mulher que não a mãe; o nascimento de uma criança por meio de doação de gametas ou embriões de terceiros e até mesmo a geração de um descendente após muitos anos da morte do pai.

Diante desse cenário, nota-se que essas novas formas de reprodução decorrentes de técnicas inovadoras da biomedicina, podem afetar consideravelmente as relações de filiações e parentesco até então solidificadas pelo ordenamento jurídico.

Em outras palavras, essa evolução biotecnológica na área reprodutiva tem influencia no Direito brasileiro, que necessita reavaliar diversas construções teóricas. Nesse sentido, o Código Civil de 2002 inseriu no capítulo da filiação, ao lado da presunção dos filhos concebidos entre 180 e 300 dias da conjunção carnal, a presunção dos filhos havidos pelas técnicas de reprodução assistida.

Essa inovação permitiu a presunção da filiação dos filhos havidos após o falecimento do marido; os decorrentes de embriões excedentários; ou, até mesmo, os decorrentes de inseminação artificial heteróloga, desde que haja prévia autorização do marido. Trata-se de uma grande evolução social, já que essas crianças devem ser protegidas juridicamente.

Mas, de todas essas técnicas de reprodução medicamente assistida, a que causa mais impacto é a possibilidade de reprodução humana *post mortem*, conforme dispõem os incisos III e IV do artigo 1.597 do Código Civil. Por esses incisos o ordenamento civil permite que a viúva possa se utilizar do sêmen do *de cuius* ou embrião congelado para implantá-lo em seu útero e, assim, gerar um filho.

Vale destacar que essa permissão da reprodução medicamente assistida após a morte do genitor acaba por gerar diversas consequências nas relações familiares, bem como na ordem jurídica. No entanto, os efeitos daí decorrentes não foram previstos, acarretando, dessa maneira, muitas dúvidas e controvérsias que devem ser enfrentadas.

Por isso, o presente artigo pretende demonstrar, além dos aspectos gerais da reprodução assistida, os impactos familiares e a reflexão constitucional sobre a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana e a autonomia da vontade pela inseminação artificial *post mortem*. Esse tema é muito importante, pois tais técnicas inovadoras da biomedicina já estão sendo aplicadas na área reprodutiva, e o ordenamento necessita estar atento aos relevantes efeitos, com o intuito de proteger os envolvidos, por meio da imposição de certos limites e do respeito aos valores constitucionais.

1. Reprodução Humana Assistida

Tão antigo quanto a busca de meios contraceptivos é o combate à infertilidade. A descoberta dos métodos anticoncepcionais proporcionou o controle sobre a reprodução, fato que trouxe muitas mudanças nos comportamentos sociais, como uma maior autonomia e alterações na estrutura familiar. Um exemplo desse fator é a inserção das mulheres no mercado de trabalho, gerando o adiamento da decisão de se tornarem mães, ocasionando certas adversidades para a gestação. No entanto, outros fatores podem causar complicações para gerar um filho, como disfunções hormonais, alterações congênitas, inflamações, fatores que levam à esterilidade ou à infertilidade, tanto feminina como masculina. (LEWICKI, 2003)

Apesar dessas mudanças, o sonho de reforçar a união, o aumento da família, transmitindo os próprios genes ou vivendo a experiência da gestação sempre esteve presente de maneira bastante intensa na sociedade. De modo geral, o desejo de ter filhos é inato ao homem.

Na busca pela realização desses anseios, observou-se o desenvolvimento de avançados estudos sobre reprodução humana, assegurando novas formas de procriação. A transformação no campo reprodutivo é que a relação sexual não é mais a única forma de obter a concepção, fato que causa uma enorme mudança na estrutura social, bem como no arcabouço normativo.

Atualmente, é possível a interferência externa nos processos de procriação, possibilitando que a vontade, aliada ao projeto parental e o sucesso da técnica de reprodução medicamente assistida, possa gerar um novo ser sem necessidade de relações sexuais.

A reprodução humana assistida pode ser conceituada como o conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana, a partir da manipulação de gametas e embriões, objetivando, principalmente, combater a infertilidade e propiciando o nascimento de uma nova vida humana. (RIBEIRO, 2002)

A utilização das técnicas de reprodução medicamente assistida derruba certos paradigmas bastante solidificados no ordenamento. Até então, a procriação somente poderia ocorrer pela relação sexual. Por consequência, a maternidade era considerada sempre certa, ou seja, mãe era aquela que dava à luz. Como ressalta Gustavo Tepedino, as técnicas de fertilização assistida abalam toda uma dogmática, principalmente em relação ao Direito de Família, antes estruturando com base na procriação espontânea. (TEPEDINO, 2001)

Ocorre que, com o advento de tais procedimentos, hoje é possível, por exemplo, que a parturiente não seja a mãe biológica e que o genitor somente tenha fornecido seu material reprodutivo, eximindo-se de qualquer responsabilidade no projeto parental. Estas são somente ilustrações para demonstrar o abalo que esses avanços médicos ocasionaram em diversas áreas do conhecimento e, especificamente, no Direito de Família.

Para efeitos didáticos, falar-se-á alguns tipos de métodos de reprodução assistida. O primeiro deles é inseminação artificial que por sua vez, foi a primeira técnica de reprodução humana assistida utilizada por médicos a partir de 1932, quando foi possível se verificar com maior precisão o período fértil da mulher e, de acordo com Eduardo Leite, intensificou-se em 1945 com a criopreservação, que é a união de gametas. (BARBOZA,1993)

A fertilização *in vitro* consiste na retirada de óvulo da mulher ou de uma doadora para fecundá-lo na proveta, com sêmen do parceiro ou de terceiro, para posteriormente introduzir o embrião em seu útero ou no de terceira.²⁸ De qualquer modo, nesses casos, a fecundação é extracorpórea. Esta técnica é mais complexa do que a inseminação artificial, pois envolve um tratamento prolongado, no qual a mulher deve tomar diversos medicamentos, com o objetivo de estimular a ovulação e, assim, aumentar o número de óvulos.

28 DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 3 ed. aum. E atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 552

2. O Ordenamento Jurídico Brasileiro e a Reprodução Humana Assistida

A família passou a ser expressamente tratada em nível constitucional desde a Carta Magna de 1934, não obstante ser de uma maneira bastante conservadora, visando somente a paz familiar.²⁹ Diante das transformações na sociedade, textos legislativos posteriores procuraram atenuar esse conservadorismo, mas foi somente a Constituição Federal de 1988 que trouxe uma mudança de paradigmas no ordenamento jurídico, em especial, no Direito de Família. Isso porque buscou priorizar o personalismo em detrimento do patrimonialismo, através do respeito ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, conforme o artigo 1º, inciso III.

Assim, a família deixa de ser merecedora de proteção por si, como instituição, passando, diante de seu aspecto solidarista, a ser funcionalizada. Nesse sentido, importante princípio destacado no *caput* do artigo 226 da Constituição é princípio da tutela especial à família. Por ele, verifica-se que a família tem lugar privilegiado na sociedade, devendo ser protegida, na medida em que seja um espaço de fortalecimento da dignidade de seus integrantes; busque os seus interesses e promova o completo desenvolvimento de suas personalidades.

Em relação a essa mudança de perspectiva, uma novidade inserida no artigo 226 §§ 3º e 4º da Constituição Federal de 1988 foi o reconhecimento constitucional do pluralismo das entidades familiares, ou seja, além do casamento, outras espécies de família são também reconhecidas e protegidas, tais como a união estável e a família monoparental. Vale aqui ressaltar que essas entidades familiares são citadas de maneira exemplificativa.

O princípio da igualdade entre homens e mulheres nas relações de casamento e união estável foi uma importante evolução, pois a mulher deixou de ser subserviente, tendo em vista que por muito tempo o homem era considerado o chefe de família. Atualmente ambos têm os mesmos direitos e deveres sendo corresponsáveis pelas decisões familiares, conforme estipula o § 5º do artigo 226 da Constituição Federal.

29 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008, p. 113-114.

Outro reflexo dessa mudança de perspectiva foi a disposição expressa pela Constituição no artigo 227 do princípio da igualdade entre os filhos e a proibição de qualquer forma de discriminação. Essa foi uma grande conquista, já que por muitos anos os filhos decorrentes de relações extra-matrimoniais não gozavam de proteção. Hoje, os descendentes possuem todos os direitos independentes da origem da filiação. Esse princípio é relevante no que tange às técnicas de reprodução assistida, pois ainda há um impasse entre doutrinadores quanto a alguns direitos nos procedimentos *post mortem*.

O princípio da liberdade familiar, disposto no artigo 226, § 7º da Constituição, refere-se aos direitos reprodutivos, ou seja, ao fato de o casal poder livremente decidir sobre o seu projeto de família, como o número de filhos, métodos contraceptivos, por exemplo. Cabe ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, sendo vedada qualquer forma de coerção estatal. Mas este princípio não é absoluto, devendo se levar em conta outros princípios, tais como o da dignidade da pessoa humana dos envolvidos e o melhor interesse da criança.

Relacionado ao princípio anterior está o princípio da paternidade responsável, presente no artigo 226 §7º da Constituição. Por este princípio verifica-se que ao lado do direito à liberdade sexual, há a responsabilidade ao se tornar pai e mãe. Guilherme Calmon dispõe a respeito desse princípio:

[...] há responsabilidade individual e social das pessoas do homem e da mulher que vêm a gerar, no exercício das liberdades inerentes à sexualidade e à procriação uma nova vida humana, cuja pessoa – a criança – deve ter priorizado o seu bem-estar físico, psíquico e espiritual, com todos os direitos fundamentais reconhecidos em seu favor[...].³⁰

Outro princípio essencial, vinculado ao anterior e que está inserido no artigo 227 do texto constitucional é o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Por ele, deve ser dada absoluta prioridade ao completo desenvolvimento dos menores, resguardando seus direitos de maneira que possam ter uma adequada formação, possibilitando o apri-

30 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípios constitucionais do direito de família, op. Cit. , p. 78.

moramento de suas potencialidades. É importante destacar que o filho não pode mais ser considerado objeto da relação com seus pais, mas sim sujeito de direitos, que necessita de atenção especial, pois está em fase de aprendizado. Trata-se de um dever tanto da família, como da sociedade e do Estado e engloba o direito à vida, à saúde, à convivência família, isonomia entre filhos, colocando-os a salvo de toda forma discriminatória.

É preciso também mencionar o princípio da convivência familiar, que está associado ao do melhor interesse da criança. Este princípio está ligado à noção de uma participação ativa dos pais, avós e outros familiares na vida quotidiana dos menores, de modo a criar e fortalecer os vínculos afetivos e de parentesco. O objetivo é que essa convivência proporcione um melhor desenvolvimento dessas crianças, aumentando a autoestima e segurança.

Portanto, o que se nota é que a Constituição Federal busca privilegiar os valores existenciais, como a dignidade da pessoa humana, visando propiciar o desenvolvimento da personalidade de cada ser humano, individualmente, e em especial dos incapazes, que necessitam de maior proteção.

3. O Código Civil e a Reprodução Humana Assistida

No Brasil, o Direito Civil inovou ao introduzir o tema da reprodução assistida no ordenamento, por meio do artigo 1.597 do Código Civil de 2002. No entanto, antes de se adentrar na análise das especificidades do artigo em questão, cumpre contextualizar o modo e o tempo de elaboração do Projeto.

O Código Civil de 2002, é fruto de Projeto de Lei apresentado em 1975 (PL n°634/75), cujos estudos datam da década de 1960, época em que ainda eram incipientes as discussões jurídicas nacionais a respeito das técnicas de reprodução humana assistida.

O projeto n°634/75 da Câmara dos deputados foi encaminhado por Ernesto Geisel, após ter sido elaborado por uma comissão de juristas sob a coordenação e presidência de Miguel Reale. Após mais de 20 anos, o Senado Federal promoveu alterações no texto, em razão das várias modificações quanto à regulamentação legislativa, ocorridas durante este lapso temporal. A principal delas foi a promulgação da Constituição Federal de 1988, que revolucionou o Direito de Família, alterando diversos paradigmas.

Dessa maneira, o Senador Josephat Marinho, relator do Projeto no Senado Federal, propôs a revisão do texto aprovado pela Câmara, principalmente na parte referente ao Direito de Família, já que este se encontra ultrapassado, a exemplo dos avanços decorrentes da ciência na área de reprodução humana como os reflexos da fertilização *in vitro* e inseminação artificial na legislação civil.³¹

No Código Civil de 2002, no que se refere às técnicas de reprodução medicamente assistida, não há qualquer menção além do casamento, às outras entidades familiares constitucionalmente reconhecidas, como a união estável e a família monoparental. Por isso, cabe indagar se o legislador rejeitou a procriação artificial fora do casamento. (BARBOSA, 1993) A lei é omissa, ficando os filhos decorrentes de união estável sujeitos ao reconhecimento exigido para os filhos havidos fora do matrimônio.

A diferença é que na união estável não há presunção de paternidade como no casamento, por isso, necessita de reconhecimento voluntário. Caso não haja essa iniciativa por parte do companheiro, a paternidade deverá ser reconhecida judicialmente, por meio da ação de investigação de paternidade, mesmo que haja reprodução humana assistida heteróloga.

O consentimento dado no momento da realização do procedimento de inseminação ou fertilização não servirá como reconhecimento de paternidade voluntário, pois este reconhecimento se dá somente após a concepção e, em alguns casos, após a gravidez. Portanto, a autorização para utilização das técnicas será o pressuposto principal para o estabelecimento da paternidade.

A lei nº 9.263/96, que passou a regular em nível infraconstitucional a matéria, estabelece que o planejamento familiar não se restrinja ao casal, mas também ao homem e à mulher individualmente: “Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento de prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

Desse modo, verifica-se que o texto legal reconhece que qualquer pessoa que deseje ter filhos pode ter acesso as técnicas de reprodução assistida. Nesse sentido, até mesmo o homem também poderia fazer uso das técnicas, por meio da utilização de um óvulo doado e da maternidade de substituição.

31 Parecer publicado no Diário do Senado Federal em 15 nov. 1997, p.14

Paralelamente, a resolução nº1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, que trata da reprodução assistida, no item II.1, atualmente substituída *in totum* pela de nº1.957/10, utiliza a expressão “todas as pessoas capazes”, o que reforça tal entendimento.

É preciso esclarecer que a regulamentação referente à reprodução humana medicamente assistida se resume a apenas três incisos de somente um artigo do Código Civil, o que se mostra totalmente insuficiente. Por isso, há omissões legislativas em relação a variadas questões referentes à matéria, já que dela decorrem consequências em diversos campos, tal como no Direito de Família e Sucessões.

Sobre isto Sílvio de Salvo Venosa dispõe: “Advirta-se, de plano, que o Código Civil de 2002 não autoriza nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata lacunosamente a existência da problemática e procura dar solução ao aspecto da paternidade.”

Atualmente, não existe lei específica que regulamente a medicina reprodutiva no país; o que há são algumas resoluções do Conselho Federal de Medicina, como a Resolução nº1.957/10, que visa harmonizar o uso das técnicas de procriação assistida com os princípios éticos da medicina. As resoluções do Conselho Federal de Medicina são importantes pontos norteadores para os médicos, podendo impor sanções administrativas aos seus membros, como suspensões ou o desligamento do quadro funcional, por exemplo.

Ainda no âmbito da medicina, cumpre esclarecer a preocupação dos profissionais quanto à regulação e fiscalização da prática médica. Nesse sentido, observa-se a recente publicação do Novo Código de Ética Médica de 2009 que, por meio de normas deontológicas subordinadas à Constituição Federal, visa reforçar o compromisso da medicina com a preservação da vida e da ética.

A falta de uma norma regulamentadora específica cria um ambiente de insegurança jurídica, pois não se sabe qual será o posicionamento dos legisladores. E, enquanto não se chega a uma conclusão, as repercussões dessa inovação estão sendo concretizadas e os filhos, daí decorrentes, merecem uma proteção efetiva.

4. Reprodução Humana Assistida Post Mortem

O primeiro caso sobre a possibilidade de reprodução humana após o falecimento de um dos cônjuges ocorreu na França, em 1984. O marido

de Corine Richard, Alain Parpalaix, após ter sido diagnosticado com câncer, decidiu congelar seu sêmen para que após as sessões de quimioterapia pudesse usá-lo para gerar um filho. Ocorre que, poucos dias após o casamento, Alain Parpalaix faleceu.

Com o encorajamento da família do marido, Corine foi obter a restituição do material perante o banco de sêmen, que se recusou a devolvê-lo. Como na França ainda não havia legislação a respeito do tema, ela ingressou com uma ação judicial buscando autorização judicial para a devolução e posterior utilização do material genético do falecido marido.

Após uma batalha judicial, o Tribunal francês condenou o banco de sêmen a entregar o material congelado para um médico designado pela viúva, não se pronunciando quanto à filiação e direitos sucessórios. No entanto, com a inseminação artificial não obteve sucesso não gerou maiores consequências práticas. Apesar do insucesso do procedimento, esse caso trouxe à tona muitos questionamentos éticos e debates na comunidade internacional.

Este tema é tão polêmico que se observa a diversidade de posicionamentos entre diferentes países. A Itália, a Suíça e a Dinamarca, por exemplo, vedam a inseminação *post mortem*. Já a Bélgica e a Grécia permitem a implantação do embrião crio conservado do falecido no ventre materno, desde que haja consentimento expresso e seja respeitado o prazo entre seis meses e dois anos, contados a partir da abertura da sucessão.³²

A Espanha disciplinou a matéria da reprodução medicamente assistida na lei de n°14, de 26 de maio de 2006, que em seu artigo 9°, n°2, dispõe que a mulher pode utilizar o material reprodutivo crio preservado do falecido marido ou companheiro nos 12 meses subsequentes ao seu falecimento. Para isso, é indispensável que haja consentimento expresso do *de cuius*, em documento formal, como escritura pública ou testamento. Somente nestes casos haverá estabelecimento da filiação dos filhos nascidos diante da reprodução assistida *post mortem*.

32 Ministère de la Justice- France. Le transfert d'embryons *post mortem* em droit compare. Allemagne, Belgique, Danemark, Espagne, Etats-Unis, Grèce, Italie, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Unit et Suisse. Data: 06.01.2010. Disponível em: http://www.justice.gouv.fr/art_pix/gt_dc_2010_embryon_pm_t_20110209.pdf. Acesso em 27/01/2017

A lei portuguesa de 2006, sobre procriação medicamente assistida, estabelece que após o falecimento do marido ou companheiro, não é lícita a inseminação *post mortem*, em casos de sêmen congelado, ainda que haja consentimento. Nesses casos, o sêmen deve ser destruído. Porém, em casos de embriões congelados, é lícita a implantação *post mortem*, com o intuito de permitir a realização de um projeto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai, decorrido o prazo considerado ajustado àquela ponderação da decisão. Importante destacar, no entanto, que se a criança vier a nascer, decorrente da violação da proibição é havida como filha do falecido.³³

Nos Estados Unidos, cujo o sistema é *common law*, apesar de cada Estado poder prever suas próprias regras, houve, no ano de 2000, uma uniformização das normas de reprodução assistida com a aprovação do *Uniform Parentage Act*. No que tange à reprodução póstuma, o falecido somente será considerado pai ou mãe da criança a nascer se consentiu formalmente que a reprodução assistida ocorresse após a sua morte.

No Brasil, a utilização das técnicas de reprodução após a morte do genitor é muito questionada, porque a criança já nasceria sem um de seus genitores, o que para muitos já seria motivo suficiente para a impossibilidade de implantação do material reprodutivo.

Para utilização das técnicas de reprodução assistida é imprescindível o consentimento livre e esclarecido das partes, como maneira de salvaguardar e proteger a dignidade dos seres humanos envolvidos, inclusive a prole a nascer.

Assim, a declaração de consentimento informado deve ser feita de forma consciente e ponderada, contendo autorização para a intervenção médica, bem como prever o destino dos gametas ou embriões congelados em caso de ruptura do relacionamento doença ou morte de um dos parceiros. A manifestação expressa traz segurança, podendo evitar sérios conflitos judiciais no futuro.

No que tange ao ordenamento jurídico o Código Civil de 2002 somente previu a necessidade de autorização do marido para utilização do material genético no inciso V do artigo 1.597, referente à inseminação artificial heteróloga. Foi lacunoso quanto à implantação

33 Lei portuguesa sobre procriação medicamente assistida de nº32 de 11 de julho de 2006, arts. 22 e 23.

de embriões excedentários, bem como quanto a reprodução assistida *post mortem*.

Entende que, ainda que o marido tenha fornecido o sêmen, não há como presumir o consentimento para a inseminação *post mortem*. Somente nas hipóteses de ter havido autorização expressa do marido é que a fertilização pode ser feita após o seu falecimento. (DIAS,2007)

Embora a legislação brasileira ainda não haja nada expresso sobre o assunto, é de extrema importância, conforme dispõe a resolução nº 1.957/10 do Conselho Federal de Medicina, que as clínicas de fertilização, ao colherem a declaração dos interessados, questionem sobre o destino do material congelado em casos de divórcio, falecimento, doenças graves, para evitar futuras complicações.

A manifestação escrita e consciente pelo casal, inserida no termo de consentimento informado, com as decisões a serem tomadas em caso de doença, divórcio ou morte, deve ser um pré-requisito para que o procedimento seja realizado.

Porém, o que se tem observado é que já há algumas decisões judiciais que estão substituindo essa autorização quando o Magistrado entende que havia um projeto parental em curso. Cumpre ressaltar, entretanto, como presumir que alguém queria ser pai depois de morto. Por isso, nada deve substituir a declaração – ou a ausência dela – sobre o destino desse material genético ou embrião congelado.

Essa manifestação expressa do *de cuius* tira qualquer dúvida quanto à vontade do genitor em dar continuidade ao projeto parental, deixando novos descendentes após sua morte. Desse modo, fica ainda mais explícito todos os direitos desse filho ao nascer com vida, inclusive o direito à herança.

Não se pode esquecer que uma vez que haja nascimento da criança após o falecimento do genitor, esse filho deve ser protegido, conformem dispõe o princípio do melhor interesse da criança. Assim, o menor terá direito ao nome familiar; direito à convivência com seus avós e demais familiares, por meio da regulamentação de vistas, se necessário for.

Ademais, no campo patrimonial, se restar provada a impossibilidade de sustento por parte do genitor sobrevivente o menor, por meio de seu representante legal, poderá pleitear alimentos, inclusive gravídicos, aos avós. Isso sem mencionar a questão sucessória.

Conclusão

O presente artigo, longe de ter abordado todos os temas polêmicos, buscou somente levantar os principais problemas decorrentes da inovação trazida pelo ordenamento jurídico, no que tange à reprodução humana assistida, particularmente, quanto aos direitos familiares e sucessórios no caso de procriação *post mortem*.

O legislador trouxe uma grande novidade ao abordar a questão da procriação assistida, que é uma realidade em todo o mundo. No entanto não se atentou para os diversos e complexos efeitos daí decorrentes, tanto na ordem jurídica como no âmbito das relações familiares.

A disposição sobre esse tema em somente três incisos de um único artigo do Código Civil mostra-se totalmente insuficiente, gerando muita insegurança quanto ao modo de realização de tal procedimento, bem como aos limites a serem impostos. Por isso, cumpre ressaltar a existência de lacunas e incongruências em tais dispositivos, que merecem urgente regulamentação, já que as técnicas de reprodução vêm sendo utilizadas e estão gerando consequências jurídicas que ainda não têm resposta apropriada.

Nesse sentido, os juízes, mediante uma conduta vigilante e crítica, devem ser os guardiões dos direitos fundamentais e coparticipes do processo de criação, interpretando a dogmática civilista a partir da ótica constitucional, sempre respeitando as cláusulas gerais para buscar a realização do direito na sua concretude.

No entanto, não se pode esquecer dos riscos da interferência humana no processo reprodutivo, visto que a aplicação destas técnicas envolve novos seres humanos. Desse modo, em razão da complexidade da matéria, verifica-se a necessidade de debates éticos sobre o tema, para que seja tomada uma decisão consciente sobre a possibilidade ou não de reprodução assistida *post mortem*. Paralelamente, é imprescritível a criação de uma legislação específica sobre a reprodução assistida, que contenha tanto aspectos de regulamentação, como de controle e de imposição de sanções em caso de desrespeito dessas normas, com o objetivo de manter a estabilidade nas relações sociais e o respeito aos valores constitucionais.

Bibliografia

- ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação artificial *post mortem* e o direito sucessório. In.: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). Família e dignidade humana. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006.
- BARBOZA, Heloisa Helena. A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “*in vitro*”. Rio de Janeiro: Renovar, 1993
- BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução assistida e o novo Código Civil.
- DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 3 ed. aum. E atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 552
- Lei portuguesa sobre procriação medicamente assistida de n°32 de 11 de julho de 2006, arts. 22 e 23.
- DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 4. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A nova filiação. O biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei n° 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008.
- LEITE, Eduardo Oliveira. Procriações artificiais e o direito. Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: RT, 1995.
- LEWICKI, Bruno. O homem construtivo: responsabilidade e reprodução assistida. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELES, Jussara Maria Leal de; BARRETTO, Vicente de Paulo (org.). Temas de biodireito e bioética. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Código Civil comentado: direito de família.

Ministère de la Justice- France. Le transfert d´embryons *post mortem* em droit compare. Allemagne, Belgique, Danemark, Espagne, Etats-Unis, Grèce, Italie, Pay-Bas, Portugal, Royaume-Unit et Suisse. Data: 06.01.2010. Disponível em:

http://www.justice.gouv.fr/art_pix/gt_dc_2010_embryon_pm_t_20110209.pdf. Acesso em 27/01/2017

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Breve comentário sobre aspectos destacados da reprodução humana assistida. In.: SÁ, Maria de Fátima Freire de. Biodireito. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 286

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. Estatuto da reprodução assistida.

TEPEDINO, Gustavo. Apresentação do livro Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial, de autoria de Juliane Fernandes Queiroz. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: direito de família.

BREVES COMENTÁRIOS SOBRE AVANÇOS NO ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Naiane da Cruz Novais

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico visa analisar alguns avanços da Lei Maria da Penha no enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher, posto que a sociedade clama por medidas de combate a esse tipo de violência.

É sabido que a evolução dos direitos femininos e de legislação que visasse combater a violência doméstica caminha em passos lentos, mas através de muita luta já foi possível assegurar vários direitos, a exemplo, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) da ONU (Organização das Nações Unidas) em 1979, que proibia qualquer discriminação, bem como a promulgação da Constituição Federal de 1988, na qual seu artigo 5º, I, prevê a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações, (BERTOLIN, 2015), e a Convenção de Belém do Pará em 1994, que definiu a violência contra mulher como sendo “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.” (Decreto-Lei nº 1973/96).

Destarte, considerando o histórico acima descrito, em 2006, foi sancionada a Lei 11.340/06, que carregou o nome de sua representante, Ma-

ria da Pena. A Lei foi criada visando garantir o disposto nas convenções e tratados internacionais que o Brasil é signatário, e foi um enorme avanço no combate à violência doméstica, pois criou mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Desse modo, certo que ainda há muito o que se fazer para erradicar a violência doméstica, este artigo visa explorar três avanços importantes nesta luta, quais sejam, a não revitimização e o atendimento especializado às vítimas de violência doméstica e familiar, o direito da vítima de violência doméstica receber indenização decorrente do dano moral sofrido, bem como a criminalização da conduta de descumprimento das medidas protetivas de urgência.

Para tornar viável a realização deste trabalho, adotou-se uma abordagem qualitativa, com base em bibliografia de doutrinadores na temática de violência doméstica. Utilizou-se também do levantamento de julgados de Tribunais brasileiros, bem como do estudo de diferentes leis brasileiras, a exemplo da Lei Maria da Pena.

1. LEI N. 13.505/2017: DA NÃO REVITIMIZAÇÃO E DO ATENDIMENTO ESPECIALIZADO ÀS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

Em novembro de 2017 entrou em vigor a Lei 13.505/17, a qual acrescentou os artigos 10-A, 12-A e 12-B ³⁴ à Lei Maria da Pena.

34 Art. 10-A. É direito da mulher em situação de violência doméstica e familiar o atendimento policial e pericial especializado, ininterrupto e prestado por servidores - preferencialmente do sexo feminino - previamente capacitados.

§ 1º A inquirição de mulher em situação de violência doméstica e familiar ou de testemunha de violência doméstica, quando se tratar de crime contra a mulher, obedecerá às seguintes diretrizes:

I - salvaguarda da integridade física, psíquica e emocional da depoente, considerada a sua condição peculiar de pessoa em situação de violência doméstica e familiar;

II - garantia de que, em nenhuma hipótese, a mulher em situação de violência doméstica e familiar, familiares e testemunhas terão contato direto com investigados ou suspeitos e pessoas a eles relacionadas;

III - não revitimização da depoente, evitando sucessivas inquirições sobre o

Tais artigos trouxeram avanços à Lei 11.340/06 no combate à violência doméstica, vez que determinam atendimento policial e pericial especializado à vítima, preferencialmente, realizado por servidores do sexo feminino, bem como visa reprimir a revitimização nos casos de violência contra a mulher no âmbito familiar.

O art. 10-A diz que a mulher receberá atendimento policial e pericial especializado, ininterrupto, por profissionais previamente capacitados e preferencialmente do sexo feminino. Assim, ao ir registrar Boletim de Ocorrência, a vítima deverá ser atendida por profissionais previamente capacitados para lidar com a situação, para que seja garantida sua integridade física, psíquica e emocional.

Outrossim, devidamente capacitados, os profissionais deverão atuar de forma a não permitir o contato direto da vítima, de seus familiares e das testemunhas com o investigado, resguardando a vítima e testemunhas para que não se sintam ameaçados e decidam não depor contra o agressor,

mesmo fato nos âmbitos criminal, cível e administrativo, bem como questionamentos sobre a vida privada.

§ 2º Na inquirição de mulher em situação de violência doméstica e familiar ou de testemunha de delitos de que trata esta Lei, adotar-se-á, preferencialmente, o seguinte procedimento:

I - a inquirição será feita em recinto especialmente projetado para esse fim, o qual conterá os equipamentos próprios e adequados à idade da mulher em situação de violência doméstica e familiar ou testemunha e ao tipo e à gravidade da violência sofrida;

II - quando for o caso, a inquirição será intermediada por profissional especializado em violência doméstica e familiar designado pela autoridade judiciária ou policial;

III - o depoimento será registrado em meio eletrônico ou magnético, devendo a degravação e a mídia integrar o inquérito.

Art. 12-A. Os Estados e o Distrito Federal, na formulação de suas políticas e planos de atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, darão prioridade, no âmbito da Polícia Civil, à criação de Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (Deams), de Núcleos Investigativos de Femicídio e de equipes especializadas para o atendimento e a investigação das violências graves contra a mulher.

Art. 12-B. (VETADO)

§ 3º A autoridade policial poderá requisitar os serviços públicos necessários à defesa da mulher em situação de violência doméstica e familiar e de seus dependentes.

bem como para proteger a integridade física da vítima, evitando que novamente seja agredida durante o lapso temporal que espera para ser atendida, ou durante o percurso até a delegacia.

Sobre o lapso temporal durante o percurso até as delegacias, em outubro de 2017, um mês antes de ser sancionada a Lei 13.505/17, em Minas Gerais, uma mulher foi morta pelo ex-companheiro dentro da viatura que conduzia os dois até a delegacia de Teófilo Otoni/MG. (RODRIGUES, 2017).

Neste caso, a vítima havia denunciado seu ex-companheiro por ele ter instalado uma câmera no banheiro dela, e devido ao sistema de plantão regionalizado nos finais de semana, apenas a delegacia de Teófilo Otoni estava funcionando. Dessa forma, vítima e acusado, que residiam na cidade de Pavão, foram conduzidos no mesmo veículo até a delegacia da cidade Teófilo Otoni.

O acusado foi revistado, mas antes de adentrar na viatura, entrou em casa, alegando que iria pegar seus documentos. No entanto, nesse momento, ele pegou uma faca, a qual, minutos depois, foi usada para tirar a vida da vítima, dentro da viatura a caminho da delegacia.

O caso em apreço serve como exemplo para notar a importância do avanço que deu a Lei Maria da Penha ao incluir em seu rol os artigos 10-A, 12-A e 12-B, vez que com essa alteração, os profissionais que atuarem no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher, deverão ser previamente capacitados para saberem tratar a vítima e o acusado, evitando que comentam erros grosseiros como o que ocorreu neste caso (art. 10-A). Além de determinar que os Estados e o Distrito Federal criem Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (Deams) (art. 12-A), assim, evitando que haja o deslocamento das partes para localidades muito distantes, como aconteceu no caso citado.

Destarte, devidamente capacitados, os servidores atuarão de forma a não permitir que ocorra a chamada ‘revitimização’, que nada mais é do que quando “Os órgãos públicos, ainda marcados por concepções sexistas, muitas vezes tratam com desdém a vítima de violência doméstica, minimizando a situação de violência”. (FERNANDES, 2015, p. 130)

A revitimização ocorre quando a vítima é submetida à oitiva por diversas vezes, assim, com o advento da alteração na Lei Maria da Penha, passa a ser obrigatório que na oitiva da vítima sejam evitados sucessivos

questionamentos, bem como que ela seja obrigada a depor por inúmeras vezes, seja no mesmo processo ou em um processo de outro ramo do direito. Para isso, a Lei obriga que os depoimentos sejam gravados e devidamente degravados no Inquérito Policial. Neste modo, evita-se que a vítima tenha que reviver o episódio de violência, e conseqüentemente evita-se sua revitimização.

Outra forma de revitimizar a vítima, ocorre quando há a inversão do ônus probatório, típico do processo penal. Na inversão do ônus da prova avalia-se primeiramente a conduta da vítima, para depois validar o seu depoimento. Esse instituto acaba sendo usado de forma totalmente desproporcional, vez que na oitiva da vítima são feitas perguntas que invadem a sua vida privada e colocam em dúvida a sua idoneidade moral, a levando a enfrentar preconceito na investigação e na Justiça, além dos já enfrentados na sociedade. (FERNANDES, 2015)

Assim, de acordo com o disposto no art. 10-A, III, da Lei 11.340/06, na inquirição da vítima deverão ser evitados questionamentos sobre sua vida privada, por conseguinte, evitará a revitimização.

2. DA DISPENSABILIDADE DE PROVA DO DANO MORAL PARA A CONCESSÃO DE INDENIZAÇÃO ÀS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER.

Em sede de Recurso Repetitivo, com base nas diretrizes propostas pela Lei Maria da Penha e nos direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal, em março de 2018, decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ), que o dano moral causado à vítima de violência doméstica e familiar, não precisa ser comprovado para que seja concedida a indenização.

Assim, estamos diante do chamado dano moral *in re ipsa*, o qual é presumido, dispensando sua comprovação, conforme disposto no Informativo n. 513 do STJ: “sempre que demonstrada a ocorrência de ofensa injusta à dignidade da pessoa humana, dispensa-se a comprovação de dor e sofrimento para configuração de dano moral”.

Com o advento da Lei n. 11.719/08, a qual incluiu o inciso IV, art. 387 no Código de Processo Penal Brasileiro, se tornou possível a fixação de valor mínimo indenizatório quando ocorrer danos causados pela infração que ensejará a sentença condenatória. Nesta senda, a sentença

condenatória no âmbito criminal passou a condenar o réu ao pagamento de indenização considerando os prejuízos causados ao ofendido, gerando “um título executivo líquido” (DAMÁSIO, 2015, p. 211). Cumpre salientar que para o STJ a indenização prevista neste dispositivo abarca tanto o dano material quanto o dano moral.

No que tange ao dano moral causado nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, a tese fixada pela 3ª Seção do STJ, solidificou o entendimento de que a concessão de indenização à vítima de dano moral não precisa da comprovação de tal dano, posto que a Lei Maria da Penha permitiu que apenas o juízo criminal decidisse sobre quantificação da dor e sofrimento derivados da violência doméstica, sendo de difícil comprovação e principalmente de difícil mensuração. Para o ministro do STJ Schietti Cruz a tese tem como objetivo valorizar e fortalecer a mulher vítima de violência doméstica.

Destarte, para a condenação de pagamento de indenização, resta necessária a comprovação da existência da agressão à vítima, bem como o pedido expresso na peça inicial acusatória, independentemente da indicação da quantia.

Outrossim, considerando a supracitada tese, em abril de 2019, o Plenário da Câmara dos Deputados aprovou o Projeto de Lei 1380/19, que adiciona o inciso V ao art. 24 da Lei nº 11.340/06, o qual condenará o agressor ao pagamento de indenização por danos morais decorrentes de violência contra a mulher. O Projeto ainda irá ser apreciado pelo Senado Federal.

Sobre o tema, vejamos o Julgado do TJ/MS em consonância com a tese firmada pelo STJ:

**E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – AMEAÇA – VIO-
LÊNCIA DOMÉSTICA – INDENIZAÇÃO POR DANOS
MORAIS – PRETENSÃO ACOLHIDA – RECURSO PRO-
VIDO.** Cabível a fixação de indenização a título de danos morais em favor da vítima na sentença penal condenatória a teor do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, sendo prescindível qualquer prova acerca do prejuízo por ser presumido, ou seja, necessário apenas que se comprove a prática do delito. Com o parecer, dou provimento ao recurso.

(TJMS. Apelação n. 0012467-76.2015.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Dorival Moreira dos Santos, data de julgamento: 10/05/2018, data de publicação: 11/05/2018) (grifos nossos)

Com a análise da ementa supra, fica claro que o novo entendimento jurisprudencial é de ser desnecessária a comprovação de dano moral em decorrência da conduta delitativa. Dessa forma, considerando a Lei Maria da Penha, que foi instituída para criar mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica, bem como os direitos fundamentais previstos na Constituição de 88, a tese de tema 938 do STJ, representou um enorme avanço no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, vez que estipulou uma nova forma de intimidação e condenação para com os agressores.

3. LEI Nº 13.641/18: DA CRIMINALIZAÇÃO DO DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

A criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher e as medidas protetivas de urgência foram a maior inovação da Lei Maria da Penha. No entanto, no que diz respeito às medidas protetivas de urgência, sabe-se que nem sempre foram totalmente eficazes no combate à violência doméstica, vez que, mesmo após serem deferidas, alguns agressores não se sentiam intimidados e continuavam a importunar e agredir as vítimas.

Até 02 abril de 2018, o agressor que descumprisse as medidas protetivas de urgência poderia ser preso preventivamente por tal conduta, com base no art. 20 da Lei nº 11.340/06 e art. 313, III, do Código de Processo Penal. Sobre o tema, veja abaixo Julgado do Tribunal de Justiça de Goiás, no qual foi denegado a ordem de Habeas Corpus tendo em vista que a prisão preventiva se fez necessária para a garantia da ordem pública, bem como para o cumprimento das medidas protetivas de urgência, considerando que o réu havia as descumprindo:

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS. DECISÃO FUNDAMENTADA. Compreende ato processual incensurável a

decisão que decreta a prisão preventiva do paciente, pelo crime do art. 147 , do Código Penal Brasileiro, c/c Lei nº 11.340 /06, justificada por elementos de convicção ponderáveis, revelando prova da materialidade, indícios da autoria, necessidade da medida extrema para a garantia da ordem pública, descumprimento das medidas protetivas de urgência, compatibilizando com o art. 312 e art. 313 , inciso III , do Código de Processo Penal , não comprovados os mencionados predicados pessoais, primariedade, residência fixa e emprego lícito. ORDEM DENEGADA.

(TJ – GO – HABEAS CORPUS: 01000459320178090000. Re-lator: Dr. (a) FABIO CRISTOVAO DE CAMPOS FARIA. Data julgamento: 16/05/2017, 2ª Câmara Criminal. Data Publicação: DJ 2284 de 08/06/2017)

Entretanto, é sabido que, a prisão preventiva possui natureza jurídica de “medida cautelar de constrição à liberdade do indiciado ou réu, por razões de necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos em lei” (NUCCI, 2012, p. 664), não possuindo natureza de prisão punitiva. Dessa forma, ao decretar a prisão preventiva não se estava punindo o réu pelo descumprimento das medidas protetivas, mas sim tentando assegurar o cumprimento destas.

Destarte, visando proporcionar a eficácia das medidas protetivas de urgência, possibilitando um avanço ao combate da violência doméstica contra a mulher, em 03 de abril de 2018 entrou em vigor a Lei 13.641/18, que criou o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência, previsto no art. 24-A da Lei 11.340/06.

Assim, o agressor que descumprir as medidas protetivas de urgência responderá pelo crime de descumprimento, será preso por tal conduta, e não simplesmente preso para garantir a aplicação das medidas protetivas. Ou seja, responderá processualmente pelo primeiro crime, o qual ensejou a decretação das medidas protetivas de urgência, bem como pelo crime de descumprimento das citadas medidas.

De acordo com o inciso I, artigo 11, da Lei n. 11.340/06, a autoridade policial deve garantir proteção imediata à mulher, conduta que se tornava difícil antes da tipificação da conduta de descumprimento de medidas protetivas de urgência, vez que ao descumprir as medidas, quando

acontecia a prisão preventiva do agressor, essa só era decretada após alguns dias do descumprimento, assim, colocando em risco a integridade física e psíquica da vítima, que continuava a ser importunada. (ÀVILA, 2018)

Com o advento da lei que criminalizou a conduta do descumprimento das medidas protetivas de urgência, passa o agressor a ser preso imediatamente após o descumprimento, ou seja, preso em flagrante, posto que cometeu um ilícito penal, assim garantindo a proteção imediata à vítima.

Para Alice Bianchini, a criminalização da conduta que descumpre as medidas protetivas de urgência está em consonância com o fim social da Lei Maria da Penha. Vejamos o que ela diz em seu artigo “O novo tipo penal de descumprimento de medida protetiva previsto na Lei 13.641/2018”:

A opção legislativa de criminalizar a conduta, a nosso ver, está em linha com os objetivos traçados pela Lei Maria da Penha (criar mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher – art. 1º).[6] Na própria exposição de motivos da nova lei, encontramos uma vasta, profunda e bem elaborada explicação para a opção de se tipificar a conduta de descumprir medida protetiva. (BIANCHINI, 2018).

No que tange à pena prevista para o delito de descumprimento das medidas protetivas, qual seja de três meses a dois anos, nota-se uma razoabilidade, respeitando-se o princípio da proporcionalidade (BIANCHINI, 2018).

Poucos dias após a criminalização da conduta de descumprimento de medidas protetivas, foi possível constatar a eficácia e, conseqüentemente, o avanço da Lei Maria da Penha no combate à violência doméstica, tendo em vista que na cidade de Salvador/BA houve a primeira prisão no nordeste por tal conduta típica.

No caso em apreço, o infrator ameaçou sua ex-companheira, e por isso foram deferidas medidas protetivas de urgência contra ele, proibindo-o de frequentar a casa e o local de trabalho da vítima, bem como de aproximar-se 500 metros dela. Ocorre que, mesmo após o deferimento das medidas, o agressor foi até a casa da vítima, a qual acionou a polícia, que realizou a prisão em flagrante do agressor, pelo crime de descumprimento

mento de medidas protetivas de urgência. Assim, tal agressor responderá criminalmente pelo primeiro crime, qual seja, ameaça, e pelo crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência.

Desse modo, a criação do crime de descumprimento das medidas protetivas é um dos maiores avanços no enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher, posto que é de suma importância lutar pela efetividade das medidas protetivas de urgência, as quais, como dito inicialmente, há época da entrada em vigor da Lei 11.340/06, foi uma das maiores vitórias no combate à violência doméstica.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa explanou sobre os três avanços obtidos pela Lei Maria da Penha no combate à violência doméstica, quais sejam, a não revitimização e o atendimento especializado às vítimas de violência doméstica e familiar, o direito de a vítima de violência doméstica receber indenização decorrente do dano moral sofrido e a criminalização da conduta de descumprimento das medidas protetivas de urgência.

Sobre o primeiro avanço, chega-se à conclusão de que ao acrescentar os artigos 10-A, 12-A e 12-B, a Lei Maria da Penha deu um grande passo no enfrentamento à violência doméstica, vez que a vítima passará a ser atendida por profissionais previamente capacitados, possibilitando a garantia da sua integridade física, psíquica e emocional, e evitando a sua revitimização. Outrossim, essa alteração ainda trouxe o avanço de que os Estados e o Distrito Federal deverão criar Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher.

O segundo avanço diz respeito à Tese do STJ que torna possível a condenação do agressor ao pagamento de indenização por dano moral decorrente de violência doméstica, sem que para isso a vítima precise comprovar o dano, visto que ele passou a ser presumido. Destarte, considerando os mecanismos da Lei nº 11.340/06, esse avanço proporciona a valorização e fortalecimento da vítima.

O terceiro e último avanço foi a criminalização da conduta de descumprimento de medidas protetivas de urgência. Com a análise de tal avanço, restou concluso que ele é de extrema importância para a efetividade do cumprimento das medidas protetivas de urgência, as quais vinham

sendo descumpridas, e como sanção para o descumprimento tínhamos apenas a possibilidade de prisão preventiva do agressor.

Portanto, conclui-se que a Lei Maria da Penha foi um marco extremamente importante no combate à violência doméstica, sendo composta desde sua criação, por inúmeros avanços, os quais não param de surgir ao longo dos seus 13 (treze) anos de vigência, conforme exposto neste artigo.

REFERÊNCIAS

1ª PRISÃO no Nordeste por descumprimento de medida protetiva é feita em Salvador. Disponível em <<https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/1a-prisao-no-nordeste-por-descumprimento-de-medida-protetiva-e-feita-em-salvador/>>. Acesso em 14 julho 2019.

ÁVILA, Thiago Pierobom de. O novo crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência: primeiras considerações. In: *Compromisso e Atitude: Lei Maria da Penha*, abril 2018. Disponível em <<http://www.compromissoeatitude.org.br/o-novo-crime-de-descumprimento-de-medidas-protetivas-de-urgencia-primeiras-consideracoes-por-thiago-pierobom-de-avila/>>. Acesso 12 julho 2019.

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins e SÁLVIA, Stéphanie G. de Carvalho. A VIOLÊNCIA EM FACE DA MULHER NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO E A EFETIVAÇÃO DO PROGRAMA “MULHER, VIVER SEM VIOLÊNCIA”. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto-SP, a. XX, V. 24, N. 1, p. 97-120. Jan./Jun. 2015.

BIANCHINI, Alice. O novo tipo penal de descumprimento de medida protetiva previsto na Lei 13.641/2018. Disponível em <<https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/569740876/o-novo-tipo-penal-de-descumprimento-de-medida-protetiva-previsto-na-lei-13641-2018?ref=feed>>. Acesso em 13 julho 2019.

BREVES comentários à Lei 13.505/2017, que acrescenta dispositivos à Lei Maria da Penha. Disponível em <<http://www.dizerodireito.com.br/2017/11/breves-comentarios-lei-135052017-que.html>>. Acesso em 02 julho 2019.

_____. DECRETO Nº 1.973, de 1º de agosto de 1996. **Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 09 de junho de 1994.** Diário Oficial, Brasília/DF, 01 ago 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm>. Acesso em 01 julho 2019.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar.** São Paulo: Atlas, 2015.

JESUS, Damásio de. Código de processo penal anotado. 27. edição. de acordo com a Lei n. 12.978/2014. – São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. LEI 3.689/41. **Código de Processo Penal.** Diário Oficial, Rio de Janeiro/RJ, 3 out. 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 02 julho 2019.

_____. LEI 11.340/06. **Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.** Diário Oficial, Brasília/DF, 08 ago 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em 01 julho 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado.** 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PLENÁRIO garante indenização à mulher vítima de violência doméstica. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SEGURANCA/574879-PLENARIO-GARANTE-INDENIZACAO-A-MULHER-VITIMA-DE-VIOLENCIA-DOMESTICA.html>>. Acesso em 03 julho 2019.

PROVA de dano moral é dispensável em caso de violência contra mulher. In: Revista Consultor Jurídico, março 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-05/prova-dano-moral-dispensavel-violencia-domestica>>. Acesso 04 julho 2019.

RODRIGUES, Cristiane. Mulher é morta pelo ex-companheiro dentro da viatura da polícia no Vale do Mucuri. Disponível em <<https://g1.globo.com/mg/vales-mg/noticia/mulher-e-morta-pelo-ex-companheiro-dentro-da-viatura-da-policia-no-vale-do-mucuri.ghtml>>. Acesso em 01 julho 2019.

SILVA, Regina Beatriz Tavares de. O dano moral na violência doméstica. Disponível em <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-dano-moral-na-violencia-domestica/>>. Acesso 03 julho 2019.

STJ, **REsp 1.292.141/SP**, Rel. Min. Nancy Andrighi. Data julgamento: 04.12.2012. In: seu Informativo n. 513. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em 01 julho 2019.

TJGO. HABEAS CORPUS: 01000459320178090000, 2ª Câmara Criminal Relator: Dr. (a) Fábio Cristovão de Campos Faria. Data julgamento: 16/05/2017, data publicação: DJ 2284 de 08/06/2017. Disponível em <<http://www.tjgo.jus.br/index.php/component/search/?searchword=jurisprud%C3%Aancia&searchphrase=all>>. Acesso em 12 julho 2019.

TJMS. Apelação n. 0012467-76.2015.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Dorival Moreira dos Santos. Data de julgamento: 10/05/2018, data de publicação: 11/05/2018. Disponível em <<https://esaj.tjms.jus.br/esaj/portal.do?servico=740000>>. Acesso em 03 julho 2019.

O DECRETO Nº 37.944, DE 12 DE DEZEMBRO DE 2017 E A CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL: ANÁLISE DA VIOLAÇÃO A IDENTIDADE DE GÊNERO DAS PESSOAS TRANSEXUAIS E TRAVESTIS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF

Guilherme Alves de Moura Mendes

Luana Guimaraes Lima

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como ponto de partida a análise do Decreto nº 37.944, de 12 de dezembro de 2017, que estabelece diretrizes e normativas para o tratamento da população de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais (LGBT) no Sistema Penitenciário do Estado da Paraíba à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no tocante ao condicionamento à realização cirúrgica de redesignação sexual para que mulheres ou homens transexuais usufruam do direito de serem incluídos em unidades prisionais do sexo correspondente.

Para iniciar o estudo, é importante destacar que a sexualidade humana, atualmente, não se resume apenas a concepção biológica, mas também fatores sociais e psicológicos. Dessa concepção, resulta o sexo biológico, a orientação sexual e a identidade de gênero.

Orientação sexual compreende a capacidade pessoal de atrair-se emocional, afetiva, sexual e fisicamente por indivíduos, sejam do mesmo gênero ou gêneros diferentes. Em uma perspectiva heterodiscordante, se têm a homossexualidade, bissexualidade, os assexuados, pansexuais e intersexuais.

Já a identidade de gênero refere-se a uma experiência de cunho puramente individual e interna de conformação ou não com o sexo atribuído ao nascimento, como são os casos das pessoas transgêneras.

Nosso ordenamento, em consonância com os tratados internacionais em matéria de direitos humanos, consagrou a dignidade da pessoa humana como núcleo axiológico da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Além disso, prevê no artigo 3º, incisos III e IV, ser objetivos da República Federativa do Brasil a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem estar de todos, independente de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ainda, é positivado no texto constitucional os chamados direitos e garantias fundamentais e os direitos sociais, que garante, entre outras coisas, o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, bem como educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

Entretanto, mesmo com todas essas garantias, tais minorias sociais ainda são vítimas de uma violência tida como estrutural. O que se observa é que a reiterada e constante negativa de seus direitos fazem com que cada vez mais seus membros sejam marginalizados, estigmatizados, discriminados, dificultando o exercício de sua cidadania plena, principalmente quando encontram-se em situação de cárcere.

O objetivo deste estudo, portanto, é realizar uma abordagem sociológica e jurídica das questões que envolvem a população LGBT, em especial as travestis e transexuais, bem como analisar a iniciativas na tutela dos direitos dessa população quando em situação de cárcere e confrontá-los com a jurisprudência do STF.

Para o desenvolvimento, fez-se uso unicamente da perspectiva metodológica dedutiva, utilizando-se, para tal, de bibliografia pertinente à temática tratada, bem como a legislação e jurisprudência focos desta análise. Além disso, também foram utilizados dados extraídos de noticiários

de veiculação nacional, sobre quais hospitais públicos realizam a cirurgia de transgenitalização.

1 A HOMOFOBIA E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA O GRUPO LGBT+

Apesar de ser um fenômeno antigo, verificado nos primórdios da humanidade, as orientações sexuais e identidades de gênero não heterossexuais ou hétero discordantes, sempre permearam o imaginário social e político como tabus, marcados pela omissão e silenciosa convivência com a invisibilidade e desrespeito aos que fazem parte desses grupos.

Importa, antes de tudo, conceituar o que seria orientação sexual e identidade de gênero. Em novembro de 2006, foi aprovada uma carta de “Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero”, os chamados Princípios de Yogyakarta, a qual trás em seu corpo a seguinte diferenciação:

Compreendemos orientação sexual como uma referência à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas.

Compreendemos identidade de gênero a profundamente sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos.

Dessa forma, entre as formas de orientação sexuais mais comuns, destacam-se a homossexualidade, ou seja, atração afetiva, emocional ou sexual por indivíduos do mesmo gênero; e a bissexualidade, que se trata de atração emocional, afetiva ou sexual por pessoas ambos os gêneros.

Já as pessoas transgêneras são pessoas que possuem uma identidade de gênero discordante do seu sexo biológico, como as pessoas transexuais e travestis.

Catão *et al.* (2015, p. 7) destaca que os indivíduos identificados como lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, reunidos e identificados através da sigla LGBT e considerados como minorias, constituem um grupo social marcado pela vulnerabilidade, cujo exercício da cidadania plena encontra entraves como a violência, omissão dos poderes públicos, o estigma social e a invisibilidade.

Muniz Sodré (2005), ao tentar estabelecer um conceito de minoria, aduz que, a princípio, essa palavra tem como ponto de partida um sentido de inferioridade quantitativa, situando-se como antônimo de maioria, concepção esta importantíssima para a clássica democracia representativa. Continuando, explicita que em uma democracia o que deve predominar é a vontade da maioria, considerando sua faceta quantitativa, porém, levando-se em consideração um ponto de vista qualitativo, a democracia seria um regime de minoria, pois apenas através do processo democrático que a minoria pode se fazer ouvir e transformar.

Por fim, o autor elenca as características básicas de uma minoria, quais sejam:

1. Vulnerabilidade jurídico-social - O grupo dito minoritário não é institucionalizado pelas regras do ordenamento jurídico-social vigente. Por isso, pode ser considerado “vulnerável”, diante da legitimidade institucional e diante das políticas públicas. Onde sua luta por uma voz, isto é, pelo reconhecimento societário de seu discurso.
2. Identidade *in statu nascendi* - Do ponto de vista de sua identificação social, a minoria apresenta-se sempre *in statu nascendi*, isto é, na condição de uma entidade em formação que se alimenta da força e do ânimo dos estados nascentes. Mesmo quando já existe há muito tempo, a minoria vive desse eterno recomeço. Por exemplo, um grupo como o dos curdos (Iraque), mesmo numeroso e antigo, constitui-se minoria ativa no interior do território nacional iraquiano. Nos Estados Unidos, os negros já puderam ser caracterizados como minoria, mas resta determinar o seu status atual na luta contra-hegemônica.

3. Luta contra-hegemônica - Uma minoria luta pela redução do poder hegemônico, mas em princípio sem objetivo de tomada do poder pelas armas. Nas tecnodemocracias ocidentais, a mídia é um dos principais “territórios” dessa luta. Há até mesmo o risco de que as ações minoritárias possam ser empreendidas apenas em virtude de sua repercussão midiática, o que de algum modo esvaziaria a possível ação no nível das instituições da sociedade global.

4. Estratégias discursivas - Estratégias de discurso e de ações demonstrativas (passeatas, invasões episódicas, gestos simbólicos, manifestos, revistas, jornais, programas de televisão, campanhas pela internet) são os principais recursos de luta atualmente.

Nesse sentido, a condição de grupo minoritário e vulnerável, ao contrário do se que se possa imaginar, foi uma construção histórica encapada pelos poderes que interagem na sociedade, principalmente o poder ideológico.

Bobbio (1987, p.82) apregoa que existem três tipos de poder coexistindo na sociedade: o poder político, consubstanciado no poder de uso da força e da coerção; o poder econômico, sendo aquele que se vale da posse de certos bens, necessários ou percebidos como tais, para induzir os que não os possuem a adotar certa conduta e, por fim; o poder ideológico, que é aquele que se vale da posse de certas formas de saber, seja doutrinas, conhecimentos, para exercer influência sobre o comportamento alheio e induzir os membros do grupo a realizar ou não uma ação.

Sem dúvida, é necessário tecer alguns comentários sobre a influência da doutrina Judaico-Cristã, enquanto detentora tradicional do poder ideológico, no processo de marginalização e hostilidade sociais dos *sexo-diversos*.

Nesse contexto, Borrillo (2010, p. 43 *et seq.*) leciona que, diferentemente da concepção pagã, na qual a sexualidade entre pessoas do mesmo sexo era considerada um elemento constitutivo e até indispensável da vida do indivíduo, o Cristianismo, acentuando a hostilidade da lei Judaica, começa a situar os atos homossexuais e as pessoas que os cometem não só fora da salvação, mas, sobretudo, à margem da natureza, tendo a desumanização como “*conditio sine qua non* da inferiorização, da segregação e da eliminação dos “marginais em matéria de sexo””.

Associado ao discurso religioso, também emerge a chamada *Sociedade disciplinar*, cujo principal malefício foi à caracterização das orientações sexuais e identidades de gênero como crime ou doença. Nesse aspecto, importa salientar que, atualmente, mais de 70 países preveem a homossexualidade como crime, passíveis, inclusive, de pena de morte.

Quanto à patologização, a Organização Mundial da Saúde, em 17 de maio de 1990, retirou a homossexualidade da lista internacional de doenças e, recentemente, no dia 20 de maio de 2019, os países membros da Organização das Nações Unidas (ONU), na 72ª Assembleia Mundial da Saúde, em Genebra, adotaram a 11ª versão da CID, Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas de Saúde, que retirou a transexualidade da categoria transtornos mentais, passando a integrar o de “condições relacionadas à saúde sexual”, classificando-a como “incongruência de gênero”.

Essa construção histórica, eminentemente marginalizadora, segregatória e discriminatória, têm como consequência a homofobia. Borrillo (2010, p. 13 *et seq.*), em sua obra intitulada *Homofobia: História e Crítica de um preconceito*, a define como a rejeição e/ou atitude de hostilidade sistemática contra os homossexuais, designando-os como o contrário, inferior ou anormal, consequência direta da hierarquização das sexualidades. Continuando, leciona que

(...) A diferença homo/hétero não é só constatada, mas serve, sobretudo, para ordenar um regime das sexualidades em que os comportamentos heterossexuais são os únicos que merecem a qualificação de modelo social e de referência para qualquer outra sexualidade. Assim, nessa ordem sexual, o sexo biológico (macho/fêmea) determinar um desejo sexual unívoco (hétero), assim como um comportamento social específico (masculino/feminino).

É interessante destacar que, pelo fato de ser construção histórica e, como tal, reiteradamente reproduzida, aceita e propagada, esse discurso inferiorizador e segregante consegue ter longevidade e se manter no senso comum social, fenômeno denominado coerção exterior do pensamento. Durkheim (2007, p. 2-3), em *Da divisão do trabalho social*, ao explicar o que seria o fato social e suas implicações, chega à conclusão que as maneiras de

agir, pensar e de sentir apresentam uma notável característica de existirem fora das consciências individuais. Ademais, além de sua exterioridade, são dotadas de força imperativa e coercitiva, cujo grau faz-se sentir mais ou menos, a depender da conformação voluntária a ela.

Assim, sendo a coerção social uma força exercida pelos fatos sobre os indivíduos, fazendo-os não apenas internalizar, mas também conformar as regras sociais, o discurso que segrega, discrimina e viola os direitos fundamentais dos membros do grupo LGBT tem o condão de fazer com que suas demandas e reivindicações sejam ignoradas, além de incitar e legitimar as formas de violência de que são vítimas.

Quanto à isto, a homofobia, em suas diversas modalidades, submete os membros do grupo LGBT a diversas formas de violência, seja de ordem psicológica, física, patrimonial, moral, sexual, dentre outras.

De acordo com o relatório *mortes violentas de LGBT+ no Brasil*, realizado pelo Grupo Gay da Bahia, 420 LGBT+ (lésbicas, gays, bissexuais e transexuais) morreram no Brasil em 2018 vítimas da homofobia, sendo 320 homicídios (76%) e 100 suicídios (24%).

Ainda conforme as informações do relatório, a cada 20 horas um LGBT é barbaramente assassinado ou se suicida vítima da LGBTfobia, o que torna o Brasil campeão mundial de crimes contra as minorias sexuais, ultrapassando, inclusive, os 13 países do Oriente e África onde há pena de morte contra os LGBT.

2 TRANSEXUALIDADE, TRAVESTISMO E REDESIGNAÇÃO SEXUAL

Galli *et al.* (2013), ao tratar da transexualidade, reforça a quantidade controvérsias que atravessa esse campo, sendo a primeira delas relacionada à nomenclatura. A primeira nomenclatura utilizada, que relaciona a experiência transexual à condição, é transexualismo, termo surgido no campo da medicina, utilizado para designar um transtorno mental, mormente pela utilização do sufixo *ismo*.

Continuando, os autores apresentam o termo disforia de gênero, forma mais contemporânea, equiparada a “transtorno mental”, como consta no Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais, 4ª edição - DSM-IV (Associação Psiquiátrica Americana [American Psychiatric Association - APA], 2002).

Por fim, apresentam transexualidade, termo contemporâneo que tem o condão de retirar a carga patologizante que possuíam as demais expressões, enquadrando-a como mais uma forma diversa de expressão da sexualidade.

Bento (2006, p. 18) sugere que a transexualidade é, nada mais, que uma experiência identitária, que caracteriza-se pela observância de conflitos com as normas de gênero. Ainda no norte do conflito/discordância, Jesus (2012, p. 15), define as pessoas transexuais como aquelas que sentem que seu corpo não adequa-se à forma como sentem e pensam, razão pela qual sentem o desejo de adequar seu corpo à imagem de gênero que gostariam, valendo-se desde uso de roupas, tratamentos hormonais e até procedimentos cirúrgicos.

Lopes (2009), por sua vez, apregoa que o indivíduo transexual, psicologicamente, não se coaduna com o sexo biológico, acarretando-lhe profundo sofrimento e repulsa pelo próprio corpo, sendo a cirurgia de redesignação sexual vista como uma obstinação.

No que tange ao tratamento cirúrgico, Jayme (2010, p. 169), a coloca como um traço distintivo dos transexuais, definindo-os como “*aquela que fez (ou deseja fazer) a cirurgia de transgenitalização*”.

Contrapondo-se ao condicionamento da experiência transexual ao procedimento cirúrgico de transgenitalização, Jesus (2012, 16), é clara ao consignar que a “*identidade de gênero transexual é a forma como as pessoas se identificam, e não um procedimento cirúrgico*”.

Quanto às travestis, são pessoas que vivenciam os papéis de gênero feminino, através de roupas, cosméticos e tratamentos estéticos, sem, contudo, se reconhecerem como homens ou mulheres, mas sim como integrantes de um terceiro gênero ou de um não-gênero (JESUS, 2010, p.17).

No tocante ao tratamento cirúrgico, atualmente no Brasil, a Resolução CFM nº 1.955/2010, publicada em 3 de setembro de 2010, do Conselho Federal de Medicina, é responsável por dispõe sobre a transgenitalização. Conforme os artigos 1º e 2º desta resolução, ficam autorizados a realização de “*cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo*” e, ainda, a título experimental, “*a realização de cirurgia do tipo neofaloplastia*”.

Ainda, o artigo 3º elenca que a definição da transexualidade obedecerá, no mínimo, aos seguintes critérios, *in verbis*:

Art. 3º Que a definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados:

- 1) Desconforto com o sexo anatômico natural;
- 2) Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto;
- 3) Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos;
- 4) Ausência de outros transtornos mentais. (Onde se lê “Ausência de outros transtornos mentais”, leia-se “Ausência de transtornos mentais”)

Porém, talvez o mais relevante dispositivo é o artigo 4º, que estabelece como indispensável para a seleção de pacientes para a cirurgia a obrigatoriedade de: 1. acompanhamento de equipe multidisciplinar, constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, por, no mínimo, dois anos; 2. diagnóstico médico; 3. o paciente deverá ser maior de 21 (vinte e um) anos; e, por fim, 4. ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia.

Art. 4º Que a seleção dos pacientes para cirurgia de transgenitalismo obedecerá a avaliação de equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, obedecendo os critérios a seguir definidos, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto:

- 1) Diagnóstico médico de transgenitalismo;
- 2) Maior de 21 (vinte e um) anos;
- 3) Ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia.

Dessa forma, para que o transexual possa ser submetido à cirurgia de transgenitalização, ele deve atender a todos os critérios elencados no artigo supramencionado.

Ocorre que, além disso, há poucos hospitais que realizam o procedimento de forma gratuita no país. De acordo com material pública no sítio

eletrônico da UOL, em 19 de agosto de 2018, apenas São Paulo (quatro hospitais), Minas Gerais (um hospital), Rio de Janeiro (dois hospitais), Curitiba (um hospital), Porto Alegre (um hospital), Vitória (um hospital), Goiânia (um hospital) e mais recentemente Pernambuco (um hospital), contam com hospitais públicos aptos a realização da cirurgia.

Ademais, a mesma matéria também elenca as enormes filas de espera e o alto custo do procedimento em clínicas privadas como motivos que desencorajam os transexuais, que consideram a cirurgia necessária, a realizar o procedimento.

3 CÁRCERE E GRUPOS LGBT

De acordo com Organização *Jus Detention Internacional*, os LGBT em situação de cárcere são os indivíduos com maior vulnerabilidade dentro do sistema prisional, dentre os quais, travesti e transexuais apresentam vulnerabilidades adicionais (SESTOKAS, 2015, p. 1).

Com vistas a minorar as situações de desrespeito contra esse grupo dentro das prisões, foi editada a resolução Conjunta nº 1, de 15 de abril de 2014, iniciativa conjunta do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP e do Conselho Nacional de Combate à Discriminação – CNCD/LGBT, a qual estabelece, em nível nacional, os parâmetros de acolhimento de LGBT em privação de liberdade no Brasil.

Essa resolução, dentre outros pontos, estabelece significativos avanços aos membros do grupo LGBT que se encontrem em estabelecimentos prisionais, dentre os quais, destacam-se: o direito de ser chamado pelo seu nome social, de acordo com o seu gênero; à pessoa travesti ou transexual em privação de liberdade serão facultados o uso de roupas femininas ou masculinas, conforme o gênero, e a manutenção de cabelos compridos, se o tiver, garantindo seus caracteres secundários de acordo com sua identidade de gênero; garantia de percepção do benefício do auxílio-reclusão aos dependentes do segurado recluso, inclusive ao cônjuge ou companheiro do mesmo sexo.

Porém, talvez mais impactante medida dessa resolução esteja disposta no artigo 3º, *in verbis*:

Art. 3º - Às travestis e aos gays privados de liberdade em unidades prisionais masculinas, considerando a sua segurança e especial vulnerabilidade, deverão ser oferecidos espaços de vivência específicos.

§ 1º - Os espaços para essa população não devem se destinar à aplicação de medida disciplinar ou de qualquer método coercitivo.

§ 2º - A transferência da pessoa presa para o espaço de vivência específico ficará condicionada à sua expressa manifestação de vontade.

Assim, como forma de reconhecimento de sua especial vulnerabilidade nos estabelecimentos prisionais, aos travestis e gays privados de liberdade deve ser oferecido um espaço específico, conhecidas como “ala LGBT”.

De acordo com o Relatório Nacional de Informações Penitenciárias – IFOPEN, de junho de 2014, coordenado pelo Ministério da Justiça e pelo Departamento Penitenciário Nacional, das 1.217 unidades prisionais consultadas em território nacional, apenas 65 apresentam celas ou alas destinadas, apenas, à população LGBT, o que corresponde a 5,34% do total das amostras verificadas.

Porém, apesar dessa medida ser considerada um marco na proteção dos direitos humanos LGBT, Andrade *et al.* (2018) apregoa que a falta de integralidade nas penitenciárias nacionais evidenciam lacunas logísticas para a adoção dessas medidas. Nas palavras dos autores, além desse problema:

(...) há um longo caminho a ser percorrido no que se refere ao combate à discriminação. A discriminação possui muitas expressões e, no ambiente do cárcere, parece ainda mais grave. As unidades penitenciárias brasileiras ainda estão afastadas da proteção à cidadania material e do pleno cumprimento dos direitos humanos, conforme disposição constitucional. Além da preocupação pontual com o cumprimento da pena e responsabilidade sobre a integridade dos apenados e respeito aos direitos humanos, há de se refletir sobre a viabilidade de soluções possíveis e menos onerosas para amenizar a vulnerabilidade e a violência contra homossexuais na prisão.

4 O DECRETO Nº 37.944 DE 2017 E A JURISPRUDÊNCIA DO STF

No Estado da Paraíba, conforme Andrade *et al.* (2018), existem três unidades prisionais diferenciadas por condição LGBT: a Penitenciária Flósculo da Nóbrega (Presídio do Róger), Penitenciária Dr. Romeu Gonçalves de Abrantes (PB1) e Penitenciária Regional Raimundo Asfora (Complexo do Serrotão).

Cabe ressaltar que, com vistas a dar maior efetividade a Resolução Conjunta nº 1, o Governo do Estado da Paraíba assinou o Decreto Nº 37.944, de 12 de dezembro de 2017, o qual estabelece diretrizes e normativas para o tratamento da população de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais (LGBT) no Sistema Penitenciário Estadual.

Em alguns aspectos, o decreto estadual se limita a repetir o que já consta na Resolução Conjunta nº 1. Porém, há alguns de seus dispositivos que merecem atenção.

Os artigos 2º e 12º do Decreto Nº 37.944 inovam no sentido de estabelecer vedação de toda e qualquer discriminação por parte de servidoras e servidores da administração penitenciária, cujo descumprimento ensejará em processo administrativo para apurar infração funcional.

Porém, nem tudo foram avanços. O artigo 5º condiciona à cirurgia de redesignação sexual o direito das mulheres ou homens transexuais de serem incluídos em unidades prisionais do sexo correspondente.

Art. 5º Mulheres transexuais ou homens transexuais que passaram por procedimentos cirúrgicos de redesignação do sexo poderão ser incluídas em unidades prisionais do sexo correspondente, a seu critério.

Parágrafo único. Deverão ser tomadas as devidas providências de retificação do pré- -nome no Registro Civil dessas pessoas, por meio de processo judicial, caso isso não tenha ocorrido até o seu ingresso no Sistema Prisional.

Ademais, o parágrafo único do artigo 8º estabelece que a Travestis, mulheres transexuais e homens transexuais serão revistados por agentes penitenciários conforme o seu sexo biológico, ou resultante de procedimentos cirúrgicos de redesignação sexual:

Art. 8º É vedado proceder à revista íntima em travestis, mulheres transexuais e homens transexuais em privação de liberdade ou na condição de visitantes em ambiente público, que permita a exposição da nudez da pessoa revistada diante dos demais presos, devendo-se proceder à revista íntima em ambiente reservado, que assegure sua privacidade.

Parágrafo único. Travestis, mulheres transexuais e homens transexuais em privação de liberdade, ou cadastrados como visitantes para realização de visita social ou íntima, serão revistados seguindo as normas de revistas íntimas, sem discriminação alguma, sendo realizadas por agentes penitenciários conforme o seu sexo biológico, ou resultante de procedimentos cirúrgicos de redesignação sexual.

O que se observa é um desrespeito a identidade de gênero das pessoas travestis e transexuais, não sendo compatível com a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e os direitos de personalidade, exigir-se a cirurgia de redesignação sexual para que possam gozar dos direitos que são garantidos às pessoas cujo sexo biológico se coaduna com a identidade de gênero.

Nesse sentido, o Ministro Roberto Barroso, quando da apreciação *Habeas Corpus* 152.491/SP, em 14 de fevereiro de 2018, determinou que o Juízo da Comarca de Tupã/SP colocasse os pacientes Pedro Henrique Oliveira Polo (nome social Laís Fernanda) e o corréu Luiz Paulo Porto Ferreira (nome social Maria Eduarda Linhares), ambas travestis, em estabelecimento prisional compatível com as respectivas orientações sexuais.

Ainda, corroborando com a desnecessidade cirúrgica, o próprio Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 4.275, ocorrida em março de 2018, reconheceu que aos transgêneros, independentemente da cirurgia de redesignação sexual ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil.

Como razões de decidir, ficou consignado que a identidade de gênero é manifestação da personalidade humana e que não cabe ao Estado Senão outra coisa, senão, reconhecê-la, dispensados procedimentos cirúrgicos e laudos de terceiros. Vejamos:

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E REGISTRAL. PESSOA TRANSGÊNERO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO NO REGISTRO CIVIL. POSSIBILIDADE. DIREITO AO NOME, AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, À LIBERDADE PESSOAL, À HONRA E À DIGNIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO OU DA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTOS HORMONAIIS OU PATOLOGIZANTES.

1. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero. 2. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. 3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. 4. Ação direta julgada procedente.

(ADI 4275, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 01/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-045 DIVULG 06-03-2019 PUBLIC 07-03-2019).

Assim, é cristalino que as disposições presentes no art. 5º do Decreto nº 37.944/2017 não se coaduna com o atual entendimento da Corte Constitucional Brasileira, padecendo de falhas alarmantes para a real tutela dos interesses das travestis e transexuais em situação de cárcere.

Como se não fosse bastante o preenchimento dos requisitos elencados pelo Conselho Federal de Medicina, a escassez de hospitais habilitados, longas filas de espera e altos custos para a realização de forma privada, a situação se agrava ainda mais quando pondera-se que a vontade de realização da cirurgia de redesignação sexual é um imperativo individual e não *conditio sine qua non* para que um indivíduo deve ter sua orientação de gênero e os direitos relacionados a ela respeitados.

O condicionamento a realização do procedimento cirúrgico se mostra como mais uma forma de violência direcionada a essas pessoas, na medida em que atrela sua identidade de gênero a genitália e os expõe a vivenciar uma vulnerabilidade adicional no ambiente carcerário.

Dessa forma, apesar da iniciativa por parte do poder executivo paraibano, o Decreto Nº 37.944 ainda padece de falhas e necessita de melhoras para a plena concretização dos direitos das pessoas LGBT em situação de cárcere, em especial às travestis e transexuais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sexualidade e suas diversas formas, bem como as identidades de gênero, se fazem presentes desde os tempos mais remotos da humanidade. Apesar de sua presença histórica, a parcela da população identificada como sexodiversa é vítima de uma violência chamada estrutural, marcada por questões religiosas, culturais e ideológica.

As travestis e transexuais, pessoas que passam por uma experiência de cunho puramente interna e individual de conformação ou não com o sexo atribuído no momento do nascimento, apresentam vulnerabilidades adicionais quando em situação cárcere, razão pela qual necessitam de uma atenção especial do poder público.

O marco na história brasileira na tutela dos interesses dos LGBTs em situação de cárcere no Brasil é a resolução Conjunta nº 1, de 15 de abril de 2014, iniciativa conjunta do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP e do Conselho Nacional de Combate à Discriminação – CNCD/LGBT, a qual estabelece, em nível nacional, os parâmetros de acolhimento de LBGT em privação de liberdade no Brasil.

Na experiência paraibana, destaca-se o Decreto nº 37.944, de 12 de dezembro de 2017. Esse decreto, em alguns pontos, limitou-se a repetir previsões da Resolução Conjunta nº1, em outros, mostrou-se inovadora, tanto positivamente como negativamente.

O ponto mais controverso do decreto está disposto no artigo 5º quando prevê o condicionamento à cirurgia de redesignação sexual o direito das mulheres ou homens transexuais de serem incluídos em unidades prisionais do sexo correspondente.

Ocorre que, a partir da análise do *Habeas Corpus* 152.491/SP e da ADI nº 4.275, o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema alicerça-se no sentido de que a realização ou não da cirurgia de transgenitalização não pode ser óbice ao acesso aos direitos fundamentais das pessoas travestis e transexuais em situação de cárcere.

REFERENCIAL TEÓRICO

ANDRADE, Mariana Dionísio de; CARTAXO, Marina Andrade; CORREIA, Daniel Camurça. Representações sociais no sistema de justiça criminal: proteção normativa e políticas públicas para o apenado LGBT. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, [s.l.], v. 8, n. 1, p.495-513, 22 maio 2018. Centro de Ensino Unificado de Brasília.

BENTO, Berenice Alves de Melo. **O que é transexualidade**. São Paulo: Brasiliense, 2008. Disponível em: <<https://democraciadireitoogenero.files.wordpress.com/2016/07/bento-berenice-o-que-c3a9-transexualidade2008.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2019.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: por uma teoria geral da política. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. 173 p.

BORRILLO, Daniel. **Homofobia**: história e crítica de um preconceito. Belo Horizonte: Autêntica, 2010. 141 p. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição: República Federativa do Brasil. **Portal do Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 maio 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.247**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Intdo. Governador do Estado do Rio de Janeiro e Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 09 de agosto de 2018. ADI. Brasília, 15 ago. 2018.

_____. Resolução Cfm nº 1.955, de 12 de agosto de 2010. **Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM nº 1.652/02..** Brasília, DF, 3 set. 2010. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm>. Acesso em: 11 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 152.491. Impetrante: Victor Hugo Anuvale Rodrigues. Coator: RELATOR DO HC Nº 413.829 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 14 de fevereiro de 2018. **Habeas Corpus 152.491** São Paulo. Brasília, 20 fev. 2018.

CATÃO, Marconi do Ó et al. Da exclusão social aos direitos de cidadania: percursos e percalços da população LGBT de campina grande–PB. **Revista Dat@venia**, Campina Grande, v. 1, n. 7, p.05–30, jan. 2015.

CORRÊA, S. O. E MUNTARBHORN, V. (orgs.). **Princípios de Yogyakarta**: princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Disponível em: <http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 13 maio. 2019.

DIAS, Surenã. **Transexualidade deixa de ser considerada transtorno mental pela OMS**. 2019. Disponível em: <<https://observatoriolbol.uol.com.br/noticias/2019/05/transexualidade-deixa-de-ser-considerada-transtorno-mental-pela-oms>>. Acesso em: 21 maio 2019.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Tradução de Eduardo Brandão.

GALLI, Rafael Alves et al. Corpos Mutantes, Mulheres Intrigantes: Transexualidade e Cirurgia de Redesignação Sexual. **Psicologia: Teoria e Pesquisa**, Brasília, v. 4, n. 29, p.447–457, dez. 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ptp/v29n4/v29n4a11.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2019.

- JAYME, Juliana Gonzaga. Travestis, transformistas, drag queens, transexuais: montando corpo, pessoa, identidade e gênero. In: CASTRO, Al (Org.). **Cultura contemporânea, identidades e sociabilidades: olhares sobre corpo, mídia e novas tecnologias.** São Paulo: Cultura Acadêmica, 2010. p. 167-196. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/js9g6/pdf/castro-9788579830952-08.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2019.
- JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos.** 2. ed. Brasília: Revista e Ampliada, 2012. Disponível em: <<http://www.diversidadessexual.com.br/wp-content/uploads/2013/04/G%C3%8ANERO-CONCEITOS-E-TER-MOS.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2019.
- LOPES, André Córtes Vieira. **TRANSEXUALIDADE: Reflexos da Redesignação Sexual.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/229.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2019.
- MOTT, Luiz. **Mortes violentas de LGBT+ no brasil: relatório 2018.** 2018. Disponível em: <<https://homofobiamata.files.wordpress.com/2019/01/relatorio-2018-1.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2019.
- MOURA, Tatiana Whately de; RIBEIRO, Natália Caruso Theodoro. **Levantamento Nacional de informações penitenciárias INFOPEN: Junho de 2014.** Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2014. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2019.
- PARAÍBA (Estado). Decreto nº 37.944, de 12 de dezembro de 2017. Estabelece diretrizes e normativas para o tratamento da população de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais (LGBT) no Sistema Penitenciário do Estado da Paraíba.. **Decreto Nº 37.945 de 12 de Dezembro de 2017.** João Pessoa, 12 dez. 2017.
- SOUTO, Luiza. Cobertas pelo SUS, cirurgias de redesignação sexual demoram até cinco anos. **UOL.** Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2018/08/19/transexuais- ficam-ate-cinco-anos-em-fila-de-cirurgia-de-transgenitalizacao.htm>. Acesso em: 11 ago. 2019.

SESTOKAS, Lúcia. **Cárcere e Grupos LBT**: normativas nacionais e internacionais de garantias de direitos. 2015. Disponível em: <<http://itcc.org.br/carcere-e-grupos-lgbt-normativas-nacionais-e-internacionais-de-garantias-de-direitos>>. Acesso em: 01 abr. 2015.

SODRÉ, Muniz. Por um conceito de minoria. In: PAIVA, Raquel; BARBALHO, Alexandre (Org.). **Comunicação e cultura das minorias**. São Paulo: Paulus, 2005. p. 11-14.

ESCRavidÃO MODERNA NO BRASIL: (DES)CONTINUIDADES EM UM CONTEXTO DE DESIGUALDADES RACIAIS E SOCIAIS

Danielle Ferreira Medeiro da Silva de Araújo

Walkyria Chagas da Silva Santos

INTRODUÇÃO³⁵

Durante muito tempo o governo brasileiro negou a continuidade da escravidão sob novas formas no país. Apenas na década de 90 do século XX, o Brasil reconheceu o problema e implantou programas voltados para a extinção material da escravidão, posto que, formalmente foi extinta em 1888.

A Constituição Federal de 1988 preocupou-se em assegurar a toda e qualquer pessoa, direitos básicos a sua existência, e com isso conferiu ao princípio da dignidade da pessoa humana lugar de grande importância no ordenamento jurídico. Este princípio é o vetor que deve guiar todas as decisões políticas, econômicas e sociais. A falta de efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana tem levado a sociedade a vivenciar situações anômalas, exemplo disto é o trabalho análogo à escravidão que fere os direitos garantidos pela Constituição Federal.

35 O texto é resultado do diálogo de debates e de bibliografias realizado pelas duas autoras em igualdade.

Apesar de transcorrido mais de 30 anos, desde a implantação do Estado Democrático de Direito, a fome, as desigualdades econômicas, raciais e sociais, os bolsões de miséria, a impunidade, o desemprego e a violação de direitos são latentes na sociedade brasileira. Apesar da implantação de políticas públicas visando o combate do trabalho análogo à escravidão, a sua ocorrência continua. Com similaridades e diferenças do trabalho escravo do período colonial e imperial, a escravidão moderna continua espoliando o ser humano e retirando os pressupostos básicos para a efetivação de uma vida digna.

A falta de oportunidade para garantir uma existência digna a seus familiares, a continuidade dos feitos colonialismo³⁶, da presença da colonialidade³⁷ e do racismo, tem feito com que muitos brasileiros se submetam a este regime de exploração. Estas pessoas têm seus direitos violados sendo restringida em alguns casos a alimentação, moradia, meios para garantir saúde e educação, enfim, verifica-se a ausência de pressupostos básicos para a garantia de uma vida com o mínimo necessário para o alcance da cidadania e consequentemente da dignidade.

Uma das grandes mudanças no que tange à temática, do período colonial para a atualidade, refere-se ao direito de propriedade. A partir da leitura do texto constitucional fica claro que a propriedade necessita atender a função social, art. 5º, XXII c/c art. 5º, XXIII, art. 170, III e art. 186, o direito de propriedade é garantido desde que esta atenda a função social que consta no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos, consta também como um dos princípios da ordem econômica. Quais são os requisitos necessários para que a propriedade cumpra a função social? O art. 186 apresenta os seguintes, que devem ser atendidos simultaneamente: “I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores” (BRASIL, 2018, p. 80).

36 Segundo Ramón Grosfoguel, “Eu uso a palavra “colonialismo” para me referir a “situações coloniais” impostas pela presença de uma administração colonial, como é o caso do período do colonialismo clássico, (GROSFOGUEL, 2008, p. 126).

37 Para Nelson Maldonado-Torres, “[...]colonialidade pode ser compreendida como uma lógica global de desumanização que é capaz de existir até mesmo na ausência de colônias formais”. (MALDONADO-TORRES, 2018, p. 35-6)

Nesse contexto um instituto jurídico importante é a expropriação da propriedade, ele limita o direito de propriedade, posto que, este direito não pode ser instrumento para lesionar o direito de outrem. Portanto, quando um proprietário utiliza mão-de-obra análoga à escravidão, além de violar os direitos fundamentais do trabalhador e conseqüentemente o princípio da dignidade da pessoa humana, ele também descumpra a função social da propriedade, podendo ter como forma de punição a perda da propriedade³⁸.

A partir das questões apresentadas, o objetivo deste trabalho é discutir as múltiplas faces da escravidão moderna e as alternativas que se tem proposto para a sua superação, como os programas educacionais desenvolvidos pela ONG Repórter Brasil, o Movimento Ação Integrada (que reúne o Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho (SINAIT), do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), OIT-Brasil e SRTE-MT) e também a efetividade da constitucionalização do instituto da expropriação para o rompimento do pensamento e das práticas exploratórias dentro do contexto social brasileiro.

Para abordagem da temática, no primeiro item será realizado um breve histórico da escravidão no Brasil, para entender que os efeitos do colonialismo não foram rompidos com a abolição formal. No item dois serão apresentados os aspectos da escravidão moderna no Brasil e no último item serão apresentadas as possíveis alternativas de enfrentamento ao trabalho escravo. Para desenvolvimento do texto foi utilizado como método a revisão bibliográfica intercalada com dados estatísticos que abordam a questão do trabalho análogo à escravidão.

38 É importante a leitura do art. 243 da Constituição, vejamos, “Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º. (Artigo com redação dada pela EC nº 81, de 2014) Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei” (BRASIL, 2018, p. 95-96).

1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A ESCRAVIDÃO NO BRASIL

1.1 A ESCRAVIDÃO NO BRASIL COLÔNIA E BRASIL IMPÉRIO

Desde a época do Brasil Colônia (1530 a 1822), o sistema escravocrata é utilizado no país. Inicialmente, ocorreu a escravização dos indígenas e posteriormente do negro. O processo de escravização do indígena foi intenso e estes iniciaram revoltas, fugindo para os sertões (dentro do continente), conforme relata Francisco Cancela ao escrever sobre Porto Seguro, indicando conflito entre o donatário Pero do Campo, os indígenas e os religiosos que apoiavam os indígenas. Com a implantação das capitânicas hereditárias, a procura pelo trabalho indígena aumenta e é iniciada uma caçada à mão-de-obra indígena. (CANCELA, 2012).

No momento seguinte começa a ser introduzido, de maneira forçada e brutal, os negros, estes eram transportados de diversas partes da África em Navios Negreiros, como o nome já sugere, era um meio de transporte horrendo, fétido, escuro, sem as menores condições de higiene. Os negros eram arrancados da sua terra natal, de suas famílias, sem nenhum direito, lá muitas vezes eles eram reis, sacerdotes ou chefes de tribos, aqui eram ninguém. No que se refere à procedência étnica do negro, destacam-se dois grupos importantes: os bantos, capturados na África equatorial e tropical provenientes do Congo, Guiné e Angola, e os sudaneses, vindos da África ocidental, Sudão e norte da Guiné. Para exemplificar o tratamento dispensado aos negros, sendo tratados como meras peças, em São Félix, na Bahia, de 1842 a 1845, foram registradas aproximadamente 350 vendas de escravos³⁹. (ARQUIVO, 1842-1869).

Estes seres humanos foram alijados de todos os meios necessários para uma sobrevivência digna. Comiam restos e dormiam em senzalas, trabalhavam muitas vezes mais de 18 horas por dia, nos finais de semana tinham que laborar nas hortas destinadas a sua alimentação, e, por fim,

39 Entendemos, assim como Makota Valdina, que o ser humano não nasce escravo, ele é escravizado. Portanto, o negro não foi escravo e sim escravizado. Ao longo do texto quando a referência estiver relacionada diretamente a documentos e leis da época será utilizado o termo escravo e nas considerações das autoras o termo será escravizado.

eram obrigados a cultivar os santos da Religião Católica em detrimento das suas crenças, sendo o sincretismo religioso uma das formas de resistência. (SANTOS, 2009).

Este sistema perdurou mediante grave coação, os negros eram intimidados das formas mais brutais possíveis, os que desobedeciam as ordens dos senhores e capatazes, recebiam severos castigos para que servisse de exemplo para os outros. Eram utilizados os mais diversos métodos que a perversidade humana foi capaz de criar, como o tronco e o açoite. Diante de tanta exploração a média de vida dos escravizados era muito curta e as revoltas e fugas visando se libertar desta situação degradante era constante. (SANTOS, 2009).

Para compreender o processo de escravização de índios e negros no Brasil, é preciso entender, dentre outros fatores e influências, porque apesar das lutas por conquista de direitos, o direito do colonizador português foi o aplicado, apesar dos debates internos sobre a necessidade de sufocar as demandas por direitos intentada pelos demais povos. Sendo os detentores das propriedades e dos meios de produção, e implantando como forma de trabalho o regime da escravidão, houve forte imposição dos padrões dos colonizadores em detrimento das demais etnias⁴⁰. (SANTOS, 2009).

O direito no Brasil Colônia atribuiu às ideias e as vontades da classe dominante uma validade universal, resultando na “legitimação” daquele estado de coisas e do direito português. Claudio Valentim Cristiani, explica que,

O direito, no Brasil colonial, sofreu a mesma sorte da cultura em geral. Assim, “o direito como a cultura brasileira, em seu conjunto, não foi obra da evolução gradual e milenária de uma experiência

40 Aqui deve ficar claro para o leitor que entendemos a importância das lutas do povo negro e indígena, assim como, os elementos trazidos pela diáspora. Porém, apesar das lutas não podemos esquecer que os portugueses utilizaram o direito, a luta armada para tentar calar o clamor por uma vida digna. Portanto, foi de luta em luta que o povo negro foi pressionando o governo para que seus direitos fossem resguardados, mas o opressor foi manipulando com as armas que tinha para não deixar que o Brasil fosse um segundo Haiti. Assim, desde o início a luta racial e social no Brasil é feita de contradições.

grupais, como ocorre com o direito dos povos antigos, tais o grego, o assírio, o germânico, o celta e o eslavo”. A condição de colonizados fez com que tudo surgisse de forma imposta e não construída no dia-a-dia das relações sociais, no embate sadio e construtivo das posições e pensamentos divergentes, enfim, do jogo de forças entre os diversos segmentos formadores do conjunto social. Com a devida precaução, salvo exceções que confirmam a regra, foi uma vontade monolítica imposta que formou as bases culturais e jurídicas do Brasil colonial. (WOLKMER, 2005, p. 296-7).

Porém, apesar da aparente dominação do direito português no Brasil, e do direito europeu nas Américas, nos últimos anos tem ocorrido um movimento para contestar a construção da cultura jurídica latino-americano por uma única via, a do direito europeu. Rompendo com as escolas antigas, os novos constitucionalistas trazem os debates, as contradições e as rebeliões ocorridas no continente como fator determinante para a elaboração das leis. Portanto, o europeu que elaborava e aplicava a lei não estava alheio aos acontecimentos do continente Americano, como as insurgências e a Revolta do Haiti. (WOLKMER, 2017).

Os escravizados não tinham direito à liberdade (de ir e vir, de religião, etc.), igualdade, dignidade, dentre outros direitos. Sendo assim eram reduzidos a mera peça, propriedade, possuía a infeliz condição de ser coisa perpetuamente, só podendo deixar de ser “escravo” mediante carta de alforria, a morte ou pela lei. Vale ressaltar, ainda, que a falta de proteção jurídica do escravizado, deixava-o em situação de hipossuficiência em relação aos seus senhores, posto que, estes além de proprietários e de todos os direitos até aqui explicitados, poderiam revogar a carta de alforria e reescravizar o negro que praticasse algum ato de ingratidão. “Em geral o escravo não tem leis” (MATTOSO, 2003, p.179).

Se por um lado os escravizados não tinham direitos, e até aqui foi demonstrado o quanto eram discriminados e colocados a margem da sociedade, de outro tinham muitas obrigações perante a lei penal. Ocorrem, portanto, situações discrepantes no ordenamento, pois, o Código Criminal considerava o escravizado pessoa para que pudesse puni-lo, ou seja, o mesmo indivíduo coisificado tornava-se pessoa. (CASTRO, 2004).

Várias foram as formas de resistência utilizadas pelos negros contra a escravidão, dentre elas pode-se citar: o suicídio, o banzo, o culto aos deuses e crenças, o homicídio dos senhores de engenho e de seus capatazes, e as fugas para os quilombos. Outra forma de resistência à escravidão foi a compra de carta de alforria por negros e negras livres. Como exemplo de entidade que se organizou para angariar fundos para a compra das citadas cartas, tem-se a Irmandade da Boa Morte, que existe até hoje em Cachoeira- BA e que foi fundada tendo como um de seus objetivos libertar os irmãos que ainda permaneciam no cativeiro. Os ex-escravizados e ex-escravizadas, trabalhavam vendendo quitutes como o acarajé e engraxando sapatos, para salvar os outros negros e negras dos grilhões da escravidão. (SANTOS, 2009).

Diante de tanta exploração, os negros juntamente com parte da sociedade, começaram a lutar para que a liberdade e outros direitos fossem extensivos a todos os habitantes do Brasil, começa-se então a busca pela Abolição da Escravatura. Luta essa que se reverbera até os dias de hoje e que compreende a necessidade de uma reflexão crítica sobre a questão racial a partir do ganho aferido pelos brancos durante a escravidão, como fato agregador do capital simbólico dos mesmos em todas as áreas, uma herança extremamente positiva fruto da apropriação do trabalho do negro. (BENTO, 2002).

1.2 ABOLIÇÃO FORMAL DA ESCRAVIDÃO

Ao dissertar sobre a forma de pensar das pessoas antes do Iluminismo, Flávia Lages de Castro, sustenta que “antes todos consideravam que a escravidão era uma forma de retirar pessoas da barbárie, depois dos Iluministas, alguns passaram a achar que estava na escravidão a fonte de muitos males e que ela era a barbárie”. (CASTRO, 2004, p. 394). Mas, como será demonstrado, o Estado brasileiro, editou algumas leis para adiar a abolição.

A primeira foi a Lei nº. 581, Lei Eusébio de Queiroz, que proibia o tráfico de africanos. Depois foi a Lei nº. 2040, Lei do Ventre Livre, que considerava livre os filhos de escravas que nascessem a partir de 28 de setembro de 1871. E por fim, a Lei nº. 3270, Lei Saraiva-Cotegipe ou Lei

dos Sexagenários, que considerava livre os escravos maiores de 60 anos. (SANTOS, 2009)

A Lei nº. 2040 interveio na prerrogativa senhorial da alforria, anulando a possibilidade da reescravidão por ingratidão, reconheceu a existência do pecúlio acumulado pelos escravos e legislou sobre as ações de liberdade, tornando possível aos escravos recorrer juridicamente para garantir a sua liberdade. Porém, os senhores de engenho e o próprio Estado, visando colocar um freio nesse ganho legal e jurídico dos escravos, fixou o preço dos escravos em tabelas por intermédio da Lei nº. 3270. (SANTOS, 2009)

O Brasil retardou a abolição da escravatura o quanto pode, e quando o fez, não garantiu meios para que os ex-escravizados pudessem se manter dignamente, isto resultou na marginalização das pessoas negras atualmente. Com o advento da Lei Áurea, assinada dia 13 de maio de 1888, Lei 3.353, o Brasil decretou extinta formalmente a escravidão. Muitos brasileiros têm a ilusão que a escravidão acabou com a promulgação da supracitada lei. No plano teórico, mundo ôntico, isto realmente aconteceu, porém, no plano prático, mundo deôntico, o que se verifica é a ocorrência de novas formas de escravidão, hoje denominada como escravidão moderna. (SANTOS, 2009).

2. ESCRAVIDÃO MODERNA

A pobreza, as condições de miséria e descaso com que os brasileiros têm que conviver, tem levado o Brasil a continuar sendo palco do trabalho escravo. As primeiras denúncias de formas modernas de escravidão no Brasil foram feitas em 1971 por Dom Pedro Casaldáliga, porém, “A primeira denúncia documentada sobre trabalho escravo ilegal no Brasil apareceu no livro Memórias de um colono no Brasil, publicado em 1858 na Suíça, escrito por Thomaz Davatz”. (OBSERVATÓRIO, 2005, p. 7).

Apesar das denúncias da existência do trabalho escravo, o governo brasileiro demorou para reconhecer este problema. Para alguns autores a escravidão moderna é diferente da antiga forma de escravidão, em que os escravizados eram trazidos da África. Consoante Lília Leonor Abreu e Deyse Jacqueline Zimmermann, “a forma escravagista de trabalho subsiste ainda nos dias atuais como efeito da ignorância, da má distribuição de renda e da concentração fundiária nas mãos de poucos”. (ABREU, 2010, p. 139).

A escravidão moderna é proibida, vedada pelo ordenamento jurídico, se caracteriza pelo trabalho obrigatório por dívida, pela retenção de documentos, pelo não fornecimento de condições mínimas para o trabalho e sobrevivência. A OIT (2019)⁴¹ inclui a escravidão moderna dentro do gênero do trabalho forçado,

O trabalho forçado é um fenômeno global e dinâmico, que pode assumir diversas formas, incluindo a servidão por dívidas, o tráfico de pessoas e outras formas de escravidão moderna. Ele está presente em todas as regiões do mundo e em todos os tipos de economia, até mesmo nas de países desenvolvidos e em cadeias produtivas de grandes e modernas empresas atuantes no mercado internacional. Acabar com o problema exige não só o comprometimento das autoridades dos governos, como também um engajamento multifacetado de trabalhadores, empregadores, organismos internacionais e sociedade civil.

Para a sua ocorrência tem-se a consecução de um ciclo perverso: desinformação/ pobreza, recrutamento/aliciamento, transporte, alojamento, trabalho degradante e má alimentação (violação a direitos fundamentais), dívidas, vigilância e impunidade. Lílian Leonor Abreu e Deyse Jacqueline Zimmermann dissertam sobre alguns itens do ciclo perverso com muita propriedade, segundo as autoras,

Esses trabalhadores normalmente são atraídos por boas propostas de emprego, buscados pelos “gatos” (supostos empreiteiros de mão-de-obra, que são, na verdade, recrutadores de trabalhadores) de locais distantes do lugar da prestação dos serviços, normalmente de regiões pobres, como pequenos agricultores sem recursos, desempregados ou sem-terra. Homens, mulheres e crianças são subjugados em função da miséria, da fome, da ignorância e do medo. A eles são sonogados completamente os direitos trabalhistas. São explorados pelos detentores do poder econômico que lucram com o trabalho em condições subumanas. (ABREU, 2010, p. 141).

41 Disponível em: <<https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-escravo/lang--pt/index.htm>>. Acesso: 10 jul. 2019

Muitas vezes, é feito um contrato para burlar a fiscalização, este não possui os pressupostos básicos de um contrato válido, posto que, surge com o consentimento viciado do trabalhador. A intenção deste tende a ser “comprometida ou deturpada por uma oferta tendenciosa e irreal apresentada pelos ”gatos”, já que quase nunca é cumprida[...], flagramos a presença dos chamados vícios de consentimento – fraude, simulação, erro, etc”. (SENTO- SÉ, 2000, p. 48).

De acordo com a OIT (2019)⁴², no Brasil Entre 1995 e 2015, foram libertados 49.816 trabalhadores que estavam em situação análoga à escravidão no Brasil. Os trabalhadores libertados são, em sua maioria, migrantes internos ou externos, que deixaram suas casas para a região de expansão agropecuária ou para grandes centros urbanos, em busca de novas oportunidades ou atraídos por falsas promessas. Além disso, 95% dos trabalhadores libertados são homens, 83% têm entre 18 e 44 anos de idade e 33% são analfabetos. Os dez municípios com maior número de casos de trabalho escravo do Brasil estão na Amazônia, sendo oito deles no Pará. Tradicionalmente, a pecuária bovina é o setor com mais casos no país. No entanto, há cerca de dez anos intensificaram-se as operações de fiscalização em centros urbanos, até que em 2013, pela primeira vez, a maioria dos casos ocorreu em ambiente urbano, principalmente em setores como a construção civil e o de confecções.

Em maio de 2017, a OIT lançou no Brasil a campanha 50 For Freedom, que pede a ratificação do Protocolo da OIT sobre trabalho forçado de 2014 . Trata-se de uma campanha global, realizada pela OIT em parceria com a Confederação Sindical Internacional e a Organização Internacional de Empregadores, para promover o Protocolo em todo o mundo e pedir que pelo menos 50 países o ratificasse até 2018. Até setembro de 2017, 18 países ratificaram o Protocolo. O Protocolo de 2014 complementa a Convenção nº 29 da OIT sobre Trabalho Forçado e fornece orientações específicas sobre medidas efetivas que devem ser tomadas para eliminar as novas formas de escravidão moderna, incluindo o desenvolvimento de ações de prevenção e assistência a vítimas que são fundamentais para reforçar o combate a este crime. Além disso, ele identifica a necessidade de

42 Ibid.

ações específicas para combater o tráfico humano, que alicia pessoas para a exploração sexual e para o trabalho forçado⁴³.

Segundo Sento-Sé, os fatores econômicos são determinantes para a ocorrência do trabalho escravo, posto que, os proprietários de terras, visam obter um lucro exorbitante sem, no entanto, ter muitos gastos (SENTO-SÉ, 2000). Porém, há outros fatores que devem ser levados em consideração na análise, os fatores culturais, os fatores políticos e os fatores raciais e regionais.

Os fatores culturais por decorrerem dos costumes estão arraigados de forma muito profunda no cotidiano dos brasileiros. Dentre estes, tem-se a troca da força do trabalho por mercadoria, que persiste apesar das proibições legais. Quanto aos fatores sociais, além das raízes excludentes do preconceito, da marginalização e da pobreza, tem-se a concentração e má-distribuição de renda, como contribuintes para a ocorrência do trabalho escravo. Posto que, esta concentração resulta na falta de recursos que assola a maior parte da população. (SANTOS, 2009).

Os fatores políticos são também influenciadores da continuidade do trabalho escravo no Brasil. Já no início da República é possível localizar concentrações de poder na zona rural, a classe dominante era composta pelos grandes latifundiários, que se utilizavam da força política regional (coronelismo), para subjugar a população da localidade que estava inserido. Hamilton Gonçalves Mattos relata que,

Esses grandes proprietários de terra exerciam forte influencia na vida político-econômica do país. Em seus municípios, eles eram respeitados e temidos. Muitas pessoas dependiam deles para trabalhar, comer e morar; [...]. Além do mais, aquele que discordasse das ordens do coronel sofria violenta agressão dos jagunços, pistoleiros contratados pelo coronel para manter a sua autoridade. (MATTOS, 1990, p. 76-7).

Isto reflete no ambiente político atual, pois muitos são os políticos que divergem das ações de combate ao trabalho escravo. As forças econômicas que utilizam o trabalho escravo possuem respaldo político, pois estes muitas vezes são grandes latifundiários que por terem a força regional, supracitada, conseguem chegar ao mais alto escalão político.

43 Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-escravo/WCMS_585709/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 10 jul 2019.

Dados do relatório Índice Global de Escravidão 2018, trazem que com relação a incidência de escravidão moderna na América, “Em números absolutos, o Brasil detém a segunda maior quantidade de pessoas em regime escravocrata na região, com 369 mil habitantes”⁴⁴. O balanço das ações realizadas pelo Grupo Especial de Fiscalização Móvel no ano de 2018 aponta que, em 2018 o número de pessoas encontradas em condições abaixo da dignidade humana dobrou em relação ao ano de 2017, o número não aumentava desde 2012, e desde 2003 os dados não apresentavam crescimento tão grande de trabalhadores prejudicados⁴⁵.

Qual é a cor dos escravizados, qual a origem? É justamente na resposta a essas perguntas que fica clara a continuidade dos efeitos do colonialismo, ou seja, da existência da colonialidade e os efeitos de uma abolição realizada sem políticas públicas afirmativas. Dados do Ministério da Economia divulgados em 2019 apresentam o perfil da pessoa submetida a situação análoga à escravidão no Brasil, ela é negra, homem e nordestino. Assim, 87% dos resgatados eram homens, quanto à origem 48% residiam no nordeste, no que se refere a naturalidade 57% eram naturais do Nordeste, com relação a cor 72% se declararam pardos e 14% pretos, levando em conta a soma realizada pelo IBGE teríamos um percentual de negros escravizados de 86%. Portanto, a escravidão moderna no Brasil tem cor sim, e é o povo negro que continua sendo escravizado e vilipendiado em seus direitos.

Nas decisões do Poder Judiciário é possível visualizar a dificuldade dos magistrados em imputar a estes criminosos, as medidas necessárias para que não haja a reincidência e a sua continuidade. O Ministério Público do Trabalho recorreu ao Judiciário para garantir o direito da sociedade de saber quais são os empregadores envolvidos nessa prática criminosa e desumana. Em 16 de maio de 2016, o Supremo Tribunal Federal julgou prejudicada a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.209/DF, que questionava a constitucionalidade do cadastro de empregadores que submetem trabalhadores a condições análogas à de escravo – a famosa “Lista

44 Carta Capital, “Brasil tem quase 320 mil escravos modernos, diz relatório”. Disponível em: < <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/com-370-mil-escravos-modernos-brasil-lidera-ranking-na-america-latina/>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

45 Site Radar do Trabalho Escravo da SIT. Disponível em: < <https://sit.trabalho.gov.br/radar/>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

Suja”. Portanto, desde o dia 17 daquele mês, não há qualquer empecilho à divulgação dos nomes dos empregadores que exploram o trabalho escravo no País. Porém, o Governo se nega a divulgar a Lista⁴⁶.

A Lista Suja é uma das principais políticas de enfrentamento à escravidão moderna implementadas pelo Estado brasileiro, elogiada pela Organização das Nações Unidas e pela Organização Internacional do Trabalho. Obstar sua publicação significa permitir a invisibilidade de uma grave violação a direitos humanos e fundamentais.

3 ALTERNATIVAS DE ENFRENTAMENTO À ESCRAVIDÃO MODERNA

3.1 Movimento Ação Integrada

Um dos fatos que mais preocupam com a ocorrência do trabalho escravo é a reincidência, pois a falta de emprego, informação e punição eficaz dos autores deste crime, fazem com que muitos trabalhadores retornem a humilhante condição de escravizado. A Constituição de 1988 garante a todos os seres humanos residentes no país o direito a integridade física, sendo assim, ninguém deve ser submetido a trabalho desumano ou degradante, e o trabalho escravo se insere neste contexto. José Afonso da Silva, opina que,

Agredir o corpo humano é um modo de agredir a vida, pois esta se realiza naquele. A integridade físico-corporal constitui, por isso, um bem vital e revela um direito fundamental do indivíduo. Daí porque as lesões corporais são punidas pela legislação penal. A Constituição [...] além de garantir o respeito à integridade física e moral, declara que ninguém será submetido a tortura ou a tratamento degradante. (SILVA, 2004, p. 198).

O Brasil na esfera internacional ratificou vários pactos e convenções que disciplinam sobre a proteção aos direitos humanos (fundamentais), dentre eles tem-se as Convenções nº. 29 de 1930 e nº. 105 de 1957 da OIT. Estas dispõem respectivamente, sobre a eliminação de todas as for-

46 Disponível: <<http://www.acaointegrada.org/>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

mas de trabalho forçado ou obrigatório, e, sobre a proibição da utilização de qualquer tipo de trabalho forçado ou obrigatório como forma de castigo ou punição, discriminação, coerção ou educação política, ou com fins de fomento econômico. Segundo Romero, “Além disso, o princípio da proibição do trabalho forçado apoiou-se também no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966” (ROMERO, 2010, p. 120).

Com a ratificação e consequente inserção destas convenções no ordenamento jurídico, o Brasil, se comprometeu internacionalmente a lutar contra este mal que assola a humanidade, que é o trabalho escravo. Porém, só veio reconhecer o problema e combatê-lo, na década de 90, conforme mencionado anteriormente.

O II Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo foi aprovado em 17 de abril de 2008, esta nova versão incorporou cinco anos de experiência e introduziu modificações que decorreram de uma reflexão permanente sobre as distintas frentes de luta contra essa forma brutal de violação dos direitos humanos e fundamentais. Quanto ao I Plano 68,4% das metas estipuladas pelo Plano Nacional foram atingidas, total ou parcialmente, segundo avaliação realizada pela Organização Internacional do Trabalho – OIT. Para se quantificar esse avanço, registre-se que entre 1995 e 2002 haviam sido libertadas 5.893 pessoas, ao passo que, entre 2003 e 2007, 19.927 trabalhadores em condições análogas à escravidão foram resgatados dessa condição vil pelo corajoso e perseverante trabalho do Grupo Especial de Fiscalização Móvel, sediado no Ministério do Trabalho⁴⁷.

Num balanço geral, constata-se que o Brasil caminhou de forma mais palpável no que se refere à fiscalização e capacitação de atores para o combate ao trabalho escravo, bem como na conscientização dos trabalhadores sobre os seus direitos. Mas avançou menos no que diz respeito às medidas para a diminuição da impunidade e para garantir emprego e reforma agrária nas regiões fornecedoras de mão-de-obra escrava. Consequentemente, o novo plano concentra esforços nessas duas áreas⁴⁸.

No campo prático uma ação exitosa tem sido o Movimento Ação Integrada. A primeira fase do Ação Integrada foi implementada em 2009, a partir de uma articulação iniciada em 2008, por iniciativa da Superin-

47 Disponível em: < <https://reporterbrasil.org.br/documentos/novoplanonacional.pdf> >. Acesso: 10 jul. 2019.

48 Ibid.

tendência Regional do Trabalho e Emprego em Mato Grosso, com apoio do Ministério Público do Trabalho de Mato Grosso (MPT) e da Organização Internacional do Trabalho (OIT). O projeto viabiliza uma série de articulações com entidades públicas, privadas e da sociedade civil para discutir as variáveis que levam o trabalhador e sua família à condição de vulnerabilidade e ao trabalho escravo e presta atenção às vítimas e suas famílias, além de identificar e estabelecer parcerias em prol de uma ação coordenada de combate ao trabalho escravo⁴⁹.

As ações do programa se concentraram em romper o ciclo da escravidão moderna, criando condições efetivas de (re) inserção social e profissional aos trabalhadores resgatados e vulneráveis ao trabalho escravo, por meio dos seguintes pilares: acolhimento/ acompanhamento psicossocial contínuo; formação cidadã; elevação educacional; qualificação profissional; e, (re)inserção em políticas públicas de emprego e renda ou contratação direta por empresas⁵⁰.

Os resultados obtidos pela Ação devolveram aos beneficiários do projeto sua existência legal e documental, além de ter possibilitado o resgate da dignidade, autoestima e a retomada de projetos de vida interrompidos pela escravidão moderna. Entre os anos de 2009 e 2015 os resultados foram os seguintes: trabalhadores abordados (resgatados e vulneráveis) pelo Projeto: **1.828, sendo 547 resgatados e 1.281 vulneráveis**; municípios e comunidades visitados: **83 municípios**, 24 comunidades; cursos realizados de 2009 a 2013: **36 turmas**, sendo 04 turmas em 2009, 05 turmas em 2010, 08 turmas em 2011, 07 turmas em 2012, 09 em 2013; e, trabalhadores qualificados e alfabetizados pelo Projeto: **643**.

3.2 ONG Repórter Brasil

Visando proteger os trabalhadores rurais desinformados, o governo federal, juntamente com a OIT e a ONG Repórter Brasil, lançaram o Almanaque do alfabetizador, com o título “Escravo nem pensar!”, “este programa tem como objetivo fundamental transformar os alfabetizado-

49 Disponível em:< <http://www.acaointegrada.org/historico-e-projetos/>>. Acesso em:10 jul. 2019.

50 Ibid.

res em atores importantes para a prevenção do trabalho escravo no Brasil” (OIT, 2006, p. 2). A cartilha contém diversas informações sobre o trabalho escravo, tenta através de histórias com linguagem simples levar a realidade da escravidão para pessoas da zona rural. (CONVÊNIO, 2006, p. 29).

O **Escravo, nem pensar!** é o programa educacional da ONG Repórter Brasil. Fundado em 2004, é o único programa nacional dedicado à prevenção do trabalho escravo, cuja missão é diminuir o número de trabalhadores aliciados para o trabalho escravo e submetidos a condições análogas a de escravidão nas zonas rural e urbana do território brasileiro, por meio da educação⁵¹.

Atuam com objetivo de difundir o conhecimento a respeito de tráfico de pessoas e de trabalho escravo moderno como forma de combater essas violações de direitos humanos e promover o engajamento de comunidades vulneráveis na luta contra o trabalho escravo e o tráfico de pessoas. Já realizaram 188 projetos de prevenção ao trabalho escravo, atuando em 465 municípios, realizando a formação de 22.043 educadores e lideranças populares⁵².

Tamanha a importância da ação que foi incluso na meta 41 do 2º Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo: “Promover o desenvolvimento do programa ‘Escravo, nem pensar!’ de capacitação de professores e lideranças populares para o combate ao trabalho escravo, nos estados em que ele é ação do Plano Estadual para a Erradicação do Trabalho Escravo”⁵³.

O trabalho não deve ser instrumento de redução do ser humano a condição de objeto, e sim deve garantir a pessoa humana meios para que esta viva em condições condizentes com o que prega o ordenamento jurídico. O trabalho escravo é algo que deve ser extirpado da sociedade, pois, é uma situação que fere os Direitos Fundamentais e consequentemente o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. É necessário, que os planos governamentais e da sociedade civil organizada, comecem a ser colocados

51 Disponível em:< <http://escravonempensar.org.br/sobre/quem-somos/>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

52 Ibid.

53 Ibid.

em práticas com urgência, pois o trabalho escravo tem se espalhado pelo Brasil como uma erva daninha.

3. 3 Função social da propriedade e o instituto da expropriação

Apesar do Brasil ser um país capitalista, as atividades econômicas desenvolvidas devem assegurar existência digna aos trabalhadores, bem como, buscar o bem-estar social, é o que disciplina o primeiro artigo referente ao capítulo que trata dos Princípios Gerais da Atividade Econômica na Constituição Federal.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. (BRASIL, 2018).

Já o art. 193, da Constituição Federal, que está inserido no título que tem como objeto a ordem social, disciplina que “A ordem social tem como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”. (BRASIL, 2018). Sendo assim, todas as atividades econômicas, dentre elas a realizada em propriedade rural deve atender a função social, ou seja, deve observar os ditames de justiça social e bem-estar da população como disciplina a Constituição Federal.

Reconhecendo a função social da propriedade, a Constituição não nega o direito exclusivo do dono sobre a coisa, mas exige que o uso desta seja condicionado ao bem-estar geral. Essa função social deve atender aos interesses da sociedade, “a função social se deve entender como expressão destinada a disciplinar a atividade, os direitos e deveres do proprietário” (ESPÍNOLA, 2002, p. 194). O artigo 186 da Constituição Federal elenca as condições objetivas pelas quais se afere o cumprimento da função social da propriedade rural, conforme citado anteriormente.

O direito a propriedade é garantido, porém, sofre limitações para barrar possíveis excessos oriundos do liberalismo total de outrora, esse fenômeno deve ser analisado a partir da orientação filosófica do Estado. Uma importante mudança na postura do Estado em relação à limitação do direito de propriedade é o instituto da expropriação. André Ramos Tavares define

o instituto da expropriação, como “a espoliação do bem particular pelo Estado, sem a contraprestação pecuniária. Não há nesta modalidade de perda de propriedade, qualquer indenização”. (TAVARES, 2003, p. 490).

As duas hipóteses previstas pela Constituição Federal de expropriação estão no art. 243, que ocorre quando na gleba forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas e em caso de ocorrência do trabalho análogo à escravidão (BRASIL, 2018). O que se pretende com esta medida, é punir aqueles que cometem o ilícito de ‘reduzir alguém a condição análoga a de escravo’ e proporcionar aos trabalhadores explorados nestas glebas, uma nova oportunidade, visando impedir portanto, que retornem para o ciclo vicioso do trabalho escravo.

Porém, o instituto constitucional vem sendo questionado por alguns políticos, que entendem que o instituto da expropriação por ocorrência do trabalho escravo causa terror aos proprietários porque a definição do que é trabalho análogo à escravidão não é clara⁵⁴.

CONCLUSÃO

Pode-se concluir portanto, que no Estado em que não houver respeito a vida, a integridade física, a igualdade, a liberdade, etc., em que não sejam assegurados meios para que a população viva ao menos em condições mínimas de dignidade, em que o homem é reduzido a condição de objeto, não há espaço para a dignidade da pessoa humana. É necessário garantir instrumentos eficazes, para que os Direitos Fundamentais se concretizem, e consequentemente haja respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois se isto não ocorrer a sociedade terá que conviver com situações díspares do texto constitucional.

O Brasil na sua Constituição garante a todos os cidadãos o direito a um salário digno, onde este possa atender todas as necessidades de um ser humano. Porém a realidade é totalmente discrepante ao sistema jurídico, realçando problemas históricos como o trabalho escravo, racismo, má distribuição de renda e terra, etc. O proprietário ao tornar sua propriedade

54 “Bolsonaro critica emenda que manda expropriar propriedade que explorar trabalho escravo”. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/30/bolsonaro-critica-emenda-que-manda-expropriar-propriedade-que-praticar-trabalho-escravo.ghtml>>. Acesso em: 11 de jul. de 2019.

produtiva deve atender ao interesse da sociedade e dos trabalhadores, e não o seu interesse de forma exclusiva como ocorria em legislações passadas. O direito de propriedade deixou de ser absoluto e o ser humano é o principal objeto do sistema jurídico atual.

No que se refere ao perfil dos escravizados modernos, para buscar reduzir os números de escravizados no nordeste é necessário investir em agricultura familiar, proporcionando ao pequeno agricultor que alimente a si e a sua família de forma digna sem precisar se retirar da sua terra natal, realizar a redistribuição de terra e renda, e meios para que possa produzir nesta terra e dar uma vida aos seus familiares que atenda os ditames de justiça social. Quanto à questão da cor, 86% dos escravizados são negros é preciso pensar em políticas públicas e afirmativas voltadas às áreas em que a escravidão acontece.

É necessário julgar com imparcialidade os criminosos, aumentar a pena mínima do crime “reduzir alguém à condição análoga à de escravo” para impedir que possa ser aplicada pena alternativa, dando chance para os autores do delito continuarem livres. A intenção do governo brasileiro era erradicar o trabalho escravo no de 2006, mas as notícias atestam o contrário, o número voltou a crescer em 2018. Assim, é urgente que o Estado preste contas a população quanto aos programas desenvolvidos, divulgando, por exemplo, se os empresários incluídos na lista suja, estão tendo acesso ao crédito público e se os imóveis onde são encontrados trabalhadores em situação análoga a de escravo estão sendo expropriados.

O trabalho escravo ameaça o Estado Democrático de Direito, a liberdade, a dignidade, os ditames de justiça e bem-estar social. Para que o Brasil seja um país efetivamente justo, digno e precursor de um direito onde o ser humano seja referenciado como o centro de estudo e preocupação, é necessário que o desenvolvimento econômico não suplante a relevância dos direitos humanos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Lília Leonor; ZIMMERMANN, Deyse Jacqueline. **Trabalho escravo contemporâneo praticado no meio rural brasileiro: abordagem sociojurídica**. Revista TST, Brasília, vol. 69, nº 2, jul/dez 2003. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/3958>>. Acesso em: 05 de jul. de 2019.

ARQUIVO Público de Cachoeira. **Contas – pagamentos de escravos e alugueis de casas**. São Félix, 1842-1869.

_____. **Notas de escrituras**, São Félix, 1855.

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. **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas emendas constitucionais nos 1/1992 a 99/2017, pelo Decreto legislativo nº 186/2008 e pelas emendas constitucionais de revisão nos 1 a 6/1994. – 53. ed. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2018.

CANCELA, Francisco Eduardo Torres. **De projeto a processo colonial**: índios, colonos e autoridades régias na colonização reformista da antiga capitania de Porto Seguro. Tese de doutorado defendida no Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Federal da Bahia, 2012.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito**: geral e Brasil. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

COMISSÃO Especial do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana da Secretária Especial de Direitos Humanos; Organização Internacional do Trabalho. **Plano nacional para a erradicação do trabalho escravo**. Brasília: OIT, 2003. Disponível em: <www.mte.gov.br>. Acesso em: 10 de fev. de 2010.

CONVÊNIO MEC/OIT/ONG RepórterBrasil. **Escravo, nem pensar!** Almanaque do Alfabetizador. Programa Brasil Alfabetizado. Brasil, 2006.

ESPÍNOLA, Eduardo. **Posse, propriedade, compropriedade ou condomínio, direitos autorais**. Atualizado por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2002.

MALDONADO-TORRES, Nelson. Analítica da colonialidade e da decolonialidade: algumas dimensões básicas. In: BERNADINO-COSTA, Joaze; MALDONADO-TORRES; Nelson, GROS-FOGUEL, Ramon. **Decolonialidade e pensamento afrodiaspórico**, Belo Horizonte: Autentica Editora, 2018.

MATTOS, Hamilton Gonçalves. **Vivenciando a história**: o Brasil e a exploração capitalista. São Paulo: Brasil, 1990.

MATTOSO, Kátia M. de Queirós. **Ser escravo no Brasil**. Trad. James Amado. São Paulo: Brasiliense, 2003.

OBSERVATÓRIO Social. **Trabalho escravo no Brasil**: o drama dos carvoeiros, a responsabilidade das siderúrgicas, a campanha para a erradicação. Revista, nº6, jul. 2004. Disponível em: <www.os.org.br>. Acesso em 25 de set. de 2005.

OIT(ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO). **Erradicação do trabalho forçado**. Disponível em: <www.oitbrasil.org.br>. Acesso em 20 fev. de 2010.

_____. **Não ao trabalho forçado**: relatório global do seguimento da declaração da oit relativa a princípios e direitos fundamentais no trabalho. Conferência internacional do trabalho. 89ª reunião 2001. Brasília: OIT, 2002. Disponível em: <www.ilo.org>. Acesso em 20 fev. de 2010.

_____. **OIT e MEC lançam cartilha para alfabetizadores contra trabalho escravo**. Disponível em: <www.reporterbrasil.org.br>. Acesso em 01 de jul. de 2006.

REPÓRTERBRASIL. **Nova escravidão**: trabalhadores viram dívidas na Amazônia brasileira. Pará, dez. de 2001 a fev. de 2002. Disponível em:<www.reporterbrasil.com.br>. Acesso em 21 de ago. de 2005.

_____. **O que é trabalho escravo**. Disponível em:<www.reporterbrasil.com.br>. Acesso em 01 de jun. de 2006.

ROMERO, Adriana Mourão; SPRANDEL, Márcia Anita. **Trabalho escravo**: algumas reflexões. Revista CEJ, Brasília, nº 22, p. 199-132, jul/set. 2003. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/572>>. Acesso em: 13 de jul. de 2019.

SANTOS, Walkyria Chagas da Silva Santos. **Pesquisa de campo**, Cachoeira, 2006.

_____. **Trabalho Escravo**: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e Função Social da propriedade. Monografia apresentada a Especialização em Direito do Estado. Faculdade de Direito da Bahia. Universidade Federal da Bahia, 2009.

SENTO-SÉ, Jairo Lins de Albuquerque. **Trabalho escravo no Brasil na atualidade**. São Paulo: LTr, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito**. 3 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

WOLKMER, Antonio Carlos; BRAVO, Efendy Emiliano Maldonado; FAGUNDES, Lucas Machado. Historicidade Crítica do Constitucionalismo LatinoAmericano e Caribenho. **Rev. Direito e Práx.**, Rio de Janeiro, Vol. 08, N.4, 2017.

ESPIRITOS LIVRES PRESOS NUM CORPO SEM ESPERANÇA: A NECESSIDADE DA EUTANÁSIA

Thiago Rodrigues Pereira

Thaís Fróes Villela Aldrighi

1. INTRODUÇÃO

Mesmo sendo um evento certo a morte nunca foi bem aceita e pensada em nossa sociedade. Contudo, como um evento da natureza inevitável é imprescindível que esse fenômeno seja estudado a fim de garantir que a passagem ocorra da melhor forma possível para os envolvidos. Da mesma forma que existe uma preocupação com a qualidade da vida deve existir esse cuidado com a hora da morte.

Assim, ao estudar sobre a morte é inexorável tratar sobre os indivíduos que desejam adiantá-la devido a graves problemas de saúde incuráveis. Com isso surge a seguinte pergunta: existe um direito fundamental do cidadão de escolher o momento de sua morte, utilizando a eutanásia?

O presente trabalho visa responder essa pergunta, estudando o fenômeno da eutanásia em nossa sociedade e procurando no ordenamento jurídico pistas sobre a sua compatibilidade ou não com a vontade dos constituintes originários.

Ao selecionarmos a eutanásia como tema de estudo esperávamos encontrar como resposta à pergunta proposta a compatibilidade do instituto em questão com o ordenamento jurídico e conseqüentemente a existência do direito à morte digna.

Ademais, temos como objetivo geral da presente pesquisa analisar se o ordenamento jurídico, a partir de uma discussão baseada nos princípios constitucionais, admite a possibilidade da escolha do momento de morrer do cidadão com uso da eutanásia. Para tanto selecionamos como objetivos específicos da pesquisa: conceituar o termo eutanásia; pesquisar a origem genealógica da eutanásia; explicitar o conceito de direitos fundamentais; diferenciar a eutanásia de outras formas de abreviar a vida; estudar a ideia kantiana da autonomia da vontade; analisar se a liberdade pode incluir o direito subjetivo de escolher o momento da morte.

O método escolhido para desenvolver esse texto foi o fenomenológico, que consiste em colocar entre parênteses os preconceitos e os pressupostos oriundos de um pré-reflexivo vivenciado e experienciado. Contudo, sem ignorar que o ser humano não é neutro e possui sua pré-compreensão sobre o mundo.

Outrossim, escolhemos como marco teórico o filósofo Immanuel Kant, devido a sua grande relevância no mundo jurídico e sua análise de várias questões trabalhadas neste texto.

Em tempos de um envelhecimento crescente da população, bem como no momento principiológico do Direito, a Constituição pátria visa salvaguardar os direitos fundamentais do cidadão. Assim, procuramos compreender se o direito fundamental do cidadão de viver alcança também o direito subjetivo de não mais querer viver, ou seja, de pôr fim a sua vida, em casos de doenças terminais, fazendo uso da eutanásia. Discutir tal questão é necessário, pois está ínsita a discussão sobre os limites de intervenção do Estado na vida do seu cidadão.

2. A ORIGEM GENEALÓGICA DA EXPRESSÃO EUTANÁSIA

Antes de tratar propriamente sobre o tema proposto no título do presente artigo revela-se de suma importância conceituar a palavra núcleo deste estudo: eutanásia. Além disso, é imprescindível diferenciar tal termo de outros conceitos similares.

Eutanásia é um vocábulo de origem grega formado pela junção do termo *eu*, que significa bem, e *thanasia*, que significa morte. Assim, po-

demos concluir que a palavra em questão é utilizada para designar uma morte boa ou tranquila. Tal instituto:

consiste em se provocar a morte de uma pessoa antes do previsto, pela evolução natural da moléstia, um ato misericordioso devido a um padecimento não suportável, decorrente de uma doença sem cura. Esta maneira de causar a morte de outrem pode se dar de uma maneira ativa ou passiva, pode se dar de um jeito direto ou indireto, ou como um ato voluntário ou não voluntário do paciente. (SOUZA, 2005, p. 1)

Além disso, segundo Hubert Lepargneur (1999, p.1) a eutanásia é compreendida contemporaneamente como:

o emprego ou abstenção de procedimentos que permitem apressar ou provocar o óbito de um doente incurável, a fim de livrá-lo dos extremos sofrimentos que o assaltam ou em razão de outro motivo de ordem ética. A afirmação teórica de que, em nossos dias de farmacopéia avançada, toda dor encontra seu antálgico eficaz não corresponde ainda a uma prática generalizada. Na eutanásia, a morte deve constituir a finalidade primária e não secundária da intervenção.

É imprescindível ainda observar que a eutanásia pode ser ativa ou passiva. A primeira ocorre quando se empregam meios para retirar a vida do indivíduo, nela ações são praticadas para que o objetivo seja alcançado. Já na eutanásia passiva não se provoca intencionalmente a morte, mas com a suspensão dos cuidados necessários a pessoa acaba falecendo, pode-se compreendê-la como um conjunto de atos omissivos.

Já a distanásia consiste em um processo pelo qual se prolonga meramente o processo de morrer, e não a vida propriamente dita, tendo como consequência morte prolongada, lenta e, geralmente, acompanhada de sofrimento, dor e agonia (BIONDO, SILVA, SECCO, 2009, p. 3).

Diferente é a ortotanásia que é pensada como:

a arte de morrer bem, humana e corretamente, sem ser vitimado pela mistanásia, por um lado, ou pela distanásia, por outro, e sem

abreviar a vida, ou seja, recorrer à eutanásia. Tem como grande desafio o resgate da dignidade do ser humano em seu processo final, onde há um compromisso com a promoção do bem-estar da pessoa em fase terminal (PESSINI, 2005, p. 372)

Finalmente, temos o instituto do suicídio assistido quando um terceiro ajuda o indivíduo a preparar-se para tirar sua própria vida (DILP, 2016, p. 9). O ponto principal aqui é que o indivíduo que aperta o botão para acabar com o seu sofrimento, o terceiro somente o auxilia durante o processo.

Assim, podemos perceber que há diferenças entre esses institutos. A eutanásia diferencia-se porque é um método que retira a vida do indivíduo, não a prolonga ou visa mantê-la garantindo o bem-estar do paciente. Ademais, é realizada por terceiro, médico ou não, diferente do que ocorre no suicídio assistido que é realizado pela própria pessoa.

Superada a fase de contextualização trataremos agora de uma das perguntas centrais deste trabalho. Nossa Constituição trata a morte, ou melhor, a morte digna como um direito fundamental? Se sim, esse direito englobaria a Eutanásia?

Antes de responder essa pergunta tão instigante é preciso voltar a origem da vida, ou seja, ao direito à vida. Para entender se há implicitamente em nossa constituição a garantia à morte digna é preciso encontrar o sentido e a amplitude do direito à vida previsto no art. 5º, *caput*, da Carta Magna⁵⁵. Assim, o que significa estar vivo?

O presente estudo não tem a pretensão de discutir profundamente uma das perguntas mais profundas do mundo filosófico e criar novas teorias sobre a razão da vida. Logo, para responder esta indagação iremos nos apropriar dos ensinamentos do filósofo Immanuel Kant.

Escolhemos utilizar os ensinamentos de Kant devido a sua inegável relevância no mundo jurídico – sendo um dos principais filósofos estudados em filosofia do direito. Essa importância ocorre por conta da posição ocupada pelo Direito em sua obra, sendo o ordenamento jurídico consequência da razão.

55 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 (BRASIL. Constituição Federal de 1988)

o dever deve ser a necessidade prática-incondicionada da acção; tem de valer portanto para todos os seres racionais (os únicos aos quais se pode aplicar sempre um imperativo), e só por isso pode ser lei também para toda a vontade humana. (KANT, 2007, p. 64)

Nesse sentido, continua o filósofo lecionando sobre a relação das leis com a razão e a vontade humana:

vontade é concebida como a faculdade de se determinar a si mesmo a agir em conformidade com a representação de certas leis. E uma tal faculdade só se pode encontrar em seres racionais. Ora aquilo que serve à vontade de princípio objectivo da sua autodeterminação é o fim (Zweck), e este, se é dado pela só razão (KANT, 2007, p. 67)

Immanuel Kant afirma que o que diferencia o homem das coisas é que as coisas têm valor, enquanto os homens possuem dignidade. O que seria essa dignidade sustentada por Kant? A dignidade seria fruto da razão dotada pelos seres humanos, característica que os demais seres não possuem, ou possuem em níveis distintos. Dessa forma:

Ora digo eu: — 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 ser considerado simultaneamente como fim (KANT, 2007, p.68)

Continua ele:

se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (KANT, 2007, p. 68)

Ademais, Kant afirma que no que concerne ao dever meritório para com outrem, o fim natural que todos os homens têm é a sua própria felicidade (KANT, 2007, p. 71). Assim, se a felicidade mútua não for buscada – se não contribuir para o fim do próximo – o ser humano passará a ser meio e não mais um fim em si mesmo, igualando-se, conseqüentemente, as coisas.

Destarte, podemos concluir que todo ser humano é dotado de dignidade, devido ao atributo da razão. É a dignidade que distingue os homens das coisas, pois os seres humanos sempre devem ser considerados fins em si mesmo, nunca devendo ser utilizados para alcançar uma finalidade diversa do que a própria felicidade. Assim, ao utilizarmos o outro como um meio suprimimos a sua dignidade – aquilo que os diferencia das coisas. Então, ao afastarmos a dignidade de uma pessoa nós retiramos também a sua humanidade, a coisificando.

Conclui-se então que o elemento vida – humana – nunca pode ser desassociado do conceito dignidade, pois é ele que confere os contornos do que entendemos como humanidade. Vida digna seria então um pleonasmismo se a existência se refere ao homem, pois a vida humana é sempre permeada pela dignidade.

Voltamos a pergunta, a Constituição garante uma morte digna? A morte é uma etapa inevitável do ciclo da vida, não há como escapar dela. Assim, não é possível tratar da vida sem esbarar na morte, e vice-versa. Como uma etapa da existência a morte também é permeada pela dignidade.

Assim, ao proteger a vida, conceito indissociável da dignidade, a Carta Magna implicitamente cuida do falecimento do ser humano. Um trecho que evidencia a preocupação com o momento e a forma do óbito é a vedação da pena de morte, estabelecida no art. 5º, XLVII, “a”, da CRFB/88.

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

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX (BRASIL, 1988, p. 10)

Outrossim, nossa Constituição privilegia a morte digna ao proibir que alguém seja submetido a tortura ou a tratamento desumano ou degradante, conforme art. 5º, III, da CRFB/88⁵⁶. Logo, podemos deduzir que a morte digna, aquela que não submete o indivíduo a qualquer tipo de sofrimento e humilhação, é sim um direito fundamental. Dessa forma, é correto afirmarmos que podemos escolher quando e como morrer?

3. LIBERDADE E O DIREITO A MORTE DIGNA

Vivemos em um Estado democrático de direito, onde o povo deve ser sempre considerado e colocado sob os holofotes. Assim, as ações do governo devem continuamente respeitar e satisfazer os direitos do cidadão – incluindo o direito à morte digna.

Um dos direitos conquistados mais celebrado e prezado por todo o globo é o direito à liberdade. Direito esse que protege a essência do ser humano, pois a liberdade é outro fator que caracteriza o homem. Podemos perceber que ela não pode ser separada da razão, pois a liberdade é fruto da razão e a razão só pode funcionar corretamente se o ser é livre. Logo, a liberdade define o indivíduo, juntamente com a razão e a dignidade. Tal afirmação pertence ao filósofo Immanuel Kant que leciona:

A todo o ser racional que tem uma vontade temos que atribuir-lhe necessariamente também a ideia da liberdade, sob a qual ele unicamente pode agir. (...) Ela tem de considerar-se a si mesma como autora dos seus princípios, independentemente de influências estranhas; por conseguinte, como razão prática ou como vontade de um ser racional, tem de considerar-se a si mesma como livre; isto é, a vontade desse ser só pode ser uma vontade própria sob a ideia da liberdade, e, portanto, é preciso atribuir, em sentido prático, uma tal vontade a todos os seres racionais. (KANT, 2007, p. 96)

Desse modo, ao reconhecermos o direito à morte digna como uma máxima do nosso ordenamento é possível compreender que o indivíduo,

56 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se

sendo um ser livre e racional, tem o direito de realizar a eutanásia sem nenhum empecilho se assim a desejar.

Ademais, não podemos esquecer que o nosso sistema jurídico preza pela autonomia e liberdade dos cidadãos, garantindo as pessoas a manifestação da vontade e a realização de escolhas – não vetadas explicitamente – de forma livre. Assim:

O ser racional tem de considerar-se sempre como legislador num reino dos fins possível pela liberdade da vontade, quer seja como membro quer seja como chefe. Mas o lugar deste último não pode ele assegurar-lo somente pela máxima da sua vontade, mas apenas quando seja um ser totalmente independente, sem necessidade nem limitação do seu poder adequado à vontade. (KANT, 2007, p. 76)

Continua o filósofo:

Como ser racional e, portanto, pertencente ao mundo inteligível, o homem não pode pensar nunca a causalidade da sua própria vontade senão sob a ideia da liberdade (...) Ora à ideia da liberdade está inseparavelmente ligado o conceito de autonomia, e a este o princípio universal da moralidade, o qual na ideia está na base de todas as ações de seres racionais como a lei natural está na base de todos os fenómenos. (Kant, 2007, p. 102)

Assim, a eutanásia, como uma decisão privada que não afeta nenhum outro membro da comunidade de forma lesiva e não possui consequência imprevisível ou perigosa para o Estado, deve ser vista apenas como uma decisão pessoal fruto da razão e da liberdade humana.

Outrossim, é imprescindível lembrar que a eutanásia ocorre, majoritariamente, nos casos que envolvem doentes graves que não possuem perspectiva de melhora em seu caso clínico – foco do presente estudo. Sendo considerada uma forma de alcançar-se uma morte boa, conforme a tradução do vocábulo de origem grega.

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: III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante (BRASIL, 1988, p. 9)

A eutanásia acontece como um ato de piedade que interrompe a dor e o sofrimento do enfermo incurável. Desse modo, a eutanásia, procedimento escolhido livremente pelo paciente, não afeta nenhuma máxima estabelecida pela sociedade, não havendo motivos para condená-la, visto que seu objetivo é interromper o sofrimento do indivíduo, garantindo a dignidade do indivíduo em seus últimos momentos.

Ademais, a imposição do Estado na manutenção da vida de um indivíduo doente que não vive mais de forma digna⁵⁷ devido a sua grave condição enferma assemelha-se e muito a técnicas de tortura que visam prolongar o sofrimento da vítima para fazê-la realizar coisas que não deseja. Um Estado de direito que veda expressamente em sua Constituição no art. 5º, inciso III, a tortura e que possui uma lei apartada do Código Penal que a pune expressamente – considerando-a inclusive crime equiparado aos crimes hediondos – deve apoiar a eutanásia, pois condená-la contradiz toda a estruturação do ordenamento jurídico, indo de encontro aos principais paradigmas escolhidos e respeitados pela sociedade.

Outrossim, o argumento de que o paciente pode ser sedado e passará a não sentir mais dor é uma falácia, pois há na literatura médica inúmeros casos de pessoas que mesmo anestesiadas continuaram sentindo dor. Além disso, há casos em que o nível de sofrimento é tão grande que o medicamento não faz efeito.

Não se pode deixar de notar também que a eutanásia, método que consiste na retirada da vida de paciente grave e incurável que solicita a utilização desse procedimento, não fere nenhum bem jurídico. Isso ocorre porque a eutanásia só é realizada quando demandada, o método não é realizado de forma alguma contra a vontade do paciente. Assim, o paciente de forma consciente requer que sua vida seja retirada, não havendo, portanto, lesão ao bem jurídico vida e ausente a lesão o crime não se configura.

Sobre o princípio da lesividade assim manifesta-se Damásio de Jesus (2014, p. 401):

57 Entendemos por vida digna aquela em que o indivíduo tem acesso ao mínimo existencial – alimentação, moradia, saúde, educação – e não é submetido a qualquer tipo de crueldade ou humilhação. Além de ter condições de perseguir a sua felicidade.

Como afirma Delitala, a antijuridicidade deve ser determinada objetivamente, independente da culpa ou da imputabilidade do sujeito. Ela existe por si só. Em face disso, o inimputável pode realizar condutas ilícitas, embora não culpáveis. Isso ocorre porque a ilicitude, no dizer de Bettiol, resolve-se num juízo acerca da lesividade do comportamento. Ela se manifesta num juízo de desaprovação do fato praticado (...).

Já para Cleber Masson (2019, p. 31):

O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade.

Nesse sentido continua Masson (2019, p. 219) lecionando que a tipicidade material relaciona-se profundamente com o princípio da lesividade porque nem sempre as condutas se coincidem com os modelos abstratos de crime – tipicidade formal – provocam dano ou perigo ao bem jurídico. É o que ocorre nas hipóteses de aplicação do princípio da insignificância, nas quais, mesmo existindo a tipicidade formal, não se confirma a tipicidade material.

Assim, não é dotada de razão a condenação da eutanásia devido à ausência de um bem jurídico lesado – a vida não foi lesada, pois a sua retirada era vontade do indivíduo e os indivíduos são livres em nossa sociedade para exercer sua vontade desde que não cause nenhuma lesão ao próximo. Logo, a eutanásia não pode ser considerada como crime, pois *Nullum crimen sine iniuria*.

4. A EUTANÁSIA NO PANORAMA JURÍDICO NACIONAL

Infelizmente a jurisprudência sobre eutanásia em nossas cortes ainda é mui limitada e atrasada em relação aos outros países do mundo, como

Holanda, Colômbia, Canadá. Nosso insucesso em selecionar tais decisões demonstra perfeitamente como o tema da eutanásia é ainda tratado como um tabu no Brasil e precisa urgentemente começar a ser pensado e debatido em nosso âmbito jurídico.

Contudo, felizmente, nos deparamos com o Projeto de Lei do Senado nº 7 de 2018, de autoria do Senador Pedro Chaves (PSC/MS), ainda em fase de tramitação, que dispõe sobre os direitos dos pacientes em serviços de saúde e objetiva permitir aos pacientes recusarem a realização de tratamentos ou procedimentos de suporte à vida, assegurando a autonomia de vontade do enfermo e de seus representantes legais. Se aprovado o projeto garantirá a realização da eutanásia passiva em nosso país.

Art. 6º O art. 13 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar acrescido do seguinte § 3º:

“Art. 13.

§ 3º Não se considera omissão penalmente relevante a falta de instituição de suporte de vida ou a não realização de tratamento ou procedimento médico ou odontológico recusados expressamente pelo paciente ou, nos casos em que o paciente não possa expressar sua vontade, por seu representante legal.” (PLS nº 7, 2018, p. 5)

Além desse projeto de lei corre também no Senado o PLS nº 149 de 2018, de autoria do Senador Lasier Martins (PSD/RS), que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade sobre tratamentos de saúde. Em um dos seus artigos o PL determina o seguinte:

Art. 3º Toda pessoa maior e capaz tem o direito de declarar, de forma antecipada, a sua vontade de receber ou não receber determinados tratamentos médicos em época futura, quando se vislumbra estar em condição clínica que se enquadre na situação definida no inciso III do art. 2º e não puder, em função de sua condição de saúde, expressar autonomamente a sua vontade. (PLS nº 149, 2018, p.1)

A existência de mais de um projeto de lei abrangendo o tema da eutanásia é um forte indicativo de que o modo como pensamos tal procedimento em nosso país é arcaico e desatualizado, devendo ser repensado urgentemente sob a ótica do direito à morte digna e da vedação à tortura e ao tratamento cruel e degradante.

Ademais, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 54, que trata sobre a possibilidade de aborto de feto anencefálo, abre as portas para o reconhecimento da eutanásia.

O Ministro Marco Aurélio em seu voto afirma que o ponto central do tema é perquirir se há justificativa para a lei compelir a mulher a manter a gestação, quando ausente expectativa de vida para o feto. Sobre isso afirma:

Senhor Presidente, na verdade, a questão posta sob julgamento é única: saber se a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencefalo coaduna-se com a Constituição, notadamente com os preceitos que garantem o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde. Para mim, Senhor Presidente, a resposta é desenganadamente negativa (ADPF nº 54, 2012, p. 34) – Grifo nosso

No trecho destacado o Ministro explicita claramente o seu entendimento que interromper a vida de um ser que não tem perspectiva de vida coaduna-se com diversos direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, o direito à vida, a liberdade, entre outros. Manter um indivíduo respirando não é sinônimo de proteção à vida, quando a morte é certa, conservar a existência dolorosa e indesejável da pessoa nada mais é do que tortura.

A questão do que seria vida é suscitada em seu voto no seguinte trecho: “O fato de respirar e ter batimento cardíaco não altera essa conclusão, até porque, como acentuado pelo Dr. Thomaz Rafael Gollop, a respiração e o batimento cardíaco não excluem o diagnóstico de morte cerebral” – Ministro Marco Aurélio, ADPF nº 54. Assim, a vida não pode ser observada como uma mera questão naturalística, mas como um tema mais amplo e complexo que abrange a temática da dignidade.

Além disso, não é lógico e ético que o Estado obrigue alguém a manter-se vivo apesar da sua grave condição médica. A nossa Constituição não possui apenas a vida como um direito fundamental, ela conta com diversos outros direitos, como a dignidade, liberdade, vedação a tortura e tratamentos cruéis. Desse modo, não é coerente que o aplicador do direito possa ele-

ger e escolher apenas um desses direitos para proteger, pondo de lado todos os restantes. Se a Carta Magna não for respeitada e aplicada devidamente ela nada mais será do que um mero pedaço de papel, conforme os ensinamentos de Ferdinand Lasalle em sua obra “O que é uma Constituição?”.

O Ministro Marco Aurélio trata em seu voto sobre a importância e aplicação dos direitos fundamentais, lecionando que:

Inexiste hierarquia do direito à vida sobre os demais direitos, o que é inquestionável ante o próprio texto da Constituição da República, cujo artigo 5º, inciso XLVII, admite a pena de morte em caso de guerra declarada na forma do artigo 84, inciso XIX. Corrobora esse entendimento o fato de o Código Penal prever, como causa excludente de ilicitude ou antijuridicidade, o aborto ético ou humanitário (ADPF nº 54, 2012, p. 58) – Grifo nosso

Assim, não se pode fundamentar a negativa ao exercício do direito à morte digna com base no direito à vida e esquecer-se que a manutenção dessa “vida” viola muito mais direitos do que preserva. Ao exigir a manutenção da existência de um enfermo grave que não possui perspectivas de melhora, não está se prolongando a vida, está se prolongando o sofrimento e a morte.

Como os alarmantes dados apresentados nos votos sobre a longevidade de um feto anencefálo, no Brasil existem diversas doenças que atingem milhares de cidadãos que não possuem nenhum tipo de tratamento e que possuem como fim apenas a morte. Um exemplo de enfermidade desse tipo é a chamada Doença Priônica, uma moléstia cerebral que leva a demência e a morte.

Manter um indivíduo que possui essa doença é uma tortura não apenas para ele, mas para toda a família que se vê obrigada a acompanhar a trajetória trágica de uma pessoa querida que irá esquecer-se de tudo, até mesmo de quem ela é, parará de controlar todos os movimentos, não conseguirá mais falar. Na Doença Priônica os príons espalham-se pelas células do cérebro, afetando o seu funcionamento e causando lesões cerebrais que levam à morte do organismo.

Assim, esse indivíduo, com danificações no funcionamento cerebral, além de ficar submetido a dores e sofrimento, perderá sua essência huma-

na uma vez que a razão é uma característica intrínseca do ser humano e essa doença, e muitas outras, afetam a atividade cerebral e a capacidade de racionalizar e pensar o mundo. O indivíduo sem razão não é livre, é um escravo de si mesmo.

Não basta que atribuamos liberdade à nossa vontade, seja por que razão for, se não tivermos também razão suficiente para a atribuímos a todos os seres racionais. Pois como a moralidade nos serve de lei somente enquanto somos seres racionais, tem ela que valer também para todos os seres racionais (...) tem que ser demonstrada a liberdade como propriedade da vontade de todos os seres racionais (KANT, 2007, p. 95)

Destarte, como na decisão que autorizou o aborto do feto anencefálo, que não possui perspectiva de melhora e de uma vida digna, privilegiando e sopesando os demais direitos fundamentais como dignidade, liberdade, autonomia, esperamos que o STF ao analisar alguma questão referente a eutanásia e ao direito a morte digna utilize o mesmo raciocínio e autorize a realização da eutanásia – morte boa – em nosso país.

Contudo, ressaltamos que a decisão pela constitucionalização/legalização da eutanásia não deve ser realizada mediante decisão do STF, como ocorreu na autorização para a interrupção da gestação do feto anencéfalo. O correto é que essa discussão ocorra no parlamento, e de lá saia a emenda à constituição e/ou a lei que autorizem, de uma vez por todas, a opção individual pela interrupção da vida através do uso da eutanásia, para pacientes com doenças incuráveis ou em estágio final de doenças graves.

5. CONCLUSÃO

Os argumentos apresentados nos direcionam para a conclusão de que a eutanásia é compatível com ordenamento jurídico brasileiro, que, consequentemente, abarca sim o direito à morte digna. Tal afirmação é embasada pelos direitos fundamentais à dignidade da vida humana, à liberdade, à autonomia. Direitos que possuem o mesmo peso e hierarquia do direito à vida e que por isso devem ser colocados na balança na hora de discutir sobre o direito à morte digna.

Desse modo, podemos perceber que nossa hipótese foi confirmada ao longo do estudo, pois concluímos que o instituto da eutanásia não fere a harmonia do sistema jurídico vigente. Portanto, após as pesquisas realizadas podemos responder à pergunta do presente trabalho: o ordenamento jurídico assegura a essas pessoas o direito de realizar a eutanásia?

A resposta é positiva. Logo, podemos afirmar que o ordenamento jurídico assegura aos indivíduos o direito a realizar a eutanásia, pois a Constituição prevê implicitamente o direito à morte digna e explicitamente o direito à liberdade e autonomia, além de vedar expressamente qualquer tipo de tratamento desumano ou degradante.

Outrossim, encontramos como bases para o reconhecimento do direito à morte digna em nosso ordenamento pátrio a interpretação, compreensão e combinação dos institutos vida, dignidade, liberdade. Visto que a morte é um dos ciclos da vida, instituto que deve ser sempre permeada por dignidade e liberdade para tomar decisões que não firam a harmonia do sistema jurídico.

Além disso, ao tratarmos brevemente sobre a tortura e suas consequências no ordenamento jurídico vigente encontramos semelhanças entre o tratamento cruel e a manutenção de uma vida doente indesejada e sofrida. Isso porque prolongar a vida de uma pessoa mesmo que isso implique em grande sofrimento ocorre tanto na tortura como nas situações em que o indivíduo é proibido de realizar a eutanásia. Assim, não há coerência entre a vedação a tortura, garantia fundamental prevista no art. 5º, inciso III, da CRFB/88, e o impedimento à prática da eutanásia.

Manter um paciente vivo apesar de seu sofrimento e ausência de qualquer perspectiva de vida é permitir e apoiar a manutenção da tortura em nosso ordenamento pátrio. Logo, não permitir que o enfermo escolha realizar a eutanásia, ou seja, morrer dignamente, é violar diversos direitos presentes em nossa Constituição.

Por fim, não podemos esquecer que a vida é um fenômeno muito rico e complexo. A sua simples redução a existência de batimentos cardíacos e ondas eletromagnéticas cerebrais é transformar a grandeza do homem num mero pacote de carne.

REFERENCIAS:

- ALMEIDA, Guido Antônio de. **Liberdade e moralidade segundo Kant**. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/analytica/article/view/404>. Acessado em: 06/08/2019.
- BRASIL, **Constituição Federal de 1988**. Câmara Deputados.
- BIONDO, Chaiane Amorim; SILVA, Maria Júlia Paes da; SECCO, Lígia Maria Dal. **Distanásia, eutanásia e ortanásia: percepções dos enfermeiros de unidades de terapia intensiva e implicações na assistência**. Revista Latino-Americana de Enfermagem (setembro-outubro 2009). Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rlae/v17n5/pt_03.pdf. Acessado em: 17/06/2019.
- CORVINO, Juliana Diniz Fonseca. **Eutanásia: um novo paradigma**. Revista SJRJ. Vol. 20. N. 37 (agosto 2013). Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/417-1826-1-pb.pdf>. Acessado em: 17/06/2019.
- COSTA, Tereza. Doenças priônicas em humanos. Disponível em: <http://www.invivo.fiocruz.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=1444&sid=9>. Acessado em: 09/08/2019.
- DODGE, Raquel Elias Ferreira. **Eutanásia: aspectos jurídicos**. Revista Bioética. Vol. 7. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/299. Acessado em: 15/06/2019.
- HORTA, Marcio Palis. **Eutanásia: problemas éticos da morte e do morrer**. Revista Bioética. Vol. 7. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/290. Acessado em: 16/06/2019.
- JESUS, Damásio de. **Direito penal, volume 1: parte geral**. 35ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes** – 1º Ed. - São Paulo: Edipro, 2003.

- KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Disponível em: https://ufpr.cleveron.com.br/arquivos/ET_434/kant_metafisica_costumes.pdf. Acessado em: 24/05/2019.
- LEPARGNEUR, Hubert. **Bioética de eutanásia: argumentos éticos em torno da eutanásia**. Revista Bioética. Vol. 7. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/292. Acessado em: 15/06/2019.
- MASSON, Cleber. **Direito penal – parte geral – vol. 1**. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.
- PECORARI, Francesco. **O conceito de liberdade em Kant**. Revista Ética e Filosofia Política. Nº 12. Volume 1 (abril 2010). Disponível em: http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2010/04/12_1_pecorari.pdf. Acessado em: 05/08/2019.
- PESSINI, Leo. **Eutanásia: Por que abreviar a vida?** 7ª ed. São Paulo: Loyola; 2005.
- PORTUGUAL. Eutanásia e suicídio assistido. Coleção Temas nº 60. Lisboa, 2016
- SIQUEIRA-BATISTA, RODRIGO; SCHRAMM, Fermin Roland. **Conversações sobre a “boa morte”: o debate bioético acerca da eutanásia**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/%0D/csp/v21n1/13.pdf>. Acessado em: 16/06/2019.
- SIQUEIRA-BATISTA, RODRIGO; SCHRAMM, Fermin Roland. **Eutanásia: pelas veredas da morte e da autonomia**. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232004000100004. Acessado em: 17/06/2019.
- SOUZA, Neri Tadeu Câmara. **Eutanásia – aspectos jurídicos**. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20174:eutanasia--aspectos-juridicos&catid=4. Acessado em: 20/07/2019.
- URBAN, Cícero de Andrade. **A questão da eutanásia no Brasil**. Disponível em: <https://www.crmpr.org.br/A-questao-da-eutanasia-no-Brasil-13-669.shtml>. Acessado em: 20/07/2019.

CIDADANIA, DIREITOS SOCIAIS VERSUS MOROSIDADE DA JUSTIÇA.

Renata Dantas da Silva

Introdução:

De acordo com Carvalho (2002); Cidadania consiste na presunção de coexistir dentro de uma sociedade os direitos civis, políticos e sociais. Nesta perspectiva, uma sociedade só contempla a cidadania plena quando articula a eficácia destes três pontos de direito civis, políticos e sociais.

Refletir sobre morosidade da justiça é ter em alta escala a amplitude da questão social expressa nas aplicações das normas jurídicas em sua eficácia objetiva e subjetiva.

Como Carvalho (2002) já afirmara a cidadania plena é difícil de atingir, uma vez que o jogo de interesses está presente na elaboração de políticas públicas a serem ofertadas na sociedade.

Embasada nos ensaios de Thomas Humprey Marshall (1893-1981) no processo de evolução da cidadania através da conquista de direitos ao longo da história, no conceito de direitos sociais, sustentando que a cidadania só é plena se é dotada de todos os três tipos de direito e esta condição está ligada à classe social, composta a primeira geração pelo aspecto civil e político, segunda geração o aspecto social e a terceira geração são compostos por temas específicos de grupos e reivindicações difusas de direitos, demandas relacionadas a temas heterogêneos como, por exemplo, o respeito por etnias, pelos direitos da mulher, dos idosos, das crianças, do meio ambiente e da humanidade, considerada no seu conjunto. Direitos de grupos sociais, de povos, e direito a um meio ambiente saudável.

De acordo com Marshall (1967, p.76), portanto, a cidadania é um “status concedido àqueles que são membros integrais de uma comunidade”. Para o autor, “todos aqueles que possuem o status são iguais com respeito aos direitos e às obrigações pertinentes ao status”. Em suma, a cidadania se apoia na ideia de igualdade fundamental entre as pessoas, aspecto este decorrente da integração e participação das mesmas, em todas as instâncias da sociedade.

Os direitos da primeira geração, os direitos civis, nascem no século XVIII, os direitos políticos no século XIX, eles implicam na existência de tribunais, parlamentos e partidos. São limites impostos aos poderes do Estado, segundo a concepção liberal clássica. Inclusão dos direitos de ir vir, opinião e expressão, associação, propriedade, devido processo legal e o direito de votar e ser votado, ou a busca do sufrágio universal, quando todos podem votar sem restrições, sejam pobres, mulheres e iletrados. Trata, em síntese, do respeito a direitos fundamentais de um indivíduo pertencente a uma nação e à jurisdição de um Estado nacional, o respeito à vida, às liberdades individuais e aos contratos.

Metodologia

A pesquisa é de cunho qualitativo bibliográfico aos quais os enfoques são direcionados as ciências sociais aplicadas.

Contextualização

Nascente da Revolução Industrial meados do século XVIII os direitos sociais engendram a engrenagem das reivindicações e lutas dos **movimentos sociais**, que visam a garantia da igualdade, liberdade e dignidade entre todos os seres humanos, os direitos sociais buscam resolver as questões sociais, ou seja, todas as situações que representam as desigualdades da sociedade.

A expressão questão social não havia sido formulada antes do século XIX. Os efeitos do capitalismo e das condições da infraestrutura social se fizeram sentir com muita intensidade com a Revolução Industrial. Destaque-se o empobrecimento dos trabalhadores, in-

clusive dos artesãos, a insuficiência competitiva da indústria que florescia, os impactos sobre a agricultura, os novos métodos de produção em diversos países e as oscilações de preço. A família viu-se atingida pela mobilização da mão de obra feminina e dos menores pelas fábricas. Os desníveis entre classes sociais fizeram-se sentir de tal modo que o pensamento humano não relutou em afirmar a existência de uma séria perturbação ou problema social. (NASCIMENTO, 2011, p. 34).

Os direitos sociais estão previstos na **Declaração Universal dos Direitos Humanos** (1948), criada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, e no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), que consistem em acordos que servem de base para a formulação da Constituição Federal do Brasil e a de vários outros países.

A expressão cidadania está situada no art. 1º da CONSTITUIÇÃO FEDERAL (1988) que preconiza:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito federal, constituiu-se em estado democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I- A soberania;
- II- A cidadania;
- III- A dignidade da pessoa humana;
- IV- Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V- O pluralismo político;

Parágrafo único- Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

A Constituição de 1988 sendo nossa carta maior nos traz a esperança voluntariosa de aplicação e eficácia da norma positivada, entretanto a nossa realidade fica mais reflexiva nas questões de modo de vida:

O resultado geral a que cheguei e que, uma vez obtido, serviu-me de guia para os meus estudos pode ser formulado, resumidamente

assim: na produção social de sua própria existência, os homens entram em relações determinadas, necessárias, independentes de sua vontade; essas relações de produção correspondem a um grau determinado de desenvolvimento de suas forças produtivas materiais. A totalidade dessas relações de produção constitui uma estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se eleva uma superestrutura jurídica e política e á qual correspondem formas sociais determinadas de consciência. O modo de produção da vida material condiciona o processo de vida social, política e intelectual. Não é a consciência dos homens que determina a seu ser; ao contrario, é o seu ser social que determina sua consciência. (MARX, 2008, P.45).

O Capítulo II, artigo 6º, da Constituição Federal Brasileira estabelece, de forma abstrata, quais são os direitos sociais que o país reconhece e que são amparados por leis específicas.

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

Em ampla explanação nossa carta maior nos deixa a possibilidade de luta para aplicabilidade de Cidadania para garantir a norma posta.

Na visão de Uadi Lammêgo Bulos, eficácia social ou sociológica é a incidência concreta das normas constitucionais sobre os acontecimentos da vida, fazendo prevalecer os fatos sociais e os valores positivos inseridos nas constituições. Norma constitucional efetiva seria aquela obedecida, seguida e aplicada, correspondendo aos fatores reais do poder que regem a sociedade.

Logo podemos refletir que a norma inerte diante da não aplicação ou efetivação de seu objetivo proposto, tornasse mera coadjuvante de ato efetuado pelo legislador.

A morosidade da justiça de práxis já nos deixa clara na expressão ou condição do que é moroso; demora delonga, que causa incredibilidade da justiça no modo de representação de um povo.

Na Constituição de 1988 prevê a duração razoável do processo, artigo, que proporciona uma prestação justa e adequada ao caso concreto instituto que foi positivado através da Emenda Constitucional 45 /2004 que inseriu

o inciso LXXVIII no artigo 5º, reproduzido abaixo: Art. 5º... LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. A dignidade da pessoa humana deve ser assim respeitada tanto como princípio moral essencial como enquanto disposição de direito positivo. “Respeitar a dignidade do homem exige obrigações”. (SARLET, 2005, p. 86).

Cidadania, direitos sociais o reflexo das questões sociais.

Tendo em vista que os direitos sociais foi nascente da Revolução industrial de meados do século XVIII provindo de demandas de exploração, atos desumanos de um capitalismo sem fronteiras baseado na força, no abuso de poder e dominação de uma classe Mascaro ressalta:

A sociedade mundial foi forjada para o capitalismo a partir dos escombros das velhas formas de exploração, como a feudal e a escravista. Tais explorações pré-capitalistas são marcadas pela brutalidade da força, do mando direto, do contraste entre aquele que só manda e aquele que só obedece. (Mascaro, 2008, p. 40).

A cidadania é um processo contínuo, uma construção coletiva que almeja a realização gradativa dos Direitos Humanos e de uma sociedade mais justa e solidária interligada a ações cotidianas no movimento dialético da sociedade interposta em todas as dimensões e gerações sociais.

Enquanto intervenção do Estado burguês no capitalismo monopolista, a política social deve constituir-se necessariamente em políticas sociais: as sequelas da “questão social” são recortadas como problemáticas particulares (o desemprego, a fome, a carência habitacional, o acidente de trabalho, a falta de escolas, a incapacidade física etc.) e assim enfrentadas. [...] a questão social é atacada nas suas refrações, nas suas sequelas apreendidas como problemáticas cuja natureza totalizante, se assumida consequentemente, impediria a intervenção (NETTO, 2007, p.32).

A reflexão entre Cidadania e direitos sociais expressão esboço sobre o pensamento crítico e o desenvolvimento de ações afirmativas para a luta e efetividade do projeto ético político da sociedade sendo uma de suas maiores lutas a questão social e suas expressões.

Segundo Yamamoto (1999, p. 27), questão social pode ser definida como: O conjunto das expressões das desigualdades da sociedade capitalista madura, que têm uma raiz comum: a produção social é cada vez mais coletiva, o trabalho torna-se mais amplamente social, enquanto a apropriação dos seus frutos se mantém privada, monopolizada por uma parte da sociedade.

Ao falar de apropriação de seus frutos podemos refletir no acesso ao judiciário os meios para alcance de resultados processuais a longa jornada para alcance de eficácia da norma positivada em relação aos direitos fundamentais.

São “direitos fundamentais os direitos positivados em determinada ordem constitucional positiva, enquanto os direitos humanos dizem respeito àqueles consagrados em documentos internacionais, desvinculados internamente e sem limitação temporal”. (CANOTILHO, 2002, p. 393).

A ineficiência do judiciário altera o alcance de direitos básicos na legitimação da sua cidadania, as estatísticas do relatório do CNJ Justiça em Número 2017, na justiça estadual, uma execução demora, em média, de 3 a 4 anos, seguindo a assombrosa Justiça Federal que prolonga uma execução fiscal por 7 anos e 6 meses em média . No quesito taxas de congestionamento por tribunal (índices de produtividade que resultam da divisão de processos existentes pelo número de processos julgados). O TJ-AL, por exemplo, possui taxa de congestionamento de assustadores 75%; o TRF-1, 86%; o TRE-MG, 85%.

(...) a dignidade humana é, então, realizada, quando ela assegura uma esfera, na qual ela pode atuar como ser independente e moralmente auto responsável, na qual ela nem é submetida a pretensão

de poder de uma outra pessoa, nem é transformada em mero meio de uma finalidade comunitária, mas é pessoa auto responsável livre. (NIPPERDEY, 2013, p.52)

Para Günter Dürig, considerado um dos principais comentadores da Lei Fundamental, a dignidade humana consiste no fato de que “cada ser humano é humano por força de seu espírito, que o distingue da natureza impessoal e que o capacita para, com base em sua própria decisão, tornar-se consciente de si mesmo, de autodeterminar sua conduta, bem como de formatar a sua existência e o meio que o circunda”.

Morosidade e Insegurança Jurídica.

Um contraponto da Morosidade é a insegurança que a morosidade da justiça reflete complexidade do nosso sistema processual nossos códigos preveem diversas formas de recursos, intervenções e outros tipos de atos processuais que inevitavelmente atrasam seu andamento. Faltam oralidade e simplicidade nesses procedimentos para torná-los bem mais céleres, embora “(...) podemos ter uma justiça mais rápida, mas não necessariamente uma justiça mais cidadã”. (SANTOS, 2008, p. 27). A questão social inerente à morosidade da justiça determina à amplitude a dignidade da pessoa humana.

Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, observam Gomes Canotilho e Vital Moreira, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir ‘teoria do núcleo da personalidade individual, ignorando-a quando se trate de direitos econômicos, sociais e culturais “(CFP, COIMBRA, 1984, p. 70)”.

Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará à realização da justiça social (art. 193), a educação o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados

formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana. (Malheiros, 1984. p. 96)

A dignidade da pessoa humana e o assim chamado mínimo existencial são atualmente noções tidas como indissociáveis, cuidando-se, ademais, de figuras praticamente onipresentes no atual debate (pelo menos é o que se observa no caso brasileiro) sobre os fundamentos e objetivos do Estado Constitucional sobre o conteúdo dos direitos fundamentais (com destaque para os direitos socioambientais) e mesmo no que diz com o papel da Jurisdição Constitucional (SARLET, 2013, p.305).

A ineficiência da tutela jurisdicional causa demasiado espanto prejudicando o alcance de direitos básicos do cidadão, desrespeitando a dignidade da pessoa humana, a problemática ainda vai além com os profissionais da área que costumam escrever peças longas e prolixas sem pensar que a simplicidade é chave da organização de objetivo direto sendo mais fácil para análise de argumentos, O artigo 2º do Código de Ética e Disciplina da OAB prevê que o advogado, na prestação de seus serviços, tem o dever de defender o Estado Democrático de Direito, a cidadania, a moralidade pública, a justiça e a paz social, caracterizando, assim, a relevância do interesse público ante o privado. Assim como as demais profissões, a advocacia pressupõe condutas éticas e morais em seus officios.

A construção de uma identidade humana em uma sociedade parte um conceito de identidade de leitura de mundo válido e, dessa forma, universal, Peter Häberle destaca que:

O processo de formação de identidade parece ser alcançado no âmbito de uma liberdade enquadrada em uma determinada moldura. Essa moldura é também a “superestrutura” jurídica da sociedade. Por meio dela o princípio da dignidade humana transmite ao indivíduo determinadas “concepções normativas a respeito da pessoa”, que, por sua vez, são impregnadas pela cultura de onde surgiram. (HARBERLE, 2009)

A morosidade intercede uma escala de crítica que não procede somente ao “universo jurídico”, mas nas relações humanas em geral, a boa-

-fé, moral e ética que se encontram desde os primórdios na filosofia grega e em filósofos como Aristóteles, Sócrates e Platão.

O processo Moroso é uma junção à inércia da comodidade diante perspectiva de uma revolução democrática da justiça que nunca poderá ocorrer sem a revolução democrática do Estado e Sociedade na práxis da Educação e Cidadania pressupondo em Marx, os homens fazem sua própria história, mas não a fazem sob circunstâncias de sua escolha e sim sob aquelas com que se defrontam diretamente, legadas e transmitidas pelo passado. (MARX, ed. Centauro, 2006).

Conclusão

Desde os primórdios a Cidadania se faz a luz da construção da sociedade surgiu no século VIII A.C, na Grécia onde os homens eram considerados livres e iguais, a chamada Polis Grega, todas as decisões afetariam a todos, entretanto apenas era considerado cidadão aquele que possuía riquezas materiais e propriedades de terra, categoricamente o prenúncio das diferenças sociais, a desigualdade entre os povos na sua amplitude a posse.

Uma evidente diferença entre pessoas as que possuíam a desigualdade entre as classes sociais operava no sentido de limitar a prática do exercício dos direitos, de sorte que o status de cidadão não estava ao alcance de todos aqueles que compunham a sociedade. Assim, por exemplo, somente teria o poder de voto quem possuísse propriedades e poder econômico.

A “cidadania”, como categoria histórica, “[...] é dinâmica, refletindo, portanto, as condições econômicas, políticas e sociais da sociedade na qual foi forjada” (FERREIRA, 1993, p.21), assim como interesses e práticas concretas de luta.

A questão social não havia sido entendida com tal nomenclatura, mas já vivenciada no processo histórico, as leituras e dinâmicas do estudo científico trazem essa nova roupagem de ações já existentes, mas que são alterados com o movimento dialético da sociedade e estudados através de pensadores, pesquisadores científicos.

[...] não há uma essência única imanente ao conceito de cidadania, que o seu conteúdo e seu significado não são universais, não estão definidos e delimitados previamente, mas respondem à dinâmica

dos conflitos reais, tais como vividos pela sociedade num determinado momento histórico. Esse conteúdo e significado, portanto, serão sempre definidos pela luta política. (DAGNINO, 2004, p. 107)

Logo tratando das ciências sociais aplicadas não podemos afastar a Cidadania dos direitos sociais da Revolução Industrial na Europa séculos XVIII e XIX do trabalho artesanal pela produção em grande escala, um marco de luta em razão do tratamento desumano das classes trabalhadoras até os dias atuais.

Não impliquemos com abandonos de utopias ativas, distinguir utopias de idealidade é o princípio para pensar nos rumos de um trabalho democrático pela via de sujeitos coletivos protagonistas e responsáveis por sua própria história que desloca em uma experiência concreta de humanização e comprometimento de construção de um Novo Projeto Ético, Político e Social.

Logo Constituição Federal de 1988 é presumidamente rica em normas, emendas, extensa em suas atribuições de manter a ordem do sistema, embora se atentada ao pé da letra contem pouca eficácia jurídica e eficiência na aplicação de normas nas relações objetiva e subjetiva do Direito em sentido amplo.

Contudo a Constituição sem Eficácia é um arcabouço de questões sociais adentrando os três poderes, como caso exemplificativo da Morosidade da Justiça que desrespeita princípios fundamentais e direitos sociais dos cidadãos, segundo Pachukanis (BOITEMPO,2017), “a verdadeira compreensão do direito não começa pelo estudo das leis e das normas, mas pela análise do sujeito de direito, uma forma histórica específica do indivíduo”.

Referências

Bulos, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional, 2007**, p.357/358.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 2002. Cf. Constituição da República Portuguesa anotada, Coimbra, Coimbra Editora. 1984 p. 70. Cf. nosso **Curso de Direito Constitucional Positivo. 9ª ed** . São Paulo. Malheiros. 1984. P. 96.

- CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 11^a ed. - Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.
- DAGNINO, E. **Os movimentos sociais e a emergência de uma nova noção de cidadania**. In: DAGNINO, E. (Org.). Os anos 90: política e sociedade no Brasil. São Paulo: Brasiliense, 2004.
- FERREIRA, N. T. **Cidadania: uma questão para a educação**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.
- DÜRIG, Günter apud SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direita fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 55.
- HÄBERLE, Peter. **A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal**. In: **Dimensões da Dignidade, ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 79.
- IAMAMOTO, Marilda V. **O Serviço Social na contemporaneidade; trabalho e formação profissional**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1999.
- MARSHALL, Thomas Humprey. **Citizenship and Social Class**. (“Cidadania e Classe Social”), publicado em 1950, a partir de uma conferência proferida no ano anterior.
- MARSHALL, T. H. **Cidadania e classe social**. In: _____. Cidadania, classe social e status. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- MARX, **Contribuição á critica da economia** política. Op.Cit, 2008, p.45
- MARX, Karl. O Dezoito Brumário de Louis Bonaparte. São Paulo: Centauro, 2006.
- MASCARO Alysson Leandro. **Os Direitos Humanos e a Dignidade Humana**. Dialógico. São Paulo, ano V, n. 21, out. 1998.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho** / Amauri Mascaro Nascimento. – 26. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

NETTO, José Paulo. **Capitalismo Monopolista e Serviço Social**. São Paulo: Cortez, 2007.

NIPPERDEY, Hans Carl. **Direitos Fundamentais e Direito Privados**. In GÜNTER, Dürig; NIPPERDEY, Hans Carl; SCHWABE, Jürgen. **Direitos Fundamentais e Direito Privados**. Organizador Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2012.

PACKUKANIS, Evguieni, B., Teoria geral do direito e Marxismo. Tradução Paula Vaz de Almeida, Revista técnica Alysson Leandro Mascaro e Pedro Davoglio, Boitempo, 2017

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. 2ª ed., São Paulo: Cortez, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais, 8ª edição**, revista, atualizada e ampliada. 8ª. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007;

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais e Direito Privados**: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais;

_____. **As Dimensões da Dignidade da pessoa Humana: Construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessário e possível**. In; MAURER, Béatrice; SARLET, Ingo Wolfgang; Seelman, Kurt; Kloepfer, Michael; Häberle, Peter. **Dimensões da Dignidade. Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet; Pedro Scherer de Mello Aleixo e Rita Dostal Zanini: Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005. **Revista do Direito** [ISSN 1982-9957]. Santa Cruz do Sul, v. 1, n. 51, p. 108-124, jan./abr. 2017. <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/index>

A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA COMO EFETIVAÇÃO DO DIREITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DA IMUNIDADE DOS TEMPLOS RELIGIOSOS NO BRASIL E UMA ANÁLISE COMPARATIVA COM O DIREITO NORTE-AMERICANO⁵⁸

Diogo de Castro Ferreira
Felipe Féres Valle

1 INTRODUÇÃO⁵⁹

A religião é profundamente enraizada na sociedade brasileira, desde a sua consolidação, ainda como colônia de Portugal. Os laços do Brasil com o catolicismo, por exemplo, são marcantes, até pelo fato de tal religião ter sido, por muitos anos, a oficial do Estado, enquanto este manteve um regime monarquista.

O direito ao mínimo existencial, para Ricardo Lobo Torres, é uma extensão dos direitos fundamentais e demonstra a existência de direitos básicos às condições humanas, que garantam aos indivíduos uma relevan-

58 Adaptação de artigo publicado na Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário - RDIET, Brasília, V. 11, nº2, p. 38 – 71 Jul-Dez, 2016

59 Adaptação de artigo publicado na Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário - RDIET, Brasília, V. 11, nº2, p. 38 – 71 Jul-Dez, 2016

te qualidade de vida, seja nos âmbitos social, cultural ou psicológico. A religião, como exemplo, é um desses direitos. Para Ricardo Lobo Torres, “não é qualquer direito mínimo que se transforma em mínimo existencial. Exige-se que seja um direito a situações existenciais dignas” (TORRES, 2009, p. 36).

Para efetivar esse direito, a Constituição brasileira concede imunidade tributária aos templos religiosos de qualquer culto, em seu artigo 150, VI, “b”. Desta maneira, auxilia a existência da religiosidade no país e garante a liberdade de crença.

No presente artigo, busca-se, através da obra “O direito ao mínimo existencial” de Ricardo Lobo Torres, traçar a relação da imunidade tributária – especialmente a imunidade sobre os templos de qualquer culto – com o mínimo existencial. Após versar acerca do elo histórico entre religião e liberdade no país, pretende-se, por meio do método do direito comparado, perceber as diferenças entre a lei brasileira e a lei americana quanto ao benefício do desincargo tributário aos templos religiosos, no âmbito federal. No Brasil, os templos religiosos possuem imunidade; nos EUA, isenção. Ao fim, far-se-á uma análise crítica de eventuais impropriedades na operacionalização desse importante instrumento constitucional no Brasil.

Quanto à técnica de pesquisa, opta-se pela documentação indireta, tendo como fontes tanto dados primários, como legislação nacional e estrangeira e jurisprudência, quanto dados secundários, como livros e artigos. Além disso, utilizaremos a metodologia do direito comparado, uma vez que analisaremos as principais diferenças no trato da matéria entre ordenamentos jurídicos de dois países distintos.

O presente trabalho é composto de quatro tópicos, além da introdução e conclusão. No próximo tópico far-se-á uma análise do direito ao mínimo existencial, traçando fundamentos conceituais e abordando a importância dos direitos mínimos para a vida humana. Será abordado ainda o caráter de suporte psicológico da religião e o seu papel no aumento da qualidade de vida dos indivíduos.

No terceiro, investigaremos como a imunidade tributária está imbricada na garantia ao mínimo existencial. Neste sentido, busca-se traçar de que forma tal benefício constitucional pode efetivar essa extensão dos direitos fundamentais básicos do ser humano.

Adentraremos, no quarto tópico, na questão dos templos religiosos, que visa a demonstrar a importância da religião para os brasileiros e a sua consequente inserção na sociedade como direito mínimo existencial. Além disso, e principalmente, pretende-se discorrer sobre o elo histórico entre religião e liberdade no Brasil.

No quinto e último tópico, então, lançaremos mão do método do direito comparado, trazendo em questão tanto os aspectos da lei brasileira quanto os da lei norte-americana que desencarregam os templos religiosos de pagar impostos. No Brasil, a não-incidência de tributos às organizações religiosas é chamada de “imunidade tributária”; já nos EUA, é chamada de “isenção tributária”. Assim, será destacado como a imunidade nos termos do Art. 150, VI “b” se difere da isenção garantida às instituições religiosas nos Estados Unidos. A clareza de tal diferenciação permitir-nos-á fazer uma avaliação crítica e reflexiva sobre as impropriedades que serão apontadas na operacionalização desse importante instrumento constitucional brasileiro. É preciso ressaltar, no entanto, que o arrazoado desse trabalho tem como foco abordar imunidade e isenção especificamente no âmbito federal.

2 O DIREITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL

Para Torres (2009), existe um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas. O autor conclui que a Teoria do Mínimo Existencial é um subsistema da Teoria dos Direitos Fundamentais, e seu aparecimento coincide com o desenvolvimento da Teoria da Justiça e do retorno do pensamento filosófico-jurídico. No que tange a sua estrutura normativa, o mínimo existencial não deve ser considerado um valor e nem um princípio jurídico, mas o conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Atualmente, no Estado Democrático de Direito, aprofunda-se a meditação sobre o mínimo existencial, sob a ótica da teoria dos direitos humanos e do neoconstitucionalismo. Apesar de não estar expresso na Constituição Federal de 1988, pode-se dizer que o mínimo existencial encontra-se implícito na Lei Maior brasileira. O texto constitucional não o proclama em cláusula genérica e aberta, mas estabelece que constituem

objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, III). Além disso, alguns dispositivos constitucionais fomentam medidas que imunizariam o mínimo existencial, em alguns casos, contra a incidência de tributos (art. 5º, XXXIV, LXXII, LXXIII, LXXIV, art. 153, § 4º).

Sendo a proteção do mínimo existencial pré-constitucional, ela acaba por se ancorar na ética e se fundamentar na liberdade. Dito de outra forma, sua base estabelece as condições iniciais para o exercício da liberdade, na ideia de felicidade, nos direitos humanos e nos princípios da igualdade e da dignidade humana.

2.1 A religião como suporte psicológico atrelado à qualidade de vida do indivíduo

A religião pode ser vista sob dois aspectos funcionais de saúde: inserção comunitária e significação existencial, uma vez que coloca o indivíduo em contato com um grupo coeso, que passa a funcionar como uma espécie de grupo de apoio. Com relação à significação existencial, a religião ajuda o ser humano a sistematizar pequenos eventos em sua vida dentro de um contexto mais amplo e, assim, não ser levado de maneira abrupta por eventos benéficos e nem se abater em demasia por situações aversivas.

O aferimento da qualidade de vida vem crescendo em importância como medida de avaliação de resultados de tratamento em medicina. A partir da constatação da falta de um instrumento de avaliação de qualidade de vida com um enfoque transcultural, a OMS desenvolveu uma metodologia única para sua criação. Inicialmente foi desenvolvido o *World Health Organization Quality of Life* (WHOQOL-100), instrumento composto de cem questões. A necessidade de um instrumento mais curto para uso em extensos estudos epidemiológicos fez com que a OMS desenvolvesse a versão abreviada com 26 questões (o WHOQOL-Bref). Atualmente, estão em desenvolvimento dois módulos: um específico para avaliar qualidade de vida em pacientes com HIV/Aids e outro para avaliar espiritualidade, religiosidade e crenças pessoais (FLECK, 2000). Ainda em relação à inclusão das percepções e características subjetivas do indi-

víduo no âmbito da qualidade de vida, Fleck (2000) comenta que uma resolução da 101ª sessão da Assembléia Mundial de Saúde propôs uma modificação do conceito de saúde da OMS para um estado dinâmico de completo bem-estar físico, mental, espiritual e social.

Existem necessidades mínimas e fundamentais para o bem-estar psicológico de um indivíduo inserido no meio social. E a religião, que faz parte do âmbito espiritual, sem dúvida alguma, compõe o mínimo existencial relacionado ao bem-estar. A religião, desta forma, pode ser juridicamente considerada um direito fundamental que visa assegurar uma melhor qualidade de vida às pessoas. Nesse sentido, reforça Torres (2009, p.18):

A qualidade de vida passa a ser um dos índices para a mensuração do desenvolvimento. Não é um conceito utilitarista, obtido quantitativamente, como o fornecido pela renda per capita da população. É muito mais um conceito moral, ligado às condições do exercício da liberdade e às prestações positivas vinculadas à justiça distributiva.

É claro que, culturalmente, está o Brasil muito ligado ao cristianismo, tanto de vertente protestante quanto de vertente católica, sendo que esta última já foi, inclusive, religião oficial do país. Atualmente, porém, o país professa múltiplas religiões. Naturalmente, desde os primórdios colonização sempre existiram crenças e cultos diferentes e, em alguns casos, não-cristãos: as religiões indígenas, as de matriz afro. Com a proclamação da República, o catolicismo deixou de ser a religião do Estado e este passou a ser laico, aceitando legalmente a diversidade religiosa.

A concessão de imunidade tributária aos templos religiosos é, então, a garantia que o constituinte deu liberdade de crença no Brasil. Trata-se de um auxílio para a criação e manutenção dos templos para que se viabilize um direito ao mínimo existencial ligado ao bem-estar social.

O Estado deve buscar a máxima efetivação do direito ao mínimo existencial e, neste caso, promover o contexto necessário de liberdade para que os indivíduos busquem espontaneamente uma religião. Tal imunidade é, então, uma garantia ao direito ao mínimo existencial, como fundamentado anteriormente, e deve ser preservada. Para isso, o estado não

deve apenas mantê-la, mas primar pela sua correta utilização, impedindo os desvirtuamentos que podem colocar em risco a sua correta viabilização.

3. A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA E SUA RELAÇÃO COM O MÍNIMO EXISTENCIAL

Para se entender melhor as imunidades tributárias, deve-se, primeiramente, notar que em alguns países a proteção do mínimo existencial se faz sob a nomenclatura de isenção, como veremos ser o caso dos Estados Unidos da América. Porém, isso não desnatura a imunidade, porque ela, de um modo geral, recebe o apelido de isenção, especialmente na Europa, mas lhe é reconhecido *status* próprio pela doutrina e jurisprudência em questão.

Existem imunidades explícitas e implícitas em nossa Carta Maior. As implícitas são aquelas em que não há disposição direta a respeito, porém, em ambos casos, essa menção expressa não se faz imprescindível. É que, de fato, os seus fundamentos são pré-constitucionais e a carência de declaração expressa na Carta Magna sobre elas não é prejudicial. São os casos, por exemplo, da cesta básica, do mínimo familiar e da moradia.

Nesses casos, estamos diante de proteções negativas do mínimo existencial asseguradas pelo mecanismo da imunidade. Segundo Torres (2009), não é caráter relevante que a legislação ordinária, ao argui-la nomeie-a de isenção. Pois a imunidade é, de fato, caracterizada pela circunstância de ser uma predicação dos direitos à liberdade e possui um fundamento pré-constitucional, e não é fonte puramente formal e imediata que promana.

Naturalmente e conforme já pontuado, as imunidades ligadas ao mínimo existencial que aparecem textualmente na Constituição são chamadas de explícitas. Dentre elas, podemos citar o acesso à justiça, a defesa de direitos, como à assistência social, ao ensino públicos e – destacamos – o objeto de análise do presente artigo: a imunidade sobre os templos de qualquer culto.

Conforme esclarece Torres (2009), no Art. 203 da Carta Magna são perfiladas as instituições de assistência social. Os principais objetivos de tais entidades são o de proteger a família, a maternidade, a infância, a velhice. Além disso, elas buscam oferecer o amparo às crianças e aos

adolescentes em situação de carência. As instituições de assistência social trabalham no intuito de promover a integração ao mercado de trabalho, amparar e ampliar a socialização das pessoas com deficiência, além de operar uma série de atitudes que promovem a dignidade de pessoas vulneráveis à exclusão social (TORRES, 2009).

Portanto, há também uma referência clara ao que é uma instituição de assistência social que pode ser imunizada. De fato, existe uma série de diretrizes legais em relação a essas entidades, que sanam muitas obscuridades na consecução da imunidade relativa às instituições de educação e de assistência social sem fins lucrativos e deixam uma margem interpretativa menor nas mãos do judiciário. Algo que – veremos – não se verifica na imunidade dos templos religiosos.

4. ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE BRASIL E ESTADOS UNIDOS

Quando abordamos a questão da operacionalização da imunidade concedida aos templos religiosos no Brasil, é importante fazermos uma análise jurisprudencial. Como afirma Daniel Giotti (2015), ao contrário de entidades privadas voltadas à educação e seguridade social, que são, inclusive, certificadas como imunes, essa exigência não é feita aos templos religiosos. Ainda que o referido autor prefira não entrar no tema espinhoso sobre a necessidade ou não dessa certificação no caso dos templos, ele segue destacando importante julgado de Luís Roberto Barroso (STF, 2009, p. 1, on-line), para o qual:

(...) não cabe à entidade demonstrar que utiliza o bem em conformidade com as suas finalidades institucionais. Ao contrário, compete à Administração Tributária demonstrar a eventual tredestinação do bem gravado pela imunidade.

O julgado acima nos mostra para onde caminha o Supremo Tribunal Federal (STF) no que diz respeito, não apenas à fragilidade das obrigações acessórias criadas às entidades religiosas, mas, principalmente, à disparidade do ônus da prova imposto à Administração Tributária. Cria-se uma verdadeira barreira fiscalizatória. A posição que reforça ainda mais essa

tendência do STF é a da Ministra Cármen Lúcia (STF, 2013, on-line), para quem:

(...) cumpre reconhecer que o ônus da prova incumbe ao Fisco, na medida em que a imunidade não é um favor fiscal, mas um direito fundamental outorgado diretamente pela Constituição.

Desta forma, Giotti (2009) tece a seguinte análise crítica aos referidos votos dos Ministros do STF:

Essa orientação se mostra equivocada por duas razões. A uma, por não se encontrar essa relação necessária entre desnecessidade de se provar o fato que gera um direito e a natureza fundamental dele. No caso específico, tem-se em mira a liberdade de culto, que tem como uma de suas projeções a imunidade dos locais de culto e prédios diretamente relacionados às celebrações. Excepcionalmente, o produto da exploração econômica de imóveis e rendas pode ser imune, desde que se reverta à finalidade institucional. O Supremo Tribunal Federal, ao criar uma presunção em favor da imunidade, subverteu a própria inteligência do parágrafo quarto do artigo 150, da Constituição da República. A duas, porque a distribuição de ônus da prova, quando mais se for criada jurisprudencialmente, deve seguir limites epistêmicos e normativos próprios, entre os quais o próprio direito de defesa, contraditório etc. Assim, em uma interpretação sistemática, que privilegie tanto a liberdade de culto, quanto outros direitos fundamentais e princípios, atitude consagrada no moderno constitucionalismo que repugna, em geral, uma hierarquização de princípios e valores, a distribuição da carga da prova aplica-se em sede constitucional.

O Código Tributário Nacional (CTN), em seu artigo 9º, IV, veda expressamente a cobrança de impostos sobre determinados entes e objetos, igualmente aos encontrados no artigo 150, VI, da Constituição Federal, tendo na alínea “b” os “templos de qualquer culto”, e na “c” os partidos políticos, por exemplo. Porém, ao estabelecer, em seu artigo 14⁶⁰, os requisitos que estas entidades devem observar, o CTN se refe-

60 Art. 14. O disposto na alínea c do inciso IV do artigo 9º é subordinado à observância dos

re apenas ao disposto na alínea “c”, ou seja, ao patrimônio, a renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos.

Desta forma, além das críticas jurisprudenciais apontadas, temos que o Código Tributário Nacional é omissivo quanto à exigência de obrigações tributárias específicas para a concessão e manutenção da imunidade dos templos religiosos, enquanto que, seu artigo 14, por exemplo, subordina os partidos políticos, entidades sindicais dos trabalhadores e as instituições de educação e de assistência social, à observância dos requisitos citados neste artigo, ampliando o rol de obrigações acessórias.

Outro tema fundamental a ser abordado nesse tópico é a discussão sobre o que é religião. Giotti (2015, p. 395) ressalta a importância das discussões acerca desse conceito na efetivação da concessão desta imunidade para uma pessoa jurídica que se intitule templo religioso. Para o autor:

Pode-se conjecturar que religião é um conceito jurídico indeterminado, havendo alguma margem de apreciação para o judiciário. Isso parece ter ficado claro, recentemente, com a discussão envolvendo a possível extensão de imunidade religiosa para entidade maçônica.

O STF vem adotando a interpretação extensiva para conceituar religião quando o tema é a concessão ou não de imunidade tributária. Desta forma, a jurisprudência a respeito de um caso específico envolvendo o

seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:

I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título;

II – aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

III – manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

§ 1º Na falta de cumprimento do disposto neste artigo, ou no § 1º do artigo 9º, a autoridade competente pode suspender a aplicação do benefício.

§ 2º Os serviços a que se refere a alínea c do inciso IV do artigo 9º são exclusivamente, os diretamente relacionados com os objetivos institucionais das entidades de que trata este artigo, previstos nos respectivos estatutos ou atos constitutivos.

grupo maçônico Grande Oriente do Rio Grande do Sul (GORGS) constitui verdadeira exceção à tendência de uma interpretação ampla na definição de religião. No presente caso, o Recurso Extraordinário 562.351-RS (STF, 2012, on-line) considerou que o GORGS – e, de modo extensivo, as lojas maçônicas – não poderia ser considerado templo religioso para o fim do gozo da imunidade tributária.

Nesse sentido, além da já apontada interpretação ampla do conceito de templos de qualquer culto, Ricardo Lodi Ribeiro (2010, p. 194) aponta para outra questão importante: a ampliação do alcance da própria imunidade na jurisprudência do Supremo:

O STF vem ampliando substancialmente a imunidade dos templos, considerando que todo patrimônio, renda e serviços relacionados com as atividades religiosas são imunizados, inclusive imóvel alugado a particular, desde que o aluguel seja aplicado nos seus objetivos institucionais. Na referida decisão, que vem sendo reproduzida pela Corte, o Tribunal considerou que também se aplica à imunidade dos templos a interpretação dada ao parágrafo 4º do art. 150, CF, em relação às entidades de educação e de assistência social sem fins lucrativos, que assegura a manutenção da imunidade mesmo quando a atividade não está diretamente associada aos objetivos institucionais, desde que os recursos dela advindos sejam aplicados nesses objetivos. Porém, não há que confundir as imunidades liberdades com as imunidades fomento. As primeiras visam à preservação das liberdades individuais ou coletivas, como a liberdade religiosa, a liberdade sindical, a liberdade de participação política e a liberdade de imprensa escrita ante a ação estatal que poderia vir a restringi-las.

A crítica feita pelo autor, entretanto, é que, diferentemente das instituições de assistência social, cuja criação deve ser fomentada pelo Estado, as instituições religiosas protegem a liberdade de culto. Além disso, a sua imunidade tributária não apresenta um viés de fomento da abertura de templos e religiões, principalmente em se tratando da liberdade religiosa, cuja garantia é exatamente a inexistência de estímulo estatal, con-

forme inteligência do art. 19, I, da Constituição Federal⁶¹. Desta forma, deve ser questionada a extensão do entendimento do STF explicitado na Súmula 724, pois, para o autor, a referida súmula estaria servindo como fomento à abertura de templos, e não protegendo a liberdade de culto (RIBEIRO, 2010).

Giotti (2015) reforça esse entendimento ao mencionar que não se pode admitir que a imunidade religiosa seja uma maneira de se promover o fomento da religião, pois isso representaria, de alguma forma, subvenção estatal de algo que não interessa, necessariamente, a toda coletividade.

Em linhas conclusivas, os pontos destacados com relação ao Brasil foram:

a) No Brasil não há a exigência de certificação de imune como requisito para que templos religiosos gozem de imunidade;

b) O entendimento do STF se firma no sentido de que o ônus da prova é da Procuradoria para apurar se o patrimônio, a renda e os serviços, das entidades religiosas se relacionam com suas finalidades essenciais, ou seja, o cumprimento do art. 150, §4º, da Constituição Federal;

c) O Supremo, historicamente, vem adotando interpretação ampla ao conceito de templos de qualquer culto no que diz respeito à imunidade tributária do art. 150, VI, “b”, da Constituição;

d) O STF vem ampliando substancialmente o alcance da imunidade dos templos, considerando que todo patrimônio, renda e serviços relacionados com as atividades religiosas são imunizados.

Nesse ponto, propomos um corte metodológico para análise do modelo americano: vamos nos basear apenas na legislação federal, instituída pelo *Internal Revenue Service*⁶². Desta forma, nossa análise estará restrita à regulamentação federal sobre a concessão de isenção tributária aos templos religiosos nos Estados Unidos.

61 Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público

62 O *Internal Revenue Service* é um serviço de receita do Governo Federal dos Estados Unidos. A agência faz parte do Departamento do Tesouro, sob a direção imediata do *Commissioner of Internal Revenue*. Nesse artigo nos referiremos a ele como IRS.

A Constituição Americana, ao contrário da brasileira, não se preocupa em dispor de maneira prolixa sobre matérias como direito tributário, trazendo em seu conteúdo apenas definições mais genéricas, como é o caso da Décima Sexta Emenda, considerada como o norte do sistema tributário americano. Esse sistema tributário é reflexo da natureza federativa do país. A base da tributação federal, por exemplo, é a renda, já a estadual é amparada pelo consumo e, por fim, a local se funda na propriedade. Vale ressaltar, que isso implica traçarmos uma distinção fundamental: nos Estados Unidos, estamos a tratar de uma isenção, já no Brasil, estamos a falar de imunidade, uma vez que garantida pela Constituição (LAGEMANN e BORDIN, 1995).

A legislação tributária americana é definida conforme os decretos de receitas que existem e estão no *Internal Revenue Code*⁶³. A administração tributária americana, a saber, o IRS, é que interpreta de forma minuciosa as questões que a matéria envolve.

Com relação ao que interessa para a análise realizada no presente artigo, temos que uma das principais legislações federais que regulamenta a concessão de isenção a templos religiosos nos Estados Unidos se encontra no item 501(c)(3), da publicação 557 (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2019). A referida lei isenta do imposto de renda as organizações religiosas, de caridade, científicas, além de outras.

A primeira diferença marcante reside no fato de que existe uma espécie de procedimento que antecede o reconhecimento da condição de isento (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2019). Esse procedimento envolve o preenchimento de alguns formulários, como o formulário 1.023 (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2019), por exemplo, em que o postulante ao gozo da isenção fornece uma série de dados extremamente detalhados à receita federal americana. As informações requeridas compreendem a quantidade de membros que a congregação possui, se ela oferece cursos para capacitação de ministros ordenados ou líderes religiosos, se faz parte de um conjunto de igrejas com crenças e estrutura similares, descrição completa da hierarquia religiosa ou do governo eclesiástico da igreja, dentre outras.

63 Código de Receita Interna.

Outro ponto que merece destaque, é que a própria legislação elenca as hipóteses de perda da condição de organização isenta. Assim, um templo religioso pode perder sua isenção por motivo de interesses privados (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2019), influência legislativa (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2019), participação em campanhas políticas (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2019), atividade ilegal, violação de política pública fundamental e comportamento típico de organizações privadas. Portanto, os principais pontos que destacamos com relação à isenção dos templos religiosos na seara federal norte-americana são: a) nos Estados Unidos há a exigência de certificação de isenção, que se opera através de um detalhado processo para a efetivação dessa concessão, envolvendo o envio de informações detalhadas da organização religiosa postulante à situação isenta; b) as hipóteses de perda da condição de isenta são taxativas e as diretrizes detalhadas.

Em linhas conclusivas, as diferenças apontadas entre os dois sistemas nos remetem a um contraste. No Brasil, enquanto há uma presunção a favor da imunidade, ausência da necessidade de certificação de imunidade e obrigações acessórias mais brandas, na sistemática da isenção americana, no âmbito federal, as organizações religiosas se apresentam como meras postulantes à isenção, devendo, para gozar da mesma, principalmente, fornecer à autoridade fiscal diversas e detalhadas informações através do preenchimento de vários formulários. Além disso, a legislação brasileira não dispõe de maneira pormenorizada sobre hipóteses de perda da imunidade, criando a Constituição apenas duas condições para o gozo da imunidade: ser um templo de qualquer culto que, como vimos, possui conceito aberto, e aplicar os valores obtidos através da prática religiosa na atividade fim da instituição. Já no sistema americano, pela própria dinâmica da isenção, nos deparamos com hipóteses taxativas de perda da condição de isento.

Por certo, a ideia do presente artigo não é transportar a dinâmica do modelo estrangeiro para o nacional – até porque estamos a tratar de imunidade e isenção, institutos com amplitudes, características e alcances diversos – mas sim fazer o leitor refletir acerca dos nossos problemas legais e jurisprudenciais sobre o tema a partir dessa análise comparativa.

Em suma, os principais pontos que abordamos e nos interpelam a pensar criteriosamente sobre a questão religiosa no horizonte da tribu-

tação são os seguintes: 1) a falta de uma distribuição isonômica do ônus probatório na relação entre contribuinte e fisco advinda, sobretudo, das brandas obrigações acessórias impostas ao primeiro; 2) a jurisprudência do Supremo que acaba por cancelar esse desequilíbrio ao criar uma espécie de presunção em favor da imunidade, dando margem a uma série de abusos e fraudes no gozo da imunidade dos templos religiosos. Esses são apenas alguns dos problemas sobre os quais precisamos pensar criticamente. A matéria é complexa, e uma análise ponderada do nosso contexto passa, não apenas por questões legislativas, mas também pelas jurisprudenciais. Possíveis soluções talvez passem por uma virada jurisprudencial do STF e também por medidas de reformulações do rol de obrigações acessórias impostas às organizações religiosas no Brasil.

6 CONCLUSÃO

A despeito de existirem diversas correntes e teorias historiográficas, sociais e culturais a respeito da religiosidade no Brasil, nos parece que a profunda relação do Brasil com religião é ponto consensual entre elas, sendo esse elo parte fundamental da identidade do povo brasileiro e do Brasil como nação. Desta maneira, a religião compreende historicamente a um direito fundamental aos cidadãos brasileiros e pode ser considerada parte integrante da ideia de mínimo existencial, por estar diretamente relacionada ao o bem-estar psicológico do indivíduo e, como não poderia ser diferente, é prestigiada pela Constituição Federal através da imunidade dos templos de qualquer culto.

O estudo de direito comparado nos permitiu investigar o sistema de isenção americana das organizações religiosas no âmbito federal e a imunidade dos templos de qualquer culto no Brasil. Observou-se que o instituto da imunidade vem sendo usado de maneira distorcida quanto à sua finalidade, que é a de garantir a liberdade religiosa, contida na ideia de um mínimo existencial. A distorção, assim, encontra-se nas brechas encontradas no nosso modelo que acabam permitindo a obtenção de enriquecimento ilícito.

É importante que se reflita a respeito dos possíveis caminhos para que a imunidade sobre os templos de qualquer culto no Brasil seja, cada vez mais, um verdadeiro instituto promotor do mínimo existencial e da liberdade e, cada vez menos, uma maneira de enriquecimento ilícito por

veredas tortuosas. Para isso, serão necessárias uma virada jurisprudencial e uma reformulação legislativa que vise, sobretudo, a trazer contribuinte e Fisco para o mesmo patamar na distribuição dos ônus probatórios.

7 REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GIOTTI, Daniel. **A imunidade religiosa como ela é: aproximação ao pensamento de Aliomar Baleeiro e a necessidade de uma reversão jurisprudencial**. In. QUEIROZ, Luís César Souza de. GOMES, Marcus Lívio. Finanças públicas, tributação e desenvolvimento. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo; **O direito ao mínimo existencial** – 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

LAGEMANN, E.; BORDIN, L. C. V. A tributação nos países do Nafta: EUA, México e Canadá. **Indicadores Econômicos FEE**, v. 23, p. 306-377, 1995.

FLECK, M. **O Instrumento de avaliação de qualidade de vida da Organização Mundial da saúde (WHOQOL-100): características e perspectivas**. Ciência & Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 5, n.1.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

GIOTTI, Daniel. **A imunidade religiosa como ela é: aproximação ao pensamento de Aliomar Baleeiro e a necessidade de uma reversão jurisprudencial**. In. QUEIROZ, Luís César Souza de. GOMES, Marcus Lívio. Finanças públicas, tributação e desenvolvimento. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

BRASIL, STF, Ag. Reg. no RE com Ag. n. 800.395/ES, 1ª Turma, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. em 28.10.2014, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7236119>, acesso em 20.8.2015.

_____, ARE n. 759977 no AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 24.09.2013, Dje em 18.10.2013.

_____, RE n. 562.351, Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 04.09.2012, Dje em 14.12.2012, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3195619>, acesso em 06.05.2016.

LAGEMANN, E.; BORDIN, L. C. V. A tributação nos países do Nafta: EUA, México e Canadá. **Indicadores Econômicos FEE**, v. 23, p. 306-377, 1995.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Internal Revenue Service, Publicação 557, item 501(c)(3). Disponível em: <https://www.irs.gov/pub/irs-pdf/p557.pdf>. Acessado em: 07/05/2016.

_____. Internal Revenue Service. Disponível em: <https://www.irs.gov/Charities-&-Non-Profits/Charitable-Organizations/Life-Cycle-of-a-Public-Charity>. Acessado em: 09/05/2016.

_____. Internal Revenue Service, Formulário 1.023. Disponível em: <https://www.irs.gov/pub/irs-pdf/f1023.pdf>. Acessado em: 07/05/2016.

_____. Internal Revenue Service. Disponível em: <https://www.irs.gov/Charities-&-Non-Profits/Charitable-Organizations/Inurement-Private-Benefit-Charitable-Organizations>. Acesso em: 08/05/2016

_____. Internal Revenue Service. Disponível em: <https://www.irs.gov/Charities-&-Non-Profits/Lobbying>. Acesso em: 08/05/2016.

. Internal Revenue Service. Disponível em: [https://www.irs.gov/Charities-&-Non-Profits/Charitable-Organizations/The-Restriction-of-Political-Campaign-Intervention-by-Section-501\(c\)\(3\)-Tax-Exempt-Organizations](https://www.irs.gov/Charities-&-Non-Profits/Charitable-Organizations/The-Restriction-of-Political-Campaign-Intervention-by-Section-501(c)(3)-Tax-Exempt-Organizations). Acesso em: 08/05/2016.

A REGRESSIVIDADE DO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA DIFERENÇA DE JOHN RAWLS⁶⁴

Diogo de Castro Ferreira

1. Introdução⁶⁵

O sistema tributário regressivo é aquele no qual, quanto menor a renda auferida por determinada parcela da população, maior será o impacto da carga fiscal sofrido por ela. Hoje temos um conjunto satisfatório de pesquisas empíricas que demonstram que o sistema tributário brasileiro é totalmente regressivo.

O economista francês Thomas Piketty (2014) constata que a maioria dos países europeus, bem como, possivelmente, os Estados Unidos, possui o que convencionou chamar de regressividade na ponta, ou seja, o sistema é progressivo das classes baixas até a classe média, porém, regressivo nas classes altas. Para o autor, seria esse um dos principais motivos da tendência de aumento das desigualdades sociais constatada e defendida por ele.

Apesar de o autor em questão não ter feito uma análise da situação brasileira em seu livro, no presente artigo trataremos uma série de pesquisas

64 Adaptação de artigo publicado na Lex Humana, Petrópolis, v. 7, n. 1, p. 36-57, 2015, ISSN 2175-0947.

65 Adaptação de artigo publicado na Lex Humana, Petrópolis, v. 7, n. 1, p. 36-57, 2015, ISSN 2175-0947.

que demonstram, empiricamente, que o Brasil sofre de uma regressividade mais grave e acentuada que a apontada por Piketty, pois trata-se de um país totalmente regressivo, e não apenas na ponta das classes sociais.

Primeiramente, o presente artigo cuidará de demonstrar, com base em pesquisas científicas, que o nosso sistema tributário é regressivo.

Em seguida, traçaremos breves considerações acerca do direito fundamental da capacidade contributiva, bem como da seletividade, e buscaremos observar se os mesmos, em nosso contexto normativo, são suficientes para que haja a reversão do cenário regressivo.

Passaremos dessa questão para uma análise acerca da relação das questões fiscais com os direitos humanos e como isso passa pela matéria da efetivação dos direitos sociais previstos em tratados internacionais dos quais somos signatários, bem como de direitos previstos em nossa Constituição.

Através de dados oficiais, pesquisas e estudos comparativos, buscaremos traçar uma análise comparativa da regressividade em diversos países do mundo.

Por fim, procuraremos extrair, das importantes contribuições acadêmicas trazidas por John Rawls no campo da teoria da justiça, parâmetros para que, segundo os princípios trazidos pelo autor, constatem-se se a progressividade do sistema tributário pode ser considerada ferramenta essencial para que se efetivem os dois princípios de justiça que servem como orientação para o modo com o qual as instituições básicas devem realizar os valores da liberdade e da igualdade em sua concepção.

2. O problema da regressividade do sistema tributário brasileiro

2.1 Dados empíricos que corroboram a tese de situação regressiva do sistema tributário brasileiro

Dados recentes do Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação demonstram que 53,8% do total arrecadado em nosso país é pago por brasileiros com renda de até 3 salários mínimos, que representam 79% da população (IBPT, 2014). Outros 28,5% da arrecadação possuem origem nos impostos pagos por brasileiros com renda entre 3 e 10 salários mínimos. Esse levantamento corresponde a números parciais do ano de 2014.

Isso decorre, principalmente, da forte ênfase na tributação sobre o consumo através da tributação indireta. Para se ter ideia, de acordo com dados da Unafisco Sindical (2007), a tributação sobre consumo representa mais de 2/3, ou seja, 67,2% da carga tributária brasileira. A situação se intensifica quando se é levado em conta a tributação sobre a renda do trabalho, que perfaz 10,9% da nossa arrecadação. Isso significa dizer que 78,1% dos tributos brasileiros são pagos pelos consumidores e pelos trabalhadores assalariados.

Pintos-Payeras (2010), em pesquisa publicada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), buscou detalhar ao máximo as alíquotas dos impostos indiretos, tomando como parâmetro as normas tributárias da Federação, das Unidades da Federação e respectivas capitais. Cruzando esses dados com os microdados da Pesquisa de Orçamentos Familiares (POF) de 2002-2003, foi possível averiguar que o sistema tributário brasileiro é regressivo quando tomada como base a renda. A pesquisa concluiu também que isso se deve, em grande parte, aos impostos indiretos, mais especificamente ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), ao Programa de Integração Social (PIS) e à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins).

O autor ainda conclui que a baixa participação dos impostos diretos não permite equilibrar a carga por faixa de renda. O Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) chega a ser regressivo em relação à renda familiar per capita. O estudo também revelou que há diferenças regionais no comportamento dos impostos indiretos.

2.2 O princípio da capacidade contributiva e a seletividade como ferramentas insuficientes para a garantia de um sistema progressivo

A Carta Magna Federal prevê, em seu art. 145, §1º, o princípio da capacidade contributiva. Alguns autores, como Carvalho (2011), sustentam que, ainda que a atual Constituição não versasse expressamente sobre o referido princípio, o mesmo persistiria no direito pátrio como formulação implícita nas dobras do primado da igualdade.

A capacidade contributiva absoluta pode ser entendida como a aptidão de atender aos encargos públicos. Já a capacidade contributiva relativa

é o critério que há de orientar a determinação da concreta carga tributária (CARVALHO, 2011).

Nesse contexto, surgem os seguintes questionamentos que buscaremos responder a partir de então: qual é a relação da capacidade contributiva com os direitos humanos? Qual seria a relevância dessa relação com o tema abordado?

Em sua dissertação acerca da análise da capacidade contributiva à luz dos direitos humanos e fundamentais, Dutra (2008) ressalta que o princípio da capacidade contributiva se encontra expressa e implicitamente contido no texto constitucional, mas que, apesar de não haver previsão expressa no sentido de considerar a capacidade contributiva um direito humano nos diversos tratados de direitos humanos e até mesmo naqueles que envolvem questões relativas à tributação, é possível dizer, tendo por base a Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948, que a capacidade contributiva é um direito humano implícito à mencionada declaração, que é extraído por meio de uma interpretação sistemática da mesma, levando em consideração os valores por ela elencados como primordiais para humanidade, bem como os direitos que merecem a máxima proteção e garantia.

Os artigos I, II, VI, VII, XVII, XXII e XXVIII trazem a ideia de igualdade e justiça, ambas fontes basilares da capacidade contributiva; a garantia ao direito à propriedade, prevista no art. XVII, 1, a qual a capacidade contributiva visa proteger, bem como a existência da previsão de vedação ao confisco, limite superior da capacidade contributiva, veiculada no art. XVII, 2.

Necessário, entretanto, elucidar que, uma vez positivado na Carta Magna, o direito humano passa a gozar do status de direito fundamental. Desta forma, o princípio da capacidade contributiva, no ordenamento pátrio, por ter sido positivado no art. 145, §1º da nossa Constituição, deve ser considerado um direito fundamental.

Avaliaremos agora se o sistema tributário brasileiro tem efetivado o princípio constitucional da capacidade contributiva, bem como os direitos humanos diretamente ligados a esse princípio por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A questão não é simples e exige uma análise apurada dos dados e conceitos apresentados. O texto do art. 145, §1º da Constituição Federal,

apesar de trazer a questão da pessoalidade “sempre que possível”, nos dizeres de Baleeiro (1997), não confere ao legislador um caráter permissivo. Na verdade, o comando é para se aplicar a pessoalidade sempre, não se aplicando apenas nos casos em que se faz impossível a aplicação.

O STF possuía entendimento firmado no sentido de que a progressividade de alíquotas em razão da capacidade financeira do contribuinte não era compatível com os impostos reais, uma vez que essa categoria de impostos estaria ligada ao patrimônio e não à condição pessoal do contribuinte, sendo admitidas apenas a aplicação da progressividade para alcançar finalidades extrafiscais, desde que fossem expressamente autorizadas pela Constituição.

A Emenda Constitucional 29/2000 trouxe uma nova figura em nosso ordenamento que reacendeu a celeuma doutrinária acerca do entendimento adotado, até então, pelo STF. Com a modificação do art. 156, §1º, a Constituição passou a prever a progressividade do IPTU em função do valor do imóvel, desta forma, a interpretação da amplitude da capacidade contributiva voltou a vir à tona no julgamento do RE 153.771/MG. A discussão deu origem à Súmula 668 do STF.

A mudança no entendimento do Supremo ficou ainda mais clara no julgamento do RE 562.045/RS, quando prevaleceu o entendimento de que seriam constitucionais as alíquotas progressivas do ITCMD, fixadas em lei estadual, em função dos valores dos bens e com fundamento no atendimento ao art. 145, §1º da Constituição Federal, que versa sobre a capacidade contributiva.

Entretanto, apesar do STF ter superado a dicotomia dos tributos reais e pessoais quando da aplicação da capacidade contributiva, expressa no princípio da proporcionalidade, concedendo maior amplitude ao referido direito fundamental e corroborando o que parte da doutrina já vinha trazendo, chegamos ao ponto fundamental da questão abordada nesse artigo: é justamente nos tributos indiretos, ao abrigo de onde não é possível aplicar a pessoalidade, que emerge a injustiça fiscal e o cenário de regressividade geral do nosso sistema tributário.

Os tributos indiretos são apontados pela doutrina como aqueles que são suportados pelo consumidor final. São tidos como exemplo de impessoalidade na tributação, uma vez que o sujeito passivo (o contribuinte de direito) é quem recolhe o tributo aos cofres públicos e que tem sua

capacidade contributiva medida, transferindo o ônus do tributo recolhido a um terceiro, o consumidor final (ou contribuinte de fato), por meio da agregação do valor do tributo recolhido ao preço final desse produto.

Vale dizer que, nessa lacuna, surge o que Ricardo Lobo Torres (2005) chama de um dos subprincípios da capacidade contributiva, a seletividade, seja ela do ICMS ou do IPI, como forma de trazer a aplicação da capacidade contributiva aos tributos indiretos. Porém, conforme demonstram as pesquisas aqui trazidas, esse subprincípio não é suficiente para que os efeitos práticos desejados sejam alcançados, primeiramente pela falta de critério na formulação de parâmetros de aplicação desse subprincípio, bastando observar, por exemplo, a carga tributária que incide sobre a cesta básica e, principalmente, pelo fato do fenômeno da regressividade fiscal brasileira estar muito mais atrelada a uma questão ênfases da política arrecadatória.

Como mencionado anteriormente, a tributação sobre consumo representa mais de 2/3 da carga tributária brasileira. Desta forma, esses dados nos permitem concluir, preliminarmente, que o princípio da capacidade contributiva, ainda que podendo ser considerado, por meio de uma interpretação sistemática, um direito fundamental, por si só, não é suficiente para alterar o quadro regressivo do nosso sistema tributário devido, principalmente, à dinâmica arrecadatória com ênfase na tributação sobre o consumo, e não em uma falta de efetivação do direito fundamental da capacidade contributiva.

2.3 A regressividade do sistema tributário brasileiro e os tratados internacionais de direitos humanos

Posto o contexto da política fiscal brasileira, temos que, segundo Alves, o Brasil ratificou os principais tratados internacionais de direitos humanos que formam o núcleo jurídico do chamado Sistema da ONU de Proteção Internacional dos Direitos Humanos. O autor afirma ser possível entendê-los como condicionantes objetivos da atuação estatal (ALVES, 2010).

Alves (2010), através de pesquisa simples e booleana na base de dados Universal Human Rights Index, buscou demonstrar alguns casos em que tratados de direitos humanos e questões fiscais se relacionam.

Esses casos demonstram que, ainda que pouco explorada na literatura jurídica, resta inequívoca a relação entre direitos humanos e as políticas fiscais. Nesse contexto, para que fique ainda mais clara essa conexão, destaque o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)⁶⁶, ratificado pelo Brasil em 1992, que é um tratado multilateral adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966 e em vigor desde 3 de janeiro de 1976. O PIDESC faz parte da Carta Internacional dos Direitos Humanos, assim como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP).

Os arts. 6º, 1 e 2⁶⁷, como também os arts. XXII e XXV, 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, remetem a um dever do Estado de agir de modo a resguardar o mínimo existencial do indivíduo em nome do princípio da dignidade da pessoa humana, também estampado nos arts. 1º e 2º da DUDH. É necessário lembrar que a noção de mínimo existencial é reforçada pela nossa Constituição em seu art. 1º, III e art. 3º que, inclusive, assevera que são objetivos fundamentais do nosso país: construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; garantir o desenvolvimento nacional; bem como promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Como foi possível observar, os organismos internacionais estão atentos a violações dos direitos humanos por meio de políticas fiscais que não promovem justiça social. Em todo e qualquer ramo do Direito é imperativo que o intérprete analise sistematicamente as normas, devendo aplicar às mesmas a filtragem constitucional, de modo a buscar harmonia da legislação com os preceitos da Carta Magna, assim como, em nome do princípio do “*pacta sunt servanda*” deve, também, utilizar os tratados internacionais, sobretudo aqueles que envolvam temas como direitos humanos, como balizadores do ordenamento jurídico. Evidentemente, esses filtros se aplicam também ao Direito Tributário.

Desta forma, este segmento do direito necessita ter uma visão tridimensional do mundo jurídico com relação às normas, às realidades sociais

66 OCHR, *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*.

67 BRASIL. Decreto n.º 591, de 6 de julho de 1992.

descritas e que integram tais normas, assim como à justiça que se realiza por meio da norma no contexto da realidade social contemporânea. Nesse contexto, devemos começar a nos questionar acerca da adequação de um sistema extremamente regressivo como o nosso com os tratados internacionais dos quais somos signatários, bem como com os objetivos expressos em nossa Constituição.

2.4 A regressividade tributária no mundo

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE, 2012), em pesquisa, constatou que nenhum país rico possui uma carga tributária tão elevada sobre consumo quanto o Brasil. Segundo dados da organização, 43% da nossa arrecadação vem da tributação do consumo. Vale ressaltar que esses dados não levaram em conta as contribuições sociais, que no Brasil representam mais 26% e terminam por ser repassadas ao consumidor final.

O Brasil é um dos únicos países a possuir uma taxa tão elevada sobre o consumo. A média da OCDE é 33%. Países como Estados Unidos e Japão sequer chegam ao patamar de 19%. Em 2009, a média de tributação sobre consumo desses países era de 30,6% (OCDE, 2012).

Fica evidente a disparidade entre a tributação sobre o consumo no Brasil e a dos demais países. Em pesquisa sobre tributação indireta realizada pelos especialistas em tributação da UHY (2012), demonstrou-se, tomando-se como parâmetro uma cesta representativa de bens e serviços cujos impostos foram calculados a partir do preço total, que, após levantamento de dados de 22 países pertencentes a sua rede internacional, isso inclui as economias em desenvolvimento (BRIC) e os membros do G8, em média, os governos europeus arrecadam 15,5% do preço da cesta representativa. Isso se compara a uma média de 13,8% para todos os países; 12,3% nos países do G8; e 8,2% nos países da Ásia-Pacífico. Já o Brasil figurou no topo da pesquisa com uma tributação correspondente a 28,7% da cesta, só perdendo para a Índia, que apresentou uma tributação de 38%.

Piketty constata que os impostos sobre consumo são os mais onerosos para as classes populares. O economista francês aponta um diagnóstico causal da situação de regressividade fiscal que podemos observar em vários

países no mundo, em maior ou menor escala. Sua investigação nos mostra que as possíveis causas desse cenário podem estar ligadas a questões de ordem global, sistêmica e estrutural.

Para ele, o aumento da concorrência fiscal no decorrer das últimas décadas, em um contexto de livre circulação do capital, levou a um desenvolvimento sem precedentes de regimes derogatórios em relação à renda do capital, que em quase todo o mundo escapa, por ora, do cálculo da progressividade do imposto sobre a renda. Isso é especialmente válido para a Europa, dividida entre Estados de pequeno porte que, até então, se mostram incapazes de desenvolver um mínimo de coordenação em matéria fiscal. O resultado é uma disputa infundável para reduzir especialmente o imposto sobre os lucros das empresas e para isentar os juros, dividendos e outras rendas financeiras do regime normal de tributação ao qual são submetidas as rendas do trabalho.

O autor nos traz um detalhado diagnóstico acerca das nações europeias e também de outros países do mundo. Em grande parte dos países da Europa e, possivelmente, nos EUA, o autor constata uma regressividade na ponta. Isso significa dizer que o sistema é progressivo até chegar na classe média e, quando se leva em consideração a parcela mais rica das populações percebe-se que as mesmas, em quase todos os países do mundo, pagam menos tributos em relação às suas rendas e patrimônios.

Não podemos deixar de ressaltar aqui uma diferença fundamental entre os países apontados por Piketty e o Brasil. A progressividade que é possível observar da classe mais pobre até a classe média na França e, em geral, nos países europeus se dá pela tributação mais enfática na renda observada nesses países. Ocorre que, no Brasil, a tributação é tão mais enfática no consumo que sequer observamos essa progressividade inicial. Assim, ocorre uma espécie de regressividade absoluta onde as camadas mais pobres pagam, em relação às suas rendas e patrimônios, mais tributos que a classe média e esta, por sua vez, paga mais que as classes mais abastadas.

Assim, podemos concluir que, comparativamente, o Brasil apresenta a modalidade mais acentuada de regressividade em seu sistema tributário, onde o peso da tributação é inversamente proporcional à renda auferida por determinada parcela da população.

3- A regressividade do sistema tributário brasileiro sob a ótica do princípio da diferença de John Rawls

Em sua obra intitulada como “O liberalismo político”, John Rawls nos traz duas questões fundamentais acerca do tema da justiça política em uma sociedade democrática. A primeira questão fundamental trazida gira em torno de qual seria a concepção de justiça mais adequada para especificar os termos equitativos de cooperação social entre cidadãos considerados livres e iguais e membros plenamente cooperativos da sociedade, de uma geração às seguintes. Já o segundo questionamento fundamental trazido pelo autor no início dessa discussão gira em torno dos fundamentos da tolerância, compreendida em termos gerais, considerando-se que o fato do pluralismo razoável de doutrinas religiosas, filosóficas e morais conflitantes e irreconciliáveis é um produto inevitável de instituições livres. A combinação dessas duas questões basilares nos levam ao seguinte questionamento: “como é possível existir, ao longo do tempo, uma sociedade justa e estável de cidadãos livres e iguais que permanecem profundamente divididos por doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis?” (RAWLS, 2011).

O autor começa por enfrentar a primeira questão primordial suscitada apontando as controvérsias e desacordos acerca da melhor forma de expressar os valores da liberdade e da igualdade nos direitos fundamentais dos cidadãos trazendo o conflito existente no interior da própria tradição do pensamento democrático. Essa discordância se expressa na tradição associada a Locke, que confere maior peso àquilo que Constant denominou “liberdade dos modernos”, as liberdades de pensamento e de consciência, bem como certos direitos fundamentais da pessoa e de propriedade e o Estado de direito, contraposta à tradição associada a Rousseau, que enfatiza aquilo que Constant denominou “liberdade dos antigos”, a saber, as liberdades políticas iguais e os valores da vida pública.

Eis que, para arbitrar essas duas tradições conflitantes, bem como responder à primeira questão, o autor traz o conceito que chama de “justiça como equidade”, que surge com a proposta de dois princípios. A finalidade desse elemento é, além de promover o arbitramento do referido conflito, trazer dois princípios de justiça que sirvam de orientação para o modo com o qual as instituições básicas devem realizar os valores da liberdade

e da igualdade e, também, especificar um ponto de vista a partir do qual esses princípios possam ser considerados mais aptos do que outros conhecidos princípios de justiça à ideia de cidadãos democráticos, entendidos como pessoas “livres” e “iguais”. Os dois princípios de justiça mencionados se formulam da seguinte forma:

- a. Cada pessoa tem um direito igual a um sistema plenamente adequado de direitos e liberdades iguais, sistema esse que deve ser compatível com um sistema similar para todos. E, neste sistema, as liberdades políticas, e somente estas liberdades, devem ter seu valor equitativo garantido
- b. As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas exigências: em primeiro lugar, devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; em segundo lugar, devem se estabelecer para o maior benefício possível dos membros menos privilegiados da sociedade. (RAWLS, p. 6, 2011)

Para traçar os princípios mais adequados para realizar a liberdade e a igualdade, tendo em vista a concepção de sociedade como um sistema equitativo de cooperação entre cidadãos livres e iguais, Rawls retoma a doutrina do contrato social e, de maneira hipotética, através de uma abstração, nos remete ao que ele convencionou chamar de posição original, pois uma teoria da justiça que toma como ponto de partida o contratualismo, por si só, não é suficiente, visto que seria necessário encontrar um ponto de vista apartado dessa estrutura de fundo abrangente que não seja distorcido por suas características e circunstâncias particulares. Imaginemos que na formulação do contrato social em questão houvesse uma parcela de legisladores abastados e uma outra parte fosse desprovida de riquezas. Nesse contexto, seria difícil que, na formulação desse contrato social, aqueles dotados de maior riqueza concordassem com a ideia de uma promoção ostensiva de redistribuição de renda, por exemplo.

Para solucionar esse problema, o autor defende que a posição original apenas funcionaria se os legisladores originais estivessem sob uma espécie de “véu da ignorância”. A finalidade, para ele, é clara:

A razão pela qual essa posição deve abstrair as contingências do mundo social e não ser afetada por elas é que as condições de um acordo equitativo sobre princípios de justiça política entre pessoas livres e iguais deve eliminar as vantagens de barganha que inevitavelmente surgem sob as instituições de fundo de qualquer sociedade, em virtude de tendências sociais, históricas e naturais cumulativas. Tais vantagens e influências contingentes que se acumularam no passado não devem afetar um acordo sobre os princípios que deverão regular as instituições da própria estrutura básica do presente para o futuro. (RAWLS, p. 27, 2011)

Partindo desse método, Rawls criou os princípios da justiça já mencionados e que são conhecidos como o princípio da diferença e da liberdade igual. Para a reflexão proposta no presente artigo nos interessa a segunda parte do princípio da diferença. Há na teoria do filósofo uma busca pelo meio-termo entre o liberalismo clássico e as teorias políticas que buscam trazer a divisão igualitária dos bens primários como solução.

De acordo com Rawls (2011), com relação ao segundo princípio de justiça, que se aplica à distribuição de bens primários, é fundamental que a desigualdade de resultados se dê num contexto de igualdade equitativa de oportunidades. A igualdade equitativa de oportunidades existe quando a sociedade dispõe de meios de minimizar a influência (moralmente arbitrária) da desigual distribuição de dotes naturais entre os indivíduos, principalmente o fato de ter nascido numa posição social privilegiada (igualmente arbitrário de um ponto de vista moral). Em outras palavras, a igualdade equitativa de oportunidades não permite que a posição socioeconômica do indivíduo venha a interferir de maneira decisiva no sucesso da implementação de suas motivações e talentos. Assim, programas sociais de educação e cultura destinados a desvanecer barreiras de classe financiados, ressalte-se, com tributos desconcentradores de riqueza são importantes instrumentos que podem garantir a igualdade equitativa de oportunidades.

Em outras palavras, dentro dessa perspectiva de um caminho intermediário, Rawls afirma que as desigualdades sócio-econômicas apenas podem ser permitidas se houver um compromisso dos mais favorecidos em relação aos menos favorecidos, ou seja, que o progresso dos primeiros se reflita na melhoria também da situação dos segundos, ao contrário do

que ordinariamente acontecia (e ainda acontece) na lógica do capitalismo. Isso é o que Rawls chama de princípio da diferença, segundo ele:

os princípios da justiça, em particular o princípio de diferença, aplicam-se aos princípios e aos programas políticos públicos que regem as desigualdades econômicas e sociais. Eles servem para ajustar o sistema dos títulos (no sentido jurídico) e dos ganhos e para equilibrar as normas e preceitos familiares que esse sistema utiliza na vida cotidiana. O princípio de diferença vale, por exemplo, para a taxação da propriedade e da renda, para a política econômica e fiscal. (RAWLS, p. 34, 2011)

Os conceitos essenciais de “valor eqüitativo das liberdades políticas” e de “igualdade eqüitativa de oportunidades” em Rawls (GODOI, 2005) dependem em geral da tributação progressiva sobre a renda. É importante frisar que as ideias de Rawls não abarcam apenas a função fiscal-arrecadatória, mas também a função extrafiscal-desconcentradora dos impostos. De maneira implícita, o autor deixa entrever a correspondência entre a progressividade dos impostos sobre a herança e a renda e o princípio da capacidade econômica fundamentada na solidariedade (e não no sacrifício igual dos indivíduos).

Desta forma, podemos concluir que John Rawls, ao fixar o princípio da diferença, considerou a tributação progressiva - não apenas no sentido restrito, mas também no sentido amplo, que preconiza uma progressividade tributária sistêmica por meio de uma tributação com ênfase maior em tributos desconcentradores de riqueza que, por excelência, são aqueles que incidem sobre o patrimônio e a renda - uma ferramenta fundamental para a garantia do maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade através do qual seria possível se atingir um patamar de igualdade equitativa de oportunidades.

5- Conclusão

Com base no que foi abordado, podemos constatar que o Brasil é um dos países do mundo que apresenta a maior ênfase tributária sobre o consumo. O princípio da capacidade contributiva, além de ser um importante princípio balizador do sistema tributário, como visto, é também parte

integrante dos direitos humanos, tamanha sua importância. Porém, existe uma lacuna onde esse princípio não é capaz de atuar de forma direta e essa lacuna se apresenta nos chamados tributos indiretos.

É nessa tormentosa brecha que o princípio da seletividade do IPI e do ICMS se apresentam para, ao menos em tese, amenizar essa desigualdade. Ocorre que, conforme observamos, ele também não é suficiente para efetivar a justiça fiscal, persistindo uma forma de arrecadação regressiva, onde os indivíduos de baixa renda e trabalhadores pagam mais impostos e, quanto maior a renda, menos impacto tributário sofrem os contribuintes.

Essa regressividade sistêmica, como foi visto, colide com tratados internacionais firmados pelo Brasil, como o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, na medida em que essas discrepâncias criam verdadeiros obstáculos tangíveis ao desenvolvimento econômico, social e cultural dos indivíduos que mais carecem do apoio estatal. Ambos os tratados visam resguardar o mínimo existencial e representam filtros, juntamente com a Constituição, para todo o ordenamento jurídico pátrio.

Através da já mencionada obra “O capital” de Piketty, o autor conclui que em grande parte dos países da Europa e, possivelmente, nos EUA, existe uma espécie de regressividade na ponta, o que significa que o sistema é progressivo até chegar na classe média e, quando se leva em consideração a parcela mais rica das populações percebe-se que as mesmas, em quase todos os países do mundo, pagam menos tributos em relação às suas rendas e patrimônios. Nesse cenário, observamos que o Brasil apresenta uma forma de regressividade ainda mais gravosa, por ser total e colocar as classes mais baixas como as mais oneradas no sistema tributário.

Por fim, John Rawls, através da sua teoria da justiça, nos forneceu subsídio teórico para demonstrar que a progressividade do sistema tributário é ferramenta essencial para dois princípios de justiça que servem como orientação para o modo com o qual as instituições básicas devem realizar os valores da liberdade e da igualdade em sua concepção.

Desta forma, no momento em que se constata um grave problema como o apontado, quando nos deparamos com um sistema que onera sobremaneira e de forma desigual os desfavorecidos e, finalmente, quando observamos que essa dinâmica arrecadatória foge completamente às ideias de solidariedade e igualdade, é hora de reconhecermos a relevância do

debate em questão e iniciarmos sérias reflexões acerca da efetivação dos direitos sociais que dependem, não exclusivamente, mas em larga medida, de um sistema tributário pautado na justiça fiscal.

Referências

- ALVES, Henrique Napoleão. **Direitos Humanos, direito tributário e política fiscal: descrição da experiência dos órgãos das Nações Unidas – reflexões para o Brasil**. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, v. 74, n. 1, ano XXVIII, p. 119 a 132, 2010.
- BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. Atual. Mizabel Abreu Machado Derzi. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- BRASIL. Decreto n.º 591, de 6 de julho de 1992, Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Diário Oficial da Republica Federativa do Brasil, Brasília.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário linguagem e método**. São Paulo: Editora Noeses Ltda., 2011, pp. 330, 332-333.
- DUTRA, M. D. A. **Capacidade Contributiva, Análise à Luz dos Direitos Humanos e Fundamentais**. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP, 2008, pp. 183-184.
- IBPT - Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação. **População que recebe até três salários mínimos é a que mais gera arrecadação de tributos no país**, 2014. Disponível em: <<https://www.ibpt.org.br/noticia/1860/Populacao-que-recebe-ate-tres-salarios-minimos-e-a-que-mais-gera-arrecadacao-de-tributos-no-pais>>. Acesso em 28 de agosto de 2014.
- OCDE – Organization for Economic Co-operation and Development. **Consumption Tax Trends**, 2012. Disponível em <http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/consumption-tax-trends-2012_ctt-2012-en#page31>. Acesso em: 29 de agosto de 2011.

- _____. *Revenue Statistics, 1965–2009*, OECD Publishing, 2010.
- OHCHR – Office of the High Commissioner for Human Rights. **International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights**. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>>. Acesso em: 28 de agosto de 2014.
- PINTOS-PAYERAS, José Adrian. **Análise da progressividade da carga tributária sobre a população brasileira**. Instituto de pesquisa e planejamento econômico. V. 40 , n. 2, agosto 2010.
- PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Rio de Janeiro: Editora Intrínseca LTDA., 2014, p.483.
- RAWLS, John. **O liberalismo político**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.
- _____. **O Liberalismo Político**. São Paulo: Editora Ática, 2000.
- _____. **Uma teoria da Justiça**, pp. 306–307. São Paulo: Martins Fontes, 1997. In: GODOI, Marciano. *Solidariedade social e tributação*: Ed. Dialética, 2005, pp. 150–151.
- _____. **Uma teoria da Justiça**, pp. 306–307. São Paulo: Martins Fontes, 1997. In: GODOI, Marciano. *Solidariedade social e tributação*: Ed. Dialética, 2005, p. 157.
- TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário – Vol. II – Valores e Princípios Constitucionais Tributários**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 312–343
- UHY – Urbach Hacker Young. **An International Comparison of Indirect Taxation: Exploring Governments Contribution to The Cost of Everyday Goods**, 2012. Disponível em: <<http://www.uhy.com/wp-content/uploads/UHY-Indirect-Taxes-Report-FINAL-DEC-2012.pdf>>. Acesso em: 29 de agosto de 2011], 2012.
- UNAFISCO SINDICAL. **10 anos de Derrama: a distribuição da carga tributária no Brasil**, 2007. Brasília – DF. Disponível em: <http://www2.unafisco.org.br/estudos_tecnicos/2007/10anos.pdf>. Acesso em: 28 de agosto de 2014.

A POSSIBILIDADE DE INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ DE MULHER INFECTADA PELO ZIKA VÍRUS: O DIREITO À VIDA DIANTE DA AUTONOMIA REPRODUTIVA DA MULHER

Andreia Cadore Tolfo

Nádia Pedroso Soares

INTRODUÇÃO

O Brasil enfrenta atualmente uma epidemia de Zika vírus, causado pelo mosquito *Aedes aegypti*. Em mulheres grávidas infectadas por esse vírus, o feto pode desenvolver microcefalia, trazendo diversas consequências neurológicas graves. A situação se complica ainda mais, ao se considerar as dificuldades enfrentadas por essas mulheres na busca da ajuda no sistema público de saúde brasileiro em termos de atendimento médico, psicológico e fisioterápico, que são necessários em caso de microcefalia.

Apesar das campanhas promovidas pelo governo brasileiro no sentido de combater os focos do mosquito *Aedes aegypti*, o Brasil tem experimentado um aumento de casos de microcefalia, principalmente na região nordeste do país. As mulheres atingidas geralmente possuem pouca escolaridade, baixa renda e residem longe dos centros urbanos que oferecem atendimento médico especializado e adequado a crianças com microcefalia. Nesse contexto, surge a discussão a respeito da possibilidade de

interrupção da gravidez em casos em que a gestante recebe diagnóstico de que foi infectada pelo Zika vírus.

O tema é extremamente polêmico e causa muita discussão no mundo jurídico e na sociedade como um todo, dividindo opiniões. Se de um lado, alguns defendem o direito da mulher de escolher sobre o prosseguimento da gestação, com base na sua autonomia e nos seus direitos reprodutivos, por outro lado, outros defendem o direito à vida do nascituro. Na questão está presente o conflito de direitos fundamentais.

Esse trabalho tem por objetivo analisar a possibilidade jurídica de interrupção da gravidez em casos em que a gestante é infectada pelo Zika vírus. Através de pesquisa bibliográfica baseada em análise de doutrina e jurisprudência e utilizando o método dedutivo, busca-se verificar a extensão da proteção do direito à vida no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a sua compatibilização com a autonomia e com os direitos reprodutivos da mulher gestante.

1 A EPIDEMIA DE ZIKA VÍRUS E A MICROCEFALIA

Atualmente, uma epidemia de Zika vírus atinge mais de 20 países das Américas, causando muitos casos de microcefalia e outras consequências neurológicas graves em recém nascidos (GALLI; DESLANDES, 2016). O mosquito *Aedes aegypti* é o transmissor do Zika vírus. No Brasil, o Ministério da Saúde confirmou a relação entre a infecção por esse vírus e o surto de microcefalia (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2019).

Em fevereiro de 2016, diante dos distúrbios neurológicos e malformações neonatais reportados na região das Américas decorrentes da infecção pelo vírus, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (OPAS, 2016).

Microcefalia é uma malformação congênita, em razão da qual o cérebro não se desenvolve de maneira adequada. Essa malformação pode ser acompanhada de epilepsia, paralisia cerebral, retardo no desenvolvimento cognitivo, motor e fala, além de problemas de visão e audição. Cerca de 90% das microcefalias estão associadas com retardo mental (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2019).

Não existe tratamento específico para a microcefalia. Existem apenas ações de suporte que podem auxiliar no desenvolvimento da crian-

ça que deve ser feito pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Como cada criança desenvolve complicações diferentes, entre elas, respiratórias, neurológicas e motoras, o acompanhamento por diferentes especialistas vai depender das funções que ficarem comprometidas (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2019).

As principais ações de Estado que podem interromper a propagação do Zika vírus é a eliminação do vetor, o mosquito *Aedes aegypti*, e o desenvolvimento de uma vacina anti-Zika são esforços bem complexos. É impossível prever quanto tempo será necessário para produzir uma vacina anti-Zika efetiva, assim como existe a dificuldade de produzir a vacina anti-HIV (LÖWY, 2016).

A situação epidêmica da microcefalia evidencia a atual necessidade de altos investimentos voltados à melhoria das condições de vida das populações urbanas no país. Devido às más condições ao redor das residências, o saneamento inadequado e a coleta de lixo irregular, a eliminação dos criadouros do mosquito não é tarefa fácil nas cidades brasileiras (HENRIQUES; DUARTE; GARCIA, 2016).

A maioria das famílias atingidas é de baixa renda e possuem baixo nível de escolaridade. Segundo o Boletim Epidemiológico do Ministério da Saúde, a maior concentração de casos ocorre na região Nordeste do país (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2015). Como no Brasil a prestação de atendimento no sistema público de saúde enfrenta diversas dificuldades, como falta de médicos, falta de leitos e de estrutura hospitalar e irregularidade no fornecimento de medicamentos, os casos de microcefalia não são atendidos de forma adequada pelo poder público, ocasionando um grave problema social.

Diante do aumento de casos de microcefalia no Brasil surge a discussão sobre a possibilidade de interrupção da gravidez em casos em que a gestante tem diagnóstico confirmando a infecção pelo Zika vírus.

A descriminalização do aborto nesse caso é extremamente polêmica e divide opiniões no país. Alguns defendem o direito da mulher gestante de escolher a respeito do prosseguimento ou não da gestação, tendo em vista a sua autonomia e os seus direitos reprodutivos. Outros defendem incondicionalmente o direito à vida do nascituro.

Trata-se de uma discussão importante que envolve conflito de direitos fundamentais e que precisa ser realizada pela sociedade brasileira. Os dile-

mas envolvendo o caso pertencem a diversas áreas como religião, filosofia, ética, médica, biológica e jurídica. No mundo jurídico, diversos reflexos decorrem da discussão sobre a possibilidade de interrupção da gravidez em caso de infecção pelo Zika vírus, os quais são analisados nesse trabalho.

Assim, torna-se necessário verificar diversas questões jurídicas ligadas ao caso em análise, sobretudo, a extensão da proteção do direito à vida e a autonomia da mulher sobre o seu corpo, bem como os seus direitos reprodutivos.

2 A PROTEÇÃO DO DIREITO À VIDA NO BRASIL E O ABORTO

No Brasil, conforme o artigo 5º da Constituição Federal de 1988: “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, a liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade”.

A Constituição Federal menciona o direito à vida como o primeiro dos valores contidos nos direitos fundamentais, dando sentido a todos os demais direitos. Assim, a vida é o mais básico de todos os direitos e surge como verdadeiro pré-requisito para a existência dos demais direitos consagrados constitucionalmente (TAVARES, 2017, p. 432).

O direito à vida é o direito legítimo de defender a própria existência, de existir com dignidade, a salvo de qualquer violação, tortura ou tratamento desumano ou degradante, protegendo os atributos físico-psíquicos e espirituais-morais da pessoa humana (CUNHA JÚNIOR, 2014, p. 535).

Cabe ao Estado a tomada de diversas medidas para efetivar a proteção do direito à vida, como por exemplo, a tipificação penal do aborto. No caso do aborto, este é incriminado para proteger a vida intrauterina (MENDES; BRANCO, 2017, p. 385).

O aborto está previsto no art. 124 do Código Penal Brasileiro de 1940, nos seguintes termos: “provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque”. Chama-se aborto, a prática tentada pela gestante ou com o seu consentimento. Além da responsabilização da gestante, se houver o terceiro envolvido, que provocar o aborto, esse também responderá pelos seus atos (TAVARES, 2017, p. 434).

O aborto provocado por terceiro pode ser com ou sem consentimento da gestante. No art. 125, caput, do Código Penal está previsto o aborto sem o consentimento da gestante, portanto, o modo mais grave do crime de aborto.

Entretanto, em seu artigo 128, o Código Penal dispõe sobre os dois casos em que o aborto não é punível. O primeiro caso é quando a gravidez representar um risco de vida à gestante, não havendo outro meio de salvá-la. O segundo caso é quando a gravidez resultar de estupro, devendo, neste caso, a grávida concordar com a prática do aborto ou haver autorização de seu representante legal, caso esta seja incapaz (CAPEZ, 2016, p.199).

Nota-se, desta forma, que o direito à vida, bem como os demais direitos fundamentais, não é um direito absoluto, pois a legislação permite a sua relativização em determinadas situações.

O primeiro caso previsto no artigo 128 do Código Penal chama-se de aborto necessário ou terapêutico, sendo aquele realizado como única forma de salvar a vida da gestante, tendo como requisitos: perigo de vida à gestante e a inexistência de outro meio para salvar a sua vida. Este tipo de aborto não é punido, não sendo responsabilizado penalmente o médico que o pratica (BITENCOURT, 2010, p.168).

No segundo caso de aborto não punível pela legislação brasileira se dá o denominado aborto humanitário, que é autorizado quando a gravidez decorrer de estupro. Nesse caso, são necessários dois requisitos para sua realização: gravidez resultante de estupro e o consentimento da gestante para realização do ato, o qual deve ser obtido por escrito ou na presença de testemunhas. Não se faz necessária, nenhuma autorização judicial para realização do aborto no caso de estupro, porém caso as alegações da gestante sejam falsas, somente esta responderá criminalmente (BITENCOURT, 2010, p.169).

Mais recentemente, com as evoluções da medicina e dos exames médicos, tornou-se possível identificar a anencefalia fetal, o que provocou reflexos na seara jurídica. Com isso, muitas mulheres ao descobrirem estarem grávidas de fetos anencéfalos procuraram o Poder Judiciário para realização de aborto.

Conforme a Resolução 348 do Conselho Nacional de Saúde, a anencefalia consiste em uma má-formação congênita caracterizada pela ausência

total ou parcial do encéfalo e pelo desenvolvimento incompleto do córtex cerebral. A anencefalia ocorre durante a formação embrionária, acarretando total incompatibilidade com a vida extra-uterina (CNS, 2019).

Em 2004, foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, perante o Supremo Tribunal Federal (STF), a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 54, na qual se requereu que a antecipação terapêutica do parto não fosse considerada aborto, pois no caso não existe vida extra-uterina em potencial (BRASIL, STF, ADPF 54).

Em 2012, a ADPF foi julgada procedente de forma a considerar inconstitucional interpretação de interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal (crime de aborto), tendo em vista que o feto com anencefalia é um natimorto cerebral, havendo inviabilidade da vida humana. Assim, não se justifica impor tamanho sofrimento e angústia à mulher gestante de feto anencéfalo.

Conforme destacou o Ministro Relator Marco Aurélio Mello na ADPF 54, trata-se de situação que conflita com a dignidade humana, a liberdade e a autonomia da vontade. Manter a gestação em caso de anencefalia significa impor à mulher danos à sua integridade moral e psicológica, além dos riscos físicos reconhecidos no âmbito da medicina.

Essa decisão jurisprudencial do STF contida na ADPF 54 criou no ordenamento jurídico brasileiro mais uma possibilidade de interrupção da gravidez não punível.

3 A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ DE MULHER INFECTADA PELO ZIKA VÍRUS

Desde o surgimento da epidemia de Zika vírus e a confirmação da sua relação com a microcefalia, trazendo conseqüências neurológicas fetais graves e irreversíveis, debate-se no Brasil a possibilidade jurídica de ser autorizado mais um caso de interrupção da gravidez.

A possibilidade de interrupção da gravidez de mulheres infectadas pelo Zika vírus foi levada ao Supremo Tribunal Federal em 2016, através de uma ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) proposta pela ANADep (Associação Nacional dos Defensores Públicos).

Considerando a epidemia do vírus Zika no Brasil, na ADI n. 5581

requer-se a declaração de inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gestação de mulher que tiver sido infectada pelo Zika vírus e optar pela mencionada medida é conduta tipificada nos artigos 124 e 126 do Código Penal. A referida ADI ainda aguarda julgamento pelo STF (BRASIL, STF, ADI 5581).

A discussão sobre a interrupção da gravidez de mulheres infectadas pelo Zika vírus divide opiniões no país, sobretudo porque a resposta para o problema está diretamente relacionada com convicções religiosas, éticas, médicas e jurídicas, vinculando-se ao controverso tema do aborto.

Na seara jurídica, diante do conflito de direitos fundamentais presente no caso, alguns defendem que é preciso salvaguardar o direito à vida do nascituro. Para outros, é preciso respeitar o direito de escolha da mulher gestante no sentido de dar prosseguimento ou não na gestação, em razão da autonomia e dos direitos reprodutivos da mulher. A seguir, ambas as posições são analisadas na busca da resposta mais adequada para a questão.

3.1 O direito à vida do nascituro

Para definir a extensão da proteção ao direito à vida, é preciso delimitar o momento que se considera haver um ser humano vivo, assim como o momento em que cessa a existência humana e a partir daí o dever estatal, de cunho constitucional, de mantê-la e provê-la (TAVARES, 2015). Biologicamente, se não há vida, não há existência e sem a existência não existem direitos a serem tutelados, nem deveres a serem cumpridos (ESTEFAM, 2017).

Inicialmente, é importante verificar o que prevêm os tratados internacionais de direitos humanos que o Brasil faz parte sobre o direito à vida. Nesse sentido, destaca-se a Convenção Americana de Direitos Humanos (chamada de Pacto de San José da Costa Rica), de 1969. Conforme a referida Convenção, no seu artigo 4º, “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei, e em geral, desde a concepção. Ninguém poderá ser privado de sua vida arbitrariamente”.

Nota-se que a vida é um direito fundamental protegido tanto na Constituição Federal brasileira (art. 5º) como em importantes tratados internacionais de direitos humanos. Porém, nesses documentos não fica expressamente determinado a partir de que momento inicia a vida humana.

Sobre isso, Alexandre de Moraes (2012, p. 35) observa que cabe ao jurista conferir o enquadramento legal do início da mais preciosa garantia individual, ficando a cargo do ponto de vista do biólogo definir em que momento a vida inicia.

Existem várias teorias sobre o momento em que ocorreria o início da vida, sendo que nenhuma é aceita de forma majoritária pela doutrina. As teorias mais conhecidas são: teoria da concepção; teoria da nidação; teoria da implementação do sistema nervoso e teoria dos sinais eletroencefálicos (TAVARES, 2017, p. 431).

A teoria da concepção defende a existência da vida humana desde o momento da concepção, quer dizer, desde o ato de conceber no útero (TAVARES, 2017, p. 431). Segundo Costa e Giolo Júnior (2015, p. 298), para os apoiadores da teoria concepcionista, o início da vida humana é a concepção, ou seja, o momento em que o gameta masculino se funde com o gameta feminino, formando o zigoto, e neste ser unicelular, já estaria presente a vida humana.

A teoria da nidação exige a fixação do zigoto na parede útero, ou seja, com a implantação do ovo no endométrio (FRANCO; OLIVEIRA, 2007, p. 244). Desta forma, em uma vez ocorrida a fecundação, o ovo deve se implantar no útero materno, pois somente no útero é que o embrião irá encontrar as condições necessárias para o seu desenvolvimento (COSTA; GIOLO JÚNIOR, 2015, p. 305).

Já a teoria da implementação do sistema nervoso considera ser necessário que surjam os rudimentos do que será o sistema nervoso central. Para essa corrente é necessário que o feto apresente alguma característica exclusivamente humana. Para alguns autores, o sistema nervoso central começa a se formar entre o décimo quinto e o quadragésimo dia do desenvolvimento embrionário (TAVARES, 2017, p. 341).

Por fim, a teoria dos sinais eletroencefálicos considera ser necessária que se verifique no feto a atividade cerebral, imprescindível para o reconhecimento da vida humana. A atividade elétrica do cérebro inicia-se após oito semanas (TAVARES, 2017, p. 341).

Segundo Andrade (2013, p. 118-119), para a visão neurológica, a mesma regra usada para constatar a morte vale para constatar a vida. Essa posição vem ganhando adeptos de forma crescente em diversos países. A vida termina quando cessa a atividade elétrica no cérebro, então, ela co-

meçaria quando o feto apresentasse a atividade cerebral. No entanto, esse período não é consensual. Alguns afirmam a presença de sinais cerebrais na oitava semana, outros consideraram que é na vigésima semana.

Pelo que se verifica, na doutrina brasileira, não existe posição majoritária ou unânime a respeito de quando inicia a vida humana. A Constituição Federal e a legislação infraconstitucional também não estabelecem expressamente o marco do início da vida e, por conseqüência, quando se deve dar o início da proteção da vida humana pelo Direito.

Desta forma, ao se seguir a teoria da concepção, por exemplo, que considera que há vida humana desde que o gameta masculino se funde com o gameta feminino, impõe-se a proteção incondicional ao nascituro, não havendo espaço para defesa de interrupção da gravidez em caso de infecção pelo Zika vírus.

Por outro lado, considerando a teoria que acredita que para a vida iniciar seria necessário que se verificasse a atividade cerebral no feto, a interrupção da gravidez até o terceiro mês de gestação não feriria o direito à vida. Apesar de existir vida biológica nesse período, não existiria vida humana, com capacidade de raciocínio. Essa constatação poderia dar base jurídica para a posição que defende a descriminalização de aborto em caso de infecção pelo Zika vírus.

Nesse sentido, cabe mencionar a decisão do STF na ADPF 54, que autorizou a interrupção da gestação nos casos de anencefalia (feto sem cérebro). A fundamentação básica na referida decisão foi no sentido de que, sem cérebro a vida é inviável. No caso do anencéfalo, há um feto fecundado e nidado, mas não lhe foi reconhecida vida humana, pelo fato de não possuir cérebro. O produto da concepção se desenvolveu, porém somente o corpo desenvolvido não é o suficiente para que se tenha vida humana (COSTA; GIOLO JÚNIOR, 2015, p. 325).

Também é importante considerar as argumentações do Ministro do STF Roberto Barroso em seu voto no Habeas Corpus 124.306, o qual, em 2016, examinou a prisão de pessoas acusadas de atuar em uma clínica de aborto no estado do Rio de Janeiro. Segundo Barroso, em diversos países como Alemanha, Bélgica, França e Uruguai a interrupção voluntária da gestação não é criminalizada durante o primeiro trimestre da gestação. Durante esse período, o córtex cerebral, que permite que o feto desenvolva sentimentos e racionalidade, ainda não foi formado (BRASIL, STF, HC 124.306).

Considera-se que a linha de reflexão desenvolvida pelos Ministros do STF nas decisões da ADPF 54 e no Habeas Corpus 124.306 pode auxiliar no desfecho do caso da microcefalia, sobretudo no que diz respeito ao momento inicial da proteção do direito à vida.

3.2 A autonomia e os direitos reprodutivos da mulher

Conforme o ex-ministro do STF, Joaquim Barbosa (ADPF 54), o direito à liberdade previsto no artigo 5º da Constituição Federal compreende também a liberdade à autodeterminação sexual e à autonomia reprodutiva. Em seu voto na ADPF referida, Joaquim Barbosa observou que “a procriação, a gestação, enfim os direitos reprodutivos são componentes indissociáveis do direito fundamental à liberdade e do princípio da autodeterminação pessoal, particularmente da mulher”.

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana implica no respeito à autodeterminação do indivíduo, que deve ter o poder de tomar as decisões fundamentais sobre sua própria vida, sem interferências do Estado ou de terceiros. Essa ideia fundamenta-se na noção de que cada pessoa humana é um agente moral dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, de traçar planos de vida e de fazer escolhas, tendo liberdade para guiar-se de acordo com sua vontade (NINO *apud* SARMENTO, 2005, p. 42)

Conforme Sarmiento (2005, p. 42), o fundamento constitucional da autonomia e dos direitos reprodutivos da mulher pode ser encontrado na própria ideia de dignidade humana da mulher (art. 1º, II, CF), bem como nos direitos fundamentais à liberdade e à privacidade (art. 5º, caput e inciso X, CF).

À respeito da interrupção da gravidez, Sarmiento (2005, p. 4) observa que há uma justa e legítima preocupação com o embrião, mas não se deve ignorar o direito que a mulher possui em relação ao próprio corpo. Diversos tribunais constitucionais no mundo vêm defendendo que, embora a vida do nascituro seja protegida pela Constituição, não deve ser com a mesma intensidade a que se tutela o direito da vida humana das pessoas já nascidas. A partir disso, muitos países autorizam a prática do aborto até determinado estágio como uma forma de autonomia da mulher (SARMENTO, 2005, p. 4).

Segundo informação divulgada pelo Ministério da Saúde, pelo relato até o momento, as gestantes cujos bebês desenvolveram a microcefalia tiveram sintomas do Zika vírus no primeiro trimestre da gravidez (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2019).

Nesse sentido, diante do diagnóstico de infecção por Zika vírus até o terceiro mês de gestação, a autonomia e os direitos reprodutivos da mulher podem ser a base legal para autorizar que essas mulheres possam optar pela interrupção da gravidez. Desta forma, se estaria equilibrando os direitos envolvidos.

Assim, até o terceiro mês de gestação, quando ainda não estão presentes as atividades cerebrais, prevaleceria o direito de escolha da mulher sobre a continuidade da gestação. Após esse período, com a presença inequívoca de vida humana, dotada de capacidade de raciocínio, prevaleceria o direito à vida do nascituro.

Segundo o Ministério da Saúde, cerca de 90% das microcefalias estão associadas com retardo mental. Dessa forma, os filhos das mulheres infectadas pelo Zika Vírus serão impactadas pelas graves sequelas neurológicas durante toda a sua vida, necessitando constantemente de atenção especial tanto da família como do Estado. Tendo em vista essa situação, até o terceiro mês de gestação, caberia à mulher gestante escolher se deseja dar continuidade à gravidez ou interrompê-la.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muitas questões ainda estão indefinidas no ordenamento jurídico brasileiro a respeito do direito à vida e do aborto. A própria questão do marco do início da vida não encontra um posicionamento definitivo no país, já que a Constituição Federal não estabelece expressamente quando a vida humana começa, nem mesmo a legislação infraconstitucional esclarece a questão.

Disso decorrem diversas discussões e questionamentos, como a apresentada nesse trabalho, a qual envolve a possibilidade de interrupção da gravidez de mulher infectada pelo vírus Zika. A questão encontra-se atualmente perante o Supremo Tribunal Federal, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5581, proposta pela Associação Nacional dos Defensores Públicos. Referida ação não foi julgada até o momento,

sendo grande a expectativa do mundo jurídico e da sociedade em geral a respeito da decisão dos Ministros do STF sobre o caso.

A microcefalia decorrente da infecção pelo Zika vírus acarreta graves problemas neurológicos ao feto, demandando atendimento médico, psicológico, fisioterápico e cuidados especiais ao longo da vida. A maioria das mulheres contaminadas possui pouca escolaridade e pertence a classes sociais menos favorecidas. Além das dificuldades de criar um filho com desordens neurológicas, na maioria das vezes essas mulheres não podem contar com atendimento de saúde adequado, tendo em vista as atuais condições do sistema de saúde pública no Brasil.

Para além do sofrimento físico e psíquico a que a mulher está sujeita nos casos de diagnóstico confirmando a microcefalia do feto, é importante considerar a tese de que não haveria ainda vida humana até o terceiro mês de gestação.

O caso em análise envolve conflito de direitos fundamentais, que deve ser equalizado com o uso da ponderação entre o direito à vida do nascituro e a autonomia e os direitos reprodutivos da mulher. Nessa seara, em decorrência do princípio da proporcionalidade, a doutrina recomenda que se deva evitar ao máximo a aniquilação de um direito em razão da salvaguarda de outro.

Se de um lado, resta evidente a importância da proteção do direito à vida, sem a qual os outros direitos fundamentais não subsistem, não se podendo negligenciar inclusive a proteção à vida intrauterina, por outro, é preciso equilibrar esse direito com os direitos da mulher gestante no tocante à sua autonomia e seus direitos reprodutivos.

Em face do direito de autonomia reprodutiva da mulher discute-se a possibilidade da mesma exercer poder de escolha sobre a continuação da gravidez nesse caso. O direito à vida do nascituro está no outro lado dessa questão, sendo que o princípio da proporcionalidade deve ser o balizador da colisão de conflitos fundamentais, atuando como fiel da balança.

Na busca pelo equilíbrio e ponderação, é conveniente analisar o direito comparado. Em diversos países centrais, mais desenvolvidos, como França, Alemanha e Bélgica não se criminaliza a interrupção da gravidez se praticada até o terceiro mês de gestação, sobretudo, por se considerar que nesse período não há funcionamento do cérebro, o que faz com que o feto desenvolva racionalidade, que é uma marca da vida humana.

Nessa linha de reflexão, a proteção do nascituro pode ser considerada progressiva, sendo menor no início da gestação, mas aumenta conforme avança o estágio do desenvolvimento do feto, não sendo, portanto, negligenciada. De outro lado, os direitos da mulher em termos de autonomia e direitos reprodutivos são maiores no início da gestação, no período em que não há reflexos cerebrais no feto, contudo, posteriormente, eles cedem em razão da sobreposição do direito à vida do nascituro.

Essa poderia ser uma forma de equilibrar ambos os direitos, sem aniquilar totalmente nenhum deles. Tal solução já foi adotada em diversos países e poderia inspirar o Direito brasileiro no sentido de garantir a proteção da vida intrauterina e também os direitos fundamentais da mulher.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Liliane Lopes. **A Determinação do Início da Vida: Ciência versus Direito**. Revista Tempus Actas Saúde Coletiva, p. 115-131, 2013. Disponível em: <<http://www.tempusactas.unb.br/index.php/tempus/article/download/1279/1116>>. Acesso em: 14 jun. 2019.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial. 2 vol. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. STF. **ADPF 54**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 14 jun. 2019.
- BRASIL. STF. **ADI 5581**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=50>>. Acesso em: 14 jun. 2019.
- BRASIL, STF. **HC 124.306**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>>. Acesso em: 14 jun. 2019.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal 2**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CNS. **Conselho Nacional de Saúde**. Resolução n. 348. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/reso_05.htm>. Acesso em: 23 jun. 2019.

- COSTA, Raphael Mendonça; GIOLO JÚNIOR, Cildo. **Teorias Jurídicas acerca do Início da Vida Humana**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca. v.10, n.2. 2015. Disponível em: < <https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/291>>. Acesso em: 4 jun 2019.
- ESTEFAN, André. **Curso de Direito Penal**: Parte Especial. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2017.
- FRANCO, Fábio Luiz; OLIVEIRA, José Sebastião de. **O nascituro e o início da vida**. Revista Jurídica Cesumar, v. 7, n. 1, p. 241-249, jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/525/383>>. Acesso em: 22 maio 2019.
- GALLI, Beatriz; DESLANDES, Suely. **Ameaças de retrocesso nas políticas de saúde sexual e reprodutiva no Brasil em tempos de epidemia de Zika**. Cadernos de Saúde Pública, Rio de Janeiro, p.1-3, abr. 2016. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2016000400301>. Acesso em: 04 jun. 2019.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017
- CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.
- HENRIQUES, Cláudio M. P.; DUARTE, Elisete; GARCIA, Leila P. **Desafios para o enfrentamento da epidemia de microcefalia**. Revista Epidemiol: Epidemiologia e Serviços de Saúde. Brasília, -vol. 25, jan-mar, 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2237-96222016000100007. Acesso em: 10 jun. 2019.
- LÖWY, Ilana. **Zika and Microcephaly: can we learn from history?** Physis. Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, vol. 26, 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312016000100011>. Acesso em: 14 jul. 2019.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Boletim Epidemiológico**. 2015. Disponível em: <<http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2015/dezembro/02/2015-046---Microcefalia----02.12.15.pdf>>. Acesso em: 6 jun. 2019.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Microcefalia: causas, sintomas, tratamento e prevenção**. 2019. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br/saude-de-a-z/microcefalia>>. Acesso em: 23 jun. 2019.

NETO, Manoel Jorge e Silva. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

OPAS. Organização Pan-Americana de Saúde. **Organização Mundial da Saúde anuncia** emergência de saúde pública de importância internacional. Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=4991:organizacao-mundial-da-saude-anuncia-emergencia-de-saude-publica-de-importancia-internacional&Itemid=812>. Acesso em: 14 jul. 2019.

SARMENTO, Daniel. **Legalização do Aborto e Constituição**. 2005. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-sexuais-e-reprodutivos/aborto/legalizacao_do_aborto_e_constituicao_daniel_sarmento.pdf/view>. Acesso em: 14 jul. 2019.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo : Saraiva, 2017.

ACESSO DOS HIPOSSUFICIENTES AO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Monize Melo da Silva Chaves

Vania Maria do Perpétuo Socorro Marques Marinho

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Tendo sido, a autotutela, há muito abandonada, e passando a responsabilidade pela solução de litígios a um outro responsável que não os próprios particulares, percebe-se uma evolução quanto às formas de solução de conflitos, atribuindo-lhe algumas regras, outrora, simples e efêmeras, atualmente cheias de tecnicidade e intransponibilidade, como é o caso dos direitos fundamentais inerentes ao processo.

A evolução do sistema processual exigiu que algumas regras fossem seguidas para a melhor efetividade do processo. Posteriormente, essas normas tornaram-se direitos de todos os litigantes para que a proteção dos direitos se desse de maneira equânime e não ao bel prazer do Estado.

Reconhecido o Estado Democrático de Direito na Constituição Federal de 1988, o Brasil determina que o acesso ao processo justo ou devido processo legal é um direito fundamental de todas as pessoas, sob o manto da isonomia, ou seja, todas as pessoas tem o direito ao devido processo legal. Entretanto, a sociedade brasileira possui uma população com vários problemas, tanto sociais, culturais quanto econômicos que os impede ou dificulta o efetivo acesso, aos seus direitos, quanto o direito do próprio acesso ao processo para reparar eventual violação destes. Desta modo, ao Estado criar mecanismos que possibilitem a efetivação deste direito de acessar o Judiciário, independente de suas dificuldades.

O objetivo deste trabalho é conhecer a importância do direito ao processo em sentido lato, traçando um paralelo entre as dificuldades existentes quanto o acesso a este e as formas de dirimir eventuais barreiras essa que foram concebidas pelo Estado, a fim de dar efetividade aos direitos fundamentais insertos na Constituição.

2. ESBOÇO HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PROCESSO

A prática de resolver litígios está vinculada ao ser humano desde os primórdios da sociedade. A autotutela foi a primeira forma de resolução dos problemas humanos, quando os próprios particulares envolvidos no conflito encontravam uma forma de solucioná-lo, não importando se esta era a melhor forma para ambas as partes .

Por ser modo falho e muitas vezes insensato de resolver problemas percebeu-se, então, a necessidade da intervenção de um terceiro para resolução dos conflitos, concebendo-se, regras a serem seguidas. Todavia, haviam situações que demandavam a intervenção do Estado para sua solução, e com o passar do tempo, a estas responsabilidades englobaram-se todas.

Com o advento da era moderna o processo civil passa a ser visto como o meio de alcançar a paz social e cumprir com a vontade da lei, colocando nas mãos do Juiz maiores poderes dentro do processo, que “antes era levado ao progresso pela vontade das partes em decorrência do estado liberal, desta forma o destino do processo era dominado pelas partes”. (JUNIOR,2016) . Esse ideal liberal não só atrapalhava o bom andamento do processo, por nem sempre a parte estar empenhada em ver seu processo findado, como também afastava os mais necessitados de grandes processos, uma vez que sua escassez de recursos lhe impossibilitava produzir boas provas.

O Estado Democrático de Direito por meio do neoconstitucionalismo passou a vincular o direito processual ao direito material, mostrando que a característica principal do processo era dar efetividade aos direitos subjetivos que foram lesados ou ameaçados. Também impôs a inserção dos princípios básicos do processo no rol de direitos e garantias fundamentais: “As partes, inseridas em um sistema baseado na democracia participativa,

participam do processo com direito a influir na formação do provimento judicial”(JUNIOR, 2016)

Apesar da Constituição anterior, já ter em seu corpo normativo regras sobre direito processual, a atual Constituição , sob a influência do neo-constitucionalismo e dos impactos decorrentes do regime militar, torna a tutelar os direitos processuais no seu artigo 5º que dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais, acobertando-os com a intangibilidade, transformando-os em cláusula pétrea.

A Constituição brasileira buscou atender um ideal de justiça que visasse a pluralidade cultural. Os constituintes buscaram participar de um processo de renovação do Estado Democrático, e também “conferir à Constituição uma estrutura comprometida com a construção histórica da sociedade, fazendo identificar o ideal de compromisso com a comunidade”.(ROCHA,GUEDES, 2011)

Cabe ao Estado não apenas tutelar direitos fundamentais, como também dar-lhes efetividade. O direito ao devido processo legal é, com certeza, um avanço à segurança de que as pessoas não terão seus direitos violados sem uma resposta, não importando a que grupo social pertençam, ter direito ao processo é assegurar não só este, mas também todos os outros direitos ,devendo o Estado assumir o dever de prestá-los como assevera José Afonso da Silva:

“As garantias constitucionais especiais são normas que conferem, aos titulares dos direitos fundamentais, meios, técnicas,instrumentos ou procedimentos para impor o respeito e a exigibilidade de seus direito. Nesse sentido, essas garantias não são um fim em si mesmas, mas instrumentos para a tutela de um direito principal. Estão a serviço dos direitos fundamentais, que, ao contrário, são um fim em si mesmo, na medida em que constituem um conjunto de faculdades e prerrogativas que asseguram vantagens e benefícios diretos imediatos a seu titular.”(SILVA,2008)

3.O DIREITO FUNDAMENTAL AO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal assegura que: ninguém será privado da liberdade ou dos seus bens sem o devido processo legal.

Entende-se, que houve um grande salto quando se trata de direitos fundamentais no âmbito processual, passando-se de um Estado inerte a um Estado preocupado com as finalidades e o andamento do processo, onde lhe é cometido o poder/dever de conduzir e concluir através de uma sentença justa às partes.

Dessa forma, além de tratar de um justo processo faz-se mister entender como ele se desenvolve, embora não seja este o escopo deste artigo, de modo a propiciar ao “hipossuficiente “ em busca de seus direitos processuais consiga entender como esse serviço lhe deve ser prestado.

3.1 O devido processo legal

O inciso inicialmente mencionado “é a sede do princípio do devido processo legal, partindo dele todos os demais princípios do processo”(-MELO,2004).

Vale salientar o pensamento da jurista Márcia Ignácio:

“Insiste-se que o devido processo legal é garantia inafastável do Estado Democrático de Direito. E é pela observância e respeito às garantias fundamentais ao processo que a tutela jurisdicional se fará efetiva. Por acesso à justiça universal conclui-se que não se pode restringi-lo à possibilidade e meios de busca da tutela dos direitos, mas também pela prestação jurisdicional adequada. Assim, entende-se que provocar o exercício da função jurisdicional, na busca da tutela adequada, devendo ser assegurado a participação na formação da decisão. Este direito deve ser exercido perante um juiz imparcial e ativo, que propicie aos sujeitos envolvidos, o direito de ser ouvido e influir no provimento final. Para tanto atuará na causa um juiz legalmente competente.” (ROSA,2010)

Desta forma, ao destacarmos alguns princípios direcionaremos o estudo demonstrando caber ao Estado na tutela direitos fundamentais dar-lhes efetividade através do devido processo legal.

3.2 Contraditório

Na Constituição o inciso LV do art. 5 garante que: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”(BRASIL,1988)

Maria Ignácio explica que “por contraditório entende-se que o processo desenvolva-se de forma democrática, pela dialética travada entre os sujeitos demandantes.”(ROSA,2010) Valendo ressaltar também o pensamento do autor Rosemiro Pereira, ensina que “não havendo o contraditório o processo despe-se de sua base democrática jurídica-principiológica pelo bel-prazer do arbítrio do magistrado”.(LEAL,2005)

3.3 Ampla defesa

Ampla defesa é uma consequência do contraditório e do princípio da isonomia. Por ampla defesa entende-se “o direito de poder defender-se de alegações feitas pela parte contrária dentro de um determinado período de tempo suficiente para sua efetiva realização.”(DIDIER,2002)

No mesmo sentido, Leonardo Greco elucidada:

“As partes ou os interessados na administração da Justiça devem ter o direito de apresentar todas as alegações, propor e produzir todas as provas que, a seu juízo, possam militar a favor do acolhimento da sua pretensão ou do não acolhimento da postulação do seu adversário. Esse direito abrange tanto o direito à auto-defesa quanto à defesa técnica por um advogado habilitado, e também o direito a não ser prejudicado no seu exercício por obstáculos alheios à sua vontade ou pela dificuldade de acesso às provas de suas alegações. A ampla defesa é por si mesma uma garantia genérica que se concretiza em muitas outras (...)”.(GRECO,2016)

3.4 Juiz natural e Imparcial

A Constituição afirma, no inciso XXXVII do art.5º que “não haverá juízo ou tribunal de exceção”(BRASIL,1988) e também no inciso LIII

do mesmo artigo que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (BRASIL,1988) apresentando, desta forma, que, ao litigar em um processo, é assegurado às partes um juiz com plenas capacidades concedidas pelo Estado para julgar o caso.

Todos tem direito a ter seu caso julgado por um juiz instituído legalmente ante a ocorrência dos fatos que originaram a demanda do processo, este juiz “deve ser definido, abstratamente pelo legislador para julgar todos os casos da mesma espécie e não por um juiz discricionário”. (GRECO,2016)

Desta forma, percebe-se que para se ter uma tutela processual dentro da legalidade, além de ter um Juiz destinado pelo Estado ao processo, este deverá também estar desinteressado na causa a ser julgada. O interesse do Juiz deve ser unicamente em julgar, de acordo com a legalidade procedimental e dirigir o processo ao fim, mas nunca deverá estar interessado na causa a ser julgada, muito menos beneficiar-se através dela.

O Código de Processo Civil, cuidando da imparcialidade do juiz, determina, em seus artigos 144 e 145 formas de impedimento e suspeição respectivamente,devendo aquela, por ser entendida como de total comprometimento da imparcialidade do juiz, declarada de ofício, e a outra mediante alegação de uma das partes.

3.5 Duração razoável do processo

É de notório saber que um dos grandes problemas da Justiça é grande demanda e a falta de agilidade processual, seja por falta de funcionários, seja pela tecnicidade processual ou por falta de eficiência daqueles que fazem a máquina judiciária se movimentar.A morosidade do processo muitas vezes acaba por inibir o acesso ao judiciário, e, desta maneira, deixam seus direitos serem violados.

Esse princípio é um dos mais discutidos entre doutrinadores e operadores do Direito pois sempre surge o questionamento: o que seria a duração razoável do processo? Sendo assim, Carvalho Dias explana, que para atender a um tempo razoável existem 3 variáveis a serem visadas: “a complexidade das questões de fato e de direito a serem analisadas no caso concreto, o comportamento das partes e de seus procuradores no processo e a atuação dos órgãos jurisdicionais.”(DIAS,2004) Vendo desta forma, a

duração razoável do processo seria o tempo necessário e eficaz para alcançar a resolução da lide de acordo com cada processo.

3.6 Paridade de armas

O art.7º Código de Processo Civil estabelece : “É assegurado às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”(BRASIL,2015)

As partes devem ser tratadas igualmente, de maneira que possuam a mesma capacidade de chegar ao resultado justo. No entanto, essa igualdade não pode prejudicar àqueles que possuem menos capacidades, como, por exemplo, o caso de uma pessoa que não possui recursos financeiros, mas pretende litigar para encontrar a salvo seus direitos, esta deve ter meios cedidos pelo Estado para que consiga alcançá-lo.

4. ACESSO DO HIPOSSUFICIENTE AO PROCESSO

Assim, através dos pontos anteriormente tratados, entende-se que a igualdade é um direito fundamental. Logo no caput do art.5º da Constituição este direito é declarado “todos são iguais perante a lei”, mas esta igualdade não pode firmar-se em si mesma em vista de uma sociedade totalmente desigual, necessário desenvolver meios pelos quais as pessoas com maiores dificuldades consigam alcançar seus objetivos sem que as diferenças a elas impostas lhes impeçam.

O juiz José Renato Naline assevera que:

“O movimento do acesso à justiça é uma solução de compromisso. O aspecto normativo do direito não é renegado, mas enfatizado como elemento de extrema importância. É condição necessária ao conhecimento do fenômeno jurídico, mas não suficiente à sua compreensão total. O direito é norma, todavia não se contem todo na positividade.” (NALINE,2000)

4.1 Das dificuldades do acesso à justiça

Apesar da importância da ação do Estado para prestação jurídica ”o Direito adjetivo ainda encontra uma certa barreira para alcançar à sociedade de forma uniforme devido aos problemas pelos quais é rodeado o processo.” (MENDES, GONET,2015)

4.1.1 Problemas sócio-culturais

Uma das causas que dificultam o acesso à justiça, pode ser imputada a parte ao próprio desconhecimento do direito material objeto do litígio, principalmente, no caso de pessoas que vivem mais afastadas dos grandes centros urbanos tem maiores dificuldades de reconhecer seus direitos, a maioria delas mal conseguem, escrever seu nome, quiçá identificar um direito violado .

Este pensamento se coaduna com o que expressa Donaldo Armelin:

“É verdadeiro truísmo afirmar que este país que apresenta diferentes estágios de desenvolvimento, conforme as suas variadas regiões.O subdesenvolvimento com as suas seqüelas, como o analfabetismo e ignorância e outras, campeia com maior ou menor intensidade nos variados quadrantes do Brasil.Iso implica reconhecer que em certas regiões o acesso à justiça não chega sequer a ser reclamado por desconhecimento de direitos individuais e coletivos.” (ARMELIN,1989)

Se é verdade que a maioria desses problemas nascem a partir de uma população que ignora a busca pelo conhecimento de seus direitos, por outro é importante salientar que tal se dá não por falta de interesse, mas, muitas vezes, por não ter acesso aos direitos que lhes são reservados. Como já pontuado, as altas taxas de analfabetismo no Brasil ainda persistem, embora venham diminuindo em razão das prestações sociais para efetivação do direito fundamental à educação.

Deve-se atentar que “a falta de conhecimento dos direitos também ocorre pela falta de políticas públicas de divulgação ou até mesmo da eficácia de alguns meios já utilizados como é o caso de jornais escritos, revistas e principalmente rádios e televisões.”(ANDRADE,2007)

É importante evidenciar que as pessoas com maior grau de instrução tem mais facilidade de entender e buscar seus direitos dado que a justiça utiliza ainda hoje termos muito técnicos e formais o que causa um impacto à população, fazendo com que “muitas vezes os menos escolarizados não sejam capazes de perceber que determinado problema tem amparo jurídico.” (COSTA,2012)

É de nesta mesma linha de pensamento que Maura Cappelletti trata esse assunto:

“Num primeiro nível está a questão de reconhecer a existência de um direito juridicamente exigível. Essa barreira fundamental é especialmente séria para os despossuídos, mas não afeta apenas aos pobres. Ela diz respeito a toda população em muitos tipos de conflitos que envolvem direitos. Observei recentemente o professor Leon Mayhew Existe um conjunto de interesses e problemas potenciais; alguns são percebidos de forma pouco clara, ou de todo despercebidos ” (CAPELLETTI, GARTH,1988)

Percebe-se então que além da própria falta de comunicação a forma de comunicação de tais direitos é muitas vezes uma forma de afastar as pessoas, principalmente os menos letrados, da efetiva proteção jurisdicional , portanto, de forma analógica, pode-se dizer que: assim como o médico não deve falar com os pacientes pro em linguagem técnica e exigir o seu total entendimento, da mesma forma não pode o judiciário exacerbar em linguagem rebuscada em seus processos e procedimentos e querer ser compreendido por todas as classes sociais.

E, talvez, por ser assim tão complicado que o próprio judiciário acaba se afastando de algumas classes sociais, como se o judiciário estivesse acima de seu alcance.f

Em sua obra acesso à justiça Capelleti , assim se pronuncia acerca do tema:

“A doutrina esclarece a cerca do distanciamento pelo povo, dos órgãos estatais, demonstrando o distanciamento característicos aos órgãos responsáveis pela promoção da justiça sendo que os procedimentos complicados, formalismo, ambientes que intimidam, como

os tribunais, juízes e advogados, são figuras tidas como opressoras, fazem com que o litigante se sinta perdido, um prisioneiro num mundo estranho.”(CAPELLETTI, GARTH, 1988)

É importante entender que as autoridades devem estar próximas das classes mais carentes pois é a partir do contato com a realidade destas que poderá viabilizar a solução das carências e incluindo-as de fato na sociedade.

4.1.2 Problemas econômicos

O Brasil é um país com uma grande desigualdade econômica, sendo que uma minoria controla uma grande massa econômica, desta forma fica fácil entender quão maléfico pode ser essa má distribuição para o efetivo acesso à justiça.

“Aquele que possui uma capacidade aquisitiva maior tem mais condições de arcar com as custas processuais, poder gastar com provas mais caras e também mais eficientes e gastar com um defensor de maior renome perante a sociedade jurídica” (SOUZA,2003), fazendo com que dessa forma consiga com maior facilidade alcançar o objetivo da causa.

“A resolução formal de litígios é muito cara nas sociedades modernas apesar do Estado proporcionar parte dos recursos necessários para a efetivação da justiça os envolvidos no processo precisam ainda desembolsar com alguns custos necessários ao processo”(CAPELLETTI, GARTH, 1988), que nem sempre são os mais baratos, incluindo os honorários advocatícios e algumas custas judiciais.

Ao falar das custas judiciais Carlos Augusto assim se manifesta:

“Em se tratando da existência de custas (ou custas processuais” ou ainda no termo mais amplo “despesas processuais”), é flagrante a distância que aquelas impõe às camadas mais baixas da sociedade, financeiramente tratando, pois poucas são as pessoas que têm condição de pagar valores necessários para ingressar judicialmente, Como exemplos podem ser citados sem ações de divórcio, de separação judicial ou de alimentos que “deságuam” às dezenas no setor de distribuição do Fórum. Dependendo do chamado “valor da causa” poderão as custas iniciais chegar a um salário mínimo. Quer dizer, a parte interessada terá que desembolsar de imediato

quase quatrocentos reais. Levando-se em consideração que a imensa maioria das pessoas que tem emprego (pois muitas delas não tem), percebem apenas este mesmo salário mínimo “capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social(...)”, logo, ficará difícil para pagar, haja vista que o que ganha em mês terá que desembolsar para pagar somente uma despesa processual.” (ANDRADE,2007)

É perceptível o quanto o fator econômico pode afastar os hipossuficientes da proteção do judiciário. Considerando Tendo esse entendimento, “o Estado necessitará trabalhar positivamente visando atender às classes mais necessitadas da sociedade, de maneira a igualá-los economicamente visando dar acesso à justiça aos mais carentes, efetivando assim as normas constitucionais.”(COSTA,2012)

4.2 Do acesso à justiça

Analisamos até aqui as dificuldades de acesso do hipossuficiente ao justo processo, a partir de então trataremos das formas que o Estado pode valer-se para incluir-los na proteção do Judiciário.

4.2.1 Educação e informação

Como já visto um dos grandes problemas que impedem o acesso das pessoas à resolução da lide por meio do judiciário é o próprio desconhecimento de seus direitos, portanto, criar medidas para educar o cidadão para que ele se torne um conhecedor dos seus direitos é de grandíssima relevância.

Sobre esse assunto Capelletti e Garth afirmam que “num primeiro nível está a questão fundamental de reconhecer a existência de um direito juridicamente exigível. Essa barreira fundamental é especialmente fundamental aos despossuídos, mas não afeta somente aos pobres.”(CAPELLETTI,GARTH,1988) Entende-se, dessa forma, que até mesmo aqueles que possuem riqueza monetária podem não reconhecer seus direitos, por falta de meios mais acessíveis.

Portanto, gritante é a necessidade de espalhar o conhecimento jurídico aos cidadãos:

Medidas como reformulação de currículos escolares com implementação de disciplinas da área jurídica, distribuição de folhetos à população que explanassem sobre a importância da Constituição e dos direitos e garantias fundamentais, palestras em escolas e locais públicos feitos por agentes públicos ou estudiosos dos direitos, são formas de educar a sociedade sobre seus próprios direitos. (AVILA, NETO, PIMENTA, 2015)

Outro meio para disseminar o conhecimento jurídico de forma mais ampla é pelos meios de comunicação mais conhecidos e acessíveis no dia a dia das pessoas, como, por exemplo, o uso de rádios, televisões e até mesmo as redes sociais mais conhecidas e utilizadas.

Há também a necessidade de simplificação do Direito, “o direito torna-se mais acessível às pessoas comuns se a lei for mais clara e objetiva, de tal forma faz-se necessário também que o próprio movimento de acesso à justiça ser mais fácil e inteligível facilitando, assim, o acesso dos remédios jurídicos.” (CAPELLETTI, GARTH, 1988)

4.2.2 Assistência jurídica integral e gratuita

Ao tratar sobre as dificuldades de acesso das pessoas ao processo, percebe-se que outra grande problemática encontrada são as custas judiciais. As custas judiciais muitas vezes fazem com que os menos favorecidos não procurem seus direitos junto à Justiça porque simplesmente não conseguem arcar com as custas que isso lhes traria. A Constituição de 88 trouxe, em seu corpo normativo, regras que buscam sanar esse problema.

O art.5º, inciso LXXIV, da Constituição determina que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;”.

Entende-se por assistência jurídica pelos ensinamentos de Ruy Barbosa:

“Assistência Jurídica significa não só a “assistência judiciária” que consiste em atos de estar em juízo de onde vem a justiça gratuita, mas também a pré-judiciária e a extrajudicial ou extrajudiciária. A pretensão da Carta é ampla, não se concentra nos atos do processo, da demanda, do litígio, etc. “Assistência Jurídica” compreende o

universo, isto é, o gênero, da qual é parte a “assistência judiciária”, eis que nem toda “assistência judiciária” é, necessariamente, “assistência jurídica”, vez que aquela pode se dar fora do juízo e esta sempre é em juízo. A partir da Constituição de 1988, os carentes, no sentido jurídico do termo, fazem jus à dispensa de pagamento e à prestação de serviços, não apenas na esfera judicial, mas em todo o campo dos atos jurídicos. Na franquia estão também incluídos: a instauração e movimentação de processos administrativos, perante quaisquer outros de natureza jurídica praticados extrajudicialmente; a prestação de serviços de consultoria, isto é, de informação e aconselhamento em assuntos jurídicos, tanto para indivíduos, como para coletividade”(BARBOSA, 1998)

Fica claro que assistência jurídica não trata apenas de assistência judiciária, que propõe o objetivo de isentar o hipossuficiente das despesas advindas do processo, entende-se que ela abrange também serviços jurídicos de consulta, ao hipossuficiente, que lhe assegure a dignidade e a cidadania, desta forma o Estado estará assegurando a proteção social do necessitado.

Existe e vale ressaltar também a diferença entre assistência judiciária e a justiça gratuita, sobre esse assunto José Cretella Junior preleciona:

“Denomina-se assistência judiciária o auxílio que o Estado oferece – agora obrigatoriamente – ao que se encontra em situação de miserabilidade, dispensando-o das despesas e providenciando-lhe defensor, em juízo. A lei de organização judiciária determina qual o Juiz competente para a assistência judiciária; para deferir ou indeferir o benefício da justiça gratuita, competente é o próprio Juiz da causa. A assistência judiciária abrange todos os atos que concorram, de qualquer modo, para o conhecimento da justiça – certidões de tabeliães, por exemplo –, ao passo que o benefício da justiça gratuita é circunscrito aos processos, incluída a preparação da prova e as cautelares. O requerente, antes de entrar com a ação, em juízo, deverá solicitar a assistência judiciária.” (JUNIOR, 2000)

Foi para dar efetivação ao direito de acesso à justiça que a Constituição de 1988 trouxe, em seu capítulo IV, que trata sobre funções essenciais

à justiça, mais precisamente na seção IV, a figura da Defensoria pública a quem é cometida tal função, nos termos do art.134:

“A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função 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 LXXIV⁶⁸ do art.5º desta Constituição Federal.”

A Defensoria é destinada a garantir o acesso jurídico àqueles que não podem arcar com um advogado, sendo esta sua função típica. Todavia, há vezes em que a Defensoria terá que atuar independentemente da pessoa a quem prestará serviços seja ou não hipossuficiente, esses casos são aqueles em que um réu não constitui advogado, outras vezes para defender direitos coletivos daqueles que são mais fracos nas relações processuais, por exemplo o consumidor, ou ainda em ação civil pública e nos casos de curatela especial.

É importante, ao tratar desse assunto, salientar algumas peculiaridades sobre tal instituição que possui destino tão relevante. A Defensoria Pública não faz parte de nenhum dos poderes, apesar de ligada ao Poder Executivo, ela, assim como o Ministério Público, possui autonomia, representando assim uma estrutura à parte. Por ser uma instituição essencial à Justiça os Defensores Públicos detêm um cargo político e não somente técnico-jurídico uma vez que possuem remuneração diferenciada e própria.

Outro ponto a salientar sobre a defensoria pública é que a advocacia fora das atribuições institucionais é proibida aos Defensores, uma vez que se necessita que estes agentes públicos estejam totalmente engajados em prol das causas dos hipossuficientes, não se desgastando com lides extras. A remuneração dos defensores públicos é feita pelo Estado em “subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória (...)”.(BRASIL, 1988)

68 Art. 5º, LXXIV: O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

4.2.3 Juizados Especiais

Outras forma de garantir acesso à justiça de forma mais rápida e simples seria através dos juizados especiais inicialmente criados pela Lei n° 7.244/84 chamados de “Juizado de pequenas causas” depois transformados em “Juizados Especiais Cíveis e Criminais” pela lei n° 9.099/95 cuja “premissa era desafogar os fóruns de processos de menor complexidade garantiu um maior acesso das pessoas à justiça.”(ANDRADE, 2007)

Os juizados especiais são um importante meio de dar acesso à justiça a quem nunca teve. “Pelo Brasil existem muitos acordos de custas baixas com pagamento em parcelas, reclamações sobre coisas que, apesar de simples, poderiam interferir diretamente no judiciário.”(BARCELLAR,1999)

Percebe-se, então, que com os juizados especiais a sociedade ganha de duas formas: a primeira é com um acesso à resoluções de lide mais simples e com menos gastos, e a segunda é pela melhora do judiciário, uma vez que com problemas sendo resolvidos de formas alternativas o judiciário tende a ficar menosabarrotado. Propicia-se destarte ,tanto que os processos mais complexos se resolvam de forma mais célere, uma vez que os mais simples tramitarão em outro foro, como o Estado cumpre o seu papel intervindo nas lides e dando-lhes soluções justas, rápidas e mais econômicas.

Muitas medidas foram e vem sendo implementadas na busca de melhorar a assistência judiciária, e deste modo, contribuir para que as barreiras ao acesso à justiça começassem a ceder, propiciando aos hipossuficientes maior acesso à proteção do Estado Juiz.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou verificar os principais problemas dos hipossuficientes ao acesso do processo justo, buscando analisar vários setores onde esses problemas se encontram e contornando essas problemáticas através de alternativas que são reconhecidas pelo Estado.

Dos tempos mais antigos até o presente muito já se caminhou para cumprir os direitos dos cidadãos mais carentes da sociedade, entretanto, muito ainda há de se fazer para que o acesso e a proteção dos direitos e

garantias fundamentais, quais a Constituição Federal concede e dá relevância, chegue a todos. Os meios para essa realização são os mais variáveis, às vezes, podem custar caro as cofres públicos, mas nada que não se possa fazer para conceder aos cidadãos os que lhes é de direito, porque muito mais caro medidas para a justa execução judicial é ter uma sociedade na qual maior parte da população não possui acesso à justiça por falta de renda, por falta de conhecimento ou por falta de pessoas destinada a prestar-lhes um serviço de qualidade e com eficiência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANAFALBETISMO ainda atinge 27% dos brasileiros e desafios são grandes. Globo.com, 15 feb. 2016. Disponível em:<<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2016/02/analfabetismo-ainda-atinge-27-dos-brasileiros-e-desafios-sao-grandes.htm>>. acesso em: 20/11/ 2016.

ANDRADE, Carlos Augusto Medeiros de. **Acesso à justiça no Brasil: obstáculo e instrumentos garantidores.** Ceará: THEMIS. v.5. n.1. 2007

ÁVILA, Flávia de; NETO, José Querino Tavares; PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Acesso à Justiça.** Florianópolis: CONPEDI, 2015

BACELLAR, Roberto Portugal. **A mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução de conflitos.** São Paulo: Revista de Processo, n.95,v.24.1999

BARBOSA, Ruy Pereira. **Assistência Jurídica.** 1º ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 7 de nov. de 2016.

DIDIER JÚNIOR. Fredie. **Curso de direito processual civil,** v. I, Salvador: Podivm, 2007.

GRECO, Leonardo. **Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo**. Disponível no site: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15708-15709-1-PB.pdf>>. Acesso em 7 de set. de 2016.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thompson, 2005.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Assistência Jurídica**, Assistência judiciária e Justiça Gratuita. 1º ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MELO, Raimundo Simão de. **Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho**. 2º ed., São Paulo: LTF, 2004

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10º Ed. São Paulo: Saraiva. 2015

NALINE, José Renato. **O juiz e o acesso à Justiça**. 2º ed., São Paulo: Atlas, 2000.

NO Brasil, 10% mais ricos ganham cerca 17,6 vezes mais que os 40% mais pobres, aponta IBGE. Globo.com.br, 5, dez., 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/12/05/no-brasil-10-mais-ricos-ganham-cerca-de-176-vezes-mais-que-os-40-mais-pobres-aponta-ibge.ghtml>> Acesso em : 16/08/2019.

ROCHA, Eliana Pires; GUEDES, Jefferson Carús. **Direitos fundamentais e processo civil no Brasil: Algumas técnicas processuais compensatórias de desigualdades sociais e a proteção judicial dos direitos fundamentais**. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte. V. 19, n. 74. 2011. Disponível em : <www.agu.gov.br/page/download/index/id/2132351>

ROSA, Marcia Ignácio. **O direito ao processo justo como instrumento de realização do direito fundamental à tutela jurisdicional**. *Revista Legis Augustus*. Vol. 3, n. 1, 2010. Disponível no site: <http://apl.unisuam.edu.br/legis_augustus/pdf/ed1/Artigo_3.pdf>. Acesso em 7 de set. de 2016

SILVA, José Afonso da. ***Curso de Direito Constitucional positivo***, 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. **Assistência Jurídica: Integral e Gratuita**. São Paulo: Método. 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. (Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I.)

A DIFÍCIL TRAJETÓRIA DE MULHERES COM ENDOMETRIOSE: O ACESSO À SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

Paulo Alexandre de Souza São Bento

Carla Oliveira Shubert

Antonio da Silva Ribeiro

Natacha de Oliveira Brito São Bento

Overview sobre o tema

A endometriose (EDM) é uma doença crônica, de caráter progressivo, de etiologia imprecisa, com diagnóstico e tratamentos complexos e potencialmente invasivos. Afeta cerca de 70 milhões de mulheres em todo o mundo e, aproximadamente sete milhões de mulheres no Brasil. Possui baixa letalidade, mas elevadíssima morbidade, isto é, as complicações decorrentes da EDM podem ser inúmeras e inesperadas. Em geral, é sintomática e, dentre os sintomas, a dor crônica é o que mais se destaca, tanto pela intensidade como pela inadequação dos tratamentos propostos. A doença também pode afetar a vida sexual e reprodutiva, sendo uma das principais causas de infertilidade em mulheres (SÃO BENTO et al, 2018, 2017 e 2014; PODGAEC, 2014).

O manejo da EDM não é simples. A começar por um *delay* diagnóstico como um problema que afeta não somente o Brasil. As taxas de

atraso diagnóstico no Reino Unido chegam a 12 anos, ou seja, mais de uma década para se concluir uma investigação médica e dar nome a um mal que afeta um indivíduo, neste caso a mulher com EDM. Se para obter um diagnóstico esbarra-se em inúmeras dificuldades, há que se questionar outros entraves relacionados ao problema, entre eles o tratamento e, neste capítulo, a discussão sobre o acesso das mulheres aos serviços de saúde (SÃO BENTO, 2016; PODGAEC, 2014).

O que se traz à baila aqui é que o acesso é condição *sine qua non* para que a mulher inicie seu processo de buscar diagnóstico e tratamento adequados. Se não há acesso ou, quando há, é limitado, as mulheres ficam em uma espécie de ‘ponto cego’ do sistema de saúde e do cuidado de suas vidas. Neste sentido, refletir acesso à saúde é refletir direitos humanos básicos e fundamentais. A dificuldade da garantia deste direito às mulheres pode levar a que consequências? Não se tem respostas precisas, mas se podem trazer alguns alertas.

Um problema de saúde invisível: que garantias existem?

Talvez os leitores deste capítulo conheçam a EDM. Seja por mulheres que tenham a doença ou por conhecidos próximos. Mas isso não significa *visibilidade*, é apenas ter ciência de que ela existe. Diante de uma doença que possui potencial para afetar, enormemente, a vida de muitas mulheres, alguns questionamentos são pertinentes: a Política Pública de Atenção à Saúde das Mulheres, em seus princípios e diretrizes, reconhece esse problema? E as demais Políticas ou Programas governamentais? Se existe alguma visibilidade, desde quando surgiu? O movimento para torná-la visível é pauta do Estado ou emana das mulheres?

De pronto, ao ler os princípios e diretrizes da Política Pública de Atenção Integral à Saúde das Mulheres (PNAISM), em sua última versão, de 2011, verifica-se que não há nenhuma menção à EDM. Embora a Política vigente tenha reforçado a integralidade da atenção a esse público, ainda não alcançou as mulheres que vivem com EDM. Isto é, na perspectiva da política macro esse grupo é invisibilizado (BRASIL, 2011).

Podemos notar que a importância dada a esse grupo não se faz clara, considerando a ampla variedade de serviços que essas mulheres precisam, necessidades vindas como direito constitucional e que não se disponibiliza

nem nas políticas específicas para elas, como mencionado na Política Pública de Atenção à Saúde das Mulheres mencionada acima.

Ao se buscar a Portaria 4.297/2012 e o Plano de Ações Estratégicas para o Enfrentamento das Doenças Crônicas Não Transmissíveis 2011-2022, também não há referência à EDM, que é considerada uma doença crônica. No âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) foi lançada, em 2016, a Portaria nº 879 que trata do Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas da Endometriose. Assemelha-se a uma diretriz terapêutica de diagnóstico e tratamento da EDM, mas não se configura como uma Política Pública para o problema. Atem-se, especificamente, às questões biomédicas do problema e não tem a força da garantia de direitos para acesso, diagnóstico e tratamentos (BRASIL, 2016).

A negação à garantia desses direitos vem de encontro aos preceitos previstos em legislações prévias, que traz o acesso, diagnóstico e tratamento como um direito constitucional, fortalecido por deliberações posteriores como as Normas Operacionais Básicas em Saúde e o Pacto Pela Vida, que coloca o diagnóstico precoce das doenças crônicas e atenção à saúde da mulher como prioridades.

É preciso considerar o avanço que o Protocolo trouxe em termos da visibilidade da questão no SUS, mas é apenas um passo tímido diante da magnitude do problema, além de não ter trazido garantias ao exercício do direito de acesso ao atendimento médico adequado a fim de se obter diagnóstico e tratamento satisfatórios. Poucos são os serviços que ofertam agendas para o atendimento de mulheres com EDM e, diante desta escassez, a demanda é enorme. Cumpre ressaltar que é uma doença que exige profissional especialista, de difícil diagnóstico, com potencial para gerar comorbidades e com tratamentos complexos e caros.

Outra consideração importante faz-se na perspectiva do plano de gestão dos serviços de saúde e da forma como as redes de serviços de saúde conduzem essa comunicação entre si. Não se nota a presença de pactuações necessárias que visem à qualidade de vida da mulher vivendo com EDM, anulando assim a responsabilidade gestora, tão necessária a fim de garantir assistência a essa mulher, como notado em outras doenças crônicas.

O acesso à saúde enquanto um direito fundamental: o que estamos negando às mulheres com endometriose?

Em primeira análise, a mulher que vive com EDM já vive em um estado onde seus direitos fundamentais estão maculados. A afirmação está ancorada numa perspectiva ampliada do que se considera Direitos Humanos e Fundamentais e, para tanto, aqui está posicionada no concernente à Declaração Universal de Direitos Humanos e Fundamentais.

É uma doença com morbidade elevada e enorme potencial incapacitante. Fere individualidades, a relação com o coletivo em sociedade e, também, sua saúde sexual e reprodutiva. Pensando no Artigo III – “Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal” (ONU, 2009), cabe pensar a vida com EDM como uma vida de liberdades cerceadas pelas condições próprias da doença. Cumpre ressaltar que o direito à vida tem duas acepções amplamente aceitas no âmbito jurídico: uma negativa, que constitui verdadeiro direito de defesa à existência física do indivíduo, e uma positiva, diretamente relacionada à dignidade da pessoa humana e que demanda do Estado uma atuação positiva a fim de garantir a este indivíduo não só o seu direito de viver, mas de viver dignamente. Uma Tese de Doutorado aponta para mulheres que narram vidas limitadas e determinadas pelo curso deste processo de adoecimento, que não comprometem apenas funções orgânicas, mas sua sociabilidade em estar no mundo, privado ou público; relações afetivas com as pessoas; sexualidade etc. Mulheres que, em alguns casos, tem ideias suicidas ou que se suicidam por consequência da doença e o que dela advém (SÃO BENTO, 2016).

Não se pode esquecer que, além de uma afirmativa mundial de direitos humanos, temos esses direitos previstos em nossa Constituição na assertiva de que a Saúde possui conceito expandido enquanto direito e é reafirmado na legislação que procede ao surgimento do SUS. Um Sistema que deveria ter investimentos e gerenciamento garantidor de direitos e não segregador, como, lamentavelmente, ainda ocorre. A segregação ocorre quando não se considera um de seus princípios fundamentais - a integralidade da assistência - deixando a mulher a mercê de um sistema sem dispositivos assistenciais capazes de garantir não somente uma assistência biomédica como também psicossocial, considerando a magnitude

das modificações e necessidades que a EDM gera (tem o potencial de) ao longo da vida das mulheres.

Neste sentido, tendo em vista que a doença grave imputa às mulheres uma liberdade mediada, isso também tem reflexos no mundo do trabalho. O Artigo XXIII trata dos direitos nas questões do trabalho (ONU, 2009). Não é fácil conseguir trabalho e/ou manter-se nele quando diante de uma profissional que irá apresentar vários episódios de dor e desconforto. Mais do que isso, muitas vezes terá que se ausentar e/ou apresentar afastamentos médicos do trabalho.

Mulheres estudam para passar em concursos públicos em busca de estabilidade no trabalho e financeira; mulheres que optam por empreender em alguma atividade laborativa a ser exercida em casa; mulheres que solicitam apoio de suas chefias – algo que pode ser negado – em função de seus inúmeros afastamentos; mulheres que necessitam de ajustes escolares por conta de ausência nas aulas; ou seja, mulheres que estão, a todo tempo e custo, tentando manejar seu adocimento diante da vida do trabalho (SÃO BENTO, 2016).

Ao ler o Artigo XXV (1): “Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle” (ONU, 2009), fica nítido como esses diversos eixos da vida são negados às mulheres pelas consequências geradas por uma enfermidade. E na doença cumpre discutir o acesso, ou não, a serviços de saúde necessários ao manejo do problema para melhor qualidade de vida destas mulheres e, conseqüentemente, a minimização de feitos deletérios em suas vidas. A Declaração é clara e objetiva quando, no Artigo XXI (2) determina: “Todo ser humano tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país” (ONU, 2009).

O direito à saúde está previsto no art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), em seu Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo II – Dos Direitos Sociais. Sabendo-se que os direitos sociais são direitos fundamentais de 2ª Geração, conforme classificação do cientista político e jurista italiano Norberto Bobbio (2004), e que o §1º do art. 5º da CRFB/88 disciplina que as normas defi-

nidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, conclui-se que o legislador constituinte pátrio procurou se assegurar de que o direito à saúde não fosse tratado como mera norma programática, mas que, pelo contrário, o Poder Público tome todas as ações necessárias a fim de garantir o pleno exercício do direito em tela. É obrigação do Estado prover os serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Isto posto, é importante dizer que o direito das mulheres à saúde deve ser compreendido de forma integral, reconhecendo-as como indivíduos autônomos e ativos no cuidado de sua saúde, que merecem desfrutar de pleno acesso aos serviços de saúde.

No campo da saúde sexual e reprodutiva, existem muitas questões a serem discutidas, pois os direitos sexuais e reprodutivos abrangem o exercício da vivência da sexualidade sem constrangimento, direito de acesso a serviços de saúde que garantam privacidade, sigilo e atendimento de qualidade, maternidade voluntária e contracepção autodecidida e, por isso, é fundamental a garantia de acesso a serviços de saúde de qualidade.

Direitos Sexuais e Reprodutivos são, antes de tudo, Direitos Fundamentais, já reconhecidos em leis e outros dispositivos nacionais e internacionais. Não se pode falar em exercício pleno da cidadania sem que tais direitos sejam garantidos.

A PNAISM tem como um dos seus objetivos consolidar os avanços no campo dos direitos sexuais e dos direitos reprodutivos, garantindo planejamento reprodutivo, melhoria da atenção obstétrica, bem como a redução da morbimortalidade por causas previsíveis e evitáveis e o tratamento de doenças crônicas não transmissíveis, dentre outras ações (BRASIL, 2011).

É fundamental dizer que as políticas públicas de saúde vigentes asseguram o direito de todas as pessoas, inclusive mulheres, de se beneficiar de uma gama completa de serviços de saúde sexual e reprodutiva de qualidade, incluindo a informação, o aconselhamento em matéria de gravidez e esterilidade, o acesso a todos os métodos de regulação da natalidade e aos cuidados de saúde sexual e reprodutiva, bem como a continuidade na prestação de tais serviços. Além disso, os dispositivos legais, tais como a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida no âmbito do SUS (Portaria nº 426/GM, de 2005), asseguram a possibilidade de aceder aos serviços de saúde sexual e reprodutiva, incluindo casos de tratamento e prevenção de infertilidade (BRASIL, 2005).

Entretanto, considerando a magnitude e a complexidade da EDM, é comum que mulheres com este diagnóstico experimentem a peregrinação por atendimento especializado na rede pública de saúde bem como, pela busca de profissionais, serviços e tecnologias promotoras de bem-estar, tratamento adequado e eficaz (SÃO BENTO; MOREIRA, 2017). Em desalinho com o direito à saúde previsto na Carta Magna brasileira, com os Direitos Sexuais e Reprodutivos e com as Políticas Públicas de Saúde, o não acesso aos serviços de saúde, conduz ao diagnóstico tardio e ocasiona consequências, como a infertilidade, dentre tantas outras.

Ainda é importante dizer que, a dificuldade no atendimento em saúde de mulheres com EDM nos remete à questão da invisibilidade social da doença, bem como no campo das políticas públicas de saúde. Foi supradiscutido a invisibilidade nas (ainda que na Portaria n.º879, pois é específica para o manejo da doença e não para situações de vida que envolvam a vida com a enfermidade): PNAISM; Portaria 4.297/2012; Plano de Ações Estratégicas para o Enfrentamento das Doenças Crônicas Não Transmissíveis 2011–2022; Portaria nº 879; Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida; Política de Direitos Sexuais e Reprodutivos. A invisibilidade social da EDM está marcada nas sociedades e o *delay* diagnóstico para a doença é um marcador importante para evidenciar isso. Isto é, o campo onde não deveria ‘ignorar’ a doença – a medicina – possui dificuldades em reconhecê-la. Igualmente, como pensar essa questão quando ampliamos o (não) olhar para a população em geral.

São Bento (2016) encontrou narrativas de mulheres com EDM que são enfáticas neste aspecto – as pessoas desconhecem a doença e, quando conhecem, pouco sabem sobre ela. Essa triste realidade impõe uma vida de solidão existencial, pois até mesmo os que convivem com elas, com o passar do tempo, seguem na rasteira da banalização das consequências da doença ou se afastam de seu convívio. Principalmente para aquelas que tem uma doença que cursa com dor em elevado grau de intensidade. Le Breton (2013, p. 47) coloca que a doença crônica é um grande entrave à existência, nas palavras do próprio autor “A dor não é um fato fisiológico, mas um fato de existência. Não é o corpo que sofre e, sim, o indivíduo em sua totalidade”. E, de fato, é. É inequívoco que, minimamente, a garantia ao acesso é aspecto fundamental no que tange as mulheres com EDM.

O acesso aos serviços de saúde que deveriam ser garantidos na atenção primária deveria acolher essa mulher e não somente encaminhá-la para o serviço de média complexidade, uma vez que esta mulher não pode ser vista exclusivamente como a “portadora” de uma moléstia debilitante. Existe a necessidade de se considerar esta mulher como um Ser único e singular com diversas necessidades que, quando atendidas, garantem minimamente suas necessidades como mulher e não somente de mulher vivendo com EDM.

A falha de referenciamento na rede produz uma flutuação dessa mulher no sistema, fazendo que essa peregrinação em busca da assistência em saúde produza, entre outros sentimentos, a frustração do sucesso no tratamento.

Uma rede de serviços integrada minimamente permitiria essa mulher ser vista de forma ampla e com respeito produzindo acesso aos mínimos direitos constitucionais, como o acesso universal, a integralidade e a equidade.

Mulheres estão sofrENDO: um pensamento final

O debate no entorno dos direitos fundamentais de mulheres com EDM por uma vida digna, com acesso a consultas, tratamentos etc. ainda é pouco eficaz. É um campo de lutas, *locus* de reivindicações feministas. Não por menos que as mulheres com EDM começam, de inúmeras formas, a gerar ruídos sociais para que a população e os que estão nos espaços de poder e decisão ‘olhem’ para elas. Encontram-nas em redes sociais, capitaneando Marchas Regionais, com liderança nacional, dentro da Marcha Mundial pela Conscientização da Endometriose (EndoMarcha), idealizada pelo médico americano CamranNezhat, que, em 2019, teve sua terceira edição, no Brasil (Time Brasil), com a participação de 70 países. A Marcha já com data agendada para sua 7ª edição em 2020 que ocorrerá no dia 28 de março. A luta pelo reconhecimento de elementos simbólicos para tornar este problema visível: como o março e o laço amarelos.

Na busca pelo acesso ao serviço de saúde, a mulher com EDM precisa, muitas vezes, recorrer à via judicial e é neste momento que o papel do advogado se mostra decisivo para representar essa mulher e lutar para que seus direitos sejam exercidos, aliviando, assim, uma parte da sua penosa batalha contra a EDM. Os advogados e advogadas, ao receberam a

carteira da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), prestam juramento solene onde prometem, dentre outras coisas, observar os direitos humanos e a justiça social. Nesse diapasão, o célebre jurista uruguaio Eduardo Juan Couture, autor dos 10 mandamentos do advogado, entre os quais se destaca aquele que diz: “Teu dever é lutar pelo Direito, mas se um dia encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça”, lembra aos colegas de profissão, e não só a esses, mas também aos defensores públicos e membros do Ministério Público, seu importante papel na busca pela Justiça. A própria CRFB/88 destaca em seu art. 133 que o advogado é indispensável à administração da justiça. Ademais, o advogado, por sua formação acadêmica, está mais capacitado, sob o ponto de vista jurídico, para atuar, decisiva e eficazmente, na construção de uma sociedade mais justa e democrática.

Tendo em vista que o Estado possui o monopólio da Jurisdição (dizer o Direito), consagrado no princípio constitucional da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional (CRFB/88, art. 5º, XXXV) em face de um direito lesado ou ameaçado de sofrer lesão (SILVA, 2007), advogados e defensores públicos têm a obrigação constitucional não só de representar as mulheres acometidas pela EDM e que se deparam em situação de cerceamento do direito à vida, à dignidade e à saúde, na medida em que têm o acesso ao serviço negado ou dificultado, mas também de lutar para que os direitos de suas clientes sejam garantidos, em busca da justiça social e do fortalecimento da democracia.

Deve-se lembrar que a não garantia de direitos, prioritariamente os relacionados ao acesso aos serviços de saúde, bem como a resolutividade desse serviço, impõe, de certo modo, indiscriminadamente um sofrimento a mulher que busca minimante conforto e controle da dor que a acompanha como parte de sua história. É, exatamente, o que impulsiona os autores deste artigo a escrever para o campo do Direito. Tornar visível este problema para profissionais que, talvez como boa parte da população, desconheça o que aqui foi escrito e assentado enquanto problema de saúde. Mulheres com EDM clamam por visibilidade, acesso, diagnóstico precoce e tratamento adequado. Por fim, elas estão em busca de qualidade de vida ou, minimamente, por uma vida sem os desequilíbrios causados pela morbidade. O ruído social existe, cabe-nos ouvi-lo.

Referências

- BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro (RJ): Editora Campus, 2004.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF; 1988.
- BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n. 426/GM de 22 de março de 2005**. Brasília, DF; 2005.
- BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n. 4.279 de 30 de dezembro de 2010**. Brasília, DF; 2010.
- BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n. 879 de 12 de julho de 2016**. Brasília, DF; 2016.
- BRASIL. Ministério da Saúde. **Política nacional de atenção integral à saúde da mulher: princípios e diretrizes**. Brasília, DF; 2011.
- BRASIL. Presidência da República. **Plano nacional de políticas para as mulheres 2013-2015**. Brasília, DF: Secretaria de Políticas para as Mulheres; 2013.
- COUTURE, J.E. **Mandamentos do Advogado**. OVIDIO, A. B.S; ATHAYDE, C.O. Editora SAFE, 1979.
- LE BRETON, D. **Antropologia da dor**. POLETI, I,D. (tradução). São Paulo (SP): Fap-Unifesp, 2013.
- MALTA, D.C; SILVA Jr J.B. **O plano de ações estratégicas para o enfrentamento das doenças crônicas não transmissíveis no Brasil e a definição das metas globais para o enfrentamento dessas doenças até 2025: uma revisão**. Epidemiologia Serviços Saúde. v.22, n.1, 2013:151-64.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. UNIC/Rio/005, Rio de Janeiro, 2009. Acesso em: 17/06/2019. Disponível em: <https://nacoes-unidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>.

- PODGAEC, S. **Endometriose**. TRINDADE E.S; MELO N.R. (orgs.). Coleção Febrasgo. Rio de Janeiro (RJ): Elsevier, 2014.
- SÃO BENTO, P.A.S. **Vozes de Fênix – Narrativas de mulheres que se associam a partir da experiência com endometriose** [Tese]. Rio de Janeiro (RJ): Instituto Nacional de Saúde da Mulher, da Criança e do Adolescente Fernandes Figueira, Fundação Oswaldo Cruz; 2016.
- SÃO BENTO, P.A.S; MOREIRA, M.C.N. **A experiência de adoecimento de mulheres com endometriose: narrativas sobre violência institucional**. *Ciência&SaúdeColetiva*. v.22, n.9, 2017: 3023-32.
- SÃO BENTO, P.A.S; MOREIRA, M.C.N. **Even silence has an end: informative study on endometriosis and its/signs/symptoms**. *Revista de Enfermagem UFPE online.*, Recife, v.8, n.2, 2014:457-63.
- SÃO BENTO, P.A.S; MOREIRA, M.C.N. **Quando os olhos não veem o que as mulheres sentem: a dor nas narrativas de mulheres com endometriose**. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v.28, n.3, 2018: e280309.
- SILVA, J.A. **Curso de direito constitucional positivo**. 30.^a ed. Rio de Janeiro (RJ): Malheiros Editores, 2007.

O DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO SOB A PERSPECTIVA DO CORPO ACESSÓRIO: DESAFIOS E OBSTÁCULOS ENFRENTADOS POR TRAVESTIS E TRANSEXUAIS NA COLOCAÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO FORMAL

Guilherme Alves de Moura Mendes
Luana Guimaraes Lima

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como ponto de partida a análise dos entraves e desafios enfrentados por travestis e transexuais na inserção no mercado de trabalho formal, levando-se em consideração a perspectiva do corpo acessório trazida por David Le Breton em sua obra *Adeus ao corpo: Antropologia e sociedade* (2003).

Para iniciar o estudo, é importante destacar que a identidade de gênero refere-se a uma experiência de cunho puramente individual do gênero de cada pessoa, podendo ou não coadunar-se com o sexo atribuído no nascimento. Esse fenômeno inclui um senso pessoal em relação a corporeidade, ocasiões em que, por livre escolha, ocorrerá a modificação da aparência, seja por meio de procedimento estéticos ou cirúrgicos, seja por específicas performances de gênero.

Apesar das previsões, tanto internacionais quanto constitucionais, em matéria de direitos humanos, e o princípio da dignidade da pessoa humana como núcleo axiológico, as minorias sociais são vítimas de violência estrutural, com a constante negativa dos seus direitos fundamentais.

Dentre os quais, o direito ao trabalho, na sociedade e no sistema econômico que vivemos, destaca-se como um dos principais indicadores de viver dignamente. Assim, é cristalino que esse direito possui, além de tudo, uma dimensão social, indispensável na consecução do princípio da dignidade humana na sociedade em geral.

O objetivo deste estudo, portanto, é realizar uma abordagem sociológica e jurídica das questões que envolvem a população LGBT, em especial as travestis e transexuais, bem como analisar os desafios e obstáculos enfrentados na tentativa de colocação no mercado de trabalho formal.

Para o desenvolvimento, fez-se uso unicamente da perspectiva metodológica dedutiva, utilizando-se, para tal, de bibliografia pertinente à temática tratada, com o auxílio de material publicado em livros, revistas, artigos, jornais e redes eletrônicas, assim como análise das disposições constitucionais relativas à garantia fundamental ao trabalho.

1 O CORPO ACESSÓRIO: TRANSFORMAÇÕES CORPORAIS DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS

Le Breton (2003), em sua obra *Adeus ao corpo: Antropologia e sociedade*, dedica um capítulo ao que ele chama de corpo acessório. Ao abordar a perspectiva contemporânea do corpo, ele destaca que a maleabilidade e a plasticidade corporal fizeram com o indivíduo pudesse manipular a si mesmo, a fim de tornar seu invólucro como uma forma de afirmação pessoal.

Nesse sentido, afirma que “o corpo torna-se emblema do *self*. A interioridade do sujeito é um constante esforço de exteriorizar-se, reduz-se à sua superfície. É preciso se colocar fora de si para se tornar si mesmo” (LE BRETON, 2003, p.29).

As mudanças corporais, enquanto formas de representação de um imperativo pessoal e interno, são regidos, além das típicas buscas pela melhor aparência e irresignação aos efeitos do tempo sob o outrora corpo juvenil, por situações de crise. Nesse sentido, o autor acrescenta que

Além dos imperativos de aparência e juventude que regem nossas sociedades, muitas vezes os que usam da cirurgia estética são indivíduos em crise (por divórcio, desemprego, envelhecimento, morte de um próximo, ruptura com a família etc.) que encontram nesse recurso a possibilidade de romper de uma vez com a orientação de sua existência, modificando os traços do seu rosto ou o aspecto do seu corpo. A vontade está na preocupação de modificar o olhar sobre si e o olhar dos outros a fim de sentir-se plenamente. Ao mudar o corpo, o indivíduo pretende mudar sua vida, modificar seu sentimento de identidade. (LE BRETON, 2003, p.30).

São sob esses parâmetros que é possível entender os corpos transexuais e travestis. Nesse sentido, a carta de “Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero”, os chamados Princípios de Yogyakarta, definiu identidade de gênero da seguinte forma:

Compreendemos identidade de gênero a profundamente sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos.

Dessa forma, a experiência travesti e transexual é identitária, que caracteriza-se pela observância de conflitos com as normas de gênero (BENTO, 2008, p. 18), mormente pela conformação ou não com o sexo atribuído ao nascimento.

Tendo em vista o conflito entre sexo biológico e a forma como se sentem e pensam, o indivíduo transexual é acometido de profundo sofrimento e repulsa pelo próprio corpo (LOPES, 2009), uma vez que não é uma representação fidedigna do seu eu interior, razão pela qual valem-se do uso de roupas, cosméticos, hormonioterapias e até procedimento cirúrgicos na tentativa adequar sua corporeidade ao gênero que sentem (JESUS, 2012, p. 15).

Quanto às travestis, são pessoas que vivenciam os papéis de gênero feminino, através de roupas, cosméticos e tratamentos estéticos, sem, contudo, se reconhecerem como homens ou mulheres, mas sim como integrantes de um terceiro gênero ou de um não-gênero (JESUS, 2010, p.17).

Le Breton (2003, p. 32), ao tratar do corpo transexual, considera estas plenamente aplicáveis às pessoas travestis, chega às seguintes conclusões:

O corpo transexual é um artefato tecnológico, uma construção cirúrgica e hormonal, uma produção plástica sustentada por uma vontade firme. Brinca com sua existência, o transexual entende assumir por um momento uma aparência sexual de acordo com seu sentimento pessoal. É ele próprio, e não um destino anatômico, quem decide seu sexo de eleição; ele vive por meio de uma vontade deliberada de provocação ou de jogo. O transexual suprime os aspectos demasiado significativos de sua antiga corporeidade para abordar os sinais inequívocos de sua nova aparência.

Partindo das considerações feitas, pessoas travestis e transexuais enxergam na modificação corporal um *outlet*, um meio de representação e afirmação de suas identidades de gênero. Seus corpos tornam-se um emblema de si mesmas, inequívoco e, principalmente, visível forma de afirmação pessoal.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO

Os direitos fundamentais, constitucionalmente elencados, tratam de condições mínimas para que qualquer pessoa possa viver de maneira digna. A partir de tal caracterização, devem ser priorizados, com a devida relevância e consistência.

Considerado fundamento basilar e, em sua consistência, o centro axiológico da Constituição da República Federativa do Brasil, o princípio da dignidade humana é amplamente discutido e compreender o alcance de sua expressão tornou-se um encargo para qualquer pesquisador do direito.

Dada a sociedade em que vivemos, bem como o sistema econômico ao qual estamos sujeitos, pode-se afirmar que o trabalho, em seu funda-

mento principal, tornou-se um dos mais relevantes aspectos que compõem o sentido de viver dignamente.

Como é sabido, no meio capitalista, a produtividade econômica tornou-se um dos principais critérios de valorização e de alcance das condições e recursos inerentes ao ser humano, de modo que possa viver para além do mínimo existencial.

Desse modo, o direito ao trabalho possui vasta e necessária importância na dimensão social, bem como na afirmação e projeção do princípio da dignidade humana na sociedade em geral.

A partir disso, concebe-se, no texto constitucional, em diversos de seus títulos, o direito ao trabalho como um direito fundamental. Nota-se, de pronto, o direito trabalho como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político (grifos do autor).

Conforme afirma Delgado (2004), o exercício do trabalho, em qualquer que seja a sua atribuição, centraliza-se na vida pessoal e comunitária de todas as pessoas e é percebida com notável projeção social e ética, de tal modo que transformou-se em um pilar da estruturação da ordem econômica e social.

Ainda no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, ao tratar dos direitos sociais, a Constituição Federal aduz, em seu artigo 6º:

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

Não restam dúvidas ao fato de que o direito ao trabalho, enquanto direito fundamental, deve ser garantido e assegurado, uma vez que é por esse meio que o homem se afirma e se insere na sociedade capitalista.

Ainda em referência à Constituição de 1988, é sabido que possui com um de seus objetivos fundamentais, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Passa-se a questionar, então, os entraves encontrados pela população LGBTQ+ na formalização de qualquer encargo no mercado de trabalho, principalmente quando se trata de travestis e transexuais. De acordo com dados levantados pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA), 90% da população de Travestis e Transexuais utilizam a prostituição como fonte de renda, e possibilidade de subsistência, devido a dificuldade de inserção no mercado formal de trabalho e a deficiência na qualificação profissional causada pela exclusão social, familiar e escolar

Nesse cenário, e considerando o trabalho como um dos principais meios de afirmação da dignidade social, no sistema capitalista, pode-se compreender como essa população possui a sua dignidade lesada.

[...] a ideia de dignidade não se reduz, hoje, a uma dimensão estritamente particular, atada a valores imanentes à personalidade e que não se projetam socialmente. Ao contrário, o que se concebe inerente à dignidade da pessoa humana é também, ao lado dessa dimensão estritamente privada de valores, a afirmação social do ser humano. **A dignidade da pessoa fica, pois, lesada caso ela se encontre em uma situação de completa privação de instrumentos de mínima afirmação social. Enquanto ser necessariamente integrante de uma comunidade, o indivíduo tem assegurado por este princípio não apenas a intangibilidade de valores individuais básicos, como também um mínimo de possibilidade de afirmação no plano social circundante.** Na medida desta afirmação social é que desponta o trabalho, notadamente o trabalho regulado, em sua modalidade mais bem elaborada, o emprego (DELGADO, 2004, p. 43).

Com isso, não pode-se olvidar em afirmar que negar esse direito a qualquer pessoa, baseado em suas condições pessoais, sejam de raça, religião ou sexualidade, configura-se em uma forte violação ao desenvolvimento pleno e digno da vida humana, bem como de sua participação na sociedade.

3 TRAVESTIS, TRANSEXUAIS E MERCADO DE TRABALHO FORMAL

O ordenamento jurídico pátrio, em consonância com os tratados internacionais em matéria de direitos humanos, consagrou a dignidade da pessoa humana como núcleo axiológico da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Além disso, prevê no artigo 3º, incisos III e IV, ser objetivos da República Federativa do Brasil: a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem estar de todos, independente de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ainda, é positivado no texto constitucional os chamados direitos e garantias fundamentais e os direitos sociais, que garante, entre outras coisas, o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, bem como educação, a saúde, a alimentação, **o trabalho**, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

Entretanto, mesmo com todas essas garantias, as minorias sociais são vítimas de uma violência tida como estrutural, das quais são espécies a omissão dos poderes públicos, o estigma social e a invisibilidade de suas demandas, muitas vezes consideradas como desnecessárias ou tratadas como formas de conseguir privilégios.

O que se percebe é uma forte repressão a essa parcela da população, fortemente marcada por questões religiosas, culturais e ideológicas. Dessa forma, o discurso homogêneo de titularidade da classe dominante, extremamente conservador e pautado em uma ótica cristã, reforça o estigma sobre essas determinadas classes, fazendo com que elas tenham maior dificuldade em se inserir em diversos âmbitos sociais, dentre os quais, o mercado de trabalho.

Nadir (2007, p. 72) esclarece que as manifestações da homofobia, incluídas todas as formas de violência direcionadas a tudo que ousar trans-

gredir a heteronormatividade, estão fortemente presentes no ambiente de trabalho, uma vez que a norma que estabelece a compulsoriedade heterossexual e a binariedade reage fortemente a qualquer coisa que ameace a construção social da identidade sexual e de gênero.

As dificuldades para as travestis e transexuais no mercado de trabalho começam ainda antes da efetiva procura por emprego, notadamente pelos fracassos de suas experiências na escola, na medida em que esta falha no acolhimento e oferecimento de condições de permanência às pessoas travestis e transexuais, desde o não reconhecimento do uso ao nome social, acesso ao banheiro, o combate às violências cotidianas no âmbito escolar (BONASSI ET AL., 2015).

Corroborando com a influência do ambiente escolar nos insucessos posteriores, Nadir (2007, P. 73) acrescenta:

Esta é uma marcação que se inicia certamente na escola, cujas portas se fecham na violência dos modelos binários e hierarquizados apresentados como modelos de exercício profissional para homens e mulheres. A escola expulsa a performance que perturba, o mercado de trabalho reitera esta exclusão.

Ultrapassada a fase que antecede a procura por empregos, Medeiros (2007, p.83), estabelece que a discriminação contra trabalhadores homossexuais pode ocorrer em 4 momentos: a. fase pré-contratual, por meio de questionamentos e investigações sobre a vida privada do empregado, buscando saber se o trabalhador é ou não homossexual; b. Fase contratual, nos casos em que a sexualidade do empregado é descoberta durante o vigência do contrato, passando, por vezes, a ser submetido a situações de exclusão pelos outros trabalhadores até serem vítimas de assédio moral, piadas, ofensas; c. Durante o desligamento do empregado, quando a homofobia se apresenta como causa única para exclusão de seu posto de trabalho; d. Pós-contrato, extrapolando a relação contratual extinta, quando os empregadores elaboram listas discriminatórias visando a não-contratação de determinados trabalhadores.

Conforme Menezes *et al.* (2018), no que tange especificamente à fase pré-contratual, apesar dessa realidade se fazer muito presente na vida de todo que pertencem ao grupo LBGT, em relação aos transexuais e traves-

tis a situação é ainda mais complicada, uma vez que a identidade de gênero desses sujeitos não é omitida, mas apresentam-se de forma expressa, tanto no comportamento, quanto na aparência física.

Nesse sentido, Louro (2001, p. 551) apregoa que esse espaço cada vez marcado pela exclusão acentua-se em relação aos transgêneros, tendo em vista ostentarem em seus corpos marcas que incomodam a sociedade heteronormatizada. Assim, as possibilidades

(...) de inserção no mercado de trabalho para as transgêneros são mínimas; mesmo nas situações em que estas executem atividades tidas como femininas, não são consideradas mulheres e pela ambiguidade são alvos de preconceitos por parte da sociedade. Considera-se que a questão da diversidade é colocada a dupla dificuldade enfrentada pelas transgêneros, pois é difícil para a mulher entrar no mercado de trabalho, e ter as mesmas condições trabalhistas e salariais do homem, o desafio aumenta para a travesti. (NASCI-MENTO, 2003, p.37).

Assim, além das dificuldades inerentes a todos os membros do grupo LGBT, as pessoas que possuem identidade de gênero diferente do seu sexo biológico e que utilizam e modificam seus corpos como emblemas de sua interioridade possuem dificuldades adicionais, não sendo-lhes facultado o trágico e distorcido privilégio de esconder-se.

Dessa forma, os entraves enfrentados para sua colocação e permanência no mercado de trabalho, as condena

à visibilidade noturna da cidade no exercício da prostituição ou o confinamento ao pólo das profissões ligadas à beleza (usualmente o salão de beleza na periferia, uma vez que no jogo das hierarquias, é o cabeleireiro homossexual que é proprietário do salão chique) (NADIR, 2007, p. 73).

Tanto o é que a maioria das políticas públicas direcionadas a travestis e transexuais é direcionada para a prevenção de doenças e o combate à exploração sexual, e não para políticas de inclusão na escola e no trabalho (ANDRADE, 2012, p. 226).

Quando se impede que pessoas LGBT, em especial travestis e transexuais, de trabalharem, o que se opera é uma nova condenação, além das tantas outras, uma que remete à morte, pois na contemporaneidade apenas o trabalho tem o condão de inserir o sujeito na vida (digna) em sociedade (NARDI, 2007, P. 72).

Excluídas socialmente, estigmatizadas, a transgressão da norma heterossexual e a reiterada performance de gênero dissociada do seu sexo biológico são lembretes constantes da negação de uma vida digna através do trabalho na vida das travestis e pessoas transexuais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ordem jurídica, tanto internacional, quanto pátria, possui uma série de disposições quanto à essencialidade do direito ao trabalho, inclusive como indissociável da dignidade da pessoa humana.

Em um sistema capitalista, a necessidade de colocação no mercado de trabalho assume posição primordial, cujos aqueles que não fazem parte dele fadados a uma morte simbólica (e, às vezes, real), impedidos de participar plenamente do seio social em que estão introduzidos.

Historicamente, o que se observa é que determinados grupos, como as mulheres, os negros e os membros do grupo LGBT, foram sobremaneira estigmatizados, sendo vítima de uma violência dita estrutural.

Uma das formas de violência que aflige a esses grupos, em especial às travestis e transexuais, diz respeito a falta de oportunidade de colocar-se no mercado de trabalho formal. A sociedade, pautada em uma ótica cristã, conservadora e heteronormativa, reage fortemente a todos que ameacem a construção social da identidade sexual e de gênero.

Dessa forma, desde o convívio escolar, até a efetiva procura por postos de trabalho, as travestis e transexuais, por ostentarem marcas visíveis e claras da transgressão às normas heterossexuais, por utilizarem seus corpos como acessórios representativos de sua interioridade, são excluídas diariamente do mercado formal, sendo obrigadas a verem suas práticas laborativas a trabalhos informais, prostituição e, em muitos casos, o desemprego.

Ademais, quando se leva em consideração a importância do direito ao trabalho, fica claro que quando se impede essas pessoas de laborarem, na verdade o que se está fazendo é condenando-as a uma morte simbólica, por inúmeras real, minando quase por completo seu direito a viver dignamente.

O reconhecimento da dignidade humana e da essencialidade do direito ao trabalho é essencialmente para que as travestis e transexuais possam efetivamente fazer parte do seio social, com todos seus direitos fundamentais respeitados e devidamente tutelados.

REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

ANDRADE, Luma Nogueira de. **Travestis na escola**: assujeitamento e resistência à ordem normativa. Tese de Doutorado. Fortaleza, Universidade Federal do Ceará, 2012

BENEVIDES, Bruna. **Mapas dos assassinatos de travestis e transexuais no Brasil em 2017**. Brasília: Associação Nacional de Travestis e Transexuais (antra), 2017. Disponível em: <<https://antrabrasil.files.wordpress.com/2018/02/relatc3b3rio-mapa-dos-assassinatos-2017-antra.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2019.

BENTO, Berenice Alves de Melo. **O que é transexualidade**. São Paulo: Brasiliense, 2008. Disponível em: <<https://democraciadireitoogenero.files.wordpress.com/2016/07/bento-berenice-o-que-c3a9-transexualidade2008.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2019.

BONASSI, C. B. et al. Vulnerabilidades mapeadas, violências localizadas: experiências de pessoas travestis e transexuais no Brasil. **Quaderns de Psicologia**, v. 17, n. 3, 2015, p. 83-98. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5565/rev/psicologia.1283>>. Acesso em: 17 jul. 2019

BRASIL. Constituição (1988). Constituição: República Federativa do Brasil. **Portal do Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 maio 2019.

CORRÊA, S. O. E MUNTARBHORN, V. (orgs.). **Princípios de Yogyakarta**: princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Disponível em: <http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 13 maio. 2019.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 2. ed., São Paulo: LTr, 2004, p. 43-44

- JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre identidade de gênero**: conceitos e termos. 2. ed. Brasília: Revista e Ampliada, 2012. Disponível em: <<http://www.diversidadesexual.com.br/wp-content/uploads/2013/04/G%C3%8ANERO-CONCEITOS-E-TER-MOS.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2019.
- LE BRETON, David. **Adeus ao corpo**: Psicologia e sociedade. Campinas: Papirus, 2003. Tradução de: Marina Appenzeller.
- LOPES, André Côrtes Vieira. **TRANSEXUALIDADE**: Reflexos da Redesignação Sexual. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/229.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2019.
- LOURO, Guacira. L. **Teoria QUEER**: Uma Política Pós-identitária para a Educação. in: Revista de Estudos Feminista, Florianópolis: v. 9 n. 2/2001 p. 541-553
- MEDEIROS, Márcia (Org.). O trabalhador homossexual: o direito a identidade sexual e a não-discriminação no trabalho. In: POCAHY, Fernando. **Rompendo o silêncio**: homofobia e heterossexismo na sociedade. Porto Alegre: Nuances, 2007. p. 81-90.
- MENEZES, Moisés Santos de; OLIVEIRA, Antônio Carlos de; NASCIMENTO, Ana Paula Leite. LGBT e mercado de trabalho: uma trajetória de preconceitos e discriminações. In: CONQUEER, 1., 2018, Aracaju. **Anais**. Aracaju: Realize, 2018. v. 1, p. 1 - 12. Disponível em: <http://www.editorarealize.com.br/revistas/conqueer/trabalhos/TRABALHO_EV106_MD1_SA7_ID186_04032018135735.pdf>. Acesso em: 08 maio 2019.
- NARDI, H. C. Nas tramas do humano: a sexualidade interdita o trabalho. In: POCAHY, F. (Org.). **Rompendo o silêncio**: homofobia e heterossexismo na sociedade contemporânea. Porto Alegre: Nuances, 2007
- NASCIMENTO, Ewerton S. **Alternativas de mercado de trabalho para as travestis de Aracaju**. Aracaju: Ministério da Justiça, 2003.

DESPATOLOGIZAÇÃO DA TRANSEXUALIDADE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Leíze Ruama Sena Cunha Lima
João Gabriel Brito Silva

“Não se nasce mulher, torna-se mulher”
(Simone de Beauvoir)

Notas introdutórias

O presente artigo propõe uma revisão de literatura acerca da transexualidade enquanto patologia e a recente despatologização, tomando-se como base filosófica o pós-estruturalismo foucaultiano e os estudos de gênero que, apesar de contestado pelas mulheres negras, nascem dos movimentos feministas sufragistas norteamericanos e que, num determinado momento filosófico-teórico, levavam em consideração os papéis sociais destinados às mulheres desde o nascimento para questionar o que é ser mulher, pautando-se pela construção social das prescrições, questionando-se onde estão as mulheres na história, mas que, momentos depois, entende a sexualidade como também socialmente construída e passa a abarcar pesquisas envolvendo lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis e outras identidades e sexualidades.

Busca-se, assim, analisar como a literatura tem tratado acerca da despatologização da transexualidade e o entendimento de que são performances identitárias que gozam de respeito e são tuteladas pela Constitui-

ção haja vista que nela se encontram a igualdade e a dignidade da pessoa humana que são, respectivamente, princípio e fundamento da República Federativa do Brasil.

Sendo fenômeno complexo, a transexualidade foi primeiramente entendida como um distúrbio ou “disforia de gênero”⁶⁹, bem como já se utilizou o termo *transexualpsíquico*⁷⁰ para designar pessoas que não se identificavam com o “sexo biológico” (com as próprias genitálias). Pretende-se, assim, discutir aspectos relevantes sobre a despatologização da transexualidade, propondo o desprendimento das normas estereotipadas sobre gênero a serem seguidas socialmente e, a partir de isso, uma reinvenção do sujeito sobre uma nova ordem psíquico-social.

De início, analisa-se os conceitos de gênero que seria, em poucas palavras, a atribuição de papéis sociais àqueles que são *homens* àqueles que são *mulheres*, questionando-se onde estas sujeitas estariam na história, em quais espaços e se estariam autorizadas a adentrar e atuar. É o que, na Historiografia, Joan Scott brilhantemente pontuou, em seu famoso artigo *Gênero: Uma Categoria Útil Para Análise Histórica*. Veja-se:

O gênero se torna, aliás, uma maneira de indicar as “construções sociais” – a criação inteiramente social das idéias sobre os papéis próprios aos homens e às mulheres. É uma maneira de se referir às origens exclusivamente sociais das identidades subjetivas dos homens e das mulheres. O gênero é, segundo essa definição, uma categoria social imposta sobre um corpo sexuado (SCOTT, 1995, p. 75).

Mais à frente, os estudos de gênero passam a compreender outros conceitos socialmente construídos, não se restringindo ao binarismo, a exemplo do *homem-mulher*, mas questionando-se as prescrições sociais sobre o fato de nascer macho (ter pênis) ou fêmea (ter vagina).

Por oportuno, analisa-se, brevemente, a presença (ou ausência) de normas que regulem seus direitos e o acesso (ou não) à cidadania, verificando-se o atendimento ou a violação aos direitos humanos básicos.

Assim, este artigo apresenta uma análise de literatura sobre a transexualidade como um fenômeno complexo e a recente despatologização a

69 Berenice Bento (2006, p. 39-68).

70 Ana Carolina B. L. Martins e Maria Cristina Poli (2018, p. 60).

partir da afirmação desses sujeitos em viver e serem aceitos como se identificam, porém pontua-se a inexistência de um(a) transexual universal.

Como base teórica, embasa-se este estudo no conceito de gênero e na previsão da Constituição da República de 1988 (CR/88) para promoção de igualdade e aversão ao preconceito, tendo como objeto as discussões científicas sobre a desconstrução e desnaturalização dos gêneros, apontando novas possibilidades de pensar a identidade trans, contribuindo na criação de novos saberes acerca do tema e da inserção social. Estes configuram aqui o objetivo primordial, justificado pelo modo a traduzir o debate sobre gênero, sexo e sexualidade a partir de uma reflexão teórica.

Neste intuito, o ideal da pesquisa é ligar os estudos literários à problemática de algumas questões acerca da (des)patologização da transexualidade, a fim de provocar a reflexão sobre a possibilidade da sua despatologização. *A construção do conhecimento* que o artigo propõe é derivada da apreciação do conteúdo de obras de referência na área de *gênero e transexualidade* bem como de artigos publicados que tratem do tema no Brasil e que compõe conjecturas que permitirão uma compreensão sobre o tema abordado.

1. A distinção de gênero no fenômeno da transexualidade

O modo de pensar sobre *sexo* e *gênero* deixa de ser significativa e passa a construir uma proposta de significado. Nessa perspectiva, as relações de gênero voltam-se à atuação de maneira a atender um regime de heterossexualidade obrigatória. Em “A microfísica do Poder” Michel Foucault fala sobre *dispositivo*, explicando que este teria função estratégica de *poder* sem ser, necessariamente, central, mas capilarizado, podendo ser encontrado em todas as camadas e lugares da sociedade, seja na arquitetura, nas artes, nas ciências e mesmo – e, talvez, principalmente –, na linguagem (FOUCAULT, 1979), sendo exatamente por isso (ou para isso) que socialmente é imposta uma identidade para quem nasce fêmea distinta da prescrita para quem nasce macho. Também por isso é que, na língua portuguesa, permite-se utilizar o *masculino neutro* para tratar homens e mulheres enquanto grupo, mas inexistente um *feminino neutro*, posto que seria danoso à imagem dos homens. Daniela Auad (2006, p. 30) diz que “é, na verdade,

a consideração apenas do masculino como um padrão, sem nem lembrar que o feminino existe”.

Observa-se, também, tal distinção quando se entende que há uma divisão sexual do trabalho, dos espaços, das configurações sociais, bem como a divulgação constituída e reiterada dos papéis de gênero: homem-azul-força-aventura-liberdade; mulher-rosa-fragilidade-domesticidade-controle.

Assim, é de extrema importância a desconstrução e desnaturalização dos gêneros, apresentando novas possibilidades de pensar os corpos.

Discorrer sobre a imposição social sobre gênero, nas palavras de Foucault (1988) é “vincular comportamento ao sexo, gênero à genitália, definindo o feminino pela presença de vagina e o masculino pelo pênis, remonta ao século XIX, quando o sexo passou a conter a verdade última de nós mesmos” (p. 65).

Sobre tais representações do feminino e masculino, bem como os papéis a eles atribuídos, Roberta Siqueira Mocaiber Dieguez (2016) pontua que

Diversas áreas do conhecimento tem tentado explicar o fenômeno da transexualidade. A maioria [...] preserva a ideia de uma normalização binária, de que o sexo biológico é determinante para a identidade de gênero, e de que existem somente dois gêneros pré-definidos, que são responsáveis por inúmeras características que devem ser seguidas pelos indivíduos. Os sujeitos só se tornam inteligíveis na sociedade a partir de sua identificação com um gênero, masculino ou feminino. Sendo assim, os transexuais, fugindo a essa lógica do binarismo de gênero, se veem pertencentes a um não lugar social, o que faz com que tarefas simples do dia a dia, como frequentar um banheiro público, se tornem uma dificuldade. Esses sujeitos não se encaixam na lógica dos gêneros, o que faz com que, muitas vezes busquem realizar intervenções, adequando seus corpos e comportamentos de acordo com o gênero com o qual mais se identificam (p. 535, grifos nossos).

Assim, é de suma importância compreender que gêneros é, preponderantemente, um discurso formulado e reiterado pelas relações sociais que enquadram funções e, por conseguinte, caracteriza-os, mas não abar-

cam todos, inclusive os transexuais, transgêneros e travestis que não se encaixam nesse discurso preestabelecido, conduzindo-os, assim, a estarem sempre à margem ou patologizados, sendo considerados como seres atípicos e/ou desviantes da “normalidade”. Neste sentido, percebe-se a dificuldade de acesso e “ascensão social” de transexuais pelo forte preconceito existente em sociedade que resulta, por exemplo, na pouca inserção em universidades públicas. Veja-se que, na Universidade Federal do Vale do São Francisco (UNIVASF), que em dados de 2015 (BRASIL, 2016) atendia mais de 5mil discentes, mas que apenas neste ano

houve a primeira ocorrência de uma pessoa transexual e que ainda hoje (ano 2018) apenas 04 discentes oficializaram o interesse pelo uso do nome social – o que não quer dizer, necessariamente, que, antes de 2015, não houve outra/os que frequentaram as dependências da IES. Também chama a atenção o fato de que, oficialmente, nenhum desses discentes já se formou (SILVA, 2019, p. 53).

A questão primordial é a ausência de capacidade social de compreender que existem pessoas que não se identificam com os padrões impostos para diferenciar como *mulher* ou *homem*, não sendo respeitados em atividades cotidianas e conseqüentemente não encontrados em um lugar social. Nessa perspectiva, Berenice Bento (2008) coloca que

A transexualidade é uma experiência identitária caracterizada pelo conflito com as normas de gênero. Essa definição confronta-se com a aceita pela medicina e pelas ciências psic. que a qualificam como uma “doença mental” e a relacionam ao campo da sexualidade e não ao gênero. Definir a pessoa transexual como doente é aprisioná-lo, fixá-lo em uma posição existencial que encontra no próprio indivíduo a fonte explicativa para os seus conflitos, perspectiva divergente daqueles que a interpretam como uma experiência identitária [...] é um desdobramento inevitável de uma ordem de gênero que estabelece a inteligibilidade dos gêneros no corpo (p. 16).

O desacordo do sexo biológico com as características do gênero não será aqui objeto de estudo, e sim como a convicção do indivíduo a respeito

do sexo ao qual acredita pertencer será respeitada e inserida no meio social, promovendo assim a igualdade.

2. Direitos da pessoa transexual: aparato jurídico

A análise jurídica frente ao direito da pessoa natural inclui não apenas os direitos da personalidade sobre a esfera extrapatrimonial do indivíduo, mas frisa-se a proteção constitucional da vida e integridade física, bem como o enfoque de princípios de proteção da integridade moral, voltado para o direito da identidade de gênero.

2.1 Previsão constitucional pela igualdade de gênero

Embora o termo gênero não apareça de forma expressa na CR/88, é observado na essência da Carta princípios norteadores que promovem e alicerçam na igualdade de gênero indistintamente. Veja que o art. 3º inciso IV da Constituição trata como fundamento da República Federativa do Brasil a promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, **sexo**, cor, idade e **quaisquer outras formas de discriminação**” (BRASIL, 1988, grifos nosso).

Neste viés sobre constitucional, convém elucidar aspectos pontuados pela autora Keila Deslandes (2015) que volta sua crítica ao aspecto de gênero nas temáticas transversais, de modo a promover a inclusão da mulher e proteção da mesma, com o múltiplo viés de inserção feminina em face de sociedade patriarcal. Para tal discussão, a autora elucida uma gama de princípios que se baseiam na igualdade de gênero que foram incorporados ao texto constitucional e assinalam a emergência de leis protetivas e anti-discriminatórias da mulher no mercado de trabalho.

Embasada no conceito de gênero e na previsão constitucional de promoção de igualdade, a obra de DESLANDES (idem) apresenta opiniões de aversão ao preconceito, sobre a relevância da temática de direitos humanos e democracias.

Fazendo uso desse posicionamento, traz-se aqui a mesma atribuição dada à promoção da emancipação feminina no início do século XXI, de modo a desconstruir um ideal histórico de submissão e, então, encaminhando tal empoderamento para a discussão do conceito de gênero, visan-

do promover a universalização dos direitos a todos, independentemente da designação sexual, apropriando-se, assim, desses direitos igualmente.

Registre-se que o caput do artigo 5º da CR/88 serve como base discursiva à presente problemática, visto que defende os direitos e garantias fundamentais e 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, grifos nossos).

Baseando-se nestes dispositivos, a Organização Mundial da Saúde excluiu a transexualidade da lista de doenças mentais, ou seja, *transtorno de identidade de gênero*⁷¹. Assim, não há mais dúvidas quanto à inconstitucionalidade da dependência de um profissional, seja por intermédio de laudo médico, psicológico ou psicanalítico, para definir se é a pessoa transexual ou não. Ademais, o processo de retificação de nome e gênero tem sido cada vez mais facilitado e garantido em jurisprudências pelas mais altas cortes do país, podendo ocorrer, inclusive, diretamente em cartórios (MARTINELLI; FERNANDES, 2018).

2.2 Direitos da personalidade: uma questão também de gênero e de dignidade

As pessoas transexuais possuem uma incongruência entre o sexo morfofuncional e o sexo psíquico. No que toca à natureza jurídica, qualquer pessoa sem distinção de acepções, possui direitos e deveres na ordem civil *ex vi* do art. 1º do Código Civil (BRASIL, 2002).

Ao falar de direito da personalidade no caso específico da pessoa transexual, deve-se inicialmente excluir qualquer estigma ou discriminação, visto que os direitos da personalidade são capacidades jurídicas para qualquer pessoa, cujos objetos são os diversos aspectos da pessoa natural.

A concepção dos direitos da personalidade, de acordo com o entendimento de Carlos Roberto Gonçalves (2012), apoiam-se na ideia de titularizar direitos naturais, destacando-se o direito à vida, à liberdade, ao nome, ao próprio corpo, à imagem e a honra. Anderson Schreiber (2013)

71 **OMS retira a transexualidade da lista de doenças mentais.** Nações Unidas [online]. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/oms-retira-a-transexualidade-da-lista-de-doencas-mentais/>. Acesso em: 16. ago. 2019

entende que os direitos da personalidade são atributos humanos que necessitam de proteção por terem fundamentos constitucional, visto que está entrelaçado à dignidade da pessoa humana que. Neste sentido, importante registrar as palavras do ministro do Supremo Tribunal Federal:

A dignidade humana e os direitos humanos (ou fundamentais) são intimamente relacionados, como as duas faces de uma mesma moeda ou, para usar uma imagem comum, as duas faces de Jano. Uma, voltada para a filosofia, expressa os valores morais que singularizam todas as pessoas, tornando-as merecedoras de igual respeito e consideração; a outra é voltada para o Direito, contemplando os direitos fundamentais” (BARROSO, 2014, p. 76, grifos nossos).

O Código Civil também assegura o direito de exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, podendo reclamar de perdas e danos, com indenização decorrente da violação de tais direitos. Assim, qualquer situação vexatória que atente contra a dignidade de transexuais é passível de ação reparatória (e pedagógica) contra danos decorrentes de qualquer tipo de discriminação.

Logo, os direitos de personalidade apresentam-se como essenciais para o Estado Democrático de Direito e o enfoque da presente discussão volta-se à possibilidade de garantir a identidade de gênero, mesmo sem a cirurgia de redesignação sexual.

2.3 Liberdade de escolha: despatologização das identidades transexuais

Ao discorrer sobre liberdade de escolha da identidade trans, é relevante a clássica fala de Cecília Meireles: “Liberdade é uma palavra que o sonho humano alimenta, não há ninguém que explique e ninguém que não entenda”.

Na tentativa de compreender a identidade transexual, no encontro realizado pela Organização Mundial da Saúde (OMS), no ano de 2018, retirou da categoria de distúrbios mentais a disfunção de gênero, isto é, passou-se a desconsiderar a transexualidade como uma patologia. No

mesmo encontro, formularam uma nova edição da Classificação Internacional de Doenças (Cid), uma revisão necessária visto que a última havia sido realizada há 28 anos.

A despatologização da transexualidade configurou ação envolta de especialistas que analisaram as informações científicas, sendo uma conquista significativa das/dos próprias/os transexuais de não serem padronizadas/os como doentes ou portadoras/es de distúrbios, o que observa o direito da liberdade e da diversidade previstos no rol dos direitos e garantias fundamentais da atual Constituição Brasileira.

Durante longos anos, a transexualidade foi considerada pela maioria dos profissionais de saúde como uma psicopatologia referente à identidade de gênero. Historicamente, tal consideração foi datada no início de 1966, quando o médico endocrinologista alemão Hanrry Benjamin, ao publicar seu livro “O fenômeno transexual”, relatava os indicadores daqueles que solicitavam a cirurgia de transgenitalização e tal procedimento foi defendido por ele como a única alternativa terapêutica possível para essas pessoas. A partir de então, congressos, associações, documentos oficiais e tantos outros tratamentos são utilizados e servem de orientadores para definir se aqueles que requerem a cirurgia se enquadram como transexual.

Historicamente, aos transexuais foi atribuída uma determinação patológica, embora o avanço dos estudos volta-se para temática com viés da despatologização:

A transexualidade, como uma categoria distinta, foi criada a partir da década de 1950 do século XX, nos Estados Unidos, onde os três principais estudiosos do assunto, Harry Benjamin, John Money e Robert Stoller, desenvolveram suas pesquisas e teorias. [...] é possível dizer que esta nova classificação psicopatológica ganhou repercussão científica mundial através do lançamento do livro de Benjamin, O fenômeno Transexual, em 1966. No Brasil, pode-se afirmar que a temática da transição entre os gêneros [...] deu-se a partir dos anos 80 com o “fenômeno Roberta Close” (LEITE JR., 2011, p. 205).

Neste viés, Berenice Bento e Larissa Pelúcio narram a trajetória da patologização:

Na década de 1950 foram publicados os primeiros artigos que registraram e defenderam a especificidade do “fenômeno transexual”. Mas desde o início daquela década, o endocrinologista Harry Benjamin se dedicava a estabelecer as ocorrências que justificariam a diferenciação das pessoas transexuais em relação às homossexualidades. A relação de abjeção que as pessoas transexuais têm com as genitálias seria uma das frequências observadas nos seus discursos. Ainda que Benjamin tenha defendido a cirurgia de transgenitalização como a única alternativa terapêutica possível para as pessoas transexuais, estabelece critérios tomados por ele como científicos para que seja possível diagnosticar “o verdadeiro transexual” e assim autorizar a intervenção. Em seu livro *O fenômeno transexual*, publicado em 1966, ele fornece as bases para esse diagnóstico. O critério fundamental para definir o “transexual de verdade” seria a relação de abjeção, de longa duração, com suas genitálias. Para evitar que cometam suicídio, as cirurgias deveriam ser recomendadas a partir de um rol de procedimentos arrolados por Benjamin em sua obra seminal. (BENTO; PELÚCIO, 2012, p. 86)

Importante registrar que já é consolidado o entendimento que não existe um *transexual universal*, posto que as experiências de cada pessoa mostram-se únicas e que, na verdade, seriam “posições de identidade, pontos de apego temporários que, simultaneamente, fixam e deslocam os sujeitos que vivem a experiência transexual” (BENTO, 2006, p. 25).

Destarte o contexto histórico da definição da identidade trans como uma patologia, a qual foi inserida no catálogo de doenças (CID) em 1992, emerge um debate: a patologização da transexualidade como uma marca social fora do padrão da normalidade em controvérsia à despatologização das identidades trans, assegurando-lhes o direito à liberdade de expressão de gênero.

É certo que a patologização configurou por grande período um processo de produção de conhecimento sobre as identidades, colocando-os no campo da saúde mental como um instrumento de domínio da diferença. Neste aspecto, eleva-se o patamar de vulnerabilidade, preconceito e descriminalização. Assim sendo, não proporciona uma visibilidade positiva na sociedade, consagrando-se a ideia de que a transexualidade é uma patologia, o que implica em prejuízo nas relações sociais mais variadas.

A identidade de gênero como a marca social e despatologização assegura às/aos transexuais a expressão de gênero, exigindo-se políticas públicas embasadas na Carta Magna que reconheçam tais identidades, sem que precise de um profissional de saúde para reafirmar o que eles são, muito menos a submissão às situações preconceituosas que mitigam a dignidade da pessoa humana, como exemplifica BENTO (2008, p. 10):

Pessoas que solicitam cirurgias de transgenitalização são expulsas de casa, não conseguem estudar, não conseguem emprego, são excluídas de todos os campos sociais, entram na justiça para solicitar mudança do nome e do sexo, enfim, um conjunto de instituições sociais é posto em ação.

Maria Berenice Dias e Letícia Zenevich (2014, p. 214), no artigo “Um histórico da patologização da transexualidade e uma conclusão evidente: a diversidade é saudável”, publicado na revista *Gênero e Direito*, afirmam: “Tratar a transexualidade como doença, e não como identidade de gênero, acaba por patologizar a diversidade e prejudica o florescimento de uma sociedade democrática, que reafirma seu comprometimento com a igualdade jurídica por meio do respeito à diferença social”.

Desse modo, faz-se necessária a atuação da(o) operadora(or) do direito de maneira a garantir que essas pessoas não precisam de tutores para declarar o que elas são, visto que patologizar significa desumanizar. É da despatologização que emerge a potência do reconhecimento da diversidade corporal, da diversidade subjetiva e não precisar medir as pessoas a partir de uma norma estereotipada de gênero. É o que diz Bento (2008):

Definir a transexualidade como uma experiência identitária e não como uma doença não significa esquecer a dor e a angústia que marcam as subjetividades das pessoas trans, como o mundo de dúvidas, angústias, solidão e um medo constante de serem rejeitados. Nos relatos biográficos nota-se que sentem dificuldades em falar de seus conflitos porque não sabem como nomeá-los [...] como encontrar sentido para este desejo se o corpo carrega um genital que atua como obstaculizado desse trânsito? (p. 19)

O diálogo com as diferenças, também está garantido pela Convenção Americana dos Direitos Humanos (1969) na qual o Brasil figura como signatário, cujo preâmbulo já reconhece os direitos essenciais da pessoa humana e, em sequência, no artigo primeiro determina, *ipsis litteris*, que

[...] 1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

No âmbito da principiologia constitucional, destaca-se o princípio da igualdade, expresso no artigo 3º CR/88, o qual versa que a(o) legisladora(or) e intérprete não podem conferir tratamento diferenciado às pessoas em situações substancialmente iguais, sendo-lhes constitucionalmente vedadas quaisquer diferenciações baseadas na origem, no gênero e na cor da pele.

Em consonância, Bento realiza pesquisa sobre sexualidades, gênero e direitos humanos, é uma das vozes que defendem a despatologização. Veja-se o que a professora diz:

Por que diagnosticar o gênero? Quem autoriza os psicólogos, psiquiatras, endocrinologistas e outras especialidades que fazem parte das equipes multidisciplinares a avaliarem as pessoas transexuais e travestis como ‘doentes’? Se não existe nenhum exame clínico que conduza a produção do diagnóstico, como determinar a ocorrência do ‘transtorno’? O único mapa seguro que guia o olhar do médico e dos membros da equipe são as verdades estabelecidas socialmente para os gêneros, portanto, estamos no nível do discurso. Não existe um só átomo de neutralidade nesses códigos. Estamos diante de um poderoso discurso que tem como finalidade manter os gêneros e as práticas eróticas prisioneiras à diferença sexual. (BENTO, 2011, p. 85)

É necessário, por conseguinte, garantir às(aos) transexuais o acesso à saúde sem que sejam enquadradas(os) como portadoras(es) de uma disfunção, pelos motivos e respaldo legal supracitados. Sendo que, pela ânsia de aceitação no âmbito social, muitas pessoas se submetem à cirurgia de redesignação, muito embora a triagem para tal procedimento consista em reconhecer-se como portadora(or) de uma patologia:

O desconforto com o sexo anatômico biológico, o desejo expresso de eliminar os genitais com o intuito de perder as características primárias e secundárias do próprio sexo ganhando as do sexo oposto, bem como a permanência deste distúrbio de forma contínua e consistente, por no mínimo dois anos e a ausência de outros transtornos mentais, para então submeter-se a cirurgia de transgenitalização. (SILVA; SILVA; DAMIÃO, 2012, p. 119).

Nessa vertente, defendem DIAS e ZENEVICH (2014) que “No Brasil, estamos longe de respeitar a autonomia e a identidade do cidadão transexual. Sem cirurgia, muitas sentenças ainda negam, vertendo preconceito contra a sociedade, a mudança de nome e sexo.”

Conclusões

A transexualidade precisa ser pontuada enquanto identidade de gênero e como construção social, fenômeno registrado há décadas e que já fora tido, até pouco tempo atrás, como patologia. Entende-se que, no tratamento popular e mesmo nas instituições, ainda há muito preconceito e falta de tratamento que atenda a um dos principais fundamentos da República Federativa do Brasil: *a dignidade da pessoa humana*. Perceber que as pessoas trans não são doentes e entregar tratamento humano são demandas legítimas e urgentes que precisam ser pautadas, desde a escola primária, falando-se, ludicamente, de respeito às diferenças, até os programas e discursos governamentais, isso porque, em sociedade, precisa-se viver em harmonia. Aliás, precisa-se *deixar viver*, viver *plena e dignamente*.

Assim, é gritante a necessidade de exigir políticas públicas e legislações que atendam o interesse de todas as parcelas da população, incluindo a transexual, não apenas os estratos majoritários, discutindo-se alternativas de regulamentação ao acesso à saúde e à educação por essas pessoas,

não mais modulando-as(os), formal e informalmente, em patologias psiquiátricas ou como *corpos abjetos*.

Referências Bibliográficas

AUAD, Daniela. **Educar meninas e meninos**: relações de gênero na escola. São Paulo: Contexto, 2006.

BENTO, Bento. **A reinvenção** do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

_____. **O que é transexualidade**. São Paulo: Brasiliense, 2008.

_____. Nome social para pessoas trans: cidadania precária e gambiarra legal. **Contemporânea – Revista de Sociologia da UFSCar**, São Carlos, v. 4, n. 1, jan.-jun. 2014, pp. 165-182.

_____. **Psicologia e diversidade sexual**: desafios para uma sociedade de direitos. Conselho Federal de Psicologia. Brasília: CFP, 2011, p. 85. Disponível em: https://www.academia.edu/29779518/Psicologia_e_Diversidade_Sexual. Acesso em: 01. mar. 2019.

BENTO, Berenice; PELÚCIO, Larissa. Despatologização do gênero: a politização das identidades abjetas. **Rev. Estud. Fem.** vol. 20 nº. 2, Florianópolis, maio/ago. 2012.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em

. Acesso em: 18. ago. 2017.

_____. [Código Civil (2002)]. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em . Acesso em: 18. ago. 2019.

- _____. Fundação Universidade Federal do Vale do São Francisco. **Relatório de gestão do exercício de 2015**. Petrolina: Ministério da Educação, 2016. Disponível em: http://www.univasf.edu.br/acessoinformacao/arquivos/RelatorioGestao_UNIVASF_2015.pdf. Acesso em: 25. out. 2017.
- CARRARA, Sérgio. Políticas e direitos sexuais no Brasil contemporâneo. **Revista Bagoas: revista de estudos gays**. Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes. n. 5. Natal: UFRN, 2010.
- DESLANDES, Keila. **Formação de professores e Direitos Humanos: construindo escolas promotoras da igualdade**. Belo Horizonte, Autêntica Editora, 2015.
- DIAS, Maria Berenice; ZENEVICH, Letícia. **Um histórico da patologização da transexualidade e uma conclusão evidente: a diversidade é saudável**. Periódico do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero e Direito Centro de Ciências Jurídicas - Universidade Federal da Paraíba Nº 02 - 2º Semestre de 2014.
- DIEGUEZ, Roberta Siqueira Macaiber. A mulher transexual no discurso contemporâneo: um estudo de caso. **DEMETRA: Alimentação, Nutrição & Saúde**, v. 11, n. 3, p. 521–538, 2016.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. Volume 1. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.
- _____. **História da sexualidade 1: A vontade de saber**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**. Volume único. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. Volume 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

- LEITE JR., Jorge. **Nossos corpos também mudam: a invenção das categorias “travestie “transexual” no discurso científico.** 1^a ed. São Paulo: Annablume, FAPESP, 2011.
- MARTINS, Ana Carolina B. L.; POLI, Maria Cristina. Transexualidade e norma sexual: a psicanálise e os estudos queer. **Revista Subjetividades**, Fortaleza, Ed. Especial: 55-67, 2018. Disponível em: <<http://periodicos.unifor.br/rmes/article/viewFile/6535/pdf>>. Acesso em: 16. ago. 2019.
- MARTINELLI, Andréa; FERANANDES, Marcella. **STF decide que transexuais podem alterar nome no registro civil sem cirurgia de mudança de sexo.** Huffpost Brasil [online]. Disponível em: <https://www.huffpostbrasil.com/2018/02/28/stf-decide-que-transexuais-podem-alterar-nome-no-registro-civil-sem-cirurgia-de-mudanca-de-sexo_a_23371202/>. Acesso em: 16 ago. 2019.
- SANCHES, Patrícia Corrêa. **Mudança de nome e da identidade de gênero.** In: DIAS, M. B. (Coord.). Diversidade sexual e Direitos Homoafetivos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- SCOTT, Joan. Gênero: Uma Categoria Útil Para Análise Histórica. **Educação & Realidade**, v. 4, p. 1-35, 1995.
- SILVA, Eloísio Alexsandro; SILVA, Heleno Augusto Moreira da; DAMIÃO, Ronaldo. **Cirurgia de transgenitalização de masculino para feminino.** In: SILVA, E.A. (org.). Transexualidade: princípios de atenção integral à saúde. São Paulo: Santos, 2012.
- SILVA, João Gabriel Brito. **Vivências trans nas universidades públicas do Vale do São Francisco:** um estudo de caso. Dissertação (Mestrado). Universidade de Pernambuco. Programa de Pós-Graduação em Formação de Professores e Práticas Interdisciplinares. Petrolina, 100f. 2019.

RELAÇÕES DE GÊNERO E SEXUALIDADE: DOS DIREITOS HUMANOS À EDUCAÇÃO

Raquel Cabreira Soares de Sá

Larissa Borsato da Silva

Marcelo Ricardo Prata

INTRODUÇÃO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) assegura a cada indivíduo o direito à liberdade e à dignidade. Ademais, a Constituição de 1988 igualmente alberga o princípio da dignidade humana, afirmando como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, entre outros, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

A discussão acerca de direitos humanos teve origem na reconstrução da sociedade ocidental ao final da Segunda Guerra Mundial. Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, é um marco que veio responder às atrocidades que aconteceram durante a guerra. Na verdade, os direitos humanos não surgiram com a declaração universal dos direitos humanos, pois as aspirações que compõem o seu conjunto de noções são muito antigas.

A internacionalização dos direitos humanos constitui um movimento extremamente recente na história, surgindo a partir do pós-guerra, como uma resposta significativa às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo, marcado pela lógica de destruição e descartabilidade da pes-

soa humana, resultando no extermínio de aproximadamente 11 milhões de pessoas na era Hitler. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução (PIOVESAN, 2016).

Porém, é importante ressaltar que foi a partir da Segunda Guerra Mundial e, com a criação da ONU, cujo objetivo declarado é trazer paz a todas as nações do mundo e, com a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos, esses direitos se tornaram direitos inalienáveis que devem garantir a liberdade, a justiça e a paz mundial. Atualmente a Declaração Universal é assinada pelos 192 países que compõem as Nações Unidas e, ainda que não tenha força de lei, o documento serve como base para constituições e tratados internacionais.

O debate acerca dos direitos humanos pode ser compreendido, também, como resultado das revoluções burguesas realizadas nos Estados Unidos (em 1776) e na França (em 1789), sendo a segunda especialmente importante para a discussão, tendo em vista sua repercussão mundial e histórica.

Os princípios de afirmação da dignidade da pessoa humana podem ser concebidos como uma resposta ao aumento da violência gerada e alimentada pelo mundo moderno e pós-moderno. A violência e a violação dos direitos essenciais conduziram a necessidade de afirmação dos direitos no mundo liberal e neoliberal.

Nesse sentido, para Santos (2013), o discurso dos direitos humanos teve significados diferentes em contextos diferentes, não sendo possível precisar se são herdeiros das revoluções modernas ou de suas ruínas, mas sem dúvida seria um meio ou até mesmo uma fonte de racionalização fugindo assim do autoritarismo e de ideologias radicais.

Ao longo dos últimos duzentos anos, os direitos humanos foram sendo incorporados nas constituições e nas práticas jurídico-políticas de muitos países e foram reconceituado como direitos de cidadania, diretamente garantidos pelo Estado e aplicados coercitivamente pelos tribunais: direitos cívicos, políticos, sociais, econômicos e culturais. Mas a verdade é que a efetividade da proteção ampla dos direitos de cidadania foi sempre precária na grande maioria dos países. E a evocação dos direitos humanos ocorreu, sobretudo, em situações de erosão ou violação particularmente grave dos direitos de cidadania. Os direitos humanos surgem como o patamar mais baixo de inclusão, um movimento descendente da comunida-

de mais densa de cidadãos para a comunidade mais diluída da humanidade (SANTOS, 2003).

Na maior parte do século XX, a sexualidade humana e os estudos sobre sexo e gênero foram amplamente ignorados como objeto de reflexões e pesquisas sociais. Com efeito, na medida em que, aparentemente, guardaria pouca relação com problemas mais cruciais e imediatos da vida social, os debates dos referidos temas limitaram-se, por muitos anos, ao âmbito das ciências biomédicas, sendo, por vezes, relegados a práticas psiquiátricas de horizonte absolutamente restrito (TRINDADE, 2016).

Os autores Uziel, Mello e Grossi (2006) destacam que ao refletirmos sobre os direitos civis das pessoas LGBTI⁷², geralmente temos em mente adultos a quem são negadas prerrogativas elementares de cidadania. Isto se dá, especialmente, no âmbito da conjugalidade e da parentalidade, dada a recente conquista de arcabouço legal que regulamentou as uniões afetivo-sexuais entre pessoas do mesmo sexo e a adoção de crianças por homens e mulheres cuja orientação sexual e identidade de gênero não sejam convencionais. Como diria Arent (1989 p.403) “só conseguimos perceber a existência de um direito a ter direitos (e isto significa viver numa estrutura onde se é julgado pelas ações e opiniões) e de um direito de pertencer a algum tipo de comunidade organizada”.

Difícilmente pensamos que jovens e crianças possam também ter seus direitos civis negados por serem filhos e filhas de pais e mães homossexuais. Para Uziel, Mello e Grossi (2006), na escola, essas famílias são geralmente invisíveis, com pais e mães muitas vezes orientando seus filhos e filhas a omitirem de seus colegas, professores, funcionários e diretores a composição não-convencional de sua família, especialmente nos casos em que as crianças convivem com um casal de indivíduos do mesmo sexo, por receio de que sejam vítimas de preconceito, de discriminação e de violência. Poucas são também as iniciativas, nas escolas, voltadas a escutar e a respeitar estas diferenças na organização familiar de seus estudantes, mesmo nos casos em que é visível o compartilhamento da guarda ou adoção das crianças por casais não-heterossexuais.

Arent (1989) se referia a um ser humano “abstrato”, que não existia em parte alguma, pois até mesmo os selvagens viviam dentro de algum

72 Sigla para denominar Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais ou Transgêneros e Intersexuais.

tipo de ordem social, assim estes grupos, quando se tornam invisíveis para a sociedade, também se tornam invisíveis na garantia de ter direitos e gozar deles. Esta invisibilidade, faz com que essas pessoas fiquem à margem de nossa sociedade e, portanto, longe de pertencerem ao ordenamento jurídico que não só os proteja, mas também que permita que vivam incluídas em todos os aspectos sociais de uma vida em sociedade, seja na escola, na rua, no ambiente de trabalho e em espaços públicos.

As pessoas a quem Arendt (1989) chama de “destituídas de direitos” compartilham a indiferença e o desdém tanto da sociedade quanto dos governos os quais devem garantir a dignidade humana por eles outorgada.

Comte-Sponville (2009) diz que a orientação sexual é direito da pessoa, atributo da dignidade. O fato de alguém se ligar a outro do mesmo sexo, para uma proposta de vida em comum e desenvolver os seus afetos, está dentro das prerrogativas da pessoa. A identidade dos sexos não torna diferente, ou impede, o intenso conteúdo afetivo de uma relação emocional, espiritual, enfim, de amor, descaracterizando-a como tal.

Furlani (2009) diz que os direitos sexuais são direitos humanos universais baseados na inerente liberdade, dignidade e igualdade de todos os seres humanos. Uma vez que a saúde sexual é um direito fundamental, então a saúde sexual deve ser um direito humano básico. Para assegurar-mos que os seres humanos e a sociedade desenvolvam uma sexualidade saudável, os direitos sexuais devem ser reconhecidos, promovidos, respeitados e defendidos por todas as sociedades de todas as maneiras.

Saúde sexual é o resultado de um ambiente que reconhece, respeita e exercita esses direitos sexuais. A autora também ressalta que a “Declaração dos Direitos Sexuais” foi elaborada no 13º. Congresso Mundial de Sexologia, realizado em 1997, em Valência (Espanha). Posteriormente, foi revisada e aprovada pela Assembleia Geral da Associação Mundial de Sexologia (WAS - World Association for Sexology) em 26 de agosto de 1999, no 14º Congresso Mundial de Sexologia (Hong Kong, República Popular da China, de 23 a 27 de agosto de 1999). Embora tenha sido elaborada no sentido generalizado, no que concerne às diversas identidades sexuais, a Declaração pode ser vista como um documento político, de reivindicações, conquistas, reconhecimento aos grupos e/ou sujeitos subordinados e de respeito a eles.

Furlani (2009) também elenca os direitos sexuais inclusos nos Direitos Universais do Homem: 1. O direito à liberdade sexual – A liberdade

sexual está relacionada à possibilidade de os indivíduos expressarem sua plenitude sexual. Contudo, isto exclui todas as formas de coerção, exploração e abuso em qualquer época ou situações na vida. 2. O direito à autonomia sexual, à integridade sexual e à segurança do corpo sexual – Este direito envolve a capacidade de tomar decisões autônomas sobre a sua própria vida sexual num contexto de ética pessoal e social. Também se relaciona com o controle e o prazer de nossos próprios corpos livres de tortura, mutilação e violência de qualquer tipo. 3. O direito à privacidade sexual – Este envolve o direito às decisões individuais e aos comportamentos ou às condutas em relação à intimidade desde que não interfiram nos direitos sexuais dos outros. 4. O direito à justiça (equidade) sexual – Este se refere à libertação de todas as formas de discriminação relacionadas a sexo, gênero. Para a autora, A ideia de equidade sexual acompanha uma mudança epistêmica na área da sexualidade. Os “direitos sexuais” surgem (e ganham força) num contexto histórico em que se destaca também a força do discurso favorável aos “direitos humanos”.

Com base em Candau (2003), podemos considerar que é um ganho da modernidade, em tempos atuais, reconhecer a dialética entre direitos humanos no geral e os direitos humanos específicos. Nesse sentido é importante pensar que a interseccionalidade, sexualidade, gênero e políticas de inclusão têm como similares serem atributos com significados, histórias, políticas culturais e econômicas, organizadas por hierarquias, privilégios e desigualdades. Assim, é importante se perceber as várias formas pelas quais o gênero cruza-se com um conjunto de outras identidades, e a maneira como essas interseções contribuem para que possamos pensar as questões inerentes ao gênero e à sexualidade na realidade do cotidiano, seja nos espaços público, nas escolas e nas políticas públicas como um todo.

É imperioso dizer também que as desigualdades sociais estão plenamente associadas às diferenças culturais. Os recortes de gênero, raça/etnia, sexualidade implicam incisivamente nas culturas legitimadas, naquelas fortalecidas pela ascensão social, nos espaços de prestígio e identidades privilegiadas. Ressaltamos que a diferença muitas vezes na escola é percebida, no entanto, tratada como invisível. A insistência por uma igualdade versada para uma homogeneização reproduz desigualdades sustentadas em discursos que culpabilizam alunos e alunas pelos seus insucessos, perpetuando-se nesses espaços o desrespeito a direitos, o que possibilita a

vivência de situações vexaminosas pelas pessoas LGBTI, principalmente no que diz respeito ao uso do nome social e ao uso decorrente do nome de registro contidos em sua documentação civil, mesmo sendo discordantes do gênero com o qual se apresentam na sociedade.

Mas se por um lado os espaços escolares/universitários se constituíram como uma representação de um espaço hostil às diferenças, ou foram construídos a partir de uma identificação negativa; por outro, como contraponto a essa imagem de carências, esses mesmos espaços têm sido palco da participação e resistência de diferentes movimentos organizados que atuam principalmente nas esferas da cultura, da educação e da comunicação pela defesa de direitos. É preciso buscar esses pontos de resistência, localizar as alternativas que emergem do cotidiano desse mesmo espaço.

Durante muito tempo, grande parte dos trabalhos pioneiros em gênero tinham como foco exclusivo as mulheres e a maternidade. Todavia, nos últimos anos, as discussões das relações de gênero ganharam abordagem mais ampla, com a inclusão de temas como masculinidade, homossexualidade, travestilidade, e mudanças de gênero. Nesse cenário, floresceram, ainda, algumas pesquisas específicas acerca de transexualidade⁷³, temática que vem crescendo substancialmente, sobretudo por conta das transformações socio-culturais relacionadas à visibilidade pública do movimento LGBTI.

Borrillo (2009) diz que a homofobia está presente nos insultos, nas piadas, nas representações caricaturais e na linguagem cotidiana, apontando gays, lésbicas, transsexuais, transgêneros e outros como criaturas grotescas e desprezíveis. No ambiente escolar, os conceitos familiares sobre a sexualidade se manifestam, dessa forma, afastando a população LGBTI do espaço e convivência escolar.

O movimento LGBTI é um dos avanços mais importantes da última década dentro dos movimentos sociais no Brasil, tendo em vista que ele vem trazendo à tona a dificuldade dos profissionais inseridos nos espaços educacionais em lidar com a questão, faz também com que esses sujeitos possam se expressar cultural e socialmente, reconhecendo seus corpos e resgatando sua autoestima.

Dentre diversas propostas a serem debatidas e desenvolvidas no ambiente escolar, o estudo sobre identidade e gênero na esfera da diversida-

73 Interessantes estudos a respeito de transexualidade podem ser encontrados em Almeida (2005, 2010 e 2012); Bento (2006, 2008 e 2009) e Murta (2007 e 2011).

de humana se torna bastante desafiador. Durante algum tempo, a ideia de dialogar com a educação numa perspectiva emancipatória parecia distante e inatingível, mas precisamos compreender que é imprescindível uma reflexão aprofundada sobre a identidade, a maneira como ela é construída e o sentido que ela toma no cotidiano das escolas. Sabemos também que o preconceito e a discriminação adentram as salas de aula e promove diversos efeitos, entre eles a evasão por questões raciais, como já foi notificado em pesquisas, como a realizada pela Pesquisa Nacional de Amostra de Domicílios (PNAD) em 2011, assim, percorreremos caminhos mais ousados, no que tange conhecer possíveis trajetórias educativas de êxito de travestis e transexuais no ensino superior. Não raro toma-se conhecimento das dificuldades que esses sujeitos passam no ambiente educativo.

A escola não é um campo neutro onde, após entrarmos, os conflitos sociais, raciais e de gênero permanecem do lado de fora. A escola é um espaço sociocultural em que convivem os conflitos e as contradições. O tempo de escola ocupa um lugar privilegiado na vida de uma grande parcela da população brasileira. Esse tempo constitui registros, lembranças, produz experiências e deixa marcas profundas naqueles que conseguem ter acesso à educação escolar (GOMES, 1996). Partimos da afirmação que a preocupação por uma educação que respeite e valorize as diferenças culturais é algo presente hoje tanto em diferentes organismos internacionais, quanto em organizações governamentais, mas que teve mais forte impulso a partir da ação de atores da sociedade civil.

Seffner (2009) estabelece que a escola pública brasileira vive hoje o desafio de aceitar os “diferentes”, aqueles desde sempre ausentes do espaço escolar, ou que nele estiveram apenas por breves passagens, sendo logo excluídos. São diferenças de raça, etnia, classe social e econômica, orientação sexual, organização familiar, pertencimento religioso, diferenças físicas em termos de possibilidades do corpo (cadeirantes, alunos com deficiências físicas como a surdez), diferenças de geração (alunos mais jovens e alunos mais velhos misturados na mesma turma), e muitas outras. Mas o desafio vai além da aceitação, o compromisso maior da escola é com a garantia da aprendizagem desses alunos, pois escola é lugar de aprendizagem, essa é a tarefa da escola e principalmente do professor, o profissional que lá está para organizar e avaliar as aprendizagens. Para muitos educa-

dores, a escola pública brasileira foi, e ainda é largamente utilizada como instrumento de exclusão da cidadania.

Depois do núcleo familiar, a escola é nosso segundo núcleo de convivência e sociabilidade. É o espaço em que vivemos mais tempo em nossas vidas. Também é o espaço onde estão presentes inúmeros conflitos sociais, dentre esses, a questão da sexualidade e o debate acerca da homofobia escolar. Para Lionço & Diniz (2009) a escola é um espaço de novas práticas sociais e saberes compartilhados e a vida escolar não se resume à socialização formal de crianças e adolescentes, pois também é uma experiência potencial de revisão e crítica de práticas sociais injustas e discriminatórias.

Seffner (2009) ratifica a escola como um espaço público. É o local onde os alunos podem aprender de forma intensa a negociar as regras de convívio em espaços públicos, conhecimento que será necessário até o fim da vida. O estigma e a discriminação são barreiras à construção da cidadania plena de qualquer indivíduo. Não devem, portanto, ser admitidos no espaço escolar. Para o autor, o ingresso, a acolhida e a efetiva inclusão de alunos gays, alunas lésbicas e jovens travestis, para ficar apenas nesses três exemplos de diversidade sexual, exigem da estrutura escolar muita modificação. A primeira é a abolição das piadas e das manifestações sexistas, tão comuns entre professores e professoras acerca dos alunos e das alunas “diferentes” dos padrões heterossexuais ditos “normais”. Não é possível educar num ambiente de falta de respeito e a agressão – verbal e até mesmo física – tem sido uma arma de expulsão de indivíduos que não se enquadram na regra da heteronormatividade. É necessário construir um ambiente de respeito e aceitação, o que não significa permitir que todos os desejos dos alunos em relação à vida amorosa e particularmente sexual sejam admitidos na escola.

Pereira, Leite Jr e Pocahy (2016) definem a escola como uma instituição especializada na educação das novas gerações e uma das suas finalidades específicas e sistemáticas, para os autores, está a programação para apenas formar os sujeitos para as habilidades sociais e de inteligibilidade cultural, o que não inclui experiências humanas mais significativas, mas aqueles que interessam aos grupos dominantes e ao Estado.

Louro (2016) afirma que, historicamente, a Educação foi construída e marcada por discursos carregados de positividade e de normas, por isso o uso qualificativo de “bem-comportada”. Essa marca é muito evidente nas

instituições educativas – escola, família, igrejas – mas é também observável em incontáveis instâncias pedagógicas da contemporaneidade. Novelas, cinema, publicidade, campanhas políticas e campanhas de saúde, blogs e redes sociais costumam se mostrar carregados de “mensagens”, “lições”, “recomendações”. Nesses espaços, costuma-se reconhecer discursos de solidariedade, cooperação, engajamento ou união. Contudo, poucas vezes fica evidente o quanto essas instâncias pedagógicas são permeadas por conflitos, o quanto abrigam e produzem hostilidades, insultos e mágoas. Falar de ódio quando se fala em Educação – mesmo em um sentido amplo – parece heresia ou má vontade.

Para Junqueira (2009), ao longo de sua história, a escola brasileira estruturou-se a partir de pressupostos fortemente tributários de um conjunto dinâmico de valores, normas e crenças responsáveis por reduzir a figura do “outro” (considerado “estranho”, “inferior”, “pecador”, “doente”, “pervertido”, “criminoso” ou “contagioso”), influenciada por uma sociedade dominante, racista e patriarcal, assim, todos aqueles e aquelas que não se enquadrassem com o único componente valorizado pela heteronormatividade e pelos arsenais multifacetados a ela ligados – centrados no adulto, masculino, branco, heterossexual, burguês, física e mentalmente “normal”, são discriminados, hostilizados ou muitas da vezes tornados invisíveis.

O autor ainda ressalta que a escola se configura um lugar de opressão, discriminação e preconceitos, no qual e em torno do qual existe um preocupante quadro de violência a que estão submetidos milhões de jovens e adultos LGBTI.

Nos últimos anos têm se discutido amplamente entre os movimentos sociais a questão de gênero na escola e no ambiente acadêmico, principalmente no que diz respeito à inclusão de LGBTIs nesses espaços e como lidar com a questão sem discriminar esses sujeitos, convivendo com as diferenças de gênero. No caso dos travestis e transgêneros, no imaginário popular, por mais que se venha discutindo abertamente a questão, ainda se tem a ideia de que se tratam de pessoas que vivem de glamour, sexo e violência, ou seja, para muitos a questão da transexualidade perpassa a questão da prostituição. Silva (1993 p.82) resume esse pensamento social: “o universo dos travestis não é mais e nem menos complexo que nenhum outro. Apenas como qualquer outro contém especificidades que exigem cuidados específicos”.

Como se sabe, o universo da transexualidade é marcado por preconceitos e intolerâncias e é atravessado por inúmeras controvérsias, o que evidencia a necessidade de novos estudos sobre o tema, com vistas à exploração de horizontes mais amplos. Nesse contexto, pretende-se elucidar alguns dos pontos relevantes à compreensão da violência institucional incidente sobre a população LGBTI, conferindo maior visibilidade ao debate na Academia e na sociedade.

De modo geral, as pessoas que possuem uma orientação sexual diferente da heterossexual têm em comum – independentemente de classe socioeconômica, raça, etnia, escolaridade e outros marcadores sociais – um histórico de sofrimento psíquico, rejeição familiar, discriminações, estigmas e dificuldades de inserção na sociedade. A transfobia⁷⁴ manifesta-se nos mais variados espaços sociais – escola, família, trabalho e vizinhança – agravando-se em decorrência da omissão das instituições públicas e privadas que, teoricamente, deveriam contribuir para a redução do preconceito. Nessas circunstâncias, tendo em vista o cenário de segregação, transfobia e institucionalização da violência, é imprescindível a garantia efetivação mínima de direitos, contrapondo-se a todas as formas de discriminação firme posicionamento nas lutas em prol da superação de preconceitos enraizados e da construção de uma sociedade igualitária e pautada pela universalidade dos direitos previstos na Constituição.

Há várias décadas o movimento LGBTI no país, têm denunciado injustiças, desigualdades e discriminações, reivindicando igualdade de acesso a bens e serviços e reconhecimento político e cultural na educação escolar, nos currículos escolares e nos cursos de formação inicial e continuada de professores. Neste sentido, Candau *et. al* (2010 p. 354) ressaltam que “a problemática das relações entre a diferença cultural e educação é de especial relevância para a construção de uma sociedade verdadeiramente democrática”.

74 A transfobia pode ser compreendida como um grave quadro de hostilidade e violência contra pessoas transexuais, submetidas ou não à cirurgia de transgenitalização. A violência transfóbica, independentemente da subjetividade masculina ou feminina, desencadeia processos discriminatórios, estigmatizantes e de exclusão, voltados contra tudo que remeta, direta ou indiretamente, a práticas sexuais e identidades discordantes do padrão heterossexual e dos papéis estereotipados de gênero (SCHRAMM; BARBOZA; GUIMARÃES, 2010).

Para Masiero (2016) o movimento LGBTI é um protagonista importante no campo de lutas que incidem sobre a sexualidade e a homofobia e, diante do problema empírico representado pela violência homofóbica, tem como uma das suas principais pautas a demanda por sua criminalização.

Nos últimos anos, a sociedade brasileira tem acompanhado a atuação cada vez maior de grupos que demandam o reconhecimento das diferenças no espaço escolar, entre elas as diferenças de gênero. Tanto no campo normativo, como nas práticas pedagógicas, a educação brasileira tem se defrontado com o desafio de se transformar: deixar de negar física ou simbolicamente esse/o outro/ o sujeito, para propor dinâmicas que impactem o fazer educativo. Importante ainda salientar que nos referimos ao conceito de diferença, tendo como base as discussões desenvolvidas por Bhabha (1998) e Hall (2000) e, desse modo, trabalhamos em uma perspectiva de reconhecimento de identidades culturais específicas como construções históricas, múltiplas, mutáveis e contraditórias, e não como um ser único, universal e essencializado.

Dado o exposto, a discussão de gênero e sexualidade nas escolas e universidades se faz importante com a finalidade de pesquisar como esses sujeitos conseguiram romper com todas as dificuldades e se manterem nesses espaços que, muitas vezes, se tornam hostis. São muitas questões a serem levantadas: como foi para elas/eles se manterem no ambiente escolar/universitário? Como é a relação professor/educador/estudante? Qual o impacto da entrada desses sujeitos nesses espaços e quais as novas adequações para atender as especificidades do grupo?

Para Souza, Silva e Santos (2016), temos a necessidade urgente de uma formação docente que discuta a diversidade sexual na escola de forma pluralista e democrática, embasados pelos direitos humanos, tendo em vista que, para os autores, o desconhecimento dos educadores acerca desses assuntos leva à omissão de práticas homofóbicas sutis, corriqueiras ao espaço escolar, tais como apelidos pejorativos, piadinhas que causam em muitos alunos dor e sofrimento e leva muitos a abandonarem os bancos escolares, configurando uma terrível violação de direitos. A discussão sobre gênero e sexualidade nas escolas se faz urgente, pois só com esse debate evitaremos que gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transgêneros tenham seu direito à educação negado ou negligenciado por pais e educadores e, assim, evitando a evasão escolar e o abismo da exclusão social dessas pessoas.

Portanto, quando a discussão de gênero e sexualidade é negada ao ambiente escolar, estamos negando o direito das pessoas a vivenciarem suas experiências e seus corpos de forma que melhor lhes convêm, tornando-as excluídas da sociedade. O espaço escolar tem sido palco para inúmeras agressões a jovens por causa de sua orientação sexual ou de gênero, o “massacre” desses meninos e meninas se dá justamente pela falta de um diálogo sobre gênero e sexualidade, que muitos não têm em seus núcleos familiares e a escola se exime da responsabilidade da abordagem deste assunto por diferentes fatores. As agressões e violência se mostram mais incisivas e constantes quando os jovens começam a não querer participar de atividades relacionadas a seu sexo biológico, impostas pela sociedade ou quando não são respeitados e reconhecidos por sua orientação sexual.

Mott (2003 p.105) sinaliza que “geralmente, quando ainda estão cursando o ensino fundamental, por volta dos 13 ou 14 anos, as jovens travestis começam os processos de hormonização e de mudanças corporais, depois vem o preconceito”. A família, que seria seu lugar de acolhimento e afeto, se torna um espaço de violência, estigma, preconceito e rejeição. Com o rompimento de vínculos familiares e exclusão escolar, muitos têm como único meio de vida a prostituição. Assim, continuam invisíveis, marginalizados e ausentes de direitos e cidadania. Convém acrescentar que segundo Reis e Muzzeti (2016) a violência sofrida pelas minorias sexuais e de gênero se manifesta de diversas formas e facetas, dentre elas por meio da violência simbólica, comumente empregada em casos de discriminação na e da escola.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os movimentos sociais organizados a partir da década de sessenta e a consolidação dos direitos humanos no fim da Segunda Guerra Mundial desencadearam uma perspectiva de luta por efetivação de direitos, além da luta contra o preconceito e a violência sofridos pela população LGBTI durante todos os tempos. Essa população que até então foi considerada invisível e marginalizada sem ter ao menos o direito a ter direitos.

Muito recentemente, para não dizer somente nas últimas duas décadas, que tivemos avanços legais no contexto brasileiro, como: despatologização da homossexualidade, reconhecimento e habilitação de casamentos

homoafetivos, mudança de nome social, alteração de nome e gênero sem necessidade de cirurgia, alteração de registro civil para pessoas transexuais e, mais recentemente, a criminalização da LGBTfobia⁷⁵. Tudo isso demonstra como essas pessoas sofreram e ainda sofrem para além se reconhecerem, sair da invisibilidade institucional, social e legal. O Estado necessita rever não somente marcos legais, mas diferentes formas de práticas que tragam esta realidade para o nosso cotidiano.

A organização destes grupos em movimentos sociais que articulem e lutem em favor de avanços legais e de mudanças de paradigmas se mostra constante. A família, a escola e a sociedade têm o dever de discutir e fomentar cada vez mais o tema da sexualidade e as diferentes formas de exercê-las expressas nos indivíduos.

A educação é uma das principais portas que a população LGBTI tem no exercício da sua cidadania, por ser um direito básico e muito importante para o desenvolvimento destes sujeitos na construção de sua independência, de seu reconhecimento, de respeito e de sua emancipação.

O ambiente escolar/universitário, portanto, é onde a afirmação dos direitos humanos, como um todo, torna-se ainda mais urgente no que diz respeito às diferenças entre gêneros e orientações sexuais, pois, como assinala Chauí (1989 p.288), “a prática de declarar direitos significa, em primeiro lugar, que não é um fato óbvio para todos os homens que eles são portadores de direitos e, por outro lado, que não é um fato óbvio que tais direitos devam ser reconhecidos por todos”. Isso, nos mostra a necessidade de que tenhamos “debaixo de nossos olhos” todos aqueles que podem, tem e devem ter direitos.

A declaração de direitos no âmbito social e político afirma uma origem social e política e se apresenta como objeto que pede o reconhecimento de todos. Assim, em todo o país a ideia da educação pública e da igualdade de direitos se mostra fragilizada. A discussão de temáticas como gênero, sexualidade, políticas de ações afirmativas e de direitos humanos faz com que se reconheçam uma série de ausências de direitos fundamentais para Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais ou Transgêneros e Intersexuais, o que faz com que essas pessoas precisem a todo tempo reafirmá-los e buscar estratégias para a sua garantia.

75 Termo utilizado para definir e conceituar rejeição ou aversão a Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais ou Transgêneros e Intersexuais.

Discutir o universo da transexualidade é sempre muito arriscado. A tensão é óbvia, pois se trata de terreno movediço, com resultados que não convergem para nenhuma possibilidade de certeza. Ademais, há enorme responsabilidade intelectual e ético-política, em função da delicadeza do tema, temperada pelo receio de não se conseguir abordá-lo com sensibilidade, lucidez e aprofundamento necessários. Afinal, a realidade de sofrimento, humilhações, repúdio familiar, segregação social e o cotidiano com situações vexatórias que permeiam a vida dessas pessoas não são facilmente captados por quem não vivencia a situação diretamente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARENDDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- BHABHA, Homi K. **O local da cultura**. Belo Horizonte, Ed. UFMG: 1998.
- BORRILLO, Daniel. A homofobia. In: LIONÇO, Tatiana; DINIZ, Debora (Org.). **Homofobia & educação: um desafio ao silêncio**. Brasília: Letras Livres, 2009.
- CANDAU, VERA. Didática e Interculturalismo: uma aproximação. In: LISITA, Verbena Moreira S. de S. & SOUSA, Luciana, Freire E. C.P. (Orgs.) **Políticas educacionais, práticas e alternativas de inclusão escolar**. Rio de Janeiro, DP&A: 2003.
- CHAUÍ, Marilena. Direitos humanos e medo. In: FESTER, A. C. R. (org.) **Direitos humanos e...** São Paulo: Brasiliense, 1989.
- COMTE-SPONVILLE, Andre. **A vida Humana**. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes. (2009)
- FURLANI, Jimena. **Direitos Humanos, Direitos sexuais e pedagogia Queer: o que essas abordagens tem a dizer à Educação sexual? IN: Diversidade Sexual na Educação: problematizações sobre a homofobia nas escolas** –: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, UNESCO, 2009. Brasília.

- GOMES, Nilma Lino. **Educação, identidade negra e formação de professores/as: um olhar sobre o corpo negro e o cabelo crespo.** In: Revista Educação e Pesquisa, São Paulo, v.19, n.1, p. 167-182, jan/jun. 2003.
- _____. **Educação, Raça e Gênero: relações imersas na alteridade.** Cadernos Pagu (6-7), p.67-82, 1996.
- HALL, Stuart. **Identidade cultural na pós-modernidade.** Rio de Janeiro: DP&A, 2000.
- HENRIQUES, Ricardo. **Raça e gênero nos sistemas de ensino: os limites das políticas universalistas na educação.** Brasília: UNESCO, 2002.
- JUNQUEIRA, Rogerio Diniz. **Homofobia nas escolas, um problema de todos. In: Diversidade Sexual na Educação: problematizações sobre a homofobia nas escolas —: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, UNESCO, 2009. Brasília.**
- LIONÇO, T.; DINIZ, D. (org.). **Educação & Homofobia: um desafio ao silêncio.** Brasília: Letras Livres : EdUnB, 2009.
- LOURO, Guacira Lopes. **Discurso de ódio. In: Discurso, discursos e contra-discursos latino-americanos sobre a diversidade sexual e de gênero.** Modo de acesso: Word Wide Web. Disponível em:<<http://www.abeh.org.br><http://editorarealize.com.br/revistas.php>>. Acesso em: 02 maio 2019.
- MASIERO. Clara Moura. **O movimento LGBT e a criminalização da Homossexualidade.** In: **Discurso, discursos e contra-discursos latino-americanos sobre a diversidade sexual e de gênero.2016** Modo de acesso: Word Wide Web. Disponível em:<<http://www.abeh.org.br><http://editorarealize.com.br/revistas.php>>. Acesso em: 03 maio 2019.
- MOOT, Luiz. **Crônicas de um gay assumido.** Editora Record, Rio de Janeiro, 2003.

- PEREIRA, Lidiand Mendes; LEITE JR, Francisco Francinete; POCAHY, Fernando Altair. **Problemas de gênero para o no trabalho docente: reflexões a partir de um cotidiano escolar.** In: **Discurso, discursos e contra-discursos latino-americanos sobre a diversidade sexual e de gênero.** Modo de acesso: Word Wide Web. Disponível em: <<http://www.abeh.org.br>>; <<http://editorarealize.com.br/revistas.php>>. Acesso em: 01 maio 2018.
- PIOVESAN, Flavia. **Temas de direitos humanos.** 9º ed. São Paulo: Max Limonad, 2016.
- REIS, Fernanda; MUZETTI, Luci Regina. **Diversidade sexual e relações de gênero na escola: algumas reflexões sobre os impactos de uma política pública para a formação de professores.** In: **Discurso, discursos e contra-discursos latino-americanos sobre a diversidade sexual e de gênero.** Modo de acesso: Word Wide Web. Disponível: <<http://www.abeh.org.br><http://editorarealize.com.br/revistas.php>>. Acesso em: 18 jun.2018.
- SANTOS, B. de S. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade.** 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- SCOTT, Joan W. **Gênero: uma categoria útil de análise histórica.** In: Revista Educação & Realidade. Porto Alegre, vol. 20, nº 2, jul/dez 1995, pp.71-9.
- SEFFNER, Fernando. **Equívocos e armadilhas na articulação entre diversidade sexual e políticas de inclusão escolar.** In: **Diversidade Sexual na Educação: problematizações sobre a homofobia nas escolas** —: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, UNESCO, 2009. Brasília.
- SOUZA, Elaine de Jesus; SILVA, Joilson Pereira da & SANTOS, Claudiene. **Diversidade sexual e Direitos Humanos: o que pensam os/as educadores/as** In: **Discurso, discursos e contra-discursos latino-americanos sobre a diversidade sexual e de gênero.** Modo de acesso: Word Wide Web. Disponível em: < <http://www.abeh.org.br>; <<http://editorarealize.com.br/revistas.php>>. Acesso em : 5 jun.2019.

TRINDADE, J. D. de L. **História Social dos Direitos Humanos**. São Paulo. Ed. Petrópolis, 2002.

TRINDADE, M. **A assistência à saúde de pessoas transexuais: aspectos históricos do Processo Transexualizador no Estado do Rio de Janeiro**. Dissertação (mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Serviço Social, 2014.

_____. **Aspectos Históricos do Processo Transexualizador no Rio de Janeiro**. Ed. Gramma, Rio de Janeiro, 2016.

UZIEL, A. P.; GROSSI, M. P ; MELLO, L. (2006). **Conjugalidades e parentalidades de gays, lésbicas e transgêneros no Brasil**. Estudos Feministas, Florianópolis, v. 14, n. 2, p. 481-487.

A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À ORIGEM GENÉTICA DOS FILHOS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA SOB A LUZ DA TEORIA DA INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN

Tâmis Hora Batista Fontes Couvre

INTRODUÇÃO

O avanço biotecnológico e o cenário atual globalizado desencadearam novos dilemas éticos, morais e jurídicos. As técnicas de Reprodução Humana Assistida (RHA), por exemplo, ampliaram as possibilidades de procriação do ser humano e, com isso, novas relações de parentesco surgiram, sobretudo quando o processo de fecundação utiliza material genético de terceira pessoa, altruísta e que abre mão do seu poder pátrio em benefício do projeto parental de outrem.

Tais avanços biomédicos ainda remanescem desprovidos de tutela legal, porém, no atual estágio do constitucionalismo, não há que se depender da atuação do legislador para concretização dos direitos fundamentais. Logo, embora tratem de dilemas complexos e inéditos, se envolvem direitos fundamentais, base moral da comunidade de princípios referida por Ronald Dworkin, a sua concretização é direito de todos e dever do Poder Público (LOPES, 2013).

Esse artigo fará, então, uma breve exposição das técnicas de RHA e da omissão do legislador brasileiro sobre a temática. Ademais, tratará do

direito do ser humano conhecer suas origens genéticas, ou seja, ter acesso aos dados daquele que geneticamente provém, e da questão da concretização desse direito fundamental, num contexto de possível conflito entre o ser humano gerado a partir da RHA heteróloga e a pessoa que doou seu material genético, sob o manto do anonimato. Essa é apenas uma, dentre as possíveis questões ético-jurídicas de difícil resolução que surgem com a nova realidade social, imposta pela evolução da biomedicina, e que despertam a argúcia dos juristas a fim de tecer ilações, que ao menos sirvam de base para a solução dos casos concretos.

Portanto, ao final, pretende-se analisar os métodos interpretativos sugeridos pelo jusfilósofo Ronald Dworkin, a fim de buscar a melhor forma de elaboração e aplicação das normas jurídicas, bem como de evitar a tomada de decisões judiciais subjetivas, arbitrárias e/ou fundamentadas, primordialmente, na preferência pessoal do julgador.

1 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: BREVE EXPOSIÇÃO DAS TÉCNICAS E DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O TEMA

A humanidade vivenciou nos últimos séculos o desenvolvimento das técnicas de reprodução humana assistida, importante avanço biotecnológico que auxilia a realização do planejamento familiar⁷⁶ conjugado ao sonho da procriação. Nesse sentido, mesmo que a natureza tolha um casal do privilégio de ter prole e este não opte pela adoção, hoje é perfeitamente possível ter um “filho de sangue” utilizando as técnicas de RHA (ALMEIDA JÚNIOR, 2003).

Sobre o planejamento familiar, Maria Claudia Crespo Brauner afirma que:

Considerando que o projeto parental está vinculado ao direito à intimidade e à liberdade das pessoas, não se pode aceitar que o Estado possa intervir na limitação ou no cerceamento do direito ao planejamento familiar, previsto no § 7º do art. 226 da CF/88. Por outro lado, o Estado deve disponibilizar as condições para que

76 Direito reconhecido no § 7º do art. 226, da Constituição Federal de 1988 e regulamentado através da Lei nº 9.263 de 1996.

as pessoas possam buscar superar a infertilidade, tendo condições de organizar sua vida reprodutiva, de gerar filhos, tendo como pressupostos o respeito à autonomia e a responsabilidade parental, seguindo a orientação da própria Constituição. Trata-se do reconhecimento dos direitos reprodutivos que não podem ser desrespeitados (2009, p. 33).

Maria Helena Diniz acrescenta que “a reprodução humana assistida, conjunto de operações para unir, artificialmente, os gametas feminino e masculino, dando origem a um ser humano, poderá dar-se pelos métodos ZIFT e do GIFT” (2009, p. 543).

O método ZIFT (Zibot Intra Fallopian Transfer) concretiza a técnica de RHA chamada de “fertilização *in vitro*”, ou extracorpórea, através da qual a fecundação ocorre fora do organismo dos pretensos genitores. Enquanto o método GIFT (Gametha Intra Fallopian Transfer) refere-se à técnica de nome “fertilização *in vivo*”, ou intracorpórea, pois ocorre quando a fecundação se dá dentro do organismo vivo, ou seja, quando são introduzidos apenas os gametas masculinos no corpo da mulher (DINIZ, 2009, p. 543).

Assim, após a fertilização *in vitro* ou para que ocorra a fertilização *in vivo*, cumpre dizer que a “inoculação” do material genético (embrião ou gameta, respectivamente) na mulher, que gestará o ser humano em formação, recebe o nome de inseminação artificial. Tal inoculação, a depender do material genético que carregue, definirá a prática como *heteróloga* ou *homóloga*.

A inseminação artificial será *homóloga*, também chamada de intraconjugual, quando os gametas utilizados na inseminação forem provenientes de um casal, casado ou vivendo em união estável, que assumirá a paternidade e maternidade da criança (FERNANDES, 2000, p. 57). Portanto, para que ocorra a inseminação homóloga é necessária a concordância expressa dos envolvidos, assim como deve haver esclarecimentos prévios dos médicos sobre os procedimentos e riscos aos quais os envolvidos estão sujeitos.

Este tipo de inseminação, à primeira vista, não acarreta conflitos, nem fere princípios jurídicos, encarado como um serviço que a medicina presta a vida humana, pois o ser gerado tem os componentes genéticos do próprio marido/companheiro e da mulher/convivente (LEITE, 1995, p. 40).

Contudo, a prática será *heteróloga* quando o material genético (óvulos e/ou espermatozoides) utilizado derivar de um terceiro anônimo estranho ao casal, ou seja, um doador, por impossibilidade biológica dos pretensos pais (LEITE, 1995, p. 395-396). Destarte, é possível prever uma nova questão jurídica que provém da técnica heteróloga por doação de sêmen: o estabelecimento de nova relação de paternidade, que deverá ser imputada ao pai que planeja ter a criança (afinidade) e não ao homem que forneceu o material genético para a concepção de forma altruísta e anônima.

Então, ao contrário da técnica homóloga, a RHA heteróloga pode utilizar sêmen de doador que se propõe anônimo, oferecendo seus gametas para viabilizar o projeto parental de outrem e que nessa função não deseja desenvolver vínculos afetivos ou responsabilidades patrimoniais em relação ao ser gerado. Por outro lado, tem-se uma criança que, embora tenha mãe e pai, ao crescer poderá reclamar o direito de conhecer sua ascendência genética e quem sabe querer exigir direitos sucessórios do doador que lhe possibilitou o nascimento.

Importante salientar que o Código Civil Brasileiro de 2002 traz no art. 1.597, IV e V, a presunção da filiação nos casos de inseminação artificial homóloga e heteróloga, sendo nesta última condicionada à outorga marital, a saber:

Art. 1597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

[...]

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V- havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha havido prévia autorização do marido.

Além do artigo transcrito, não há outras leis brasileiras que tratem do tema. A conduta médica e das clínicas envolvidas com inseminação artificial seguem, então, reguladas por Resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM), restando ao Poder Judiciário dirimir quaisquer dúvidas e incertezas quanto às suas consequências diante das possíveis demandas jurisdicionais que requeiram o direito à ascendência genética.

Atualmente, a Resolução do CFM que tem regulado a prática de RHA é a de nº 2.168/2017, em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que trazem maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos; tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros, mas que não possui força de lei e não obriga os particulares envolvidos nessas práticas.

Portanto, a motivação em trazer à baila esse tema é contribuir com o aprofundamento da análise sobre a concretização do direito fundamental e personalíssimo de conhecer a sua origem genética, servindo de base para uma futura, justa e necessária legislação e/ou decisão judicial.

2 O DIREITO DO SER HUMANO CONHECER SUAS ORIGENS

O direito ao conhecimento da origem biológica, também conhecido como direito à identidade genética ou, simplesmente, direito ao conhecimento das origens, advém do princípio da dignidade da pessoa humana que está elencado como direito fundamental no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

A dignidade da pessoa humana, segundo Alexandre de Moraes (2007, p. 46),

[...] é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Sobre a ideia de dignidade, Dworkin afirma que:

A ideia de dignidade tem sido distorcida por abusos e más utilizações. Surge regularmente em convenções de direitos humanos, em constituições políticas e, com ainda menos discriminação, em

manifestos políticos. É usada de forma quase geral para proporcionar um pseudoargumento ou apenas para apresentar uma carga emocional: os opositores da cirurgia genética pré-natal dizem que é um insulto à dignidade humana o facto de os médicos poderem tratar doenças ou deficiências num feto. Ainda assim, seria uma pena submeter uma ideia importante ou até um nome familiar a esta corrupção. Devemos, ao invés, assumir a tarefa de identificar uma concepção razoavelmente clara e cativante da dignidade [...] (2012, p. 212).

Apesar de ser utilizada genericamente, com abusos e distorções, como alerta Dworkin na transcrição acima, há consenso sobre a importância de se preservar a dignidade humana. Segundo Almeida Júnior (2003), “a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana significa o reconhecimento de que o Estado existe em função da pessoa humana, e não o contrário. O homem constitui finalidade precípua, e não é mero meio da atividade estatal”.

Sendo assim, o direito à identidade genética vem assegurar a dignidade da pessoa, que poderá livremente dispor das informações que auxiliam na descoberta de fatores que compõem a sua personalidade ou influenciam a sua autodeterminação. Ademais, é manifestação de direito da personalidade, pois seu genoma define suas peculiaridades, bem como do direito à saúde, porquanto a necessidade de descobrir quem o originou pode advir de tratamento por problemas de saúde.

Merece transcrição a conceituação dada por Sheila Spode e Tatiana da Silva (2007):

Define-se o direito à identidade genética como a prerrogativa de todo cidadão de, independentemente de possuir um “pai”, conhecer o seu verdadeiro genitor, ou seja, ter acesso à sua origem genética. O direito à identidade genética é direito fundamental de todo ser humano, caracterizando-se por ser personalíssimo, indisponível e intransferível. Tal caráter personalíssimo faz com que o seu exercício seja de prerrogativa exclusiva do indivíduo concebido, de forma que não pode ser obstaculizado por parte do pai ou da mãe, e tão menos pela própria Lei.

Importante dizer que, o direito ao conhecimento das origens foi consagrado no ordenamento jurídico brasileiro pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu artigo 48, quando de sua nova redação dada pela Lei nº 12.010 de 2009, a saber:

Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos.

Observe que a lei que impõe a quebra de quaisquer vínculos jurídicos entre o adotado e seus pais biológicos é a mesma que confere a possibilidade de se conhecer a identidade civil dos ascendentes biológicos, por força dos direitos da personalidade. Contudo, frise-se, uma vez estabelecida a adoção, embora haja a necessidade de foro íntimo em conhecer a origem biológica, não há que se falar em retorno do poder aos pais biológicos.

Da mesma forma pode-se interpretar uma possível concessão de quebra de sigilo da identidade do doador de sêmen, em prol do direito ao conhecimento das origens, já que o doador perde o vínculo com o material oriundo de seu organismo no momento que realiza conscientemente a doação. Assim, a proteção à dignidade humana consubstanciada na perda do anonimato do doador de sêmen não afronta o direito de filiação pré-estabelecido. Quanto à moderna relação de filiação, Lôbo (2004) conclui que estão “muito mais para uma ideia de paternidade fundada no amor e no serviço do que para a sua submissão aos determinismos biológicos”.

Ademais, afirmam Spode e Silva (2007):

[...] a ideia inicial de que o doador está indiscutivelmente protegido pelo anonimato não mais deve se manter, cedendo lugar ao direito do concebido de conhecer a sua origem genética. Ressalte-se, entretanto, que tal entendimento não conduz à conclusão de que o doador possa ser considerado “pai” do concebido, seja para auxílio alimentar, seja para auxílio fraterno. Afinal, a partir do momento em que ele doa o seu material genético, realiza o mesmo ato do pai que doa o filho já concebido, perdendo todo o poder de guarda sobre ele.

Essa interpretação afasta o temor dos laboratórios de que, uma vez derrubado o sigilo das informações, ninguém mais se disponibilizaria a ceder gratuitamente seu sêmen se pudesse ser chamado posteriormente a sustentar um filho indesejado. [...]

Assim, embora o direito ao anonimato da doação seja capaz de afastar a responsabilidade do genitor quanto ao sustento material e afetivo do concebido, tal não tem o condão de afastar o direito deste de, sempre que possuir interesse, obter informações acerca da sua descendência genética paterna.

Nesse passo, cabe trazer a lume a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que reconheceu o direito de filho adotivo em conhecer a identidade dos seus pais biológicos - entendimento consignado posteriormente no próprio ECA, conforme dito alhures; porém, com a observação expressa de que a adoção continuaria irrevogável, estando o filho impedido de demandar contra os genitores:

Adoção. Investigação de paternidade. Possibilidade. Admitir-se o reconhecimento do vínculo biológico de paternidade não envolve qualquer desconsideração ao disposto no artigo 48 da Lei 8.069/90. A adoção subsiste inalterada. A lei determina o desaparecimento dos vínculos jurídicos com pais e parentes, mas, evidentemente, persistem os naturais, daí a ressalva quanto aos impedimentos matrimoniais. Possibilidade de existir, ainda, respeitável necessidade psicológica de se conhecer os verdadeiros pais. Inexistência, em nosso direito, de norma proibitiva, prevalecendo o disposto no artigo 27 do ECA.

(REsp/RS n° 127.541, Terceira Turma, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro. DJ 28/08/2000).

Depreende-se a partir da decisão transcrita que os vínculos biológicos são inegáveis, sendo garantido o direito à ascendência genética ao adotado. A angústia do adotado em conhecer suas origens foi latente, ao ponto de procurar o poder judiciário. Assim, correlaciona-se tal situação ao ser gerado a partir das técnicas de RHA heteróloga, pois da mesma forma que o adotado, ele não sabe quem lhe deu efetivamente origem.

3 A POLÊMICA DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ E O PRINCÍPIO DA INTEGRIDADE PROPOSTO POR DWORKIN

A teoria da integridade de Dworkin pressupõe, inicialmente, que existem dois aspectos distintos: um legislativo e outro jurisdicional. O papel legislativo remete que o parlamento tem o dever de, com sua produção legislativa, tornar o conjunto de leis do Estado moralmente coerente. Já o aspecto jurisdicional impõe aos magistrados que, durante sua atuação judicante, considerem como pilar hermenêutico a coerência moral que deve envolver o ordenamento jurídico como um todo (1999, p. 213).

Ressalte-se que, como já foi dito, o poder legislativo brasileiro permanece inerte com relação à produção legal de parâmetros para a atuação médica e científica envolvendo as técnicas de RHA heteróloga e que disciplinem os possíveis conflitos decorrentes de suas consequências. Assim, importante será a exigência de que tais normas, ao serem efetuadas pelo legislador, garantam a integridade descrita por Dworkin (e aqui defendida):

A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo” (1999, p. 264).

Dessa forma, para este filósofo, a integridade não se reduz a coerência do ordenamento jurídico, ela vai além, ao exigir que as normas públicas sejam criadas e vistas de maneira a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade. A integridade também pode ser entendida como a terceira virtude política, ao lado dos ideais de justiça e da equidade (DWORKIN, 1999, p. 202 e 203), refletindo o compromisso do governo agir de modo coerente e fundamentado em princípios com toda a sociedade.

Ressalte-se que, com relação ao aspecto jurisdicional da integridade, Dworkin assegura que “o princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir

do pressuposto de que foram todos criados por um único autor –a comunidade personificada–, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade” (1999, p. 271-272).

Ademais, não se pode negar que existe a possibilidade de demanda⁷⁷ judicial que verse sobre a colisão entre o direito ao conhecimento da ascendência genética e o direito ao anonimato, também fundamental, do doador de sêmen. E, nessa hipótese, trata-se de caso de difícil resolução justamente porque não pode ser decidido apenas com base em regras, ou porque essas não são claras, ou porque sequer foram escritas. Assim, afirma Dworkin:

Os casos difíceis se apresentam, para qualquer juiz, quando sua análise preliminar não fizer prevalecer uma entre duas ou mais interpretações de uma lei ou de um julgado. Ele então deve fazer uma escolha entre as interpretações aceitáveis, perguntando-se qual delas apresenta em sua melhor luz, do ponto de vista da moral política, a estrutura das instituições e decisões da comunidade – suas normas públicas como um todo. Suas próprias convicções morais e políticas estão agora diretamente engajadas. Mas o julgamento político que ele deve fazer é em si mesmo complexo e, às vezes, vai opor uma parte de sua moral política a outra: sua decisão vai refletir não apenas suas opiniões sobre a justiça e a equidade, mas suas convicções de ordem superior sobre a possibilidade de acordo entre esses ideais quando competem entre si (1999, p. 306).

A base da teoria de Dworkin é a visão do direito como integridade, que preza pela racionalidade na tomada de decisão judicial, capaz de, inclusive, impor ao juiz que produza solução contrária àquela que gostaria de adotar, caso sua preferência prevalecesse. Para Dworkin, “o direito como integridade é diferente: é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração” e aos juízes que decidem

77 A existência do site “The Donor Sibling Registry (DSR)” corrobora a preocupação suscitada. Criado em 2000, existe para conectar filhos concebidos por inseminação artificial heteróloga de qualquer lugar do mundo e auxiliar na procura pelos pais biológicos. Segundo Oliveira (2016) esse site recebe a visita de mais de 12.000 pessoas por mês, localizadas nos mais diversos países do globo, incluindo o Brasil.

casos difíceis “o direito como integridade pede-lhes que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso” (1999, p. 273).

Ademais, a posição dos juízes ao se depararem com um caso difícil deverá ser diferente daquela dos legisladores, já que os primeiros não podem se valer de discricionariedade (liberdade administrativa):

Assim, quando os juízes elaboram regras de responsabilidade não reconhecidas anteriormente, não têm a liberdade que há pouco afirmei ser uma prerrogativa dos legisladores. Os juízes devem tomar suas decisões sobre o “common law” com base em princípios, não em política: devem apresentar argumentos que digam por que as partes realmente teriam direitos e deveres legais “novos” que eles aplicaram na época em que essas partes agiram, ou em algum outro momento pertinente do passado (DWORKIN, 1999, p. 292-293).

Tratando-se de discricionariedade, Eros Grau coaduna com esse entendimento e acrescenta que há discricionariedade para o Poder Executivo, mas não para o Poder Judiciário. Ele diferencia o juízo lógico empregado pelo Poder Executivo daquele empregado pelo Poder Judiciário. E reforça dizendo que a atuação do Poder Executivo carrega em si a discricionariedade para tecer sua formulação de “juízo de oportunidade”, ficando a cargo do Poder Judiciário os “juízos de legalidade” (GRAU, 2008, p. 205-206).

Para Eros Grau (2008, p. 208-212) não há possibilidade de o juiz ser possuidor de discricionariedade ao interpretar e aplicar normas; apenas formulará juízos de legalidade, com a faculdade de escolher uma dentre as várias possibilidades de interpretação, a que for mais adequada ao caso em concreto. E acrescenta que

[...] a superação da indeterminação (o preenchimento) dos “conceitos indeterminados” (vale dizer, das noções) opera-se no campo da interpretação, não no campo da discricionariedade; importa a formulação de juízo de legalidade, não de juízo de oportunidade (p. 213-214).

Dworkin, em seu livro “Levando os direitos a sério” (2002), traz sua opinião acerca da impossibilidade de se utilizar a discricionariedade, ou liberdade, nos julgamentos:

O árbitro não é livre para pôr em prática suas convicções de fundo para decidir este caso difícil. [...] Não achamos que ele seja livre para legislar, de modo intersticial, em um contexto de “textura aberta” de regras imprecisas. Se uma interpretação da regra que prevê a aplicação de uma penalidade protege a natureza do jogo e se uma outra não, os participantes têm um direito à primeira interpretação. Podemos esperar encontrar, neste caso relativamente simples, alguma característica geral dos direitos institucionais nos casos difíceis, que será relevante para a decisão de um juiz em um caso jurídico difícil (2002, p. 160).

Como visto, o autor exemplifica que, mesmo em se tratando de conteúdo normativo de “textura aberta”, não há que se falar em liberdade para decidir exclusivamente segundo suas opiniões. Deve, portanto, utilizar a natureza, a essência, o sentido do princípio ou da norma. Embora seja natural que o magistrado considere suas experiências e sua moralidade política no momento de decidir, Dworkin ensina que somente poderá fazê-lo se tais concepções pessoais forem compatíveis com mais de um conjunto de princípios, assim caberá ao magistrado, mediante o livre convencimento motivado, a escolha por um dos sistemas aptos e, por óbvio, ele o fará de acordo com a sua própria carga política (2005, p. 25).

Porém, se por outro lado, apenas um conjunto de princípios for compatível com uma lei, então um juiz que siga a concepção centrada nos direitos deve aplicar esses princípios e não a sua concepção pessoal sobre o tema (sem margem para o livre convencimento). Acrescente-se que, para Dworkin, existe uma resposta correta para cada caso, o que desafia o ceticismo daqueles enquadrados como genuinamente difíceis:

[...] tem de haver uma resposta correta sobre a melhor coisa a fazer, mesmo que essa resposta seja que nada é melhor. Isto não é um truque; é, antes, uma maneira de lembrar que o ceticismo não é uma posição por defeito. Qualquer convicção de que nada importa deve

ser tanto alvo da nossa suspeição e dúvida - e esperança vã numa validação externa - quanto qualquer outra convicção mais positiva (2012, p. 426).

Sendo assim, tanto Dworkin quanto Eros Grau entendem que o juiz não pode criar direitos, agindo com discricionariedade, primeiro porque democraticamente falando essa é uma tarefa do poder legislativo; e, segundo, porque se assim o fizesse, a parte perdedora estaria sendo punida por um direito que foi criado após o fato (DWORKIN, 2002, p. 132). Ademais, Dworkin afirma que os juízes estão sujeitos a doutrina de responsabilidade política, pois só podem tomar decisões que, em iguais condições, poderiam ser tomadas novamente (2002, p. 137).

Quanto ao direito à origem genética do ser gerado por RHA heteróloga, ressalte-se que terá seu fundamento extraído da CF/88, pois seu conteúdo está essencialmente ligado ao direito da personalidade derivado do princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, repise-se, o direito ao conhecimento da origem genética também está, expressamente, consagrado na legislação infraconstitucional brasileira, através do artigo 48, do ECA.

Portanto, a eventual colisão entre o direito à ascendência biológica e o direito ao anonimato do doador de sêmen poderá, sim, ser resolvida mediante a teoria da integridade do direito e da resposta certa de Dworkin. Para tanto, na esteira da integridade, o Estado poderá desvendar qual a resposta correta, desde que siga os passos descritos por Caroline Feliz Sarraf Ferri (2013) a partir do entendimento do renomado filósofo:

- A integridade deve ser vista no plano legislativo e judiciário;
- O plano legislativo impõe o dever de propor um ordenamento jurídico moralmente coerente;
- O plano judicial, à vista do dever do parlamento, impõe ao magistrado a interpretação no direito para fazer valer a coerência moral;
- A integridade é uma virtude política ao lado da justiça, equidade e devido processo legal adjetivo;
- O direito, considerado como verdade hermenêutica, deve aplicar a coerência moral proposta pela integridade, ou seja, basear-se na justiça, equidade e devido processo legal adjetivo;

Não se está querendo dizer que exista uma verdade objetiva para afirmações jurídicas, pelo contrário, conforme leciona Dworkin (2005, p. XI), quando o Direito é visto em seu caráter interpretativo, mas voltado para determinados princípios, há pouco sentido em ser afirmada ou negada uma verdade objetiva; no entanto não deixa de existir a resposta correta, a qual pressupõe a norma em sua “melhor luz” (DWORKIN, 1999, p. 259-260). Então, se o magistrado considerar tais preceitos para decidir, encontrará a resposta correta.

CONCLUSÃO

A evolução da biotecnologia e da biomedicina, sobretudo com as técnicas de RHA, permitiu a procriação por diversos casais inférteis, a filiação por casais estéreis e, conseqüentemente, a melhoria da qualidade de vida dessas pessoas. No entanto, não trouxe apenas benefícios, mas também, questões ético-jurídicas de difícil solução e que podem repercutir diretamente na sociedade.

As técnicas de RHA foram pormenorizadas em item específico deste artigo, assim como se fez a constatação da ausência de leis sobre a temática, cuja prática vem sendo realizada apenas com base nas Resoluções do CFM. Posteriormente, foi possível compreender do que se trata o direito à origem genética, consagrado pelo ECA, e supor a angústia que pode vir a ocorrer ao ser gerado a partir da técnica heteróloga, já que ele não conhece o seu genitor biológico. Foi inclusive citado um caso análogo, já levado ao STJ, onde um jovem adotado pleiteia o mesmo direito.

Não há dúvidas de que o desenvolvimento das técnicas de RHA é um importante avanço, porém não se pode olvidar que o mesmo requer limitações, principalmente de ordem ética, que devem ser consubstanciadas em normas jurídicas, sob pena de implicar em banalização da vida, disseminação de práticas discriminatórias ou, ainda, em comercialização do ser humano. Dessa forma, o Poder Legislativo precisa sair da inércia o quanto antes e considerar a teoria da integridade de Dworkin a fim de criar normas legítimas e justas, num sistema único e coerente de justiça e equidade.

Enquanto isso, ou mesmo após, o Poder Judiciário segue na função de apaziguar os conflitos sociais e deve se embasar na teoria da integridade do direito de Dworkin, cuja visão entende que a racionalidade deve pautar a prestação

jurisdicional, ou seja, a decisão deve ser justificada no próprio sistema. Assim, nenhuma norma pode ser interpretada isoladamente, mas sempre de forma que retrate os anseios e espírito da sociedade, sob pena de não ter eficácia.

Ademais, foi possível compreender, segundo Dworkin e Eros Grau, que não cabe aos juízes criarem direitos ao interpretarem as normas e a Constituição, seja porque democraticamente essa é uma tarefa do poder legislativo; seja porque se assim o fizessem, a parte perdedora estaria sendo punida por um direito que foi criado após o fato.

Por fim, sugere-se nesse artigo que a eventual colisão entre o direito à ascendência biológica e o direito ao anonimato do doador de sêmen poderá ser resolvida mediante a teoria da integridade do direito e da resposta certa de Dworkin. No entanto, o grande objetivo dessa pesquisa é sugerir uma discussão centrada e razoável, que possibilite encontrar soluções ou, ao menos, promover a reflexão de todos os leitores, considerando a teoria trazida por Ronald Dworkin, acerca desta controvérsia.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. **Técnicas de reprodução assistida e biodireito**. Publicado em: 23/12/2003. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=110> >. Acesso em 20 de maio de 2019.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Reprodução Humana Assistida e anonimato de doadores de gametas: o direito brasileiro frente às novas formas de parentalidade**. In Ensaios de Bioética e Direito, coordenado por Tereza Rodrigues Vieira. Brasília: Editora Consulex, 2009.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> . Acesso em 17 de abril de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal. **Investigação de Paternidade. Recurso Especial**. Relator: Ministro Eduardo Ribeiro. 10 de abril de 2000. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=REsp+127541&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>> Acesso em 4 de junho de 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.168/2017**. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/519764480/resolucao-2168-2017-do-conselho-federal-de-medicina>> Acesso em 10 de maio de 2019.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Carmargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 1º Ed. São Paulo: Martins fontes, 1999. Título original: Law's Empire.

_____. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original: Taking Rights Seriously.

_____. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Título original: A matter of principle.

_____. **Justiça para ouriços**. Trad. Pedro Elói Duarte. Coimbra: Edições Almedinas, 2012. Título Original: Justice For Hedgehogs.

FERNANDES, Tycho Brahe. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do direito de família e do direito das sucessões**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

FERRI, Caroline Feliz Sarraf. **Teoria da integridade: Uma abordagem da sistematização de Ronald Dworkin**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 111, abr 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13123>. Acesso em 10 de junho de 2019.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7 edição. Editora: Malheiros Editores LTDA, 2008.

LEI Nº 8.069/1990. Dispõe sobre o **Estatuto da Criança e do Adolescente** e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em 02 de maio 2019.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1995.

- LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 194, 16 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4752>>. Acesso em 15 de junho de 2019.
- LOPES, Jose Domingos Rodrigues. **O Direito como integridade em Dworkin e a concretização dos direitos fundamentais.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3786, 12 nov. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25818>. Acesso em: 17 ago. 2019.
- MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais : Teoria Geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- OLIVEIRA, Carolina Lopes de. **Saber ou não saber, eis a nova questão: o Direito à Identidade Genética e o Direito ao Anonimato do Doador nas Inseminações Artificiais Heterólogas.** Revista da Faculdade de Direito (UFMG), e-ISSN 1984-1841, n. 6, 2016, pags. 221-248. Disponível em < <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1757>>. Acesso em 22 de maio de 2019.
- SPODE, Sheila; SILVA, Tatiana Vanessa Saccol da. **O Direito ao Conhecimento da Origem Genética em Face da Inseminação Artificial com Sêmen de Doador Anônimo.** Revista Eletrônica do Curso de Direito (UFSM). ISSN 1981-3694. Anais da VI Semana Acadêmica do Direito v. 2, n. 3, 2007. Disponível em < <http://www.ufsm.br/revistadireito/eds/v2n3/a23.pdf>> Acesso em 14 de junho de 2019.

“ELA VAI NO MEU BARCO”: O CASAMENTO INFANTIL NA PERSPECTIVA DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Pillar Cornelli Crestani

INTRODUÇÃO

O casamento infantil é um problema global, existente, sobretudo, nos países do hemisfério sul – os quais, por força do Colonialismo, são marcados por baixos índices de desenvolvimento econômico-social, bem como por aspectos históricos e culturais que corroboram a ocorrência de tal prática.

Com relação às estatísticas, “em todo o mundo, cerca de 650 milhões de mulheres se casaram antes dos 18 anos”, estimando-se “que 12 milhões de meninas ainda se casem todos os anos” (UNICEF, 2018). No que diz respeito ao Brasil, este figura como o país que mais celebra casamentos infantis na América Latina, ocupando o 4º lugar em todo o mundo (BRASIL, 2017).

Nesse sentido, infere-se que o casamento infantil é uma questão que envolve a desigualdade de gênero, levando-se em consideração que as mulheres (meninas) são mais afetadas por essa prática, sobretudo, pela ingerência do patriarcado, da dominação masculina e do machismo que, infelizmente, ainda estão firmados na sociedade atual.

Mais do que isso, o casamento infantil é considerado uma questão de violação dos direitos humanos, por macular a dignidade dos menores,

enquanto seres em condição peculiar de desenvolvimento, contrariando, assim, os princípios basilares do Direito da Criança e Adolescente: o da proteção integral e o do melhor interesse – pelos quais os infantes passaram a ser considerados sujeitos de direitos fundamentais.

É sobre essa temática que versa o presente trabalho, visando demonstrar a relação existente entre os Direitos Humanos e Fundamentais e o Direito da Criança e do Adolescente, contextualizando-os a partir da breve análise dos resultados da pesquisa realizada, entre 2013 e 2015, pelo Instituto Promundo, sobre as estatísticas e peculiaridades do casamento infantil no Brasil, intitulada “Ela vai no meu barco”.

Assim, evidencia-se que o presente tema é extremamente significativo em razão de o casamento infantil constituir um problema de ordem global e que diz respeito ao direito humanitário, somado ao fato de que a proteção da criança e do adolescente é considerada um direito fundamental. Ademais, por se tratar de uma realidade brasileira, é necessário que este assunto silenciado seja amplamente debatido, de modo que seja possível buscar soluções modificativas dessa conjuntura.

Por conseguinte, como objetivo desta produção, questiona-se: qual o tratamento conferido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em relação ao casamento infantil? Para tanto, foi empregada a metodologia de abordagem indutiva, eis que o trabalho partiu de uma situação específica – a pesquisa implementada pelo Instituto Promundo, sobre o casamento infantil no Brasil – ampliando-se a análise, com a verificação dos dispositivos do ECA sobre a questão.

Associado a esse referencial metodológico, o presente artigo utilizou o método de procedimento monográfico, pois o referencial teórico foi construído a partir de obras doutrinárias e artigos científicos sobre a temática em questão. Por conseguinte, a aplicação desse método resultou na divisão do trabalho em duas partes: no primeiro capítulo, foi realizada breve análise do relatório da pesquisa, sobre as estatísticas e peculiaridades do casamento infantil no Brasil, organizada pelo Instituto Promundo. E, por fim, no segundo capítulo, procedeu-se ao estudo do Estatuto da Criança e do Adolescente, com foco na temática em comento.

1 “ELA VAI NO MEU BARCO”: ANÁLISE DOS RESULTADOS DA PESQUISA SOBRE CASAMENTO INFANTIL NO BRASIL, REALIZADA PELO INSTITUTO PROMUNDO

A pesquisa analisada pelo presente trabalho foi realizada, no período de 2013 a 2015, pelo Instituto Promundo Brasil e Promundo USA (Estados Unidos), em parceria com a Universidade Federal do Pará e da Plan Internacional Brasil, no Maranhão, e com o apoio da Fundação Ford, na qual foram investigadas as práticas relacionadas ao casamento na infância e na adolescência, no Brasil (TAYLOR, 2015, p. 07).

O estudo levou em consideração os dados do censo de 2010, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), que apontou o Pará e o Maranhão como os estados de maior ocorrência de casamento infantil no país (TAYLOR, 2015, p. 10). Quanto à metodologia, destaca-se o seguinte:

Nas áreas urbanas de Belém e São Luís, os(as) pesquisadores(as) realizaram 60 entrevistas semiestruturadas em profundidade com os seguintes grupos: (1) meninas (idades entre 12 e 18 anos) em união com homens mais velhos (com idades de 24 anos ou mais); (2) homens (idades entre 24 e 60) em união com meninas (com idades abaixo de 18 anos); (3) membros da família de meninas casadas; e (4) profissionais da rede de proteção de crianças e adolescentes. Seis grupos focais (três por local) foram realizados com meninas, homens e representantes de redes de proteção. Além disso, 50 entrevistas também foram realizadas com informantes-chave em níveis estaduais, federais, regionais (América Latina) e internacionais. No intuito de entender atitudes mais amplas sobre casamento na infância e adolescência no âmbito das mesmas comunidades urbanas, um questionário domiciliar quantitativo foi realizado com 145 homens (idades 24 a 60) e 150 meninas (idades 12- 18) – não necessariamente casados(as) – em São Luís (TAYLOR, 2015, p. 10).

Há que se ressaltar, ainda, que a pesquisa foi realizada em comunidades de baixa renda das capitais dos dois estados investigados e abarcou

tanto as uniões formais, quanto as informais (TAYLOR, 2015, p. 10) – cuja distinção conceitual será feita posteriormente. Outrossim, apesar de o casamento infantil ser, frequentemente, estereotipado como um fenômeno rural e uma prática ritualizada, a presente análise demonstrou que aquele também ocorre nas áreas urbanas – as quais constituem o foco do trabalho, “a fim de dar visibilidade à questão sem estigmatizar ainda mais as populações e contextos nos quais o casamento infantil ocorre” (TAYLOR, 2015, p. 23).

Além disso, não se pode deixar de mencionar que a escolha do título do relatório – “Ela vai no meu barco” – refere-se à fala de um homem casado, sobre a “expectativa de que meninas casadas sigam as preferências dos seus maridos e as normas dentro do casamento por eles estabelecida” (TAYLOR, 2015, p. 05), o que denota, de antemão, a desigualdade de gênero presente na conjuntura do casamento infantil, assim como o machismo e a dominação masculina exercidos sobre as crianças e adolescentes do sexo feminino.

Por conseguinte, com relação ao conceito, a pesquisa expõe que o casamento infantil consiste na união “formal ou informal, envolvendo uma menina ou um menino com idade inferior a 18 anos” (TAYLOR, 2015, p. 09).

Destaca-se, entretanto, que a definição de tal prática não abarca apenas o matrimônio civil ou religioso, celebrados mediante o cumprimento de todos os requisitos formais exigidos para sua validade, do ponto de vista jurídico: as uniões estáveis, as informais, o popular “juntar” ou “morar junto” também são contemplados pelo termo em questão (TAYLOR, 2015, p. 20/47).

Nesse sentido, ainda, a pesquisa demonstra que “a habitualidade das uniões informais representa uma grande dificuldade em mensurar essa prática” (TAYLOR, 2015, p. 20) e, além disso, “os dados coletados confirmam a natureza majoritariamente informal e consensual das uniões envolvendo meninas menores de 18 anos nos contextos que são foco desta pesquisa” (TAYLOR, 2015, p. 11).

Em que pese essa afirmação, é sabido que, nem sempre, as uniões envolvendo menores de idade ocorrem de comum acordo, sendo que, por vezes, dependendo das circunstâncias – a exemplo dos relacionamentos “arranjados” – existe resistência, por parte dos infantes, em se relacionar

com o outro parceiro – sobretudo, quando há grande diferença de idade entre ambos.

No que tange à faixa etária, sublinha-se que o casamento infantil pode envolver um casal formado por menores de idade ou por uma criança/adolescente e um jovem/adulto. Enfatiza-se que, na perspectiva do Estatuto da Criança e do Adolescente brasileiro, há uma distinção específica, pela qual a infância compreende os menores de 12 anos, ao passo que a adolescência abarca os maiores de 12 e menores de 18 anos (TAYLOR, 2015, p. 09).

Proseguindo a análise do relatório da pesquisa em comento, é possível destacar a precariedade nas condições financeiras das famílias e a pobreza das comunidades onde vivem – marcadas por “baixos níveis de escolaridade, infraestrutura deficiente, fraca presença do Estado e de aplicação de políticas públicas, violência urbana, difusão do tráfico de drogas [...]” – como fatores determinantes para a ocorrência do casamento infantil (TAYLOR, 2015, p. 9/71/127).

Assim, afirma-se que as núpcias constituem “uma opção sedutora, oferecendo uma suposta promessa de estabilidade e proteção contra riscos”, sobretudo, às meninas, que são as mais afetadas por essa prática (TAYLOR, 2015, p. 9/127). Nesse sentido, compreende-se que “o casamento oferece às meninas um caminho importante para serem vistas como uma mulher adulta e adquirir status diante de alternativas escassas de educação, emprego, dentre outras oportunidades” (TAYLOR, 2015, p. 127).

Somado a isso, a pesquisa, igualmente, aponta, como causas da prática em questão, a fragilidade das famílias – descritas “como problemáticas, por vezes abusivas” – bem como a incapacidade de os responsáveis orientar os filhos e incentivá-los a buscar melhores condições de vida, estimulando-os, portanto, às uniões precoces (TAYLOR, 2015, p. 71).

Além disso, de acordo com o relatório, o casamento envolvendo crianças e adolescentes também é motivado por questões religiosas, que abarcam temáticas ligadas à sexualidade, a exemplo da virgindade – tida como representativa do valor de uma jovem (TAYLOR, 2015, p. 58/127). Desse modo, “a iniciação sexual, percebida como um risco, é respondida com controle e repressão da sexualidade das meninas – frequentemente por parte de um dos pais” (TAYLOR, 2015, p. 57).

Sobre esse assunto, a pesquisa elenca os principais fatores que estimulam a ocorrência do casamento de menores de idade:

[...] (1) o desejo, muitas vezes, de um membro da família, em função de uma gravidez indesejada e para proteger a reputação da menina ou da família e para segurar a responsabilidade do homem de “assumir” ou cuidar da menina e do(a) bebê potencial; (2) o desejo de controlar a sexualidade das meninas e limitar comportamentos percebidos como ‘de risco’ associados à vida de solteira, tais como relações sexuais sem parceiros fixos e exposição à rua; (3) o desejo das meninas e/ou membros da família de ter segurança financeira; (4) uma expressão da agência das meninas e um desejo de saírem da casa de seus pais, pautado em uma expectativa de liberdade, ainda que dentro de um contexto limitado de oportunidades educacionais e laborais, além de experiências de abuso ou controle sobre a mobilidade das meninas em suas famílias de origem; (5) o desejo dos futuros maridos de se casarem com meninas mais jovens (consideradas mais atraentes e de mais fácil controle do que as mulheres adultas) e o seu poder decisório desproporcional em decisões maritais (TAYLOR, 2015, p. 11-12).

Assim, a partir de tudo o que foi exposto anteriormente, é possível pontuar as principais consequências do casamento infantil, demonstradas pela pesquisa em debate. Em geral, os efeitos de tal prática consistem na ameaça à saúde das crianças e adolescentes; ocorrência de gravidez e todos os seus riscos inerentes; interrupção das etapas vivenciadas durante a puberdade; abandono escolar, para dedicar-se a trabalhos domésticos ou destinados ao sustento da família; desestímulo ao desenvolvimento das potencialidades dos infantes; desigualdade e violência de gênero.

De acordo com o relatório, “a idade média de casamento e do nascimento do primeiro filho(a) de meninas entrevistadas é de 15 anos, sendo os homens, em média, nove anos mais velhos” (TAYLOR, 2015, p. 11). Além disso, o estudo expõe que a gravidez precoce acarreta “problemas de saúde maternal, neonatal e infantil que ocasionam um aumento de risco no corpo de uma criança ou adolescente”, destacando que “meninas grávidas correm um risco muito maior de complicações médicas graves,

como placenta prévia, parto prematuro, anemia intensa, toxemia e hipertensão gestacional” (TAYLOR, 2015, p. 12/104).

Por conseguinte, a pesquisa constata que “[...] a transição das meninas da infância para a vida adulta é ‘acelerada’ (coincidindo de fato com a puberdade)” – a qual, juntamente daquela primeira, consiste em uma fase única na vida do ser humano, sendo que a sua interrupção gera uma série de impactos negativos no peculiar desenvolvimento biopsicossocial dos infantes (TAYLOR, 2015, p. 73).

O casamento infantil, de acordo com a investigação, também acarreta o abandono escolar ou a queda no rendimento dos estudos, tendo em vista a nova conjuntura de vida assumida (cuidar do marido, dos filhos e do lar) (TAYLOR, 2015, p. 97). Além disso, a prática em questão também desencadeia a dificuldade na inserção, dos jovens, no mercado de trabalho; desestimula o desenvolvimento de suas potencialidades e a concretização de suas aspirações; e impede a socialização destes com os seus pares, limitando, também, a sua mobilidade “(principalmente porque as expectativas de independência são frustradas por maiores restrições à mobilidade do que antes do casamento)” (TAYLOR, 2015, p. 14/86/110/127).

Por fim, a pesquisa destaca, como consequências do casamento infantil, o favorecimento dos papéis de gênero tradicionais, “especialmente ao reforçarem expectativas de que as meninas façam o trabalho doméstico, se tornem mães, e sirvam os homens com quem se casaram” (TAYLOR, 2015, p. 110). Além da desigualdade existente entre os integrantes do casal, ressalta-se a violência doméstica (e de todas as outras formas) sofrida, por parte das meninas, na constância do matrimônio, em virtude do machismo e da dominação masculina, que ainda estão enraizados em nosso meio (TAYLOR, 2015, p. 14).

Outrossim, não se pode deixar de destacar que, quando as garotas se unem a companheiros mais velhos, “a diferença de idade entre o casal coloca os homens em uma situação altamente vantajosa dentro de uma união com uma menina mais jovem” (TAYLOR, 2015, p. 78), além de que “[...] a pouca idade das meninas faz delas mais vulneráveis à serem controladas ou ‘moldadas’” (TAYLOR, 2015, p. 79).

Por outro lado, o contrário não ocorre, ou seja, dificilmente, mulheres maiores de idade se interessarão por meninos adolescentes, sendo “unanimemente desprezados enquanto parceiros viáveis devido à uma

percepção de que são incapazes enquanto provedores e que ‘falta a eles responsabilidade’” (TAYLOR, 2015, p. 12). Logo, a pesquisa evidencia o modo discrepante no tratamento entre homens e mulheres, restando claro que o sexo masculino é absolutamente privilegiado em relação ao feminino, sobretudo, quando se trata de uma união constituída por menores de idade.

Enfim, diante de tudo o que foi exposto anteriormente, o relatório da pesquisa aponta que, apesar do elevado número de casamentos envolvendo crianças e adolescentes, no Brasil, não existem políticas públicas, no sentido de prevenir a ocorrência desse fenômeno – o que vai de encontro com as ações da comunidade internacional, que está engajada em reduzir os índices dessa conjuntura (TAYLOR, 2015, p. 11). Isso porque o matrimônio infantil (formal ou informal) não é visto, pelas autoridades competentes de nosso país, como um grande problema a ser combatido, sendo considerado, equivocadamente, “como algo praticado sobretudo em áreas pobres, rurais e/ou indígenas (muitas vezes descrito como ‘tradição’, algo que acontece ‘lá’ em certas partes do país ou ‘no norte/nordeste rural’)” (TAYLOR, 2015, p. 20).

De tudo isso, depreende-se que, no Brasil, não é conferida a devida importância ao casamento infantil e que muito, ainda, há de ser feito, com vistas a modificar a realidade atual e diminuir a ocorrência dessa prática. Reiteram-se os seus malefícios às crianças e aos adolescentes a ela submetidos, além do fato de que aquela configura uma grave violação aos direitos humanos e fundamentais, com a qual as famílias, a sociedade e o Estado não devem compactuar – conforme será evidenciado no próximo capítulo.

2 O CASAMENTO INFANTIL NA PERSPECTIVA DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Diante do que foi exposto, sobre o relatório da pesquisa “Ela vai no meu barco”, promovida pelo Instituto Promundo, foi possível constatar que o casamento envolvendo menores de idade, levando-se em consideração todas as suas causas e consequências, trata-se de uma grande ameaça à infância – fase única da vida do ser humano, marcada pelo intenso desenvolvimento biopsicossocial que lhe é peculiar.

Nessa perspectiva, cabe tecer algumas considerações a respeito do sistema de proteção da criança e do adolescente no Brasil, que é um dos mais avançados do mundo. Primeiramente, há de ressaltar que:

A trajetória percorrida pela busca e instituição legal de direitos da criança e do adolescente se deu, como é sabido, após uma longa evolução histórica e jurídica. Partindo de um panorama no qual as crianças eram vistas como propriedade, ora dos pais, ora do Estado, e sujeitas a total indiferença, sem respeito a sua identificação como criança, aos poucos a sociedade global passou a identificar nelas seu próprio futuro, e dar-lhe a devida atenção (BOLZAN; SILVA, 2019, p. 345).

Assim, a partir do momento em que a criança e o adolescente passaram a ser considerados sujeitos especiais, merecedores de uma atenção diferenciada, dadas as suas peculiaridades, foram editados inúmeros instrumentos legislativos e normativos, destinados à proteção dos menores.

Nesse sentido, destaca-se, especialmente, a Doutrina da Proteção Integral, que “foi trazida para o universo jurídico pela Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, aprovada pela Resolução nº. 44/25 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989” (VERONESE, 2019, p. 14). Na concepção de Josiane Veronese:

A Doutrina da Proteção Integral reconhece os direitos das crianças e adolescentes, compreendendo-os como sujeitos de direitos, sujeitos humanos em processo de desenvolvimentos, construtores, portanto, de um protagonismo, que se opõe a ideia civilista da “capacidade/incapacidade”. Ao situá-los como sujeitos, redimensiona conceitos tradicionais, em uma necessária crítica ao adultocentrismo, que minorizava e coisificava a infância (VERONESE, 2019, p. 21).

Além disso, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança também adotou o princípio do “Melhor Interesse”, que diz respeito “à condição peculiar de crianças e adolescentes enquanto pessoas em desenvolvimento, e que merecem uma atenção especial da sociedade, da família e do poder estatal” (LIMA; VERONESE, 2012, p. 98). Outrossim, o

referido princípio também atua como critério hermenêutico, suprimindo as lacunas legislativas acerca de situações que envolvam os menores (LIMA, *apud* LIMA; VERONESE, 2012, p. 98).

Por conseguinte, afirma-se que, no Brasil, a Proteção Integral foi completamente recepcionada pela Constituição Federal de 1988, “introduzindo tal Doutrina jurídica no âmbito da normativa nacional” (VERONESE, 2019, p. 20), conforme se observa, pela redação do artigo 227:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Nessa perspectiva, afirma-se que “[...] o Direito brasileiro reconhece, assim, um novo paradigma em relação à população infantoadolescente, passando a criança e o adolescente a serem sujeitos de direitos fundamentais” (VERONESE, 2019, p. 21). A partir dessa concepção e completamente fundamentado na Proteção Integral, foi sancionado o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990), que se encontra “em harmonia com as mais modernas teorias que tratam dos novos direitos da infância e adolescência” (VERONESE, 2019, p. 21/32).

Baseando-se, então, nessa assertiva e buscando relacionar o fenômeno do casamento infantil ao Direito da Criança e do Adolescente, será feita, na sequência, uma breve análise de alguns dispositivos do ECA, com vistas a identificar o tratamento conferido, por esse diploma legal, a respeito da união envolvendo menores de idade. Assim sendo, primeiramente, faz-se necessário salientar que, com relação à estrutura, a Lei n. 8.069/90 é dividida em sete títulos específicos, sendo que apenas os dois primeiros interessam à temática em questão.

Desse modo, no primeiro título – “Das Disposições Preliminares” – o artigo 3º reitera o preceito constitucional, de que a criança e o adolescente são sujeitos de direitos fundamentais, devendo-lhes ser aplicada, indistintamente, a proteção integral, “assegurando-se-lhes, 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” (BRASIL, 1990). A partir do exame desses dispositivos, é possível constatar, de antemão, que o ECA veda a ocorrência da união envolvendo menores, visto que essa prática, por si só, representa a violação aos direitos humanos e fundamentais dos infantes, tendo em vista todos os efeitos maléficos por ela provocados.

O artigo 4º, por sua vez, também reitera os termos do artigo 227 da Constituição Federal, impondo a ideia da trilogia de responsabilidade compartilhada (família, sociedade e Estado) sobre os menores. Na sequência, os artigos 5º e 6º, respectivamente, dispõem sobre a integridade dos menores, salvaguardando-os de qualquer forma de “negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”, bem como a garantia da observância da condição peculiar de desenvolvimento dos infantes, na interpretação da lei (BRASIL, 1990). Nesse sentido, observa-se que o ECA também deixa subentendida a proibição do casamento infantil, pelo fato de este constituir uma grave negligência da parte da família, da sociedade e do Estado, além do que já se mencionou, no capítulo anterior, sobre o fato de esta prática, frequentemente, envolver exploração e violência, sobretudo, em relação às meninas.

Por conseguinte, o título II – “Dos Direitos Fundamentais” – compreende a garantia do direito à vida e à saúde; à liberdade, ao respeito e à dignidade; à convivência familiar e comunitária; à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer.

O artigo 7º do ECA dispõe sobre o direito à existência digna, como consequência da proteção à vida e à saúde, a serem efetivadas por meio de políticas públicas. O artigo 16, por seu turno, garante a liberdade de locomoção; de expressão; de crença religiosa; de participação na vida comunitária, política e familiar – sendo que o artigo 19 assegura, aos infantes, o direito de serem criados e educados no seio de sua família; de buscar refúgio, auxílio e orientação; de brincar e praticar esportes (BRASIL, 1990).

Da análise desses dispositivos e levando-se em consideração todos os aspectos mencionados no primeiro capítulo deste trabalho, constata-se que o casamento infantil representa a violação de todas as garantias referidas no parágrafo anterior, tendo em vista a nova fase da vida que surge,

com a assunção de inúmeras responsabilidades “adultas” – logo, permanece o entendimento de que o Estatuto é contrário à prática em questão.

Na sequência, os artigos 17 e 18 conferem, à criança e ao adolescente, a garantia da inviolabilidade de sua privacidade e de sua integridade física, psíquica e moral, “pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor” (BRASIL, 1990). Além disso, o artigo 53 dispõe sobre o direito e o acesso à educação, ao passo que o artigo 60 estabelece a proibição de “qualquer trabalho a menores de quatorze anos de idade, salvo na condição de aprendiz” (BRASIL, 1990).

No mesmo sentido do comentário anterior, destaca-se, novamente, a compreensão de que o ECA veda a ocorrência do casamento infantil, pois dele decorre a violação da privacidade e da integridade dos menores, bem como a determinação da proibição do trabalho – visto que o matrimônio acarreta a necessidade de sustento da família, bem como de cuidados domésticos – os quais são alcançados por meio do labor.

Por fim, o artigo 70 determina que “é dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente”, reiterando, então, a ideia da trilogia de responsabilidade compartilhada, entre família, sociedade e Estado – evidenciando, implicitamente, que a existência do casamento infantil em nossa sociedade representa uma negligência da parte desses setores, que não estão cumprindo seu papel, no sentido de conter o avanço dessa prática (BRASIL, 1990).

Diante de tudo o que se expôs, a partir da análise dos artigos do ECA, constata-se que o referido diploma legal não possui nenhum dispositivo específico, relacionado à proibição do casamento infantil. Entretanto, por meio da interpretação daqueles, é possível identificar, implicitamente, a cominação de vedação à essa prática.

Isso porque, como já dito anteriormente, a lei menorista brasileira – a qual “se constitui num instrumento legal avançado pela sua preocupação com a criança na esfera em que vive” (VERONESE, 2019, p. 32) – está em consonância com o princípio da proteção integral e do melhor interesse da criança, os quais, priorizando o resguardo dos direitos humanos e fundamentais das crianças e dos adolescentes, vão de encontro à possibilidade da união envolvendo menores de idade, tendo em vista todos os efeitos negativos produzidos no desenvolvimento daqueles que são acometidos pelo casamento.

Entretanto, aliando-se à concepção de Bobbio, sublinha-se que “o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não é mais o de fundamentá-los e sim o de protegê-los” (BOBBIO, 1992, p. 25). A partir disso, retoma-se a ideia exposta anteriormente, no sentido de que a legislação brasileira relacionada à salvaguarda da criança e do adolescente é completa e muito bem estruturada, sendo possível inferir – pelo menos, no que diz respeito ao casamento infantil – que aquela é ineficaz, sobretudo, pela falta de políticas públicas nesse âmbito da proteção dos menores.

Todavia, os primeiros passos, com vistas a modificar a realidade social, no Brasil, acerca do casamento envolvendo crianças e adolescentes, foram dados, recentemente, a partir da Lei n. 13.811, de 12 de março de 2019, que estabeleceu uma nova redação ao art. 1.520 do Código Civil⁷⁸, suprimindo as exceções legais permissivas do casamento infantil (BRASIL, 2019). Frisa-se que, de acordo com o diploma civilista, mais especificamente, no art. 1.517, “o homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil” (BRASIL, 2002).

Assim, a partir dessa alteração, não se admite a união civil de menores de dezesseis anos, em nenhuma hipótese, no Brasil. Trata-se de um avanço muito importante no combate ao casamento infantil – pelo menos, no âmbito formal, com o cumprimento dos requisitos legais para a validade jurídica do matrimônio, visto que as uniões informais, que não contam com a chancela do Estado, são impossíveis de serem contabilizadas e, conseqüentemente, evitadas. Interessante seria, no entanto, se essa proibição legislativa fosse ampliada aos menores de 18 e maiores de 16 anos, estendendo, igualmente, a esses adolescentes, a completa proteção estatal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme explicitado no presente trabalho, o casamento infantil – formal ou informal, de acordo com as distinções conceituais expostas – trata-se de uma questão de violação dos direitos humanos e fundamentais

78 “Art. 1.520. Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez” (BRASIL, 2002).

das crianças e adolescentes a ele submetidos, presente no mundo todo, motivado, em resumo, por fatores econômicos, sociais e culturais.

Como não podia ser diferente, o Brasil também é acometido por este fenômeno, figurando, no ranking mundial, como o 4º país que mais celebra casamentos infantis. Por essa razão, analisou-se, brevemente, o relatório da pesquisa, organizada pelo Instituto Promundo, no período de 2013 a 2015, intitulada “Ela vai no meu barco”, sobre as estatísticas e peculiaridades do casamento infantil no Brasil – mais especificamente, nos estados do Pará e do Maranhão, que, segundo o censo de 2010, do IBGE, constituem os estados de maior ocorrência dessa prática, no país.

A partir disso, verificou-se que a união envolvendo menores de idade, no Brasil, ocorre tanto em áreas urbanas, quanto rurais; de maneira formal e, sobretudo, informal; acometendo, principalmente, as meninas – evidenciando, de antemão, que tal fato se trata, também, de uma questão de (desigualdade de) gênero.

Por conseguinte, de acordo com o relatório da pesquisa, foi possível compreender os principais fatores que ensejam a ocorrência do casamento infantil em nosso país, elencando-se: a pobreza; a desestruturação das famílias; a ausência de políticas públicas destinadas a combater as causas desse problema; a influência de crenças religiosas, sobretudo, em torno da sexualidade das meninas; a ocorrência de gravidez; e o desejo de liberdade e independência dos pais.

De outro lado, com relação às consequências acarretadas pela união envolvendo menores de idade, elencadas pela pesquisa, destacam-se: a ameaça à saúde das crianças e adolescentes; a ocorrência de gravidez e todos os seus riscos inerentes; a interrupção das etapas vivenciadas durante a infância e a puberdade; o abandono escolar, para dedicar-se a trabalhos domésticos ou destinados ao sustento da família; o desestímulo ao desenvolvimento das potencialidades dos infantes; a desigualdade de gênero e a violência doméstica e de tantas outras formas.

No segundo capítulo do presente artigo, foram tecidas algumas considerações a respeito do sistema de proteção da criança e do adolescente no Brasil, com ênfase nos princípios basilares desse ramo do Direito: o da Proteção Integral e o do Melhor Interesse da Criança, incorporados, pela Constituição Federal de 1988, ao ordenamento jurídico pátrio.

Por fim, procedeu-se a uma breve análise do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), com vistas a investigar o tratamento conferido, por esse diploma legal, ao casamento infantil, verificando-se, portanto, os principais dispositivos, que guardam relação com a temática em debate.

A partir disso, observou-se que o ECA não possui nenhum dispositivo específico, relacionado ao casamento infantil. Entretanto, por meio da interpretação dos artigos analisados, foi possível identificar, implicitamente, a determinação de vedação à essa prática, pelo fato de a lei menorista brasileira estar atrelada ao princípio da proteção integral e o do melhor interesse, que visam à salvaguarda dos direitos humanos e fundamentais dos infantes.

Outrossim, constatou-se, por meio do estudo do relatório da pesquisa realizada pelo Instituto Promundo e pela análise dos dispositivos do ECA, relacionando-os com a realidade atual, que o Brasil carece de políticas públicas especificamente destinadas a combater as núpcias de crianças e adolescentes – ou que, pelo menos, reprimam as causas deste problema.

Nesse sentido, há de se ressaltar que o Estado, enquanto responsável pela efetivação dos direitos dos menores, deveria investir, prioritariamente, em educação e cultura. Tudo isso, a fim de que a população pudesse tomar conhecimento das consequências nefastas provocadas pelo casamento infantil no desenvolvimento dos infantes e que estes pudessem ter acesso a informações (de qualidade) relacionadas à sexualidade, à desigualdade de gênero, à violência doméstica e à importância do estudo – na tentativa de desestimulá-los a deixar o seio de sua família para recomeçar a vida ao lado de outra pessoa.

E, a partir dessas orientações que seriam recebidas, levando-se em consideração a trilogia de responsabilidade compartilhada, que os pais passassem a não permitir que os seus filhos fossem vítimas desse problema e que a sociedade denunciasse, aos órgãos competentes, com o intuito de tomarem as medidas cabíveis, os casos envolvendo casamentos infantis.

Por fim, expõe-se, aqui, o desejo de uma realidade atual em que as crianças e adolescentes sigam pelo rumo da escola e das vivências atinentes a cada uma das fases de seu desenvolvimento, não adentrando em qualquer barco que não seja capaz de conduzi-los à concretização de suas aspirações futuras.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOLZAN, Bárbara Eleonora Taschetto; SILVA, Rosane Leal da. A erotização da infância e as insuficiências da proteção integral em face da publicidade online. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVA, Rosane Leal da (Orgs.). **A Criança e seus Direitos: entre violações e desafios** [recurso eletrônico]. Porto Alegre: Editora Fi, 2019, p. 343-367.
- BRASIL tem maior número de casamentos infantis da América Latina e o 4º mais alto do mundo. **ONUBR**. Recurso eletrônico, 17 mar. 2017. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/brasil-tem-maior-numero-de-casamentos-infantis-da-america-latina-e-o-4o-mais-alto-do-mundo/>> Acesso em: 19 mar. 2019.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 19 mar. 2019.
- _____. **Lei n. 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm> Acesso em 19 mar. 2019.
- _____. **Lei n. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 19 mar. 2019.
- _____. **Lei n. 13.811**, de 12 de março de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2012022/2019/Lei/L13811.htm#art1> Acesso em: 19 mar. 2019.
- LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente: a necessária efetivação dos direitos fundamentais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. 243 p. Pensando o Direito no Século XXI; v. 5.

TAYLOR, Alice. *et al.* “**Ela vai no meu barco**”. Casamento na infância e adolescência no Brasil. Resultados de Pesquisa de Método Misto. Rio de Janeiro e Washington DC: Instituto Promundo & Promundo-US. Setembro 2015. Disponível em: <<https://promundo.org.br>> Acesso em: 19 mar. 2019.

UNICEF. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>> Acesso em: 19 mar. 2019.

VERONESE, Josiane Rose Petry. O direito e o tempo na perspectiva da construção do ser criança. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVA, Rosane Leal da (Orgs.). **A Criança e seus Direitos: entre violações e desafios** [recurso eletrônico]. Porto Alegre: Editora Fi, 2019, p. 13-35.

DIREITOS HUMANOS E TRIBUTAÇÃO: UMA VISÃO CONTEMPORÂNEA

Marcos Roberto da Silva

1) Introdução

Ao longo da história da humanidade verifica-se de um lado o Estado impondo sobre seus súditos obrigações diversas que, dentre outras, buscavam restringir direitos e ampliar obrigações, limitando a liberdade de ir e vir e impondo, por exemplo, a cobrança de tributos para financiar as mais variadas necessidades que surgiam conforme as respectivas épocas. Por outro lado, há também o cidadão-contribuinte que, com o passar dos anos, foi conquistando diversos direitos fundamentais, hoje consagrado nas diversas Cartas Magnas ao redor do mundo. Dentre estas conquistas, podemos citar a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948.

Apesar da positivação de relevantes direitos humanos, importante a implementação de políticas públicas com vistas a efetivação destes direitos. Prestações positivas do estado devem objetivar a garantia de um mínimo existencial para que cada indivíduo alcance uma vida digna. Destaque-se ainda que, além de garantir o mínimo existencial por meio de prestações positivas, deve-se também protegê-lo contra arbitrariedades estatais tais como a incidência de tributos com vistas a respeitar a capacidade contributiva de cada indivíduo conforme suas respectivas condições econômicas.

2) Histórico dos Direitos Humanos Fundamentais e Deveres do Estado no Século XXI

No século XIII o Rei da Inglaterra João Sem-Terra perdeu uma disputa com o rei francês Felipe Augusto pelo ducado da Normandia que lhe pertencia por herança da família Plantagenet. Com esta derrota, o monarca teve que aumentar os impostos para financiar suas campanhas bélicas, entretanto, em contrapartida, a nobreza exigiu o reconhecimento formal de seus direitos. Diante deste e de outros fatos históricos relacionados com o clero, surge a edição da Carta Magna da Inglaterra no ano de 1215 como o primeiro instrumento a limitar o poder do Estado representado pela figura do monarca João Sem-Terra e estabelecer privilégios especiais aos barões ingleses. Apesar de beneficiar apenas parcela da sociedade, a “*Magna Charta Libertatum*” reconhece direitos humanos fundamentais como a dignidade, liberdade e igualdade. (COMPARATO, 2015)

Apesar deste importante marco ocorrido na Inglaterra, em 13 de fevereiro de 1689 é outorgada a *Bill of Rights* (Declaração de Direitos) que estabeleceu diversas restrições ao poder do Estado sobre os direitos dos cidadãos. Dentre outras, destaca-se a vedação de penas cruéis, o fortalecimento do princípio da legalidade e a legitimidade do Parlamento com eleição livre dos seus membros e suas respectivas imunidades, bem como a ilegalidade de cobranças de impostos sem a sua concessão pelo Parlamento. A *Bill of Rights* põe fim ao regime de monarquia absoluta onde todo o poder emanava do Rei e exercido em seu nome. Com isso o Parlamento consagra-se como representante do poder popular na garantia dos direitos dos cidadãos. (COMPARATO, 2015)

Nos Estados Unidos, em Boston, a Revolta do Chá ocorrida em maio de 1773, marcou uma ação dos colonos americanos contra a cobrança de impostos derivada do monopólio Inglês sobre a Companhia das Índias Orientais que vendia chá para a América. Esta Revolta é considerada um marco na guerra revolucionária que culminou na independência dos EUA em julho de 1776. A primeira Declaração de Direitos no sentido moderno surgiu na Virgínia em 1776 na qual buscou o estabelecimento de um governo democrático com limitação de poderes e proclamou direitos funda-

mentais em face do domínio do Estado, direitos estes inerentes à própria condição humana. O seu artigo 1º estabelecia:

Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão aprovada pela Assembleia Nacional Francesa em 26 de agosto de 1789 teve maior influência que a declaração norte-americana devido à repercussão da Revolução Francesa. Esta declaração foi elaborada com o objetivo de servir como “Carta de Princípios” a serem seguidos pelo Parlamento na edição da Constituição Francesa que em seu preâmbulo afirma ser necessário “*declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem*”. A Declaração estabelece, dentre outros temas, que todos os cidadãos ou seus representantes tem direito de verificar a necessidade de cobrança de impostos para manutenção da força pública a serem pagos conforme as suas respectivas possibilidades. Destaque-se que estes princípios não surgiram repentinamente, mas de movimentos filosóficos ao longo de um século como o iluminismo, o liberalismo e o enciclopedismo.

A positivação destes direitos fundamentais ficou definida pela doutrina como direitos de primeira dimensão, na qual determina que os Estados não intervenham na liberdade individual. Esta dimensão de direitos permaneceu até o início do século XX, quando irão surgir novos direitos fundamentais.

A Constituição de Weimar, denominação da Constituição da República Federativa da Alemanha promulgada em 11 de agosto de 1919, destacou-se por apresentar e consolidar os direitos fundamentais sociais, inaugurando os estudos sobre o constitucionalismo social. Essa proteção dos direitos dos indivíduos em sociedade, na busca pela igualdade material e social, serviu de inspiração para a confecção de outras constituições ao redor do mundo, dentre elas a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Destacam-se como direitos sociais inseridos na

Constituição de Weimar o direito à educação, o direito à pensão e à aposentadoria, o direito ao trabalho e o direito a uma previdência social com proteção à maternidade e à velhice.

Ao final da Segunda Grande Guerra em 1945 fundou-se a Organização das Nações Unidas com a finalidade de manter a paz e a segurança entre todas as nações do mundo. Outro objetivo com a criação da ONU vem a ser a promoção do respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais após bárbaras atrocidades cometidas durante a guerra, o que levou a entidade a proclamar a Declaração Universal de Direitos Humanos em 10 de dezembro de 1948 tendo por base os ideais positivados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, agora em âmbito universal, consagrando-se os direitos a igualdade, a liberdade e a fraternidade que, por serem inerentes à própria pessoa humana, não podem ser retirados ou mesmo restringidos.

Influenciada pela Convenção Universal de Direitos Humanos, e diante de um iminente conflito ideológico entre as Europas Oriental e Ocidental, o Conselho da Europa, criado em 1949 com vistas a proteger e propiciar o desenvolvimento dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, assina em Roma no dia 04 de novembro de 1950 o primeiro tratado regional sobre direitos humanos: a Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Visando o alargamento da Convenção Universal dos Direitos Humanos, diante de uma melhor visão sobre os direitos da pessoa humana, é aprovada em 4 de julho de 1976 na cidade de Argel, capital da Argélia, a Declaração Universal dos Direitos dos Povos, intitulada de Carta de Argel, com vistas a garantir os direitos relacionados à existência de um povo, ou seja, sua identidade cultural caracterizada por sua língua, sua raça, seus hábitos, bem como os direitos econômicos a eles relacionados.

Adentrando nos direitos humanos positivados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, denominada de Constituição Cidadã, observa-se uma redemocratização do país após longos vinte e um anos de autoritarismos e arbitrariedades da ditadura militar. Os direitos humanos fundamentais enfraquecidos são restabelecidos bem como evidencia-se um avanço substancial na efetivação dos direitos sociais e consagrando-os como direitos fundamentais, o que não ocorria nas pregressas constituições.

O principal desafio do Estado Democrático de Direito Brasileiro é estabelecer uma agenda social a ser implementada com vistas a buscar novos rumos para as políticas públicas sociais galgando a efetivação e a garantia dos direitos fundamentais sociais de modo mais equitativo, realista e eficiente. A atuação do Estado por meio de prestações positivas com vistas a alcançar um mínimo de condições satisfativas dos direitos sociais daqueles mais necessitados depende de uma releitura do princípio da dignidade da pessoa humana para alcançar o mínimo existencial de uma vida digna.

3) O Conceito de Mínimo Existencial e os Direitos Humanos

Após uma síntese da cronologia histórica dos direitos humanos, fica evidente a evolução significativa do tema despendida pelos Estados e entidades não governamentais com o decorrer dos séculos. Neste capítulo será abordada a definição do que seja o “mínimo existencial” e a “reserva do possível” bem como a sua total ligação com o direito humano sedimentado em forma de Declarações, Convenções e, essencialmente, nas Constituições do Brasil e do Mundo.

O amparo estatal para com os direitos sociais é, na prática, ações relativamente recentes. As ações voltadas para dar assistências aos menos favorecidos ocorriam, inicialmente, por iniciativa de seus familiares mais próximos. Posteriormente, ocorre uma participação das igrejas nas atividades relacionadas à caridade para aqueles mais necessitados. A participação do Estado começa a ganhar força a partir da Revolução Industrial, onde o crescimento do capitalismo trouxe também problemas sociais relacionados a urbanização bem como o aumento da pobreza em meados do século XIX. Com isso, surge o Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*) com vistas a garantir padrões mínimos de educação, saúde, habitação, renda e seguridade social a todos os seus cidadãos.

As ações do Estado com a ampliação dos serviços assistenciais fizeram com que a qualidade de vida da população aumentasse de forma vertiginosa. Entretanto, esse ganho social gera um alto custo de manutenção pelo Estado. Com isso, tornaram-se necessárias medidas intervencionistas na área econômica de modo a regulamentar as atividades produtivas com

vistas a geração de riquezas e, por conseguinte, a arrecadação de tributos que pudessem subsidiar esta conta.

Com a dificuldade em financiar estes gastos públicos mais elevados, sem que houvesse disponibilidade financeira para a concretização da efetiva e ampla prestação assistencial, torna-se insustentável a manutenção do *Welfare State* tal como proposto, que, apesar de mostrar-se como um modelo ideal, implica em alto endividamento do Estado. Com isso surge a tese de redução dos direitos sociais ao mínimo existencial defendida por Ricardo Lobo Torres. (TORRES, 2009)

O Mínimo Existencial não se encontra estabelecido explícito e literal na Constituição da República. Entretanto, o princípio da dignidade da pessoa humana constitui a base constitucional que sustenta os direitos humanos como o direito à liberdade, o direito à alimentação, saúde e educação, basilares de qualquer pessoa ou sociedade e que direcionam para o entendimento do que venha a ser Mínimo Existencial. Segundo Lobo Torres, o Mínimo Existencial também pode ser identificado nos princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa.

Nas palavras de Lobo Torres, Mínimo Existencial é “*um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas*”. (TORRES, 2005) Diante desta definição, insta buscar quais seriam os direitos sociais mínimos necessários a garantir a subsistência humana para que o Estado possa assistir de forma satisfatória bem como se atendo aos limites orçamentários estatal.

As condições mínimas de existência humana possuem características peculiares conforme se analisa as diferentes realidades socioeconômicas de dois ou mais países quando observamos os seus índices de desenvolvimento humano (IDH). Exemplificativamente, o direito à educação no Brasil possui um peso relevante na composição do mínimo existencial, o que não ocorre na Alemanha, onde o nível educacional se encontra entre os melhores do planeta. Portanto, mister se faz ponderar as realidades econômicas e condições sociais de modo a identificar qual o “Mínimo Existencial” que se pretende alcançar.

Os direitos sociais previstos na Constituição de 1988 possui um capítulo especialmente redigido para esse fim. Definir o conteúdo mínimo destes direitos a serem alcançados pelo que seria o “Mínimo Existencial” necessita realizar uma ponderação de valores e princípios jurídicos den-

tro do núcleo intangível dos direitos fundamentais onde são identificados três elementos essenciais na vida de qualquer cidadão, segundo Ana Paula Barcellos, quais sejam: educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à justiça. (BARCELLOS, 2008)

Traçado o limite que se pretende obter entre o que é ou não o “Mínimo Existencial”, seja de caráter físico ou de natureza moral, supletivamente, mas não menos importante, deve-se galgar o enquadramento jurídico destes direitos sociais como direitos subjetivos ou objetivos. Nos termos de Cláudia Toledo, não só os direitos sociais são subjetivos, mas todos os direitos fundamentais, sendo, portanto, suscetíveis de serem vindicados perante o Poder Judiciário.

Todo direito fundamental é um direito subjetivo e todo direito subjetivo é arguível no poder judiciário caso seja desrespeitado por seu destinatário, seja ele o Estado ou o particular. Via de consequência, sendo os direitos fundamentais sociais direitos subjetivos, são justiciáveis. Todo direito fundamental é um direito subjetivo *prima facie*, somente se tornando direito subjetivo *definitivo* mediante sua ponderação com o interesse coletivo ou com o interesse individual de terceiros. (TOLEDO, 2017)

Este enquadramento jurídico permite o emprego de um dos elementos estabelecidos de forma explícita na Constituição de 1988 conforme será abordado adiante.

Lobo Torres também leciona como mínimo existencial a prestação do Estado quando concede “proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas” (TORRES, 2009). Afirma ainda que não basta a assistência social aos pobres, mas também uma política de imunidade fiscal do mínimo existencial, buscando uma tributação com base na capacidade contributiva e na progressividade. Neste contexto, discorre Lobo Torres que a imunidade fiscal seria uma forma de o direito ao mínimo existencial estar protegido contra qualquer intervenção do Estado (*Status Negativus*).

Algumas imunidades estão estabelecidas de forma implícita na Constituição de 1988 e reproduzida nas legislações ordinárias, tais como algumas isenções de IPI e ICMS e a não incidência de Imposto de Renda sobre determinada faixa dos rendimentos auferidos pelas pessoas físicas.

Outras de maneira explícita como, por exemplo, o direito a petição ao poder público e obtenção de certidões independente do pagamento de taxas, as gratuidades da ação popular, do habeas corpus e do habeas data, a assistência jurídica estatal integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, a gratuidade do registro civil de nascimento e da certidão de óbito aos reconhecidamente pobres bem como a imunidade de impostos sobre patrimônio, renda e serviços das entidades de educação e de assistência social.

O Mínimo Existencial também, conforme explicitado alhures, necessita de prestações positivas denominadas por Torres como *Status Positivus*, subdividida ainda em *Status Positivus Libertatis* e *Status Positivus Socialis*. A *Libertatis* é caracterizada pela entrega de serviços públicos específicos gratuitos como os de saúde pública básica e de educação primária, o que não se confunde com o *Socialis* no qual o Estado Social fornece educação secundária e superior bem como a entrega de moradia e outras subvenções sociais por meio de prestações financeiras.

Neste contexto, e dependendo da condição econômica do país, as prestações positivas dos direitos sociais, ou seja, as *Status Positivus Socialis*, segundo Torres, não são obrigatórias. Diferentemente daquelas previstas pelo *Status Positivus Libertatis* que, dependendo da Reserva do Possível, torna-se um direito público subjetivo do cidadão.

Definido o conteúdo do que venha a ser Mínimo Existencial, bem como identificadas as prestações positivas e negativas do Estado, de acordo com a realidade econômico-financeira momentânea do país, necessário se faz definir o que vem a ser capacidade contributiva bem como delimitar o seu alcance no que concerne aos direitos fundamentais.

4) O Respeito à Capacidade Contributiva para o Desenvolvimento Humano

Inicialmente foi abordada a evolução histórica do tratamento jurídico despendido aos direitos humanos desde sua origem **no século XIII com a Carta Magna na Inglaterra até chegar nos direitos sociais fundamentais positivados na Constituição de 1988. A positivação dos direitos humanos tem por objetivo nortear o Estado com vistas ao alcance de uma condição mínima e essencial da manutenção**

de uma vida digna, tanto individualmente quanto em sociedade. Nesta linha, vejamos a conceituação jurídica sobre a dignidade dos direitos humanos, segundo Ingo Wolfgang Sarlet:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos. (SARLET, 2001)

Em seguida discorreu-se sobre as condições existenciais mínimas com vistas a apresentar conceitos sobre o Mínimo Existencial que, para ser alcançado, necessita de prestações positivas e negativas do Estado. Uma das atividades estatais que contribuem para o atendimento igualitário dos direitos reconhecidos pela constituição encontram-se consubstanciadas nos atos de adoção de política de imunidade fiscal intimamente relacionada com o princípio capacidade contributiva.

Neste contexto insta destacar o conceito de princípio dentro do ordenamento jurídico pátrio. Segundo Bobbio, princípios são *“normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais”* (BOBBIO, 2003). Ávila afirma que *“princípios são aquelas normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado”* (ÁVILA, 2005).

Nesta linha de entendimento, observamos que os princípios, respeitadas determinadas condições específicas a serem seguidas, não são mandamentos definitivos nem possuem conteúdo de determinação, mas são a base para que determinadas normas jurídicas sejam aplicadas.

O delineamento do Princípio da Capacidade Contributiva remonta ao antigo Egito no qual estabelecia que os tributos deveriam ser cobrados conforme as possibilidades de cada contri-

buinte. Segundo Costa, a noção de capacidade contributiva remonta ao próprio surgimento do tributo e foi objeto de estudos na filosofia grega da antiguidade.

A noção de capacidade contributiva remonta sua origem ao próprio surgimento do tributo. Registra-se que, já no antigo Egito, concebia-se que os tributos deveriam guardar, de alguma forma, relação com a riqueza daqueles que os deveriam pagar. Também os filósofos gregos pregavam o ideal de justiça distributiva, segundo a qual a desigualdade remunera cada um consoante seus méritos. (COSTA, 1996)

O “catasto”, primeiro tributo instituído sobre renda, introduzido em 1451 na Florença dos Medici, teria sido fruto de movimentos democráticos que eclodiram em diversas Cidades-Estados da península itálica no século XV. O objetivo seria o deslocamento da tributação centrada na propriedade para a produção e a renda, tendo em vista a constatação de que a riqueza acumulada pelos poderosos não era mais predominantemente da terra, mas sim da indústria e do comércio. (SELIGMAN, 1914)

Com isso, observa-se que não é de hoje a dificuldade em estabelecer uma progressividade da tributação na qual quem mais aufere recursos deveria pagar mais tributos. Daí a certeza de que o princípio da capacidade contributiva não é das tarefas mais fáceis de serem implementadas.

A Constituição Federal trouxe em seu artigo 145, § 1º o que vem a ser a capacidade contributiva dispondo que “sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, [...]”. Seguindo este preceito, identificamos ser o princípio da capacidade contributiva um dos instrumentos, quiçá o principal, utilizado na busca da Justiça Fiscal. Esta capacidade contributiva está intimamente relacionada com a riqueza do cidadão, seja pela sua riqueza estática, materializada por meio de seu patrimônio, seja por meio da sua riqueza dinâmica, caracterizada pelos impostos pessoais (renda). Observa-se, portanto, a busca de uma personificação da tributação com base na disponibilidade da riqueza auferida e/ou mantida pelo potencial contribuinte.

Importante destacar que a expressão “sempre que possível” está intimamente relacionada com o caráter pessoal do imposto, não sendo uma

mera liberalidade do legislador constituinte, devendo esta disposição constitucional ser sempre observada quando da instituição dos tributos.

O surgimento do Estado Social e Democrático de Direito no século XX contribuiu para o aprimoramento da forma de tributação dos contribuintes, cuja preocupação deixa de ser exclusivamente voltada para o fato gerador do tributo, como por exemplo, auferir renda, para incidir sobre aqueles que possuem plenas condições de serem alcançados pela tributação, como, por exemplo, aquele que recebe um rendimento superior a determinado patamar mínimo.

Dentro deste enfoque, buscando a imunidade do mínimo existencial, a tributação passa a ser feita com base no princípio da capacidade econômica e nos subprincípios da progressividade e da seletividade, vedando a tributação sobre uma parcela mínima necessária à existência digna, aquém da capacidade econômica, restringindo, portanto, o poder fiscal estatal. (TORRES, 2005)

A capacidade contributiva tem por objetivo salvaguardar o mínimo vital, ou seja, não se pode tributar um conjunto mínimo de recursos indispensáveis para uma sobrevivência digna. Com isso alguém só pode dar sua contribuição após ter garantido a manutenção de padrões mínimos de sua existência. Com estes fins propostos, indispensável a análise dos subprincípios da progressividade e da seletividade intimamente relacionados com o da capacidade contributiva.

A progressividade se caracteriza em função da elevação da alíquota de determinado tributo conforme o valor de sua riqueza (base de cálculo) é aumentada. Observa-se, portanto, que, segundo este princípio, os mais abastados contribuem mais que os menos favorecidos. Este subprincípio é empregado como forte instrumento de redistribuição de renda no Estado Social e Democrático de Direito. Segundo Rawls, em sociedades com maior desigualdade social há de haver uma progressividade dos impostos sobre a renda com vistas a alcançar e pôr em prática os princípios da liberdade e da igualdade equitativa de oportunidades. (RAWLS, 2000)

Esta progressividade também pode ser aplicada nos impostos reais a partir dos anos 2000 e 2003, conforme estabelecido pelas Emendas Constitucionais nº 29 e 42, respectivamente, nos quais previram a possibilidade da progressividade do IPTU e do ITR, calculados com base no valor venal do imóvel. Evidente que, havendo um patrimônio que reflita um

elevado índice de riqueza, o efeito progressivo na tributação destes bens também reflete a aplicação da redistribuição da renda conforme preconiza o princípio da capacidade contributiva.

O princípio da seletividade também está intimamente ligado ao princípio da capacidade contributiva quando se trata de tributos indiretos incidentes sobre o consumo. Analisando a essencialidade da mercadoria ou do produto é possível aferir qual a alíquota que deve ser aplicada para fins de aumentar, diminuir ou mesmo zerar a sua tributação. Quando estivermos diante de produtos indispensáveis a manutenção de uma vida digna, tais quais aqueles presentes na cesta básica, menores deverão ser as alíquotas aplicadas. Contudo, quanto mais supérfluos sejam os itens a serem adquiridos, mais gravosas deverão ser as alíquotas aplicadas. Apesar de observarmos que todos os cidadãos estariam usufruindo da redução ou isenção dos tributos indiretos incidentes sobre produtos e serviços de primeira necessidade, entretanto, a justiça fiscal estaria sendo efetivada tendo em vista que os efeitos da desoneração fiscal inevitavelmente estariam alcançando aqueles que mais precisam da proteção estatal.

Dentro destes enfoques, verificamos uma diferenciação tributária horizontal sob o ponto de vista da gradação tributária conforme os princípios da progressividade e da seletividade para efetivação do princípio da capacidade contributiva. Entretanto, mister se faz avaliar também a dimensão vertical neste contexto, ou seja, o estabelecimento dos limites mínimos a serem tributados de modo a respeitar o que definimos como Mínimo Existencial.

Portanto, inquestionável um aprimoramento do sistema tributário nacional na busca da efetivação do princípio da capacidade contributiva com a plena implementação dos princípios da seletividade e da progressividade, tanto na tributação sobre a renda quanto aquela incidente sobre o consumo com vistas a proteger os mais necessitados e angariar recursos para o financiamento das necessárias prestações positivas do Estado Social e Democrático de Direito.

Afora a complexa e alta carga tributária ao qual a sociedade brasileira se sujeita, bem como tirante as más gestões públicas dos recursos arrecadados que predominam nas três esferas de governo, percebe-se a necessária conscientização por parte da sociedade contributiva das suas efetivas obrigações tributárias para com o Estado, de modo que todos possam exercer

plenamente a sua cidadania, não somente pelos direitos, mas também pelas suas obrigações, pelo seu compromisso como cidadão brasileiro.

Inevitavelmente é perceptível que a sociedade brasileira hodierna se encontra marcada pelo individualismo, na qual as pessoas se preocupam com seus próprios interesses e impulsos, cuja vida social resta caracterizada por uma associação de indivíduos que buscam os fins comuns daquele meio sem se preocupar com o desenvolvimento da sociedade democrática que o circunda, por isso, e dentre outros motivos, a sua aversão por contribuir com tributos.

A sociedade contributiva brasileira também enxerga os tributos como uma penalidade, uma imposição rigorosa do Estado, deixando de observar a embutida e essencial função social dos tributos que, quando bem geridos e aplicados, estimulam o crescimento da economia e o desenvolvimento de uma sociedade e garantem a subsistência e o bem-estar da sociedade, especialmente os excluídos, bem como o fortalecimento dos entes estatais. Assim, se está contribuindo para a consolidação de uma sociedade justa e solidária em que todos possam viver dignamente num Estado Social e Democrático de Direito.

Portanto, o mínimo existencial caracterizado nos países em desenvolvimento, especialmente no Brasil, possui uma maior extensão que nas nações mais abastadas e, por conseguinte, necessitam de uma maior proteção estatal sobre bens mínimos necessários à sobrevivência de suas populações. Com isso, entra em cena a efetivação do princípio da capacidade contributiva nas quais devem ser implementadas e aprimoradas as políticas públicas voltadas para a progressividade e a seletividade do sistema tributário brasileiro, privilegiando os menos favorecidos e aqueles que laboram e contribuem para o assistencialismo social bem como conscientizando a sociedade contributiva da sua importância na manutenção e desenvolvimento do Estado Social e Democrático de Direito do Século XXI.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 6^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** 4^a ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 7ª ed. São Paulo: Campus, 1992.

_____. **Teoria da norma jurídica**. 2ª. ed. São Paulo: Edipro, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COSTA, Regina Helena. **Princípio da capacidade contributiva**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO BOM POVO DE VIRGÍNIA – 1776. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>. Acesso em abril de 2018.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO – 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%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 em abril de 2018.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em maio de 2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia no limiar do século XXI**. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MELLO, Celso de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social, à luz da Constituição mexicana de 1917.** Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15422-15423-1-PB.htm>. Acesso em abril de 2018.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça.** Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. 2ª ed. São Paulo. Martins Fontes, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SELIGMAN, **The Income Tax: a study of the history, theory, and practice of income taxation at home and abroad.** 2nd. ed. New York, NY: Macmillan, 1914.

TOLEDO, Cláudia. **MÍNIMO EXISTENCIAL – A CONSTRUÇÃO DE UM CONCEITO E SEU TRATAMENTO PELA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E ALEMÃ.** In PIDCC, Aracaju, Ano VI, Volume 11 nº 01, p.102 a 119 Fev/2017.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário – os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia. Volume III.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ASPECTOS JURÍDICOS DAS OCUPAÇÕES E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Eduardo Henrique de Oliveira Barbosa
Rodrigo Almeida Magalhães

1) INTRODUÇÃO

É notória a dicotomia econômica existente entre os cidadãos brasileiros, buscar medidas para solucionar o problema em questão é o maior dos desafios. Desde o descobrimento do Brasil, no ano 1.500, este solo tem sido disputado para atingir fins econômicos, sociais, religiosos, entre outros. Desse modo, visando garantir o bem-estar social, a Constituição da República de 1988 estabeleceu em seus dispositivos algumas exigências ao cidadão que seja proprietário, aplicando punições severas a quem descumpri-las.

A função social da propriedade é um mecanismo constitucional estabelecido como contrapartida à dificuldade econômica de se adquirir uma propriedade, cujo objetivo é garantir que o proprietário dará utilidade, mesmo que minimamente, ao seu imóvel, caso contrário, a propriedade que não cumpra tais requisitos será desapropriada pelo poder estatal. A penosa medida tem por objetivo garantir os interesses coletivos em face dos interesses individuais, no entanto, tais dispositivos nem sempre são aplicados com a agilidade necessária e acabam por estimular a prática de pequenos grupos, cujas ações visam antecipar o que deveria ser determinado pelo Estado. Como exemplo, é possível citar as ocupações, que de

maneira precária, se apoderam de imóveis abandonados para fazer valer a garantia do bem-estar social.

A demora por parte do poder público, em fazer valer os dispositivos constitucionais referentes à função social da propriedade, diminui as expectativas das pessoas menos favorecidas de estarem sob um teto que possa ser chamar de seu. Além do mais, quando não realizado pelo Estado, várias exigências deixam de ser verificadas, o que coloca em risco a vida dos próprios ocupantes.

O ato de desapropriar uma propriedade privada pode acabar lesionando o direito dos proprietários, por isso, é preciso que se esclareça a frágil divisória existente entre o direito à propriedade e o princípio constitucional do bem-estar social.

Este artigo visa explicar, de forma clara e precisa, os aspectos jurídicos da função social da propriedade e das ocupações. Como marco teórico, utilizou-se o artigo “Dimensões Jurídicas e Metajurídicas do Direito de Propriedade” escrito por Diogo Carvalho e Tayne Kauane Porpério dos Santos.

Identificar-se-á quais são os fatores que acarretam a demora no processo de desapropriação do bem e as respectivas soluções que poderiam ser criadas para reduzir o tempo de espera dos ocupantes, sem que ocorram prejuízo ou lesão aos direitos do proprietário. Quanto às ocupações, serão analisadas tendo como base os dispositivos legais, trazendo à tona seus aspectos jurídicos e os direitos que estão em jogo quando o assunto “desapropriação” é abordado.

2) SURGIMENTO DA PROPRIEDADE PRIVADA

Não se sabe ao certo como a sociedade privada surgiu, grandes pensadores, reconhecidos mundialmente, já se esforçaram em desvendar os primórdios da humanidade, no entanto, apesar de possuírem algo em comum, qual seja descobrir como a propriedade privada surgiu, nunca se chegou em um consenso. Várias teorias foram criadas, cada uma com suas teses e justificativas, cativando adeptos no mundo inteiro.

Dentre estas teorias, duas se destacam e tornaram-se as mais aceitas atualmente, são as teorias de Marx e Engels e a teoria de Locke. A teoria materialista, cujos principais representantes são Karl Marx e Friedrich

Engels (CARNEIRO, s.d.). Defendem a ideia de que o Estado surgiu com o objetivo de proteger a propriedade privada e que esta teria sido a primeira forma de cumular riquezas antes do capitalismo como conhecemos hoje. Dessa forma, a divisão desigual de riquezas propiciou a exploração de poucos sobre muitos, criando-se pequenos grupos, detentores de grandes propriedades de terra, que dominavam o local com seu poder econômico e político concedido pelas propriedades e, de um outro lado, grandes grupos de miseráveis.

Conforme apresentado por Diogo Carvalho e Tayne dos Santos (2015), John Locke, de outro modo, percebia no trabalho a origem de todo tipo de propriedade privada, dividindo esta última em duas grandes ramificações, propriedade em sentido amplo e propriedade em sentido restrito. Em sentido amplo, propriedade privada estaria se referindo à liberdade e à vida, enquanto que, em sentido restrito, abor-daria todos os bens materiais, tais como propriedades e riquezas. Vale ressaltar ainda que, para John Locke, a principal função do Estado seria proteger a propriedade privada, tanto em seu sentido amplo, como em seu sentido restrito, haja vista que, para ele, não compete aos Estado criar novos direitos, mas apenas manter os já existentes no estado de natureza.

Questão é que a propriedade privada sempre possuiu importância para a sociedade, contrário ao pensamento de muitos, tal importância não se restringe a aspectos econômicos ou financeiros, esta assimilação é comum nos dias atuais, visto que a sociedade abandonou, para muitos, qualquer outra importância que possuía anteriormente, para limitar-se a uma forma de armazenar riquezas mais segura do que investimentos no sistema bancário, sem que estas perdessem seu respectivo valor.

A primeira função da propriedade privada para a sociedade corresponde a sua importância perante à vida. Quando o homem aprendeu a cultivar a terra, deixando assim de ser nômade, a propriedade passou a ser sua principal fonte de alimentos, momento em que necessitava desta para sua própria subsistência e também de sua família. Além do mais, era necessário estar em grupo, pois a natureza ainda apresentava muitos riscos às pessoas, se reunir em pequenas comunidades era a principal forma proteção e ainda, permitia a divisão de tarefas entre os moradores locais, facilitando o dia a dia das pessoas.

A segunda função da propriedade diz respeito à importância desta para após a vida, compreendida como um local de descanso aos mortos. As famílias acreditavam que seus entes falecidos se transformavam em seus protetores pessoais, a quem deveriam clamar em momentos de dificuldade e oferecer sacrifícios, por esse motivo, tinham o costume de enterrar seus familiares nos quintais de suas residências, assim, todos ficariam próximos e estariam unidos, mesmo que em planos diferentes, dando ao falecido o direito ao descanso eterno junto à sua família.

A terceira função da propriedade se apresenta após os períodos iniciais da sociedade, quando esta já se encontrava organizada em cidades maiores, porém, carente de organizações capazes de lidar com os interesses públicos de um modo geral. Nesta época, a propriedade era necessária para que o indivíduo pudesse ser considerado cidadão, período em que a propriedade se apresentava em sua dimensão política, mostrando-se como um pré-requisito para que a pessoa pudesse escolher seus representantes e se apresentar como um candidato aos cargos públicos vacantes.

Por último, a propriedade tem se apresentado em sua função econômica, que corresponde a sua aquisição como forma de investimento. Nesta modalidade, deixou de ser utilizada de fato; cessou seu emprego como fonte primordial de alimentos; sua utilização como local de descanso eterno dos entes falecidos foi superada; não é mais empregada como requisito para o exercício dos direitos políticos, concedidos a partir de então a todos os cidadãos sem distinções econômicas, racistas ou sexistas. A partir de então, a propriedade passou a ser adquirida por pessoas que visam apenas sua valorização econômica, cuja ação consiste em comprar a preços baixos, aguardar sua incontestável valorização, para então, dispor de sua propriedade, auferindo grandes lucros ao seu proprietário.

3) EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS REFERENTES À PROPRIEDADE

Como apresentado anteriormente, a função social da propriedade não foi inserida na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 de forma impensada, esta garantia fundamental estava presente em algumas constituições anteriores à de 1988 e sofreu evoluções que lhe deram a in-

terpretação passível da percepção atual. Abaixo, analisar-se-á a evolução constitucional que esta garantia sofreu.

A primeira Constituição do Brasil, promulgada pelo imperador D. Pedro I em 25 de Março de 1824 não apresentava dispositivos que abor-dassem a função social da propriedade, apesar de apresentar vários princí-pios que se mantiveram presentes no texto constitucional, a Constituição do Império se preocupou em garantir a inviolabilidade da propriedade, salvo em casos de interesse público, momento em que o bem seria tomado pelo Estado, mediante o pagamento de indenização (BRASIL, 1824).

A Constituição da República promulgada em 24 de fevereiro de 1891, cujo principal mentor foi Rui Barbosa, manteve o entendimento da Constituição anterior, garantindo a inviolabilidade da propriedade, salvo em casos de interesse estatal, momento em que, mediante indenização, a propriedade poderia ser adquirida pelo Estado, mesmo contra a vontade do proprietário, quanto à função social desta última, não existem corres-pondências. Tal dispositivo encontra-se presente no artigo 72, parágrafo 17 (BRASIL, 1891).

A Constituição da República de 1934, idealizada por Getúlio Vargas, apresentou grande inovação se comparada às anteriores, assim como suas antecessoras, garantiu proteção à propriedade privada, exceto em situa-ções envolvendo o interesse estatal, momento em que, mediante indeniza-ção, o Estado poderia adquirir a propriedade sem o consentimento de seu proprietário. A inovação se fez em trecho do artigo 113, parágrafo 17, visto que, inseriu-se neste dispositivo uma limitação à liberdade irrestrita do proprietário, que a partir de então, não pôde realizar atos que contra-riassem os interesses sociais ou coletivos (BRASIL, 1934).

Em 1937 nova Constituição entra em vigor, este dispositivo seguiu parte do raciocínio anterior, entretanto, deixa de citar a propriedade in-telectual e não apresenta a limitação dos poderes do proprietário perante os interesses sociais ou coletivos. Garante ao Estado o direito de adquirir tal propriedade, mesmo que contra a vontade do proprietário, conforme artigo 122, parágrafo 14 (BRASIL, 1937). Quando comparada com suas antecessoras, percebe-se que grande retrocesso ocorreu com a promulga-ção desta Constituição. É natural que avanços ocorram de forma gradual, todavia, quando determinada melhoria, após ser estabelecida em legis-lações anteriores, deixa de ser abordada em legislação posterior, há uma

interceptação da evolução que é comum e necessária para a sociedade, trazendo ao ordenamento como um todo, grandes prejuízos.

Em 1946 os avanços outrora apresentados e posteriormente mitigados pela Constituição de 1937, voltaram ao texto constitucional através da nova carta magna em vigor, que realizou melhorias nos dispositivos outrora apresentados. O uso da propriedade condicionou-se ao bem-estar social, além do mais, foi a primeira a prever que, através de lei, a propriedade poderia ser distribuída de forma justa e que as oportunidades seriam distribuídas de forma igualitária. Ainda, foi a primeira a prever a uso capião, que se deu com o objetivo de fixar o homem no campo garantindo-lhe, após cumprido seus requisitos, parte da terra suficiente à sua subsistência (BRASIL, 1946).

A Constituição de 1967, seguindo os mesmos aspectos de sua antecessora, inovou, apresentando de forma taxativa a função social da propriedade como um princípio fundamental (BRASIL, 1967). Além do mais, a observância de outros dispositivos de caráter social que já haviam sido estabelecidos foram mantidos pelo legislador.

4) A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PROMULGADA EM 1988

A função social da propriedade não se desenvolveu sem antes criar bases rígidas. Ao se observar as Constituições que antecederam a carta magna atualmente em vigor, é possível perceber que muitos anos foram necessários para se chegar ao modelo de função social que conhecemos hoje. As mudanças ocorreram de forma gradativa, espelhando os interesses políticos e econômicos dos grandes homens públicos, à época, únicos detentores do controle do Brasil.

Com o passar dos anos, as Constituições começaram a apresentar dispositivos voltados aos interesses sociais, trocaram seus dispositivos liberais por cláusulas mais paternalistas, entretanto, tal alteração não foi suficiente para impedir ou diminuir o acúmulo de riquezas nas mãos de poucos, o que pode ser observado até os presentes dias, haja vista que tais alterações não encerraram o liberalismo econômico.

A Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988, conhecida por muitos como “Constituição Cidadã”, possuiu papel

importante nesta trajetória, haja vista o período de sua publicação, ocorrido após o fim do período ditatorial instaurado no Brasil em 1964. Em seu texto, apresenta várias conquistas sociais, dentre elas, a impenhorabilidade da propriedade rural utilizada para sustento familiar; a aplicação de imposto progressivo para desestimular a improdutividade das propriedades; garantiu o direito à propriedade; e mais uma vez a função social se faz presente, agora, em vários artigos do texto constitucional (BRASIL, 1988).

Ademais, a Constituição da República (BRASIL, 1988) adotou posicionamento contrário à improdutividade da propriedade, apresentando como solução ao problema, as medidas previstas no artigo 182, parágrafo quarto, cuja transcrição *in verbis* corresponde a:

“[...] é facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I - parcelamento ou edificação compulsórios; II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais” (BRASIL, 1988).

Como incentivo, a Constituição garante tratamento especial ao proprietário que utilizar, de forma adequada, sua propriedade (BRASIL, 2018).

4.1) Função Social da Propriedade

A Constituição vigente nos presentes dias, em seu artigo 5º, inciso XXIII, garante a qualquer brasileiro ou estrangeiro residente no Brasil a inviolabilidade do direito à propriedade, desde que cumprida sua função social. Entende-se que, ao adquirir uma propriedade, o proprietário seja detentor de direitos, tais como a inviolabilidade de sua propriedade, o direito de usar, gozar, fruir, dispor e reivindicar, e também deveres, como o de zelar pela propriedade (BRASIL, 1988).

Quanto à função social da propriedade, é possível perceber a existência de duas grandes ramificações, a primeira percebe esta garantia fundamental como um limite a liberdades do proprietário, que permitiam a este fazer o que bem quisesse; a segunda vertente traz ao proprietário obrigações que deverão ser observadas, cujo descumprimento poderá ocasionar a aplicação de sanções aos responsáveis. Com o objetivo de materializar os ideais da segunda corrente apresentada, é possível citar a necessidade de utilizar a propriedade de alguma forma, construindo em suas dimensões alguma edificação ou produzindo algum tipo de alimento, de um modo geral, visa beneficiar a sociedade de alguma forma, seja pela oferta de maior número de alimentos ou pela movimentação econômica causada no mercado ao gerar emprego e renda à população.

Estas medidas visam impedir que a propriedade seja abandonada pelo proprietário; que seja subutilizada por este; ou ainda, que seja adquirida com o único objetivo de ser alienada posteriormente. Esse entendimento decorre da escassez de propriedades e por isso, se a propriedade está sob o poder de alguém que não a utiliza de forma plena, aplica-se punições a este, pois, se não há interesse em utilizar a propriedade, que ela seja transferida a alguém que o queira fazer. No decorrer deste artigo será analisado os impactos que este entendimento tem causado em nossa sociedade.

Quando se analisa a interiorização da função social da propriedade pelos ordenamentos infraconstitucionais, assim como nos textos constitucionais, é possível perceber que ocorreu certa evolução no entendimento apresentado pelo código civil de 2002 quando comparado com seu antecessor, o código civil de 1916. No Código Civil de 1916, é possível identificar dispositivos individualistas, cuja aplicação garantia amplos direitos aos proprietários, durante sua vigência, estava ausente a preocupação com o bem comum. O código civil de 2002 modificou este entendimento, haja vista a presença de dispositivos cuja principal função é a de restringir os amplos direitos concedidos anteriormente ao proprietário e ainda, preocupou-se em aplicar medidas capazes de resguardar o interesse social diante dos interesses individuais, próprios do proprietário.

5) PANORAMA ATUAL

O termo “propriedade” sempre foi sinônimo de riquezas e poder, isso se deve à sua escassez e também possibilidades de produção e geração

de riquezas. Por esses motivos, pessoas menos favorecidas não conseguem adquirir sua casa própria e, por vezes são levadas a ocupar uma propriedade privada alheia que não cumpra com suas funções na sociedade para se abrigar dos infortúnios da vida.

Apesar da Constituição e ordenamentos infraconstitucionais garantirem ao proprietário o direito de gozar da propriedade plena de seu bem, as limitações já traçadas anteriormente neste artigo podem interceptar esse direito. Isto ocorre pois não se pode admitir que uma propriedade seja abandonada por alguém, mesmo que este seja afortunado, enquanto grande parte da população vive em condições de extrema pobreza, distante do nível mínimo necessário para se ter condições básicas de vida. Nesse mesmo sentido afirma Umberto Abreu Noce que: *“o exercício da propriedade é um direito cujo dever correlato é emprestar-lhe função social, sob o risco inclusive de perda do bem”* (Noce, 2018).

Ocupar um terreno vazio, uma construção inacabada ou um espaço que tenha em si edificações instaladas não é uma realidade distante do dia a dia dos brasileiros. Grande parte da população tem conhecimento de algum lugar que tenha sido ocupado por desabrigados que estabeleceram ali sua moradia.

Apesar da adoção de dispositivos legais, cuja existência se justifica pela visível desigualdade social existente no Brasil, a demora em fazer valer estes instrumentos suscita na população miserável o desejo por “fazer justiça com as próprias mãos”, nestas situações, entram sem nenhum tipo de autorização em propriedades alheias e por lá se estabelecem. No entanto, é preciso perceber que o cumprimento dos dispositivos legais se devem a tais ocupantes, conforme exposto por Umberto Abreu Noce: *“os que criticam os ocupantes, sob o argumento de que seria uma invasão ilegal, com efeito não percebem serem estes que, na verdade, cumprem o previsto no ordenamento jurídico, uma vez que conferem à propriedade inutilizada uma função social”* (NOCE, 2018).

A morosidade estatal não é completamente desnecessária, em um sistema capitalista de governo, o direito à propriedade é extremamente rígido e não pode ser violado sem justificativas plausíveis. Nesses casos, após a divulgação de indícios de que tal imóvel encontra-se descumprindo as normas estabelecidas, faz-se necessário averiguar a situação para que abusos e ilegalidades não sejam cometidos por parte dos representantes do Estado. Após a comprovação de que a propriedade em questão não cum-

pre sua função social, esta poderá ser desapropriada pelo Estado e, caso esteja em condições de nela se estabelecer moradia, concedê-la às famílias que puder abrigar, por óbvio, dentro de uma seleção justa e imparcial, respeitando-se os limites da propriedade.

Quando a ocupação ocorre sem a intervenção do Estado, vários requisitos essenciais deixam de ser analisados, afinal, a maior parte dos cidadãos de baixa renda não possuem conhecimento técnico suficiente para analisar a estrutura de uma edificação e decidir se esta está em condições de ser utilizada como moradia por outras pessoas. Como não possuem condições suficientes para contratar técnicos e assim verificar o local e realizar as alterações que serão necessárias para tornar o imóvel habitável, optam pela realização de ligações elétricas clandestinas, interceptam as redes de abastecimento de água e deixam, na maioria das vezes, que o esgoto produzido se espalhe a céu aberto. Estas pessoas precisarão se adequar no espaço existente, desse modo, várias famílias ocupam o mesmo espaço, muitas vezes limitando-se a utilização de um cômodo em prol de todo o grupo familiar e assim, levam suas vidas em condições sub-humanas.

Haja vista a precariedade das condições em que vivem e que esta precariedade estende-se também às ligações existentes entre a propriedade e os serviços públicos oferecidos pelas concessionárias, não raro ocorrem desastres que colocam em choque a população.

Como demonstrou os sites de notícias G1 (2018) e o jornal Folha de São Paulo (2018), em São Paulo, o edifício Wilton Paes de Almeida de 24 andares, cuja propriedade pertence à União, localizado no Largo do Paissandu e que já havia sido utilizado como sede para o Instituto Nacional do Seguro Social e também para a Polícia Federal, foi ocupado por sem-tetos ligados ao Movimento de Luta Social por Moradia (MLSM). No dia 1º de maio de 2018, após moradores ouvirem duas explosões sequenciais, iniciou um incêndio que se alastrou facilmente ao encontrar materiais inflamáveis pelos corredores e que, logo após, deu causa ao desabamento do edifício. No imóvel residiam cerca de 372 pessoas, no entanto, como não havia controle da movimentação local, é possível que mais pessoas estivessem no prédio no momento da tragédia. Além das 4 mortes confirmadas e dos 5 desaparecidos, o desastre causou grandes prejuízos aos imóveis vizinhos, como a Igreja Luterana, que teve cerca de 80% de sua estrutura destruída.

O edifício Wilton Paes de Almeida, não é único ocupado em São Paulo e que estava em condições precárias. Existem vários imóveis nas mesmas situações distribuídos pelo país, porém, a maioria concentrada nos grandes centros urbanos e que, até o presente momento, nada tem sido feito para solucionar esta situação.

A tragédia ocorrida em 1º de maio de 2018 é apenas uma consequência da ineficácia do poder estatal que, como abordado anteriormente, precisa ter cautela em suas decisões, principalmente quando trata-se de atos contrários ao rígido direito de propriedade. Entretanto, não se pode estender esta ação por tantos anos como se tem visto, as pessoas precisam de moradia e não só moradia, mas moradia digna e não podem aguardar por tanto tempo decisões que afetarão por completo suas vidas. A população menos favorecida precisa, em caráter de urgência, da aplicação dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que viabilizam a diminuição das desigualdades sociais de um modo geral, para que assim, tenham oportunidade de deixar para trás a triste realidade que enfrentam todos os dias.

Preocupante também é reação apática de alguns cidadãos diante da tragédia ocorrida na cidade de São Paulo, que proferiram pronunciamentos completamente insensíveis ao tomarem conhecimento do ocorrido. Nas brilhantes palavras do já citado Umberto Abreu Noce:

“mesmo diante de vítimas fatais, de pessoas perdendo os poucos bens que possuíam, crianças tendo que dormir nas ruas, não foram poucas as manifestações a relativizar o sofrimento das vítimas, pelo patético argumento de que: *‘se não houvessem invadido, não haveria tragédia’*, ou, ainda mais grave, a impressionante manifestação do ex-prefeito da cidade ao afirmar que o imóvel havia sido invadido por uma facção criminosa” (NOCE, 2018).

Vale ressaltar que, em momento algum a carta magna atualmente em vigor disse que concederia propriedade a alguém. Em seu artigo 5º, inciso XXII, a Constituição (1988) é clara ao garantir o direito de propriedade, ou seja, que a propriedade adquirida pelo seu proprietário não seria violada, salvo pouquíssimas exceções. No entanto, defende que a propriedade deverá cumprir sua respectiva função social e uma das consequências apli-

cadavres ao descumprimento desse dispositivo é a perda da propriedade para que seja utilizada em benefício da população, o que deveria estar acontecendo atualmente.

O que tem ocorrido é que vários movimentos sociais ao se mobilizarem, estabelecem como justificativa às suas ações uma suposta obrigação do Estado em garantir “propriedades” a toda a população, responsabilidade que teria sido estabelecida pela Constituição, no entanto, esse entendimento equivocadamente do texto constitucional não passa de falácia e por isso não apresenta resultados concretos no mundo real, uma vez que, como dito anteriormente, a Constituição assegura apenas o direito de propriedade a quem adquiri-la e não que distribuiria propriedades a toda a população desprovida deste bem.

6) CONCLUSÃO

A propriedade privada sempre possuiu importância para a população, como prova do exposto, foi objeto de estudo de grandes filósofos e pensadores no mundo inteiro, responsáveis por apresentar à população mundial suas ideias a respeito do assunto. Por exteriorizarem pensamentos distintos, não foi possível unificar todas as teses existentes em uma única verdade, desse modo, atualmente tem-se teses acolhidas pela população e teses mirabolantes, cujo estudo se faz por curiosos pesquisadores admirados pelo assunto, entretanto, todas abordam o surgimento da propriedade privada, mesmo que de perspectivas diferentes.

Foi filiando-se a estes estudos, voltados ao interesse social, que as Constituições brasileiras iniciaram o processo de inserção no Brasil das cláusulas sociais, que aos poucos, diminuíram o liberalismo presente na relação existente entre proprietário e propriedade, para subordinar este princípio ao interesse social, ocorrido em 1934, afinal, viver em sociedade requer ações que beneficiem o coletivo e não apenas o plano individual. No entanto, apenas em 1967 a referida Carta Magna apresentou de forma taxativa a função social da propriedade.

O Brasil possui legislações que apresentam dispositivos sociais, tanto no âmbito constitucional quanto infraconstitucional, no entanto, parte da população ainda continua marcada pela pobreza extrema. Como apresentado no decorrer deste artigo, há uma certa distância entre a legislação,

que se mostra muito avançada por sinal, e o mundo real, onde as transformações deveriam estar acontecendo. Parte dessa demora em causar efeitos no mundo fático se deve à rigidez dos direitos concedidos ao cidadão em prol de sua condição de proprietário. O Estado não pode desapropriar uma propriedade tendo como base a simples convicção de que esta não cumpre sua função social, é preciso confirmar estas hipóteses para que ilegalidades não sejam cometidas.

É necessário observar que o Estado tem demorado mais tempo do que o necessário para realizar as desapropriações, o que tem desamparado parcela da população que aguarda as ações deste para ter acesso à sua moradia. Tal demora não se deve à inexistência de imóveis a serem sancionados com a desapropriação, haja vista que as grandes cidades estão repletas de imóveis abandonados ou sendo ocupados de maneira irregular pela população, que se encontra cansada de aguardar as ações morosas do Estado.

Prever em legislações dispositivos cujo exercício possa findar a pobreza extrema de um país não é suficiente para mudar a situação da população, é necessário que tais medidas sejam colocadas em prática não só pela população ao contribuir para o bem comum, mas principalmente por parte do Estado, detentor do poder de desapropriar imóveis cuja função social não está sendo cumprida, para que assim, a população possa ser beneficiada pelo exercício dos dispositivos legais.

É preciso tomar medidas rápidas para que tragédias como a ocorrida recentemente na cidade de São Paulo não se torne eventos corriqueiros. Não é por que trata-se de população de baixa renda que estes não merecem a atenção necessária para resolverem parte de seus problemas, pelo contrário, a condição de hipossuficiência deveria mover ainda mais rápida a máquina pública, o que traz à tona a urgência de tais medidas.

O Estado precisa criar mecanismos para cadastrar e analisar o contexto de vulnerabilidade dos cidadãos que vivem em situação de extrema pobreza, além do mais, precisa estabelecer seções com o objetivo de identificar e comprovar o descumprimento da função social, a julgar pela existência de vários imóveis que encontram-se vazios nos grandes centros urbanos e que não se sabe se tais propriedades são passíveis de desapropriação, para que, ao desapropriá-las, sejam disponibilizadas no menor tempo possível, beneficiando a população que tanto espera. Só assim será possível

minimizar as dificuldades enfrentadas pelos cidadãos miseráveis, dando a eles novas oportunidades para melhorarem de vida.

Vale ressaltar que o defendido aqui trata-se apenas do cumprimento dos dispositivos apresentados pela Constituição, é necessário desenvolver os dispositivos legais para que avanços sociais sejam testemunhados pela sociedade, caso contrário, nem a previsão destes dispositivos nas legislações vigentes evitarão os prejuízos que serão causados à sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil

de 1934: Nós, os representantes do Povo Brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléa Nacional Constituinte para organizar um regime democratico, que assegure á Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte: CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Brasília, DF: Planalto, [2018]. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-1934-16-julho-1934-365196-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acessado em: 08 de jul. de 2019.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil,

decretada pelo Presidente da República em 10.11.1937. O Presidente da Republica dos Estados Unidos do Brasil: attendendo ás legitimas aspirações do povo brasileiro á paz politica e social, [...] Decretando a seguinte Constituição, que se cumprirá desde hoje em todo o paiz: CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Brasília, DF: Planalto, [2018]. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-35093-10-novembro-1937-532849-publicacaooriginal-15246-pl.html>. Acessado em: 08 de jul. de 2018.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Bra-

sil, decretada e promulgada pelo Congresso Nacional Constituinte, em 24/02/1891. Nós, os Representantes do Povo Brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regimen livre

e democrático, estabelecemos, decretamos e promulgamos a seguinte **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL**. Brasília, DF: Planalto, [2018]. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html>. Acessado em: 07 de jul. de 2018.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regime livre e democrático, estabelecemos, decretamos e promulgamos a seguinte **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL**. Brasília, DF: Planalto, [2018]. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/1760>. Acessado em 07 de jul. de 2018.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Nós, representantes do povo brasileiro, [...] promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**. Brasília, DF: Planalto, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acessado em 12 de jul. de 2018.

BRASIL. Constituição do Brasil decretada e promulgada pelo Congresso Nacional. O Congresso Nacional, invocando a proteção de Deus, decreta e promulga a seguinte **CONSTITUIÇÃO DO BRASIL**. Brasília, DF: Planalto, [2018]. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1960-1969/constituicao-1967-24-janeiro-1967-365194-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acessado em: 09 de jul. de 2018.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, decretada pela Assembléia Constituinte. A Mesa da Assembléia Constituinte promulga a Constituição dos Estados Unidos do Brasil e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, [...] decretamos e promulgamos a seguinte **CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL**. Brasília, DF: Planalto, [2018]. Disponível

em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1940-1949/constituicao-1946-18-julho-1946-365199-republicacao-1-pl.html>. Acessado em: 09 de jul. de 2018.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL (DE 25 DE MARÇO DE 1824). Manda observar a Constituição Política do Imperio, offerecida e jurada por Sua Magestade o Imperador. Brasília, DF: Planalto, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acessado em: 07 de jul. de 2018.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acessado em: 02 Jul. 2017.

CARNEIRO, Henrique. A origem da família, da propriedade privada e do Estado; Um texto atual. **Esquerda Online**. Disponível em: <https://blog.esquerdaonline.com/?p=4521>. Acessado em 10 de jul. de 2018.

CARVALHO, Diogo; SANTOS, Tayne Kauane Porpério dos. Dimensões Jurídicas e Metajurídicas do Direito de Propriedade. **Jus**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/37589/dimensoes-juridicas-e-metajuridicas-do-direito-de-propriedade>. Acessado em 16 de jul. de 2018.

DELFIM, Rodrigo Borges; LOBEL, Fabrício; LOPES, Everton; MAIA, Dhiego; RODRIGUES, Artur; ZAREMBA, Júlia. Prédio invadido desaba em incêndio no largo do Paissandu, centro de SP: bombeiros buscam desaparecidos nos escombros com auxílio de cães farejadores. **Folha de São Paulo**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/05/incendio-de-grandes-proporcoes-atinge-um-edificio-no-largo-do-paissandu.shtml>. Acessado em: 18 de jul. de 2018.

ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade e do estado. 13. ed São Paulo: Global Ed., 1995.

MATIAS, João Luis Nogueira; ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. **REPENSANDO O DIREITO DE PROPRIEDADE. Publica Direito**. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/reconst_da_dogmatica_joao_luis_maias_e_afonso_rocha.pdf. Acessado em 13 de jul. de 2018.

NOCE, Umberto Abreu. Ocupar é dar função social à propriedade. **Justificando - Carta Capital**, 2018. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2018/05/07/ocupar-e-dar-funcao-social-a-propriedade/>. Acessado em 21 de jul. de 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2015.

POLÍTICA PÚBLICA DE ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: UMA ANÁLISE DA DELEGACIA ESPECIALIZADA DE ATENDIMENTO À MULHER NA CIDADE DE RIO BRANCO - ACRE

Alexnaldo Teixeira Rodrigues

Alexandro Teixeira Rodrigues

Eva Evangelista de Araújo Souza

INTRODUÇÃO

O presente estudo constitui-se em uma análise conjectural da implementação/execução da política pública de enfrentamento à violência contra a mulher, enfocando o trabalho que a Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher (DEAM) realiza em Rio Branco, Acre, mediante um diagnóstico de suas equipes profissionais e sua infraestrutura em face da *Norma Técnica de Padronização das Delegacias Especializadas de Atendimento às Mulheres* – DEAM (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2010) e das informações do *Relatório Observe*– sobre as Condições para a aplicação da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) (OBSERVE, 2010).

Trata-se de uma pesquisa qualitativa, em particular um estudo de caso, pois busca conhecer e analisar o atendimento de mulheres na DEAM de Rio Branco, descrevendo seu contexto e situações reais de funcionamento. Para tanto, realizou-se uma entrevista semiestruturada com a Coorde-

nadora e Delegada Titular da DEAM, observação participante e análise documental. A discussão é precedida por um detalhamento teórico sobre a temática.

Justifica-se, pois, a relevância do presente estudo, pela persistente permanência da violência de gênero contra as mulheres no Brasil — especificamente na capital acreana, onde são registrados cerca de 5 casos por dia. Esse fenômeno é multifacetado, de âmbito universal, que se apresenta de forma “democrática”, pois as mulheres são suscetíveis a atos de violência independente da classe social, raça/etnia e idade/geração (SAFFIOTI, 1997, 2015). Não obstante, passados trinta e dois anos da “inovação institucional e invenção brasileira” que se constituíram nas delegacias especializadas de atendimento às mulheres ou defesa das mulheres (MACHADO, 2010), bem como os avanços alcançados com a implementação da Lei Maria da Penha, pesquisas científicas, divulgadas no meio acadêmico ou através das mídias em geral, dão conta que a cada dois minutos cinco mulheres são espancadas por um homem com quem mantém, ou manteve, uma relação afetiva (Cf. SAFFIOTI, 2015).

Segundo dados extraídos do Atlas da Violência, divulgado em junho de 2019, o Acre ocupa a 3ª posição da lista de entes federados com maior violência letal contra as mulheres, com taxa de 8,3 homicídios por 100 mil. (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA; FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2019, p.35).

Somente no primeiro semestre de 2019 são registrados cerca de 171,8 casos/mês, contabilizando, até a presente data 1031 IPL's, o que corresponde a aproximadamente 45,1% dos IPL's registrados em 2018, relacionados à violência de gênero, conforme tabelas a seguir:

Tabela 1 - Dados sobre violência – DEAM/ RIO BRANCO

	2018	1º Semestre 2019
Ameaça	733	356
Lesão corporal	605	306
Vias de fato	164	112
Injúria	121	56
Perturbação da tranquilidade	78	41
Estupro (5 de vulneráveis)	53	32
Descumprimento de medidas	34	47

	2018	1º Semestre 2019
Dano	19	05
Furto	16	11
Difamação	13	15
Tentativa de estupro	9	02
Calúnia	6	10
Violação de domicílio	4	08
Tentativa de Feminicídio	3	05
Roubo	3	04
Importunação sexual	-	07
Violação Sexual Mediante Fraude	-	04
Homicídio (1 culposos)	2	-
Não consta no livro	6	-
Outros	9	10
TOTAL	1879	1031

Compreendida como uma forma de violação dos direitos humanos, a violência de gênero se constitui em um problema social e, com efeito, de saúde pública que melhor expressa a desigualdade de gênero na sociedade, abrindo espaço para demandas por ações do Estado com o fim de punir, coibir e prevenir a violência contra a mulher (VILELLA; LAGO, 2007; LAMOGLIA; MINAYO, 2009). Espera-se que os resultados desse estudo possam influenciar positivamente na padronização da DEAM, à luz da norma técnica de padronização, de forma a adequar a estrutura física, o quadro de pessoal quanto ao número de profissionais efetivos/as, bem assim no que diz respeito à capacitação e qualificação continuada dos seus servidores, com vistas à construção da justiça de gênero.

1. VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E POLÍTICAS PÚBLICAS

A violência contra a mulher é um dos aspectos que sobressaem nas produções acadêmicas sobre os estudos de gênero definida, inicialmente, no artigo 1º da Convenção de Belém do Pará (1994). Notadamente, essa definição é bastante ampla e compreende uma diversidade de modalidades pela qual a violência contra a mulher se expressa, a saber:

[...] a violência doméstica (que pode ser psicológica, sexual, física, moral e patrimonial), a violência sexual, o abuso e a exploração sexual de mulheres adolescentes/jovens, o assédio sexual no trabalho, o assédio moral, o tráfico de mulheres e a violência institucional (BRASIL, 2011, p.21).

Nos últimos tempos o termo mais utilizado nos estudos sobre a violência contra as mulheres é *violência de gênero*. Essa expressão tem sido usada como sinônimo de “violência contra a mulher”, “violência conjugal”, “violência intrafamiliar” e “violência doméstica” como se os atos violentos se dirigissem exclusivamente ao sexo feminino. Entretanto, a categoria analítica “gênero”, melhor desenvolvida pela historiadora Joan Scott (1988), se referem às relações sociais entre homens e mulheres construídas no âmbito cultural e que não são produtos exclusivos das diferenças biológicas, mas das tramas de poder que definem papéis, posições, formas de ser e agir dos indivíduos.

Deveras, um fator que não pode ser abandonado nas análises sobre o fenômeno da violência é o poder, que está ligado à possibilidade de alguém impor a sua vontade, sem consentimento, sobre a vontade do outro, através de mecanismos como agressão física, chantagem, pressão psicológica, ataque moral — ou ainda impedindo que o outro exerça seus direitos.

Ainda sobre o fenômeno da Violência contra a Mulher, o pensamento feminista no Brasil vem desenvolvendo diversas reflexões que resultaram em uma profícua produção científica. Essa produção pode ser categorizada em três eixos, a saber: *dominação-cumplicidade; patriarcado-resistência e violência como produto das relações de gênero*.

A primeira corrente entende que a violência contra a mulher resulta de uma ideologia de dominação masculina que é produzida e reproduzida por homens e mulheres. Elas são vistas como seres destituídos da expressão do desejo de autonomia para falar, pensar e agir e, portanto, tidas como seres subservientes e dóceis (Cf. CHAUÍ, 1985, p.43). Considerada ontologicamente inferior, sem capacidade para pensar e abrir caminhos, a mulher é colocada na situação de objeto e não de sujeito.

O entendimento da violência e força como ausência de poder, ou melhor, o debate sobre quem detém mais ou menos poder, como resultante do sistema ideológico da dominação masculina, procede no aprisio-

namento de homens e mulheres em categorias rígidas, respectivamente: agressores/vítimas e opressores/oprimidas-cúmplices.

A segunda corrente, *patriarcado-resistência*, desenvolvida no Brasil por Heleieth Saffioti, chama a atenção para o fato de que a violência contra a mulher não é apenas ideológica; ela é também estrutural do sistema capitalista, da exploração e da miséria. O patriarcado é o mais antigo sistema de dominação e exploração, e mantém uma relação de simbiose com o capitalismo e o racismo. Consoante Saffioti (1987, p. 50,51):

[...] Tanto a dona-de-casa, que deve trazer a residência segundo o gosto do marido, quanto a trabalhadora assalariada, que acumula duas jornadas de trabalho, são objeto da exploração do homem, no plano da família. Na qualidade de trabalhador a discriminada, obriga a aceitar menores salários, a mulher e, no plano mais geral da sociedade, alva da exploração do empresário capitalista. Desta sorte, fica patente a dupla dimensão do patriarcado: a dominação e a exploração. [...] Todos os tipos de discriminação favorecem a maior exploração por parte dos empregadores. Isto pode ser observado não apenas no que tange ao preconceito de sexo, mas também no que respeita as discriminações raciais.

Para a referida socióloga é necessário investir contra a própria fusão dos esquemas de dominação e exploração patriarcado-racismo-capitalismo, pois se “[...] cada um deles representa uma grande força, sua simbiose não soma a força que cada um traz, mas potencializa esta força” (SAFFIOTI, 1987, p. 50,51).

No que tange especificamente à violência contra a mulher, Saffioti se posiciona contra o entendimento que as mulheres sejam “cúmplices” da violência, como o faz Chauí (1985). Saffioti define as mulheres como “sujeito”, mesmo sendo vítimas dentro de uma relação desigual de poder com os homens. Acrescenta que as mulheres se submetem à violência não porque sejam cúmplices, pois para “[...] dar consentimento às agressões masculinas precisariam desfrutar de igual poder que os homens (SAFFIOTI, 2015, p.84); as mulheres se submetem às agressões porque são forçadas a ceder, dada as parcelas infinitamente menores de poder que detêm em comparação aos homens.

A violência contra as mulheres resulta da socialização e da ideologia machista que sustenta a organização social patriarcal de gênero, socializando homens para dominar e as mulheres para se submeterem a esse poder: *o poder do macho* (SAFFIOTI, 1987, 2015). Esta última corrente relativiza a ideia de dominação masculina e vitimização feminina, ao tempo que fundamenta os seus argumentos na lógica do agenciamento das mulheres, na sua capacidade de resistência e tenta desconstruir o imaginário da mulher passiva. Contudo, incorre no erro de colocar homens e mulheres em uma mesma posição de paridade dentro das relações de poder (GREGORI, 1993).

Depreende-se dos três eixos de análise da produção feminista sobre a violência contra a mulher, descritos anteriormente, que eles convergem para um ponto central: a organização social do gênero, que privilegia o masculino.

Em estudo recente, Saffioti (2015) considera, igualmente, a violência de gênero como uma categoria mais geral que não se restringe à violência contra a mulher. Conceitualmente, o uso do termo gênero como qualificativo da violência em função do sexo “deixa aberta a possibilidade do vetor da dominação-exploração, enquanto os demais termos marcam a presença masculina neste polo” (SAFFIOTI, 2015, p.74). A referida socióloga feminista, portanto, aduz que o conceito de gênero deve se alargar para acolher relações homem-homem e mulher-mulher.

No tocante à violência familiar, aquela que envolve a consanguinidade e a afinidade, Saffioti (2015, p. 75) entende que tal categoria está compreendida na violência de gênero e considera que pode ocorrer no interior do domicílio ou fora dele, embora seja mais frequente no primeiro caso; a violência intrafamiliar não se circunscreve apenas contornos da residência, do lar — por exemplo, nada impede que um homem espere a mulher na porta do trabalho dela e a espanque exemplarmente.

Em relação à violência doméstica, a “[...] sociedade considera normal e natural que homens maltratem suas mulheres, assim como que pais e mães maltratem seus/suas filhos/as, ratificando, assim, a pedagogia da violência” (SAFFIOTI, 2015, p. 79). Em geral, a criminalidade, a violência pública tem um sexo: o masculino, em função de “estereótipos de gênero, ou melhor, as características e comportamentos que esperamos de homens e mulheres” (LINS; MACHADO; ESCOURA, 2016, p.55).

A violência de gênero contra as mulheres tem como fatores preponderantes o poder, a hierarquia, a autoridade, impunidade ainda presentes na vida pública e que reverbera na experiência da esfera da vida privada e íntima. Daí a reivindicação do movimento feminista em politizar o privado, tornando o problema da violência contra a mulher alvo da ação do poder público, através das políticas públicas.

1.1 DELEGACIAS ESPECIALIZADAS DE ATENDIMENTO À MULHER

No final dos anos de 1970, ocorreram importantes transformações na relação entre o Estado e a sociedade no Brasil, sob o impacto de dois condicionantes fundamentais: a democratização e a crise fiscal (Cf. FARAH, 2004, p.50). Ademais, tais mudanças no Estado brasileiro tiveram como referência uma agenda de reformas construídas com a participação de diversos atores sociais que demandavam “[...] reivindicações ao acesso de serviços públicos e melhorias de qualidade de vida, especialmente nos centros urbanos.” (FARAH, 2004, p.50).

Conforme Farah (2004), os principais atores populares, de fato, eram atrizes que deixavam a esfera privada e passavam a atuar nos espaços públicos, constituindo-se como um sujeito coletivo que tinha como objetivo principal superar a desigualdade presente nas relações entre homens e mulheres, suscitando, assim, temas específicos como direito a creche, saúde da mulher, sexualidade, contracepção e violência de gênero contra a mulher. A ação do movimento feminista brasileiro, a partir dos anos de 1970, contribuiu para a inclusão da questão de gênero na agenda das políticas públicas, como uma das desigualdades a serem superadas pelo regime democrático (FARAH, 2004; DINIZ, 2006).

Em torno da afirmação “[...] o ‘pessoal é político’, pensado não apenas como bandeira de luta mobilizadora, mas como questionamento profundo dos parâmetros conceituais do político” (COSTA, 2005, p.2), o feminismo brasileiro, especificamente no que tange à violência, problematizou a dicotomia público-privado e chamou a atenção das mulheres, e da sociedade em geral, sobre “[...] o caráter da sua opressão, vivenciada de forma isolada e individualizada no mundo privado, identificadas como meramente pessoais (COSTA, 2005, p.2).

Ademais, parte de um amplo e heterógeno movimento de resistência ao regime militar, o feminismo brasileiro vislumbra o Estado como um inimigo e incapaz de apresentar soluções para o fenômeno da violência contra a Mulher (COSTA, 2005; DINIZ, 2006). Assim, o movimento feminista começa a ensaiar as primeiras respostas ao fenômeno da violência com a criação dos SOS Mulher — primeiramente em São Paulo, logo em seguida em Campinas e no Rio de Janeiro. Em Minas Gerais foi criado o Centro de Defesa da Mulher. Consoante Diniz (2006, p.17): “Todas as entidades eram autônomas e tinham como objetivo atender a mulher vítima de violência, com um serviço de voluntárias que incluía psicólogas e advogadas.

A partir da década de 1980, o movimento de mulheres e o movimento feminista buscou a interlocução com o Estado com a finalidade de influenciar/pressionar o mesmo a incorporar as demandas de justiça social e de gênero, cujo ponto culminante foi a carta aberta às mulheres e as modificações jurídicas, iniciadas com a Constituição Federal de 1988 (DINIZ, 2006). Igualmente, a ação dos dois movimentos resultou nos primeiros serviços de atendimento à mulher em situação de violência, a saber: criação do Conselho Estadual da Condição Feminina (1983); Conselho Nacional dos Direitos da Mulher e primeira Delegacia de Defesa da Mulher em São Paulo (1985)

A criação das DEAMs efetivou o compromisso assumido pelo estado perante os sistemas internacionais, ao ser signatário de dois tratados que envolviam a garantia dos direitos humanos e a proteção das mulheres, a saber: a *Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher* (CEDAW) e a Convenção Belém do Pará, de 1994. Convém mencionar que a política de enfrentamento da violência contra a mulher tem como marcos regulatórios: as Conferências Nacionais de Políticas para Mulheres (1ª/2004, 2ª/2007 e 3ª/2011), a Lei Maria da Penha (Lei nº 11340/2006), os Planos Nacionais de Políticas para a Mulher (PNPM I/2004, II/2008 e III/2015), entre outros.

A Lei Maria da Penha é o instrumento jurídico de maior realce para subsidiar as ações da política pública de enfrentamento da violência contra a mulher. Visando dar maior efetividade à aplicação da lei, em 10 de março de 2015 foi sancionada a Lei 13.104, tipificando o “feminicídio” como circunstância qualificadora do crime de homicídio (art. 121, do Código

Penal) e, com efeito, passando a ser crime hediondo, conforme inserção na Lei 8.072/1990. (WASELFSZ, 2015).

Em 2019, foi publicada no Diário da União, com vigência imediata, a Lei 13.827, que alterou a Lei Maria da Penha acrescentando ao artigo 12 - C, os incisos II e III, de modo a legitimar, as autoridades policiais a aplicar de imediato o afastamento do agressor, do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida ou de seus dependentes.

2. NORMAS TÉCNICAS DE PADRONIZAÇÃO DAS DEAM

As *Normas Técnicas de Padronização das Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher* (DEAMs) (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2010) — constitui-se em uma importante medida para alinhamento e uniformização do trabalho, das atribuições, das estruturas e procedimentos das unidades policiais que registram crimes cometidos contra a mulher, à luz da Lei Maria da Penha. Essas normas ressaltam a importância da integração das DEAMs à rede de serviços e atividades de prevenção que devem ser realizadas também pela Polícia Civil de cada Estado federado.

A norma técnica recomenda que o atendimento qualificado “[...] deve ser ofertado de forma ininterrupta, nas 24 horas diárias, inclusive aos sábados, domingos e feriados, em especial nas unidades que são únicas no município.” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2010, p.52).

3. SOLICIALIZANDO RESULTADOS INICIAIS

3.1 INFRAESTRUTURA DAS DEAM

O município de Rio Branco, região norte do Brasil, é o principal centro financeiro, corporativo e mercantil do estado do Acre, com uma população, estimada em 2018, de 401.155 habitantes, uma área territorial de 8.834,942 km², bem como uma densidade demográfica de 40.1 habitantes por km² (IBGE, 2018). No entanto, conta com apenas uma DEAM, situada na Via Chico Mendes, 803, Triângulo – ao lado do Departamento de Estradas e Rodagens do Acre (DERACRE); local próximo ao centro, de fácil acesso e extremamente movimentada.

Somente a informação do contingente populacional, uma única DEAM na capital basta para se ter a dimensão do problema. A própria

Norma técnica de padronização das delegacias especializadas de atendimento às mulheres avalia que haveria a necessidade da criação pelo menos quatro dessas delegacias onde houvesse um contingente populacional de 500 a 1 milhão de habitantes, localizadas em áreas geográficas antagônicas (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2010, p. 52). Por oportuno, impende registrar que a arquitetura do prédio onde fica sediada a DEAM foi planejada para sediar a 2ª regional, com espaços amplos, corredores e um jardim de inverno no meio do salão, tendo que passar por adaptações posteriores para comportar a referida delegacia.

A DEAM compõe o complexo que agrega no mesmo prédio a Delegacia Especializada de Proteção à Criança e Adolescente – DEPCA e o Núcleo de Atendimento à Criança e Adolescente Vítima – NUCRIA, mantendo integração junto às instituições e aos demais serviços governamentais e não governamentais que integram a Rede de Atendimento Socioassistencial às Vítimas de Violência.

No complexo existe um setor de triagem, sala de espera de atendimento às vítimas, espaço lúdico para crianças e murais informativos. A Especializada da Mulher é responsável pela elaboração de inquéritos que visam apurar crimes de violência cometidos contra a mulher e crimes praticados contra menores durante o período noturno, bem como finais de semana e feriados, sejam eles do sexo masculino ou feminino em conjunto com o Núcleo de Atendimento a Criança e ao Adolescente Vítima – NUCRIA.

A Delegacia conta com 3 viaturas – 1 na permanência, 2 na investigação e 1 no setor de entrega de documentos. Em relação aos equipamentos de informática e segurança conta com 3 computadores novos, 2 impressoras, 1 notebook e câmeras de segurança externa, adquiridos por meio de projeto apresentado pela Delegada Titular à Vara de Violência Doméstica e Familiar – TJAC que cedeu o dinheiro para suas aquisições.

Os telefones da delegacia não funcionam há muitos anos, exceto o da sala da delegada que funciona esporadicamente, pois as instalações são antigas e precisam de reparo para comportar o quadro de ramais; razão pela qual as vítimas acionam a delegacia por meio do Centro Integrado de Operações de Segurança Pública (CIOSP) – emergência 190. Por fim, após os atendimentos os contatos com a rede e com as vítimas são realizados pelos celulares particulares dos servidores.

O atendimento às vítimas ocorre de segunda a sexta-feira das 08 às 18 horas em regime de plantão. As mulheres vítimas são recepcionadas no setor geral de triagem e ouvidas em uma sala separada, localizada no rol de entrada da delegacia ao lado do que seria o jardim de inverno, hoje servindo de depósito para os materiais apreendidos, fruto do cometimento de atos infracionais e crimes perpetrados por menores em concurso de pessoas, de sorte que o ambiente não favorece o acolhimento da mulher em situação de violência, ao revés, a expõe à intimidação e constrangimento por conta da movimentação de presos algemados, bêbados e repórteres nos corredores.

Todavia, a Norma Técnica (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2010), prevê que as salas das DEAMs sejam amplas, com fachadas bem iluminadas e sinalizadas de forma a facilitar o acesso da população. A instalação deve compreender no mínimo: área de recepção (composta por uma sala de espera das vítimas e outra dos agressores), área de registro (cartório, sala de espera, registro de ocorrência), área de assistência jurídica (composta por uma sala para advogadas/os e outra para espera), área para a equipe técnica (investigação, comunicação e reconhecimento com espelho gessel).

Como visto, esse quadro destoava das diretrizes traçadas na Norma Técnica de Padronização das DEAMs, ao tempo que comprova a omissão do poder público na aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência, conquanto tenha recebido recomendações da comissão do Senado federal em 2013, no sentido de oferecer cursos permanentes de capacitação em gênero e violência de gênero para seus servidores, elaborar e divulgar regularmente dados estatísticos sobre a violência contra as mulheres, com o objetivo de fomentar elaboração de políticas públicas específicas.

Nessa toada, impõe-se, assim, a necessidade de alocação de verbas orçamentárias específicas e suficientes no Orçamento do Estado e dos municípios, com escopo de garantir a ampliação da rede de atendimento, bem assim promover a sua estruturação de modo a cumprir os termos estabelecidos nas normas técnicas para o enfrentamento à violência contra a mulher.

3.2 RECURSOS HUMANOS E FORMAÇÃO

A Norma técnica de padronização das delegacias especializadas de atendimento às mulheres (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2010, p. 52) preconiza que

as DEAMs devem contar com profissionais capacitados/as e em número suficiente para a prestação de atendimento de qualidade às usuárias do serviço, realizando acompanhamento individualizado de cada caso. Ao interrogar à realidade, descobre-se, entretanto, que — embora a originalidade e intencionalidade da criação das delegacias especializadas no atendimento às vítimas de violência de gênero contra a mulher fosse proporcionar um tratamento diferenciado, “[...] exigindo, por esta razão, que as policiais conhecessem a área de gênero” (SAFFIOTI, 2015, p.94) —, o atendimento destinado às beneficiárias do serviço revela o despreparo da equipe técnica, o sexismo e a ordem patriarcal de gênero que molda as mentalidades, incorpora-se e se prefixa nas práticas e instituições (SAFFIOTI, 2015). Heleieth Saffioti (2015) afirma que não se trata de incompetência, mas de ausência de formação — aliás, como “[...] policiais, devem ser todos muito capazes” (SAFFIOTI, 2015, p.95). Enfaticamente, a referida autora declara:

O problema reside no conhecimento das relações de gênero, que não é detido por nenhuma categoria ocupacional. Profissionais da saúde, da educação, da magistratura, do Ministério Público etc., necessitam igualmente e com urgência, desta qualificação (SAFFIOTI, 2015, p.95).

O quadro de servidores da DEAM é composto por 2 delegadas, sendo que uma delas acumula o cargo de Coordenadora, 8 agentes de polícia civil, 3 escrivãs, 1 psicóloga, 1 servidor cedido pela ACREDATA para exercer a função de motorista da assistência social, 3 prestadores de serviços gerais, que atuam em regime normal de 40 horas semanais; 1 assistente social – que atua com carga horária de 20 horas semanais em decorrência de benefício de lei.

O cargo de Assessor Jurídico encontra-se vago em decorrência da aposentadoria da servidora que prestava o serviço.

No regime de plantão, 24 horas por 72, em escala de revezamento, atua uma equipe formada por 6 delegados(a), 20 agentes de polícia civil e 8 escrivãs, para atender todo o complexo.

De acordo com as informações fornecidas pela Delegada Titular, todos os funcionários que atuam na unidade passaram, há cerca de cinco

anos, por dois treinamentos: um curso e um workshop abordando a violência contra a mulher e integração junto à rede. Todavia, há uma volatilidade muito grande de servidores, de modo que os agentes e escrivães que compõe a equipe têm em média dois anos de lotação, concluindo-se que estes servidores não participaram dos referidos cursos.

Aqui reside uma consideração importante, a saber: os treinamentos foram de curto prazo e são realizados esporadicamente, de modo que não proporcionam a modificação de mentalidades, um entendimento da complexidade da violência de gênero contra as mulheres, assim como das múltiplas formas que ela assume.

Frente a esse quadro fático, o movimento de mulheres e feminista tem sugerido que para garantir a consciência da gravidade social da violência contra a mulher e a prestação de um atendimento fundamentado e humanizado às vítimas, por parte da equipe da DEAM, é necessário que a temática se constitua em um requisito nos processos de seleção de profissionais que irão trabalhar nas delegacias especializadas, assim como a necessidade de formação sobre gênero, raça, violência e sexualidade logo após à posse e de modo subsequente à ela (OBSERVE 2010; MACHADO, 2010).

CONSIDERAÇÕES

A violência contra a mulher é um fenômeno de raízes histórico-sociais — e, portanto, não-natural — que resulta da socialização e ideologia machista que coisifica as mulheres e as coloca em uma relação desigual de poder e prestígio social, nutrida por discursos e práticas, na qual devem se submeter ao poder do macho. Não se trata desta maneira de um fenômeno em que as mulheres apenas consentam, ou em alguns casos sejam cúmplices, uma vez que as mulheres se submetem à violência não porque consentam, elas são forçadas a ‘ceder’ porque não têm poder suficiente para consentir (SAFFIOTI, 2015). As pesquisas sobre a violência atestam que essa modalidade de violência tende a uma rotinização, cronificação que torna o rompimento de seu ciclo algo difícil, e que exige uma intervenção externa. A delegacia, nesse sentido, se constitui nesse elemento externo, bem como em uma movimentação feminista que conseguiu a emergência da ideia da ilegalidade da violência contra a mulher e a demanda por intervenção estatal.

Os resultados iniciais apresentados neste artigo revelam uma DEAM inadequada no que diz respeito à infraestrutura, recursos humanos, capacitação da equipe e atendimento às beneficiárias do serviço. Não obstante, haja um comprometimento em coibir, punir e prevenir a violência. Destarte, a publicização do funcionamento da DEAM em Rio Branco deve estimular a sociedade civil organizada a uma maior fiscalização desse aparelho estatal e a demandar maiores investimento, dado que estes dependem de decisões do governo estadual sobre as políticas de segurança pública em geral (OBSERVE 2010).”. Nem sempre, adverte Teixeira (2002) há coincidência daquilo que se planeja e se concebeu intervir com o resultado final das políticas públicas. Ademais, as “não-ações”, as omissões do poder público “devem ser consideradas também como formas de manifestação de políticas, pois representam opções e orientações dos que ocupam cargos” (TEIXEIRA 2002, p.2). Daí a necessidade que as organizações da sociedade civil, que defendam os direitos humanos das mulheres a uma vida livre da violência, têm nos processos de decisão e monitoramento, com o fim de demandar a repartição de custos e benefícios sociais

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 13.827, de 13 de maio de 2019. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para autorizar, nas hipóteses que especifica, a aplicação de medida protetiva de urgência, pela autoridade judicial ou policial, à mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou a seus dependentes, e para determinar o registro da medida protetiva de urgência em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, n. 91, 14 maios 2019, p.3, col.2. Disponível em <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=515&pagina=3&data=14/05/2019>> Acesso em: 17 ago. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Políticas para as Mulheres. **Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres**. Brasília: Secretaria Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, 2011. Disponível em: <<http://www.spm.gov.br/sobre/publicacoes/publicacoes/2011/politica-nacional>>. Acesso em: 20 jun. 2019

BRASIL. **Secretaria Especial de Políticas para as mulheres.** Serviços de Atendimento à Mulher. 2009. 3p. [online]. Disponível em: <http://sistema3.planalto.gov.br/spmu/atendimento/atendimento_mmulher.php?uf=PI. > Acesso em: 20 fev. 2019

BRASIL. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. **Lei Maria da Penha.** Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006. Coíbe a violência doméstica e familiar contra a mulher. 2008a. 31p.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil - Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei Federal nº 11.340, de 07 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8o do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências Brasília: Senado Federal, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm

>. Acesso em: 26 jul. 2019.

BRASIL. Secretaria Especial de Políticas para as mulheres. **II Plano Nacional de Políticas para as Mulheres.** 2008b.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 2006.

CHAUÍ Marilena. Participando do debate sobre mulher e violência. In: **Perspectivas antropológicas da mulher** -sobre mulher e violência, v. 4, Rio de Janeiro Zahar, 1985, p. 23-62.

CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA PREVENIR, PUNIR E ERRADICAR A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER, “CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ”. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/legislacao-pfdc/docs_convencao/convencao_interamericana_dec_3956.pdf>

COSTA, Ana Alice Alcântara. O movimento feminista no Brasil: dinâmicas de uma intervenção política. **Revista Gênero** – Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, V. 5, n. 2, p.1-20, 2005. Disponível em: <<http://www.revistagenero.uff.br/index.php/revistagenero/article/view/380/285>>

DINIZ, Simone G.. Violência contra a mulher: estratégias e respostas do movimento feminista no Brasil (1980-2005). In: DINIZ, Simone G.; SILVEIRA, Lenira P.; MIRIM, Liz A. (Orgs.). **Vinte e cinco anos de respostas brasileiras em violência contra a mulher: Alcances e Limites**. São Paulo: Coletivo Feminista Sexualidade e Saúde, 2006. p. 15-44.

FARAH, Marta Ferreira Santos. Gênero e políticas públicas. **Rev. Estud. Fem.**, Florianópolis, v. 12, n. 1, p. 47-71, Apr. 2004. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2004000100004&lng=en&nrm=iso>. access on 17 Aug. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-026X2004000100004>.

GREGORI, Maria Filomena. As Desventuras do Vitimismo. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 1, n. 1, p. 143, jan. 1993. ISSN 1806-9584. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/15998>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Cidades. Rio Branco - AC. Disponível em <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/ac/rio-branco/panorama>>: Acesso em: 17 ago. 2019.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA; FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (Organizadores). **Atlas Da Violência 2019**. Brasília: Rio de Janeiro: São Paulo: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019.

LAMOGLIA, Cláudia Valéria Abdala; MINAYO, Maria Cecília de Souza. Violência conjugal, um problema social e de saúde pública: estudo em uma delegacia do interior do Estado do Rio de Janeiro. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 2, p. 595-604, Apr.

2009. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232009000200028&lng=en&nrm=i-so>. access on 16 Aug. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S1413-81232009000200028>.

LINS, Beatriz Accioly; MACHADO, Bernardo Fonseca; ESCOURA, Michele. **Diferentes, não desiguais**: a questão de gênero na escola. 1. ed. São Paulo: Editora Reviravolta, 2016.

MACHADO, Lia Zanotta. **Feminismo em movimento**. 2 ed. São Paulo, Francis, 2010.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Norma técnica de padronização das delegacias especializadas de atendimento às mulheres** — 25 anos de conquistas — DEAM. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2010. Disponível em: <<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/dilma-vana-rousseff/publicacoes/orgao-essenciais/secretaria-de-politica-para-mulheres/norma-tecnica-de-padronizacao-das-delegacias-especializadas-de-atendimento-a-mulheres-25-anos-de-conquista>>. Acesso em: 09 jun. 2019.

OBSERVE. Observatório da Lei Maria da Penha. Condições para a aplicação da Lei 11.340/2006. (Lei Maria da Penha) nas Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DEAM) e nos Juizados de violência Doméstica e Familiar nas capitais e no Distrito Federal (Relatório Técnico), 2010. Disponível em: <http://www.observe.ufba.br/_ARQ/Relatorio%20apresent%20e%20DEAM.pdf> Acesso em: 06 fev.de 2019

SAFFIOTI, Heleith Iara Bongiovani. **Gênero Patriarcado e Violência**. 2 ed. São Paulo: Expressão popular: Fundação Perseu Abramo, 2015

_____. Violência doméstica ou a lógica do galinheiro. In: KUPSTAS, M. (Org) **Violência em debate**. São Paulo: Editora Moderna, 1997. p. 39-57.

_____. Rearticulando gênero e classe social. In: COSTA, A.O. ; BRUSCHINI, C. (Orgs.) **Uma Questão de gênero**. São Paulo; Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1992.p.183-215.

_____. **O poder do macho**. São Paulo: Moderna, 1987. (Coleção po-
lêmica).

SCOTT, Joan W. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. Educa-
ção e Realidade, vol. 16, nº 2, Porto Alegre, jul./dez. 1990.

SENADO FEDERAL. Secretaria Geral da Mesa. Secretaria de Comis-
sões Coordenação das Comissões Especiais, Temporárias e Parla-
mentares de Inquérito. Comissão Parlamentar Mista De Inquérito.
“Com a finalidade de investigar a situação da violência contra a mu-
lher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder pú-
blico com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para
proteger as mulheres em situação de violência”,

Relatório Final. Brasília, jul. 2013. Disponível em < [http://www2.sena-
do.leg.br/bdsf/handle/id/496481](http://www2.sena-
do.leg.br/bdsf/handle/id/496481)>. Acesso em: 20 jun. 2019

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. **O papel das Políticas Públicas no De-
senvolvimento Local e na Transformação da Realidade**. Sal-
vador: Revista da AATR-BA, 2002. Disponível em: <[http://www.
dhnet.org.br/dados/cursos/aatr2/a_pdf/03_aatr_pp_papel.pdf](http://www.
dhnet.org.br/dados/cursos/aatr2/a_pdf/03_aatr_pp_papel.pdf)>.
Acessado em 15 nov. 2016.

VILELLA, Wilza V.; LAGO, Tânia. Conquistas e desafios no atendimen-
to das mulheres que sofreram violência sexual. **Cad. Saúde Públi-
ca**, v. 23, n. 2, p. 471-475, fev. 2007.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2015**: Homicídio de
mulheres no Brasil 1ª ed. ONU-MULHERES; OPAS/OM; SPM,
Brasília – DF, 2015. Disponível em: <[http://www.mapadaviolencia.
org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf](http://www.mapadaviolencia.
org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf)> Acesso em: 20
jun. 2019

BREVES CONSIDERAÇÕES QUANTO AO ATUAL PANORAMA DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA SOCIAL AOS REFUGIADOS NO BRASIL

Amanda Greff Escobar

Elda Maria Gonçalves Menezes Macedo

Juliana Prado Vieira Rios

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os refúgios acontecem por diversos motivos, dentre eles guerra, violação massiva de direitos humanos, ideia de perseguição ou coisas similares. Com isso, os refugiados perdem a proteção de seus lares, de seus governos e em muitos casos das próprias estruturas familiares.

Apesar de ocorrerem por diversos motivos, todos estes estão diretamente ligados a fragmentos de desigualdades e discriminação no país de origem, isso faz com que pessoas, geralmente em situações de emergência, sofram um deslocamento forçado e se submetam à adaptação em um novo país, tornando de suma importância a criação e efetividade de mecanismos de proteção de suas vidas e de seus direitos básicos no país acolhedor.

Quando acolhidos, acarreta-se obrigações ao Estado acolhedor, uma vez que aqueles que concedem refúgio são obrigados a possuir políticas de integração local daqueles que obtiveram esse status. É a partir disso que se entende importante o estudo das políticas públicas adotadas no país acolhedor, no caso o Brasil, onde este promoverá uma forma em que se aplique os direitos de forma isonômica e social.

Diante disso, este trabalho busca analisar as medidas adotadas para proteção e assistência relacionadas aos refugiados no Brasil, assim como a importância destas. Este estudo se justifica, uma vez que explicita algumas das questões atuais, desafios e perspectivas das políticas públicas de refugiados no Brasil e programas de refúgio e de proteção aos refugiados.

Quanto à metodologia a ser empregada, trata-se de uma pesquisa de abordagem qualitativa, de caráter exploratório, utilizando o método dedutivo. O estudo será dividido em três seções, onde a primeira reproduzirá o conceito clássico de refugiados, para adentrar, na segunda seção, na análise das políticas públicas brasileiras que se voltam a essa questão e, por final, apresentará o panorama dos direitos sociais e assistência social referente aos refugiados.

Como conclusão, o Brasil tem um perfeito alinhamento da lei brasileira de refugiado aos referenciais estabelecidos nos normativos da proteção internacional dos refugiados, no entanto necessita de maior eficácia de seus programas e ações, dependendo do bom funcionamento das chamadas políticas setoriais específicas.

2 REFUGIADOS: CONCEITO CLÁSSICO

Para que uma pessoa possa ser considerada refugiada, é necessário que esta se enquadre em algum dos artigos inseridos na Convenção de Genebra de 1951, bem como no Protocolo Adicional de 1967, o qual considera refugiada toda pessoa que possua um medo fundado em algum tipo de perseguição e no qual não possa retornar ao seu país de origem, procurando consequentemente a proteção em outro país.

A proteção do refugiado, pelo ordenamento jurídico brasileiro, conta com duas bases legais além dos documentos internacionais que aderiu, são elas: A Constituição da República de 1988 e a Lei 9.474/97. Com o advento desta, o Brasil se transformou em um dos países que possui uma das legislações mais inovadoras e atualizadas do mundo quanto aos refugiados. (MOREIRA, 2005).

No entanto, importante ressaltar, conforme ensinamentos de Amorim (2017):

Apesar de ser um marco importante na proteção aos refugiados e de ser reconhecida como modelo a ser seguido por outros países no decorrer dos quase 20 (vinte) anos de sua vigência, a lei brasileira apresenta certas dificuldades na concreção e efetivação de direitos que devem ser assegurados aos refugiados (AMORIM, 2017, p. 110).

3 REFUGIADOS E POLÍTICAS PÚBLICAS: ESTRUTURA TRIPARTITE E SOLUÇÕES DURÁVEIS

O Brasil, mais precisamente através da Lei nº 9.474/1997, definiu algumas políticas públicas de forma a melhor gerenciar a situação daqueles que pedem refúgio. Devemos lembrar, que essas pessoas se retiram de seus países de origem diante de condições extremas de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade ou opiniões políticas, ou mesmo devido à violação grave dos direitos humanos, como informa o art. 1º, do referido instituto legal.

No que se refere aos refugiados, as políticas públicas no Brasil foram construídas numa estrutura tripartite, formada pelo governo, a sociedade civil e o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (DANTAS e GOMES, 2014).

Nessa esteira, representando o Governo, foi criado pela Lei nº 9.474/97 o CONARE – Comitê Nacional para Refugiados, órgão ligado ao Ministério da Justiça, responsável por analisar em primeira instância todos os pedidos de refugiados no Brasil, além de orientar e coordenar as políticas públicas voltadas a essa classe.

Da sociedade civil, espera-se o apoio, o suporte e o auxílio a essas pessoas que estão em difícil situação, uma vez que tiveram que deixar seus lares, suas famílias, seu patrimônio e seu país, para tentar refazer suas vidas em um país estrangeiro, onde a língua muitas vezes é uma barreira a mais a ser transposta, fragilizados física e emocionalmente.

A ACNUR- Agência Nacional da ONU para Refugiados tem como papel fundamental dar suporte aos refugiados, auxiliando-os junto ao Governo Brasileiro, buscando promover soluções duradouras para seus problemas. Através de suas políticas públicas e de seu programa de reassentamento, demonstram uma maior preocupação para com os refugiados que têm como destino final o Brasil (PACÍFICO e MENDONÇA, 2010).

Os dados constantes da página da ACNUR revelam que o CO-NARE (Comitê Nacional para os refugiados) reconhece a existência de 11.231 pessoas vivendo como refugiadas no Brasil, sendo que deste total, 1.086 apenas no ano de 2018. A maior população de refugiados do Brasil é a de sírios, com 36%, seguidos de congoleses (15%) e angolanos (9%). E esses são apenas os que já receberam o reconhecimento da condição de refugiado. No ano de 2018, somente de Venezuelanos, foram recebidos pelo CONARE 61.681 solicitações.

Três soluções são implementadas para resolver a problemática dos refugiados: a repatriação voluntária, a integração local e o reassentamento (DANTAS e GOMES, 2014). Através da primeira, o indivíduo é mandado de volta ao seu país, no entanto isto deve ser feito em caráter voluntário, portanto deve existir o consentimento do refugiado, uma vez que o Brasil abraçou o princípio do *non-refoulement*, ao conceder aos solicitantes de refúgio a prerrogativa de não serem expulsos para seu país de origem ou àqueles em que o estrangeiro esteja sofrendo perseguição em virtude de raça, religião, grupo social ou opinião política.

Observam, entretanto, Almeida e Severo (2015) que a repatriação voluntária seria a preferencial, tendo em vista que esta é possível a partir do momento que o fator de risco que antes existia, findou-se, já que as condições de risco para o refugiado deixaram de existir. Além disso, há de se considerar que manter o indivíduo em sua terra natal o traz muito mais tranquilidade e estabilidade, além da sensação de pertencimento, já que voltaria às suas origens, sua cultura e seu povo.

Os autores mencionam que a legislação brasileira que trata do tema, mais especificamente a Lei nº 9.474/97, utilizou conceitos trazido tanto do Estatuto do ACNUR, quanto da Declaração de Cartagena sobre Refugiados de 1984 (ALMEIDA e SEVERO, 2015).

A partir do momento em que os riscos em seu país de origem deixaram de existir, e que os refugiados se sintam protegidos e acolhidos poderão utilizar a prerrogativa da repatriação. No entanto, devido ao decurso do tempo, é possível que muitas dessas pessoas já estejam completamente inseridas e ambientadas a cultura brasileira, optando por permanecerem no Brasil, seja através da solicitação de residência permanente, seja através da adoção da nacionalidade brasileira.

Importante destacar que, ao cessar as condições hostis que haviam no país de origem do refugiado, cabe às autoridades brasileiras oferecerem

esta opção ao indivíduo, alertando-o que, doravante, este não possui mais a condição de refugiado, devendo procurar outra forma de manter residência no Brasil, caso assim deseje.

Tem-se, como segunda hipótese, a integração local. Esta modalidade inicia-se com a solicitação de refúgio pelo indivíduo, que é feita, simplesmente, através de ato voluntário do estrangeiro, assim que chega ao Brasil, sendo o seu pedido, imediatamente, registrado e atuado (AMORIM, 2017).

Desta feita, evita-se que a pessoa fique em situação irregular no país, sendo proibida a sua deportação, tendo, desta forma, liberdade para dirigir-se a qualquer autoridade migratória a fim de buscar auxílio.

Ao analisar a solicitação do status de refugiado, o CONARE pode autorizar ou negar, analisando se o pedido se adequa às exigências legais. Negado o pedido, há a possibilidade de recurso ao Ministro da Justiça, e, mantendo-se a negativa, passa o indivíduo à condição de estrangeiro, não havendo possibilidade de deportação, salvo em casos de risco à segurança nacional, crime hediondo, crime de guerra e contra a humanidade (AMORIM, 2017).

Aprovada a sua estadia no Brasil como refugiado, este tem direito a um documento, o Protocolo, com validade de 90 (noventa) dias com renovações sucessivas, e emissão de CTPS – Carteira de Trabalho e Previdência Social, podendo, doravante, buscar seu sustento legalmente.

A partir deste ponto, o refugiado está apto a integrar a sociedade brasileira, tendo seus direitos respeitados, podendo, inclusive, receber atendimento dos serviços públicos disponíveis a qualquer cidadão.

A lei 9.474/97 prevê esta possibilidade como solução duradora. No entanto, como discorre Dantas e Gomes (2014), na sociedade a qual o refugiado irá ser inserido, mediante integração local, este enfrentará diversas barreiras naturais, tais como: língua, diferenças culturais, e etc. Ou seja, há elementos nas sociedades de acolhimento que dificultam o processo de integração dos estrangeiros nos países.

É aí que entra o importante papel da comunidade em que esteja inserido o refugiado, pois, diante da vulnerabilidade em que se encontra, a compreensão, solidariedade e empatia são fundamentais para que o sujeito possa recomeçar a sua vida e de sua família.

Pela terceira hipótese, o reassentamento, o refugiado é enviado a um terceiro país. Isto se dá na hipótese do mesmo não pode permanecer no

país em que solicitou refúgio, sendo transferido para um Estado que tenha aceitado acolhê-lo. (MOREIRA, 2005; DANTAS e GOMES, 2014).

Observa-se, então, que o indivíduo está em um primeiro país estrangeiro que, por não ter condições de recebê-lo ou, ainda, por não ter condições de recebê-lo permanente, dialoga com uma segunda nação que o aceite em seu território.

Esta hipótese ocorre prioritariamente em países que recebem alto fluxo migratório por um longo período de tempo, carecendo de estrutura para permanecer com todos, necessitando que outros países acolham parte dessas pessoas em seu território.

Tal possibilidade, prevista no Capítulo III, da Lei nº9.474/97, informa que esta possibilidade ocorrerá de forma voluntária e, sempre que possível utilizando de parceria entre órgãos estatais e organizações não-governamentais.

A ACNUR tem como premissa que as três soluções apresentadas se complementam, devendo ser usadas em benefício e sempre com a ciência e concordância do refugiado.

Primeiramente, o indivíduo chega em um determinado país buscando auxílio e proteção à sua delicada situação; em um segundo momento, cessadas as condições de risco, pode solicitar que os entes envolvidos em seu processo, o auxiliem a retornar a sua terra natal ou, caso as condições existentes no país que primeiro o acolheu não sejam satisfatórios, pode tentar abrigo em um terceiro país que possua uma conjuntura mais adequadas para acolhê-lo.

O Brasil, como consta na referida norma, conta com as três opções, sendo pródigo em acolher pessoas em situação de fragilidade perante o seu país de origem, trabalhando com as autoridades internacionais em busca de políticas públicas que possam proporcionar aos refugiados que se sintam seguros e amparados naquela que pode vir a se tornar a sua nova morada.

4 DIREITOS SOCIAIS E ASSISTÊNCIA SOCIAL AOS REFUGIADOS

Fincado no princípio da dignidade da pessoa humana, os direitos sociais encontram respaldo na Constituição Federal, sendo dever do Estado

prover um mínimo existencial, mesmo que essa obrigação estatal esteja limitada pela reserva do possível. São direitos de segunda geração, exigindo-se prestações positivas do Estado, e como dimensão dos direitos humanos, são direitos fundamentais autoaplicáveis.

A assistência social no Brasil está assegurada na Constituição Federal, e assim como os direitos sociais, no seu texto legal não sofre nenhuma forma de restrição, abrangendo seu alcance a quem dela necessitar. Vale dizer que, “a Assistência Social é acima de tudo um Direito Social de assistência aos desamparados” (SANTIAGO, 2017, p. 19).

Portanto, não deverá haver qualquer distinção de tratamento entre brasileiros e estrangeiros, ressalvadas as hipóteses dispostas de forma expressa na Carta Magna, e devidamente fundamentadas, a exemplo de cargos privativos que somente poderão ser ocupados por brasileiros natos. Em prol deles deve ser garantido o acesso a direitos sociais, tais como educação, saúde, moradia e trabalho.

De tal forma, os refugiados que se encontrarem em território brasileiro, e seus dependentes, deverão usufruir dos mesmos benefícios concedidos aos trabalhadores brasileiros, dentre eles, jornada de oito horas diárias, salário mínimo, gratificação natalina, sem prejuízo de outros direitos trabalhistas, assim como direito de associação e sindicalização. Ainda, tal relação trabalhista, do mesmo modo, será regulada pela CLT e demais normas infraconstitucionais aplicadas aos nacionais.

No entanto, é notória a dificuldade enfrentada pelos refugiados em conseguir adentrar no mercado de trabalho formal no Brasil, seja pela falta de documentação pessoal em alguns casos, seja porque muitos associam, erroneamente, a pessoa do refugiado como alguém que estivesse fugindo de seu país de origem em razão da prática de crimes, ou por algum tipo de irresponsabilidade por ele não assumida. Conforme ressalta Danielle Annoni:

A limitação disposta ao trabalho do estrangeiro pode ter o condão de violar a plena realização dos direitos humanos, em sua face indivisível, e adquire ainda maior significado de desproteção quando se refere a ser humano atingido com vulnerabilidade exacerbada, como os refugiados (ANNONI, 2018, p. 131).

Mesmo possuindo uma boa qualificação profissional, o refugiado acaba não conseguindo atuar na sua área de formação, trabalhando de forma autônoma. Sem apoio do Estado acolhedor, e até mesmo da sociedade civil, acabará por viver em situação de miséria, muitas vezes em razão de mero preconceito.

Nesse panorama, ao refugiado, desprovido de renda suficiente para garantir a sua subsistência e de sua família, se mostra relevante a prestação de benefícios, serviços, programas e projetos de Assistência Social, em especial a concessão de benefício assistencial denominado BPC (benefício de prestação continuada), se tratando de um benefício mensal de um salário mínimo, garantido à pessoa portadora de deficiência ou ao idoso com idade superior a 65 (sessenta e cinco) anos, que vivenciem estado de pobreza ou necessidade. Por se tratar de benefício assistencial, e não previdenciário, não é preciso que o requerente tenha contribuído para o INSS, bastando que preencha os requisitos previstos pela Lei 8.742/93 (LOAS – Lei Orgânica de Assistência Social).

Fato é que, o texto constitucional respalda o direito de conceder aos estrangeiros residentes no Brasil o referido benefício da assistência social, previsto no art. 203 da CF/1988. Ainda, a Convenção de 1951, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto 50.215/1961, prevê no art. 23 que “os Estados Contratantes darão aos refugiados que residam regularmente no seu território o mesmo tratamento em matéria de assistência e de socorros públicos que é dado aos seus nacionais” (BRASIL, 1961).

No entanto, há entendimento contrário, no sentido de que estrangeiros não devem fazer jus ao referido benefício assistencial, utilizando-se como argumento contradições presentes na própria legislação, a exemplo do que prevê o art. 7º do Decreto 6.214, que dispõe o seguinte: “É devido o Benefício de Prestação Continuada ao brasileiro, naturalizado ou nato, que comprove domicílio e residência no Brasil e atenda a todos os demais critérios estabelecidos neste Regulamento” (BRASIL, 2007).

Portanto, segundo tal entendimento, o estrangeiro deveria primeiro se naturalizar para que possa buscar assistência social do governo, e com base nisso, o INSS vinha indeferindo os requerimentos de refugiados, levando em consideração a nacionalidade.

É evidente que tal previsão vai de encontro ao espírito da CF/1988, a qual prevê que a assistência social será prestada a quem dela necessitar. Ainda, a Carta Magna tem como objetivo fundamental promover o bem

de todos, livre de preconceitos ou quaisquer formas de discriminação. Prevê, também, que nas relações internacionais, deve haver prevalência dos direitos humanos. No texto constitucional não foi imposta qualquer limitação, além das exceções expressas e fundamentadas, de modo que não cabe ao legislador infraconstitucional fazê-lo.

Em que pese diversos dispositivos legais, e inúmeros tratados e declarações internacionais que defendem a igualdade de nacionais e estrangeiros, diante das negativas pelo INSS, diversos estrangeiros buscaram o Poder Judiciário para exigir seus direitos, tendo a questão chegado até o STF.

No ano de 2017, o STF julgou o Recurso Extraordinário de nº 587.970, marco sobre o tema, defendendo a concessão do referido benefício aos estrangeiros residentes no Brasil. Entendeu que o BPC visa concretizar a assistência aos desamparados, em respeito aos Princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, sendo que um dos objetivos da República Federativa do Brasil é a erradicação da pobreza.

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio, relator do recurso, entendeu que a nacionalidade brasileira não deve ser considerada como requisito para a concessão do benefício, e que a alegação de insuficiência de recursos por parte do Estado não deve servir como empecilho ao pedido, já que se presume não serem muitos os estrangeiros que se enquadrem nos requisitos exigidos por lei para concessão do benefício. Relatou que:

Desde a criação da nação brasileira, a presença do estrangeiro no País foi incentivada e tolerada, não sendo coerente com a história estabelecer diferenciação tão somente pela nacionalidade, especialmente quando a dignidade está em cheque em momento de fragilidade do ser humano – idade avançada ou algum tipo de deficiência (RE 587970 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 25/06/2009, DJe-186 DIVULG 01-10-2009 PUBLIC 02-10-2009 EMENT VOL-02376-04 PP-00742).

A partir de então, criou-se importante precedente e pacificação das jurisprudências, o que favorece uma doutrinação e abordagem diferente a esses refugiados, fortalecendo uma assistência social digna e de efetividade.

De igual modo, tem sido defendida a possibilidade de concessão do benefício Bolsa família aos refugiados, como instrumento de inserção social e

econômica, desde que preenchidos requisitos, tais como registro no cadastro único do Governo Federal. Porém, “[...] o acesso aos Programas Sociais é ainda muito restrito no Brasil, devido ao desconhecimento desse direito pelos estrangeiros residentes [...]” (BÓGUS e RODRIGUES, 2011, p. 111).

Inclusive, no dia 20 de agosto de 2019, a situação dos refugiados no Brasil será debatida em audiência pública da Comissão de Direitos Humanos e minorias da Câmara dos Deputados (CDHM), diante do grande número de pessoas em busca de acolhimento, principalmente venezuelanos. O que se espera é que nesse encontro sejam sugeridas medidas para proteção social dos refugiados.

É preciso reconhecer os refugiados como sujeitos de direitos, garantindo a eles o acesso a serviços de proteção social, básica e especial, mediante oferta de programas e projetos de assistência social. É necessário, ainda, assegurar direitos sociais previstos constitucionalmente, inclusive acesso à rede pública de saúde pelo SUS, direito ao trabalho e à seguridade social, à educação pública, à habitação, vestuário, dentre outros. Portanto, não basta acolher, sendo essencial a proteção efetiva desses sujeitos que não enxergam outra saída, senão a de abandonar o seu país de origem.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do presente estudo, o que se verifica é que com relação à legislação internacional o Brasil corresponde positivamente aos tratados internacionais, tendo perfeito alinhamento da lei brasileira de refugiado aos referenciais estabelecidos nos normativos da proteção internacional dos refugiados, mas um dos fatores de melhoria percebidos é a necessidade e maior diálogo dos atores públicos e privados envolvidos neste processo.

A Política Nacional sobre Refugiados se refere diretamente à ação do Estado e para maior eficácia de seus programas e ações, depende do bom funcionamento das chamadas políticas setoriais específicas, como saúde, educação, habitação e segurança dentre outras. A frágil integração das ações dos governos central e local tudo evidenciado nos precários níveis da assistência aos solicitantes de refúgio, refugiados, imigrantes e deslocados internos

É necessário um diálogo que integre as diferentes esferas de governo para que as municipalidades não estejam alheias a este processo e que não se neguem a desempenhar o seu papel e a zelar pelas responsabilidades

compartilhadas com outros entes federados.

Além disso, se percebe necessária e urgente a adoção de medidas para que a sociedade brasileira entenda a questão dos refugiados e os receba de forma acolhedora e igualitária, fazendo com que estes não venham a receber tratamento preconceituoso ou hostil, diante de toda a realidade que já sofreram.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACNUR, Proteção dos refugiados: **Guia sobre o Direito Internacional relativo aos refugiados**. ACNUR, 2001.

ALMEIDA, Guilherme Assis de; SEVERO, Thais Lara Marcoso. Direitos dos Refugiados no Ordenamento Brasileiro e no Direito Internacional. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Org.). **Direito à Diversidade**. São Paulo: ATLAS, 2015.

AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de; BARROS, Hugo Marinho Emídio de. Dignidade Humana, Segurança Nacional e os Refugiados Ambientais na Lei 9.474/1997. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 14, n. 28, jan./abr. 2017. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/914>. Acesso em: 15 ago 2019.

ANNONI, Danielle (Coord.). **Direito Internacional dos refugiados e o Brasil**. Curitiba: Gedai/UFPR, 2018.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const/>>. Acesso em: 08 ago. 2019.

_____. Decreto 6.214, de 26 de setembro de 2007. Regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decret-o/D6214.htm. Acesso em: 15 de ago de 2019.

_____. **Lei nº. 8.742, de 07 de dezembro de 1993**. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências.

_____. **Lei nº. 9.474/97, de 22 de julho de 1997.** Define mecanismos para implementar o Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 587970 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 25/06/2009, DJe-186. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/por-tal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28587970%2ENUME%2E+OU+587970%2E-PRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/hywbabp>. Acesso em: 13 ago 2019.

BÓGUS, Lúcia Maria Machado. RODRIGUES, Viviane Mazine. Os refugiados e as políticas de proteção e acolhimento no Brasil: histórias e perspectivas. Dimensões. Vol. 27, p. 101-114, 2011.

DANTAS, Virgínia da Hora. GOMES, Olívia Maria Cardoso. A política interna do Brasil de proteção aos refugiados e as ações do Governo Federal: Assistência social e benefício de prestação continuada para refugiados no Brasil. In: Conpedi. (Org.). XXIII Congresso Nacional do CONPEDI/UFPB: A Humanização do Direito e a Horizontalização da Justiça no século XXI. 1ed. Florianópolis: Conpedi, v. 1, p. 8-492, 2014.

MOREIRA, Julia Bertino. A Problemática dos Refugiados na América Latina e no Brasil. Cadernos PROLAM/USP (São Paulo), ano 4 - vol. 2, 2005, p. 57-76.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. United Nations High Commissioner for Refugees. **Convenção relativa ao estatuto dos refugiados.** 1951. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/3b66c2aa10.pdf>>. Acesso em: 10 ago 2019.

PACÍFICO, Andrea Maria Calazans Pacheco. MENDONÇA, Renata de Lima. A proteção sociojurídica dos refugiados no Brasil. **Textos & Contextos** (Porto Alegre), v. 9, n. 1, jan./jun., p. 170 – 181, 2010.

SANTIAGO, Leandro Teixeira. Direito dos refugiados à assistência social no Brasil. **Extensão em Ação**, Fortaleza, v.1, n.13, Jan./Jun. 2016. Disponível em: <http://periodicos.ufc.-br/extensaoemacao/article/view/19705>. Acesso em: 14 ago 2019.

ENCARCERADAS: UMA ANÁLISE SOBRE SEXO E GÊNERO DENTRO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO FEMININO BRASILEIRO

Raphaela Abud Neves

Ana Teixeira Soares

Camila Xarão Fernandes

1. INTRODUÇÃO

Foi durante a Revolução Francesa, sob a influência dos ideais iluministas, que houve a sinalização de um movimento feminista, que lutaria, por exemplo, pela emancipação dos direitos das mulheres, e que buscava uma sociedade justa e igual entre os sexos. Não obstante, somente nas décadas de 1960 e 1970 que o movimento ganhou força e passou a discutir, além dos direitos das mulheres e a igualdade entre os sexos, os aspectos sobre família, ramificando este tema de acordo com a compreensão do “ser criança”, “ser pai”, “ser mãe”, e sobretudo, do “ser mulher” diante da influente construção social sobre a compreensão de todos esses seres. A essa altura, o conceito de sexo já era bem definido sob o aspecto biológico, podendo ser conceituado, de forma simplória, como as características físicas e corporais que distinguiam os homens das mulheres. Dentro deste contexto histórico, conforme o movimento feminista avançava e os estudos sobre a mulher se desenvolviam, a definição de gênero teve sua primeira aparição, que, até hoje, pode ser compreendida como os aspectos sociais e comportamentais que distinguem e influenciam as condutas

masculina e feminina dentro de uma determinada época, lugar e cultura em que vivem.

Trazer essas análises de sexo e gênero para o sistema penitenciário do Brasil, e incluí-las como agentes definidoras de preservações e violações de direitos fundamentais, pôde ser considerado um dos pontos iniciais para que a realidade das detentas brasileiras saísse do obscuro anonimato e ganhasse a devida importância de que carece o assunto. Apesar de a prisão feminina ainda estar atrelada a muitos preconceitos e falta de esclarecimentos, a discussão sobre sexo e gênero vem contribuindo positivamente para uma maior reflexão e entendimento sobre a forma que as presidiárias brasileiras são tratadas atrás das grades, seja por seus familiares, por pessoas do seu convívio social e, sobretudo, pelo Estado, fazendo uma necessária pontuação sobre até onde esse Estado atua para que os princípios constitucionais prevaleçam e sejam respeitados dentro das penitenciárias.

Incontáveis são os fatores que contribuem para que o ser humano aja em desacordo com as normas de condutas aceitáveis, moralmente e legalmente, dentro do nicho em que vivem. Os aspectos sociais e criminológicos nos provam isso, pois esclarecem e levam a uma série de explicações sobre os motivos que levam homens e mulheres, a todo instante, correrem riscos e entrarem para a vida do crime. O Brasil, hoje, possui uma das maiores populações carcerárias do mundo e, não só a população carcerária masculina cresceu e cresce, como a população carcerária feminina brasileira, nas últimas décadas, teve um crescimento alarmante, atingindo a 4ª posição no ranking mundial de presidiárias mulheres (INFOPEN, 2018). Neste ínterim, surge um problema: tratar criminosos apenas como criminosos, sem considerar as peculiaridades acerca do sexo e gênero feminino e masculino, e a crescente população carcerária feminina, vai contra qualquer ideal de equidade, e se desencontra com o dever de preservação dos direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos consagrados em nossa Constituição Federal.

Em vista do crescente número de mulheres apenadas, a preocupação com a estruturação prisional e com medidas públicas das quais requer o tema, precisam acompanhar este crescimento, objetivando lidar de forma efetiva com esta realidade.

2. MULHERES NO SISTEMA PENITENCIÁRIO

Ainda que a população carcerária masculina seja numericamente maior que a população carcerária feminina, em termos de proporcionali-

dade, o aumento de mulheres nas celas das cadeias brasileiras, percentualmente, teve uma maior e significativa ascensão.

Por intermédio do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), no mês de maio de 2018, foi divulgada a 2ª edição do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN Mulheres. Até 2014, ainda na 1ª edição lançada, o Brasil constituía a 5ª maior população carcerária feminina do mundo, ficando em seguida dos Estados Unidos, China, Rússia e Tailândia. Paralelamente, a taxa equivalente ao crescimento de aprisionamento era de 567% nos anos de 2000 a 2014, enquanto a taxa de crescimento da população carcerária masculina era de 220%. Na 2ª edição do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN Mulheres, no ano de 2018 o Brasil ultrapassou a Tailândia, assumindo, assim, o 4º lugar no ranking mundial de maior população carcerária feminina. Certamente, esse número seria ainda maior se abarcássemos o ano de 2019 e todas as informações de mulheres nas carceragens das delegacias (INFOPEN, 2014; 2018).

Cabe ressaltar, ainda, que em face ao crescente número de mulheres com o direito de liberdade restrito, traçar um perfil dessas detentas foi importante e necessário para o Departamento Penitenciário Nacional, a fim de se saber, ao certo, quem e como são as mulheres presas no Brasil. Os resultados, já previsíveis, nos trazem mulheres majoritariamente jovens, com mais de um filho, provedoras do sustento de suas respectivas famílias, baixo nível de escolaridade, com realidade econômica desfavorável e com exercício profissional informal no período anterior ao cárcere (DEPEN, 2014).

3. INVISIBILIDADE E SOLIDÃO

A resposta para o que é “ser mulher” vem sendo construída ao longo dos séculos, de forma singular e subjetiva. Para muitas mulheres, o “ser mulher” é ser mãe, paciente e cuidadora; para outras, o “ser mulher” é se sentir bonita, desejada e cuidada; há quem diga que tem a ver com vaidade, há aquelas que resumem tudo em autonomia. Em todas as respostas para essa intrigante pergunta do que é “ser mulher”, a opinião construída pela sociedade interfere e tem um grande peso sobre essa concepção, chegando a influenciar incisivamente na forma como a mulher se enxerga e se projeta para o mundo. Não raro, nos deparamos com termos que relacio-

nam certas atitudes com determinadas recomendações comportamentais como, por exemplo, o ser uma “dama”, ser uma “moça”, ser “mulher para casar”, e tais expressões são tão corriqueiras que quando não atendidas, resultam em uma quebra de padrões e abrem espaço para um julgamento social de que aquela forma de agir não está adequada.

Há uma clara diferenciação entre as condutas aceitáveis socialmente quando falamos do homem e quando falamos da mulher, ante esta diferenciação é possível concluir que algumas ações, quando desempenhadas por mulheres, são mais criticadas do que se fossem desempenhadas por homens, chegando a ser condenáveis aos olhos da sociedade. Um exemplo dessa discriminação social é justamente o fato de a violência ser mais tolerada quando associada a comportamentos masculinos. Certo é que a mulher foi criada para ser mais moderada, apaziguadora e branda, e quando adota um porte violento e truculento, gera um rompante social, passando a ser malvista por todos ao seu redor.

Mesmo tendo alcançado a igualdade de direitos no exercício da cidadania, na autonomia familiar e na possibilidade de concorrer com homens em múltiplos espaços de poder, a mulher ainda é tratada como mulher, e isto implica dizer que lhe é imputado atribuições típicas femininas. No momento em que há a prática de uma conduta criminosa exercida por essa mulher, o rechaço e o abandono social são a porta de entrada para um estado de invisibilidade e solidão.

Neste sentido, o Dr. Dráuzio Varella externa de forma precisa:

De todos os tormentos do cárcere, o abandono é o que mais aflige as detentas. Cumprem suas penas esquecidas pelos familiares, amigos, maridos, namorados e até pelos filhos. A sociedade é capaz de encarar com alguma complacência a prisão de um parente homem, mas a da mulher envergonha a família inteira. Enquanto estiver preso, o homem contará com a visita de uma mulher, seja a mãe, esposa, namorada, prima ou vizinha, esteja ele num presídio em São Paulo ou a centenas de quilômetros. A mulher é esquecida. [...] Em onze anos de trabalho voluntário na Penitenciária Feminina, nunca vi nem soube de alguém que tivesse passado uma noite em vigília, à espera do horário de visitas. As filas são pequenas, com o mesmo predomínio de mulheres e crianças; a minoria masculina é constituída por

homens mais velhos, geralmente pais ou avôs. A minguada ala mais jovem se restringe a maridos e namorados registrados no Programa de Visitas Íntimas, ao qual as presidiárias só conseguiram acesso em 2002, quase vinte anos depois da implementação nos presídios masculinos. Ainda assim graças às pressões de grupos defensores dos direitos da mulher. (VARELLA, 2017, p.39)

Quando o assunto é o cárcere, muito se fala em superlotação, condições desumanas, violência e, até mesmo, do aperfeiçoamento do crime dentro das prisões brasileiras. Mas esse assunto, quase sempre, e de forma automática, nos remete aos homens. De certo modo, a sociedade segue ignorando a realidade de que centenas de mulheres são presas diariamente, e que, ao contrário da ideia construída socialmente de que a timidez e a passividade são características da feminilidade, as mulheres não só conquistaram seus lugares no mercado de trabalho, nas sessões eleitorais, nas universidades, mas, também, no mundo criminoso, ocupando as celas das penitenciárias que, majoritariamente, foram planejadas por homens e para receber homens.

4. REALIDADE BRUTAL DO CÁRCERE

Pode soar contraditório falar do direito de pessoas que, na visão de muitos, escolheram estar ali quando se deixaram corromper por uma vida delituosa e recheada de perigos, mas isso não é motivo para que a ignorância e a omissão acerca das condições desumanas das penitenciárias brasileiras imperem e se justifiquem, muito menos para que o poder estatal de privar a liberdade do apenado se estenda aos outros direitos fundamentais guardados constitucionalmente.

Não é de hoje que o cotidiano do cárcere no Brasil é precário, mas pouco se fala sobre como essa precariedade é intensificada por falta de debates sobre sexo e gênero, e sobre a necessidade de um tratamento diferenciado entre homens e mulheres presos. Não basta a estrutura prisional ser voltada para homens, as mulheres, na maior parte do tempo, são tratadas como eles. Há uma negligência gritante em relação a saúde física e mental das presidiárias, tal fato é externado em *Prisioneiras*, de autoria do Dr. Dráuzio Varella, que nos traz:

Os problemas de saúde eram muito diferentes daqueles que eu havia enfrentado nas prisões masculinas. Em vez de feridas mal cicatrizadas, sarna, furúnculos, tuberculose, micoses e as infecções respiratórias dos homens, elas se queixavam de cefaleia, dores na coluna, depressão, crises de pânico, afecções ginecológicas, acnes, obesidade, irregularidades menstruais, hipertensão arterial, diabetes, suspeita de gravidez. [...] (VARELLA, 2017, p.13)

A transgressão ao direito da mulher se relaciona, ainda, com as questões de higiene íntima, ocorrendo, por exemplo, nos casos em que o Estado se exime da responsabilidade de fornecer absorventes, deixando este encargo para os familiares das presas, que, muitas vezes, não recebem visitas e acabam por usar miolo de pão como absorvente interno no período menstrual.

É certo que essa despreocupação com a estrutura necessária para se receber uma população carcerária feminina, acarreta uma série de consequências que esbarram com a intimidade da mulher. Seja pela falta de absorventes, seja pela falta de água quente no inverno e durante a menstruação, como relatado, no livro *Prisioneiras* por uma das detentas “É uma desumanidade. Não só comigo, que já estou velha para passar frio, mas como essas mocinhas, que tomam banho gelando naqueles dias, com cólica” (VARELLA, 2013, p.24).

Em visitas realizadas em diversos presídios brasileiros, o CNJ pôde constatar o martírio que é estar grávida e dar à luz sendo uma detenta. As mulheres são submetidas ao descaso, e não têm acesso a médicos ginecologistas, obstetras e pediatras, não há que se falar em pré-natal e pós-parto, muito menos em lugar destinado e adequado para amamentação. Muitas vezes, as crianças já nascem e vão diretamente para as celas, ficando expostas a todos os riscos para sua saúde, e ao nascerem, mal são acalentadas por suas mães.

Não deixaram nem que Gardênia segurasse a filha. Só consegui, de relance, conferir que era menina, como havia anunciado a médica. “Até nisso é diferente a gente presa do que a gente solta. Solta, você pega seu filho, vê. E eu nem consegui olhar os dedos da mão e do pé, pra ver se não tava faltando nenhum”. [...] – Tem

mulher que até dá à luz algemada na cama. Como se ela pudesse levantar parindo e sair correndo. Só homem pode pensar isso. Porque mesmo que ela pudesse levantar, qualquer policial com uma perna só andaria mais rápido que ela. (QUEIROZ, 2019, p. 73)

Os relatos das detentas que denunciam as condições das cadeias também fazem menção a violência sofrida por parte dos agentes penitenciários, que não poupam ninguém, nem as gestantes ou enfermas, do tratamento truculento e das agressões. Outro ponto denunciado trata do fornecimento de apenas dois rolos de papel higiênico por mês às detentas (mesmo número de rolos dado aos homens) que os usam para duas necessidades e não uma, além do fato dos “bois”⁷⁹ dificultarem todas as idas das mulheres ao banheiro, pelo simples fato de a mulher não urinar em pé.

5. A VIOLAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para tratar das violações aos direitos das detentas brasileiras, é importante destacar quais são os fundamentos do Estado Democrático de Direito trazidos em nossa Constituição Federal:

Artigo 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

I – A soberania;

II – A cidadania;

III – A dignidade da pessoa humana;

IV – Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – O pluralismo político. (BRASIL, 1988)

Em relação à dignidade da pessoa humana, inciso III, este princípio é considerado um dos mais importantes dentro de todo ordenamento jurídico. Ao ponto em que a doutrina e a Constituição enfatizam e valorizam

79 Buracos feitos no chão das celas para realização das necessidades fisiológicas.

este princípio, a preservação e o respeito da dignidade humana, necessariamente, se tornam uma das missões ímpares do Estado, que passa a ser o detentor do efetivo cumprimento deste direito inerente a todo cidadão brasileiro.

Se tratando dos direitos e garantias fundamentais, a despeito dos direitos e deveres individuais e coletivos temos no caput do art. 5º o seguinte:

Artigo 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 seguinte: [...] (BRASIL, 1988)

O principal princípio trazido no caput do artigo supracitado, trata-se do Princípio da Isonomia Formal, segundo o qual todos são iguais perante a lei. Contudo, não significa dizer que as diferenças entre as pessoas deverão ser ignoradas, muito pelo contrário, a concretização desse princípio se dá através do tratamento diferenciado na medida das diferenças entre as pessoas. Em tempo, o direito de mulheres e homens encarcerados são os mesmos salvaguardados em lei, a forma como ocorre a aplicabilidade deste direito é que garante o tratamento adequado à luz do Princípio da Isonomia Formal.

Ainda no artigo 5ª da Constituição Federal, os incisos III, XLVIII e XLIX são de suma importância quanto ao tratamento dispensado às presidiárias, pois está expresso:

Inciso III – Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante (BRASIL, 1988);

Segundo leciona Gabriel Dezen Junior:

Como já visto, esse inciso visa, dentre outras coisas, proteger a dignidade da pessoa humana contra atos que poderiam atentar contra ela. Tratamento desumano é aquele que se tem por contrário à condição de pessoa humana. Tratamento degradante é aquele que, aplicado, diminui a condição da pessoa humana à sua dignidade.

Tortura é o sofrimento psíquico ou físico imposto a uma pessoa, por qualquer meio. A palavra “ninguém” abrange qualquer pessoa, brasileiro ou estrangeiro (JUNIOR, 1998, P.149).

O sistema prisional posto para as mulheres da maneira em que é posto, afronta diretamente o princípio da dignidade humana, a forma como são tratadas apenas certifica esse trato torturante, desumano e degradante no qual estão submetidas.

Inciso XLVIII – A pena será cumprida em estabelecimento distinto, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado (BRASIL, 1988);

No que diz respeito ao estabelecimento de cumprimento da pena pelo apenado, cumpre dizer que, atualmente, o Brasil conta com 74% dos estabelecimentos prisionais destinados aos homens, sendo apenas 7% destinados unicamente às mulheres e 17% considerados mistos (INFOPEN, 2014).

Menciona-se a obrigação de tratamento adequado dispensado aos presidiários:

Inciso XLIX – É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral (BRASIL, 1988);

Em face ao exposto no inciso XLIX, nota-se que o preso é detentor de todos os direitos que não são alcançados pela liberdade, deste modo a condição de preso não permite qualquer tratamento violento, degradante, humilhante ou desumano imposto a ele.

Por fim, fica evidente que há uma violação clara por parte do Estado em relação ao estabelecido na Constituição da República Federativa do Brasil. Tratar esta realidade como mera normalidade viola uma série de princípios positivados na Constituição de 88 e, ainda, os tratados internacionais do qual o Brasil é signatário.

O fato de o Estado atuar de forma negligente, relativiza, desvaloriza e falha grosseiramente em sua missão de cumprimento da nossa lei maior. Essa falha não pode ser considerada um simples acaso do ofício do Estado

de garantir os direitos dos cidadãos, pois se tratando da vida humana, todo cuidado e empenho precisam estar presentes, selando um compromisso com o dever de estabelecer e prezar pelo respeito mútuo entre as pessoas e os agentes do Estado, sem atingir agressivamente a população, seja ela carcerária ou não.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se, que com o passar do tempo, as mulheres conquistaram espaços que eram majoritariamente destinados aos homens, de modo que não são poucos os setores que carecem de uma adaptação ao universo feminino. Encarar a prisão como ambiente destinado ao sexo e gênero masculino, e ignorar o aumento significativo da população carcerária feminina não enfrenta ou busca solucionar essas questões tão pertinentes e contemporâneas acerca dos direitos femininos, ao contrário, apenas contribui para que a sociedade não se desenvolva e não avance na proteção dos direitos das mulheres.

Apesar do sistema carcerário apresentar inúmeras problemáticas para ambos os sexos e gêneros, debater a forma como o sistema é posto às mulheres é imprescindível para uma sociedade igualitária e que desenvolva ativamente a promoção dos direitos fundamentais da mulher.

Ao longo dos anos, a falta de investimento do governo contribuiu efetivamente para que as prisões se tornassem um lugar propício para haver violação dos direitos dos cidadãos. Diante da precariedade nas condições das cadeias, fica perceptível que enquanto o intuito punitivo só incidir conjuntamente com a violência e o descaso, não haverá ressocialização, reeducação e preservação dos direitos e garantias fundamentais estabelecidos em lei. A situação é ainda mais agravada quando o assunto é a prisão de mulheres, afinal, o tabu e o preconceito entorno das prisões femininas cria uma barreira de difícil ultrapassagem social e governamental, o que influi diretamente para que os danos à dignidade da mulher e do “ser mulher” no sistema prisional sejam potencializados.

Apesar da situação ser delicada e requerer medidas de políticas públicas, debater e analisar as questões de sexo e gênero no sistema prisional feminino influencia diretamente para que a sociedade participe e tome ciência das condições inadequadas do dia-a-dia nas penitenciárias femininas,

o que possibilita uma maior preocupação e pressão social sobre o tema. Permanecer na inércia diante da falha do Estado em garantir os direitos básicos das detentas, corrobora com o descumprimento da lei e desestabilização do Estado Democrático de Direito, além de fortalecer a condição desumana vivida por milhares de mulheres encarceradas.

Sabe-se que as pesquisas e estudos sobre o sistema prisional feminino ainda estão se desenvolvendo e buscando uma maior atenção das autoridades e da sociedade, entretanto os resultados obtidos já apontam para um mesmo norte: é preciso que haja um cuidado maior com as questões sobre sexo e gênero dentro das prisões brasileiras, objetivando o pleno cumprimento dos princípios constitucionais, e garantindo que a igualdade entre homem e mulher se dê a partir da consideração das diferenças físicas e sociais entre eles. Para tanto, o diálogo e a propagação de conhecimento acerca da realidade encarada pelas detentas serão forte aliados para uma mudança efetiva, rumo a um sistema carcerário que cumpra seu papel de garantir os direitos de cada detenta em cumprimento de pena restritiva de liberdade, e, principalmente, que contribua com a reeducação e reintegração desta mulher que aguarda a retomada do direito à liberdade para voltar ao convívio social.

No mais, ventilar questões relacionadas aos direitos humanos sempre será de extrema importância para o desenvolvimento de toda sociedade, seja na esfera interna como, também, na esfera global. Sendo assim, conclui-se que o tema apresenta demasiada relevância jurídica e social, o que justifica que seja empenhada uma maior atenção para a real situação das detentas brasileiras, a fim que a realidade degradante se modifique, e que a possibilidade de violações se distancie, deixando à margem a incidência de transgressões aos direitos dessas mulheres.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

Departamento Penitenciário Nacional. **INFOPEN MULHER – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Junho/2014. Ministério da Justiça.

Departamento Penitenciário Nacional. **INFOPEN MULHER – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Maio/2018. Ministério da Justiça.

<https://leslieviscaino.jusbrasil.com.br/artigos/413225532/mulheres-no-carcere> (Acessado em 07 de agosto de 2019)

<http://revistaprincipios.com.br/artigos/33/cat/1797/gênero-conceito-histórico-.html> (Acessado em 09 de agosto de 2019)

<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86269-presidios-femininos-o-descaso-com-saude-e-alimentacao-de-gravidas-e-criancas> (Acessado em 05 de agosto de 2019)

JUNIOR, Gabriel Dezen – **Direito Constitucional** – 8ª edição. VEST-COM. 1998. Páginas. 149.

Pastoral Carcerária. Documentário: **As mulheres e o cárcere**. Apoio: Fundo Brasil de Direitos Humanos. 2016.

QUEIROZ, Nana – **Presos que menstruam** – 10ª ed. Rio de Janeiro. Record. 2019. Páginas. 71, 73, 141 e 170.

VARELLA, Dráuzio – **Prisioneiras** – 1ª ed. São Paulo. Companhia das letras. 2017. Página.13.

TRATAMENTO OFERECIDO AOS ANIMAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 88: RUPTURA DO PARADIGMA DOUTRINÁRIO E CIVILISTA COM A APROVAÇÃO DO PROJETO DE LEI NO QUAL PREVÊ QUE OS ANIMAIS NÃO SÃO CONSIDERADOS COMO COISAS

Anna Luiza Andion Farias Junqueira

Fernanda de Oliveira Silva

1. INTRODUÇÃO

relação entre os animais não-humanos e os seres humanos é vista desde os tempos mais remotos. E, atualmente, o debate sobre o tratamento ofertados a aqueles tem tido cada vez mais vigor, principalmente após o Projeto de Lei do Senado aprovado recentemente.

Apesar de existirem legislações constitucionais e infraconstitucionais que tratam sobre os animais não-humanos, boa parte do pensamento ocidental ainda se mostra contrário a esse avanço, contrariando, em determinadas situações, até o próprio senso comum, que reconhece que muitos animais são dotados de uma vida mental consciente.

O presente trabalho remonta esta ideia, trazendo a toda o posicionamento de doutrinadores clássicos, bem como trazer à tona o debate da PEC citada anteriormente que trata sobre esse tratamento de “coisa”.

No primeiro momento será levantado considerações iniciais sobre o assunto. Posteriormente, considerações ofertadas pela Constituição Federal de 1988 sobre o tratamento dos animais não-humanos. Por fim, a título comparativo, apresentando um paralelo das condições concedidas aos sujeitos em outros países.

2. TRATAMENTO OFERECIDO AOS ANIMAIS: ANÁLISE DOUTRINÁRIA, CIVILÍSTICA E DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Foi adotado pelo Direito Civil Tradicional, em virtude do processo histórico de criação do antropocentrismo jurídico, a Teoria do Direito no qual os animais são considerados como regime de propriedade, uma vez que estes são considerados como “coisas” e assim, no direito privado, são determinados pelo direito das coisas ou pelos Direitos Reais. Conforme o entendimento de Arnoldo Wald, os Direitos Reais são as normas que respaldam “as relações jurídicas referentes às coisas suscetíveis de apropriação, estabelecendo um vínculo imediato e direto entre o sujeito ativo ou titular do direito e a coisa sobre a qual o direito recai e criando um dever jurídico para todos os membros da sociedade” (WALD, p. 17, 1990).

O art. 202 do Código Civil regulamente a análise jurídica de coisa, no qual prevê “diz-se coisa tudo aquilo que pode ser objeto de relações jurídicas. No que tange ao termo “coisa”, de acordo com Washington de Barros Monteiro é “tudo quanto seja suscetível de posse exclusiva pelo homem, sendo economicamente apreciável” (MONTERIO, p. 169, 2004).

A “coisa” é tida como o bem que possui expressão econômica. Nesse sentido, corrobora Hely Lopes Meireles (2000) que define bens de uso comum do povo como aqueles que têm um caráter de comunidade, de uso coletivo, de fruição própria do povo, tais como mares, rios, estadas, ruas e praças, definidos por lei.

Para Jeremy Bentham, os seres humanos devem utilizar como critério da consideração da moral dos indivíduos o princípio da igual consideração de interesses de todos os seres sencientes, idéia esta que se configura como antagônica às alegações de Descartes, Rousseau e Kant, uma vez que estes filósofos alegavam que a racionalidade era o critério de distinção entre os animais humanos e não humanos.

A alegação de Bentham era defendida de acordo com o Gary. L. Francione, defensor dos direitos dos animais, segundo o qual “não há qualquer característica que sirva para distinguir os humanos dos outros animais. Qualquer atributo que possamos pensar que torna os humanos ‘especiais’, e assim diferentes dos outros animais, é compartilhado por algum animal não humano” (FRANCIONE, p. 32, 2013).

Dando prosseguimento ao entendimento de Bentham, os seres humanos e os animais se configuram como seres sencientes, mesmo havendo diferenças explícitas entre estes, ambos podem sofrer, e este sofrimento deve ser tido com uma explicação primordial de que os seres integrem a comunidade moral. Ressalta-se que esta teoria se configura como a mais relevante no que tange ao pensamento da consideração moral dos animais e a indagação sobre o status desses animais, pois determina uma obrigação imediata e direta aos seres humanos de não provocar o sofrimento exacerbado e desnecessário aos animais.

Para Roberto Gonçalves, os animais são dignos de proteção, embora não sejam considerados como sujeitos de direitos. Essa proteção não deveria ser justificada nos interesses humanos, o fundamento de sua proteção deveria estar no fato de serem sencientes e terem uma vida e integridade física a ser resguardada, e não em um interesse antropológico, pois sendo assim, facilmente crueldades podem ser justificadas se simplesmente baseadas na “vontade humana”, que pode ser arbitrária no trato com o meio ambiente e com os animais, de tal forma que “a lei não os protege contra a morte, ou uso físico e psíquico” (RODRIGUES, 2011, p. 207).

Peter Singer defende o argumento evolucionista no qual deve ser concedido de maneira imediata os direitos fundamentais para os animais, como o direito à vida, à liberdade individual e à integridade física, tendo como entendimento que o grande primata detém de uma capacidade jurídica semelhante à dos recém-nascidos ou deficientes mentais, tido como o necessário para retirar o aprisionamento em zoológicos, circos, fazendas ou laboratórios científicos.

Em suma, como os grandes primatas possuem atributos mentais muito semelhantes aos da espécie humana, a sua exclusão da comunidade de iguais é moralmente injustificável, arbitrária e irracional (GORDILHO, p. 119-120).

Entretanto houve uma ruptura desse paradigma com a aprovação do projeto de Lei pelo Senado Federal, no qual os animais não são mais considerados como coisas, e sim como sujeitos de direitos.

O projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 6799 de 2013 de iniciativa do Deputado Federal Ricardo Izar (PSD/SP), de norma geral, prevê novos dispositivos para Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, com o intuito de as relações jurídicas referentes às coisas suscetíveis de apropriação, estabelecendo um vínculo imediato e direto entre o sujeito ativo ou titular do direito e a coisa sobre a qual o direito recai e criando um dever jurídico para todos os membros da sociedade versar sobre a natureza jurídica dos animais e não humanos.

A Ementa possui como justificativa a determinação de que os animais não humanos detêm de natureza jurídica *sui generis* e são tidos como sujeitos de direitos despersonalizados, devendo adquirir a tutela jurisdicional em caso de violação de direitos, sendo vedado o seu tratamento como coisa.

O projeto de lei do Senado foi aprovado em agosto de 2019 pela Comissão de Constituição, de Justiça e de Cidadania e foi encaminhado para as comissões de Meio Ambiente e Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle (CMA) com o intuito de virar lei. O texto possui como previsão de que não será tolerado os maus-tratos aos animais por nenhum motivo, mesmo que se trate de motivos culturais, de recreação ou econômico. São listados 50 mil espécies, incluindo peixes, aves e mamíferos.

No que tange aos maus tratos, destaca-se atos como forçar os animais a realizar movimentos diversos da sua natureza ou de sua capacidade física, submissão aos tratamentos degradantes, abandono em situação de risco ou perigo, treinamentos, apresentações ou eventos de circos que causem sofrimento, dor ou dano físico. Além disso, também é tido como violência física o ato de privar os animais de água ou alimento e o isolamento de uma determinada espécie de animal com outra que lhe provoque agressão, medo ou perigo.

No ordenamento jurídico, o primeiro registro de uma norma a proteger animais de quaisquer abusos ou crueldade, foi o Código de Posturas de 06 de outubro de 1886, do Município de São Paulo, em que o artigo 220 previa que os cocheiros, condutores de carroça estavam proibidos de maltratar animais com castigos bárbaros e imoderados, prevendo a sanção de multa.

No entanto, apenas com o advento da Constituição de 1988, quando as normas de direito ambiental passaram a adquirir status constitucional, onde se sujeita o Poder Público bem como a coletividade preservar o meio ambiente e sua fauna, vedando toda e qualquer prática que submeta os animais a crueldade humana ou científica.

A Constituição Federal promulgada em 1988, em seu artigo 225, §1º, VIII, reconhece que os animais são dotados de sensibilidade, impondo a sociedade e ao Estado o dever de respeitar a vida, a liberdade corporal e a integridade física desses seres, além de proibir expressamente as práticas que coloquem em risco a função ecológica, provoquem a extinção ou submetam à crueldade qualquer animal.

A norma constitucional atribui um mínimo de direito ao animal, ou seja, o de não submeter seres sencientes a tratamentos cruéis, práticas que coloquem em risco a sua função ecológica ou ponham em risco a preservação de sua espécie, comando este assimilado pela Lei federal n. 9.605/98, ao criminalizar a conduta daqueles que abusam, maltratam, ferem ou mutilam animais em seu artigo 32.

Também está na Constituição, artigo 127, que a defesa da ordem jurídica compete ao Ministério Público. Não obstante isso, já previa o Decreto federal n. 24.645/34 em seu art. 2º, § 3º que os animais: “serão assistidos em juízo pelos representantes do Ministério Público (...)”.

Atualmente o conceito de fauna abrange todas as espécies que habitarem o solo brasileiro.

3. PONDERAÇÕES SOBRE O DIREITOS DOS ANIMAIS PREVISTOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

No art. 225 da Carta Magna, prevê, que: “todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Frente a isto, existem diversas interpretações e compreensões dos doutrinadores. O doutrinador Mirra defende que este dispositivo é um direito fundamental da pessoa humana, visto como uma maneira de conservar a vida e a dignidade das pessoas. Afirmando, por conseguinte, que ninguém contesta que o quadro da destruição ambiental no mundo põe a

prova a possibilidade de uma existência digna para todos os seres humanos (MIRRA, 1994).

Em contrapartida, Machado considera que o caput do art. 225, CF, vai além de um conceito antropocêntrico, pois diante dos incisos e parágrafos, passa a ter sentido mais próximo do biocentrismo, “havendo uma preocupação de harmonizar e integrar os seres humanos e biota” (MACHADO, 2004, p. 10).

Dessa forma, as garantias e direitos fundamentais encontram seu fundamento na dignidade da pessoa humana, mesmo que de modo e intensidade variáveis. Assim, a proteção ao ecossistema do qual se está inserido, e dele se inclui (SALET, 2001, p. 81-82), foi concebido para respeitar o processo de desenvolvimento social e econômico para que o ser humano usufrua de boa vida.

Portanto, toda a matéria relacionada a proteção do ambiente reflete no domínio dos direitos fundamentais (MEDEIROS, 2004). Este entendimento é compreendido a partir da ideia de que por ser Estado Democrático de Direito a garantia, a promoção e a efetivação desses direitos ligam o meio ambiente no âmbito dos direitos fundamentais.

A proteção do ambiente não é, tão-somente, direito fundamental, mas se consubstancia, ainda, em um do dever fundamental de proteção ao meio ambiente (ANDRADE, 1998). Esse dever fundamental está alicerçado, na pressuposição de que os deveres fundamentais remetem à condição de nele incluir princípios sócio-humanos de convivência que, por sua vez, instruem e são instruídos pelas questões presentes no direito fundamental ao contemplar o direito à igualdade, à liberdade, à solidariedade.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o legislador magno revela uma preocupação com os animais, refutando uma visão meramente instrumental da vida animal. É difícil conceber, ainda nos dias de hoje, a ideia de que estaria o constituinte promovendo apenas a proteção de algum valor instrumental de espécies naturais.

Pode-se argumentar que o dispositivo constitucional não é suficientemente claro, mas, certamente, a precisão e individualização que alguns pretendem não pode ser exigida de uma Carta Grande, que, in casu, tivera essa suposta omissão suprida pelas normas infraconstitucionais.

É possível dizer, ainda, que o legislador ao dispor expressamente sobre a vedação à crueldade erigiu um dispositivo voltado primeiramente para o

bem-estar animal, e somente, em segundo plano para a coletividade, ainda que a visão antropocêntrica do Direito se mostre bastante acentuada.

A imposição deste dever é um inegável avanço do país, que é um dos poucos a vedar, na esfera constitucional, a submissão de animais a crueldade, conferindo-lhes, assim, direitos. Sim, pois uma vez que o poder constituinte proíbe a prática de atos cruéis para com os animais, pode-se entender isso como um direito que fora concebido aos animais. Assim, essa tendência contemporânea de uma proteção constitucional tanto da fauna, quanto da flora, bem como dos demais recursos naturais, inclusive contra atos de crueldade praticados pelo ser humano, revela no mínimo que a própria comunidade humana vislumbra em determinadas condutas um conteúdo de indignidade.

Embora seja um grande avanço, a Constituição Federal não se ocupou em definir o que seria um “ato cruel” e quais práticas levariam à crueldade. Está-se aqui diante de um “conceito indeterminado” inserido na carta constitucional, de uma norma, e não apenas de um princípio.

A norma constitucional em seu art. 225, §1º, VII, fala em “proteger a fauna e a flora, vedadas na forma da lei (...)”, o que implica na necessidade de leis infraconstitucionais que se ocupem em descrever, de forma exemplificada, as práticas cruéis e punições dos que as pratiquem, e a maior dificuldade com que se deparam os aplicadores da norma se encontra na verificação do “ato cruel” e no próprio conceito constitucional de “ato cruel”.

Registre-se que as normas constitucionais, além de superiores, trazem em seus textos conceitos abertos, vagos e indeterminados, conferindo ao intérprete e ao aplicador do Direito certa discricionariedade.

Essas normas ocupam o vértice do ordenamento jurídico, sendo as demais normas legais a elas subordinadas. Em razão de sua superioridade, condicionam ainda sua interpretação, que exige uma forma diferenciada, em razão do forte viés político da própria Constituição, não significando, entretanto, que estará dissociada da interpretação jurídica.

De qualquer sorte, os “atos cruéis” não estão expressamente previstos na Constituição Federal, restando evidente a complexidade da questão posta e a nítida necessidade de uma postura pautada pela prudência e bom senso na hora da verificação do caso concreto. São, pois, as legislações infraconstitucionais as maiores auxiliadoras na resolução desses conflitos.

4. COMPARATIVO DO DIREITO DOS ANIMAIS EM OUTROS PAÍSES EM RELAÇÃO AO BRASIL

Na República Federativa da Alemanha, a ideia de proteção dos animais era considerada como fragilizada, sendo necessária a constitucionalização desta. É importante ressaltar que este seria um projeto conturbado, pois diversas opiniões estavam envolvidas. A República Federativa da Alemanha é caracterizada como um País pioneiro, não somente da Europa, mas sim da União Europeia, sendo a primeira a inserir na sua Constituição o direito de proteção aos animais. Essa proposta não tinha a intenção somente de alegar a proteção dos animais, mas também a proteção ao meio ambiente, sendo pontos relevantes para o Poder Executivo, Legislativo e Judiciário.

A ideia de proteção aos animais foi inserida na Constituição da Alemanha com o intuito de fortalecer a ação do administrador e da competência dos Tribunais diante das interpretações que seriam feitas no que tange às disposições de proteção aos animais, estando incluso o âmbito de proteção dos direitos fundamentais que não estão expressos na norma legal.

Para Immanuel Kant, os animais não possuem obrigações, mas os seres humanos possuem obrigações indiretas por causa dos animais. De modo que Kant não percebe que os animais possuem dignidade podem ter um valor intrínseco. Segundo John Rawls, os seres humanos têm obrigações morais de maneira direta com os animais por meio dos “deveres de compaixão e humanidade”. Devendo os animais serem tratados de acordo com os princípios da justiça, uma vez que esta é procurada por todos os seres que são capazes de terem sentimentos.

De modo que os animais não possuem direitos e deveres, pois os direitos são caracterizados como “concepções e imperativos humanos”, criados pela superioridade do ser humano. Já os homens possuem deveres em relação aos animais. Sendo assim, os animais possuem Direitos semelhantes aos dos Seres Humanos, mesmo que não sejam concedidos de maneira expressa, mas sim de maneira implícita, como por exemplo no caso do Chimpanzé Suíça, onde ela teve um representante legal em busca de Habeas Corpus por causa das condições em que vivia.

Os estudiosos renomados como Keith Thomas, Peter Singer e Steven Wise discutem em relação ao tratamento que é oferecido aos animais.

Dentro das suas análises, é inserido as vertentes que tratam sobre o protecionismo animal, sendo este um assunto indispensável e destacando as três vertentes mais defendidas nos dias atuais. A primeira é a teoria abolicionista, defendida por estudiosos que alegam que os animais não devem ser utilizados para nenhum fim de uso humano, mesmo se for econômico ou alimentício, tendo em vista que os animais possuem os mesmos direitos e já são considerados como sujeitos de vida, tendo como maior defensor o filósofo Tom Regan.

A segunda teoria dos “welforistas” trata da ideia de cessar o sofrimento dos animais e promover um tratamento humanitário com eles e assim, entende-se que o bem-estar do animal estará protegido. No que tange à terceira vertente, a do bem-estar do animal, sendo esta dominante mundialmente, versando sobre a questão dos maus tratos e da morte dos animais, e tratando sobre a forma no qual é feita, uma vez que é defendida a ideia de que os animais podem morrer para “servirem” aos humanos, porém, os seres humanos devem prezar pelo bem-estar dos animais.

É importante ressaltar que cada país possui um método diverso no tratamento dos animais. Na Índia, as vacas são extremamente sagradas e o ato de maltratar uma delas, é considerado como algo repugnante. Já no Brasil, a Declaração Universal dos Direitos do Animais prevê direitos para a referida espécie, porém o abate com o intuito de consumir a sua carne é permitido. No Peru, o ato de comer o “Porquinho da Índia” é algo normal e comum, sendo este considerado como um prato típico do país. No Brasil, este animal é considerado como mascote, juntamente com o cachorro, o qual o consumo de sua carne é permitido em alguns países, como a Ásia. “Sou contra as touradas. Não porque os animais têm direitos, mas porque temos dever para com eles” (JOÃO PEREIRA COUTINHO, 2011).

No texto “Devemos uma boa vida e uma boa morte aos animais que nos alimentam”, mostra-se casos na Itália e no Japão, da maneira como os animais são colocados para os consumidores antes de serem abatidos. É esclarecida a forma como um porco era abatido em um local na Toscana. O animal levava um tiro certeiro na cabeça enquanto ele estava no chiqueiro e os outros animais não percebiam que o porco havia sido morto. O autor do texto faz uma crítica no que se refere ao mercado Tusikji, no Japão, criticando o tratamento que é oferecido para os peixes, uma vez que

as escamas são retiradas antes deles estarem mortos, caracterizando como algo cruel e doloroso.

No texto “A Hora é a voz dos chimpanzés”, é explanado o tratamento dos primatas que se encontram dentro dos laboratórios dos Estados Unidos, mostrando que o número dos animais dentro desses estabelecimentos está diminuindo, por causa do alto custo de manutenção. O autor mostra uma crítica no que tange ao comportamento dos animais nas jaulas, pois esse ato de confinamento desencadeia o estresse para eles.

O senador republicano Roscoe Bartlett, propôs um projeto de Lei nos Estados Unidos, solicitando a proibição de pesquisas com os primatas (bonobos, chimpanzés, gorilas), pois ele alega arrependimento em sua conduta de mandar os animais para o espaço quando era cientista da NASA.

A argumentação de cientistas e filósofos como o britânico Richards Dawkins e o australiano Peter Singer é simples: criaturas com inteligência avançada, vida social intrincada e complexidade emocional merecem uma Declaração Universal de Direitos dos Grandes Primatas. São eles: o direito à vida, o direito à não ser molestado e, quando possível, o direito a viver em liberdade” (FOLHA DE SÃO PAULO, 2011).

No texto “A arte e os urubus” é relatado um artista plástico que capturou e expôs aves vivas como arte, mostrado na obra “Bandeira Branca”, de Nuno Ramos e como consequência, a sua obra foi retirada da Bienal, desencadeando uma grande polêmica sobre as questões étnicas da relação dos seres humanos com os animais. O texto levanta um questionamento entre o fato dos artistas não poderem usar urubus em suas obras de arte enquanto os seres humanos podem comer os animais, caracterizando-se como uma farsa, pois os seres humanos fingem que não existe matadouros ou que os animais que são comidos por eles são bem tratados e quando isso ocorreu na arte, tornou-se motivo de revolta para a sociedade.

Por conseguinte, a Constituição Federal de 88 prevê no seu art. 225 que os seres humanos devem preservar a fauna do país e isso, acaba por inserir o urubu no rol artigo. Logo, os urubus aos serem expostos como artes, não estavam sendo vítimas de maus-tratos e estavam sendo mais bem tratados do que muitos animais que são destinados para morrer nos matadouros.

O texto “Ao tornar a vaquejada ilegal” está, de maneira intrínseca, ligado ao parágrafo sétimo da Carta Magna, uma vez que o Supre-

mo Tribunal Federal alegou que a prática era considerada como ilegal, pois desencadeava lesões graves e irreversíveis para o boi. Entretanto, aqueles que defendem a vaquejada, alegam por meio de defesa, que os métodos que eram utilizados não traziam sofrimento para o animal e que a vaqueja ao ser considerada como ilegal, muitas pessoas ficariam sem emprego e perderia o seu meio de diversão, pois eles diziam que era algo cultural e a sua proibição acarretaria de maneira direta na economia do Estado.

Diante disso, os defensores da vaquejada sempre diziam que era algo cultural e depois de muitas manifestações, tiveram êxito em seus protestos e a vaquejada nos dias atuais, é legalizada no país. Esses defensores, de maneira indireta, se utilizaram do argumento de que a vaquejada é algo cultural e dessa forma, não pode ser considerado como ilegal, sendo este argumento usado na Constituição.

O ordenamento jurídico brasileiro não supre as decisões que são cabíveis para as atuais situações dos animais e assim, os valores sociais transformam a norma em obsoleta, deixando o ordenamento ultrapassado. No caso mostrado no texto “Habeas Corpus a Chipanzé Suíça”, o Habeas Corpus se configura como a primeira garantia dos Direitos Fundamentais, sendo o mundo dos animais visto com inovações e reivindicações e não sendo mais ignorado perante a sociedade. Essa mudança é caracterizada como lenta, cheia de etapas no sistema, porém assegurando uma atenção maior aos animais.

Na reportagem Alckmim veta o projeto com fim do uso de animais vivos no ensino, é relatado um projeto que foi vetado, no qual buscava extinguir o uso dos animais nos ensinos. Nessa reportagem, dois polos estão em conflito: o direito de pesquisa e o direito dos animais. No âmbito mundial, a técnica de animais em ensino é substituída por técnicas tecnológicas, porém, em situações específicas, não tem como essa permuta ser realizada, como por exemplo em uma cesariana. Logo, o mais adequado seria o fim do uso prejudicial dos animais nas atividades de ensino e as situações degradantes que os animais passam devem ser cessadas.

Defende-se a vertente majoritária, ou seja, a do bem-estar do animal, não se deve acabar com o uso dos animais nas nossas vidas. Porém, deve-se utilizar meios para que o sofrimento dos animais seja minimiza-

do, como não utilizar roupas feitas com pele de animais e utilizar produtos onde o teste não seja feitos em animais. Ressalta-se que os animais são muito importantes no nosso dia-a-dia, pois, acredita-se na semelhança deles com os seres humanos, principalmente, com os primatas, como é o caso do texto “chimpanzé passa em prova de altruísmo”, onde os chimpanzés passaram em prova de altruísmo em laboratório, mostrando também que esses animais não guardam rancor em relação aos atos que outros animais fizeram para eles.

Portanto, podemos observar que a Constituição Federal de 88 adere a vertente do “Animal Welfare”, vez que mesmo ocorrendo uma proteção aos animais, “a lei não os protege contra a morte, ou o uso físico e psíquico” (RODRIGUES, 2011, p. 207).

Logo, no caso de se defender que direitos como a vida fossem assegurados para os animais, é de extrema relevância que estes sejam tutelados como sujeitos, o que implicaria em uma necessária alteração na Carta Magna, visto que ela que dispõe sobre os Direitos Fundamentais que devem ser garantidos aos sujeitos de direito.

5. CONCLUSÃO

Por fim, a pesquisa buscou demonstrar que, o diálogo sobre o tratamento de “coisa” conferido a animais não-humanos é longo, fadado de diversos posicionamentos. Contudo, apesar de existirem legislações que o protegem e conferem direitos, estes não estão sendo, de fato, cumpridos e, além disto, não estão sendo conferidos o correspondente ao que deveria.

Assumir de fato a inclusão do dilema da inserção do animal não-humano na comunidade moral para além de uma comunidade humana, assumindo as competências de consciência e de senciência para aqueles, bem como as condições de dor e sofrimento, bases para condições de respeito e empatia, condições indispensáveis a dimensão da dignidade da vida.

A cada um e de modo especial, aos operadores do Direito, cabe, então, cumprir seu papel de joeirar as considerações propostas neste trabalho, perfazendo seus contornos, e instigar, com isso, sua aplicação no direito brasileiro como forma de tutelar efetivamente os direitos dos animais, promovendo uma vida digna para todos os seres sencientes.

REFERÊNCIAS

- AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Arte, direito e urubus**. Jornal Folha de São Paulo. 23 de novembro de 2010.
- CASTRO JÚNIOR, Marco Aurélio de; VITAL, Aline de Oliveira. **Direitos dos animais e a garantia constitucional de vedação à crueldade**. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/13825>. Acesso em: agosto de 2019.
- CASPAR, Johannes. **O art. 20^a da Lei Fundamental da Alemanha e o novo objetivo estatal de proteção dos animais**. In MOLINARO, Carlos Alberto;
- COUTINHO, João Pereira. **Homens e Animais**. Jornal Folha de São Paulo. 22 de outubro de 2013.
- CIPRIANI, Juliana. **Estatuto dos Animais é aprovado pela CCJ do Senado**. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2016/03/30/interna_politica,748580/estatuto-dos-animais-e-aprovado-pela-ccj-do-senado.shtml. Acesso em: agosto de 2019.
- FAUTH, Juliana de Andrade. A natureza jurídica dos animais: rompendo com a tradição antropocêntrica. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/44936/a-natureza-juridica-dos-animais-rompendo-com-a-tradicao-antropocentrica/2>. Acesso em: agosto de 2019.
- FRANCIONE, Gary L. **Introdução aos direitos animais**. Campinas: Editora Unicamp, 2013, p. 32.
- GORDILHO, Heron José de Santana. **op. cit.**, p. 119-120.
- HABEAS CORPUS DA CHIMPANZÉ “SUIÇA”**. In MOLINARO, Carlos Alberto; MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de; SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago (Org). A Dignidade da Vida e os Direitos Fundamentais para além dos Humanos: Uma Discussão Necessária. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 493-524.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Direito dos Animais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. Meio Ambiente: direito e dever fundamental. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. MIRRA, Alvaro L. V. Fundamentos do direito ambiental no Brasil. São Paulo: RT 706/7- 29, agosto, 1994.

MEDEIROS, Fernanda Luiza CANÔNICO, Marcelo Aurélio. **Ao tornar vaquejada ilegal, Supremo deixa em pânico quem vive da prática**. Jornal Folha de São Paulo. 14 de novembro de 2016.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontuoura de; ALBUQUERQUE, Letícia. **CONSTITUIÇÃO E ANIMAIS NÃO-HUMANOS: UM IMPACTO NO DIREITO CONTEMPORÂNEO**. <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1845faa2957cb42b>. Disponível em: agosto de 2019.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25. Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.81-2

SINGER, Peter. **Libertação Animal**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

YNTERLIAN, Pedro. **Cecilia, primeira chimpanzé libertada por habeas corpus**. Disponível em: <<http://www.projetogap.org.br/noticia/cecilia-primeira-chimpanze-libertada-por-habeas-corpus/>>. Acesso em: maio de 2018.

WALD, Arnoldo. **Direito das Coisas**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p.17.

MONTERIO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Parte Geral**. V.1. 39ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 169.

DA MENTALIDADE PRIMITIVA AOS DIREITOS INDIVIDUAIS: UMA LEITURA DE “SOCIETY AND NATURE, A SOCIOLOGICAL INQUIRY”, DE HANS KELSEN

Patrícia De Battisti Almeida

Fabio Rodrigues Teixeira de Almeida

1 Introdução

Direitos do homem são aqueles que correspondem aos valores naturais não positivados atribuídos a todo ser humano (são considerados inerentes à condição humana). Direitos Humanos são valores ligados a dignidade humana positivados em Tratados Internacionais.

Direitos Fundamentais são valores vinculados a dignidade da pessoa humana e a limitação do poder do Estado que são positivados nas Constituições de cada Estado.

Há uma celeuma na doutrina se estes direitos individuais do homem são naturais ou sociais.

Para aqueles que acreditam nos direitos individuais do homem como naturais tem-se o seguinte entendimento: o homem é livre por natureza, independente, titular de direitos individuais inalienáveis e imprescritíveis, de direitos chamados naturais indissolúvelmente unidos a sua qualidade de homem. As sociedades se formaram pela união voluntária e consciente dos indivíduos, com a finalidade de assegurar a proteção aos direitos individuais naturais.

Por isso os indivíduos impuseram limitações aos seus próprios direitos, mas somente na medida do necessário para assegurar o livre exercício dos direitos de todos. A coletividade organizada, o Estado, tem como fim proteger e sancionar os direitos individuais de cada um. A regra de direito, ou o direito objetivo, tem por fundamento o direito subjetivo do indivíduo. Para José Joaquim Gomes Canotilho, a relação entre direito subjetivo e direito objetivo “se localiza no terreno da história política, isto é, no lócus globalizante onde procuram captar as idéias, as mentalidades, o imaginário, a ideologia dominante a consciência coletiva, a ordem simbólica e a cultura política.” (CANOTILHO, 2004, p.9).

Por outro lado, aqueles que, como Leon Duguit, não acreditam que os direitos individuais do homem sejam naturais entendem que os que defendem a primeira corrente possuem uma concepção individualista do direito que é insustentável por si só porque o homem natural é isolado e por isso não pode trazer direitos anteriores à vida em sociedade para conviver no grupo social. E, por considerar este homem natural isolado, Duguit afirma que ele não tem direito. Isto porque todo direito implica em uma relação entre dois sujeitos e que o indivíduo só pode ter direito quando vive em sociedade. (DUGUIT, 1920, p.18).

O presente artigo utiliza como referência a obra de Hans Kelsen *Society and Nature – A sociological inquiry*, a qual se fundamenta em farto material de pesquisas etnográfico e antropológicas, para analisar o surgimento e a evolução do conceito de indivíduo e as implicações dessa ideia para o moderno Direito. Em outras palavras, com base nas evidências empíricas sistematizadas por Kelsen e nos comentários por ele elaborados, este artigo pretende traçar um esboço de uma concepção de direitos individuais que não resulta de uma visão apriorística como o jusnaturalismo nem tampouco enxerga a sociedade como o organismo superior, do qual o indivíduo seria tão somente uma célula.

Nas descrições das sociedades primitivas apresentadas por Hans Kelsen em nenhum momento o ser humano foi retratado como um ser isolado que vivia sozinho. Os humanos primitivos sempre conviveram em grupos que, com o tempo, evoluíram para tribos e nações. Então, falar que o homem natural é um ser isolado não retrata a realidade apontada pela antropologia social. O que existiu na história deste mundo foi um grande número de grupos de pessoas, cada um com sua dinâmica própria, que se desenvolveram de maneira a permitir o surgimento dos indivíduos.

2 Sociedade e Natureza

A obra de Hans Kelsen *Society and Nature – A sociological inquiry* é o ponto de partida para elaboração deste trabalho. A investigação foi baseada em material etnográfico e buscou entender como o homem primitivo interpreta a natureza que o cerca.

Para Kelsen, Sociedade e Natureza são os resultados de dois métodos diferentes de pensamento e somente assim são dois objetos distintos. Isto porque os mesmos elementos, se estiverem conectados entre si pelo princípio da causalidade, constituem a natureza e, caso ligados por um princípio normativo, constituem sociedade. (KELSEN, 1943, p.8).

Houve períodos na história do pensamento humano em que o homem não pensou em termos de causalidade – isso significa que o homem não conectou os fatos percebidos pelos seus sentidos de acordo com o princípio da causalidade, mas de acordo com os mesmos princípios que regulavam sua conduta em relação a outros homens. A lei da causalidade como um princípio do pensamento científico surge em um nível relativamente alto de desenvolvimento mental. Ela não é conhecida pelos povos primitivos. Eles interpretam ‘natureza’ de acordo com normas sociais, especialmente de acordo com a *lex talionis*, a norma da retribuição – ‘natureza’ é uma parte intrínseca de sua sociedade.

A ciência moderna, por outro lado, tenta realizar seu objetivo monista concebendo a sociedade como parte da natureza e não a natureza como parte da sociedade.

De acordo com os estudos de Hans Kelsen, o aspecto emocional do homem primitivo que surge do seu sentimento e da sua volição prevalecem em relação ao componente racional.

A falta de domínio técnico para explicar os fatos naturais parece explicar a marcante presença da magia no cotidiano dos humanos primitivos. Os seres sobre-humanos que, por magia, possuem o poder de satisfazer as suas necessidades.

Eles eram marcados pelo medo de tudo o que é novo. O que acaba levando a característica comportamental de ausência de curiosidade (não o incomoda a contradição lógica).

Segundo Hans Kelsen, a necessidade de explicação não resulta necessariamente em um raciocínio causal. O homem primitivo, de acordo com

o autor, tem uma necessidade de explicação em grau limitado (KELSEN, 1943, p.12):

(...) essa necessidade é menos pronunciada que qualquer outra que ele possa ter e está sujeita a seus desejos e medos. Se eventos extraordinários, real ou imaginariamente, afetam seus interesses vitais e atraem a atenção do homem primitivo, sua resposta imediata não será a explicação racional, mas a reação emocional. Seu totalmente secundário desejo por explicação se satisfaz quando ele consegue interpretar o fato em questão de acordo com sua ordem social, a qual também inclui a natureza. Ele se satisfaz quando os fatos exigindo explicação podem ser interpretados como recompensa ou punição.“
(tradução nossa)

Constata-se que o pensamento do homem primitivo é determinado pela idéia de retribuição e não pela lei da causalidade.

O pensamento do homem atual de que os eventos da natureza são determinados pelas leis gerais que podem ser observadas e testadas foi construído, paulatinamente, pela observação de poucos homens geniais em que a curiosidade prevaleceu sobre o medo do novo.

Desenvolveu-se o raciocínio causal, de acordo com o qual a regularidade percebida em uma sucessão de eventos é considerada como necessária.

Hodiernamente, mesmo com as explicações científicas para os eventos naturais e das conexões causais reais (atribuir o resultado a algum fato que por si só possa ser considerado sua causa), muitos escolhem a emoção e a possibilidade de salvação por um ser sobre-humano.

3 A falta de consciência egóica no homem primitivo

Não há consenso na doutrina sobre o conceito de “self”. Na filosofia, as concepções do “self” são distintas. De acordo com CHANDLER as acepções mais importantes foram: Schlesinger – o homem é o resultado de um sistema de essências; Platão – o self imutável e transcendental; Descartes – dualismo entre corpo físico e espiritual; Immanuel Kant – o ser equipado com categorias universais na mente. O que existe em comum é o entendimento de que o fundamental no “self” é o duradouro e permanente. (CHANDLER, 2000).

Na psicologia, uma das acepções mais aceitas descreve o “self” como o senso de identidade de cada pessoa que envolve as representações mentais de experiências individuais. De acordo com GAZZANIGA et all., essas representações mentais incluem as memórias e as percepções do que acontece durante a vida de uma pessoa. Nas palavras dos autores, “*o eu também engloba os processos de pensamento da pessoa, o corpo físico e a percepção consciente de estar separado dos outros e único. Esse senso de eu é uma experiência integrada, contínua no tempo e no espaço*”. (tradução nossa). (GAZZANIGA et all., 2015).

Para a psicologia, o “self” é o próprio ser individualmente considerado, ou seja, a tomada de consciência do ser como um entidade autônoma e independente do outro.

O homem primitivo não apresentava qualquer experiência desenvolvida do seu “self”. O “self” subliminar da sua tribo é muito superior a qualquer consciência individual do eu de cada pessoa. O que é explicado pelo medo do ambiente que o homem primitivo sentia. Ele acreditava que tudo ao seu redor, o que incluía seus companheiros de tribo, os animais, os vegetais e os seres inanimados, poderia ser habitados por espíritos ancestrais com poderes sobre-humanos.

Este episódio destacado por Hans Kelsen é bastante ilustrativo (KELSEN, 1943, p.14):

Quando questionado a respeito das crenças de seu povo, um esquimó respondeu ao explorador Rasmussen: ‘Nós não acreditamos, nós tememos. Nós tememos tudo o que não seja familiar. Nós tememos tudo o que vemos ao nosso redor e todas as coisas invisíveis também ao nosso redor, tudo o que ouvimos nas histórias e mitos de nossos ancestrais. Por esse motivo temos nossos costumes. (tradução nossa)

O medo das almas dos mortos, isto é, medo da vingança que eles podem exercer sobre aqueles que ofendem a ordem social, assim como a esperança de proteção e apoio no caso de comportamento adequado – em suma, a crença na função retributória das almas dos mortos é a base para a tão difundida prática de veneração dos ancestrais entre os povos primitivos. Os ancestrais mortos são tudo e fizeram tudo.

O homem primitivo travava uma batalha diária contra os perigos da natureza e se sentia ameaçado por todos os lados. Os eventos naturais eram

atribuídos às punições aplicadas pelos seres sobre-humanos que agiam pelo princípio da retribuição. Geralmente, quem interpretava os desejos dos ancestrais poderosos que habitavam todo o meio ambiente ameaçador era o líder da tribo (que era seguido sem questionamentos).

Neste contexto, não há como surgir a consciência egóica, a consciência do “self”, que separa o homem civilizado da natureza e entrega o domínio desta a ele. Para os primitivos, o ser humano, uma pedra, um animal, um vegetal – todos são habitados pelos espíritos ancestrais poderosos. Não consegue separar o seu ego do seu id porque não se sente sujeito separado do objeto e, por isso, identifica-se tão facilmente com outros seres.

A falta de consciência egóica é somente o aspecto negativo de uma mentalidade completamente determinada pela vida social. Por exemplo, em algumas culturas, se determinada pessoa ficasse doente, todos os membros da sua família deveriam ser submetidos ao tratamento. Ou se um membro da tribo fosse assassinado por pessoa de outra tribo, o morto deveria ser repostado, ou seja, a tribo do assassino teria que ceder um de seus membros para ser adotado pela tribo da vítima.

Essa consciência coletiva somada à tendência à substancialização do homem primitivo explica a sua atitude coletivista. De acordo com Kelsen, o homem primitivo não faz distinção “*entre o corpo e suas condições, suas qualidades, as forças que o movem, ou a maneira com que tal corpo se coloca em relação a outros corpos; ele antes imagina essas qualidades, condições, forças e relações como substâncias*” (KELSEN, 1943, p.11). Ele prossegue afirmando que, para o pensamento coletivista do homem primitivo, é de fundamental importância quais qualidades mentais e “*especialmente as morais, como o bem e o mal, e até mesmo atos moralmente qualificados, como o pecado, sejam considerados substâncias que, de alguma maneira, se liguem ao corpo da pessoa, ou seja, a ele inerentes*” (tradução nossa).

O homem primitivo imagina os valores resultantes de sua ordem social como substância. Isso não significa que ele seja moralmente indiferente uma vez que é limitado pelos laços sociais, sua moralidade equivale a seus laços sociais.

A ideia de que qualidades morais e legais são substâncias leva à crença de que o mal, assim como a doença, é contagioso – a transgressão cometida por um membro do grupo assume um caráter coletivo porque ela necessariamente contamina os demais membros do grupo. Essa é a razão

para a responsabilidade coletiva, tão significativa para a ordem legal primitiva. Era plenamente justificável, por exemplo, que os filhos expiassem os pecados cometidos pelo pai.

4 A personalidade no homem atual

Os psicólogos entendem que a personalidade consiste em pensamentos característicos, respostas emocionais e comportamentos das pessoas. Assim, a personalidade de uma pessoa é percebida por meio de sua conduta, sua fala, suas respostas emocionais e a visão que o terceiro tem do indivíduo. (GAZZANIGA et all., 2015).

Os traços da personalidade que são associados a tendências comportamentais, cognitivas ou emocionais – chamadas de disposições – sofrem influência de múltiplos genes herdados dos pais.

Interessante observar que os estudos com gêmeos univitelinos fornecem evidências consistentes de que os genes respondem por cerca de metade da variação na personalidade. (MUNAFÒ & FLINT, 2011)

A palavra personalidade vem da palavra latina *persona*, que significa máscara. No século XX, os psicólogos abordaram o estudo da personalidade a partir de diferentes perspectivas. De acordo com GAZZANIGA et all., os teóricos psicodinâmicos defendem que a personalidade é determinada por forças inconscientes; os adeptos do behaviorismo, por sua vez, acreditam que a personalidade resulta de histórias de reforço; psicólogos cognitivos estudam a maneira como os processos de pensamento afetam a personalidade; e os humanistas dão maior atenção ao crescimento pessoal e ao autoconhecimento. Ainda de acordo com os autores, “os psicólogos contemporâneos estão interessados principalmente nas abordagens de traços e na base biológica dos traços de personalidade” (tradução nossa). (GAZZANIGA et all., 2015).

O desenvolvimento da personalidade resulta da combinação de três fatores: herança genética, forças ambientais e o meio social. Redin & Masarolo entendem que o essencial para a constituição da personalidade é a atividade. Nas suas palavras,

“ O pressuposto de que o desenvolvimento da personalidade pode ser deduzido diretamente das forças hereditárias, de um lado e, das forças ambientais,

de outro, ainda que premissas necessárias, deixa de lado o essencial quanto à explicação da origem, desenvolvimento e formação da personalidade: a atividade. Quer dizer que as premissas hereditárias e ambientais somente poderão atuar se o sujeito agir, ou seja, desempenhar atividades específicas, atividades estas que têm sua origem na prática social". (REDIN & MASSAROLO, 1989).

Os autores diferenciam indivíduo e personalidade. O indivíduo é indivisível, um sujeito concreto, e as especificidades de cada um resultam da herança genética e da experiência individual e social acumulada ao longo dos anos. A personalidade, por sua vez, não se divide e é construída pela atividade do sujeito nas relações sociais e nas interações ambientais. Esta atividade é sempre motivada e voltada para alcançar um fim. Embora a pessoa saiba qual objetivo deseja atingir, ela nem sempre tem consciência dos motivos.

Constata-se que as características comuns da personalidade são: globalidade – elementos inatos, adquiridos, orgânicos e sociais; social – hábitos e características adquiridas em resultado das interações sociais, que promovem o ajustamento do indivíduo ao meio social; dinamicidade – vários elementos interagem, combinam-se, recebem novas influências e adaptam-se as novas circunstâncias; individualidade – é o conjunto de todos os aspectos próprios do indivíduo pelos quais ele se distingue dos outros.

5 A personalidade social do homem

Historicamente, os homens tiveram que sobreviver às adversidades do meio ambiente e lutar por recursos escassos como água e comida. O ser humano aprendeu que a estratégia de viver em grupos sociais era bem sucedida. Os seres humanos contemporâneos herdaram os genes que codificam os comportamentos de sucesso (ser expulso do grupo tinha consequências terríveis para sua sobrevivência). Por isso, ao longo da história, os homens sempre fizeram muito esforço para manter boas relações com os demais membros do grupo.

Com a finalidade de ordenar a vida em comunidade e possibilitar um convívio razoável dentro de determinado grupo social são utilizados nas

Sociedades Primitivas os costumes. Hans Kelsen, em sua obra *Society and nature*, ensina (KELSEN, 1943, p.21):

Essa completa submissão do indivíduo ao grupo também se manifesta em um tradicionalismo próprio da mentalidade primitiva, no caráter costumeiro da formação da lei, na observação exageradamente escrupulosa de costumes e usos herdados dos ancestrais (e por eles fiscalizados), e no fato de que rompimentos da ordem sociais ocorrem com menor frequência nas sociedades primitivas do que nas civilizadas (tradução nossa).

Interessante observar que o domínio da emoção na sociedade primitiva e a presença do medo da punição por seres sobrenaturais levam os seres humanos a conviver em sociedade respeitando os costumes de seu grupo.

Na sociedade primitiva, o homem estava submetido às verdades reveladas pelo Chefe da Tribo, que era o responsável por se comunicar com a entidade sobrenatural. Dessa forma, o líder era respeitado como o detentor de todo o conhecimento necessário para o bom convívio social.

As ações das pessoas refletem os costumes presentes no seu grupo social. O indivíduo já tem em si a expectativa de que determinada ação irá gerar aceitação ou recusa pelos seus pares.

Segundo Hans kelsen, “uma consciência egóica fraca ligada a uma consciência coletivista forte leva a uma sensibilidade exacerbada no que diz respeito ao julgamento social, especialmente a um grande medo da desaprovação pública”.

A tendência do homem é direcionar as suas atitudes para os costumes bem aceitos no grupo social, mesmo sendo diferentes de suas crenças, valores e desejos pessoais. E o faz porque tem medo das pressões antagônicas e de ser marginalizado do convívio social.

Os costumes do grupo social podem ser benéficos ou prejudiciais. Cabe à pessoa fazer um juízo de valor e ponderar quais ela deve desafiar por ir de encontro com a sua individualidade. Para tanto, a pessoa precisa ser dotada de força e poder de perseverar em si mesma, ou seja, é necessário possuir uma consciência egóica forte. Isso possibilita ao indivíduo viver em função de si mesmo e não em função das expectativas do momento, que são as opiniões dos outros, as pressões da família, do emprego, dos colegas e do patrão.

Atualmente, o ambiente ameaçador que consome o “self” do homem civilizado é o medo da opinião e do julgamento negativo pelos seus pares. E para que tal mal não lhe suceda é preciso seguir os costumes do seu grupo social.

Interessante observar que antes o “self” deixava de ser formado em razão da ausência de consciência egóica e da tendência à substancialização e, agora, no mundo atual, ele pode ser enfraquecido pelo medo do isolamento, do afastamento do grupo social.

O homem atual possui autonomia para pensar e, supostamente, possui poder para conhecer todas as coisas e a si mesmo.

O desenvolvimento das ciências ajudou o ser humano a entender como o mundo externo funciona. Os eventos naturais que nas sociedades primitivas eram vistos como sobrenaturais e formas de recompensas e punições agora, em sua maioria, são explicados pela ciência.

Imaginou-se que com o fim do medo, da substancialização e das punições por entidades sobrenaturais e com o desenvolvimento do racionalismo moderno, o homem se voltaria para seu interior e desenvolveria uma forte consciência egoica.

Entretanto, a racionalidade conquistada pelo ser humano foi usá-la para aumentar o conhecimento sobre fenômenos e fatos exteriores. O olhar para si mesmo, o conhecimento interior, o estabelecimento de valores pessoais e a busca por respostas a perguntas como “quem sou eu no mundo” foram relegado para o segundo plano.

O homem médio tem a preocupação fundamental que é a sobrevivência. Esta, em regra, é assegurada pela aquisição de um trabalho. Por isso, o ser humano focou sua atenção em desenvolver as habilidades necessárias para que conseguisse um bom emprego. Depois é necessário manter esse trabalho. E, para tanto, adota para si os costumes dos seus superiores e colegas de trabalho. De forma que não corre o risco de ser excluído do grupo social.

O conhecimento de si mesmo e o desenvolvimento da consciência egóica forte também não parecem ser prioridades para o homem da sociedade da era da informação. Pelo contrário, parece que agora, pelo excesso de informações externas com que é preciso lidar todos os dias não sobra tempo para a busca pelo conhecimento de si.

De forma que a personalidade social do homem atual pode ser descrita de maneira dual: externamente – com desenvolvimento das ciências e da tecnologia as explicações aos fenômenos externos são acessíveis e o

medo da punição pela entidade sobrenatural não existe mais; internamente – continua não conhecendo a si mesmo, não construindo uma consciência egóica forte, não traçando valores pessoais.

Para este homem dual não há mais o receio de ser punido por um ente sobrenatural por suas transgressões à ordem social. Então, foi preciso criar um arcabouço jurídico com normas claras que devem ser obedecidas e fixar as sanções pelo seu descumprimento. E, neste conjunto de normas criadas para a vida do homem em sociedade nos tempos atuais destacam-se os direitos individuais.

6 Conclusão

Mesmo na mais remota antiguidade, quando os homens viviam em pequenos grupos, já havia regras de convívio. Tais regras eram fixadas pelo Chefe do grupo, que se comunicava com as entidades sobrenaturais, de acordo com a crença prevalente. Nesta comunidade, de forma precária, já estava presente o direito subjetivo que envolve um poder de querer, ou o poder de impor aos demais o respeito a sua vontade. Ora, as regras trazidas pelo Chefe da Tribo permitiam a qualquer um do grupo querer e impor aos demais o respeito a sua vontade – se fossem conformes às regras do Grupo Social.

De forma que antropológicamente falando o homem primitivo não é um ser isolado. Os direitos são aqueles que garantem a sobrevivência de todos os membros da tribo de forma mais harmônica possível dentro daquela realidade social, em determinado tempo e espaço.

Com o passar do tempo e a evolução histórica, os direitos dos membros da tribo também evoluíram e passaram a ser conhecidos como direitos humanos e, depois, direitos fundamentais (Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948).

Por outro lado, a autonomia privada era praticamente inexistente nas sociedades primitivas. Por autonomia privada entende-se a aptidão para construir as próprias leis. O termo tem origem no grego. “Auto” significa “o mesmo” e “nomos” significa “lei” e “governo”. Juridicamente, autonomia significa autogoverno e autodeterminação conforme valores próprios, decisão consciente e ação – de forma que o indivíduo possa gerir sua vida sem ingerências de outros (BEAUCHAMP & CHILDRESS, 2002, p. 137).

Nas sociedades primitivas, a consciência de si como ser independente do grupo social era fraca. Por isso, não se buscava a realização da vontade do indivíduo, mas fazer o que era bom para o grupo social.

Em grande parte das Sociedades atuais há o respeito à autonomia do outro como limite à própria liberdade para o indivíduo se determinar. A autonomia privada entendida como um Direito Fundamental. Assim, no plano jurídico há conexão entre o conceito de direitos fundamentais e os direitos subjetivos (atrelados à autonomia do indivíduo).

Nesse sentido, conforme assinala SANTOS AMARAL NETO (1989), a autonomia privada

problematiza as relações entre a vontade e a norma, levando as concepções doutrinárias diversas, conforme se polarize sobre a primeira, de natureza subjetiva, em que se dá a proeminência dos interesses do agente, ou sobre a segunda, em que se visam os interesses da comunidade, realçados pelo caráter objetivo da declaração normativa.

Para a existência de direitos subjetivos, é necessário antes que existam sujeitos. Da mesma forma, só é possível vislumbrar direitos fundamentais, direitos humanos, quando existem indivíduos. Não obstante o reconhecimento pela doutrina de novas gerações de direitos dirigidos à coletividade, os direitos fundamentais nasceram como direitos individuais.

Não é possível, portanto, diante das evidências antropológicas (aqui mencionadas a partir do estudo realizado por Kelsen) imaginar um homem pré-jurídico vivendo em isolamento na natureza que em algum momento se junta a outros homens e cria uma sociedade.

Primeiro havia o grupo e não existia a consciência individual. Regras existiam e, nesse sentido, é possível dizer que havia também o Direito. Mas os direitos individuais são uma conquista do “eu”, do “self”; são o reflexo no mundo jurídico do desenvolvimento da consciência egóica.

E é de suma importância que essa ideia seja preservada como um contraponto a velhas formas de coletivismo que podem ressurgir a cada momento e às novas roupagens que o pensamento coletivista assume no mundo moderno fragmentado em grupos de interesse que buscam proteções e direitos especiais (pois os membros de tais grupos deixam de ser indivíduos e passam a extrair seu senso de identidade dos valores do grupo).

BIBLIOGRAFIA

BEAUCHAMP, T. L.; CHILDRESS, J. F. *Princípios de ética biomédica*. São Paulo: Loyola, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CHANDLER, Michael. Surviving time: The Persistence of identity in This Culture and That. *Culture & Psychology*, 6 (2), 2000, pp.209-231. < <https://doi.org/10.1177/1354067X0062009>>. Acesso em 02.04.2019.

DUGUIT, Leon. *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*. Segunda edición corregida y aumentada, Madrid, España, Francisco Beltrán, **Librería española y extranjera, 1920**.

GAZZANIGA, Michael S; HEATHERTON, Todd F; HALPERN, Diane F. *Psychological Science*. New York: Publisher: W. W. Norton & Company; Fifth edition (February 1, 2015).

KELSEN, Hans. *Society and Nature: A Sociological Inquiry*. The University of Chicago Press, Chicago, Illinois, 1943.

MUNAFÒ, Marcus R; FLINT, Jonathan. *Dissecting the genetic architecture of human personality*. Trends in Cognitive Sciences, volume 15, issue 9, 2011.

REDIN, Euclides; MASSAROLO, Adelino. *A teoria Histórico-Social da Personalidade*. Rio de Janeiro: Fórum educ., 13 (4), set./nov.1989, pp. 31-40.

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/fe/article/viewFile/61061/59279> Acesso em 02.04.2019.

SANTOS AMARAL NETO, Francisco. *Revista de informação legislativa* : v. 26, n. 102 (abr./jun. 1989). <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181930>>. Acesso em 10.08.2019.

A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E O SISTEMA DE PRECEDENTES BRASILEIRO

Ana Carolina de Freitas Feital

Introdução

Aos aplicadores do direito é atribuída a difícil tarefa de adequar os dispositivos legais aos casos concretos. Para tanto, é de suma importância a correta aplicação da ordem jurídica de forma razoável e com equidade.

Neste liame, o presente estudo visa analisar a importante questão da judicialização dos direitos sociais, aprofundando-se nos institutos jurídicos e processuais que contribuem para a conquista dos direitos sociais para os jurisdicionados.

De início, urge a necessidade de recordar o que são os direitos sociais e como impactam a vida da sociedade.

Conforme indica o ilustre Christian Courtis, os direitos sociais não são uma novidade no ordenamento jurídico.

“Direitos sociais, ou direitos econômicos, sociais e culturais (DESC) não são uma idéia nova. Notam-se experiências de reconhecimento dos DESC em estatutos legais desde o último terço do século XIX. Os DESC ingressaram na linguagem do direito constitucional no período entre guerras - exemplos mais precoces foram as constituições mexicana de 1917, a alemã de 1919 e a espanhola de 1931 -, e se tornaram parte da constituição na maior parte do mundo a partir do final da II Guerra Mundial.” (COURTIS, C, 2008).

Remontando a este marco histórico, imperioso recordar que visando ratificar os direitos naturais do homem, em 10 de dezembro de 1948, foi proclamada pela Assembleia das Nações Unidas (resolução 217 A III) a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Salientando que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.”, a Declaração Universal dos Direitos Humanos apresenta-se como um grande marco desta conquista.

De igual modo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos registra, por exemplo, o Direito ao Acesso à justiça.

Artigo 8

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.

Na ordem constitucional brasileira não fora diferente. A Carta Constitucional de 1988 em seu preâmbulo anuncia os alicerces ideológicos da, então, novel democracia constitucional. Cristalizando a preocupação em garantir o exercício dos direitos de primeira geração, isto é, os direitos inerentemente ligados ao valor das liberdades humanas, firmou os princípios base da sociedade brasileira na harmonia social, interna e mundial.

Promovendo os direitos de primeira geração ou os direitos de liberdade, que têm por titular o indivíduo, isto é, são oponíveis ao Estado, e traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa que ostentam na subjetividade, que é seu traço mais característico. Deste modo, caracterizam-se como direitos de resistência ou de oposição perante o Estado, também presentes na Carta Constitucional de 1988.

Por outro lado, como não poderia deixar de ser, a Carta Magna Brasileira gravou os direitos sociais, também denominados de segunda geração, em seu artigo 6º, garantindo assim, à sociedade brasileira, que no contexto da promulgação da constituição de 1988, clamava por garantias sociais.

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

Neste prisma, a partir do século XX, os Estados, pressionados pelo desejo popular de uma nova forma de proteção da sua dignidade, com garantias mínimas, iniciam a legitimação dos direitos da referida segunda geração. Também denominados como direitos sociais, estes estão ligados intimamente a direitos prestacionais sociais do Estado perante o indivíduo, como assistência social, educação, saúde, cultura, trabalho, lazer, dentre outros. Como ratifica o dispositivo constitucional acima indicado.

Uma vez garantidos constitucionalmente à sociedade os direitos sociais, sendo este um dever do Estado, qual ferramenta assiste ao jurisdicionado que vê seus direitos sociais não atendidos?

Em virtude da crescente necessidade de efetivação e proteção de direitos sociais, a justiciabilização destas questões vem aumentando ao longo dos anos, visto que, muitas vezes, o judiciário acaba por se tornar a única saída para a concretização dos direitos da população.

Por este motivo, o presente ensaio propõe pesquisar os institutos jurídicos e processuais, com fulcro no sistema de precedentes brasileiros, que convergem para a concretização destes direitos justiciabilizados.

Nesta perspectiva, serão apresentadas as figuras dos precedentes, da jurisprudência e do julgamento liminar improcedente do mérito, que possuem papel de grande destaque na concretização dos direitos sociais. De modo a exemplificar, pesquisaremos o tema 192 de repercussão geral do Eg. STJ, a fim de descobrir como o sistema de precedentes brasileiro vem influenciando na conquista dos direitos sociais.

Com efeito, o mérito deste trabalho será realizar uma ponderação crítica sobre o papel do sistema de precedentes e a efetivação dos direitos sociais.

1. A justiciabilidade dos direitos sociais e o sistema de precedentes brasileiro

Os direitos individuais, também indicados como de primeira geração, são apontados pela doutrina como direitos negativos. Já os direitos sociais, de segunda geração, definidos como direitos positivos.

Desta feita, algumas teorias indicam a ideia de ausência de custos para a promoção dos direitos negativos, ou individuais, e a necessidade de provimento de riquezas para a concretização dos direitos positivos, ou sociais. Em contraposição explana Christian Courtis que “Todo direito – inde-

pendentemente de sua classificação como direito civil, político, econômico, social ou cultural – requer *tanto* abstenção quanto ação Estatal, e não há praticamente direito algum que não demande recursos para ser implementado e protegido.” (COURTIS, C, 2008).

Nesta visão compreende-se que todos os direitos sempre vão necessitar privação estatal e provimento de iniciativas por parte do Estado. Esta ideia encontra confirmação ao recordarmos do direito de ir e vir dos cidadãos. Isto porque, para a sua concretização plena tanto é necessário a abstenção estatal ao permitir a circulação livre de seu povo, quanto necessita prover condições estruturais para tanto, oportunizando a construção e manutenção de estradas, por exemplo.

Com efeito, ratificando o exemplo acima imperioso recordar as palavras do brilhante autor Rodolfo Arango:

“Un resultado de la visión restringida de la tesis de los derechos consiste en afirmar que sólo los derechos fundamentales de libertad son exigibles judicialmente, porque ellos son previos al Estado y no cuestan, mientras que los derechos sociales no son derechos fundamentales por la necesidad de su determinación legislativa y alto costo.” (ARANGO, Rodolfo, 2004).

Somado ao argumento da necessidade de provimento de riquezas para a realização dos direitos sociais, cumpre salientar a teoria da reserva do possível ou do financeiramente possível. Sendo este um dos argumentos mais elencados para o não provimento dos direitos sociais.

Segundo esta visão, a reserva do possível se apresenta como uma limitação à ação Estatal para a concretização dos direitos sociais. Isto porque, o Estado só estaria obrigado a prover os direitos quando dispuser dos recursos necessários.

Insbante o disposto pela reserva do possível, o ilustre jurista Jorge Reis Novais apresenta um importante contra-argumento, conclusivo ao provimento dos direitos sociais.

“O contra-argumento apresentado à “reserva do possível”, e de há muito desenvolvido em diferentes latitudes, não será, portanto, e já que isso seria implausível, a negação da reserva, mas antes a ideia de que um tal condicionamento econômico e financiero, que real-

mente existe, não é exclusivo dos direitos sociais, mas é algo com que têm de viver todos os direitos fundamentais, incluindo os tradicionais direitos de liberdade. Também os direitos de liberdade, os direitos negativos clássicos, têm custos significativos e aí residiria, então, o essencial da argumentação contra a pretensa especificidade de uma reserva financeira afectando exclusivamente os direitos sociais.” (NOVAIS, Jorge Reis, 2010).

Concluída a premissa, o cumprimento dos direitos sociais é um dever Estatal, conforme a Carta Constitucional disciplina, e por este motivo, não sendo justificável a sua não realização em razão da ausência de dotação orçamentária, observada a razoabilidade, resta aos cidadãos recorrer ao judiciário quando seus direitos não são logrados.

Neste sentir, destaca-se o imprescindível papel dos tribunais ao oferecem proteção aos direitos sociais ameaçados, como brilhantemente aponta Christian Courtis.

“Os tribunais reconhecem a existência de deveres de efeito imediato, por exemplo, quando concedem proteção aos titulares contra ação estatal que violem os DESC. Nesses casos, onde a ação Estatal violar deveres de respeito aos direitos, os tribunais devem fornecer proteção negativa – ou seja, impedir que o Estado realize uma determinada ação que viole o direito, impedir a ação, ou, caso a violação já tenha ocorrido, oferecer compensação financeira.” (COURTIS, C, 2008).

Por conseguinte, verifica-se que a efetividade e proteção conferidas pelo judiciário aos direitos sociais, apresentam suma relevância para a manutenção destas garantias essenciais. Nesse prisma, para assegurar o cumprimento destes direitos de segunda geração, imperioso garantir o acesso à justiça ao cidadão, com provimento de decisões de mérito aplicáveis ao caso concreto.

Entrementes, vale ressaltar que Flávio Quinaud Pedron faz uma diferenciação entre “acesso à justiça” e “acesso à jurisdição”, porque acredita que a “justiça como pretensão de validade sobre a correção normativa, não se confunde com a função/atividade jurisdicional”. (PEDRON, 2016, p. 17)

É válido ressaltar a importância da integração do sistema jurídico com o cidadão, no Estado Democrático de Direito. Este cidadão deve possuir um papel ativo e de destaque nesse cenário, visto que ele é o titular de inúmeros direitos, em especial os direitos sociais, e deve lutar para protegê-los. E reconhecer tal incapacidade, além de aceitar novas ideias de solução, poderá trazer ótimas consequências à estrutura organizacional do Poder Judiciário.

Outrossim, insta salientar que os institutos ora pesquisados, ilustrados pelo sistema de precedentes brasileiro, bem como o Código de Processo Civil de 2015, tangenciam a ideia de acesso à justiça qualitativo, já que objetivam maior celeridade e segurança jurídica. Contribuindo, assim, para a concretização dos direitos sociais. É válido destacar ainda, que tais conteúdos são fundamentais para garantir a efetivação dos preceitos constitucionais do Estado Democrático de Direito, com destaque para os direitos de segunda geração.

1.1 Os precedentes e a jurisprudência

De início, antes de adentrarmos as definições, propriamente ditas, de jurisprudência e precedente, cumpre salientar a diferença entre os sistemas do *common law* e do *civil law*. E conseqüentemente do sistema de precedentes do *common law* e do *civil law*.

O *common law*, que é um sistema originário na Inglaterra, possui como premissa a valorização dos seus cidadãos, com um regime que não se limita às leis escritas, construindo decisões que serão aplicadas posteriormente a outros casos, conforme a doutrina dos precedentes.

Já o *civil law*, sistema adotado no Brasil, é um sistema mais atento às leis escritas, com grande preocupação com a segurança jurídica. Neste sentido, apesar de diferentes, o que se verifica atualmente é uma aproximação dos sistemas, como explica brilhantemente o grande autor Michele Tarufo.

“Pesquisas realizadas em vários sistemas jurídicos têm mostrado que a referência ao precedente já não é mais, há algum tempo, uma característica peculiar aos ordenamentos de *common Law*, estando agora presente em quase todos os sistemas, mesmo nos de *civil Law*. Assim, a distinção tradicional segundo a qual os primeiros

seriam fundados no precedente, enquanto os segundos seriam fundados na lei escrita não tem mais valor algum descritivo – admitindo-se que se considere que realmente tenha tido no passado. De um lado, de fato, nos sistemas de Civil Law faz-se amplo uso da referência à jurisprudência, enquanto nos sistemas de Common Law faz-se amplo uso da lei escrita e áreas inteiras desses ordenamentos do direito comercial ao direito processual – são na realidade “codificadas”. (TARUFO, Michele, 2014.)

Desta feita, tanto da vasta doutrina quanto dos julgamentos dos tribunais brasileiros, o que se depreende é a ampla utilização, no sistema jurídico brasileiro, dos precedentes e das jurisprudências. Formando, então, o que a doutrina hoje denominada como sistema de precedentes brasileiro.

Com efeito, os institutos do precedente e da jurisprudência já eram utilizados, no ordenamento jurídico brasileiro, desde o Código de Processo Civil de 1973, que em seu artigo 479 equiparava precedente a julgado.

Já em 2015, com o, então, novo Código de Processo Civil, os termos precedente e jurisprudência ganharam grande alcance e importância, estando previstos em diversos dispositivos do diploma processual como os artigos 489, 521, IV, 926, 927, 978, 1.029, parágrafo 1º, 1.034, parágrafo 3º, I, e 1.043, parágrafo 4º. Não obstante a relevância alcançada, no novo diploma processual não há a definição expressa de precedente, sendo a doutrina chamada a preencher esta lacuna.

Neste sentir, o Código de Processo Civil de 2015 ratificou e reforçou o sistema de precedentes brasileiro, conforme explica o grande autor Fredie Didier Jr. “Um dos pilares do novo Código é a estruturação dogmática de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios. Essa transformação do direito brasileiro deve-se muito ao modo pelo qual a jurisdição vem sendo examinada pelos estudiosos do Direito no Brasil.” (DIDIER JR., FREDIE, 2015).

Ademais, urge ratificar que os termos precedente e jurisprudência não são sinônimos, constituindo institutos jurídicos diversos. A primeira diferença entre eles pode ser apontada em termos qualitativos. Enquanto o precedente refere-se a um único caso, a jurisprudência, via de regra, aponta para diversos julgados sobre determinado tema.

Com efeito, por precedentes compreendem-se as decisões julgadas anteriormente e utilizadas para casos posteriores que guardam semelhança jurídica e fática. O objetivo da aplicação do precedente é evitar que casos iguais tenham resultados distintos, bem como diminuir a quantidade de recursos.

Neste diapasão, Michele Tarufo apresenta excelente definição e explanação sobre a força do precedente.

“O precedente fornece uma regra (universalizável, como já mencionado), que pode ser aplicada como um critério para a decisão no próximo caso concreto em função da identidade ou – como ocorre normalmente – da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso. Naturalmente, a analogia dos dois casos concretos não é dada *in re ipsa* e será afirmada ou refutada pelo juiz do caso posterior, dependendo se ele considerar prevaletentes os elementos de identidade ou os elementos de diferença entre os fatos dos dois casos. É, portanto, o juiz do caso posterior que determina se há ou não o precedente e, então, – por assim dizer – “cria” o precedente. Além deste aspecto – sobre o qual tornarei em seguida – fica claro que a estrutura fundamental do raciocínio que leva o juiz a aplicar o precedente ao próximo caso é baseada em uma análise dos fatos. Se esta análise justifica a aplicação no segundo caso da *ratio decidendi* aplicada no primeiro, o precedente é eficaz e pode determinar a decisão do segundo caso. Deve-se notar que, quando se verificam estas condições, um só precedente é suficiente para justificar a decisão do caso sucessivo.” (TARUFO, Michele, 2014).

Destarte, apurado o alcance do precedente e a sua influência em decisões futuras, impreioso recordar a profundidade do tema quanto aos direitos sociais. Isto porque, ao se firmar um precedente favorável à concessão de determinado direito social, negado pelo órgão estatal, realizada a análise dos fatos, como aponta Tarufo, aumentam-se as chances do provimento jurisdicional para os demais petionantes daquele tema. Inegável ressaltar o contrário, ou seja, o mesmo ocorre com a fixação de precedente negativo quanto à direito social judicializado.

Noutro giro, a jurisprudência pode ser definida como uma pluralidade de decisões judiciais, relativas a vários casos concretos semelhantes

ao que está em análise. Diversamente do precedente, a jurisprudência não guarda correlação dos fatos dos casos incitados.

Ainda neste sentido, Tarufo explana sobre a utilização do instituto da jurisprudência.

“O uso de jurisprudência tem características muito diferentes. Em primeiro lugar, falta a análise comparativa dos fatos, pelo menos na imensa maioria dos casos. Aqui, o problema depende do que realmente “constitui” a jurisprudência: trata-se, como se sabe, sobretudo dos enunciados sumulados (massime) elaborados pelo gabinete específico que existe nos Tribunais. A característica mais importante das máximas é que se trata de declarações, concentradas em uma ou em poucas frases, que têm como objeto regras jurídicas. Essas regras têm geralmente um conteúdo mais específico do que o ditado textual da norma de que constituem uma interpretação, mas são sempre formuladas como regras, ou seja, como enunciados gerais de conteúdo preceptivo.” (TARUFO, Michele, 2014).

Por conseguinte, da pesquisa realizada extrai-se o importante papel desempenhado pelos precedentes e pela jurisprudência na atuação dos tribunais brasileiros ao decidirem sobre os direitos sociais.

Ensejando máximo apreço e cuidado à aplicação das normas jurídicas, aliada a análise fática de cada caso, o resultado do provimento ou abstenção de inúmeros direitos sociais, guardam grande relação com a construção e aplicação correta dos precedentes e dos entendimentos jurisprudenciais.

Nesta senda, emerge a relevância da pesquisa dos institutos jurídicos e processuais, isto é do sistema de precedentes brasileiro, utilizados como ferramentas para a construção da decisão judicial dos mais variados temas, sobretudo, das decisões dos direitos de segunda geração, tão caros à vida humana.

1.2 O julgamento liminar improcedente do mérito

Com o aumento do Acesso à Justiça e com o favorecimento de um Acesso à Justiça mais qualitativo, registrou-se um grande aumento do número de processos interpostos, acarretando na crise atualmente vivenciada pelo judiciário.

Com extravagante número de processos em tramitação, o judiciário brasileiro viu-se necessitado de medidas que possibilitassem a celeridade processual efetiva.

Por derradeiro, o instituto do Julgamento Liminar Improcedente apresentou-se como uma forma de se efetivar a celeridade processual, a fim de julgar casos classificados como “exclusivamente de direito”.

Com o advento da Lei 11.277/06, indicando mais um exemplo da preocupação do legislador infraconstitucional com a celeridade e a efetividade do processo, o artigo 285-A foi acrescentado ao Código de Processo Civil de 1973.

O instituto do Julgamento Liminar Improcedente, tal qual apresentado pelo CPC/73, permitia a reprodução em um processo, de sentença de mérito improcedente proferida em outro, desde que respeitadas determinadas condições.

O dispositivo legal apresentava como requisitos, para que fosse exarado um julgamento liminar de mérito, a existência de casos idênticos, sentença de total improcedência, um julgamento anterior no mesmo juízo e que a matéria discutida nos autos fosse unicamente de direito.

Nos termos do artigo 285-A, a ausência de qualquer uma das exigências acima mencionadas impossibilitava a utilização desse instrumento processual, uma vez que representaria uma afronta aos direitos constitucionais do réu na demanda.

No que tange à constitucionalidade, o artigo 285-A, ao ser publicado, foi alvo de muitas críticas e suscitadas dúvidas quanto à sua constitucionalidade.

Posicionando-se sobre o tema afirma o ilustre doutrinador Luiz Guilherme Marinoni.

(...) o novo instituto constitui importante arma para a racionalização do serviço jurisdicional. É racional que o processo que objetiva decisão acerca de matéria de direito, sobre a qual o juiz já firmou posição, seja desde logo encerrado, evitando gasto de energia para obtenção de decisão a respeito de “caso idêntico” ao já solucionado. O “processo repetitivo” constituiria formalismo desnecessário, pois tramitaria somente para autorizar o juiz a expedir a decisão cujo conteúdo foi definido no primeiro processo. (MARINONI, Luiz Guilherme, 2014).

Com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015 o instituto do Julgamento Liminar Improcedente do Mérito foi mantido no ordenamento jurídico. Na realidade o que se operou foi uma extensão do mecanismo, sendo, inclusive, criado um sistema de recursos repetitivos.

Consoante se verifica no artigo 332 do CPC/15, o instituto foi amadurecido e enriquecido. Aumentaram-se as possibilidades de aplicação e, em contrapartida, o legislador detalhou, de modo mais aprofundado, os seus requisitos e formas de aplicação.

Ademais, o legislador de 2015 foi criterioso ao especificar as hipóteses de superação do julgamento liminar improcedente através do recurso de apelação. Oportunizando, inclusive, o exercício do juízo de retratação por parte do magistrado que julgamento improcedente o pedido *prima facie*.

Por derradeiro, queda-se igual a essência do instituto, isto é, aplica-se o julgamento liminar do mérito às causas que dispensem a fase instrutória, não se exige a citação do réu, e o julgamento deverá ser totalmente improcedente.

De toda sorte, a última exigência para aplicação do instituto que detalharemos, é o julgamento improcedente do feito.

Assim como no CPC/73, o diploma processual atual somente autoriza a aplicação do instituto do julgamento liminar às sentenças de total improcedência. Neste ponto urge destacar que, ao delimitar o grupo de processos destinatários deste mecanismo de aceleração do feito aos casos improcedentes, o legislador demonstra a sua preocupação na preservação e garantia de direitos.

O requisito do julgamento improcedente revela-se como uma garantia ao jurisdicionado, que possui a certeza que somente receberá uma sentença totalmente improcedente, de plano, quando o tema debatido nos autos já tiver sido definido, em entendimentos anteriores, como totalmente improcedente.

Por conseguinte, no caso dos direitos sociais, objeto desta pesquisa, verifica-se uma garantia aos seus titulares, visto que a sua abstenção, na via judicial, está condicionada à existência de precedentes e jurisprudência com este entendimento. Resguardando, assim, as garantias fundamentais expresas no artigo 6º da CF/88.

O dispositivo legal do CPC/15 é expresso ao indicar que o magistrado somente poderá aplicar o julgamento do mérito liminarmente improce-

dente, quando o mérito da ação for de encontro à: enunciado de Súmula do STF e do STJ, acórdão do STF e do STJ, entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência e enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

Com efeito, o legislador preocupou-se em listar expressamente os precedentes judiciais capazes de autorizar a prolação da sentença liminar improcedente. Garantindo que os precedentes serão firmados por tribunais, o artigo 332 do CPC/15 reveste o instituto de maior confiabilidade.

É perceptível o amadurecimento do instituto do julgamento liminarmente improcedente, e a preocupação na manutenção das garantias constitucionais, visto que os parâmetros para que sejam proferidas sentenças improcedentes de plano estão revertidos de maior segurança jurídica e previsibilidade.

2. A judicialização dos Direitos Sociais e a Jurisprudência Repetitiva dos Tribunais Superiores representada pelo Tema 192 de repercussão geral do Eg. Superior Tribunal de Justiça

Consoante pesquisado neste ensaio, a abstenção estatal, por vezes impõe aos jurisdicionados a justiciabilização dos direitos sociais, a fim de que os mesmos sejam providos.

Assim, o sistema de precedentes brasileiros, compreendidos os diversos institutos que compreende, há muito adotado no ordenamento jurídico brasileiro, vem imprimindo sua marca nas decisões judiciais referentes aos direitos sociais.

Nesta senda, com escopo de assegurar a segurança jurídica e a celeridade processual e, concretizando a sistemática de recursos repetitivos, idealizada e apresentada pelo Código de Processo Civil de 2015, os Tribunais Superiores, compilam os precedentes dando origem aos temas de repercussão geral.

De igual modo ocorre com os temas pertinentes aos direitos sociais, cujo rol está consagrado no artigo 6º da Constituição Federal.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdên-

cia social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Deste modo, no presente capítulo pesquisaremos o tema 192 do Eg. Superior Tribunal de Justiça, que firmou entendimento referente ao direito social da alimentação.

Visando a regularidade das decisões judiciais referentes à incidência da pensão alimentícia sob o décimo terceiro salário e o terço constitucional de férias, em virtude das inúmeras demandas sobre o tema, o Eg. Superior Tribunal de Justiça firmou o tema 192 de repercussão geral.

Tema 192 de Repercussão Geral do Eg. STJ

EMENTA

[...]

1. Consolidação da jurisprudência desta Corte no sentido da incidência da pensão alimentícia sobre o décimo terceiro salário e o terço constitucional de férias, também conhecidos, respectivamente, por gratificação natalina e gratificação de férias.

2. [...] Procedimento de Julgamento de Recursos Repetitivos.

[...]

(REsp 1106654 RJ, Rel. Ministro PAULO FURTADO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/BA), SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, Dje 16/12/2009)

Neste liame, o Eg. STJ, utilizando do sistema de precedentes atualmente disposto no Código de Processo Civil, firmou entendimento sobre matéria de Direito Social. Com a publicação do Tema de Repercussão Geral, o tribunal superior uniformizou milhares de decisões judiciais em todo o país, garantindo, assim, o cumprimento de um direito de grande parcela da sociedade.

Em remate expõe o Ministro Gilmar Mendes sobre o direito social à alimentação.

“A introdução da alimentação ao rol dos direitos sociais foi feita pela Emenda Constitucional n. 64/2010, após forte campanha li-

derada pelo Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional⁵⁶. De acordo com esse órgão, a inclusão explícita do direito à alimentação no campo dos direitos fundamentais fortalecerá o conjunto de políticas públicas de segurança alimentar em andamento, além de estar em consonância com vários tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário⁵⁷.

Atualmente, a Constituição brasileira não apenas prevê expressamente a existência de direitos fundamentais sociais (art. 6º), especificando seu conteúdo e forma de prestação (arts. 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros), como também não faz distinção entre os direitos previstos no Capítulo I do Título II e os direitos sociais (Capítulo II do Título II), ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º, da CF/88).

Vê-se, pois, que os direitos sociais foram acolhidos pela Constituição Federal de 1988 como autênticos direitos fundamentais.” (MENDES, Gilmar, 2012).

Compreenda a valiosa lição apresentada pelo i. autor, percebe-se o direito à alimentação, como sendo um direito de segunda geração de grande relevância, cuja intenção estatal é o fortalecimento da garantia ao incluí-lo, expressamente, no rol do artigo 6º da CF/88.

Por derradeiro, uma vez destacada a importância do direito à alimentação, compreende-se a decisão do Eg. STJ em uniformizar as decisões judiciais com o tema 192 de repercussão geral.

Destarte, conforme narrado no capítulo anterior, ao pacificar a matéria através de recurso repetitivo, o Eg. STJ institucionaliza o entendimento firmado, acarretando a aplicação nas instâncias inferiores. Assim, os processos que apresentarem identidade com o tema 192 de recurso repetitivo, receberão a mesma decisão do precedente institucionalizado pelo Eg. STJ, objetivando segurança jurídica e a manutenção das garantias constitucionais.

3. Considerações Finais

Enfrentado o tema proposto, é possível perceber que, a garantia dos direitos sociais apresenta-se como tema essencial à dignidade humana.

Estando os direitos de segunda geração positivados na Carta Constitucional de 1988, os titulares destes direitos dependem da possibilidade de provimento do Estado. Sendo inegável a necessidade de se observar a reserva do financeiramente possível, urge a presença da razoabilidade, para que os direitos sociais não quedem sem cumprimento em razão da discricionariedade para alocação de recursos financeiros.

Por seu turno, a abstenção estatal impôs, ao longo dos anos, a busca pelo judiciário para a realização dos direitos sociais.

Não obstante a intervenção judicial no tocante aos direitos, ditos, positivos, com o aumento de demandas e a busca por maior credibilidade do poder judiciário, o sistema de precedentes ganhou força e espaço no cenário jurídico brasileiro, originalmente caracterizado pelo sistema civil law.

Com os recursos dispostos no código de processo civil de 2015, para a padronização e criação dos precedentes, os direitos sociais, de igual modo, vêm sendo uniformizados. Ao passo que temas de repercussão geral, súmulas, jurisprudências, isto é, precedentes são firmados, possuindo como epicentro os direitos de segunda geração, garantidos pelo artigo 6º da CF/88, o sistema de precedentes influencia, a cada dia mais, na consecução ou não dos direitos positivos.

Prometendo maior segurança jurídica, “O sistema de respeito ao precedente judicial, também chamado simplesmente de *stare decisis*, exige do julgador a realização de pesquisa de posicionamento judicial anterior, em que se possa encontrar um precedente aplicável ao caso concreto que se pretende decidir.” (ÜMBI, EDUARDO. FOGAÇA, MATEUS VARGAS, 2015), conforme expõe os ilustres autores Eduardo Ümbi E Mateus Vargas Fogaça.

Neste ínterim, está presente o mecanismo do julgamento liminar improcedente, que conforme decorrido, pode impor, à uma causa de direito social, o indeferimento do pleito sem a realização de dilação probatória, caso a matéria de fundo vá de encontro à precedente exarado pelo Eg. STF ou Eg. STJ.

Neste diapasão, imprecindível reafirmar a importância os institutos jurídicos e processuais que permeiam a correta aplicação dos precedentes judiciais às ações pertinentes aos direitos sociais. Tal qual realizado no tema 192 de repercussão geral do Eg. STJ, a sociedade carece de segurança jurídica quanto aos direitos que garantem a dignidade humana.

Embebecidos dos preciosos conhecimentos ora captulados, com maior veembencia é possível concluir que os tribunais superiores, formadores dos precedentes que uniformizarão decisões judicias de temas sensíveis, tais quais os direitos sociais, guardam o dever de integridade, com o fim da unidade do direito.

Referências

- ARANGO, Rodolfo. Derechos, Constitucionalismo y democracia. Universidad Externado de Colômbia, 2004.
- ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. (1948). “Declaração Universal dos Direitos Humanos” (217 [III] A). Paris.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BRASIL. Código de Processo Civil de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm. Acessado em: 08/08/2019.
- BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acessado em: 08/08/2019.
- BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em: 08/08/2019.
- BRASIL. Lei 11.277/2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11277.htm. Acessado em: 08/08/2019.
- COURTIS, C. Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma breve exploração. In: SOUZA NETO, C & SARMENTO, D. Direitos sociais. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

DIDIER JR., FREDIE, 2015. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência 1. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 3. Coordenador geral, Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. O julgamento das ações repetitivas e a súmula impeditiva de recurso – Leis 11.276 e 11.277, de 8.2.06. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/artigos/Blog/As%20Reformas%20contemporaneas%20do%20CPC%20_Rodolfo%20Silva%20de%20Sa.pdf>. Acesso em: 08/08/2019.

_____. Tema 192. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1106654 RJ, Rel. Ministro PAULO FURTADO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/BA), SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJe 16/12/2009. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/recrep/toc.jsp>. Acessado em 08/08/2019.

NOVAIS, J. Direitos Sociais. Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Tefé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-ejurisprudencia/>>. Data de acesso: 08/08/2019.

ÜMBI, EDUARDO. FOGAÇA, MATEUS VARGAS, 2015. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 3. Coordenador geral, Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodivm, 2015.

ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO AMAZONAS EM CASOS DE ABANDONO DE IDOSOS POR SUAS FAMÍLIAS E CONSEQUENTES RESPONSABILIDADES

Maria Lenir Rodrigues Pinheiro

Nina Soraya Pinheiro de Jesus

Priscila Cavalcanti Xavier

INTRODUÇÃO

Os casos de abandono familiar de idosos têm sido cada vez mais frequentes e isto reflete no âmbito jurídico. Se eleva a população idosa no país e junto com isso, cresce também o desamparo familiar. O abandono do idoso é crime e a proteção para eles precisa ser ampla. Assim, o poder público e o Estado têm a responsabilidade de fazer com que a família cumpra seu papel.

O idoso necessita do suporte, atenção e proteção da família nos últimos anos de sua vida, porém a realidade não tem sido essa, o que desencadeia a necessidade de intervenção do Estado para buscar esse amparo através da lei.

O foco principal da presente pesquisa tem por objetivo analisar a essência e os elementos imprescindíveis para se combater, de modo geral, o abandono familiar de idosos. O Estatuto do Idoso, os artigos 229 e 230 da

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, entre outras leis vêm garantir os Direitos Fundamentais dos Idosos. Diante disto, deve-se analisar profundamente a responsabilidade civil dos filhos perante seus pais idosos por abandono material e afetivo.

Acerca das atribuições da Defensoria Pública do Amazonas, a Especializada em idosos atua, judicial e extrajudicialmente, na defesa dos interesses individuais e coletivos da pessoa idosa.

A atuação no âmbito individual volta-se à defesa da pessoa idosa em situação de risco social. A atuação no âmbito coletivo é realizada mediante a articulação de políticas públicas voltadas aos direitos da pessoa idosa, particularmente nas tutelas coletivas aos direitos dos idosos relativos à saúde, liberdade, dignidade, ao respeito, educação, cultura, esporte e lazer, profissionalização, assistência social, habitação, transporte.

A metodologia empregada na pesquisa foi o Método Dedutivo, que parte do geral para o específico, através de premissas e do pensamento lógico, com a finalidade de se construir uma teorização, buscando elencar as principais perspectivas abstraídas do Estatuto do Idoso, Constituição Federal de 1988 e de doutrinas, resultando em êxito científico quanto à manutenção da luta necessária para assegurar a garantia dos direitos desse grupo restrito, firmando, assim, diretrizes que buscam colaborar para amenizar o abandono familiar sofrido pelo idoso.

1 O ABANDONO FAMILIAR DE IDOSOS

A família é a representação do sistema e o abandono afetivo dos idosos afeta diretamente esse perfil.

A discriminação e isolamento por parte da família e da sociedade, em detrimento de sua fragilidade física e mental, faz com que o idoso seja excluído e deixado de ser considerado útil e experiente.

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE), projeta-se que, no período de 2010 até 2030, o número de pessoas maiores de 65 anos no Brasil terá um aumento de 13,44%. Isto significa que haverá uma necessidade maior de atenção voltada para este determinado grupo social (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2016).

A Constituição Federal de 1988 e o Estatuto do Idoso visam garantir uma proteção especial aos idosos, reconhecendo a vulnerabilidade dessa parcela da população. Além do abandono material, há também o abandono afetivo por parte dos familiares.

De acordo com o Art. 43 do Estatuto do Idoso: “As medidas de proteção ao idoso são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: **II-** por falta, omissão ou abuso da família, curador ou entidade de atendimento.”

Diante disto, a família e a sociedade têm o dever de amparar, cuidar e proteger a pessoa idosa e garantir à ela os direitos estabelecidos em lei. Porém é crescente o número de pessoas idosas sem afeto e amparo de seus familiares, abandonados em asilos ou até mesmo sem algum auxílio em suas próprias residências, vivendo na solidão.

Pode-se afirmar que o primeiro ente responsável pelo idoso é a família e os programas de amparo ao idoso esclarecem que este deve ser cuidado em seu lar e só em último caso utilizando-se de abrigos que deverão ficar para os idosos abandonados. (CALISSI e COIMBRA, 2013, p.345).

Acerca do abandono material, este está previsto no Código Penal em seu artigo 244:

Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo.

Acerca do abandono afetivo inverso, que está previsto no artigo 229 da Constituição Federal, este consiste na falta de cuidado dos filhos para com os pais em fase de velhice. Diante disto, não há como negar que o abandono constitui um desvio perturbador do valor jurídico em relação a estrutura familiar, definindo assim, a responsabilização civil.

Em sentido diverso do abandono dos pais em relação aos filhos, o abandono afetivo “às avessas”, ou inverso, pode ser tido como mais grave, demonstrando indiferença por um ente que contribuiu com a família e a sociedade durante toda a sua vida, por isso, surge para o idoso a oportunidade de ser compensado por toda a humilhação sofrida, mediante a responsabilização civil daqueles que se furtam ao dever de amparo imaterial, expressamente previsto na Constituição Federal e no Estatuto do Idoso. (GONÇALVES, 2015)

Logo, sendo descumprido o dever de cuidar, tem cabimento a reparação civil em razão do abandono afetivo.

O desembargador Jones Figueirêdo Alves (PE), diretor nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), conceitua que o abandono afetivo inverso é “a inação de afeto ou, mais precisamente, a não permanência do cuidar, dos filhos para com os genitores, de regra idosos”. Segundo o diretor, esta falta do cuidar serve de precedente de base para a indenização. (IBDFAM, 2013)

O idoso ao encontrar-se desamparado pela família acaba perdendo seus objetivos, o que atinge sua saúde emocional e atinge também a saúde física. Segundo o art. 229 da Constituição Federal:

Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

O artigo 230 também da CF/88 dita que:

“A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.”

A negligência é a principal forma de violência contra os idosos. Em determinada fase, *o idoso já não tem condições de ficar sozinho, precisa de acompanhamento ao médico. Ocorre que por abandono de familiares acaba desempenhando sozinho esse tipo de atividade mesmo sem ter condições.*

Em muitos casos, o idoso precisa ser interdito, por não ser mais lúcido, porém a família não interdita e continua fazendo a administração dos bens desse idoso através de uma procuração, que é indevida.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS IDOSOS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O atual Código Civil trata do princípio responsabilidade com base na culpa, assim como dita o artigo 927:

Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Definindo o ato ilícito no artigo 186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito (Código Civil, art. 186).

De acordo com o autor Silvio de Salvo Venosa (2010, p. 3), em comentário ao artigo supracitado: “que foi acrescentada a possibilidade de indenização pelo dano exclusivamente moral, como fora apontado pela Constituição de 1988, algo que há muito reclamado pela sociedade e pela doutrina sistematicamente repellido até então pelos tribunais”. A responsabilidade civil visa a restauração de um equilíbrio moral e patrimonial que foi desfeito, restituindo o prejudicado e desfazendo os efeitos do dano.

No Direito Penal, a pena é aplicada pela prática de um ato ilícito e a responsabilidade sempre será direta, quando descumprida a norma. Ao ser comprovado a culpa ou o dolo, haverá a punição do agente.

Quando há condutas que desonrem tanto a norma penal quanto a norma civil, ocorrerá a duplicidade de processos.

Desta forma, quando há o abandono da pessoa idosa, ocorre a violação de uma norma penal, pois o abandono é crime como consta no artigo 245 do Código Penal e artigo 98 do Estatuto do Idoso. Além da violação da norma penal, há também a desobediência a uma norma civil, tendo em vista que o dever de amparar os idosos é uma garantia constitucional e a violação a esse direito acarreta responsabilização civil.

O artigo 3º, parágrafo único, inciso V do Estatuto do idoso dispõe que:

Art. 3º. É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.”

“§ 1º A garantia de prioridade compreende:

[...]

V- priorização do atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto dos que não a possuem ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência.

De acordo com o artigo 244 do Código Penal (1941):

Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo.

A estrutura e a organização familiar são os bens jurídicos tutelados no art. 244 do Código Penal, sua preservação, em relação ao amparo material devido por ascendentes, descendentes e cônjuges, principalmente por ascendente inválido ou maior de 60 anos.

O artigo 1.696 do Código Civil (2002) estabelece: “O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.”

Logo, ainda no âmbito civil a obrigação de prestar alimentos quando não cumprida, acarreta a prisão civil do devedor de alimentos.

O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilida-

des, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade. (ESTATUTO DO IDOSO, 2003). O Estatuto do Idoso se apresenta como mais uma ferramenta, de elevada importância, de construção e expansão acerca da dignidade da pessoa humana.

As pessoas de mais idade têm sido vítimas da omissão de seus familiares, da sociedade e do Estado, o que fere o princípio da dignidade humana e âmbito de sua proteção fundamental.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, estabelece um princípio fundamental no Direito de Família, a Dignidade da pessoa humana, *in verbis*: Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana;

A dignidade da pessoa humana encontra a base fortalecedora na família. A Constituição protege esse princípio.

No que trata do Direito de Família encontra-se fundamento à dignidade da pessoa humana na Carta Constitucional aos idosos, cujo Art. 230 atribuiu à família, ao Estado e a sociedade a obrigação de ampará-los: “A família, a sociedade e o Estado tem o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes direito a vida”.

A família passa a ter consciência de afeto e de solidariedade e, por esse motivo, esse princípio impõe deveres de assistência imaterial como prestação de cuidados, atenção, apoio físico e moral.

Esse amparo moral pelo abandono afetivo não prega a obrigação de amar, mas sim de educar pedagogicamente o filho. Isso porque é dever dos pais prestar auxílio moral e material por toda a vida aos seus filhos, e, em contrapartida, é dever dos filhos prestar também assistência aos seus pais durante a velhice deles.

O Código Civil Brasileiro, no artigo 186 cita que “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Por sua vez, o artigo 927 prescreve que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Porém, os atendimentos precários e a falta de políticas sociais públicas atingem diretamente os idosos. A política de saúde é precária e não acom-

panha este processo de envelhecimento, pecando na oferta de serviços e cuidados específicos com a população idosa.

Segundo Teixeira (2008, p. 270):

As diretrizes da PNI priorizam o atendimento do idoso na própria família que, se por um lado, são mecanismos de desinternação, desasilamento dos idosos, por outro, responsabilizam as famílias com a proteção e os cuidados com seus idosos, além das chamadas organizações sociais não-governamentais, e restringem a atuação do Estado a casos extremos de pobreza e abandono, sem investimentos de porte na política asilar ou de formas alternativas de assistência.

Dentro deste tema, a Promotora de Justiça, Rebecca Monte Nunes Bezerra, dita:

Não há, portanto, como se furtar a essa nova realidade brasileira. E para garantir que o nosso povo envelheça com dignidade, mister se faz que a família, a sociedade e o Estado passem a enxergar a pessoa idosa como sujeito de direitos que é, sendo imprescindível que este último desenvolva, inclusive, políticas públicas para atender às necessidades do idoso, preservando-lhe a dignidade e proporcionando um envelhecimento saudável, onde ele possa sentir-se respeitado e valorizado como ser humano.

Dignificadoras as novidades introduzidas pelo Estatuto do Idoso sobre o tema alimentos. Na ausência de condições do idoso bem como de seus familiares de lhe proverem o sustento, a obrigação é imposta ao poder público, no âmbito da assistência social (ESTATUTO DO IDOSO, 2003). Trata-se do dever de amparo, nada mais do que a obrigação do Estado de lhe prestar alimentos. Aliás, o valor dos alimentos, pelo menos a quem tem mais de 65 anos está previamente definido: um salário-mínimo mensal (2003).

Mesmo que o(a) idoso(a) esteja recebendo um benefício previdenciário, pode pedir pensão alimentícia aos parentes, desde que sua renda não satisfaça suas necessidades. Caso nem o(a) idoso(a) nem os familiares tenham condições financeiras, cabe ao Poder Público

prover o seu sustento, no âmbito da assistência social, mediante a concessão do Benefício de Prestação Continuada – BPC. (Cartilha da Pessoa Idosa, 2016. Defensoria Pública do Estado da Bahia).

Daí o surgimento de muitas Instituições de Longa Permanência para Idosos (ILPIs) para assistir às necessidades dessa população, cuja família é incapacitada ou não; ou que tenha dificuldade para prover o seu próprio sustento; rica em incapacidades físicas e mentais e considerados pouco atrativos para o convívio social. Inerente ao avanço da abertura de ILPIs, infelizmente surge a questão do abandono de idosos (PAPALÉO NETTO, 2006).

Tais Instituições de Longa Permanência para Idosos – ILPIs são mais conhecidas como abrigos para idosos ou asilo. A princípio, precisa-se esclarecer que a pessoa idosa deve ser amparada, preferencialmente, em seu lar, visando o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários. Mas, lamentavelmente, nem sempre a convivência com os familiares é possível, seja em razão da inexistência de familiares, seja em função da vivência de situações de violência/negligência/abandono, com vínculos fragilizados ou rompidos, seja em razão da inexistência de recursos financeiros, próprios ou da família, capazes de prover a subsistência. Nestes, o idoso poderá ser encaminhado para atendimento em instituições públicas ou privadas a fim de garantir a proteção integral.

3 ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA EM CASOS DE ABANDONO FAMILIAR DE IDOSOS

A Defensoria Pública oferece de forma gratuita, a promoção de direitos humanos para as pessoas hipossuficientes, visando assim, uma isonomia no âmbito judicial e extrajudicial.

De acordo com a RESOLUÇÃO Nº 001/2013-CSDPE/AM:

Art. 3º São objetivos da Defensoria Pública:

I — a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais;

II — a afirmação do Estado Democrático de Direito;

III — a prevalência e efetividade dos direitos humanos;

IV — a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

A Defensoria pública presta orientações jurídicas, age judicial e extrajudicialmente, de forma integral e gratuita em favor dos hipossuficientes, atuando no âmbito cível, família, criminal, entre outros.

A Defensoria Pública é uma 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 vulneráveis, nas áreas cível e fazenda pública, família, infância e juventude, pessoa idosa, direitos humanos, curadoria especial, criminal e execução criminal. A atuação da Defensoria Pública Especializada da Pessoa Idosa volta-se à proteção do(a) idoso(a) em situação de risco social (abandono, maus tratos, violência física, psicológica e/ou patrimonial, dentre outras situações de vulnerabilidade), articulação de políticas públicas voltadas aos direitos da pessoa idosa, [...], e promoção da educação em direitos da pessoa idosa, tornando pleno o exercício da cidadania. (Cartilha da Pessoa Idosa, 2016. Defensoria Pública do Estado da Bahia).

A Defensoria Especializada em Atendimento do Idoso é voltada à assistência jurídica às pessoas carentes em questões relacionadas à condição da pessoa idosa, sobretudo aos direitos assegurados no Estatuto do Idoso, que protege aqueles com idade igual ou superior a 60 anos.

Considerando o reconhecimento da pessoa idosa enquanto ator social, pode-se falar na existência do sistema protetivo da pessoa idosa, formado, basicamente, pela Constituição Federal, Política Nacional do Idoso (Lei Federal 8842/94) e Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003). Entretanto, infelizmente há um abismo entre a lei e a realidade das pessoas idosas no Brasil. Neste sentido, mostra-se

relevante o papel da Defensoria Pública enquanto agente transformador da sociedade, promovendo a educação em direitos, pacificação de conflitos mediante conciliação e mediação, e tutela individual e coletiva dos direitos da pessoa idosa. (Cartilha da Pessoa Idosa, 2016. Defensoria Pública do Estado da Bahia).

Em casos de maus tratos de idosos, pelo fato de ser crime, deve ser feita uma denúncia à Delegacia Especializada em Crimes contra o Idoso e também ter a assistência jurídica gratuita da Defensoria Pública do Estado.

[...] a Defensoria Especializada em Atendimento do Idoso é voltada à assistência jurídica às pessoas carentes em questões relacionadas à condição da pessoa idosa, sobretudo aos direitos assegurados no Estatuto do Idoso, que protege aqueles com idade igual ou superior a 60 anos. (Defensoria Pública do Amazonas, 2016).

É primordial que os processos judiciais de idosos tenham andamento preferencial, o que pode, inclusive, ser requerido pela Defensoria Pública do Estado do Amazonas.

Entre os principais direitos estão a proteção do idoso, como forma de assegurar a saúde física e mental para que vivam com dignidade; o atendimento prioritário em órgãos públicos e privados; o direito à moradia digna, ao transporte público gratuito e ao trabalho, não podendo ser discriminado pela idade em ofertas de emprego ou concursos públicos; e direito à aposentadoria e pensão. (Atendimento de Idosos pela Defensoria Pública do Amazonas, 2016).

O Núcleo da Defensoria Pública do Estado do Amazonas, especializado em atendimento à pessoa idosa, deve prestar orientação, atendimento jurídico, social e psicológico, além de fazer valer a aplicação e a efetivação dos direitos dos idosos que estão previstos no Estatuto do Idoso.

As violências contra a pessoa idosa podem ser classificadas em abuso físico, psicológico, sexual, financeiro e econômico, abandono, negligência e auto-negligência. O núcleo trabalha para que os idosos possam assumir seus papéis de direito.

De acordo com o Estatuto do Idoso, os processos judiciais dos idosos devem ter andamento preferencial, o que pode ser inclusive ser requerido pela DPE-AM pela população carente que não tem como recorrer a um advogado particular. (Atendimento de Idosos pela Defensoria Pública do Amazonas, 2016).

Acerca do atendimento preferencial, este está previsto no Estatuto do Idoso em seu artigo 71:

É assegurada prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, em qualquer instância.

§ 3º A prioridade se estende aos processos e procedimentos na Administração Pública, empresas prestadoras de serviços públicos e instituições financeiras, ao atendimento preferencial junto à Defensoria Pública da União, dos Estados e do Distrito Federal em relação aos Serviços de Assistência Judiciária.

Quando o processo tem concedido a tramitação preferencial, o mesmo tem seus argumentos analisados com precedência aos demais processos e todos os outros atos processuais (como audiências) serão realizados com antecedência aos demais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do contexto narrado e utilização do método dedutivo, que partiu do geral para o específico, através de documentos e revisão bibliográfica, é perceptível a presença do abandono familiar do idoso e o desrespeito à dignidade da pessoa humana. É nesta perspectiva que este estudo tenta disponibilizar um instrumento de assegurar os direitos às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos através da Lei 10741/03-Estatuto do Idoso, da Constituição Federal.

Foram analisados os elementos imprescindíveis para se combater o abandono familiar de idosos. Tratou-se da responsabilidade direta, quan-

do a norma é descumprida, assim como observou-se quais seriam as punições do agente em casos de dolo ou culpa.

Verificou-se a extrema importância a atuação da Defensoria Pública, que ajuda a solucionar a situação dos idosos hipossuficientes, no sentido de que todos os filhos, possam dar auxílio material e moral aos seus genitores, inicialmente através de mediação e resolução de conflitos, cabendo ação judicial quando desta outra forma não resolver.

Dessa maneira, os filhos devem ser responsabilizados pelo abandono afetivo de seus pais idosos, mostrando ser uma conduta omissiva ilícita a transferência da pessoa idosa à asilos ou casas de repouso, quando estes tiverem familiares aptos a prestar os cuidados. Esse ato comprova uma negligência, que priva a pessoa maior de 60 anos, do convívio familiar. Tais danos e consequências, são resolvidas através das decisões jurisprudenciais e doutrinárias expostas nesse artigo.

A hipótese de que os direitos às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos são assegurados através da Lei 10741/03- Estatuto do Idoso, da Constituição Federal e ainda leis estaduais e municipais que tratam do Direito dos Idosos, foi confirmada através das leis e doutrinas apresentadas.

Confirmou-se que a atribuição da Defensoria Pública é solucionar a situação dos idosos, no sentido de que todos os filhos, possam dar auxílio material e moral aos seus genitores, inicialmente através de mediação e resolução de conflitos, cabendo ação judicial quando desta outra forma não resolver.

Conclui-se então, que cada situação deve ser analisada de forma individual, e cabe ao Poder Judiciário dar efetividade e ponderar justamente nos valores envolvidos em cada situação, buscando sempre exaltar o princípio constitucional da dignidade humana, corrigindo e prevenindo. Sendo assim, não se tem o intuito de que os filhos amem seus pais, mas que a lei seja cumprida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Atendimento de idosos pela Defensoria Pública do Amazonas será realizado em novo endereço a partir de segunda-feira, 16 de maio. Disponível em: <http://www.amazonas.am.gov.br/2016/05/>

atendimento-de-idosos-pela-defensoria-publica-do-amazonas-sera-realizado-em-novo-endereco-a-partir-de-segunda-feira-16-de-maio/. Acesso em: 25 de abril de 2019

BEZERRA, Rebeca Monte Nunes, apud PINHEIRO, Naide Maria. **Estatuto do Idoso comentado**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Campinas-SP: Servanda: 2008. p. 38;

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 10 jun. 2019.

BRASIL. Senado Federal. Constituição da República Federativa do Brasil: Texto promulgado em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const/con1988>. Acesso em 10 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Dispõe sobre o **Código Penal**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 7 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em 10 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº. 10.741, de 01 de outubro de 2003. Dispõe sobre o **Estatuto do Idoso**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 03 out 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm. Acesso em 10 jun. 2019.

BRASIL, Ministério da Previdência e Assistência Social. Lei n. 8842, 4 de janeiro de 1994. Dispõe sobre a **Política Nacional do Idoso**. Brasília: DF, 4 de janeiro de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18842.htm. Acesso em 10. jun 2019.

BRASIL, Resolução nº 001, de 4 de fevereiro de 2013. Aprova o **“Regimento Interno da Defensoria Pública do Estado do Amazonas.”** Órgão Emissor: Conselho Superior da Defensoria Pública – Geral do Estado do Amazonas, Amazonas, AM, 4 fev 2013. Disponível em: www.defensoria.am.def.br => Acesso em: 3 de abril de 2019.

- CALISSI, J. G.; COIMBRA, M. **Conceitos básicos: o sistema jurídico brasileiro e os aspectos relacionados ao envelhecimento.** In: SIQUEIRA, D. P.; SILVA, N. T. R. C. (org.). *Minorias & grupos vulneráveis: reflexões para uma tutela inclusiva.* Birigui: Boreal, 2013, p. 345.
- BAHIA, CARTILHA DA PESSOA IDOSA. Disponível em: <http://defensoria.ba.def.br/wp-content/uploads/2017/06/Cartilha-do-Idoso-WEB.pdf>. Acesso em: 25 de abril de 2019.
- GONÇALVES, Bruno. Responsabilidade civil nas relações familiares: o abandono afetivo inverso. *Revista Jus Navegandi*, jun. 2015. Disponível em: [<https://jus.com.br/artigos/40499/responsabilidade-civil-nasrelacoes-familiares-o-abandono-afetivo-inverso>]. Acesso em: 22 abr. 2019.
- IBDFAM. **Abandono afetivo inverso pode gerar indenização.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza+%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 24 de abril de 2019.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. IBGE. **População. Projeções e estimativas da população do Brasil e das Unidades da Federação.** 2016. Disponível em: . Acesso em: 25 abril de 2016.
- PAPALÉO NETTO, M. **O estudo da velhice: histórico, definição do campo e termos básicos.** In FREITAS, E. V.; PY, L.; CANÇADO, F. A. X.; DOLL, J.; GORZONI, M.L. (Eds.). *Tratado de Geriatria e Gerontologia*, cap. 1, 2a ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, p. 8-10, 2006. Acesso em: 12 de junho de 2019.
- TEIXEIRA, Solange M. **Envelhecimento e trabalho no tempo do Capital: Implicações Para Proteção Social no Brasil.** São Paulo: Cortez, 2008.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil.** 10. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2010.

PERDA DO PODER FAMILIAR - DIREITO HUMANO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR FRENTE A DICOTOMIA DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DOS FILHOS EM FACE DA POSSIBILIDADE PARA OS PAIS AUTORES/COAUTORES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Kátia Cristina Santos Lelis

1 INTRODUÇÃO

A perspectiva de família na contemporaneidade, é de uma família plural, sob ponto de vista dos modelos, da composição, da ausência de uma hierarquia esteriotipada, hérmeticamente padronizada dentro de um patriarcalismo cultural, de código de conduta, próprio de uma sociedade familiar específica. Percebe-se uma diversidade significativa de cultura doméstica e familiar que necessita ser respeitada, mas regrada e humanizada.

A família, nas civilizações grega e romana, não se limitava aos elos afetivos e consanguíneos, mas afinidades religiosas, econômicas e o ambiente de desenvolvimento e promoção humana. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e, portanto deve ser protegida pela sociedade e pelo estado.

Com a Constituição Federal de 1988, a legitimação e reconhecimento da família, sofreu algumas transformações, foi além do casamento, ampliando as possibilidades de outros elos e assim reconhecendo novos modelos.

A família é uma instituição onde o individuo vive suas primeiras experiências de convivência, de sentimentos, reconhecimento como sujeito de direitos, hierarquia, normas, frustrações, contrastes e muitas vezes da luta pelo reconhecimento, pois é nela que pode-se experimentar o amor, afeto, tutela, o cuidado, e paradoxalmente também a dor, a violência doméstica.

Com a Declaração Universal dos Direitos da Criança como também organizações não governamentais a proteção à criança passa a ter um espaço maior e diferenciado na sociedade.

Há questões que ainda persistem dentro deste tipo de sociedade, como não exemplificar a violência doméstica, uma educação baseada numa pedagogia violenta, e tendo as crianças e adolescentes como objeto de obediência, subserviência e até fonte de prazer por alguns membros desta sociedade. A criança e o adolescente tem a família o berço das melhores experiências do afeto, em regra seria assim, experiência do cuidado, muitas vezes é o lugar onde experimenta a dor o abandono e a violência, sem considera-la como sujeito de direitos e com papel de protagonista da sua história, com demandas físicas, mentais, psicológicas, culturais, afetivas e principalmente legais.

A criança e o adolescente tem prioridade absoluta conforme artigo 227 da Constituição Federal de 1988, é necessário uma articulação de políticas públicas de medidas socioeducativas de proteção.

Com avanço social, a criança posicionou-se num patamar de sujeito de direitos, rompendo o ciclo de banalização da sua relevância social, coisificação da infância, prevalecendo até então visão adultocêntrica.

A Violência intrafamiliar, tais como violência sexual, física psicológica, patrimonial, de gênero, o assédio moral, o abandono, a negligência, o abuso do poder disciplinador e coercitivo do pais e ou responsáveis, a desigualdade de poder.

Guerra, Viviane (2006), Violência Doméstica contra crianças e adolescentes, apresenta-se de diversas modalidades, como a sua prevenção. É uma violência intra-classes sociais, permeando todas as camadas da sociedade, enquanto uma violência subjetiva e interpessoal.

A violência doméstica apresenta-se de maneira horizontal, permeando a sociedade independente de posição econômica e classe social, percebe-se maior incidência nas classes menos privilegiadas socialmente, mas não sendo característica desta classe, ou exclusão do fenômeno nas mais abastadas.

A violência doméstica não fere e ou machuca só a vítima direta, mas toda a família, há um círculo da violência que é retroalimentado por ela mesma, e pela falta de educação pela cultura de paz, e pelo silêncio da vítimas, dos seus pares e até mesmo da inércia do estado, e cultura de violência e subatnidade.

A lei 11.340 /2006, conhecida como a Lei Maria da Penha foi eleita pela ONU, uma das melhores leis do mundo, sendo híbrida, tramitando então pelo âmbito cível, sendo aplicada a qualquer caso de violência doméstica, familiar do gênero feminino, e como esta há como a Lei Maria da Penha, o ECA-Estatuto da Criança e adolescente e outras previsões legais de combate a violência doméstica, como a Constituição Federal seu artigo 227.

E como além de responsabilizar e paradoxalmente promover a convivência familiar, direito e presuposto da dignidade da pessoa humana, com a lei 13.715/18, dentro claro do exercício do contraditório e devido processo legal, haver então a perda do poder familiar pelo autor ou coautor de violência doméstica, direito e dever em consonância ou em cheque, a promoção da sociedade familiar.

2 A NATURALIZAÇÃO DA CULTURA DA VIOLÊNCIA FAMILIAR

Numa sociedade que naturaliza a pedagogia da palmada, o machismo, sexismo, o feminicídio, onde busca naturalizar a violência que muitas mulheres com seus pares familiares sofrem, justificando com o objetivo de educar, de disciplinar a vítima, então apresentado-o como provocador(a) da violência por ele ou ela sofrida colocando o agressor ou autor de violência num patamar de que foi obrigado a praticá-la e enúmerase o rol de elementos agentes de influência da violência.

Neste cenário apresenta-se à reflexão sobre o amor familiar consanguíneo, que não blinda seus entes que sofrerem violência tendo como autores seus familiares, sendo talvez possível a inserção de uma cultura de paz, de um diálogo não violento, da justiça, de uma educação para paz iniciando em

casa com novas formas de solução conflitos, da justiça restaurativa.

A incapacidade para o exercício do poder familiar, da tutela ou da curatela nos crimes dolosos sujeitos à pena de reclusão. Trata-se de efeito da condenação disposto no art. 92, inc. II, do Código Penal, cujo propósito é evitar que condenados pela prática de delitos que contrariam a natureza do poder familiar mantenham seu exercício em detrimento dos interesses de quem está submetido a esse poder.

Conforme redação do art. 92 na reforma da Parte Geral em 1984, este efeito podia incidir apenas nos crimes cometidos contra filho, tutelado ou curatelado. Com a entrada em vigor da Lei nº 13.715/2018 ampliaram-se as possibilidades de perda, pois inserem-se entre as vítimas que atraem o mesmo efeito a pessoa igualmente titular do poder familiar e outros descendentes além do filho.

No raio X da sociedade familiar média brasileira percebe-se uma cultura violenta hierarquizada, abusos são cometidos, mesmo com os quase 30 anos do ECA-Estatuto da Criança e do Adolescente o discurso e a prática do ódio e ou de violência se propaga, muitos casos de violência sexual, de abusos contra criança e adolescentes apesar da subnotificação ainda são relevantes índices de violência doméstica.

A necessidade de uma reflexão sobre os avanços e demandas sobre o estudo acerca da proteção da criança e do adolescente é visto e vasto, inevitável esta consideração, porém é sempre tangenciado e fica a reboque de outras pautas.

A nova lei altera o Código Civil para acrescentar as novas hipóteses para a perda da guarda dos filhos, além de mudar dispositivos do Código Penal e do ECA.

Antes chamado de pátrio poder, até 2002 e a partir de então poder familiar envolve direitos e obrigações relacionados à tutela dos pais sobre os filhos, onde todos os entes, tem a função conjunta, consagrado no Código Civil de 2002. Segundo Toffoli, “nada mais natural do que retirar o poder familiar daqueles que se mostram inaptos a exercer esse poder, que é o familiar”.

Depois em 2014 ficou legislado pela Lei 12.962/2014, que o afastamento do Poder Familiar, somente ocorrerá, portanto convivência entre genitores, quando estes estiverem ou forem presos, com condenação criminal no crime doloso. Há ainda discussão doutrinária sobre a expressão PODER, talvez segundo estudiosos inapropriada, o poder é a família

não aos pais. Poder familiar é um direito indisponível, ou seja não pode os pais abrir mão dele, é inalienável, é intrasferível e incompatível com a transação.

A lei 13.715/18 altera o Código Penal, de forma a incluir, entre as possibilidades de perda de poder familiar, os crimes dolosos (com intenção) sujeitos a pena de reclusão cometidos contra descendentes, como netos, e contra pessoa que detém igual poder familiar ao do condenado – caso dos cônjuges e companheiros, até mesmo quando já divorciados.

Vale também para os casos de tutelas, em que um adulto seja responsável pelo menor e por seus bens; e para os casos de curatela, quando o juiz atribui a um adulto capaz a responsabilidade por pessoa declarada judicialmente incapaz, devido à doença.

A lei 13.715 de 2018 sancionada pelo então Presidente em exercício Dias Toffili altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para dispor sobre hipóteses de perda do poder familiar pelo autor de determinados crimes contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar ou contra filho, filha ou outro descendente.

Art. 1º Esta Lei altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para dispor sobre hipóteses de perda do poder familiar pelo autor de determinados crimes contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar ou contra filho, filha ou outro descendente.

E como além de responsabilizar e paradoxalmente promover a convivência familiar, direito e presuposto da dignidade da pessoa humana, com a lei 13.715/18, dentro claro do exercício do contraditório e devido processo legal, haver então a perda do poder familiar pelo autor ou coautor de violência doméstica, direito e dever em consonância ou em cheque, a promoção da sociedade familiar.

3 IMPACTOS E EFEITOS – DICOTOMIA DIREITO E DEVER

Na convivência familiar há uma troca, e o indivíduo quando nesta dinâmica de busca da preservação da liberdade, do seu lugar a ser ocupado há uma expressão do seu desenvolvimento humano.

Honneth, Axel, 1949, o amor se diferencia do direito no modo como ocorre o reconhecimento da autonomia do outro. No amor, esse reconhecimento é possível, porque há dedicação emotiva. No direito, porque há respeito. Em ambos, somente há autonomia quando há o reconhecimento da autonomia do outro.

Nas relações familiares a trindade Amor, respeito e ética, emoldurada pela liberdade, de ir e vir, de agir, do exercício da alteridade, do reconhecimento do outro como sujeito de liberdade, e com direito ao protagonismo da sua história quando precisa ser ouvido, respeitado. A família é um grupo social, uma sociedade e demandas individuais devem ser respeitadas, até mesmo para saúde desta família, para uma convivência harmoniosa e de deveres e direito do coletivo.

A família é a primeira sociedade que o homem experimenta a vivência com o outro, interagir com o outro, é um núcleo natural, e assim protegida pelo estado, legitimada inclusive na Constituição.

O homem tem um lugar na sociedade com direito a respeito a sua existência e a família é sua primeira experiência, onde nasce como e inicia seu mundo. Sendo então sua primeira experiência de amor, de troca, de liberdade e de vida. É na família que o indivíduo aprende como o amor, a frustração, a dor e até o ódio, quando em quando em casos de violência, nas variadas formas que se apresenta.

Segundo Honneth, para cada forma de reconhecimento (amor, direito e solidariedade) há uma autorrelação prática do sujeito (autoconfiança nas relações amorosas e de amizade, autorrespeito nas relações jurídicas e autoestima na comunidade social de valores). A ruptura dessas autorrelações pelo desrespeito gera as lutas sociais. Portanto, quando não há um reconhecimento ou quando esse é falso, ocorre uma luta em que os indivíduos não reconhecidos almejam as relações intersubjetivas do reconhecimento. Toda luta por reconhecimento inicia por meio da experiência de desrespeito. 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.

Em que pese, a violência doméstica quebra elos que antecedem o vínculo sanguíneo e de parentesco, de forma à talvez serem irreversíveis, porém necessários.

A privação e exclusão do Poder Familiar pelo autor de violência doméstica é um paradoxo quanto ao direito legal a família, e como proteger esta vítima, e o ciclo de violência precisa ser rompido e a forma mais drástica e esta exclusão só ocorre neste patamar, neste estágio de drasticidade mesmo.

A sociedade familiar fica toda contaminação e ferida, quando tem como membro violado e violador, vítima e autor de violência, esta dicotomia é apresentada como oportunidade de recomeço de nova vida e término do ciclo anterior, ruptura com a um cenário de luta por sobrevivência social, integridade física, moral e psíquica, patrimonial, as várias faces da violência.

“Ao visualizar o conflito apenas como algo negativo, é possível que as pessoas percam oportunidades de melhorar a qualidade dos relacionamentos pessoais e sociais, bem como de aprimorar seu autoconhecimento. Isto porque, o conflito, quando bem trabalhado, origina mudanças de atitudes, de ideias, e resulta em melhoria para o convívio entre as pessoas. É preciso mudar o enfoque e ter consciência do conflito como fenômeno à condição humana.”
(Sposato, Karyna Batista, Silva Luciana 2018, p.18,19)

Dessa forma, então sendo inerente a condição humana como afirma SPOSATO, e este também sendo um fenômeno que carece de desenvolvimento de mecanismos afim de se não tolerar, aceitar, mas que provoque modificações, como reduzir impactos deste fenômeno como a violência doméstica.

A justiça restaurativa inclusive estudada pela Sposato e defendida como um caminho na solução de conflitos merece análise de extrair dela

possibilidade de sanar o ciclo de violência familiar antes da aplicação da lei que amplia a possibilidade de perda do poder familiar, ou será que não atende as dimensões destes conflitos.

Para Sposato (SPOSATO,2018), a convivência é em si fonte de conflitos de distintas naturezas.

Neste sentido é que percebe-se a necessidade de ampliar o olhar sobre à convivência, inclusive principalmente a familiar, é um momento de experimentar com o outro o conhecimento do seu melhor e do seu pior e por isso por vezes podem ocorrer de vitimas e ofensor mudarem de posição neste conviver,vale talvez discussão de exaurir possibilidades restaurativas para pacificação familiar,fugido da punitiva e exclusiva como define a lei.

Ao longo da história as mais graves violações aos direitos humanos tiveram como fundamento a dicotomia do “eu versus o outro”, em que a diversidade era captada como elemento para aniquilar direitos. Vale dizer, a diferença era visibilizada para conceber o “outro” como um ser menor em dignidade e direitos, ou, em situações limites, um ser esvaziado mesmo de qualquer dignidade, um ser descartavel, um ser supérfluo, objeto de compra e venda (como na escravidão) ou de campos de extermínio (como o nazismo). (PIOVESAN, Flávia, 2010, p.48)

Considerando que há previsão legal recente da ampliação da perda do poder familiar aos autores e ou coautores de violência doméstica, é uma violação a dignidade humana, mas, a perda do poder familiar pode ser interpretado como uma violação de direitos quando desta exclusão do poder.

O direito à convivência familiar é pacífico na legislação e notório saber jurídico e com danos quando da ausência, portanto o paradoxo que merece reflexão exaustiva é se há então uma possível colisão de direitos, responsabilização e dignidade, direito ao direito, o da vítima e a do autor da violência.

Como previsão constitucional, ainda que os pais não mais convivam, a convivência familiar deve ser priorizada e assegurada, sendo inclusive, um direito fundamental dos filhos, e não o oposto, ou seja dos pais em relação aos filhos.

Ainda afirma Piovesan que a Declaração Universal dos direitos humanos de 1948, reiterada pela Declaração de Viena de 1993, vem a inovar a gramática dos direitos humanos, ao introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos, universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta com valor intrínseco à condição humana. (PIOVESAN, Flávia 2010,p.52)

No limiar da análise das novas concepções de família, verifica-se uma luta pelo seu reconhecimento, destas novas formas e dinâmica, e ampliação da proteção as minorias, no que ree-se a direitos e proteção, como por exemplo a convenções internacionais como a Convenção de Belém do Pará punir e erradicar a violência contra mulher, proteção contra violações de direitos. A violência intrafamiliar é uma colisão com a concepção de direitos humanos.

A Declaração Universal dos direitos da Criança de 1959 em seu artigo 6º, em comunhão com o que preconiza legitimamente em seu artigo 227 da Constituição Federal brasileira, assegura a convivência familiar como direito fundamental da criança, do adolescente, com prioridade absoluta.

Princípio 6º

Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material, salvo circunstâncias excepcionais, a criança da tenra idade não será apartada da mãe. À sociedade e às autoridades públicas caberá a obrigação de propiciar cuidados especiais às crianças sem família e aquelas que carecem de meios adequados de subsistência. É desejável a prestação de ajuda oficial e de outra natureza em prol da manutenção dos filhos de famílias numerosas.

Embora a convivência familiar seja previsão constitucional, o princípio do melhor interesse da criança e adolescente deve ser priorizado, da proteção legal, da prioridade absoluta.

Assim, caso haja violação da interidade seja ela física, moral, psicológica ou qualquer do rol de violência doméstica, não haverá condições do autor desta violação conviver com a vítima ou ter o poder familiar, haverá então dignidade fundamentalmente para tal responsabilidade, esta é uma discussão, uma reflexão de cunho profundo, e os laços serão totalmente rompidos.

A violência é, cada vez mais, um fenômeno social que atinge governos e populações, tanto global, no público e no privado, privado, do estando seu conceito em constante mutação, uma vez que várias atitudes e comportamentos passaram a ser consideradas como formas de violência. Nas sociedades onde a definição do gênero feminino tradicionalmente é referida à esfera familiar e à maternidade, a referência fundamental da construção social do gênero masculino é sua esfera pública, concentrador de valores materiais, o que faz dele provedor e protetor da família. (Jesus, de Damásio, 2010, p.7)

Este fenômeno é resquício de uma cultura paternalista, sexista e preconceituosa, onde a mulher é subserviente e tolida de tudo inclusive de qualquer direito.

Um tema multidisciplinar, de demanda reflexiva social, que de maneira transversal permeia toda a sociedade.

A convenção de Belém do Pará de 1994 definiu a violência contra mulher, como também já na década anterior 1980, movimentos de pesquisas e estudos e como ações de ativistas da causa cobrando do estado ações efetivas e legislação para tal fenômeno, no caso até então conhecida como violência doméstica, posteriormente com a Lei 11.340/2006 então surge a promulgação da Lei chamada da violência doméstica de gênero. A violência contra mulher, violenta toda a sociedade, a família.

O rol que trata a Lei 13.715/18 foi ampliado referindo-se também de forma transversal a Lei do Feminicídio 13.104/15, nos casos de homicídio, lesão corporal de natureza grave, numa cultura de violência e genuinamente patriarcal, em pleno século XXI ainda se discute violência entre pares com

relações de parentesco e amorosas, condição de subalternidade da criança, da mulher é sem dúvida exigida a presença mais eficaz do estado de maneira compulsória para fazer valer direitos e deveres.

4 CONSIDERAÇÕES

Com este trabalho procuramos de analisar o direito de punir e o direito de convivência, sempre levando em consideração o princípio do melhor interesse de crianças e adolescentes, como também, questões culturais que estão no momento de ebulição mundial é a violência contra a mulher, apesar de que a lei em pauta não se refere especificamente a ela, e sim a vítima de violência tendo como autor alguém que horizontalmente detenha mesmo poder familiar.

Tentando abstrair-nos de análises subjetivas, questiona-se a aplicabilidade quando privado do direito a convivência familiar em caso de destituição do Poder Familiar pelo genitor autor de violência doméstica, quando não é a vítima direta dessa violência

Não sendo este trabalho finito, contrário a isso, uma provocação, já que a lei ainda esta por festejar seu primeiro ano em Setembro de 2019, e poucos julgados existem tendo a mesma como fundamentação legal, como também, não há doutrina específica e direta, nos sentimos parte desta reflexão, e provocação para pesquisa e argumentação jurídica, afinal muitos dilemas não contemplados na lei poderão ser questionados, tais como a questão da sucessão, a herança, já que a perda do poder familiar é definitiva.

Carecemos exercitar a pesquisa no direito comparado preferencialmente em países com legislação similar, com sistema político próximo ao brasileiro, mas não se limitando a estes, afim de extrair padrões de exemplos legais e plausíveis de êxito e justiça. Há de se considerar pela natureza própria do segredo de justiça, respeitando privacidade do direito de família, mas com oitivas respeitadas, sensíveis e com horizonte amplo, levando-se em conta que, o autor de violência, é o mesmo tenha jurado amor eterno ao seu ente ou conjugue, e talvez numa métrica de possibilidades de grande possibilidade de ter sido já vítima de algum tipo de violência, talvez a mínima a negligência, sendo possível balizar questões como estas como nocivas a toda sociedade.

A perda do poder familiar é a medida mais grave imposta pela legislação brasileira no descumprimento e ou violação de deveres ou direitos relevantes. A indignidade que exclui a sucessão de herdeiros, não é discriminada na lei em tela.

Levanta-se então questionamentos pois no caso outrora previsto de perda do poder familiar ou mesmo a extinção imposta por sentença judicial, a extinção ocorre no caso da morte e a perda, será possível a adoção, e a herança quando da quebra do parentesco com a perda do poder familiar ?

A lei 13.715/18 altera o Código Civil Lei 13.105/2015, a lei 8.069/90 o ECA-Estatuto da Criança e do Adolescente, o artigo 92 do Código Penal, prevê a possibilidade de perda do poder familiar a pessoa que pratica violência contra o outro genitor ou a um membro familiar não mais restringindo ao filho, estendendo a netos, bisnetos, e também nos casos de ex cônjuges, como estendendo inclusive esta sanção a casos de tutela e curatela, a autores, coautores e partícipes, uma lei objetiva salguardar a proteção integral da das vítimas de feminicídio, de violência doméstica, no caso de crimes dolosos de natureza grave, dúvidas poderão serem sucitas e inclusive demandas judicialmente.

As reflexões acendem tópicos vulneráveis quanto ao impacto na vida dos pais envolvidos, um misto de amor e dor, de direitos, devres e sanções emolduram este cenário, mas o direito acompanha compulsoriamente as alterações percebidas na sociedade, não podendo agir as cegas aos fenômenos ocorridos contemporneidade, não podendo calar-se ou fingir que os comportamentos mesmo numa sociedade privada que é a família, clama por intervenção externa para que a justiça seja exercita na pluralidade de demandas.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Maria Amélia e GUERRA, Viviane N. de A. Infância e Violência doméstica: Fronteiras do conhecimento, 6ed. São Paulo: Cortez, 1993.

CODIGO DE PROCESSO CIVIL - Lei 13.105, de 16 de Março de 2015

CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988

CODIGO PENAL BRASILEIRO- Decreto Lei 2.848/1940

ECA-ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE-Lei
8.069/1990

HONNETH,Axel,Luta pelo Reconhecimento: A gramática dos conflitos sociais,p.1911949,tradução de Luiz Repa ,Editora 34,2009(2ª. edição)

JESUS,Dámasio de ,Violência Contra Mulher ,Editora Saraivajur,2010

LEI 13.715/2018- Sancionada pelo Presidente em exercício Dias Toffoli em 24/09/2018

LEI MARIA DA PENHA, Lei 11.340/2006

PIOVESAN, Flávia,Igualdade ,Diferença e Direitos Humanos :Perspectivas Global e Regional,Editora Lumen Juris,2010.

SPOSATO,Karyna Batista ,Justiça Juvenil Restaurativa e Novas Formas de Solução de Conflitos,Editora CLA Cultural,2018

<<http://www.migalhas.com.br> ,ISSN1583/392V,PUBLICADO EM 24/09/18,consulta 14/07/19 <<http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1069.html>

O PAPEL DAS NORMAS SOCIAIS NA MODULAÇÃO DO COMPORTAMENTO COLETIVO

Conceição de Lourdes Lana

INTRODUÇÃO

Sendo o homem conduzido por suas vontades, motivado por ideias políticas e convenções sociais capazes de ofuscar as virtudes que seriam mais claras se não fossem as fraquezas humanas, a medida de seus atos passa pela necessidade de um princípio regulador de vontades que quando não balizadas seriam capazes de impedir o desenvolvimento das relações intersubjetivas na sociedade.

Assim as normas formais sociais assumem importante papel na construção das condutas e comportamento diante das complexidades que se travam nas relações sociais, fazendo surgir conflitos de interesses entre os cidadãos ou entre estes e o próprio Estado.

Com isso as regras jurídicas não ocupam apenas a função de reprimir e corrigir os homens, mas, atuam como um modelo pedagógico que possui a intenção de direcionar os indivíduos e as autoridades (SGARB, 2013, p. 338).

Com o objetivo de regulação das relações humanas o estatuto jurídico, fundamental portador de um núcleo axiológico permeado de princípios valorativos, norteia a completude do ordenamento jurídico e direciona as relações políticas, econômicas e sociais, fazendo de cada cidadão sujeito de deveres e direitos.

Assim sendo a Constituição Federal de 1988 como estatuto fundamental do Estado brasileiro assume o topo do ordenamento jurídico sendo o norte para as leis que devem ser formuladas em termos gerais, em linguagem clara e precisa que imponham aos jurisperitos a obrigação de análise apurada da relação entre o texto abstrato da lei com o caso concreto e o fato social, além de instituir meios de imposição coativa do comando expresso da norma para que seja aplicado o Direito em sua integridade.

Partindo do pressuposto de que as leis são criadas por sua comunidade autorizada e que deve apresentar uma concepção de justiça e equidade propostas pelo Estado democrático, pretende-se um com esse estudo realizar um levantamento bibliográfico normativo e jurisprudencial acerca do papel das normas sociais na formulação do comportamento e o papel do Estado na imposição coativa do comando expresso na norma. Tendo como objetivo de um debate sobre o papel das normas sociais e jurídicas na modulação de seus reflexos na sociedade e correlaciona-lo com a proposta de alteração desse preceito a partir da Medida Provisória nº 881 de abril de 2019 que teve seu texto base aprovado na Câmara dos Deputados com a promessa de diminuição a presença do Estado na vida dos cidadãos, prometendo liberdade econômica.

DESENVOLVIMENTO

Pode-se entender o Estado social, do ponto de vista do direito, como sendo aquele que acrescentou à dimensão política do estado liberal, limitação e controle dos poderes econômicos e sociais privados e a tutela dos mais fracos. Assim os documentos constitucionais desses Estados norteiam a ordem econômica para além do que se pretendiam os Estados liberais, a partir da proposição uma dinâmica onde situações controversas deveriam ser ajustadas com certa generalidade com a utilização dos instrumentos apassivadores dos conflitos existentes, tomando como norte o direito positivo.

Na missão pacificadora de manter o império da ordem, a Constituição Federal assume como fonte de consenso de interpretação do Direito, onde a dignidade da pessoa humana se apresenta como um paradigma, a partir do estabelecimento de valores para a realização de fim jurídico e informação para a interpretação do texto legal.

Desta forma a subjetividade dos sujeitos, a pluralidade cultural, a desigualdade social, num contexto de uma sociedade possuidora de liberdades individuais, se revela um incremento complexo nos processos de reconhecimento e interpretação do direito, já que este é fruto de intersubjetividades das relações humanas que não são simplesmente objetivas.

Norbert Elias, em sua obra *A sociedade dos indivíduos*, afirma não ser uma tarefa simples limitar o abismo que parece abrir-se entre o indivíduo e a sociedade, pois as dificuldades que temos de enfrentar essa reflexão provêm de hábitos específicos que hoje se acham demasiadamente arraigados na consciência de cada um. O autor acrescenta ainda que em virtude da interdependência das funções individuais os seus atos precisam vincular-se ininterruptamente para que a ação do indivíduo cumpra suas finalidades sociais. E assim ele define sociedade:

... Cada pessoa singular está realmente presa; presa por viver em permanente dependência funcional de outras; ela é um elo nas cadeias que ligam outras pessoas, assim como todas as demais, direta ou indiretamente, são elos nas cadeias que a prendem. Essas cadeias não são visíveis e tangíveis como grilhões de ferro. São mais elásticas, mais variáveis, mais mutáveis, porém não menos reais, decerto não menos fortes. E é essa rede de funções que as pessoas desempenham umas em relação às outras, e a ela e nada mais, que chamamos de “sociedade” (ELIAS, 1994, pag. 23).

Quando analisamos o pensamento posto por Norbert Elias de que os indivíduos são considerados partículas mínimas da sociedade, não podemos com olhos fixos na autonomia das relações humanas, considerar a sociedade como algo que vem depois, assim deve compreender o todo para se compreender a forma das partes individuais.

Nesse sentido a liberdade individual de contratar, proposta da Lei 10.406/ 2002 do Código Civil Brasileiro que, no artigo 421 que asseverava que a liberdade de contratar de cada indivíduo deverá ser exercida em razão e nos limites da função social, denota que os interesses sociais possuem o fito de atenuar a antiga ideia privatista e individualista das relações contratuais onde cada indivíduo atuava autonomamente para atingir seu fim.

Dentro desse contexto os princípios consagrados pela ordem constitucional não se aplicam isolados da moldura axiológica, principalmente quando se observa o clamor dos direitos de titularidade coletiva e com caráter positivo que exigem atuações do Estado visando à diminuição das desigualdades sociais.

Com isso a liberdade de atuação privada dos negócios jurídicos deve ser orientada pelos princípios ali consignados. E essa liberdade deteriorada pode se configurar em litígios ou atos ilícitos, que exige do Estado à solução da controversa diante das suas funções soberanas de atender as contingências em suas atividades administrativas, legislativas e jurisdicionais. Desse modo numa sociedade que apresenta segmentos sociais diversos com a grande maioria pertencente a classes baixas, faz-se mister reforçar os instrumentos que permitam a proteção dos fins sociais visando um equilíbrio nas relações privadas. Com isso há de se atentar para visão constitucionalizada do Direito civil na busca da possibilidade de realização das garantias propostas pelo Estado democrático.

Assim o controle das relações coletivas fundamentadas a partir do legado cultural e das formulações jurídicas desses vínculos pelas normas sociais e jurídicas exige da autonomia das partes um dever de ser exercida lastreada nos objetivos fundantes da República Federativa do Brasil qual seja o princípio da solidariedade prescrito no art. 3º da Constituição Federal, inciso I que estabelece a orientação solidarista do direito que impõe a necessidade de se observar os reflexos da atuação individual perante a sociedade.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Para a melhor compreensão e interpretação de princípios constitucionais importa em, previamente, compreender seus fins sociais além da possibilidade lógica da interferência das leis no comportamento humano e sua eficácia no sentido de se configurar em um modelo de conduta no comportamento social assim como informa o artigo em estudo *in verbis*:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

A Medida Provisória nº 881 aprovada em 14/08/2019 na Câmara dos Deputados instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabeleceu normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e incluiu disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do disposto nº IV do caput do artigo 1º, no parágrafo único do artigo 170 e no caput do artigo 174 da Constituição Federal.

As alterações proposta pela Medida Provisória são diversas e serão observadas na aplicação e na interpretação de direito civil, empresarial, econômico, urbanístico e do trabalho nas relações jurídicas que se encontrem no seu âmbito de aplicação, e na ordenação pública sobre o exercício das profissões, juntas comerciais, produção e consumo e proteção ao meio ambiente.

O texto proposto pela Medida Provisória para o artigo 421 do Código Civil dá conta de que o Estado pretende manter-se equidistante nas relações contratuais. Como se lê em seguida.

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica.

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerá o princípio da intervenção mínima do Estado, por qualquer dos seus poderes, e a revisão contratual determinada de forma externa às partes será excepcional.

A promessa da intervenção mínima do Estado a partir afastamento deste da obrigação de interferir nas relações privadas parece prestigiar os princípios que norteiam a própria Medida Provisória, quais sejam, a *proteção à livre iniciativa* e ao *livre exercício de atividade econômica* e ao determinar que a função social do contrato se dê com observância da liberdade econômica, parecem contraditórios ao termo do conceito de função social, visto que a doutrina e a jurisprudência aplicam a noção de função social do contrato que derivaria diretamente da Constituição Federal.

Outro questionamento repousa na existência de vício formal diante da inquestionável independência dos poderes da República que informa que a edição de Medida Provisória deve prescindir de estrita observância

dos requisitos de urgência e relevância previstos no art. 62 da Constituição Federal *in verbis*.

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

A prescrição do artigo supracitado cujo teor já reconhecido pela doutrina e jurisprudência aponta outra razão pela qual os trâmites das modificações propostas poderiam seguir o roteiro normal das casas legislativas, visto que a jurisprudência do Superior Tribunal Federal já firmada reconhece a necessidade da presença dos requisitos de “relevância” e “urgência” submetidos à análise discricionária do Chefe do Poder Executivo. Nesse sentido a Suprema Corte já decidiu:

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 405, DE 18.12.2007. ABERTURA DE CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO. LIMITES CONSTITUCIONAIS À ATIVIDADE LEGISLATIVA EXCEPCIONAL DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS. I. MEDIDA PROVISÓRIA E SUA CONVERSÃO EM LEI. Conversão da medida provisória na Lei no 11.658/2008, sem alteração substancial. Aditamento ao pedido inicial. Inexistência de obstáculo processual ao prosseguimento do julgamento. A lei de conversão não convalida os vícios existentes na medida provisória. Precedentes. [...]80.

AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 213/2004, CONVERTIDA NA LEI Nº 11.096/2005. PROGRAMA UNIVERSIDADE PARA TODOS – PROUNI. AÇÕES AFIRMATIVAS DO ESTADO. CUMPRIMENTO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA. A conversão de medida provisória em lei não prejudica o debate jurisdicional sobre o atendimento dos pressupostos de admissibilidade desse espécime de ato da ordem legislativa. [...]81.

80 STF. Plenário. MC/ADI 4048, Rel.: Min. GILMAR MENDES. 14 de maio 2008. Dje 157, 22 de agosto de 2008. Revista Trimestral Jurisprudência, vol. 206 (1), p. 232.

81 STF. Plenário ADI 3.330. Rel.: Min. AYRES BRITO. 3 de maio de 2012 Dje 55, 22 de março

Desse modo os princípios constitucionais que informam a elaboração de leis e normas determinam que elas sejam dotadas de certos atributos compatíveis com aqueles princípios que avulta do Estado Democrático de Direito ao qual alude o art. 1º da Constituição da República que legitima o domínio público e o exercício do poder.

Sobre Estado Democrático de direito e técnica legislativa CARVALHO, leciona que:

A Constituição, portanto, quando menciona a expressão Estado Democrático de Direito, opta por conformar as estruturas do poder político segundo a medida do Direito, isto é, regras e forma que excluem o arbítrio e a prepotência, o que vem garantir a efetivação dos direitos fundamentais do homem, com a sua autonomia perante os poderes públicos (CARVALHO, 2010 p. 04).

O autor acrescenta que o Estado Democrático de Direito impõe requisitos básicos para elaboração das leis, que sejam votadas pela maioria do parlamento e que haja garantida a participação dos sujeitos interessados em um procedimento público, já que são indispensáveis as regras da maioria da participação e da publicidade, informa ainda que:

A Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da divisão ou separação de poderes (art. 2º), cabendo ao Poder Legislativo o exercício precípua da função legislativa voltada para a criação de normas jurídicas obrigatórias que vão inovar o Direito, e aos poderes executivo e judiciário a sua realização (CARVALHO, 2010, p. 54).

Sobre a ideia de liberdade econômica propõe garantias de livre mercado sem a interferência do Estado com a promessa de regulação do mercado econômico por ele próprio a partir da livre iniciativa.

Zigmunt Bauman na sua obra *Modernidade líquida* publicada em 2001 apresenta um contraponto numa análise aprofundada sobre a condição humana a partir do processo de globalização apontando as degradações que causaram mudanças na estrutura do comportamento

individual para com o seu grupo, com o advento do que ele nomeia de “modernidade líquida”.

O autor afirma essa querela entre a autonomia da vontade e a liberdade econômica diz a respeito à política e não à natureza humana. A questão não é tanto saber se a libertação do indivíduo, das opiniões herdadas, da garantia coletiva contra a inconveniência da responsabilidade individual acontece, mas se isso é bom ou ruim do ponto de vista do mercado.

O autor traz um paralelo apontando a diferença entre os líquidos e os sólidos e afirma que os líquidos não mantêm sua forma com facilidade, não se fixam no espaço e não se prendem ao tempo, não se atém muito a qualquer forma e estão constantemente a mudar. Utilizou a palavra “fluidez” como principal metáfora para o estágio presente da era pós-moderna. Afirma que os sólidos se diferem deste por apresentar em seus arranjos estruturais a união de seus átomos numa liga que indica estabilidade (BAUMAN, 2001, pag.08).

Afirma, ainda, que o derretimento dos sólidos levou a progressiva libertação dos indivíduos de seus tradicionais embaraços políticos éticos e culturais que sedimentou uma nova ordem definida, principalmente em termos econômicos. Essa ordem veio dominar a totalidade da vida humana e não foi alcançada via ditadura e subordinação, opressão ou escravidão. Ao contrário, emergiu do derretimento dos grilhões e das algemas que o certo e o errado eram suspeitos de limitar a liberdade individual de escolha e de ação.

Sobre as liberdades individuais o autor afirma que:

...com o destino da história humana dado como sabido, e a questão dos fins da ação humana acertada e não mais aberta à contestação, as pessoas passariam a se ocupar mais, talvez exclusivamente, da questão dos meios - o futuro seria, por assim dizer, obcecado com os meios. Toda racionalização adicional, em si mesma uma conclusão antecipada, consistiria em afiar, ajustar e aperfeiçoar os meios. Sabendo que a capacidade racional dos seres humanos tende a ser solapada constantemente por propensões afetivas e outras inclinações igualmente irracionais, poder-se-ia suspeitar de que a disputa sobre os fins dificilmente chegaria a um final; mas essa disputa seria no futuro expulsa da corrente principal, impulsio-

nada pela inexorável racionalização - e deixada para os profetas e pregadores à margem dos superiores (e decisivos) afazeres da vida (BAUMAN, 2001 pag. 71).

A rigidez dessa ordem é o artefato e o sedimento da liberdade dos agentes e é resultado de soltar o freio da desregulamentação, flexibilização da fluidez, técnicas que permitem que o sistema e os agentes livres se mantenham radicalmente desengajados e que se desencontrem em vez de se encontrarem.

Ele afirma que, nenhum molde foi quebrado sem que antes fosse substituído por outro, as pessoas foram libertadas de suas velhas gaiolas, apenas para serem admoestadas e censuradas, caso não conseguissem se realocar através de seus próprios esforços dedicados, contínuos e infundáveis, nos nichos pré-fabricados da nova ordem, seguindo fielmente as regras e os modos de conduta identificados como corretos e apropriados.

Os padrões, códigos e regras que poderíamos selecionar como pontos estáveis de orientação, pelos quais podíamos deixar nos guiar, é que estão cada vez mais em falta. Seria imprudente negar e subestimar a profunda mudança que o advento da modernidade fluida produziu na condição humana (BAUMAN, 2001, p. 14).

Para o autor a era da pós-modernidade pressagia um novo tipo de guerra: não a conquista de novo território, mas a destruição de muralhas que impedem o fluxo de novos e fluidos poderes globais, parecendo cada vez mais uma promoção do livre comércio por outros meios, onde a elite global contemporânea pode dominar sem se ocupar com a administração do bem estar social. Numa notável reversão da tradição milenar, os grandes e poderosos evitam o durável e desejam o transitório, impondo uma obsolescência programada, enquanto a base da pirâmide luta para fazer suas frágeis e transitórias posses durarem mais tempo onde dois se encontram em lados opostos dos balcões das grandes liquidações.

Afirma ainda que desintegração social é tanto uma condição quanto um resultado da nova técnica de poder, que tem como ferramenta o desengajamento para que o poder tenha a liberdade de fluir. Para isso o mundo deve estar livre de cercas, barreiras, fronteiras fortes e barricadas. Qualquer rede densa de laços sociais em particular que esteja territorialmente enraizada é um obstáculo a ser eliminado. E são esses o derrocar da

fragilidade, quebradiço o imediato dos laços e redes humanas que permitem que esses poderes operem (BAUMAN, 2001, pag. 22).

O fito de liberdade econômica, a partir da modificação do termo função social dos contratos, parece compreender uma querela entre liberais e comunitários que diz respeito à política e não à natureza humana. A questão não é tanto saber se a libertação do indivíduo das opiniões herdadas e da garantia coletiva contra a inconveniência da responsabilidade individual acontece ou não, mas se isso é bom ou ruim para o mercado econômico. Assim o autor afirma que:

O mundo cheio de possibilidades é como uma mesa de bufê com tantos pratos deliciosos que nem o mais dedicado comensal poderia esperar provar de todos. Os comensais são consumidores, e a mais custosa e irritante das tarefas que se pode pôr diante de um consumidor é a necessidade de estabelecer prioridades: a necessidade de dispensar algumas opções inexploradas e abandoná-las. A infelicidade dos consumidores deriva do excesso e não da falta de escolha (BAUMAN, 2001, pag. 75).

Vale restaurar que a posição negada pelos liberais dificilmente teria acontecido se não fosse pelo fato de que os arreios com os quais a coletividade ata seus membros a uma história conjunta, ao costume, linguagem e escola, ficam mais esgarçados a cada ano que passa.

A nova proposta de liberdade econômica a partir da mudança no conjunto é, contudo, de particular importância: a renúncia, adiamento ou abandono pelo Estado de suas principais responsabilidades em seu papel de maior provedor, talvez mesmo monopolístico de certeza, segurança e garantia seguido de sua recusa em endossar as aspirações de certeza, segurança e garantias de seus cidadãos.

Parece então que o Estado não espera muito do potencial mobilizador da nação de que eles precisam cada vez menos, à medida que os indivíduos estão mobilizados e reunidos pelo frenesi patriótico febrilmente estimulado pelas unidades high-tech elitistas, enquanto as riquezas do país são medidas, não tanto pela qualidade e moral de sua força de trabalho, quanto pela atração que o país exerce sobre as forças friamente mercenárias do capital global.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscando a compreensão para a mudança no termo função social do contrato a partir da proposta de interferência mínima do Estado na liberdade negocial proposta na codificação privada, faz-se necessária uma reflexão perspicaz sobre mudanças que o mercado globalizado pode produzir nas intenções individuais a partir da utilização de meios pouco claros e estratégias incompreendidas pelo grupo sobre os quais recairão seus efeitos.

Ao propor o distanciamento do Estado na Medida Provisória 881/2019 pouco se acrescentou na autonomia e liberdade contratual, visto que essa liberdade sempre encontrou limitação na ideia de ordem pública, onde o interesse da sociedade deve prevalecer quando colide com interesse individual.

De modo que as normas jurídicas e as normas sociais que possuem a finalidade de provocar repercussões nas relações privadas, deve levar em consideração os valores sociais e os princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988.

A modulação de comportamento individual nos ordenamentos jurídicos são possuidores da finalidade prática de aferir e garantir melhores formas de relacionamento sob o prisma de sua licitude ou ilicitude. A combinação de formas de ajustes de expectativas de comportamentos individuais pode ser considerada impotente aos princípios coletivos diante da liberdade adquirida pelos indivíduos através da mudança de valores que restringiam comportamentos individuais. Isso fez com que a intenção das leis perdesse um pouco do seu potencial mobilizador.

Contudo, a possibilidade lógica de interferência das leis no comportamento social depende do valor moral de cada agente, podendo ser inconciliável com a coercibilidade praticada por uma regra geral. Isso porque o indivíduo, somente ao exame de sua consciência, encontra nos seus ditames éticos as sanções morais. E essa sanção moral opera tanto na dimensão individual quanto na chamada consciência coletiva.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zigmunt. **Modernidade Líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2001.

- BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, (1988). Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2013.
- BRASIL, **Código Civil**, Lei Nº 10.406 de Janeiro de 2002 Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2003.
- BRASIL, Câmara dos Deputados. **Medida Provisória nº 881** de 30 de abril de 2019.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Técnica Legislativa**. 5ª ed. e atual. e ampl. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.
- ELIAS, Norbert. **A Sociedade dos indivíduos**. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 1994.
- SGARB, Adrian. **Introdução à Teoria do Direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, Coleção Filosofia e Direito.
- SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. MC/ADI 4048, Rel.: Min. GILMAR MENDES. 14 de maio 2008, Dje 157, 22 de agosto de 2008. Revista Trimestral Jurisprudência , vol. 206 (1), p. 232.
- SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. Plenário ADI 3.330. Rel.: Min. AYRES BRITO. 3 de maio de 2012, Dje 55, 22 de março de 2013, RTJ, vol. 224 (1), p. 207.

DIREITOS HUMANOS PARA QUAIS HUMANOS? OS REFLEXOS DE UMA SOCIEDADE PUNITIVISTA

Tamyrys Nery

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, no Brasil, a ideia de que aparentemente a sociedade está cada vez mais punitivista e cada vez mais cruel se faz presente nas discussões atuais, principalmente devido o cenário político. Embora de fato, a violência que vem sendo progressivamente legitimada pelo Estado principalmente a alguns grupos sociais, chama a atenção um comportamento social em relação aos presidiários, e/ou para aqueles que são considerados infratores e delinquentes, essa conduta social não é exclusiva do atual século e sim uma marca da sociedade brasileira e sua relação com o Direito Penal com um todo.

As prisões são o maior símbolo de aplicação do Direito Penal. O encarceramento promovido pelas penas restritivas de liberdade é considerado pela maioria como o modelo ideal de punição para os infratores, isto, excluindo aqueles que sugerem outras punições, como a pena de morte, que na atualidade tem sido desejada por uma parcela da população.

Entretanto, para sociedade punitivista que é a brasileira, não basta ser encarcerado, é preciso que aquela pessoa que já foi afastada do convívio social passe a viver nas piores condições possíveis, de maneira indigna e com muito sofrimento. Essa sociedade também aplaude, quando a vida dessas pessoas que são consideradas “menos pessoas” são ceifadas, por

isso, há uma aceitação social de grupos de extermínios que promovem a morte daqueles que são considerados “bandidos”.

Recentemente, as notícias de massacres em presídios apresentam-se de maneira repetitiva e com um intervalo de tempo que faz com que a atuação e preocupação do Estado em relação a essas pessoas seja colocada em xeque.

Além dos massacres que ocorrem dentro dos presídios, onde, alguns dos presos afirmam que o poder estatal teria como evitar, existem outras questões que também ferem os direitos humanos. A superlotação, a falta de higiene, ausência de tratamento digno, direitos e garantias previstas em leis sendo negligenciadas pelo Estado (a Lei de Execuções Penais é o maior exemplo), entre outros exemplos demonstram que para esse grupo de pessoas estão destinados apenas os maus tratos e a exclusão social da forma mais ampla possível, uma espécie de exclusão dentro da própria exclusão social proposta pela pena privativa de liberdade.

Várias razões explicariam preliminarmente a motivação desse comportamento social, para alguns estudiosos, seria um resquício da Ditadura Civil-Militar que o Brasil vivenciou entre 1964-1985; contudo, antes mesmo desse período tenebroso da história brasileira, a sociedade já apresentava esse comportamento punitivista, na realidade, desde o Brasil Colônia, com as primeiras penas aplicadas pelo Tribunal da Relação, sendo este o primeiro Tribunal no território brasileiro. Diante disso, é preciso que seja feito um questionamento acerca da origem dessa atitude que se perpetua por séculos, e que não se resume apenas em uma discussão no plano jurídico.

Sendo assim, é preciso que essa problemática seja discutida, partindo da compreensão do que seja os Direitos Humanos e sua aplicabilidade, perpassando a história da punição, que se confunde com a história do Direito Penal, juntamente com o entendimento dos direitos humanos numa esfera ainda maior em combate com a ideia de eles estão destinados a os “cidadãos de bens”.

METODOLOGIA

Esse trabalho utilizou-se do método histórico para a sua realização. Foi feito um levantamento bibliográfico acerca dos temas relacionados a

assunto por meio de livros e da internet. O método histórico consiste e tem o foco na investigação de acontecimentos passados e sua influência nos dias de hoje, nesse caso, o estudo dos direitos humanos sob o prisma dos reflexos que uma sociedade punitivista pode causar a um determinado grupos, além disso, esse trabalho também se propõe a uma análise do comportamento punitivo ao longo da história das penas, de forma a discutir a respeito de como os Direitos Humanos também se relaciona diretamente com o Direito Penal e com outros ramos do conhecimento, em especial, com a História.

Os dados dessa pesquisa foram retirados artigos da base de dados Scielo, outras revistas eletrônicas e livros de autores consagrados nesse tema. A coleta de dados ocorreu no período entre os meses de Fevereiro a Agosto do ano de 2019.

DIREITOS HUMANOS: O QUE SÃO E PARA QUÊ SERVEM?

Primeiramente, é preciso conceituar o que venha ser direitos humanos e sua aplicabilidade no plano social e jurídico. De acordo com a obra de Ramos (2018, p. 28): “Os direitos humanos consistem em um conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade. Os direitos humanos são os direitos essenciais e indispensáveis à vida digna”.

Dessa forma, direitos os humanos podem ser entendidos como aqueles direitos inerentes ao homem, eles se confundem com os direitos fundamentais; apresentam uma ideia de essencialidade que remete ao direito natural.

A história e conceituação dos direitos humanos é longa. É considerada como o primeiro marco a Declaração dos Direitos do Homem, no cenário da Revolução Francesa, apenas no século XVIII que esses direitos serão reconhecidos de maneira mais abrangente, mas nesse ponto existe um detalhe que é comum a todas civilizações até a metade do século XX: os direitos humanos foram sempre destinados a um grupo específico, que são aqueles que são considerados humanos para a sociedade que o define. Embora os direitos humanos tenham um caráter universal, ou seja, que abarque todos os seres humanos, nem sempre foi considerado assim, as minorias sempre foram excluídas, baseada nessa ideia de que outro que

não preenchem os requisitos estabelecidos por quem detém o poder de alguma forma.

Os principais exemplos são justamente a própria Declaração dos Direitos do Homem excluía as mulheres, e no século XX, quando já bastante consolidada a ideia dos direitos inerentes do homem foram ignorados pelos regimes totalitários. Ou seja, o conceito de direitos humanos está subordinado também ao contexto histórico e o reflexo dos anseios da sociedade, de forma que é preciso pontuar essa questão.

Apesar de ser dificultoso definir e conceituar corretamente os direitos humanos, devido a discussões implícitas e explícitas que essa temática envolve, pode-se afirmar que se trata uma concepção que pode se modificar diante do curso da História e que esses direitos podem ser relativizados.

Na atualidade, principalmente no pós-guerra, onde os direitos humanos foram duramente afastados da sociedade, com o Holocausto, a pauta retornou com bastante força, sendo declarada no ano de 1948 pela Organização das Nações Unidas (ONU) alguns direitos humanos de caráter universal. Entre eles, a ONU estabelece que as características são:

Os direitos humanos são fundados sobre o respeito pela dignidade e o valor de cada pessoa; os direitos humanos são universais, o que quer dizer que são aplicados de forma igual e sem discriminação a todas as pessoas; os direitos humanos são inalienáveis, e ninguém pode ser privado de seus direitos humanos; eles podem ser limitados em situações específicas. Por exemplo, o direito à liberdade pode ser restringido se uma pessoa é considerada culpada de um crime diante de um tribunal e com o devido processo legal; os direitos humanos são indivisíveis, inter-relacionados e interdependentes, já que é insuficiente respeitar alguns direitos humanos e outros não. Na prática, a violação de um direito vai afetar o respeito por muitos outros; Todos os direitos humanos devem, portanto, ser vistos como de igual importância, sendo igualmente essencial respeitar a dignidade e o valor de cada pessoa. (ONU, c.2019)

Ramos (2018) também acrescenta:

A universalidade consiste no reconhecimento de que os direitos humanos são direitos de todos, combatendo a visão estamental de

privilégios de uma casta de seres superiores. Por sua vez, a essencialidade implica que os direitos humanos apresentam valores indispensáveis e que todos devem protegê-los. Além disso, os direitos humanos são superiores a demais normas, não se admitindo o sacrifício de um direito essencial para atender as “razões de Estado”; logo, os direitos humanos representam preferências preestabelecidas que, diante de outras normas, devem prevalecer. Finalmente, a reciprocidade é fruto da teia de direitos que une toda a comunidade humana, tanto na titularidade (são direitos de todos) quanto na sujeição passiva: não há só o estabelecimento de deveres de proteção de direitos ao Estado e seus agentes públicos, mas também à coletividade como um todo. Essas quatro ideias tornam os direitos humanos como vetores de uma sociedade humana pautada na igualdade e na ponderação dos interesses de todos (e não somente de alguns). (RAMOS, 2018, p.28)

Assim, os direitos humanos na atualidade servem para garantir a todos, sem discriminação de nenhuma espécie, a dignidade enquanto pessoa. De forma que todos possam existir de maneira digna, apesar desse conceito ser relativo, existem concordâncias de que o direito à vida por exemplo, e a não ser submetido a tratamento degradante é fundamental e inafastável de qualquer ser humano, independente da sua condição.

HISTORICIDADE DAS PENAS E SUA RELAÇÃO COM A SOCIEDADE PUNITIVISTA

As máximas “direitos humanos para humanos direitos” e “bandido bom é bandido morto” emergem com mais força no seio da sociedade e faz com se soe como uma espécie de clamor coletivo. O perigo dessas frases não está apenas na ofensa direta aos Direitos Humanos, mas sim de um fenômeno social que nas palavras de Jesus apud Hessemer e Muñoz (1998, p. 8): “separa a sociedade em dois grupos: o primeiro, compostos de homens de bem, merecedores de proteção legal; o segundo, de homens maus, os criminosos, aos quais se endereça toda a rudeza e a severidade da lei penal.”.

Contudo, esse pensamento tem origens desde as primeiras formas de punição conhecidas pelo ser humano, ao discutir sobre direitos humanos

voltados para os encarcerados, não é possível fazê-lo sem uma análise que possa traçar um resumo acerca da história da pena.

A punição de certa forma faz parte da vida em sociedade: as regras estabelecidas no contrato social devem ser obedecidas, caso contrário, haverá uma determinada punição para aquele que infringiu a norma estabelecida pela sociedade em questão. Esse fenômeno ocorre desde as primeiras civilizações. Greco (2018, p.16) afirma que: “a palavra ‘pena’ provém do latim *poena* e do grego *poiné* e tem o significado de inflição de dor física ou moral transgressor de uma lei.”. As penas e forma de punir estão associadas a momento histórico. As punições previstas, por exemplo, no Código de Hamurabi parecem aos olhos atuais de sobremodo cruel, para a época, no entanto, foi de uma grande revolução como forma de sistematizar as punições e garantir que estas fossem proporcionais.

Os estudiosos consideram que sejam três períodos de evolução histórica do Direito Penal: a vingança privada, a vingança divina e a vingança pública. Basicamente, se referem a como a vingança (punição) se modificou ao longo da história, deixando de ser algo pessoal de indivíduo para indivíduo, para ser parte da atuação do Estado, perdendo o caráter pessoal.

Após esses períodos, adentram-se no Direito Canônico, onde a punição física era a mais utilizada, além claro, das condenações que sobreviriam ao culpado no plano espiritual. Esse período, no qual as penas eram aplicadas como suplicio escreve Foucault (1987):

Não devemos, no entanto, nos enganar. Entre esse arsenal de horror e a prática cotidiana da penalidade, a margem era grande. Os suplícios não constituíam as penas mais freqüentes, longe disso. [...] Mas não se deve esquecer que os tribunais encontravam muitos meios de abrandar os rigores da penalidade regular, seja recusando-se a levar adiante processos quando as infrações eram exageradamente castigadas, seja modificando a qualificação do crime; às vezes também o próprio poder real indicava não aplicar estritamente tal ordenação particularmente severa. (FOUCAULT, 1987, p.35)

Diante das crueldades com que essas penas foram aplicadas, no século XVIII, o cenário muda principalmente a partir da obra de Beccaria “Dos

Delitos e Das Penas”, no qual irá surgir um caráter mais humanitário das penas, baseados na ideia da pena como fim de ressocialização, sendo esta, uma obra de vanguarda. O Direito Penal muda de figura, e exerce também funções relacionadas as classes sociais, conforme o pensamento de Foucault (1979):

É um sistema que desempenha, no fundo, um triplo papel; e, conforme as épocas, conforme o estado das lutas e a conjuntura, prevalece ora um ora outro aspecto. Por um lado, ele é um fator de “proletarização”: tem por função coagir o povo a aceitar o seu estatuto de proletário e as condições de exploração do proletariado. E perfeitamente claro que, desde o fim da Idade Média até o século XVIII, todas as leis contra os mendigos, os ociosos e os vagabundos, todos os órgãos de polícia destinados a expulsá-los os coagiam – e era esse o seu papel – a aceitar no próprio lugar onde viviam as condições extremamente más que lhes eram impostas. Se as recusavam, tinham que partir, se mendigavam ou “não faziam nada”, seu destino era o aprisionamento e freqüentemente o trabalho forçado. Por outro lado, esse sistema penal dirigia-se especialmente aos elementos mais móveis, mais agitados, os “violentos” da plebe; os que estavam mais prontos a passar à ação imediata e armada; entre o proprietário endividado coagido a abandonar a sua terra, o camponês que fugia do fisco, o operário banido por roubo, o vagabundo ou mendigo que recusava limpar os fossos da cidade, os que viviam da pilhagem nos campos, os pequenos ladrões e os salteadores de estrada, os que em grupos armados atacavam o fisco ou os agentes do Estado e, enfim, os que nos dias de motim nas cidades ou nos campos traziam armas e fogo, havia um acordo, uma rede de comunicação em que os indivíduos trocavam os seus papéis. Eram estas pessoas “perigosas” que era preciso isolar (na prisão, no Hospital Geral, nas galés, nas colônias) para que não pudessem servir de ponta de lança aos movimentos de resistência popular. Esse medo era grande no século XVIII, foi maior ainda depois da Revolução e na ocasião de todas as agitações do século XIX. (FOUCAULT, 1979, p. 29)

O autor também acrescenta como papel do sistema penal:

Terceiro papel do sistema penal: fazer com que a plebe não proletarizada aparecesse aos olhos do proletariado como marginal, perigosa, imoral, ameaçadora para a sociedade inteira, a escória do povo, o rebotalho, a “gatunagem”; trata-se para a burguesia de impor ao proletariado, pela via da legislação penal, da prisão, mas também dos jornais, da “literatura”, certas categorias da moral dita “universal” que servirão de barreira ideológica entre ela e a plebe não proletarizada; toda a figuração literária, jornalística, médica, sociológica, antropológica do criminoso (de que tivemos exemplos na segunda metade do século XIX e começo do XX) desempenha este papel. Enfim, a separação que o sistema penal opera e mantém entre o proletariado e a plebe não proletarizada, todo o jogo das pressões que ele exerce sobre esta, permite à burguesia servir-se de alguns desses elementos plebeus contra o proletariado; ela os usa como soldados, policiais, traficantes, pistoleiros e utiliza-os na vigilância e na repressão do proletariado (e não somente os fascismos deram exemplos disso). (FOUCAULT, 1979, p. 29)

Portanto, a história do Direito Penal, é uma história de poder, sobre qual poder deve prevalecer e resguardando o direito de quem detém o poder. É muito importante a discussão nesse sentido, pois, as prisões no contexto brasileiro definem e demonstram claramente que há muito mais do que delinquência, e sim uma política de encarceramento em massa que favorece a um grupo em detrimento de outro, e, além disso, promove que os direitos humanos sejam ignorados, pois ferem a noção de “outro”, um outro que não é considerado digno de ser o que é: humano.

Sendo a História circular ou não, um comportamento se repete, a necessidade de infligir a pena com crueldade. Conforme Foucault (1987):

Talvez a noção de “atrocidade” seja uma das que melhor designam a economia do suplício na antiga prática penal. A atrocidade é em primeiro lugar um caráter próprio a certos grandes crimes: ela se refere ao número de leis naturais e positivas, divinas ou humanas que eles violam, à ostentação escandalosa ou ao contrário à esportividade secreta com que foram cometidos, ao nível social e ao status dos

que são seus autores e vítimas, à desordem que implicam ou ocasionam, ao horror que suscitam. Mas, na medida em que a punição põe em cena, aos olhos de todos, o crime em toda a sua severidade, deve assumir essa atrocidade: deve trazê-la à luz por meio de confissões, discursos, inscrições que a tornem pública; deve reproduzi-la em cerimônias que a apliquem ao corpo do culpado sob forma de humilhação e de sofrimento. (FOUCAULT, 1987, p.73)

Ao longo de toda sua trajetória o Direito Penal busca a vingança, de forma com que haja punição, esse trabalho não se propõe a discutir sob a ética nesse conceito, porém, é preciso que esteja claro que como instrumento de punição e vingança social aplicada pelo Estado, a sociedade exige que esta aconteça da pior e mais violenta forma possível, pois, ao longo de toda a história esse pensamento esteve presente.

DIREITOS HUMANOS E OS ENCARCERADOS

Os direitos humanos possuem características específicas, conforme afirma a autora Lynn Hunt:

Os direitos humanos requerem três qualidades encadeadas: devem ser naturais (inerentes nos seres humanos), iguais (os mesmos para todo mundo), e universais (aplicáveis por toda parte). Para que os direitos humanos sejam direitos humanos, todos os humanos em todas as regiões do mundo devem possuí-los igualmente e apenas por causa de seu status como seres humanos. (HUNT, 2009, 11).

Considerando as características apresentadas acima, a discussão sobre para quais humanos estão destinados os direitos humanos torna-se ainda mais pertinente, pois se trata, então, de um debate sobre o conceito de ser humano dentro de uma sociedade que se concentra apenas no punir, e não no fim social da pena.

Considerando a universidade dos direitos humanos, a autora Helena Singer (1998) afirma:

Definitivamente os direitos humanos não combinam com o sistema penal, que individualiza as responsabilidades, volta-se para en-

contrar “culpados” e pune, a maior parte das vezes, com o encarceramento, que não restitui a “vítima” do suposto crime e muito menos a sociedade. (SINGER, 1998, p. 18)

Retornando para a realidade brasileira, a Constituição brasileira de 1988 afirma que um dos seus fundamentos é a dignidade da pessoa humana, e, ao longo do texto constitucional existem diversas outras menções ao resguardo dos direitos humanos, como a proibição de certos tipos de penalidades, juntamente com a proibição da tortura ou tratamento degradante. Para além da discussão a respeito da eficácia da norma apresentada pela Carta Magna em sentido amplo, é inegável que quando se observa o sistema carcerário brasileiro, a observância dos direitos humanos parece algo inexistente, utópico. A esse respeito infere Blum Júnior:

Muitas vezes as prisões são palco de tortura dos reclusos para a obtenção de informações pelos carcereiros ou pela polícia, cujos castigos são tolerados estranhamente pela maior parte da sociedade e a mídia. Tem-se de uma ideia geral que afronta o ideal dos direitos humanos, de que é normal a tortura de presos, a qual se justificaria pela vingança da sociedade ao crime cometido. Mas este é o objetivo encarceramento? É óbvio que não. Existe uma inversão de valores, a ponto de a sociedade considerar a prisão como algo brando e insuficiente para o criminoso pagar pelo que fez. (BLUM JÚNIOR, 2018, capítulo 2, 35 par.).

Além disso, também é preciso inferir a respeito do que seja a condição humana, esse conceito cunhado por Hannah Arendt é importante para que se compreenda que o ser humano está condicionado a certas coisas. De acordo com a autora:

A condição humana compreende algo mais que as condições nas quais a vida foi dada ao homem. Os homens são seres condicionados: tudo aquilo com o qual eles entram em contato torna-se imediatamente uma condição de sua existência. [...] Além das condições nas quais a vida é dada ao homem na Terra e, até certo ponto, a partir delas, os homens constantemente criam as suas próprias condições que, a despeito de sua variabilidade e sua origem hu-

mana, possuem a mesma força condicionante das coisas naturais. (ARENDDT, 2007, p. 17)

Na sociedade brasileira, afirma Jesus apud Hassemer e Muñoz (1998):

Cristalizou-se a ideia de que o direito penal pode resolver todos os males que afligem os homens bons, exigindo-se a definição de novos delitos e o agravamento das penas cominadas aos já descritos, tendo como destinatários os homens maus (delinquentes). (JESUS apud HASSEMER e MUÑOZ, 1988, p. 8)

O pensamento atual no Brasil é que apenas a punição mais severa, a supressão de garantias do réu durante o processo, essa crença faz com que muitos acreditem que essa é a única forma de reduzir a criminalidade. No entanto, não percebem que além de ineficaz, ela é extremamente danosa para a própria sociedade, sem mencionar os danos causados naqueles indivíduos que estão encarcerados, privados dos seus direitos, pois, a pena é para restringir alguns direitos, e não para anular os outros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, pode-se concluir que os Direitos Humanos fazem parte de uma evolução histórica que se relaciona com vários outros ramos da ciência, em especial com o Direito Penal, pois, o reflexo da sociedade que visa o punir da forma mais cruel possível está de sobremodo enraizado na sociedade, principalmente naquelas onde a ideia dos direitos humanos ainda não está fortemente solidificada, como é o caso do Brasil. “Direitos humanos só servem para defender bandidos” essa frase de uso muito comum pelo brasileiro que se considera um cidadão de bem, é frequente, e ela demonstra uma opinião de senso comum que acaba por ser reproduzida pelos núcleos de poder, a quem não interessa que os direitos daqueles estão cumprindo suas penas.

Essa temática se estende a todos os que estão em situação de vulnerabilidade e não são enxergados pelo Estado nem pela própria sociedade. A pergunta “direitos humanos para quais humanos?” parte do fato que de nem todos são considerados assim, e por esses motivos, essas pessoas perdem os direitos que são considerados inerentes ao homem, como a vida.

As prisões estão lotadas, o Brasil é um dos países com a maior população carcerária do mundo, esses estabelecimentos prisionais estão repletos de pessoas que não consideradas portadoras desse status. É preciso fazer uma reflexão e estudo acerca de como a sociedade brasileira se comporta e se apresenta como punitivista e mais ainda, é necessário pensar medidas de intervenção, pois, por mais óbvia e carregada de pleonasma, a verdadeira máxima é: direitos humanos são para todos os humanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. 10ª edição. Editora Forense Universitária. Rio de Janeiro. 2007. p. 353

BLUM JÚNIOR, João Conrado. **Direitos humanos para presos? Análise do cumprimento aos tratados internacionais ratificados pelo Brasil e seus reflexos na saúde mental dos condenados** [eBook Kindle]. Amazon, 2018. Acesso em 21 de fev. 2019. Disponível em: <<https://www.amazon.com.br/Direitos-humanos-para-presos-internacionais-ebook/dp/B07FL121K5>>.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 17 de ago. de 2019.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Organização e tradução de Roberto Machado. 1ª edição. Editora Graal. Rio de Janeiro. 1979. p. 295

FOUCAULT, Michel. **História dos Sistemas de Pensamento**. 2ª edição. Casa Editorial Centelha Viva. Portugal. 2011. p. 72

FOUCAUT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. 27ª edição. Editora Vozes. Rio de Janeiro. 1987. p. 288

GREGO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral, volume I**. 20ª edição. Editora Impetus. Rio de Janeiro. 2018. p. 988

JESUS, Damásio de. **Penas alternativas: anotações à lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998.** 1ª edição. Editora Saraiva. São Paulo. 1999. p. 309

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história.** Editora Companhia das Letras. São Paulo. 2009. p. 288

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **O que são direitos humanos?.** Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>>. Acesso em: 18 de ago. de 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** 5ª edição. Editora Saraiva. 2018. p. 1089

SINGER, Helena. **Direitos Humanos e a volúpia punitiva.** Revista USP, São Paulo (37) : 10 - 19 Março/ Maio 1998.

A NECESSIDADE DE IMPLANTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE VOLTADAS A POPULAÇÃO QUE (SOBRE)VIVE COM HIV/AIDS EM ALAGOAS

Cecilio Argolo Junior

INTRODUÇÃO

A preocupação com a saúde coletiva no Brasil não é algo recente da história contemporânea. A precariedade dos serviços públicos oferecidos à coletividade obrigou o Estado a investir na prevenção, proteção e em ações de higienismos voltados a evitar o adoecimento da população. Consoante, com a redemocratização do Brasil, a partir da Promulgação da Constituição da República (1988), houve uma (re)definição dos direitos e garantias sociais voltados ao princípio da dignidade da pessoa humana, eixo de sustentação dos direitos humanos.

Esse pragmatismo, desenhado a partir dos direitos fundamentais, formatou um modelo de sistema público de saúde coletiva, igualitário, universal e integral que, em tese, não deveria ter barreiras impeditivas para o seu acesso, pois foi constituído para o amplo atendimento das necessidades médicas da população, em qualquer nível de cuidado e atenção, devendo possuir infraestrutura necessária e de pronto atendimento ao cidadão-usuário.

Em verdade, reconhecer a saúde como direito fundamental é ter a garantia de que as normas constitucionais deverão prevalecer em qual-

quer momento de necessidade da população e o Estado não se omitirá no cumprimento das normas. Entretanto, os inúmeros problemas crônicos na saúde amealhados no decorrer dos tempos, acrescida da precariedade dos serviços oferecidos à sociedade, vêm refletindo numa das maiores epidemias que o Brasil já teve de enfrentar nas últimas décadas: à aids.

Em Alagoas, há dez anos consecutivos, a epidemia vem crescendo de forma assustadora chamando a atenção do Ministério da Saúde, face ao aumento de infecções oportunistas diagnosticadas e do número de óbitos registrados. Diante desse problema, o Estado vem negligenciando o tratamento dessas pessoas que vivem com HIV/aids.

Este artigo é fruto dos resultados de uma pesquisa interdisciplinar entre às áreas, de Direito e Saúde, apresentados ao Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais da Universidade da Amazônia (UNAMA, Belém, Pará), em maio de 2019. Construída a partir de um estudo qualitativo, descritivo, explicativo, e, documental, com objetivo de mostrar o dever do Estado de Alagoas na implantação de políticas públicas de saúde voltadas a população que (sobre)vive com HIV/aids.

Por fim, acredita-se que a efetivação do direito fundamental à saúde de pessoas soropositivas que vivem em Alagoas deve partir da criação de políticas públicas voltadas ao setor, de modo a permitir à promoção de ações e serviços voltados à prevenção, ao tratamento e à recuperação de infecções e outros agravos prejudiciais à sua vida, “saúde, direito de todos, dever do Estado”.

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE DE PESSOAS QUE VIVEM COM HIV/AIDS NO ESTADO DE ALAGOAS

Alagoas está localizada na região Nordeste do Brasil. Ocupa uma área de 27.848.000 km², com 3.322.820 habitantes. O estado é formado por 102 municípios. Maceió, o mais populoso, é a sua capital. Concentra uma população eminentemente feminina (BRASIL, IBGE, 2019). **Reflexo da maior mortalidade entre a população masculina, principalmente decorrente de causas externas, dentre essas, os homicídios.** (ALAGOAS, CONSELHO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2018).

Em conformidade com o Plano Diretor de Regionalização (SESAU, 2018), Alagoas está dividido em 10 (dez) Regiões de Saúde (RS), subdi-

vididas em 2 (duas) Macrorregiões. Através desse instrumento de política urbana, instituído a partir da Constituição da República (1988), à saúde pública tenta percorrer, a passos lentos, o caminho para atender às necessidades de saúde da população interiorana que vive em situação de pobreza absoluta, onde famílias tentam sobreviver com renda per capita inferior ao nível mínimo necessário e estabelecido constitucionalmente.

Nesse cenário tortuoso, geograficamente, com locais longínquos, de difícil acesso, invisível aos olhos públicos, a aids vem fazendo os seus números aumentarem, interiorizando impiedosamente a epidemia. Essa infecção multifacetada, causada pelo vírus HIV, torna-se base patológica de entrada e disseminação de diversas infecções oportunistas, muitas delas, letais. (FERREIRA; ALESSANDRO; SANTA'ANA, 2010).

A enfermidade, atualmente, crônica, constitui um fenômeno global, dinâmico, heterogêneo e variado, tornando-se um marco para a humanidade. Identificada no início dos anos 80, pelo Centro de Controle de Doenças dos Estados Unidos, como enfermidade exclusiva de homossexuais. (GRECO, 2016).

Há quase quatro décadas as suas características e repercussões ultrapassam as barreiras temporais atingindo os quatro cantos do Planeta, sem exceção. Continua sendo um dos assuntos mais discutidos pelas sociedades, civil e médica. Os determinantes sociais da enfermidade se tornaram grandes aliados para subsidiar as intervenções e compreender melhor a dinâmica de disseminação dessa epidemia no Brasil. (MENEZES, 2018).

Pesquisa realizada por Maranhão e Pereira (2018) mostrou a necessidade de conhecer o soropositivo além de seus aspectos biológicos. Isso significa dizer que não somente os medicamentos retrovirais são importantes para combater a infecção, mas também, outros meios, dentre esses, o acompanhamento diário, são necessários para evitar o adoecimento por aids. (MARANHÃO; PEREIRA, 2018).

A epidemia não tem mais grupo de risco; está em todos os pontos, em todos os lugares, em todas as classes. Muito embora, vem se concentrando em maior proporção nas populações em situação de maior risco e vulnerabilidade epidemiológica, econômica e social. Esses grupos apresentam maiores prevalências de infecção pelo vírus HIV quando comparados à população geral. (BRASIL, BOLETIM EPIDEMIOLÓGICO, 2018).

Para Soares *et al.*, essa vulnerabilidade para o vírus HIV/aids se tornou um dos maiores problemas para a sociedade uma vez que a epidemia vem se expandido em grandes proporções e cada vez mais atingindo um número maior de pessoas. (SOARES *et al.*, 2017).

A principal forma de contaminação pelo vírus HIV se dá, atualmente, por vias sexuais, condição natural da existência humana. (FORESTO *et al.*, 2017). **Até o perfil epidemiológico da infecção ao longo desses anos** vem sofrendo modificações, concentrando maior predominância entre heterossexuais, mulheres, jovens, pobres e do interior. (SANTOS; ASSIS, 2011; MENEZES *et al.*, 2018; BRASIL, BOLETIM EPIDEMIOLÓGICO, 2018).

Fato: a aids é um problema de todos. E por ser um fenômeno social, se faz necessário levar o indivíduo a repensar suas atitudes, **respeitar o seu corpo**, rever seu cotidiano e modificar a sua conduta de relacionamentos íntimos (ARAÚJO *et al.*, 2018). **Evitar o adoecimento por aids é um ato de responsabilidade e cuidado de si próprio**, condição importante para a manutenção do bem-estar físico e psicoemocional. Por isso, não há como negar os danos que essa epidemia vem causando.

Ao pensar na epidemia em números estima-se, atualmente, que existam em todo o mundo 36,9 milhões (31,1 milhões–43,9 milhões) de pessoas vivendo com HIV (PVHIV). Dessas, apenas 21,7 milhões (19,1 milhões–22,6 milhões) de pessoas soropositivas tiveram acesso, em 2017, à TARV (UNAIDS, 2018). Por essas razões se faz necessário serem criadas estratégias eficientes de acesso universal e igualitário ao tratamento, incluindo contra as infecções oportunistas. (ARAÚJO *et al.*, 2018).

No Brasil, a aids aporta em um período delicado de transição político-social e ideológica, 1980, quando o Regime Militar já começara a demonstrar o seu declínio, ensaiando os seus primeiros passos finais. Esse campo de incertezas foi marcado por um crescente número de pessoas infectadas por um vírus ainda pouco conhecido pela comunidade médica, muito embora já era possível perceber a movimentação da sociedade civil em prol dos “aidéticos”, termo utilizado à época, mas, atualmente pejorativo, para designar pessoas acometidas pela infecção. (ARAÚJO *et al.*, 2018).

Segundo o Boletim Epidemiológico aids/DST (2018), de 1980, registro do primeiro caso de aids no Brasil, a junho de 2018, foram notificados

ao Sistema de Agravos de Notificação do Ministério da Saúde (SINAM/MS), 926.742 casos de HIV/aids. Somente em 2017, foram 37.791 novos casos. A região Nordeste continua ocupando o terceiro lugar, com 15% de todos os casos registrados no SINAM/MS de HIV/aids. (BRASIL, BOLETIM EPIDEMIOLÓGICO, 2018).

Alagoas ocupa o terceiro lugar em casos registrados de HIV/aids no Nordeste, contabilizando de 1986, primeira notificação realizada, a novembro de 2018, 9.797 casos registrados, com 2.241 óbitos (ALAGOAS, SESAU, 2019). Hoje, o estado possui 7.556 casos registrados, estando a maior concentração de HIV na faixa etária de 30 a 39 anos, com 2.405 casos, seguida da faixa etária de 40 a 49 anos, com 1.550 casos, terceira maior prevalência do Estado. (ALAGOAS, SESAU, 2019).

O que chama a atenção da vigilância epidemiológica do Ministério da Saúde é o número de casos registrados nos últimos três anos no Estado: 2015, 440 casos; 2016, 518 casos; e, 2017, 606 casos (BRASIL, BOLETIM EPIDEMIOLÓGICO, 2018). Coincidentemente, esse aumento progressivo da enfermidade em Alagoas se deu justamente no período em que se acentuaram a falta de insumos farmacêuticos destinados ao tratamento das infecções oportunistas e a dificuldade para a realização de exames laboratoriais, específicos de prevenção, diagnóstico e tratamento das infecções e coinfeções pela enfermidade. (BRASIL, INDICADORES HIV/AIDS, 2019).

De janeiro a novembro de 2018 foram registrados 280 novos casos de HIV/aids. Menos da metade dos casos registrados em 2017 (BRASIL, INDICADORES HIV/AIDS, 2019). A interrupção no tratamento devido a falta de medicamentos específicos ao combate da enfermidade e de exames laboratoriais obrigaram a Defensoria Pública do Estado de Alagoas (2019) a ajuizar duas Ações Cíveis Públicas (ACP): uma, n. 0703435-43.2019.8.02.0001, requerendo a regularidade na distribuição dos medicamentos destinados à prevenção e tratamento das infecções oportunistas e, outra, n. 0704247-85.2019.8.02.0001, a realização de exames laboratoriais específicos pelo Laboratório Central de Saúde Pública (LACEN/AL) para o diagnóstico e monitoramento de algumas infecções oportunistas causadas pela aids. (ALAGOAS, DEFENSORIA PÚBLICA, 2019).

A falta desses insumos farmacêuticos podem ter contribuído para o aumento no coeficiente de óbitos por enfermidades ligadas a aids. Fa-

zendo um breve comparativo entre os anos de 2007 e 2017, Alagoas verificou um quadro de 2,4 óbitos por 100 mil hab. (2007), e 4,2 óbitos por 100 mil hab. (2017), quase o dobro de 2007. Registre-se que os indicadores dos últimos anos mostraram um aumento no coeficiente de mortalidade por aids em todo o estado, sendo: 2015, 144 óbitos; 2016, 150 óbitos; e, 2017, 161 óbitos, período que coincide com o desabastecimento dos medicamentos antirretrovirais e a falta de exames laboratoriais. Quanto ao coeficiente de mortalidade de 2018, esse somente será mostrado no próximo Boletim Epidemiológico a ser publicado em dezembro de 2019.

Muito embora a morbimortalidade relacionada à aids venha sendo marcada, mundialmente, pelo crescente avanço no desenvolvimento de novos fármacos, com drogas mais potentes e eficazes, no combate à epidemia e na imunização de pessoas que vivem com HIV/aids, em Alagoas todo esse avanço pode não surtir efeito caso a população soropositiva não tenha, prontamente, normalizado o seu tratamento antirretroviral completo.

Estudos apresentados por Argolo Junior *et al.* mostraram em 2014 a realidade vivida por mulheres soropositivas em Maceió, em tratamento num grande centro de referência, as quais “[...] apresentaram uma infecção recente de até cinco ano”. Essa realidade ligada a orientação sexual mostrou em Alagoas, no período de 1986 a 2018, o avanço da infecção pelo vírus HIV/aids em heterossexuais, conforme quadros, a seguir:

Quadro 1. Categoria de exposição ao HIV, período de 1986-2018, em Alagoas.

CATEGORIA DE EXPOSIÇÃO	FREQÜÊNCIA
Ignorado	665
Homossexual	734
Bissexual	247
Heterossexual	1616
UDI	31
Transfusão	1
Perinatal	53
TOTAL	3347

Fonte: Núcleo Epidemiológico de Vigilância e Monitoramento de HIV/aids, 2018.

Quadro 2. Categoria de exposição ao HIV, por sexo, período de 1986-2018, em Alagoas.

SEXO	FREQUÊNCIA
Masculino	2016
Feminino	1331
TOTAL	3347

Fonte: Núcleo Epidemiológico de Vigilância e Monitoramento de HIV/aids, 2018.

Quadro 3. Categoria de exposição a aids, período de 1986-2018, em Alagoas.

CATEGORIA DE EXPOSIÇÃO	FREQUÊNCIA
Ignorado	1660
Homossexual	943
Bissexual	510
Heterossexual	3587
UDI	224
Transfusão	3
Hemofílico	8
Perinatal	16
TOTAL	6951

Fonte: Núcleo Epidemiológico de Vigilância e Monitoramento de HIV/aids, 2018.

Quadro 4. Categoria de exposição a aids, por sexo, período de 1986-2018, em Alagoas.

SEXO	FREQUÊNCIA
Masculino	4605
Feminino	2346
TOTAL	6951

Fonte: Núcleo Epidemiológico de Vigilância e Monitoramento de HIV/aids, 2018.

Há de salientar que a condição sorológica traz ao portador de HIV um amplo espectro carregado de manifestações clínicas que vai da fase aguda à fase avançada da infecção. Em virtude disso, naturalmente, surge uma série de mudanças e situações difíceis de serem enfrentadas e administradas no dia a dia, fato dificultado, ainda mais, por preconceitos e sofrimentos que vêm apenas à própria enfermidade. (BRASIL, PROTOCOLO CLÍNICO DST/AIDS, 2018; SILVA *et al.*, 2015; TEIXEIRA; SILVA, 2015).

As duas maiores indicações para o tratamento do soropositivo: medicamentos para evitar o adoecimento por aids e exames laboratoriais para o diagnóstico e monitoramento da infecção, juntos, ganharam força jurídica

na luta contra a epidemia. Essa movimentação jurídica se dá, segundo Ramos (2010, p. 74), como forma de

[...] preservação da saúde visando à redução do risco de doença, situando-se o próprio direito a um meio ambiente sadio. Está aqui uma prevenção genérica, não individualizável, da doença. O direito à proteção e recuperação da saúde é o direito individual à prevenção da doença e seu tratamento traduz-se no acesso aos serviços e ações destinados à recuperação do doente.

Nesse sentido tornam-se evidentes, urgentes e necessárias a implantação de políticas públicas para essa população que vive com HIV/aids em Alagoas. As frequentes interrupções no tratamento da aids são provas inequívocas e constituídas de um problema recorrente que merece atenção e ação direta dos poderes públicos locais (HÖLFLIG, 2001).

Para Howlett e Ramesh (2003, p. 6), as políticas públicas encabeçam um conjunto “[...] decisões inter-relacionadas adotadas por atores políticos ou grupo de atores voltados para a seleção de objetivos e meios para alcançá-los dentro de uma específica situação onde aquelas decisões devem, em princípio, estarem ao alcance do poder daqueles atores”.

Sendo assim, não há de ser negada a responsabilidade do Estado, haja vista é sua tarefa a implementação e a manutenção do processo de decisões que envolvam o interesse e o bem-estar da população, condições importantes e necessárias para evitar o adoecimento e, conseqüentemente, a morte. (HÖLFLIG, 2001).

A partir desse entendimento, as políticas públicas não podem ser reduzidas unicamente aos interesses da política estatal, muito menos às suas próprias burocracias e impedimentos administrativos, quiçá, eleitoreiros. Em termos concretos, é de responsabilidade do Estado definir as suas ações e funções estabelecendo contornos próprios para que as políticas públicas de saúde sejam pensadas exclusivamente para garantir a segurança e o bem-estar da sociedade.

Como bem delineado por Adriano de Cupis (2008), o direito à saúde é a medula espinhal que sustenta os direitos de personalidade. Por ser esse direito essencial, fundamental e subjetivo do indivíduo, está diretamente ligado à própria existência humana, assim “[...] se o indivíduo não puder

gozar de saúde, outros direitos não lhe despertarão interesse e nem poderão sequer ser exercidos.” (SIQUEIRA; FAZOLLI, 2005, p. 156).

Consentâneo, as políticas públicas de saúde devem propiciar à população a homeostasia sistêmica de um estado pleno de harmonia que integre o bem-estar físico, mental e social da população, de modo a favorecer uma qualidade de vida, cuja conservação dependa de hábitos e sentimentos saudáveis propiciados pelo Estado (LUZ, 2005, p. 167). Nessa visão fenomenológica, o homem conseguirá superar as suas próprias necessidades mecânicas e, naturalmente, reassociará as dimensões biológicas, psicológicas e sociais necessárias para a manutenção da vida humana (ROSEN, 1994). Pois, a experiência das enfermidades desencadeia a desarmonia e o desequilíbrio na estrutura da população. (ALVES, 1993).

Por fim, o Estado não pode ser omissor na instituição de políticas públicas que objetivem proteger a forma mais concreta do direito fundamental à saúde dessas pessoas que sobrevivem com HIV/aids. Nesse sentido, caberá ao Estado garantir minimamente a manutenção de sua existência. E, quando esses direitos subjetivos não forem assegurados ao indivíduo, é tarefa do Poder Judiciário efetivá-los.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da guisa conclusiva, é cediço mostrar que as garantias fundamentais surgem na ordem jurídica como um conjunto de direitos sociais, legalmente constituídos, reconhecidos e amparados pelo ordenamento pátrio, assegurando a todos os indivíduos a proteção necessária para a manutenção da saúde e preservação do ciclo vital. Consoante, nesse contexto, está a saúde como medula espinhal de um sistema-guia de direitos subjetivos que estão atrelados ao dever-ser. E por ser base de sustentação de outras garantias constitucionais, representa um direito de todo o cidadão e dever do Estado.

Nesse campo de batalha e de preservação pela vida, o estado de Alagoas passa por um dos maiores dramas ligados à saúde pública de todos os tempos. Pessoas que vivem com HIV/aids estão há meses com o tratamento interrompido em virtude da falta de medicamentos para evitar o adoecimento por infecções diretamente ligadas à enfermidade, além de não terem acesso a exames laboratoriais necessários para o acompanha-

mento da aids. Essa interrupção no protocolo clínico de tratamento vem trazendo ao Estado o aumento nas estatísticas de adoecimento e óbitos por infecções oportunistas causadas pela aids.

Esses problemas recorrentes ligados à interrupção do tratamento da doença se tornaram motivos para a Defensoria Pública do Estado ajuizar ações civis públicas como forma de regularizar os procedimentos necessários ao tratamento dessas pessoas que vivem com HIV/aids.

O estado de Alagoas não pode se eximir da obrigatoriedade de promover a aquisição de medicamentos destinados ao tratamento ambulatorial e profilaxia de infecções oportunistas relacionadas à patologia. E, também, não deve interromper bruscamente os procedimentos necessários para a realização de exames laboratoriais, condições necessárias para a manutenção do tratamento dessas pessoas soropositivas.

É preciso rever a política de aplicação dos recursos federais, estadual e municipais destinados ao financiamento de ações de vigilância, prevenção e controle da aids em Alagoas de forma a destinar mais desses recursos a questões que visem à política de prevenção como forma de reduzir o número de infecções por HIV e de adoecimentos por aids, principalmente nos interiores longínquos e pobres da capital que vêm mostrando as maiores incidências de casos registrados nos últimos anos. Atrelar a isso, o investimento em políticas educativas voltadas para os jovens, preferencialmente, de classe econômica baixa, mostrando a essa população a necessidade de prevenção como meio de evitar infecções oportunistas, sequelas irreversíveis e a morte. Faz-se necessário insistir no uso de preservativos nas relações sexuais com desconhecidos, bem como criar políticas educativas femininas voltadas exclusivamente à utilização do preservativo próprio.

Por fim, é relevante buscar melhorar os procedimentos em relação ao processo de aquisição, administração, organização, controle e distribuição de tudo o que for importante para o tratamento de pessoas que vivem com HIV/aids em Alagoas, para assim conhecer toda a dinâmica empregada no tratamento.

REFERÊNCIAS

ALAGOAS. **Ação Cível Pública 0703435-43.2019.8.02.0001**. Maceió: Defensoria Pública do Estado de Alagoas, 2019.

ALAGOAS. **ACP n. 0704247-85.2019.8.02.0001**. Maceió: Defensoria Pública do Estado de Alagoas, 2019.

ALAGOAS. **Boletim anual da estatística criminal**: 2018. Maceió: Conselho de Segurança Pública, 2018. Disponível em: <http://seguranca.al.gov.br/wp-content/uploads/arquivos/217_arquivos.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2019.

ALAGOAS. **Plano Diretor de Regionalização da Saúde de Alagoas (PDR)**. Maceió: SESAU, 2011. Disponível em: <<http://www.saude.al.gov.br/wp-content/uploads/2017/09/Plano-Diretor-Regionalizacao.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2018.

ALVES, P.C. A experiência da enfermidade: considerações teóricas. **Cad. saúde pública**, São Paulo, v. 9, n. 3, p. 263-271, 1993.

ARAUJO, G.M.; LEITE, M.T.; HILDEBRANDT, L.M.; OLIVESKI, C.C.; BEUTER, M. Idosos cuidando de si após o diagnóstico de síndrome da imunodeficiência adquirida. **Rev. Bras. Enferm.**, V. 7, suppl. 2, p. 846-853, 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/reben/v71s2/pt_0034-7167-reben-71-s2-0793.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2018.

ARGOLO JUNIOR, C.; FERREIRA, S.M.S.; ALBUQUERQUE, V.W.T.; SILVA, J.I.B.W. Avaliação da qualidade de vida de mulheres com diagnóstico de HIV/aids em Maceió, Alagoas, Brasil. **O Mundo da Saúde**, São Paulo, v. 38, n. 4, p. 448-461, 2014. Disponível em: <http://www.saocamilo-sp.br/pdf/mundo_saude/155566/A10.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2019.

BRASIL. **Boletim Epidemiológico de HIV/aids de 2018**. Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde e Programa Nacional de DST e Aids, 2018. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/sites/default/files/pub/2018/66196/boletim_hiv_aids_12_2018.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 set. 2018.

- BRASIL. **Indicadores e dados básicos do HIV/aids nos municípios brasileiros**: Alagoas. Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde e Departamento de Vigilância do HIV/aids, 2019. Disponível em: <<http://indicadores.aids.gov.br/alagoas>>. Acesso em: 16 jan. 2019.
- BRASIL. **Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas para Manejo da Infecção por HIV em Adultos**. Brasília: Ministério da Saúde e Secretaria de Vigilância em Saúde, 2018. Acesso em: 20 dez. 2018.
- BRASIL. **Relatório de Monitoramento clínico do HIV**. Brasília: Ministério da Saúde, 2018. Disponível em: <<http://www.aids.gov.br/pt-br/pub/2018/relatorio-de-monitoramento-clinico-do-hiv-2018>>. Acesso em: 16 jan. 2019.
- DE CUPIS, A. **Os direitos da personalidade**. 2. ed., São Paulo: Quorum, 2008.
- FERREIRA, R.C.S.; ALESSANDRO, R.; SANTA'ANA, E.G. HIV: mecanismo de replicação, alvos farmacológicos e inibição por produtos derivados de plantas. **Quím. Nova**, São Paulo, v. 33, n. 8, p. 1743-1755, 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/qn/v33n8/23.pdf>>. Acesso em: 17 dez. 2018.
- FORESTO, J.S.; MELO, E.S.; COSTA, C.R.B.; ANTONINI, M.; GIR, E.; REIS, R.K. Adesão à terapêutica antirretroviral de pessoas vivendo com HIV/aids em um município do interior paulista. **Rev. Gaúcha Enferm.**, v. 38, n. 1, e63158, mar., 2017. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rgenf/v38n1/0102-6933-rgenf-1983-144720170163158.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2018.
- GRECO, D. B. Trinta anos de enfrentamento à epidemia da Aids no Brasil, 1985-2015. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 21, n. 5, p. 1553-1564, 2016. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v21n5/1413-8123-csc-21-05-1553.pdf>>. Acesso em: 3 jan. 2019.
- HÖLFLIG, E. M. **Estado e políticas (Públicas) Sociais**. Caderno Cedes, ano 21, n. 55, p. 30-41, nov., 2001.

- HOWLETT, M.; RAMESH, M. **Studying public policy: policy cycles and policy subsystems**. 2. ed. Toronto: Oxford University Press, 2003.
- LUZ, M.T. Cultura contemporânea e medicinas alternativas: novos paradigmas em saúde no fim do século XX. **PHYSIS: Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 15, supl., p. 145-176, 2005.
- MARANHÃO, T.A.; PEREIRA, M.L.D. Determinação social do HIV/aids: revisão integrativa. **Rev. Baiana de Enfermagem**, n. 32, e.20636, 2018.
- MENEZES, E.G. *et al.* Fatores associados à não adesão dos antirretrovirais em portadores de HIV/AIDS. **Acta Paul. Enferm.**, São Paulo, v. 31, n. 3, p. 299-304, 2018. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ape/v31n3/1982-0194-ape-31-03-0299.pdf>>. Acesso em: 3 jan. 2019.
- RAMOS, M.C.S. O Direito Fundamental à Saúde na Perspectiva da Constituição Federal: uma análise comparada. **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, 1, p. 53-92, 2010. Disponível em: <http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2010/04_O_direito_fundamental.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2019.
- ROSEN, G. **Uma história da saúde pública**. São Paulo: Hucitec: Ed. UNESP, 1994.
- SANTOS, A.F.M.; ASSIS, M. Vulnerabilidade das idosas ao HIV/AIDS: despertar das políticas públicas e profissionais de saúde no contexto da atenção integral: revisão de literatura. **Rev. Bras. Geriatr. Gerontol.**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 1, p. 147-157, 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbgg/v14n1/a15v14n1.pdf>>. Acesso em: 3 jan. 2019.
- SILVA, L.C.; FELÍCIO, E.E.A.A.; CASSETTE, J.B.; SOARES, L.A.; MORAIS, R.A.; PRADO, T.S.; GUIMARÃES, D.A. Impacto psicossocial do diagnóstico de HIV/aids em idosos atendidos em um serviço público de saúde. **Rev. Bras. Geriatr. Gerontol.**, Rio

de Janeiro, v. 18, n. 4, p. 821-833, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbpg/v18n4/pt_1809-9823-rbpg-18-04-00821.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2019.

SIQUEIRA, D.P.; FAZOLLI, F. Do direito à saúde: do paradoxo do dever público e da iniciativa privada. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, UNIFAFIBE, v. 2, n. 1, p. 182-197, 2014.

SOARES, J.P. *et al.* Prevalência e fatores de risco para o HIV/aids em populações vulneráveis: uma revisão integrativa. **Arq. Catarin Med**, v. 46, n. 4, p. 182-194, out.-dez., 2017. Disponível em: <<file:///C:/Users/NOTEBOOK-JR/Downloads/126-1115-1-PB.pdf>>. Acesso em: 5 jan. 2019.

TEIXEIRA, M.G.; SILVA, G.A. A representação do portador do vírus da imunodeficiência humana sobre o tratamento com antirretrovirais. **Rev. Esc. Enferm. da USP**, São Paulo, v. 42, n. 4, p. 729-736, 2008.

UNAIDS-BRASIL. **Estatísticas globais sobre HIV** (2018). Disponível em: <<https://unids.org.br/estatisticas/>>. Acesso em: 3 mar. 2019.

PROIBIÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL: UMA ANÁLISE JURÍDICA DA APLICAÇÃO DESSE PRINCÍPIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO EM TEMPOS DE CRISE ECONÔMICA

Pâmela Karoliny de Azevedo Issler

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais estão previstos na Carta Magna e consistem em todos os direitos individuais, sociais, políticos e jurídicos conquistados após muitas guerras e conflitos. Para que os mesmos fossem respeitados surgiram vários princípios, dentre estes existe o princípio de vedação ao retrocesso social que protege os direitos adquiridos. O princípio da vedação do retrocesso social trata-se de uma garantia contra qualquer tipo de arbitrariedades do Estado que tem como finalidade diminuir ou extinguir os direitos fundamentais, principalmente de cunho social.

A Constituição Federal de 1988 não prevê expressamente o princípio da proibição do retrocesso social, mas a doutrina o reconhece e defende que o mesmo está implícito na norma constitucional.

Eis que a crise financeira chegou até o Brasil e reduziu o percentual do PIB, aumentando a taxa de desemprego e contribuindo para o aumento da dívida pública e por isso essa pesquisa científica se justifica pela

existência de um cenário de uma possível crise econômica e sem normatização para regular os atos do Estado.

A aplicação do princípio é notória nos momentos de normalidade do Estado democrático, entretanto, não há um consenso à aplicação do mesmo em situações excepcionais. Por exemplo, quais seriam os efeitos da aplicação do princípio de vedação ao retrocesso social na atual crise financeira enfrentada pelo Brasil? Seria necessária uma relativização desse princípio para que o país conseguisse enfrentar a instabilidade e atingir a ordem econômica? E principalmente, quais seriam as consequências da relativização?

Analisou-se juridicamente a aplicação do princípio da vedação do retrocesso social na ordem jurídica em tempos de uma possível crise econômica e financeira, e para isto é necessário conceituar o princípio e fundamentá-lo. Averiguou-se há a possibilidade da relativização desse princípio em momentos de instabilidade econômica/ financeira, ou seja, se existe um “direito de crise”.

Uma vez que a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional foram omissas quando se trata da posição do governo em relação ao retrocesso social em uma situação de crise financeira, o presente trabalho visou entender a doutrina e a jurisprudência em tempos de dificuldades, para que fosse possível responder se a relativização desse princípio é possível no direito brasileiro.

Além disso, trouxe para o contexto a existência de outros princípios que consagram a vedação do retrocesso social, por exemplo, princípio da isonomia, princípio do estado democrático de direito, princípio da confiança, do mínimo existencial, sendo que esse é um desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana.

O método de pesquisa utilizado foi o descritivo, foram usadas técnicas de coletas de dados em bibliografias para de forma técnica gerar novos conhecimentos a respeito do tema, partindo de ideias já consolidadas ou em construção doutrinária. Usou-se a abordagem qualitativa para se compreender e analisar o objeto de estudo visando sempre à importância da pesquisa e a sua interação com o meio social. Os conceitos utilizados foram obtidos através de uma pesquisa bibliográfica por meio de livros, teses, artigos publicados em revistas e na internet. Visando estruturar e fundamentar os direitos sociais no direito brasileiro, além de sua relação com o princípio da vedação do retrocesso e outros princípios constitucio-

nais, por fim, as consequências dessa relativização em nosso ordenamento, principalmente, na reforma trabalhista.

1. ESTRUTURA E FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

As conquistas dos trabalhadores iniciaram um processo de constitucionalização dos direitos sociais e, por isso, o Estado passou a ser chamado de Estado do bem-estar social. Com isso, ele passou a se preocupar em destinar parte de seu orçamento para políticas públicas que facilitam o acesso ao mínimo de direitos que um indivíduo necessita para viver.

Nessa ideia, “os direitos sociais, de segunda dimensão, exigem atuação positiva do Poder Público para que na prática se verifique sua efetividade, a fim de buscar para toda a almejada igualdade social, que é própria do Estado Social de Direito” (BUHRING 2015, p. 57).

Na verdade, os direitos sociais são aqueles que visam efetivar os direitos fundamentais e garantir o respeito à pelo menos o mínimo que uma pessoa precisa para viver com dignidade. Para a efetivação desses, é necessário um orçamento que suporte à criação de políticas públicas próprias e deliberações executivas ou legislativas.

Os direitos sociais consistem na esfera de “fazer” do Estado e não na esfera de “não fazer” como são os direitos de dimensão negativa. Em concordância, Sarlet (2003, p.52) defende que os direitos sociais possuem “dimensão positiva, uma vez que não se cuida mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual [...]”.

Leciona Queiroz (2009, p.18) que os direitos fundamentais sociais são caracterizados por estratégias, métodos ou técnicas de dimensão positiva, em desdobramento das chamadas normas programáticas, por exemplo, tarefas legislativas, determinação dos fins do estado, tarefas constitucionais, princípios diretivos e mandatos de otimização. Nessa trilha, Pacheco et al. (2010) coloca os direitos de segunda geração como aqueles que denotam a ideia de igualdade.

A Constituição Federal de 1988 estipula que o Brasil é um país que se organiza em um Estado Democrático de Direito tendo como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (art. 1º, I a

V). Ademais, constituem como os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional e erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, I a III). Ambos compõem os princípios fundamentais do Estado brasileiro de 1988. Os direitos sociais devem ser interpretados de acordo com esses princípios fundamentais, ante a fundamentalidade desses direitos prestacionais.

Os direitos sociais estão expressamente assegurados pela Constituição Federal de 1988. Os mesmos estão previstos no Capítulo III do Título II da Constituição Federal de 1988, este título possui seis artigos e os mesmos possuem uma pluralidade de direitos, como a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

Os mesmos são melhores abordados pela Carta Magna em seu Título VII: Da Ordem Social, por exemplo, o direito à saúde que está no arts. 196 a 200, à previdência social nos arts. 201 e 202, à assistência social nos arts. 203 e 204 e à educação no arts. 205 a 214. Além disso, outros direitos sociais podem ser criados pelos princípios adotados pelo Brasil e os tratados que o mesmo faça parte.

Nos últimos tempos devido à crise financeira que o país enfrenta surgiu o debate sobre a redução de alguns destes, por exemplo, a reforma da previdência e a mudança da legislação trabalhista.

Esses direitos são fundamentais pois estão inseridos no título II que trata-se dos direitos e garantias fundamentais. Como direitos fundamentais os mesmo não pode ser extintos pois tratam-se de cláusulas pétreas que estão inseridas no texto constitucional no artigo 60, § 4º. E são estas: a forma federativa de Estado, o direito de voto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais.

2. O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL E BREVES ANOTAÇÕES SOBRE OS PRINCÍPIOS QUE O CONSAGRA

2.1 PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

Como já foi dito, a vedação ao retrocesso social é uma limitação ao poder do Estado que retira desse a liberdade de retroagir quando se tratar

de direitos sociais. Na opinião Lenza (2014, p.1197) “uma vez concretizado o direito, ele não pode ser diminuído ou esvaziado, consagrando aquilo que a doutrina francesa chamou de *effetcliquet*”.

Para Tatsch (2016, p.11) o princípio da vedação do retrocesso social consiste em:

Trata de um princípio constitucional implícito do qual decorre a limitação da atuação do legislador no que diz respeito com a eliminação ou redução de direitos fundamentais, notadamente de caráter prestacional, previstos na Constituição e já implementados mediante lei. E a afirmação de que é um princípio implícito é porque ele advém da própria estrutura dos direitos sociais previstos na Carta Política brasileira (e não apenas de um princípio específico), que nada mais são do que meios para tornar reais os fundamentos do Estado Democrático de Direito em que se constitui República Federativa do Brasil (soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa – art. 1º, I a V), bem como para efetivar os objetivos fundamentais previstos na Constituição de 1988 (construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais – art. 3º, I a III). Saliente-se, outrossim, que embora não qualificado como tal, uma interpretação sistemática envolvendo as disposições contidas no Título I em conjunto com os direitos sociais previstos ao longo da atual Constituição brasileira, nos leva a concluir que estamos diante de um Estado Democrático e Social de Direito.

Ainda na linha de pensamento do Lenza (2014, p.1197) o princípio do não retrocesso social:

Dentro de uma realidade de Estado Social de Direito, estabelece um comportamento positivo para a implementação dos direitos sociais, irradiando essa orientação para a condução das políticas públicas, para atuação do legislador e para o julgador no caso de solução de conflitos. E assim, o administrador, dentro da ideia da reserva do possível, deve implementar políticas públicas.

Para melhor compreensão do princípio é necessário enfatizar que o mesmo está implícito na Carta Magna, portanto, o mesmo está subentendido na norma. Conforme Sarlet (2017, p. 282) os princípios que estão expressos na constituição são os que foram “objeto de previsão textual pelo constituinte (separação dos poderes, dignidade da pessoa humana etc.)”, já os princípios que estão implícitos, são os “subentendidos e derivados de outros princípios e do sistema jurídico-constitucional, como é o caso dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade”.

A ideia da vedação do retrocesso tem sua origem na jurisprudência europeia, principalmente da Alemanha e de Portugal, países em que as conquistas sociais já atingiram patamares bastante mais elevados do que no Brasil (GARCIA,2010).

2.2 BREVES ANOTAÇÕES SOBRE OS PRINCÍPIOS QUE CONSAGRAM O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

As normas se dividem em princípios e regras. “Os princípios possuem como característica principal um alto grau de abstratividade. Constituem, assim, mandamentos de otimização caracterizados por poderem ser satisfeitos em variados níveis, possibilitando uma maior argumentação jurídica”. Os princípios podem ser utilizados como uma forma de interpretar o direito, principalmente na ausência de norma para determinado fato. “Já as regras são normas do tipo tudo ou nada, ou são satisfeitas integralmente, ou não o são.” (ALEXY,1993, p. 90 apud Pompeu e Pimenta, 2015, p.217). A conclusão dele (e a qual aderi), é que os princípios dão margens a várias interpretações, já as regras apenas aquilo que está no texto da lei, ou seja, precisam estar expressamente escritas.

É possível afirmar que o fato de os argumentos contrários à admissibilidade de restrições a direitos sociais durante crises econômicas terem natureza precipuamente principiológica não afasta, de antemão, a sua validade, uma vez que os princípios, no atual estado de desenvolvimento do Direito, são dotados de força normativa e eficácia irradiante, espalhando-se em direção a todo o ordenamento (PEREIRA, 2017, P.1357).

O princípio da proibição do retrocesso social seria uma barreira para a supressão desses direitos em uma crise econômica. Contudo, no Brasil o mesmo ainda é tema de muita discussão. Para a análise desse princípio é necessário o estudo do Estado democrático de Direito, a análise do princípio da dignidade da pessoa humana, da isonomia, do mínimo existencial, da proteção da confiança do cidadão, estado democrático de direito, dentre outros.

No contexto do princípio da dignidade humana, é importante conceituar dignidade humana, Segundo Sarlet (2002, p. 62) é uma:

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

Esse princípio visa proteger o ser humano para que o mesmo tenha uma vida digna através de seus direitos e deveres, e como os direitos sociais é a atuação por parte do Estado para garantir que o ser humano tenha o mínimo para que viva com dignidade, é evidente que os dois princípios estão correlacionados e um necessita do outro. Retroagir direitos sociais poderia ser considerado uma afronta ao princípio da dignidade humana. Sendo que este é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme previsto no art. 1º da Constituição Federal de 1988.

Já o princípio da segurança jurídica é um limite para o Estado, para evitar que o mesmo surpreenda o indivíduo a qualquer momento, ou seja, é a confiança que o indivíduo possui em relação as normas jurídicas. Este também é denominado com princípio da confiança legítima (proteção da confiança).

De acordo com Taveira e Marçal (2013, p.172):

A segurança jurídica pode ser traduzida como a faculdade do indivíduo de poder conduzir, planificar e conformar sua vida de

maneira autônoma e responsável, encampando a garantia de paz jurídico-social, mediante a estabilidade da ordem jurídica, a certeza no que concerne às normas jurídicas e, ao mesmo tempo, a confiabilidade no direito.

Esta se relaciona com o princípio da vedação do retrocesso social no aspecto de que se um direito social é conquistado, por causa do princípio da segurança jurídica, esse direito não pode ser suprimido ou extinguido, por que de certa forma estaria desestabilizaria a confiança que um indivíduo possui no direito.

O princípio do mínimo existencial visa garantir que qualquer ser humano possua pelo menos o mínimo necessário para que possa existir, mas não apenas existir, e sim existir com dignidade humana (ideia de viver com dignidade e não de apenas sobreviver), ou seja, é uma proteção ao mínimo de direitos que um indivíduo necessita ter para viver com dignidade.

Nessa face, Núnes Junior (2009) concorda que há de se falar em justiça social quando se concretizam os ideais programáticos e normativos-subjetivos “fundamentais sociais” em consonância com a resguarda dos interesses e necessidades do mínimo vital.

O princípio possui duas faces, é tanto um limite ao estado e aos particulares quanto a ideia de que o Estado tem que garantir o mínimo para que uma pessoa possa viver com dignidade humana.

O mínimo existencial é direito protegido negativamente contra a intervenção do Estado e, ao mesmo tempo, garantido positivamente pelas prestações estatais. Diz-se, pois, que é direito de status negativus e de status positivus, sendo certo que não raro se convertem uma na outra ou se co-implicam mutuamente a proteção constitucional positiva e a negativa (TORRES, 1989, p.35).

Esse não está explícito na CF/88, ou seja, não está escrito no texto constitucional, mas basta um entendimento básico de outros princípios para perceber que ele está subentendido por quase toda a Constituição. “Deve-se procurá-lo na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração

dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão” (TORRES, 1989, p.29).

O Brasil é um estado democrático e tem como finalidade garantir os exercícios dos direitos individuais e sociais a todos, o mesmo defende vários direitos fundamentais que tem como alicerce jurídico o princípio da dignidade humana.

O estado democrático de direito tem previsão legal na CF/88 em seu art. 1º e no parágrafo único:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Sendo assim, relativizar ou extinguir direitos sociais seria uma afronta ao princípio da dignidade humana e ao estado de direito democrático. E qualquer forma de afronta a democracia é perigoso e não deve ser tolerado.

Outro princípio que consagra a vedação ao retrocesso social é o princípio isonomia, também conhecido como princípio da igualdade, que é um argumento contrário a qualquer tipo de restrição ou vedação de direitos sociais, pois nas “ações anti-crise frequentemente acabam por impor sacrifícios maiores apenas a grupos já anteriormente vulneráveis, como trabalhadores assalariados e aposentados” (PEREIRA, 2017, p.1359).

Um exemplo disso foi as medidas tomadas em Portugal para combater a crise financeira, muitas classes vulneráveis tiveram direitos suprimidos, mas não houve nenhuma medida que previa a revisão de contratos com a esfera privada, ou seja, a classe mais vulnerável precisou ceder em alguns direitos para combater a crise, mas quem mais poderia ajudar e menos sofreria com os impactos não foi tocado pelas medidas anti-crise.

Por isso, o princípio da isonomia é desrespeitado quando há qualquer tipo de restrição de direitos sociais, pois são estes que contribuem para que aquelas classes vulneráveis sejam igualadas as classes menos vulneráveis, através de políticas públicas.

Em concordância, Sarmento, defende que a nossa Constituição em vigor se baseia em uma concepção substantiva da ideia de isonomia, tendo o constituinte partido da premissa de que o Estado está legitimado para agir no plano social para promover a igualdade de fato entre as pessoas. Portanto, para a verdadeira efetivação do direito a igualdade são necessárias as prestações sociais para nivelar as pessoas e as mesmas usufruírem o direito a isonomia.

A Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XXXVI prevê que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.” Portanto, na opinião de Pereira (2017, p.1360) “não parece possível, na ordem constitucional pátria, a edição de medidas anti-crise (ao menos aquelas veiculadas por meio de lei em sentido estrito) que violem direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos nem coisa julgada”.

3. A MEDIDA DE RELATIVIZAÇÃO QUE PORTUGUAL UTILIZOU NA CRISE FINANCEIRA

Portugal teve uma crise em 2003 causada por aumento de gastos estatais e precisou pedir ajudar para a União Europeia, a mesma prestou esse auxílio mais com uma condição, o corte de gastos no governo português. Para isto foi necessário a remoção de alguns feriados, a redução de gastos com pensionistas e privatização de algumas empresas estatais.

O conjunto de decisões que analisam a juridicidade de medidas anti-crise recebeu o nome de jurisprudência da crise, a qual se caracteriza pelo reconhecimento de uma série de elementos extrajurídicos na *ratione decidendi* do Tribunal Constitucional, cujas decisões frequentemente citam dados fáticos e econômicos para cancelar as políticas de austeridades bastantes duras sobre a população (PEREIRA, 2017, p.1379).

Com essas medidas do “direito de crise” Portugal iniciou o processo de recuperação da crise econômica e assim conseguiu reduzir seu déficit orçamentário à metade em 2016, chegando a 2,1% do Produto Interno Bruto (PIB).

No comando do socialista António Costa, Portugal está se recuperando da crise depois de um longo tempo de recessão e atingiu pela pri-

meira vez as metas estabelecidas pela Zona do Euro. O mesmo conseguiu retornar os salários, aposentadorias e as horas trabalhadas aos níveis que eram antes da crise. Além disso, a economia portuguesa cresce há três anos seguidos e para isso o mesmo utilizou-se de aumentar os salários e aposentadorias e conseqüentemente aumentar o consumo e impulsionar a economia.

Esses dados não significam que a economia de Portugal esteja fora da zona de risco, apenas que está caminhando para deixar a crise econômica no passado. Muito embora a relativização de direitos sociais tenha sido um start para que Portugal conseguisse combater seus problemas econômicos, atentar contra a sua própria Constituição pode ser perigoso, principalmente, em um cenário político desestabilizado (como está acontecendo no Brasil).

O “direito de crise” baseia-se em uma “jurisprudência de crise” que permite uma série de medidas de austeridades que visam à diminuição do déficit orçamental português. Mas para ter esses resultados, no cenário da crise econômica, o Tribunal Constitucional de Portugal precisou mudar a opinião que mantinha sobre o princípio da vedação do retrocesso social. Essa mudança ocorreu no famoso acórdão n.º 39/84.

O Tribunal Constitucional de Portugal, por sua vez, ao desenvolver a denominada “jurisprudência da crise”, evoluiu substancialmente em seus posicionamentos, de modo que vem com certa cautela tolerando restrições a benefícios sociais anteriormente conquistados em face da crise econômica e financeira (CONTINENTINO, 2015).

Além disso a doutrina também modificou sua forma de pensar, por exemplo, em Canotilho (2008, p.110) passou a entender o princípio do *non cliquet* como:

“Deve relativizar-se este discurso que nós próprios enfatizámos noutros trabalhos. A dramática aceitação de ‘menos trabalho e menos salário, mas trabalho e salário e para todos’, o desafio da bancarrota da previdência social, o desemprego duradouro, parecem

apontar para a insustentabilidade do princípio da não reversibilidade social.”

Sendo assim uma crise financeira, no novo posicionamento de Canotilho seria o suficiente para justificar a proteção aos direitos sociais conquistados. A questão é: se a mesma medida de recessão de direitos produziria os mesmos efeitos se fosse aplicada em nosso país.

4. CRISE ECONÔMICA BRASILEIRA, OMISSÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL DE EXCEÇÃO E AS CONSEQUÊNCIAS DA RELATIVIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL

A recessão econômica que atingiu o Brasil nos últimos anos foi intensificada pela crise política que o país está vivendo, esse cenário causou diminuição no produto interno bruto (PIB), emperrou o índice de Desenvolvimento Humano (IDH) e reduziu os índices de consumos, aumento as taxas de desempregos e aumentou os números de inadimplente.

Com o desenvolvimento da crise econômica as famílias precisaram se reorganizarem e mudar alguns hábitos, como por exemplo, utilizar mais os meios de transporte público, vender bens e mudar para imóveis menores e mais baratos, optar por escola pública, cancelar os planos de saúde, buscar mais produtos que estejam promoção e se desapegar pelas marcas mais onerosas, entre outros.

No cenário de crise econômica surge a questão: Como um Estado pode continuar cumprindo com as políticas públicas e as medidas efetivação de direitos mesmo que não tenha mais orçamento e condição para isto?

Em momento de crise econômica, é comum a adoção das chamadas medidas de alteridades que trazem regras mais rígidas quanto aos gastos públicos, muitas vezes impondo restrições a direitos sociais cuja a promoção -embora de inegável relevância -importa despesas consideráveis para o poder público (PEREIRA, 2017, p.1356).

Nessa linha de pensamento, Pompeu e Pimenta (2015, p.216) dizem que “as nações desenvolvidas tomam medidas que em alguns casos desconstituem direitos e princípios assegurados por suas constituições, é necessário analisar como tais medidas se justificam.”

No Brasil, o direito público está despreparado para enfrentar a atual crise financeira, pois na Carta Magna brasileira não existe uma previsão legal de supressão ou extinção de direitos em caso de crise financeira.

O texto constitucional prevê situações de anormalidades onde podem haver a supressão e limitação de direitos constitucionais, por exemplo, estado de defesa(art.136) e o estado de sitio(art.137), ou seja, é um Direito Constitucional de Exceção.

Entretanto, o legislador esqueceu-se de normatizar a crise econômica e infelizmente essa se tornou um dos problemas no qual o Brasil precisa enfrentar. A questão é o que deve ser feito para regular um estado de exceção quando o próprio texto constitucional foi omissivo. Na verdade, a jurisprudência ainda não se posicionou sobre o fato. Muito embora já tenha sido tomadas algumas decisões no judiciário que dão a entender que seria possível a relativização de direitos nessa situação de crise financeira.

A crise econômica não pode ser tratada como uma justificativa para espaços jurídicos, ou seja, ser uma oportunidade para desrespeitar valores do nosso ordenamento.

Segundo o ministro Toffoli, no julgamento da liminar que obrigava a pagar os professores até o 5º dia útil do mês, a crise financeira seria uma justificativa para o parcelamento dos salários desses servidores públicos do estado de Minas Gerais. Muito embora a relativização do princípio do retrocesso social não tenha sido citado, é possível perceber que segundo o ministro do STF a relativização de direitos pode ser possível em caso de crise econômica.

Entretanto, as medidas de exceção devem estar expressas na constituição, tanto quando elas são cabíveis quanto o processo que deve ser obedecido para a sua decretação juntamente com quais direitos poderão ser suprimido. Essa norma não existe já o princípio da vedação do retrocesso social, como já foi dito, está implícito na norma suprema e é consagrado por outros princípios constitucionais.

Atualmente, o Brasil além da crise financeira enfrenta um cenário político desestabilizado e manchado pela corrupção, sendo que essa é um dos principais motivos para a instabilidade econômica que o país está enfrentando. Comparando a situação financeira do Brasil com a situação na qual Portugal se encontrava quando entrou em processo de falência, percebe-se que são duas situações completamente opostas.

Portugal realmente se encontrava em uma crise financeira devido à baixa arrecadação e os altos gastos pública, já no caso do Brasil, o problema é que a arrecadação pública não chega ao destino final que deveria por causa dos altos índices de corrupção.

Desde os primórdios da humanidade a corrupção foi um problema de nível mundial, entretanto, na história do Brasil, desde a colonização, é marcada pela corrupção e desde então o País não conseguiu aniquilar esse problema e este afeta diretamente o orçamento público e o bem-estar social.

4.1 REFORMA DAS LEIS TRABALHISTAS

De acordo com Moraes (2018):

A CLT surgiu como uma necessidade constitucional após a criação da Justiça do Trabalho em 1939. Antes da CLT, a legislação trabalhista atendia a pequenos e restritos núcleos e tampouco a massa trabalhista brasileira. O país passava por um momento de desenvolvimento, mudando a economia de agrária para industrial e, apesar das diversas alterações que o seu texto sofreu, a Consolidação das Leis do Trabalho permaneceu em vigor no Brasil com normas disciplinares das relações individuais e coletivas de trabalho, além das concernentes a procedimentos administrativos e à Justiça do Trabalho.

Através da lei 13.467 de 13 de julho de 2017 as leis trabalhistas passou pelas maiores mudanças desde que foram instituídas a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) em 1943. Essa lei ficou conhecida como reforma trabalhista e tem finalidade de reformar, criar ou revogar vários artigos e parágrafos da CLT. A mesma implicou em mudanças radicais e supressão de direitos sociais.

A reforma trabalhista veio com o ideal de facilitar a negociação entre empresário e empregado, em um cenário de instabilidade política e econômica, entretanto, em um país onde na maioria das vezes os direitos trabalhistas nem ao menos são respeitados, seria o ideal diminuir a intervenção do estado no trabalho e liberar a negociação entre os dois polos de uma relação de emprego?

Esses novos moldes das leis trabalhistas, em muitos aspectos beneficiam apenas o empregador, e suprime direitos historicamente consolidados do empregado, e como o direito ao trabalho é tido como um direito social, previsto no art. 6º da CF/88, essa supressão poderia ser considerada um grave atentado ao princípio de proibição do retrocesso social. Esta norma considera como direitos sociais a “educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (BRASIL, 1988).

Na reforma trabalhista “está presente a violação aos princípios que são basilares do direito do trabalho, por exemplo, como da proteção, da norma mais favorável e da condição mais benéfica” (GARCIA, 2017).

Dessa forma, contrapor tais princípios seria dizer que o direito do trabalho mudou o viés completamente, esquecendo dos anos de história e lutas que o Brasil passou para alcançar esse patamar de arcabouço legal e principiológico. (ABREU, 2018)

CONCLUSÃO

Em vista dos argumentos apresentados, é evidente que o princípio da vedação ao retrocesso social está implícito na Constituição de 1988 e o mesmo faz parte do ordenamento jurídico brasileiro por ter sido consagrado pelas normas constitucional através de outros princípios, como por exemplo, princípio da dignidade humana, mínimo existencial, princípio da confiança, entre outros.

Trata-se da proibição de retroceder quando se tratar dos direitos fundamentais sociais.

Devido à crise financeira que modificou a situação econômica do Brasil surgiu o questionamento se para sair dessa crise o Brasil precisaria relativizar esse princípio assim como Portugal o fez. A questão é que o cenário político brasileiro é completamente diferente do português. Por exemplo, em Portugal o que realmente ocorreu foi uma crise financeira, onde os gastos eram maiores que arrecadação, já no Brasil o maior problema é que os valores arrecadados são desviados antes mesmo de descumprir com sua função pública.

Portanto, para combater a crise econômica brasileira o primeiro passo seria diminuir o desvio de dinheiro para a corrupção, afinal, verbas públicas para custear os direitos sociais existem, as altas taxas de impostos comprovam isso, o que não existem são formas adequadas e eficazes de fiscalização e técnicas de combate a corrupção.

Embora seja omissivo na norma brasileira se caberia supressão ou a extinção de direitos sociais em situações de instabilidade financeira, existe o princípio da vedação ao retrocesso social e o mesmo está implícito na constituição. Além disso, ele possui fortes bases principiológicas (princípios que efetivam a vedação ao retrocesso social) no nosso ordenamento.

A vedação ao retrocesso social já apareceu em várias decisões proferidas pelo STF e atualmente também foi completamente ignorado pela reforma trabalhista. Portanto, está começando a forma um “direito de crise” através da jurisprudência e da doutrina, mesmo com a omissão legislativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXI, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales**. 1997
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.
- BÜHRING, Marcia A. **Direito Social: proibição de retrocesso e dever de progressão**. *Direito & Justiça*, v. 41, n. 1, p. 56-73, 2015. PC
- DE OLIVEIRA TAVEIRA, Christiano; MARÇAL, Thaís Boia. Proibição do retrocesso social e orçamento: em busca de uma relação harmônica. **Revista de Direito Administrativo**, v. 264, p. 161-186, 2013.
- GARCIA, Sérgio Renato T. O princípio da vedação de retrocesso na jurisprudência pátria-análise de precedentes do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Regionais Federais e da Turma Nacional de Uniformização. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, n. 36, 2010.

- JUNIOR, Vidal Serrano Nunes. **A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. Verbatim, 2009.
- LENZA, Pedro. **DIREITO CONSTITUCIONAL ESQUEMATIZADO®**. Editora Saraiva, 2014. p.1197.
- POMPEU, Gina V. M.; DE ALENCAR PIMENTA, Camila A. O princípio da vedação do retrocesso social diante da crise econômica do Século XXI. **Direito e desenvolvimento**, v. 6, n. 2, p. 216-237, 2015.
- PACHECO, Felipe José Minervino et al. **Justiça social e estratégias de posituação dos direitos fundamentais sociais na Constituição brasileira de 1988: o mínimo vital como condição à inclusão e desenvolvimento sociais**. 2010.
- QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial**. Editora Coimbra. 2006.
- SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Livraria do Advogado Editora, 2018.
- SARLET, Ingo. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3 ed., rev. atual e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.52.
- SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. Saraiva Educação SA, 2017. p. 282. 2017.
- SARLET, W. Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62.
- TATSCH, Ricardo L. L. **DIREITOS SOCIAIS, CRISE ECONÔMICA, PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL E O ORÇAMENTO PÚBLICO**. 2016.
- TORRES, Ricardo L. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de direito administrativo**, v. 177, p. 29-49, 1989.

RESUMOS

O EXERCÍCIO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS: ANÁLISE DOS PEDIDOS DE HABEAS CORPUS E O DIREITO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO (2016-2018)

Luiz Fernando Alves Botelho

A presente pesquisa, baseada na evolução do instituto do controle de convencionalidade como obrigação internacional dos Estados-parte da Convenção Americana de Direitos Humanos, objetiva aferir em que medida o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais está (des)cumprindo a referida obrigação no exercício da prestação jurisdicional. No desempenho desse desiderato, partir-se-á da investigação das origens do aludido instituto, sua evolução jurisprudencial na Corte Interamericana de Direitos Humanos, determinando-se os parâmetros atuais e mínimos para o correto exercício da obrigação; pretende-se ainda, verificar a atual compreensão da Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto ao direito ao prazo razoável do processo previsto no artigo 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos analisando-se as decisões que enfrentaram a questão e ainda os julgamentos relativos ao tema realizados, nos anos de 2016 a 2018, com a finalidade de identificar os critérios mínimos para a efetivação do mencionado direito e assim compatibilizá-los com os argumentos contidos nas decisões dos habeas corpus julgados pelo Tribunal de

Justiça do Estado de Minas Gerais, que enfrentaram essa questão no mesmo período. Diante deste cenário, procedeu-se a uma consulta prévia no site do TJMG, utilizando-se como parâmetro de busca a expressão “razoável duração do processo” no âmbito de “Habeas Corpus Criminal” e data de julgamento: o período entre 23/11/2016 e 13/09/2018, foram encontrados 141 acórdãos. Os resultados da avaliação desses dados revelarão se o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na análise do direito à razoável duração do processo, utiliza critérios semelhantes aos estabelecidos na jurisprudência da Corte Interamericana, ou se o faz de modo inconstante, se cita a Convenção Americana de Direitos Humanos ou a jurisprudência da Corte Interamericana. Por fim, será possível concluir se o Tribunal de Justiça do Estado de Minas está cumprindo a obrigação de controlar a convencionalidade, o que possibilitará a responsabilização internacional do Brasil pelo descumprimento de obrigação internacional.

A FORÇA NORMATIVA DA FOLHA DE PAPEL: KONRAD HESSE VERSUS FERDINAND LASSALLE

Andréa Neiva Coelho De Medeiros

Ferdinand Lassalle é o responsável pela formulação da concepção sociológica da constituição, segundo a qual, a verdadeira constituição é a soma dos fatores reais de poder. Participações suas em algumas conferências foram traduzidas e publicadas em um livro sob o título de “A Essência da Constituição”.¹

Em princípio, Lassalle (2001, p. 6-8) qualifica a constituição como “um pacto juramentado entre o rei e o povo” e defende a sua importância e o seu valor em detrimento da legislação comum declarando que aquela “deve ser qualquer coisa de mais sagrado, de mais firme e de mais imóvel que uma lei comum”. No entanto, apesar da importância de uma constituição escrita, a realidade é quem possuiria o condão de ditá-la.

Ao longo da obra, o jurista (LASSALLE, 2001, p. 17) demonstra várias situações inviabilizadoras da existência de uma constituição contrária a soma dos fatores reais de poder que regem uma nação, aquelas consistiriam, em suas palavras: “[na] força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são”.(LASSALLE, 2001, p. 10-11) Ou seja, a constituição não poderia contrariar a elite detentora do poder e do comando governamental.

Para comprovar seu pensamento, Lassalle (2001, p. 11) parte do pressuposto que um Estado perdeu toda a sua legislação e precisaria recriá-la

do zero, em seguida, questiona se o legislador/constituente é realmente livre para agir e escolher o conteúdo da formação do direito. Daí, cita que, levando em consideração a época e o núcleo de pessoas que exercia poder (a Monarquia, a burguesia e a aristocracia, entre outros),² não seria permitido a criação de uma constituição que contrariasse, abolisse ou diminuísse os poderes e interesses da classe dominante. (LASSALLE, 2001, p. 12-22)

Lassalle (2001, P. 17) resume que os fatores reais de poder escriturados em uma folha de papel é o que institui a constituição jurídica. Assim, a constituição escrita será boa e duradoura apenas quando esta corresponder à “constituição real” e estiver ancorada nos “fatores do poder que regem o país”, por consequência, havendo conflito entre a “folha de papel” e a realidade social, esta prevaleceria em detrimento daquela (LASSALLE, 2001, p. 33).

Por fim, concluiu que os problemas constitucionais de uma sociedade não se refere ao direito posto, mas ao poder efetivamente exercido sobre a coletividade, uma vez que, as constituições escritas (a folha de papel) só terão importância e valor caso retratem fielmente os fatores reais de poder que imperam sob a realidade social (LASSALLE, 2001, p. 40). Desta forma, a realidade do poder conforma o que está no papel e, em caso de divergência, aquela preponderará.

Sendo assim, a partir dos seus ensinamentos, extrai-se que a constituição real de um Estado só poderá ser tal como já é, não importando o que está realmente declarado na constituição, mas como efetivamente a sociedade se comporta. Ao negar importância à constituição escrita, Lassalle nega a sua validade jurídica, pois, se não pode mudar a realidade posta, restaria apenas uma força declaratória. Portanto, nada mais é que uma folha de papel.

Em divergência, Konrad Hesse (1991, Pp. 9), em aula inaugural na Universidade de Freiburg (em 1959) – que originou a publicação do Livro “A Força Normativa da Constituição” – enfrenta as reflexões formuladas por Ferdinand Lassalle e discorda da conclusão apresentada por ele sobre a insignificância da folha de papel.

Konrad Hesse (1991, p. 10-11) parte um pressuposto diverso do defendido por Lassalle, qual seja, a identidade entre a realidade e a constituição escrita é apenas um limite hipotético extremo, entre a norma (estática e racional) e a realidade (fluida e imprudente). Entre elas, haveria uma

tensão indispensável e intrínseca a este intercâmbio. Diante dessa afirmação, Hesse questiona se, ao lado das forças políticas e sociais, também não existiria uma força determinante do Direito Constitucional – o que mais adiante ele concluiria ser a força normativa da constituição.

Konrad Hesse (1991, p. 13-14) traz uma nova perspectiva sobre a conexão entre a realidade do poder e as leis formuladas: nem sempre esta sucumbirá aquela, haveria, na verdade, uma troca de influências e de conformações, ora a realidade domina, ora a constituição escrita domina. Para tanto, faz-se necessário que a norma constitucional seja dotada de uma “pretensão de eficácia”, ou seja, a situação abrangida por ela, ainda que distante no momento, planeja ser concretizada.

Percebe-se que Konrad Hesse busca apresentar um meio termo entre os pensamentos de Ferdinand Lassalle e da corrente positivista: enquanto esta dissociava totalmente a realidade social da norma jurídica, Lassalle só se importava com a constituição escrita caso houvesse identidade total com a realidade, senão, de nada valeria. No entanto, Hesse alerta para o perigo de adotar um dos posicionamentos extremos sobre a constituição, sob o risco de defender “uma norma despida de qualquer elemento da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo”, logo, realidade e norma devem ser analisadas em seu “condicionamento recíproco” (HESSE, 1991, p. 13-14)

Konrad Hesse (1991, p. 16) acredita que a constituição, mesmo que não corresponda à realidade social em determinado momento, é capaz de influenciar mudanças verdadeiras no sistema de distribuição de poder e direitos – a essa capacidade dá-se o nome de força normativa. Isto é, os direitos fundamentais, mesmo que não implementados plenamente na sociedade brasileira, tem o condão de modificar a realidade através da sua pretensão de eficácia e vontade de constituição.

Ao fazer uma comparação entre a Constituição Real e a Constituição Jurídica, Konrad Hesse (1991, p. 15) afirma haver uma relação dialética entre elas, que agem de forma coordenada e condicionam-se mutuamente. Esse intercâmbio de informações evidencia que não há uma dependência pura e simples de uma em relação à outra, mas que ambas convivem nessa troca de influências.

Desta forma, sem ignorar a realidade social, mas também sem tomá-la por definitiva, Hesse (1991) defende que a força normativa da consti-

tuição se fortalece na medida em que conquista êxito na sua pretensão de eficácia. Sendo assim, a constituição deve intencionalmente ordenar o fato social e influir sobre ele, bem como, a sociedade deve mobilizar-se nesse sentido, sem manter-se inerte aos dizeres constitucionais.

Diante do exposto, infere-se que a teoria desenvolvida por Konrad Hesse se situa entre o pensamento Kelseniano – onde a normatividade da constituição é isolada e independe da realidade social – e o entendimento de Ferdinand Lassalle que conclui pelo total desmerecimento da constituição do Estado em detrimento da efetiva situação da sociedade.

BIBLIOGRAFIA

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MULTICULTURALISMO E DIREITOS HUMANOS

Adolfô Veiller Souza Henriques

O termo multiculturalismo tem uma gama de significados dentro dos contextos da sociologia, da filosofia política e do uso coloquial. Na sociologia e no uso cotidiano, é sinônimo de “ pluralismo étnico “, com os dois termos frequentemente usados de forma intercambiável, por exemplo, um pluralismo cultural no qual vários grupos étnicos colaboram e entram em diálogo entre si sem ter para sacrificar suas identidades particulares. Staff (2008). Já os direitos humanos são princípios ou normas morais que descrevem certos padrões de comportamento humano e são regularmente protegidos como direitos naturais e legais no direito municipal e internacional. James Níquel (2013).

1. introdução e objetivo

Pode descrever uma área de comunidade étnica mista onde existem várias tradições culturais (como Nova Iorque) ou um único país dentro do qual o fazem (como a Suíça, a Bélgica ou a Rússia). Grupos associados a grupos étnicos aborígenes ou autóctones e grupos étnicos estrangeiros são frequentemente o foco.

Em referência à sociologia, o multiculturalismo é o estado final de um processo natural ou artificial (por exemplo: imigração legalmente controlada) e ocorre em grande escala nacional ou em menor escala nas comunidades de uma nação.

Em menor escala, isso pode ocorrer artificialmente quando uma jurisdição é estabelecida ou expandida, através da fusão de áreas com duas

ou mais culturas diferentes (por exemplo, Canadá francês e Canadá inglês). Em grande escala, pode ocorrer como resultado da migração legal ou ilegal para e de diferentes jurisdições em todo o mundo (por exemplo, o assentamento anglo-saxão da Grã-Bretanha por anglos, saxões e jutos no século V ou a colonização das Américas por europeus, africanos e asiáticos desde o século XVI).

O multiculturalismo como filosofia política envolve ideologias e políticas que variam amplamente. Thomas L. Harper (2011, p. 50). Na filosofia política do multiculturalismo, as ideias estão focadas nas maneiras pelas quais as sociedades devem ou devem acreditar, responder às diferenças culturais e religiosas. É frequentemente associado a “política de identidade”, “política da diferença” e “política de reconhecimento”. É também uma questão de interesses econômicos e poder político.

O termo multiculturalismo é mais frequentemente usado em referência aos estados-nações ocidentais, que aparentemente conseguiram uma única identidade nacional de facto durante os séculos XVIII e / ou XIX. Geneviève Zarate, et.al (2011, p. 377).

Já os direitos humanos são princípios ou normas morais que descrevem certos padrões de comportamento humano e são regularmente protegidos como direitos naturais e legais no direito municipal e internacional. James Níquel (2013).

Eles são comumente entendidos como direitos inalienáveis, fundamentais “aos quais uma pessoa é inerentemente intitulada simplesmente porque ela ou ele é um ser humano” e que são “inerentes a todos os seres humanos”, independentemente de sua nação, localização, idioma, religião, origem étnica ou qualquer outro status. Shaw (2008, p. 265)

Eles são aplicáveis em todos os lugares e em todos os momentos, no sentido de serem universais, e são igualitários no sentido de serem os mesmos para todos. Eles são considerados como exigindo empatia e o estado de direito e impondo uma obrigação às pessoas de respeitarem os direitos humanos dos outros, e geralmente é considerado que elas não devem ser tiradas exceto como resultado do devido processo baseado em circunstâncias específicas; por exemplo, os direitos humanos não podem incluir a liberdade de prisão, tortura e execução ilícitas. As Nações Unidas, Escritório do Alto Comissariado dos Direitos Humanos. (2014).

Procedimentos metodológicos

Os procedimentos utilizados, foi a pesquisa bibliográfica, não utilizando pesquisa de campo de qualquer forma. A pesquisa foi elaborado em cima de livros, periódicos, revistas e sites acadêmicos.

Resultados e discussão

Os resultados alcançados foram de que, adoutrina dos direitos humanos e do multiculturalismo tem sido altamente influente no direito internacional e nas instituições globais e regionais. As Nações Unidas, Escritório do Alto Comissariado dos Direitos Humanos. (2014).

As ações de estados e organizações não-governamentais formam uma base de políticas públicas em todo o mundo. A ideia de direitos humanos sugere que “se pode dizer que o discurso público da sociedade global em tempo de paz tem uma linguagem moral comum, é a dos direitos humanos”. As fortes afirmações feitas pela doutrina dos direitos humanos continuam a provocar consideráveis ceticismos e debates sobre o conteúdo, a natureza e as justificativas dos direitos humanos até hoje. Amostra, Ian, et.al. (2017).

CONCLUSÃO

O significado preciso do termo certo sobre é controverso e é objeto de contínuo debate filosófico; embora haja consenso de que os direitos humanos englobam uma ampla variedade de direitos tais como o direito a um julgamento justo, proteção contra a escravidão, proibição de genocídio, liberdade de expressão ou direito à educação (incluindo o direito para a educação sexual abrangente, entre outros), há discordância sobre quais desses direitos particulares devem ser incluídos dentro da estrutura geral dos direitos humanos; alguns pensadores sugerem que os direitos humanos devem ser um requisito mínimo para evitar os abusos de pior caso, enquanto outros o consideram um padrão mais elevado.

A partir desta fundação, os argumentos modernos de direitos humanos surgiram na segunda metade do século 20, possivelmente como uma reação à escravidão, tortura, genocídio e crimes de guerra, como uma per-

cepção da vulnerabilidade humana inerente. como sendo uma pré-condição para a possibilidade de uma sociedade justa.

REFERÊNCIAS

AMOSTRA, Ian (26 de abril de 2017). “Novos direitos humanos para proteger contra ‘hackers mentais’ e roubo de dados cerebrais propostos”. o *Guardião*. Retirado em 4 de julho de 2018. Texto e referências traduzidas pelo autor. Disponível em: <https://www.theguardian.com/science/2017/apr/26/new-human-rights-to-protect-against-mind-hacking-and-brain-data-theft-proposed>. Acesso em: 11/07/2019.

AS NAÇÕES UNIDAS, ESCRITÓRIO DO ALTO COMISSARIADO DOS DIREITOS HUMANOS. O que são os direitos humanos? Texto e referências traduzidas pelo autor. Recuperado em 14 de agosto de 2014. Disponível em: <http://www.ohchr.org/en/issues/pages/whatarehumanrights.aspx>. Acesso em: 14/07/2019.

BURNS H. Weston, 20 de março de 2014. *Encyclopædia Britannica*, direitos humanos, Retirado 14 de agosto de 2014. Texto e referências traduzidas pelo autor. Disponível em: <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/275840/human-rights>. Acesso em: 15/07/2019.

GARY J. Bass (livro revisor), Samuel Moyn (autor do livro que está sendo revisado), 20 de outubro de 2010. *The New Republic*, *The Old New Thing*. Texto e referências traduzidas pelo autor. Retirado 14 ago 2014. Disponível em: <https://newrepublic.com/article/books-and-arts/magazine/78542/the-old-new-thing-human-rights>. Acesso em: 11/07/2019.

JAMES, Níquel, com a ajuda de Thomas Pogge, MBE Smith, e Leif Wenar, 13 de dezembro de 2013, o *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Direitos Humanos, Retirado 14 de agosto de 2014. Texto e referências traduzidas pelo autor. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/rights-human/>. Acesso em: 15/07/2019.

LENCA, Marcello; Andorno, Roberto (26 de abril de 2017). “Rumo a novos direitos humanos na era da neurociência e neurotecnologia”. *Ciências da Vida, Sociedade e Política*. 13(1): 5. doi: 10.1186/s40504-017-0050-1. PMC 5447561. PMID 28444626. Retirado em 4 de julho de 2018.

STAFF (15 julho de 2008), “Pluralismo, Cultural”, *Enciclopédia de Educação Especial*, John Wiley & Sons, Texto e referências traduzidas pelo autor. Inc., doi: 10.1002/9780470373699.speced1627, ISBN 978-0470373699

UNESCO. 2018. *Orientação Técnica Internacional sobre a educação sexual: uma abordagem baseada em evidências (PDF)*. p. 16. Texto e referências traduzidas pelo autor. Paris: ISBN 978-9231002595. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0026/002607/260770e.pdf>. Acesso em: 15/07/2019.

PROJETO DE LEI GABRIELA LEITE QUE REGULARIZA AS CASAS DE PROSTITUIÇÃO: EFICAZ OU INEFICAZ?

Anna Luíza Andion Farias Juncqua

INTRODUÇÃO

O projeto de Lei 4.211/2012, chamado de Lei Gabriela Leite, foi proposto em pelo Deputado Federal Jean Wyllys (PSOL-RJ) em 2012. Este projeto prevê que o exercício da atividade do profissional do sexo precisa ser voluntário e diretamente remunerado, devendo ser exercido exclusivamente por pessoas maiores de idade e com plenas capacidades mentais. O profissional do sexo é o único que pode ter benefícios em relação aos rendimentos do seu trabalho. Tendo em vista que está sendo colocado em pauta que o serviço sexual seja realizado de maneira autônoma e coope-rada, pois são métodos em que os próprios profissionais ganham o lucro da atividade.

PROBLEMA DA PESQUISA

Diante da ausência dos direitos para os profissionais do sexo, a pesquisa propõe-se a analisar a previsão dos direitos previstos na Constituição Federal de 88 e o projeto de Lei n° 4.211/2012, no qual descriminaliza as casas de prostituição. Nesse sentido, a pesquisa visa responder a seguinte pergunta: será efetiva a aprovação do projeto de Lei Gabriela Leite que

prevê a regularização das casas de prostituição, tendo em vista os direitos trabalhistas que serão assegurados, a garantia da dignidade humana em virtude da eliminação das condições precárias de trabalho no qual esses profissionais estão submetidos?

OBJETIVO

A República Federativa do Brasil prevê alguns objetivos fundamentais, como a erradicação da marginalização (Art. 3º, inciso III, CRFB) e o da promoção do bem de todos (Art. 3º, inciso IV). De acordo com o Art. 5º da Carta Magna, a liberdade, a igualdade e a segurança são invioláveis. Nesse contexto, objetiva-se mostrar que o atual estado normativo no qual os trabalhadores do sexo não são reconhecidos como profissionais e ainda são isentos do acesso à saúde, à segurança pública, Direito ao Trabalho e a dignidade da pessoa humana padece de inconstitucionalidade. Ocorrendo a exclusão social e marginalização desse setor da sociedade.

Nesse contexto, foi proposto pelo deputado Federal Jean Wyllys (PSOL-R) o Projeto de Lei nº 4.211/2012, no qual legaliza as casas de prostituição, garante aposentadoria especial para os profissionais do sexo e possui a exigência legal de pagamento para a prestação de serviços sexuais.

A pesquisa propõe-se a analisar o projeto de Lei Gabriela Leite que regulariza as casas de prostituição. Nesse sentido, a propositura da Lei nº 4.211/2012 não visa estimular o aumento da demanda dos profissionais do sexo, mas sim a previsão da redução dos riscos danosos que são decorrentes da prostituição. Essa proposta possui o intuito de garantir os direitos previsto na Constituição Federal de 88, como a dignidade da pessoa humana, uma vez que estes indivíduos são privados de alguns direitos elementares, como o acesso à Justiça para receber o pagamento.

MÉTODO

Trata-se da análise dos artigos da Constituição Federal de 88, da doutrina brasileira e do Projeto de Lei nº 4.211/2012. A pesquisa é caracterizada como objetiva, descritiva e explicativa; pelos procedimentos: abordagem direta; pelo objeto: bibliográfico e análise da doutrina, de artigos científicos, como meio de embasamento e fundamentação.

RESULTADOS ALCANÇADOS

Foi possível verificar que um dos pontos fundamentais do projeto de Lei é a diferenciação entre prostituição e exploração sexual; de modo que o projeto tem o intuito de modificar as leis previstas no Código Penal, por intermédio da manutenção do termo “exploração sexual” e eliminação do vocábulo “prostituição”. Haja vista que ambos são previstos no Código Penal nos artigos 228 e 231, sendo a prostituição equiparada a uma forma de exploração sexual. Por conseguinte, destaca-se que o primeiro é uma atividade não criminosa e profissional e já o segundo, caracteriza-se como um crime contra a dignidade sexual da pessoa.

Cida Vieira concorda com a regularização das casas de prostituição, uma vez que os profissionais do sexo poderiam exigir condições de ventilação e higiene melhores. “Embora a prostituição seja autônoma, precisamos olhar para os locais em que ela acontece. A sífilis e a tuberculose estão voltando com tudo” (VIEIRA, CIDA, 2016).

Os trabalhadores do sexo estão sujeitos ao trabalho em situações precárias, uma vez que estes sofrem de um envelhecimento precoce e com a ausência de oportunidades de ascender na carreira, que cedo finaliza. Logo, percebe-se a relevância do direito à Aposentadoria Especial pelo INSS (Instituto Nacional de Seguro Social).

Além disso, este projeto de Lei possui o intuito de combater a exploração sexual, diante do caráter punitivo que ocorre na prática. Observa-se que a punição acontece para as casas de exploração sexual, no qual os indivíduos são obrigados a realizar serviços sexuais, sem nenhum pagamento e não são considerados como prestadores de serviços, sendo objeto de comércio sexual.

Para o deputado Federal, a regularização das casas de prostituição é primordial para tirar o seu funcionamento da ilegalidade, “ou seja, passar de um funcionamento manejado pela corrupção dos órgãos de fiscalização, para uma regulamentação objetiva e com mecanismos de controle que possam ser acionados. A ilegalidade permite os abusos dos cafetões e cafetinas, os abusos da polícia, a propina, a repressão, a violência.” (WYLLYS, JEAN, 2016)

No que tange à descriminalização das casas de prostituição, esta Lei prevê a obrigatoriedade da fiscalização, diminuindo a corrupção dos policiais, uma vez que estes praticam a conduta de recebimento de propina em detrimento do silêncio e funcionamento do estabelecimento na “legalidade”. Além disso, possibilita que as condições de trabalho sejam melhoradas, assim como higiene e segurança.

Destaca-se que as alterações que o projeto de Lei Gabriela Leite propõe ao Código Penal e a legalização da profissão do sexo apresenta um reflexo no tráfico de pessoas, exploração sexual e turismo sexual. A regulamentação dessa profissão incentiva o Poder Executivo no que se refere ao direcionamento de políticas públicas para essa parcela da sociedade, como a distribuição de preservativos e a realização de exames médicos.

As modificações da propositura possuem como objetivo específico retirar os profissionais do sexo das condições precárias, garantindo a licitude e promovendo a dignidade da pessoa humana; tipificação da exploração sexual, distinguindo-a da prostituição, com o intuito de combater o crime e assim, sua aprovação se configura como eficaz para a sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Acesso em 05 de agosto de 2019. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

CUNHA, ROGÉRIO. Manual de Direito Penal. Editora: Jus Podium, 2016.

Projeto de Lei nº 4.112/2012. Acesso em 28 de julho de 2019. (http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1012829).

Projeto de Lei legaliza casas de prostituição e amplia direitos de profissionais do sexo. Publicado em janeiro de 2013. Acesso em 28 de julho de 2019 (<https://www.sul21.com.br/noticias/2013/01/projeto-de-lei-legaliza-casas-de-prostituicao-e-amplia-direitos-de-profissionais-do-sexo/>)

Regulamentação da prostituição no Brasil: a proposta, as críticas e possíveis cenários. Publicado em outubro de 2016. Acesso em 29 de julho de 2019. (<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/10/28/Regulamentação-da-prostituição-no-Brasil-a-proposta-as-críticas-e-possíveis-cenários>).

VIEIRA, Cida. Projeto de Lei que regulamenta atividades de profissionais do sexo está parado na Câmara. Agência Brasil, 2016. Acesso em 07 de agosto de 2019 (<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2016-03/projeto-que-regulamenta-atividade-de-profissionais-do-sexo-esta>)

CRIMINOLOGIA MIDIÁTICA COMO MEIO DE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

Mylena Araujo Da Silva

Este trabalho é voltado para a análise da criminologia midiática em paralelo com a liberdade de imprensa e com os direitos à informação, à imagem e à privacidade assegurados no estado Democrático de Direito. Serão analisados o grau e a forma que ocorre a colisão entre os direitos acima citados e como podem ser ponderados em cada situação concreta. O estudo se debruça sobre o modo que o discurso dos apresentadores dos telejornais e os repórteres expõem a notícia da ocorrência de um crime. Para fazer a análise do discurso destes agentes midiáticos utilizou-se o método de abordagem dedutivo para aferir a lesão aos direitos humanos quando reportadas matérias jornalísticas referentes às questões criminais. A pesquisa tem por objetivo expor a forma e o grau que os meios de comunicação de massa estão relacionados com o sistema penal, tendo como plano de fundo a criminologia midiática e o papel social da mídia. Através da Constituição de 1998, instituiu-se no Brasil o Estado Democrático de Direito que promoveu inúmeros direitos individuais espalhados em seu bojo e, no seu art. 220, §1º, a liberdade de imprensa. Tendo em vista que tais normativos são normas constitucionais e que suas aplicabilidades no caso concreto podem evidenciar colisões, grundrechtskollison, devem ser ponderadas a ponto de um direito não suprimir o outro, analisa-se o modo e grau que a mídia ultrapassa os ditames da Carta Magna desrespeitando as garantias constitucionais e violando o princípio da presunção de

inocência e o da intimidade e privacidade (MENDES, 1994, pág. 296). A vinculação da mídia com o sistema penal envolve o empreendedorismo do ramo das telecomunicações que tem por escopo legitimar o sistema punitivo. Dessa forma, determinadas crenças são irradiadas e impulsionadas em grande parte do meio social, como o estabelecimento da pena como única alternativa para solucionar os conflitos sociais e para minorar a prática delitiva (BATISTA, 2009, pág. 246; GOMES, MELO, 2013, pág. 68). Tais ocorrências geram uma tensão entre o delito-notícia ferindo garantias do Estado Democrático de Direito e, segundo Gomes (2013), transformam o recurso de comunicação em um meio de populismo penal midiático. Sobre este fenômeno, Nilo Batista explica que há uma privatização parcial do poder punitivo (2009, pág. 262). Com o estudo bibliográfico, obteve-se a conclusão que se torna imperioso a modificação estrutural das atividades midiáticas, devendo estas tomar como parâmetro as normas constitucionais de modo a exercer a sua função informativa de forma efetiva e mais justa.

BIBLIOGRAFIA

- BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 42, p. 243-263, 2003.
- GOMES, João Pedro Laurentino; DE MELO, Shade Dandara Monteiro. O poder midiático na esfera do direito penal: repercussões de uma sociedade punitiva. *Revista Transgressões*, v. 1, n. 2, p. 66-84, 2013.
- GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de. *Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. *id/496854*, 1994.

EROSÃO DA CONSCIÊNCIA CONSTITUCIONAL: O DESPRESTÍGIO DA CONSTITUIÇÃO FRENTE AO NON FACERE DO PODER PÚBLICO

Ana Caroline Lima Melo

O presente ensaio propõe-se a examinar a lesão gerada a supremacia da Carta Magna diante da ocorrência do fenômeno da erosão da consciência constitucional frente a omissão do Poder Público aos preceitos esculpidos na Lei Suprema. Dessa maneira, por ser notória a presença da problemática abordada no ordenamento jurídico brasileiro, busca-se discorrer sobre o tema a fim de demonstrar a importância deste e averiguar o quanto a persistência da erosão constitucional pode afetar diretamente o seu poder hierárquico e pode causar descrença a Constituição Republicana. Neste prisma, para análise e elaboração do estudo em tela, observa-se a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgado da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1484/DF, mais especificamente, o argumento proferido pelo Ministro Celso de Melo e os apontamentos doutrinários no que concerne a ocorrência do fenômeno mencionado, bem como quanto a supremacia do texto constitucional e sua força normativa. À vista disso, no transcorrer deste estudo é possível observar que o texto da Carta de Direitos, por ser norma basilar do ordenamento jurídico brasileiro, possui grau de relevância superior as leis infraconstitucionais, as quais obrigatoriamente precisam respeitar os parâmetros dispostos na Constituição. No entanto, com base no exposto pelo Ministro Celso de Melo na ação supra-mencionada, é perceptível a presença do fenômeno da erosão constitucio-

nal em demandas levadas ao Poder Judiciário por omissão do Poder Público em efetivamente resguardar os direitos estabelecidos na Carta Magna, fato este que, conseqüentemente, afeta a sua supremacia e causa desprestígio ao seu conteúdo normativo por demonstrar a inobservância ao texto garantidor dos direitos da coletividade. Problemática esta que acarreta na ineficácia, em alguns aspectos, do preceito da Constituição, uma vez que não há nestes casos o respeito ao grau de relevância e a busca pelo cumprimento do disposto na Lei Suprema. A par disso, ao efetuar análise sobre o teor do tema proposto no presente estudo é possível perceber que o problema trazido pelo referido fenômeno mostra-se presente ao averiguar o quantitativo crescente de judicialização de demandas que tem por objeto resguardar direitos constitucionais dos cidadãos por abstenção da atuação do Poder Público, ratificando o descumprimento da Constituição e, acarretando maior necessidade de controle de constitucionalidade com intuito de evitar a permanência de tal problemática. Assim, importa salientar que a *Lex Mater* retrata em sua essência um escudo aos direitos do povo por ser pródiga em direitos e influenciadora das demais normas jurídicas. Por este pensar, por ser a Constituição Federal de 1988 um exemplo de Constituição dirigente, isto é, norma jurídica que retrata no teor do seu texto ações que precisam ser desenvolvidas pela Administração Pública, é notório o anseio social para a sua concretude fática, em consonância com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, bem como em observância ao teor da Teoria de sua Força Normativa. Com isso, é inescusável a relevância dos seus mandamentos e, principalmente, da sua eficaz utilidade na vida prática, uma vez que a sua simples existência não é capaz de sanar as problemáticas sociais, pois caso seja inobservada restará apenas um “amontoado de normas programáticas”, expressão utilizada por AGRA (2018), acarretando em seu desprestígio. Dessa sorte, a inércia do Poder Público aos mencionados mandamentos resulta em prejuízos a supremacia constitucional, além de estimular o aumento de judicialização de ações, gerando excessivo acúmulo de demandas e morosidade processual, prejudicando, por conseguinte, o interesse coletivo e influenciando aumento na inconstitucionalidade por omissão. Diante disso, ao longo do desenvolvimento da pesquisa, foi averiguado a compreensão doutrinária sobre a ideia de obra suprema que a Carta de Direitos possui, a fim de aferir sua relevância como precursora do ordenamento jurídico, investigando

o fenômeno da erosão constitucional frente a inércia da Gestão Pública com o intuito de identificar se é possível considerar a problemática deste fenômeno como uma afronta a supremacia da *Lex Mater*. E, ao efetuar análise crítica sobre a temática vislumbra-se um estímulo a proliferação do sentimento de desamparo da coletividade e desvalorização da Lei Magna por omissão Estatal, afetando o seu caráter hierárquico e, por conseguinte, a coletividade que necessita fazer uso da judicialização de demandas para realmente observar o concreto cumprimento normativo, por descrença a efetividade Constitucional sem a coerção do Poder Judiciário, em decorrência da ação negativa – *non facere* – dos demais poderes responsáveis por aplicar a norma a prática, viabilizando o nocivo risco de elaborar uma norma reguladora de direitos sem que sua autoridade seja observada e aplicada no âmbito fático.

REFERÊNCIAS:

- AGRA, Walber de Moura. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BAHIA, Flávia. Direito Constitucional. 3. ed. Recife: Armador, 2017.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1484/DF. Requerentes: Partido Democrático Trabalhista – PDT e Partido dos Trabalhadores – PT. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello, 21 de agosto de 2001. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14819200/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1484-df-stf>. Acesso em: 8 jan. 2019.
- HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de; PAYÃO, Jordana Viana. Direitos Fundamentais na Pós-modernidade Sob a Perspectiva da Análise Econômica do Direito. Revista da Faculdade Mineira de Direi-

to – PUC Minas, Minas Gerais, v. 21, n. 41, 2018. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/issue/view/1052>. Acesso em: 11 jan. 2019.

REMOR, Adriano Rodrigues. A Judicialização e o Ativismo Judicial em razão do Controle de Constitucionalidade: O papel de guardião de constituição do Supremo Tribunal Federal. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA, 24., 2015, Santa Catarina. Artigos [...]. Santa Catarina: CONPEDI, 2015. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/r9fsqsq9/G2V1QxvMN45rnpuw.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019.

_____. O fenômeno da erosão da consciência constitucional e o papel do processo na estabilização do estado democrático de direito. In: Anais do EICEA 2017 - IX Encontro de Iniciação Científica Estácio Amazônia. Anais [...]. Boa Vista(RR) Estácio Amazônia, 2018. Disponível em: <https://www.even3.com.br/anais/ixeicea/73733-o-fenomeno-da-erosao-da-consciencia-constitucional-e-o-papel-do-processo-na-estabilizacao-do-estado-democratico-de/>. Acesso em: 12 ago. 2019.

A TEORIA DA NORMATIVIDADE DA DOUTRINA DE PETER HÄBERLE: UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA SUA VIABILIDADE NO BRASIL

Joao Paulo Marques Dos Santos

A comunicação tratará sobre a teoria da normatividade da doutrina clássica de Peter Häberle, onde serão dirigidas críticas à sua aplicação no contexto jurídico nacional. A teoria da força normativa da doutrina consiste na obrigação de o operador do direito observar, por ocasião da sua aplicação do direito ao caso concreto, os textos clássicos elaborados por teóricos (ex. Hans Kelsen, Carl Schmitt, Rudolf Smend etc. (HÄBERLE, 2016, p. 34)), que serviram de base para formação de determinadas regras no plano constitucional. Em outras palavras, a necessidade de avaliar o autor pelo qual a Constituição ou a lei se baseou para instituir determinados comandos.

Häberle (2016, pp. 102-108) assevera que as Constituições são destinadas ao indivíduo e os clássicos são destinados para resolução de problemas que, atualmente, estão perdidos. Assim, os clássicos são baseados em experiências dos seus criadores no enfrentamento do seu problema, o que leva a concluir que os clássicos são “textos constituintes” e a sua eficácia não é tão menor do que o texto escrito das Constituições.

Häberle alude que é da natureza da Constituição ser fixada em textos, os quais, a bem da verdade, são pequenas interpretações das teorias clássicas. Logo, interpretação e clássicos estão interligados por laços intransponíveis, dado que o entendimento e a formação da Constituição são frutos

de uma construção doutrinária clássica. Segue o autor (2016, p. 124) discorrendo que a maioria das problemáticas, sanadas pela Constituição, hodiernamente, decorrem das profundas discussões pelos teóricos clássicos, o que, para o seu entendimento, é necessário conhecê-lo a fundo.

Contudo, dada a existência de vários clássicos e “anticlássicos” acerca de um mesmo assunto é indispensável, na visão de Häberle (2016, p. 51-52), que sejam ambos consultados para uma noção completa da temática, a fim de viabilizar uma tomada de decisão mais próxima do verdadeiro conteúdo cuja discussão litigiosa paira. A título de exemplificação, o autor aduz que à autoridade que couber julgar qualquer temática referente à “democracia na Alemanha”, inevitavelmente fará uso de Montesquieu e Rousseau, muito embora saiba que nesta temática, aquele possui maior relevância, enquanto este possui maior envergadura quanto à idealização da democracia nas Constituições Estaduais (HÄBERLE, 2016, p. 52). Neste caso, a consulta a ambos seria inevitável.

Todavia, adotar esse procedimento de análise do clássico e do “anticlássico”, por vezes torna-se um tanto complexo para sua aplicação, principalmente em Estados que tenham como tradição jurídica romano-germânica – civil law –, vez que a objetivação não seria possível, o que, inevitavelmente, agravaria o câncer denominado de ativismo judicial. Assim, como normatizar a doutrina, obrigando a sua observação por ocasião do julgamento de determinada demanda, quando a sua aplicação é subjetiva? Eis o problema.

Este é um problema relevante para o qual, até o momento, não encontrei, no âmbito nacional, discussão anterior na literatura secundária sobre as repercussões da adoção da teoria da normatividade doutrinária de Peter Häberle junto ao Poder Judiciário. Assim, o trabalho levanta duas críticas à aplicação desta teoria no Brasil, a saber:

(i) a pluralidade de doutrinas clássicas e anticlássicos na discussão de determinado assunto, levará o intérprete ou o aplicador do direito, desconhecedor ou conhecedor superficial de ambos os clássicos, à sua aplicação ou à sua valoração equivocada, o que conduzirá o julgamento da demanda a casuísmos, certamente, contrários ao que se espera do aplicador da jurisdição;

(ii) a inexistência de uma objetividade na aplicação dos clássicos e anticlássicos, conduzirá, inevitavelmente, às partes à injustiças, dado o subje-

tivismo no momento da aplicação de determinado clássico em detrimento de outro, violando, desta feita, a segurança jurídica proporcionada, de certa forma, pelo positivismo, pois, dá ciência a todos das consequências e do que é permitido e vedado.

Independentemente dessas críticas, não se deve olvidar que Häberle ao teorizar a força normativa da doutrina alçou, segundo Bonavides (2016, p. 16), a figura geométrica de um triângulo da normatividade constitucional, ao lado de Lassalle, responsável pela força normativa da sociedade, e de Hesse, responsável pela força normativa da Constituição. No entanto, no contexto jurídico brasileiro, onde ainda não há uma teorização da decisão sólida e positivada no âmbito legislativo, o ativismo judicial seria o maior beneficiado por esta normatividade, pois se não há garantia de que eles cumpram a lei, haverá garantia de cumprimento à doutrina utilizada para fundamentar determinado instituto positivado na Constituição ou na lei? A resposta certamente será negativa, pois:

(a) Embora os textos clássicos sejam de suma importância para entender a razão de ser da adoção de determinado instituto por determinada lei, imagine a existência de vários clássicos acerca de determinada temática – como é o caso da democracia, da posse, da personalidade etc. –, como exigir do Julgador a resposta adequada, proporcional e correta ao caso concreto, quando, na verdade, não julgará de acordo com uma regra previamente estabelecida, mas com os clássicos que embasaram a criação desta regra? Seria, na verdade, inviabilizar a prestação da jurisdição, pois além de demandar largo tempo para o entendimento das doutrinas necessárias para o julgamento do caso concreto, não seria feito de forma objetiva.

b) Não nego a possibilidade de a doutrina ter normatividade, mas essa teoria quando confrontada com a tradição jurídica adotada pelo Brasil, isto é, a romano-germânica (STRECK, 2018, p. 178), encontrará, sem dúvidas, resistência em todos os setores da sociedade dada a sua subjetividade, elemento este antagônico à tradição jurídica brasileira que busca dar segurança jurídica, objetividade e previsibilidade das condutas, através da lei como fonte primária do direito (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2014, p. 250).

Logo, quando se fala em doutrina clássica e os seus opositores, imagina-se que a gama de possibilidades que é fornecida ao julgador para pro-

ferir uma decisão é imensa, o que levará, inevitavelmente ao agravamento da crise do ativismo judicial que assola o Brasil, devidamente denunciado por autores nacionais, como Streck (2017, p. 83-84) e Abboud (2016a, p. 709. 2016b, pp. 519-527). Assim, no contexto atual do poder judiciário, a normatividade dos clássicos, embora relevante, é inviável no cenário brasileiro.

Assim, num Estado Democrático de Direito como é do Brasil as regras do jogo são tudo, entregar um mecanismo como o da necessidade de observância dos clássicos para julgar determinados casos seria atribuir ao Judiciário um perigoso artifício a serviço do ativismo. As regras já estão postas na lei e através delas deve-se buscar o julgamento dos litígios, ir contra isso é compactuar com processos sem regras, onde imperará a teoria da *katchanga* (STRECK, 2012), um verdadeiro estado excepcional, onde há suspensão das liberdades individuais em prol de autoritarismos. O que, ao meu ver, não parece muito democrático e justo.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. 25 anos da Constituição Federal: Parabéns à Geni. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 938/2013, p. 45, dez., mensal, 2013.
- _____. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- _____. *Submissão e juristocracia*. *Revista de Processo*, v. 258, p. 519-527. São Paulo, ago., 2016.
- _____; CARNIO, Henrique e OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Introdução à Filosofia do Direito*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- BONAVIDES, Paulo. Apresentação. In: HÄBERLE, Peter. *Textos clássicos na vida das Constituições*. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BULOS, Uadi Lamêgo. *Da reforma à mutação constitucional*. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 33, n. 129, p. 25-43, 1996.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. O STF e o problema das excessivas citações doutrinárias (quando o mais é menos). In.: VALE, André Rufino do. QUINTAS, Fábio Lima (orgs.). Estudos sobre a jurisdição constitucional. Vol. II. São Paulo: Almedina, 2018, p. 271-276.

DAVID, René'. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HÄBERLE, Peter. Textos clássicos na vida das Constituições. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Saraiva, 2016.

STRECK, Lênio Luiz. A Katchanga e o bullying interpretativo no Brasil. 2012. In.: Consultor Jurídico. [online] Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil>. Acesso em: 01 out. 2018.

_____. Jurisdição constitucional. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. Verdade e consenso. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS NUEVOS PARADIGMAS EDUCATIVOS Y LA NECESIDAD DE INCLUIR TEMAS DE DERECHOS HUMANOS EN LA EDUCACIÓN BÁSICA

Carolina Rodrigues Madeira Da Costa

Pese al importante papel social de la educación, lo que se observa actualmente es que la enseñanza está orientada a la formación de profesionales, sea para formar simples obreros, sea la formación para negocios de alto nivel o para cargos gubernamentales. Todos los niveles de educación, desde la educación básica, dirigen su enseñanza a temas relevantes en la formación técnica de los “profesionales”. Entrenar a un buen profesional es importante y valioso, pero los seres humanos, con todas sus características individuales y múltiples talentos, necesitan más, necesitan una educación más amplia y diversificada.

Para una verdadera evolución social, hay una conmovedora necesidad de un cambio de paradigma, para que los educadores formen “seres humanos”, con sus capacidades desarrolladas y no solo buenos trabajadores. Es necesario formar seres integrales, activos y con conciencia social, para lograr llegar a una sociedad de derechos verdaderamente democrática. Este futuro será posible cuando la educación amplíe su rango de enseñanza, que a su vez solo se logrará con el trabajo de los profesionales de la educación.

No se pretende negar la importancia de las materias relacionadas con la educación lógico matemática (enfoque del currículo de educación básica), ni negar la importancia de las materias estrictamente técnicas (generalmente trabajadas en el entorno académico). Estas materias son importantes, se debe estimular su estudio y mantener su carga de trabajo en los centros educativos. La propuesta tiene como objetivo incluir nuevas asignaturas en el plan de estudios, agregando temas que transmitan valores sociales, cruciales para la vida del ser humano en la sociedad.

La propuesta para expandir los temas educativos debe incluir y enfatizar los derechos humanos, para que la educación en derechos humanos sea una realidad en la enseñanza.

Aunque los derechos humanos tengan importancia en los marcos normativos y en el escenario internacional, estos derechos solo aparecen en el entorno educativo en las academias jurídicas. El tema está fuera de las escuelas y otras academias. En términos generales, los ciudadanos no tienen contacto con los ideales de derechos humanos y tienen ideas confusas de lo que representan. Esto contribuye a mantener un abismo entre las disposiciones normativas sobre derechos humanos (sean normas internas, derechos fundamentales o acuerdos y directrices internacionales) y la aplicación efectiva de estos derechos en la vida práctica.

Para avanzar en los desafíos referentes a la escolarización, tanto de acceso como de calidad de la enseñanza ofrecida, deben estar movilizados todos los sectores de Gobierno, con acciones conjuntas con las organizaciones sociales, las familias y todos los ciudadanos. Sólo acciones integradas pueden generar resultados efectivos en este escenario. Para garantizar la inclusión y la permanencia de los niños y adolescentes en las escuelas no bastan las normas y garantías constitucionales. El trabajo debe involucrar a toda la sociedad.

El trabajo consiste en avanzar y promover acciones para eliminar la banalización del abandono de la escuela, minimizar las distorsiones edad-serie y minimizar el avance de serie sin aprendizaje real. Promover una educación inclusiva, proporcionando la oportunidad de estudiar a aquellos históricamente excluidos, como miembros de familias pobres, afrodescendientes e indígenas; los niños que viven en favelas; los discapacitados y aquellos que no tuvieron la oportunidad de estudiar en su niñez. Además, son necesarias políticas educativas para la atención de niños víctimas

del trabajo infantil que viven en las calles, los niños y jóvenes que están tutelados por las instituciones públicas, sea por orfandad, sea por haber cometido actos análogos a los tipificados como delitos.

Conscientes de esta realidad, además de presentar las estrategias que ya están siendo implementadas, el artículo que se pretende presentar tiene también la intención de buscar soluciones que pudieran tener aplicación inmediata e influenciar positivamente la vida de los actuales alumnos. Para ello, se analizaron los principales déficits de la educación básica. El elemento clave sería adoptar estrategias que desarrollen un vínculo entre el alumnado y la escuela en clave vertical, generando la inclusión de la familia en las medidas, con su consiguiente implicación: actividades de integración y sensibilización con los estudiantes, actividades culturales y deportivas, actividades que desarrollen las habilidades para manejar tecnologías y cómo actuar en la realidad virtual. Estas actividades podrían ser realizadas con el alumnado y también con sus familias, en horarios flexibles, de manera que toda la comunidad tenga participación y vea la escuela como un ambiente de integración social. En este contexto, la educación básica desde la óptica de los derechos humanos y su interiorización, deviene un elemento esencial. Así, llegaríamos a una educación más diversificada, promoviendo un desarrollo de varios talentos.

Cuando se habla sobre educación en derechos humanos no se defiende solamente la educación básica. Esta es necesaria, pero es una solución a largo plazo, lo que no basta en las actuales circunstancias. Cuando menciona “nuevos paradigmas educativos”, se hace una referencia no solamente a la educación básica, pero también a los otros ciclos educativos, como la academia, la educación y concientización social y todas las maneras de educar.

Así que, al mismo tiempo que se trabaja en la educación básica, se debe trabajar para la concienciación y educación social de manera general, a través de la promoción del arte y la cultura, por ejemplo. En un proceso de construcción sólida, todos los niveles de educación deben estar involucrados.

Son varias las acciones que deben ser tomadas en conjunto para que efectivamente se desarrolle un mundo más humano y justo, con mejor distribución de riqueza, con mayor respecto a los derechos humanos, donde haya igualdad de oportunidades y justicia para todos.

La eficacia de los derechos humanos no depende solamente de la educación clásica, lógico matemática de las escuelas. Tampoco es suficiente la formación técnica de profesionales de la educación. Será necesaria una sociedad con fundamentos sólido en valores.

Los educadores deben estar calificados y preparados para promover una educación real e inclusiva (llegar a personas con discapacidades, minorías étnicas y socioeconómicas, individuos fuera de la escuela que no han obtenido acceso a la educación, etc.), minimizar las distorsiones de grado de edad, eliminar el abandono escolar y finalmente formar seres humanos integrales y socialmente conscientes.

La justificación de la temática elegida se estructura en los siguientes criterios: (i) La Educación como elemento basilar de un sistema democrático de derecho; (ii) La Educación básica como instrumento de mejora social y crecimiento económico de la nación; (iii) Nivel esencial y mínimo para la concretización del “mínimo existencial” para la dignidad de la persona humana; (iv) La Educación como derecho humano en el escenario internacional; (v) La necesidad de ampliación del currículo de la educación básica, incluido educación en derechos humanos; (vi) La educación en derechos humanos como necesidad social, debiendo estar en todos los niveles de enseñanza.

El que se pretende es promover reflexiones interdisciplinarias sobre la educación en derechos humanos, analizando el escenario actual en Europa y Latino América, utilizando métodos empíricos deductivos, investigación bibliográfica y datos presentados en investigaciones de campo realizadas en el municipio de Río de Janeiro-RJ, Brasil. Además, busca prestar contribuciones a los profesionales de la enseñanza, con propuestas curriculares y reflexiones sobre posibles soluciones a los desafíos enfrentados.

Fuentes y bibliografía:

ÁLVAREZ LONDOÑO, S.J., Luis Fernando. La educación en derechos humanos: nuevas tendencias en el Derecho internacional. Estudios jurídicos de aproximación del derecho latinoamericano y europeo, Editorial Dykinson, Madrid, 2014. Disponible en <https://books.google.es/books?id=wBHKBAQAQBAJ&pg=PA13&lpg=PA13&dq=Luis+Fernando+La+educaci%C3%B3n+en+derechos+huma>

nos:+nuevas+tendencias+en+el+Derecho+internacional&source=-bl&ots=etKC1nlTuZ&sig=ACfU3U3pMnmAnn3lMlZrEAC_aCr0Mmpe3A&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEWjc4cTlrvP-fAhU18uAKHXi2DX4Q6AEwAHoECAkQAQ#v=onepage&q=Luis%20Fernando%20La%20educaci%C3%B3n%20en%20derechos%20humanos%3A%20nuevas%20tendencias%20en%20el%20Derecho%20internacional&f=false, acceso 07.08.2019.

Cury, Carlos Roberto Jamil (2008b). A educação básica como direito, *Cadernos de Pesquisa* (Brasil: Fundação Carlos Chagas), vol. 38, núm. 134, pp. 293-303, disponible en: <http://www.scielo.br/pdf/cp/v38n134/a0238134.pdf>, acceso 12.08.2019.

Giolito, Judite Helena Ramalho. *A Mão e o Não: Compromissos e Obstáculos na Escola Pública em uma Comunidade Popular*. Fundação Getúlio Vargas, 2005. Disponible en: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2138/CPDOC2005JuditeHelena.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, acceso 10.08.2019.

Horta, José Silvério Baia (1998). Direito à educação e obrigatoriedade escolar, *Cadernos de Pesquisa*, núm. 104, julio, pp. 5-34. 1998, disponible en <http://publicacoes.fcc.org.br/ojs/index.php/cp/article/view/713/729>, acceso 12.08.2019.

Oliveira, Romualdo Portela de y Santana, Wagner (2010). *Educação e federalismo no Brasil: combater as desigualdades, garantir a diversidade*, Brasilia: UNESCO, disponible en <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000187336>, acceso 10.08.2019

Poirier, Marie-Pierre (2009). La victoria de la infancia en materia educativa, Brasilia, Unesco, disponible en https://www.unicef.org/spanish/infobycountry/brazil_51797.html, acceso 10.08.2019.

A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DAS MULHERES NO CÁRCERE

Stephany Samantha Nascimento Da Silva

Renata Muniz Moraes

O crescente encarceramento das mulheres no Brasil tem chamado atenção para os diversos problemas que se associam com as desigualdades de gênero e a indispensabilidade de reduzir as diferentes formas de violência que assolam as prisões e implicam em severos danos à saúde desta população. É nesse cenário que se torna relevante a discussão acerca da efetivação dos direitos reprodutivos e sexuais das mulheres privadas de liberdade e, em especial a maternidade e a visita íntima. O objetivo deste trabalho é trazer a reflexão sobre as constantes violações de direitos sofridas pelas mulheres durante o encarceramento. Afere que a ausência de políticas públicas específicas para as mulheres e a indiferença quanto a essa temática revela como ocorre a discriminação de gênero, o que reverbera a construção social e cultural da mulher na sociedade, que se exacerba com relação as mulheres “criminosas”. Para tanto, far-se-á um levantamento das principais legislações nacionais e internacionais que sustentam os direitos reprodutivos das mulheres privadas de liberdade.

Consoante, com os dados do Departamento Penitenciário Nacional, a população carcerária mais que dobrou dentre os anos 2000 a 2014, neste mesmo espaço de tempo, o aumento do número de mulheres encarceradas foi ainda maior, triplicou, chegando a 37.380 custodiadas nos centros prisionais do país. A desconformidade estrutural das prisões frente às necessidades típicas das mulheres – que vai desde banheiros inapropriados, falta de absorventes, roupas íntimas e até mesmo regimentos que não

contemplam suas necessidades – agravam ainda mais as desigualdades de gênero, agravando as repercussões do cárcere sobre a vida das internas e de seus familiares.

No cárcere, quanto ao exercício da sexualidade, a Resolução nº 04, de 2011 do CNPCP, considera a visita íntima entre homens e mulheres presas com seus companheiros, não importando sua orientação sexual, como um direito constitucionalmente assegurado, sendo recomendado aos centros de detenção que o assegurem. O livre direito de permanecer em um relacionamento afetivo sexual com o (a) companheiro (a) por intermédio da visita íntima, esta permeado tanto pelas normas sociais e valores morais quanto por regulamentos prisionais como já mencionado, todavia porém, sua real efetivação num sistema altamente hierarquizado depende mais do que lei formal para sua real efetivação, o abandono dessa mulher pelo companheiro, levado pela desigualdade de gênero, fortemente presente na sociedade, e somando-se a vários outros fatores como: revista do companheiro (a), as degradantes condições do espaço destinados aos encontros íntimos, a necessidade de comprovação de vínculo conjugal anterior à prisão, ou mesmo a proibição da visita íntima imposta entre presos dificultam o acesso a essa garantia.

Além disso, a maternidade durante o cárcere também é pauta para discussão visto que estabelece importantes diferenças que fazem recair sobre elas limitações e restrições, especialmente no que se refere a seus direitos reprodutivos, visto que diante de grupos privados de direito, não se pode falar em liberdades privadas e em escolhas individuais, observa-se que é negado a essa mulher, o direito ao planejamento familiar, expresso claramente na Constituição Federal, no seu artigo.226§7, e na Lei Federal nº 9.263/96, que garantiu direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole a mulher, ao homem ou ao casal, direito que é destituído com o encarceramento. Há uma desvalorização da maternidade e do desejo de ser mãe, a sua decisão pela gestação quase nunca é visto como um desejo genuíno e sim como “uma forma delas manterem o vínculo lá fora”, conseguirem algum tipo de benefício. Assim a desvalorização da maternidade das mulheres que se encontram encarceradas sustenta, ao mesmo tempo, a deslegitimação de seus direitos reprodutivos e uma prática penitenciária autoritária onde não há espaço para a escuta.

Observa-se assim que a inúmera violação ao exercício destes direitos tem sido ocasionada por pratica disciplinares, que buscam reduzir a mulher que está presa á mera condição de transgressora, envolvidas com práticas socialmente reprovadas, deslegitimando sua maternidade e seus direitos. A busca por alternativas ás penas privativas de liberdade e a prisão preventiva são respostas esperadas no contexto normativo nacional e internacional, expressas nas recomendações de Bangkok.

REFERÊNCIAS:

Brasil. Ministério de Justiça (MJ), Departamento Penitenciário Nacional. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – Infopen. Referência: 06/2016. Disponível em: depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.

Brasil. Resolução nº 04, de 29 de junho de 2011. Dispõe sobre a recomendação aos Departamentos Penitenciários Estaduais e Órgãos Congêneres para que seja assegurado o direito a visita íntima a pessoa presa, recolhida nos estabelecimentos prisionais. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/cnpcp/resolucoes/2011/resolucao04de29dejunhode2011.pdf>

Brasil. Constituição Federal Brasileira de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Brasil. Lei 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Dispõe sobre o Planejamento Familiar. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1996/lei-9263-12-janeiro-1996-374936-norma-actualizada-pl.html>

Brasil. Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras – Regras de Bangkok. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>

DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR: IMPLICAÇÕES SOCIAIS E AFETIVAS

Milene Silva Pinheiro

Regina Célia De Souza Beretta

A destituição do poder familiar é uma medida protetiva que visa resguardar as crianças e os adolescentes de situações que afetem a sua integridade física e psicológica. É medida extrema que só deve acontecer em último caso sob decisão judicial, na figura do Juiz. **OBJETIVO:** Compreender as implicações sociais e afetivas que estão presentes para as crianças e adolescentes quando da destituição do poder familiar. **MATERIAIS E MÉTODOS:** Pesquisa bibliográfica, qualitativa, exploratória, sobre a destituição do poder familiar e as suas implicações sociais e afetivas. O critério de inclusão dos artigos foram os descritores, “destituição do poder familiar”, “vínculos emocionais” e “criança acolhida”, nos idiomas português e inglês, no período de 2015 a 2019. **RESULTADOS E DISCUSSÃO:** De acordo com a literatura sobre os vínculos afetivos e familiares, a família constitui-se como o principal referencial da criança e do adolescente. É também compreendida como o local mais adequado para que está se desenvolva fisicamente e psicologicamente. **CONSIDERAÇÕES:** Todos os esforços devem ser empreendidos para preservar e fortalecer vínculos familiares, pois são fundamentais para o desenvolvimento saudável, favorecendo a formação da identidade, como sujeito e cidadão. A tomada de decisão para a destituição do poder familiar deve ser sólida e consciente para o melhor interesse da criança e do adolescente, quando esgotados todos os recursos de reintegração familiar.

Palavras-chave: vínculos familiares, poder familiar, medida protetiva.

Agradecimentos: “O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código do Financiamento 001”.

INTRODUÇÃO

O processo e a ação de destituição do poder familiar é determinado por meio de decisão judicial, na figura do Juiz da Vara da Infância e Juventude, e está definido pelo artigo 1.638 do Código Civil, ação prevista também no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), pela Lei nº 12.010 de 2009 (BRASIL, 2009).

Para se chegar a essa ação, à família, suas crianças e adolescentes vivenciaram a experiência do acolhimento institucional, em que suas trajetórias e inserções na rede assistencial foram acompanhadas por técnicos e estudos psicossociais, em que a situação da família, seus vínculos afetivos e responsabilidades para com os filhos foram avaliados.

Em sendo constatada a impossibilidade de reintegração da criança ou do adolescente à família de origem, após seu encaminhamento a programas oficiais ou comunitários de orientação, apoio e promoção social, será enviado relatório fundamentado ao Ministério Público, no qual conste a descrição pormenorizada das providências tomadas e a expressa recomendação, subscrita pelos técnicos da entidade ou responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar, para a destituição do poder familiar, ou destituição de tutela ou guarda (BRASIL, 2009).

Nesse sentido, um ponto de destaque, é estabelecido no artigo 23 do ECA, em que a falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para tal medida (BRASIL, 2009). É necessário avançar nas reflexões sobre as dificuldades que as famílias em vulnerabilidades enfrentam, como poderiam oferecer esse ambiente acolhedor e adequado as suas crianças e adolescentes.

Entende-se aqui como fatores para vulnerabilidade, o enfrentamento de condições sociais, relacionais e materiais, contrárias ao necessário para suprir as necessidades da família, estas que se encontram com direitos ameaçados ou violados.

Logo, quando presente, as famílias devem ser orientadas e direcionadas a recursos que irão subsidiar tal necessidade (BRASIL, 2004).

Em relação a destituição do poder familiar, é necessário sempre considerar que a ruptura de vínculos familiares impacta no desenvolvimento humano (SOARES; CRONEMBERGER, 2015). Este impacto pode trazer impasses sociais e afetivos para as crianças e os adolescentes. Faz-se necessário olhar com atenção a trajetória da família, desde seu formato de origem, passando pela experiência do acolhimento institucional e a colocação em família substituta quando necessária.

Isso posto, o objetivo deste estudo é compreender as implicações sociais e afetivas que estão presentes para as crianças e adolescentes quando da destituição do poder familiar.

MÉTODO

Trata-se de um estudo de natureza qualitativa e exploratória por meio de revisão da literatura acerca do tema investigado.

Foi realizada pesquisa bibliográfica, nas bases de dados Lilacs, Scielo e Periódicos Capes, sobre a destituição do poder familiar e as suas implicações sociais e afetivas. O critério de inclusão dos artigos foram os descritores, “destituição do poder familiar”, “vínculos emocionais” e “criança acolhida” nos idiomas português e inglês, no período de 2015 a 2019.

Como o foco deste estudo são as implicações sociais e afetivas para as crianças e adolescentes decorrentes da destituição do poder familiar, foram excluídos os artigos que não abordavam a temática investigada.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Objeto clássico das ciências sociais e humanas, a família é compreendida, em alguns estudos, como célula primeira de socialização e de formação subjetiva do sujeito (CARVALHO; STENGEL, 2018). Ela é portanto, um sistema dinâmico onde se instalam e propagam-se valores, desenvolvimento pessoal, estímulos, vínculos afetivos para formação da identidade.

Por se apresentar como o primeiro ambiente social no qual a criança participa e aprende as diversas maneiras de se relacionar, passa a ser responsável pela formação dos filhos sob os aspectos comportamentais, emocionais e intelectuais (MAIA; SOARES, 2019).

Entretanto, cada família apresenta suas particularidades e dinâmicas de funcionamento. Desta maneira, algumas podem apresentar em algum momento, condutas violentas, como por exemplo, o abuso sexual da criança e do adolescente sob sua responsabilidade.

Nas relações familiares em que ocorre abuso sexual, os prejuízos ultrapassam o aspecto social, atingindo a saúde física e psíquica da vítima, afeta toda a dinâmica familiar, os papéis, as responsabilidades e as ações entre si (CARVALHO; STENGEL, 2018).

O desenvolvimento das crianças e dos adolescentes é continuamente afetado pelo contexto (RAMIRES; FALCKE, 2018), aqui, destaca-se o desenvolvimento afetivo com figuras de referências e consigo mesmo.

As trajetórias dessas famílias, das crianças e adolescentes serão durante o acolhimento institucional, acompanhadas por técnicos, estudos psicossociais, juntamente aos serviços da rede assistencial acionados para o trabalho em rede.

Segundo o Art. 4º do ECA : É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação 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 (BRASIL, 2009). Desta maneira, diz-se sobre uma inserção e utilização das famílias e seus membros, de políticas públicas que ofereçam tais serviços.

Dessa forma, da família de origem dessa criança ou adolescente, é importante levar em consideração as mudanças sociais que ocorrem em suas vidas. Contextos comunitários modificados, figuras de referências alteradas, acesso a serviços e bens muitas das vezes diferentes à antiga realidade.

Um indivíduo saudável será permeado por medos, conflitos, dúvidas, frustrações, tanto quanto sentimentos positivos (GONÇALVES; GUZZO, 2017)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todos os esforços devem ser empreendidos para preservar e fortalecer vínculos familiares, pois são fundamentais para o desenvolvimento saudável, favorecendo a formação da identidade, como sujeito e cidadão. Porém, quando medida necessária ao bem estar e desenvolvimento com

proteção integral, à tomada de decisão para a destituição do poder familiar deve ser sólida e consciente para o melhor interesse da criança e do adolescente, quando esgotados todos os recursos de reintegração familiar.

A temática da destituição do poder familiar no âmbito da Psicologia Jurídica tem escassa literatura recente, assunto importante que precisa de maiores discussões.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei 8.069-1990 ECA. . [S.l.: s.n.]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. , 2009

_____. Política Nacional de Assistência Social PNAS / 2004 Norma Operacional Básica. [S.l.]: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome Secretaria Nacional de Assistência Social, 2004.

CARVALHO, A. L. de; STENGEL, M. Família e instituições de acolhimento nos cuidados a adolescentes vítimas de incesto. *Estud. pesquis. psicol. (Impr.)*, v. 18, n. 2, p. 426–445, 2018. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revispsi/article/view/38805/27634>>. Acesso em: 11 de agosto de 2019.

GONÇALVES, M. A. B.; GUZZO, R. S. L. A Defensoria Pública e Cuidados em uma Relação de Cuidado: Um Estudo de Caso. *Psicologia: Ciência e Profissão*, v. 37, n. 1, p. 236–247, 2017.

MAIA, F. D. A.; SOARES, A. B. Diferenças nas práticas parentais de pais e mães e a percepção dos filhos adolescentes. *Estudos Interdisciplinares em Psicologia*, v. 10, n. 1, p. 59, 2019.

RAMIRES, V. R. R.; FALCKE, D. Fatores de risco e proteção para vínculos familiares no sul do Brasil. *Psicologia - Teoria e Prática*, v. 20, n. 1, p. 126–140, 2018.

SOARES, A. M. L.; CRONEMBERGER, I. H. G. M. A destituição do poder familiar como uma questão social. *Appl. Phys. A*, v. 73, p. 1–21, 2015. Disponível em: <<http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2015/pdfs/eixo4/destituicao-do-poder-familiar-como-uma-expressao-da-questao-social.pdf>>. Acesso em: 11 de agosto de 2019.

O DIREITO À SAÚDE DE PESSOAS QUE VIVEM COM HIV/AIDS EM ALAGOAS

Cecilio Argolo Junior

INTRODUÇÃO:

O Brasil, nos últimos tempos, vem passando por uma transição demográfica. O resultado desse fenômeno tem afetado o ambiente socioeconômico e, conseqüentemente, o impacto desse processo vem refletindo no bem-estar da população, causando uma série de doenças crônicas não transmissíveis (DCNT), dentre elas, cardiovasculares, respiratórias crônicas, cânceres e diabetes. Incluem-se nesse rol as doenças psicossomáticas. Em contrapartida, o investimento no sistema de saúde pública é precário, e os serviços prestados continuam sobrecarregados. Essas ocorrências refletem no ciclo natural de vida das pessoas causando o adoecimento populacional. Por outro lado, a assistência farmacêutica vem assumindo um papel importante na transformação do perfil epidemiológico das patologias. O acesso a medicamentos excepcionais pela população se tornou um dos oito objetivos de desenvolvimento do milênio proposto pela Organização das Nações Unidas. O Sistema Único de Saúde (SUS), estabelecendo regras de funcionamento, princípios e diretrizes, os serviços desempenhados pelo órgão vêm constantemente dando provas de saturação ante o acúmulo de reclamações, denúncias e fraudes. Essa realidade desenfreada, com problemas crônicos amealhados no decorrer dos tempos, acrescida da precariedade dos serviços oferecidos pelo SUS à sociedade, vêm refletindo numa das maiores epidemias que o Brasil já teve de enfrentar nas últimas três décadas: à aids.

Infecção Sexualmente Transmissível causada pelo vírus HIV, através de contágio sexual e de outras formas, tem se intensificado, diariamente o número de casos de infecção em todas as unidades federativas do País. Em Alagoas, há dez anos consecutivos, a epidemia vem crescendo de forma assustadora chamando a atenção do Ministério da Saúde face ao aumento de infecções oportunistas diagnosticadas diariamente e do número de óbitos ligados à aids. A interrupção no tratamento por falta de insumos farmacêuticos e de exames laboratoriais vem interferindo, substancialmente, no enfrentamento da infecção. Por esses motivos, a judicialização da saúde se tornou o caminho mais célere para a efetivação do direito fundamental à saúde no Estado. Este trabalho teve por objetivo analisar o dever do estado de fornecer condições contínuas ao tratamento medicamentoso contra doenças oportunistas em pessoas que vivem com HIV/aids em Alagoas. Este estudo objetivou analisar o dever do estado de fornecer condições contínuas ao tratamento medicamentoso contra enfermidades oportunistas causadas pela aids. MÉTODO: estudo qualitativo, documental, descritivo e exploratório. Realizado a partir de pesquisa que integrou juridicamente a escolha do tema, a formulação do problema, a catalogação e seleção das fontes, a leitura, a organização dos materiais e a redação de todo texto, ao direito constitucional a saúde de pessoas que vivem com HIV/aids em Alagoas. RESULTADOS E DISCUSSÃO: a Constituição da República (1988) trouxe importante contribuição no âmbito dos direitos fundamentais, dentre esses, o acesso universal e igualitário aos serviços de saúde. A identificação do vírus HIV e sua infecção, causadora da aids, vêm aumentando vertiginosamente nessas últimas três décadas e meia. O estado de Alagoas, segundo o Boletim Epidemiológico de 2018, ocupa a terceira posição na região Nordeste, contabilizando de 1986, primeira notificação realizada, a novembro de 2018, 9.797 casos registrados, com 2.241 óbitos. A frequência por ano de óbitos, no período de 2014 a 2018, somou 738 mortes por infecções ligadas à aids. Atualmente, Alagoas possui 7.556 casos registrados. O que chama a atenção da vigilância epidemiológica do Ministério da Saúde é o número de casos de aids registrados nos últimos três anos no estado: 2015, 440 casos; 2016, 518 casos; e, 2017, 606 casos. Coincidentemente, esse aumento progressivo da enfermidade em Alagoas se deu justamente no período em que se acentuaram a falta de medicamentos destinados ao tratamento das infecções oportunistas e a dificuldade para a realização de exames laboratoriais específicos

de prevenção, diagnóstico e tratamento das infecções e coinfeções pela enfermidade. Surpreendentemente, até novembro de 2018, Alagoas registrou 280 casos, menos da metade dos casos registrados em 2017. Dessa vez em dose dupla, obrigando a Defensoria Pública do Estado de Alagoas, em fevereiro de 2019, a ajuizar duas Ações Cíveis Públicas: uma, n. 0703435-43.2019.8.02.0001, requerendo a regularidade na distribuição dos medicamentos destinados à prevenção e tratamento das infecções oportunistas e, outra, n. 0704247-85.2019.8.02.0001, a realização de exames laboratoriais específicos pelo Laboratório Central de Saúde Pública para o diagnóstico e monitoramento de algumas infecções oportunistas causadas pela aids. Consoante, as duas condições importantes para o tratamento do soropositivo: medicamentos para evitar a manifestação da aids e exames laboratoriais para o diagnóstico e monitoramento da infecção, juntos, ganham força na luta contra a epidemia. Sem eles não haverá saúde, muito menos vida. Assim, o direito ao estado de equilíbrio dinâmico entre organismo-ambiente e à vida andam atrelados entre si, um dependendo do outro em mesma proporção e escala de necessidades físicas, orgânicas e psicológicas, uma vez que a saúde é componente da vida. **CONCLUSÃO:** a saúde é medula espinhal de um sistema-guia de direitos subjetivos atrelados ao dever-ser. O Estado obriga-se a assegurar condições mínimas e necessárias através de políticas públicas para garantir o mais completo bem-estar físico, mental, emocional e social da população. Por essas razões, o estado de Alagoas não pode se eximir da obrigatoriedade legal de promover a aquisição de medicamentos destinados ao tratamento ambulatorial, profilaxia de infecções oportunistas, relacionadas à aids, e manutenção de exames laboratoriais em virtude do direito fundamental a saúde ser Cláusula Pétrea da Constituição (1988).

REFERÊNCIAS

- ABBOTT-BRASIL. Ficando um passo do HIV a partir da Ciências. Disponível em: <<https://www.lifetothe fullest.abbott/pt/articles/exame-de-hiv-um-passo-a-frente-da-doenca.html>>. Acesso em: 5 mar. 2019.
- ALAGOAS. Ação Cível Pública 0703435-43.2019.8.02.0001. Maceió: Defensoria Pública do Estado de Alagoas, 2019.

_____. ACP n. 0704247-85.2019.8.02.0001. Maceió: Defensoria Pública do Estado de Alagoas, 2019.

_____. Ação Civil Pública n. 0700475-46.2016.8.02.0090. Maceió: Defensoria Pública do Estado de Alagoas, 2016.

_____. Ação Civil Pública nº 0709769-06.2013.8.02.0001. Maceió: Ministério Público de Alagoas, 2013.

ALEXY, R. Derecho e razón práctica. México: Fontamara, 1993.

ARGOLO JUNIOR, C.; FERREIRA, S.M.S.; ALBUQUERQUE, V.W.T.; SILVA, J.I.B.W. Avaliação da qualidade de vida de mulheres com diagnóstico de HIV/aids em Maceió, Alagoas, Brasil. O Mundo da Saúde, São Paulo, v. 38, n. 4, p. 448-461, 2014. Disponível em: <http://www.saocamilo-sp.br/pdf/mundo_saude/155566/A10.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2019.

ARGOLO JUNIOR, C.; DINIZ, L.A.J.B.; BARROS, R.P. O direito à saúde de mulheres soropositivas como via de efetivação dos direitos fundamentais de segunda dimensão. Revista Jurídica UNIGRAN, Dourados, v. 19, n. 38, p. 99-115, jul./dez, 2017. Disponível em: <https://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/38/artigos/artigo06.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2019.

ASSOCIAÇÃO MÉDICA BRASILEIRA. Parecer Técnico do Comitê Científico de HIV/aids: indetectável = intransmissível. São Paulo: Sociedade Brasileira de Infectologia, 2018. Disponível em: <<https://www.infectologia.org.br/admin/zcloud/125/2018/01/540b4eb3f9a-c95db79b1e70d4587b724677ff53a4ea5c27612505d05f6e6d52e.pdf>>. Acesso em: 3 jan. 2019.

CASTRO, M.H.G. Políticas Públicas: conceitos e conexões com a realidade brasileira. In: CANELA, G. (org.). Políticas Públicas Sociais e os Desafios para o Jornalismo. São Paulo, São Paulo: Cortez, 2008.

FRISCHEISEN, L.C.F. Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2000.

- OLIVEIRA, S. O direito à saúde na Constituição brasileira: complexidades de uma relação público-privada. 231 fls. Tese de Doutorado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2017. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/19755/2/Solange%20de%20Oliveira.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2018.
- OLIVEIRA, S.; LINS, D. Lipodistrofia relacionada à síndrome de imunodeficiência adquirida (AIDS). In: BANDEIRA, F.; MACEDO, G.; CALDAS, G.; GRIZ, L.; FARIA, M.S. (Orgs.). Endocrinologia e diabetes. Rio de Janeiro: Medsi, 2003. Disponível em: <<https://eventos.set.edu.br/index.php/CIAFIS/article/view/2718/1135>>. Acesso em: 27 dez. 2018.
- OLSEN, A.C.L. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à reserva do possível. Dissertação de Mestrado, 378 fls. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006.
- SANTOS, N.R. SUS, política pública do Estado: seu desenvolvimento instituído e instituinte e a busca de saídas. *Ciência Saúde Coletiva*, v 18, n. 1, p. 273-280, 2013.
- SANTOS, S.L.F.; SOUSA, P.L.C.; FONTELES, M.M.F.; BARROS, K.B.N.T. Fatores desfavoráveis na adesão à terapia antirretroviral e diagnóstico sorológico: revisão da literatura. *Rev. Expressão Católica Saúde*, v. 3, n. 1, p. 42-46, jan.-jun., 2018. Disponível em: <<file:///C:/Users/NOTEBOOK-JR/Downloads/2132-5932-1-PB.pdf>>. Acesso em: 5 jan. 2019.
- SARLET, I. W. A eficácia dos direitos fundamentais. 3.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SARLET, I.W.; FIGUEIREDO, M.F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, I.W. e TIMM, L.B. (orgs.) *Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SENS, S.C.S. A teoria interpretativa de Dworkin: um modelo construtivo. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 16, n. 31, 2013. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2013v16n31p119>>. Acesso em: 13 out. 2018.

**DIREITOS HUMANOS E
FUNDAMENTAIS:
LEITURAS INTERDISCIPLINARES**

Cândida Carvalho, Felipe Rebêlo,
Marconi Catão, Wagner Gundim

Tipografias utilizadas:
Família Museo Sans (títulos e subtítulos)
Bergamo Std (corpo de texto)

Papel: Offset 75 g/m²
Impresso na gráfica Trio Studio
Dezembro de 2019