



**Karoline Coelho de Andrade e Souza
(Organizadora)**

O Direito e sua Complexa Concreção

Karoline Coelho de Andrade e Souza

(Organizadora)

O Direito e sua Complexa Concreção

Athena Editora
2019

2019 by Atena Editora
Copyright © Atena Editora
Copyright do Texto © 2019 Os Autores
Copyright da Edição © 2019 Atena Editora
Editora Executiva: Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira
Diagramação: Natália Sandrini
Edição de Arte: Lorena Prestes
Revisão: Os Autores

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores. Permitido o download da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

Conselho Editorial

Ciências Humanas e Sociais Aplicadas

Prof. Dr. Álvaro Augusto de Borba Barreto – Universidade Federal de Pelotas
Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília
Prof. Dr. Constantino Ribeiro de Oliveira Junior – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Cristina Gaio – Universidade de Lisboa
Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia
Prof. Dr. Gilmei Fleck – Universidade Estadual do Oeste do Paraná
Profª Drª Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionale delle Figlie di Maria Ausiliatrice
Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense
Profª Drª Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Profª Drª Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

Ciências Agrárias e Multidisciplinar

Prof. Dr. Alan Mario Zuffo – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Alexandre Igor Azevedo Pereira – Instituto Federal Goiano
Profª Drª Daiane Garabeli Trojan – Universidade Norte do Paraná
Prof. Dr. Darllan Collins da Cunha e Silva – Universidade Estadual Paulista
Prof. Dr. Fábio Steiner – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul
Profª Drª Gílrene Santos de Souza – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Prof. Dr. Jorge González Aguilera – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Ronilson Freitas de Souza – Universidade do Estado do Pará
Prof. Dr. Valdemar Antonio Paffaro Junior – Universidade Federal de Alfenas

Ciências Biológicas e da Saúde

Prof. Dr. Benedito Rodrigues da Silva Neto – Universidade Federal de Goiás
Prof.ª Dr.ª Elane Schwinden Prudêncio – Universidade Federal de Santa Catarina
Prof. Dr. Gianfábio Pimentel Franco – Universidade Federal de Santa Maria
Prof. Dr. José Max Barbosa de Oliveira Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará

Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Profª Drª Raissa Rachel Salustriano da Silva Matos – Universidade Federal do Maranhão
Profª Drª Vanessa Lima Gonçalves – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande

Ciências Exatas e da Terra e Engenharias

Prof. Dr. Adélio Alcino Sampaio Castro Machado – Universidade do Porto
Prof. Dr. Eloi Rufato Junior – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof. Dr. Fabrício Menezes Ramos – Instituto Federal do Pará
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Takeshy Tachizawa – Faculdade de Campo Limpo Paulista

Conselho Técnico Científico

Prof. Msc. Abrâao Carvalho Nogueira – Universidade Federal do Espírito Santo
Prof. Dr. Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos – Ordem dos Advogados do Brasil/Seccional Paraíba
Prof. Msc. André Flávio Gonçalves Silva – Universidade Federal do Maranhão
Prof.^a Dr^a Andreza Lopes – Instituto de Pesquisa e Desenvolvimento Acadêmico
Prof. Msc. Carlos Antônio dos Santos – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Msc. Daniel da Silva Miranda – Universidade Federal do Pará
Prof. Msc. Eliel Constantino da Silva – Universidade Estadual Paulista
Prof.^a Msc. Jaqueline Oliveira Rezende – Universidade Federal de Uberlândia
Prof. Msc. Leonardo Tullio – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Prof.^a Msc. Renata Luciane Poliske Young Blood – UniSecal
Prof. Dr. Welleson Feitosa Gazel – Universidade Paulista

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (eDOC BRASIL, Belo Horizonte/MG)
<p>D598 O direito e sua complexa concreção [recurso eletrônico] / Organizadora Karoline Coelho de Andrade e Souza. – Ponta Grossa (PR): Atena Editora, 2019. – (O Direito e sua Complexa Concreção; v. 1)</p> <p>Formato: PDF Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader Modo de acesso: World Wide Web Inclui bibliografia ISBN 978-85-7247-512-9 DOI 10.22533/at.ed.129190507</p> <p>1. Direito. 2. Direito e sociedade. 3. Direito – Aspectos sociais. I.Souza, Karoline Coelho de Andrade e. II. Série.</p> <p style="text-align: right;">CDD 340</p> <p style="text-align: center;">Elaborado por Maurício Amormino Júnior – CRB6/2422</p>

Atena Editora
Ponta Grossa – Paraná - Brasil
www.atenaeditora.com.br
contato@atenaeditora.com.br

APRESENTAÇÃO

O Direito, embora seja um fenômeno social, muitas vezes apresenta-se, em uma primeira perspectiva, como distante da realidade, da vida de todos nós. Ele é visto com um fenômeno transcendental com o qual nos defrontamos, vindo não se sabe de onde, regulando as relações sociais. A verdade, contudo, é que nós, enquanto sociedade, criamos o Direito, de forma que nossas vidas se encontram permeadas pelos fenômenos jurídicos, desde nosso nascimento até a morte e, mesmo, para depois dela. Fenômeno multifacetado que permeia a política, as relações interpessoais, as relações de trabalho, os sonhos e anseios por uma sociedade mais justa.

No entanto, o Direito não é simplesmente um caso de mera regulação das relações sociais, ele apresenta-se como a expressão mais alta de toda sociedade que se julgue verdadeiramente democrática, é o resultado de anos de aprimoramento de nossas instituições. Sem sombra de dúvida, o Direito é essencial para o alcançar daquilo que os gregos denominavam de *eudemonia*, uma boa vida, uma vida feliz. Não é à toa que, desde a Antiguidade, dizemos que o Direito persegue a Justiça. Por trás de cada decisão judicial, de cada ato legislativo ou contrato privado, é o ideário de uma sociedade mais justa que encontramos.

Não se trata de mera retórica, como se a Constituição ou as leis em geral fossem um pedaço de papel, como criticava Lassalle. Não é uma questão de discutir filosofias, pontos de vista, ou de vencer um debate. O Direito é realidade viva com a qual convivemos, de forma concreta – é ao Direito que recorremos em busca de uma boa vida. Desta forma, faz-se necessário uma reafirmação constante da percepção do Direito como um fenômeno concreto e basilar para a vida em sociedade.

É sob esta perspectiva que a Atena Editora procura lançar “O Direito e sua Complexa Concreção”, em formato *e-book*, para aproximar – de forma necessária e com excelência –, temas tão importantes para Ciência do Direito, aos leitores que, obviamente, não se encontram apenas na academia, na Universidade. O livro traz textos de pesquisadores nacionais renomados que, sob diversas perspectivas transpassam temas atuais dentro da seara jurídica, no Brasil e no mundo, contribuindo para a abertura e ampliação do debate sobre a efetivação de direitos e a prática jurídica no seu cotidiano.

Diante da realidade que, hoje, vivenciamos no Brasil, que parece constantemente colocar sob dúvida as instituições democráticas e o respeito aos direitos humanos, faz-se necessário abrir um amplo debate com a sociedade civil, a respeito das principais questões jurídicas – e suas consequências práticas. É desse debate, em grande medida, que depende a busca por uma sociedade menos desigual.

No presente *e-book*, assim, encontraremos temas que permeiam o Direito Constitucional e a importância da axiomática dos direitos humanos, como valores essenciais para um Estado Democrático, centrado na dignidade humana

e na concretização de direitos básicos, como o direito à saúde e à educação e o acesso à justiça. Também podemos acompanhar os principais debates dentro da esfera do Direito Penal, no qual se discute a falência e transmutações do sistema carcerário nacional, do processo penal e da execução da pena dos condenados pelo cometimento de infrações penais.

Temáticas mais especializadas, e com grande relevância, também são apresentadas como àquelas atinentes a criança e ao adolescente, ao âmbito do Direito de Família e as novas formas de resolução de litígios no âmbito civil, como a conciliação, a mediação e a arbitragem, como formas de acesso à justiça e sua efetivação. Também não ficam de fora questões atinentes ao meio ambiente, que discutem de forma crítica a sua preservação, principalmente diante dos acidentes ecológicas que o país tem vivenciados.

Esses temas, e outros de igual relevância e qualidade encontram-se, assim, disponíveis pela Atena Editora, como forma de permitir o alargamento do debate e reforçar a democracia, não só no Brasil, mas no mundo. Debate aberto de forma lúcida e crítica que comprehende o papel do Direito não só como efetuador de direitos e da própria democracia, mas como *práxis* que necessita de revisões e melhorias incessantes, evitando-se, assim, as injustiças e as burocráticas que dificultam tal efetivação. É somente por intermédio deste debate que, conseguiremos chegar cada vez mais perto da utopia da Justiça.

Karoline Coelho de Andrade e Souza

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1	1
A EQUIDADE DE RAWLS E A IGUALDADE DE AMARTYA SEN: JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	
Gabriel Moraes de Outeiro	
DOI 10.22533/at.ed.1291905071	
CAPÍTULO 2	13
A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA TRATADA NO CINEMA: DOZE HOMENS E UMA SENTENÇA	
Marco Cesar de Carvalho	
DOI 10.22533/at.ed.1291905072	
CAPÍTULO 3	25
AS TRAMPAS DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E O CASO DA CONSTITUINTE BRASILEIRA	
Bruno de Oliveira Rodrigues	
Tiago de García Nunes	
DOI 10.22533/at.ed.1291905073	
CAPÍTULO 4	42
LAWFARE: UMA GUERRA JURÍDICA SEM VENCEDORES	
Jordan Vitor Fontes Barduino	
Paulo Roberto da Silva Rolim	
DOI 10.22533/at.ed.1291905074	
CAPÍTULO 5	52
A HISTÓRICA RETOMADA DIPLOMÁTICA ENTRE OS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E CUBA	
Ana Carolina Loose	
Gabriel Holler	
Fábio Rijo Duarte	
DOI 10.22533/at.ed.1291905075	
CAPÍTULO 6	66
A DIGNIDADE HUMANA ENQUANTO VALOR MÁXIMO TUTELADO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A COLISÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: UMA SOLUÇÃO CLARA	
Márcio Pinheiro Dantas Motta	
DOI 10.22533/at.ed.1291905076	
CAPÍTULO 7	76
O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E SUA EFICÁCIA CONCRETA: DESENVOLVENDO A IDEIA DA “LINHA IMAGINÁRIA”	
Márcio Pinheiro Dantas Motta	
DOI 10.22533/at.ed.1291905077	
CAPÍTULO 8	87
A SUPREMACIA AXIOLÓGICA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA NA BUSCA POR UMA SOCIEDADE MAIS SOLIDÁRIA	
Márcio Pinheiro Dantas Motta	
DOI 10.22533/at.ed.1291905078	

CAPÍTULO 9	96
A EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS NO CURRÍCULO ESCOLAR: DOS DOCUMENTOS OFICIAIS AS PRÁTICAS PEDAGÓGICAS.	
Maria Perpétua Teles Monteiro	
DOI 10.22533/at.ed.1291905079	
CAPÍTULO 10	117
CULTURA DE PAZ E JUSTIÇA RESTAURATIVA: UM ESTUDO DE CASO NA EDUCAÇÃO EM SÃO PAULO	
Valéria Bressan Candido	
Luci Mendes de Melo Bonini	
DOI 10.22533/at.ed.12919050710	
CAPÍTULO 11	128
CONTEXTOS E TRAJETÓRIAS DA EDUCAÇÃO INFANTIL NO BRASIL E EM PORTUGAL: DIREITOS E DESAFIOS	
Thaís Oliveira de Souza	
DOI 10.22533/at.ed.12919050711	
CAPÍTULO 12	140
TRANSEXUALIDADE E O DIREITO AO PRÓPRIO CORPO: NOME E IDENTIDADE DE GÊNERO COMO FORMA DE ACEITAÇÃO SOCIAL	
Alberto Barreto Goerch	
Bhibiana Gabriela Marques Coelho	
Sandra Teresinha dos Santos Marques	
DOI 10.22533/at.ed.12919050712	
CAPÍTULO 13	152
VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A LIBERDADE DE ESCOLHA DA GESTANTE NA MODALIDADE DE PARTO	
Élisson Garcia Gularte	
Natiele Dutra Gomes Gularte	
Cristiane Penning Pauli de Menezes	
DOI 10.22533/at.ed.12919050713	
CAPÍTULO 14	160
A OBRIGAÇÃO DOS PLANOS DE SAÚDE EM RESSARCIR AO SUS AS DESPESAS DE SEUS BENEFICIÁRIOS: UMA ANÁLISE DA ADI 1.931/99	
Ingrid Cristina Bonfim da Silveira	
Laiz Mariel Santos Souza	
DOI 10.22533/at.ed.12919050714	
CAPÍTULO 15	177
A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL: UMA ANÁLISE DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) E A SUA ATUAÇÃO NAS CIRURGIAS DE TRANSGENITALIZAÇÃO	
Raira Liliane Nunes Trindade	
Karen Emilia Antoniazzi Wolf	
DOI 10.22533/at.ed.12919050715	

CAPÍTULO 16	189
AS DIFICULDADES NO ACESSO À MEDICAÇÃO PARA TRATAMENTO DO TDAH	
Laís Cabral Sá	
Laiz Mariel Santos Souza	
DOI 10.22533/at.ed.12919050716	
CAPÍTULO 17	204
EFEITO DA IMPLANTAÇÃO DE ESTRATÉGIAS INSTITUCIONAIS NO FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA DE ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA	
Virginia Oliveira Chagas	
Mércia Pandolfo Provin	
Rita Goreti Amaral	
DOI 10.22533/at.ed.12919050717	
CAPÍTULO 18	212
ECONOMIA SOLIDÁRIA E OS NOVOS MOVIMENTOS SOCIAIS NO CONTEXTO PÓS-INDUSTRIAL: UM PASSO PARA ÉTICA DIALÓGICA E REDEFINIÇÃO DO OBJETO DO DIREITO DO TRABALHO	
Diego Nieto de Albuquerque	
DOI 10.22533/at.ed.12919050718	
CAPÍTULO 19	226
A EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL INTERNACIONAL: UMA QUESTÃO DE SOBERANIA	
Amanda Vidal Pedinotti da Silva	
DOI 10.22533/at.ed.12919050719	
CAPÍTULO 20	238
A TRANSMUTAÇÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO E SUAS FORMAS PUNITIVAS: UMA ANÁLISE DA CPPA DE ARAGUAÍNA-TO	
Helena Mendes da Silva Lima	
Lyndja Oliveira Santos Silva	
DOI 10.22533/at.ed.12919050720	
CAPÍTULO 21	249
CAOS NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: SUPERLOTAÇÃO E REBELIÕES	
Marcos Vinícius F. Macêdo	
Ilana Brilhante Matias	
Anna Priscilla de Alencar Quirino	
DOI 10.22533/at.ed.12919050721	
CAPÍTULO 22	262
ÍNDICE DE RENÚNCIA E REPRESENTAÇÃO DOS PROCESSOS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA DA COMARCA DE FREDERICO WESTPHALEN/RS	
Caroline Taffarel Stefanello	
Anelise Flach Piovesan	
Pablo Henrique Caovilla Kuhnen	
DOI 10.22533/at.ed.12919050722	

CAPÍTULO 23 271

A DISCRIMINAÇÃO JURÍDICA NA APLICAÇÃO DAS LEIS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO,
ASSIM COMO NA OBTENÇÃO DOS BENEFÍCIOS DA LEI 7.210 DE 11 DE JULHO DE 1984 – LEI DE
EXECUÇÕES PENais

Geraldo Rodrigues

DOI 10.22533/at.ed.12919050723

SOBRE A ORGANIZADORA..... 283**ÍNDICE REMISSIVO 284**

A EQUIDADE DE RAWLS E A IGUALDADE DE AMARTYA SEN: JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Gabriel Moraes de Outeiro

Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará /
Universidade Federal do Pará
Rondon do Pará – Pará

RAWLS' FAIRNESS AND AMARTYA SEN
EQUALITY: DISTRIBUTIVE JUSTICE AND
PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

RESUMO: John Rawls (1921-2002) foi um grande autor da filosofia política, que por meio suas obras, influenciou a forma de se discutir a justiça distributiva. Ocorre que diversos autores, como Amartya Sen, apontaram falhas em sua teoria com vistas a assegurar a igualdade fática. Nesse sentido, este artigo aborda os direitos fundamentais sob a ótica da teoria da justiça como equidade de Rawls, complementada pela igualdade de capacidades de Amartya Sen. O objetivo é analisar como estas teorias liberais contribuem para a discussão da justiça distributiva e para a proteção de direitos fundamentais. Utilizou-se de uma abordagem de natureza teórica e, como procedimento metodológico, de pesquisa bibliográfica, documental e descritiva. Diante do quadro apresentado, constata-se que a justiça liberal concebe a justiça distributiva dentro de limites.

PALAVRAS-CHAVE: John Rawls, Justiça como equidade, Direitos fundamentais, Amartya Sen, Igualdade de capacidades.

ABSTRACT: John Rawls (1921-2002) was a great author of political philosophy, who through his works, influenced the way to discuss distributive justice. It occurs that several authors, such as Amartya Sen, pointed out flaws in his theory with a view to ensuring phatic equality. In this sense, this article deals with fundamental rights from the point of view of the theory of justice as fairness of Rawls, complemented by the equality of capacities of Amartya Sen. The objective is to analyze how these liberal theories contribute to the discussion of distributive justice and to the protection of fundamental rights. An approach of a theoretical nature and, as methodological procedure, of bibliographic, documentary and descriptive research was used. In view of the table presented, it is noted that the liberal justice conceives of distributive justice within limits.

KEYWORDS: John Rawls, Justice as fairness, Fundamental rights, Amartya Sen, Equality of capability.

1 I INTRODUÇÃO

A discussão sobre a “Justiça” segue

atual, a despeito de ser antigo, podendo ser encontrada desde a Antiga Grécia com os sofistas. Ocorre que até hoje não há um consenso sobre o assunto, pois ao longo do tempo diversas teorias foram formuladas e muitas divergem entre si, tornando o debate acirrado.

Nesta seara está John Rawls (1921-2002), que ganhou relevância por apresentar sua teoria de justiça como equidade, articulando princípios para ordenar as instituições de uma sociedade. Nesse sentido, a justiça é a primeira virtude das instituições sociais (RAWLS, 2008).

Ocorre que, posteriormente, diversos autores passaram a criticar sua teoria por entenderem que ela não promove a igualdade de forma satisfatória (KYMLICKA, 2006). Dentre estes críticos, está Amartya Sen, que apresentou a abordagem das capacidades como uma base objetiva para realizar comparações interpessoais do bem-estar (OUTEIRO; OLIVEIRA; NASCIMENTO, 2016).

A discussão é importante, porque a Constituição Federal de 1988 consagrou direitos fundamentais que vão desde direitos civis e políticos, passando por direitos sociais até difusos, restando até hoje discussões sobre qual o nível de responsabilidade estatal por sua efetivação.

Tendo por fio condutor esta questão, o presente artigo aborda os direitos fundamentais sob a ótica da teoria da justiça de John Rawls (2008), complementada pela igualdade de capacidades de Amartya Sen (2008). O objetivo é analisar como estas teorias liberais contribuem para a discussão da justiça distributiva e para a proteção de direitos fundamentais.

Utilizou-se de uma abordagem de natureza teórica e, como procedimento metodológico, de pesquisa bibliográfica, documental e descritiva.

Este trabalho está dividido em três capítulos. No primeiro, são trazidos à baila conceitos da justiça como equidade de Rawls, enquanto no segundo capítulo, discute-se a igualdade de capacidades de A. Sen. Na terceira seção se descreve como a justiça como equidade pode ser compreendida como uma teoria de proteção dos direitos fundamentais e como a aproximação com a igualdade de capacidades pode aperfeiçoá-la. Ao final, são tecidas as conclusões.

2 | A JUSTIÇA COMO EQUIDADE

Para Sen (2008), toda teoria política de justiça está apresentando sua versão sobre a materialização da igualdade abstrata, o que permite estabelecer uma conexão entre igualdade e a justiça liberal. Ao se mencionar a compatibilidade com alguns aspectos das teorias liberais é preciso notar que há uma diversidade de autores, com teses distintas.

Nesse passo, Rawls (2008) elabora sua teoria a partir de mecanismos que objetivam colocar os participantes numa posição de prudência, fazendo uma releitura

do estado de natureza do contrato social lockeano. Assim, propõe princípios de justiça que servem para guiar a distribuição de bens básicos entre os membros de uma sociedade bem organizada, apresentando uma teoria em que todos são moralmente iguais, com direito a viver conforme seus projetos de vida.

De modo geral, Rawls (2008) entende que a justiça é uma virtude, cuja concepção mais racional todos aceitariam se estivessem em condições de igualdade uns para com os outros, competindo ao Estado (guiado por princípios de justiça) se preocupar com a distribuição de bens indispensáveis para que um cidadão viva com dignidade. Logo, a justiça é definida como a primeira virtude para instituições sociais.

A obra supracitada ganhou notoriedade e influência nos mais diversos campos do conhecimento e teve grande impacto no ocidente, por introduzirem uma forma de guiar a atuação estatal, tendo em vista os interesses de toda a sociedade, e em particular, os das classes sociais menos favorecidas.

Nesses termos, a justiça como equidade é relevante para a proteção dos direitos fundamentais, na medida em que une um sentido normativo com o aspecto político e moral, tendo por escopo a garantia de que todos os cidadãos possam viver com dignidade.

2.1 Premissas da teoria rawlsiana

A justiça assegura a cada individuo uma inviolabilidade que nem a maioria da sociedade pode violar. Tais direitos, portanto, estão fora de negociações políticas ou de variações segundo interesses sociais.

O objeto principal da justiça é a estrutura básica da sociedade, cuja concepção oferece um padrão por meio do qual se deve avaliar os aspectos distributivos dessa estrutura.

Nesse passo, só há justiça entre iguais. Entretanto, não se trata de uma justiça interpretada como igualdade (no sentido de igual tratamento), mas como equidade, a permitir tratamentos desiguais, desde que justificados.

Em outras palavras, o Estado deve garantir a todos os membros da sociedade as mesmas oportunidades iniciais, o que equivale a um conjunto igual de bens primários e, a partir disso, cada um escolhe como quer viver, o que pode ensejar algum nível de desigualdade que será tolerado (COSTA, 2018, p. 373).

A tese está dentro do liberalismo igualitário, entendido como a posição normativa segundo a qual uma sociedade democrática justa é aquela comprometida com a garantia de direitos básicos iguais e uma parcela equitativa dos recursos sociais escassos – renda, riqueza e oportunidades educacionais e ocupacionais – a todos os seus cidadãos (VITA, 2002, p. 05). Individualmente, compete aos cidadãos escolher o uso que farão dos bens básicos.

A justiça como equidade associa a liberdade com a equidade, o que demanda a escolha dos princípios da justiça por pessoas livres, racionais e em posição inicial

de igualdade. Como forma de desenvolver sua concepção de justiça, são utilizados mecanismos teóricos e abstratos que assegurem uma posição de igualdade moral ou equidade, a saber: posição original e véu da ignorância.

A posição original é uma situação hipotética composta por pessoas morais, cujo resultado de deliberação não será influenciado ou condicionado por contingências arbitrárias ou forças sociais (RAWLS, 2008).

Na verdade se trata de um problema de deliberação, em que todos devem concordar racionalmente com uma concepção de justiça em detrimento de outra. O resultado dependeria, então, da quantidade de informações disponíveis, pois é plausível afirmar que na posição original, cada um escolherá um princípio de justiça que o beneficie.

Nessa posição originária, coloca-se um véu, como forma de cegar os indivíduos sobre certas situações sociais e econômicas pessoais, denominado véu da ignorância, para reduzir complexidades e contingências que levam à discórdia e ao atrito. Por conseguinte, as pessoas não conhecem seus valores, preferências, interesses, condições pessoais, etc. No entanto, entendem as relações políticas, base da organização social, e outros fatos genéricos. Como não se sabe quem faz parte do grupo que poderá ser sacrificado, adota-se uma postura cautelosa e prudente no momento da escolha, que não irá prejudicar ninguém.

A justiça como equidade é uma justiça procedural pura, em que há um procedimento objetivo para determinar o que é justo.

Segundo Kymlicka (2006, p.111-117), a teoria rawlsiana utiliza mecanismos teóricos para forçar uma posição de prudência entre os membros de uma sociedade, em que será necessário equilibrar a adoção de liberdade econômica, responsabilidade individual e circunstâncias sociais e naturais que não foram escolhidas. A mesma concepção de igualdade está na base da defesa da liberdade de mercado e da sua limitação. E é a partir de uma posição de prudência que os princípios de justiça são escolhidos.

Para guiar a discussão a respeito da escolha destes princípios, os bens sociais primários são definidos como o autorrespeito, autoestima, direitos, liberdades, oportunidades, renda e riqueza (RAWLS, 2008). Estes bens podem ser compreendidos como os bens essenciais para que uma pessoa possa ter a vida que deseja, com dignidade.

Na sociedade, uma série de fatores pode afetar a distribuição de bens, como talentos naturais (inteligência, aptidão física, dentre outros), sociais (renda ou posição social), e características pessoais (idade, gênero, etnia), a conduzir a uma situação em que algumas pessoas concentrem os bens sociais e outros indivíduos fiquem desprovidos do acesso a estes bens. Então, os princípios de justiça devem reduzir as loterias naturais e sociais, ao mesmo tempo em que devem ser sensíveis à ambição individual ou ao esforço.

Assim, no acordo original sob o véu da ignorância, os princípios de justiça

escolhidos são os princípios da igual liberdade e o princípio da diferença (RAWLS, 2008, p. 333). O primeiro consiste na ideia de que cada pessoa tem um direito igual a um sistema plenamente adequado de direitos e liberdades iguais, que corresponde a direitos como liberdade de pensamento, de participação política e direito ao voto. Deve-se observar que não se atribui prioridade às liberdades de forma geral e absoluta, como valor principal de um sistema político e social de justiça (PARANHOS et al., 2018, p. 1005).

O segundo princípio aceita algum nível de diferença na sociedade, que corresponde aos cargos e escolhas, mas desde que todos tenham igualdade equitativa de oportunidades.

Logo, pelo princípio da diferença um sistema de vantagens e incentivos somente é legítimo se beneficiar os menos favorecidos, para que todos tenham oportunidades. Porém, é a partir deste princípio que se tem base para justificar a discriminação positiva, que se espalha para as mais diversas áreas de atuação do Estado. Sistemas de saúde e de educação pública, cotas em universidades e mecanismos de redistribuição de renda são objetos de discussão com base neste princípio.

A justiça rawlsiana comprehende a distribuição dos bens sociais primários como condição básica para que uma pessoa possa realizar seu projeto de vida. Por isso, a interpretação destes bens como direitos fundamentais (civis, políticos, sociais e difusos) ajuda a lançar luz sobre o significado de dignidade humana: é o mínimo que uma pessoa faz jus para viver a vida que deseja, com dignidade.

A teoria de Rawls foi criticada por uma grande variedade de autores. Por exemplo, houve quem entendesse que sua tese não protegia a liberdade de forma adequada e apresentou como oposição uma concepção libertária de justiça, como Nozick (1991).

De modo geral, para Nozick (1991) o Estado deve ter um papel reduzido, de garantir aos cidadãos apenas o direito de propriedade e a liberdade, como um Estado Mínimo. Com efeito, este pensamento não é o mais adequado para guiar a organização do Estado, considerando o nível de pobreza em vários locais do mundo.

Trata-se de um pensamento de “linha de largada”, que atribui grande peso a igualdade no ponto de partida (em que todos têm posses simétricas no começo), mas ignora o momento posterior, em que pode haver desigualdades em face de eventos naturais ou sociais, que fogem da escolha dos indivíduos (DWORKIN, 2005, p. 110-112).

A questão é que a justiça rawlsiana não encampa novas formas de desigualdade injustificadas, por estar focada em classes, além de não trazer um modelo claro de distribuição de bens primários.

No entendimento de A. Sen, que ganhou grande notoriedade fora da academia pelo envolvimento com questões relacionadas à pobreza e ao desenvolvimento, tendo contribuído para a formulação do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), para

assegurar a igualdade é preciso mais do que a proposta da justiça como equidade.

3 | IGUALDADE DE CAPACIDADES E DE FUNCIONAMENTOS

Neste capítulo se pretende apresentar alguns aspectos da concepção igualitária defendida por A. Sen (2008), contida em sua obra sobre igualdade intitulada *Desigualdade reexaminada*.

Sobre o enfoque normativo de A. Sen, a sua noção de igualdade é restrita às questões acerca da distribuição dos ônus e bônus dos recursos escassos da sociedade e do desenvolvimento de políticas estatais. Por não ser tão abrangente quanto à concepção de justiça como equidade, a igualdade de capacidades e de funcionamentos tem o condão de complementar a teoria de justiça rawlsiana.

Como Sen (2008, p. 44) ensina, não é possível elaborar uma teoria normativa do ordenamento social, coerentemente, que rejeite a igual consideração.

A questão é que definir a igualdade num espaço, como a renda, pode levar a redistribuição de recursos numa sociedade até que todos tenham aproximadamente a mesma quantidade de recursos. No entanto, no momento seguinte, quando as pessoas vão usar a sua renda, já haverá desigualdade, porque pessoas diferentes usam esses recursos (dinheiro) distintamente.

A reflexão sobre igualdade e diversidade é essencial para conceber programas públicos de redistribuição de riqueza, pois a seleção de um espaço vai torná-lo uma justificativa para a redistribuição: se a opção for de igualar a renda, uma pessoa que tenha maior renda arcará com um tributo maior do que uma pessoa com menor renda, ou fará com que o Estado execute programas para aumentar os recursos de quem tem menos (SEN, 2008, p. 51).

O problema da concentração da discussão na desigualdade de rendas como foco para examinar a igualdade consiste em terminar ignorando as variedades de características físicas e sociais que afetam a sua conversão em realizações valorizadas.

Ocorre que existem outros fatores importantes, sem relação direta com a renda, mas que podem caracterizar situações de graves privações quando ausentes.

Por isso, A. Sen entende que a justiça como equidade rawlsiana não lida com os problemas concretos da sociedade, pois não considera as diferentes circunstâncias e contextos, nos quais cada indivíduo está inserido (COSTA, 2018, p. 379).

Para Sen (2008, p. 69), pode haver variações na conversão de bens sociais e de recursos em liberdade – devido às variações externas ou pessoais referidas, o que faz com que seja necessário distinguir a extensão da liberdade dos meios para a liberdade.

As opções que a pessoa tem para, de fato, fazer, ser ou levar a vida que desejar, materializam a extensão da liberdade em si (ou seja, a conversão dos bens

primários e recursos em liberdade). Os recursos ou bens sociais não são sinônimos de liberdade desfrutada, mas são meios para que uma pessoa atinja determinado fim: o dinheiro ou a renda não são importantes em si, eles são importantes porque possibilitam a aquisição de bens essenciais por indivíduos.

A variação entre os indivíduos que existe na conversão de renda em bem-estar é o que leva a perceber que duas pessoas com os mesmos bens primários ou recursos podem ter liberdades totalmente diferentes (devido às diferenças externas e pessoais).

Para Sen (2008, p. 79) funcionamentos são estados e ações. Por isso, o autor argumenta que a extensão da liberdade real é um fator chave para avaliar a qualidade de vida, por permitir analisar quais as ações e estados em que as pessoas se encontram.

Desta forma, funcionamentos podem ser pensados em termos de desempenho do que uma pessoa pode ou não realizar com a sua vida. Por outro lado, o conjunto de funcionamentos que uma pessoa pode realizar é denominado de capacidade, definido como a capacidade para realizar funcionamentos. O conjunto de funcionamentos de uma pessoa representa as várias combinações de estados e de ações que ela pode efetivar.

O ponto central é que a capacidade consiste na possibilidade da pessoa obter bem-estar, ao mesmo tempo em que ter alguns funcionamentos contribuem diretamente para conseguir bem-estar, pois a possibilidade de escolha é em si uma parte valiosa do viver.

Para ser possível efetuar uma avaliação sobre a igualdade/desigualdade, é imprescindível identificar o objeto-valor ou espaço de avaliação. Nesse passo, na avaliação do bem-estar e da dignidade, o foco serão os funcionamentos e a capacidade.

Mas são apenas os funcionamentos básicos que serão os meios para ampliar escolhas e a liberdade real, que pode ser dar por meio de processos políticos de deliberação, como o reconhecimento de direitos fundamentais na Constituição de 88 (OUTEIRO; OLIVEIRA; NASCIMENTO, 2016).

Por conseguinte, ao invés de apresentar um modelo teórico com uma sociedade perfeita e justa, o que se deseja, ao focar nas capacidades e nos funcionamentos, é reduzir a injustiça e a desigualdade, garantindo que todos possam realizar os funcionamentos básicos selecionados. Com vistas à garantia da igualdade de funcionamentos mínimos, primeiro, deve-se elucidar o que é pobreza, porque ainda que todos tenham direitos fundamentais, as pessoas que tiverem melhores condições de vida não serão contempladas em alguns programas de inclusão social.

Em seguida, após a definição do que é pobreza, pode-se elaborar uma política para aumentar os funcionamentos estabelecidos como importantes para as pessoas que são hipossuficientes ou vulneráveis. Por essa razão, Sen (2008) argumenta que ao se adotar a igualdade de capacidades e de funcionamentos como métrica

para definir os programas de redistribuição de riqueza, a pobreza é definida como a incapacidade de realizar funcionamentos básicos.

Aqui reside a força normativa da teoria de Sen: se o objetivo é igualar as pessoas em capacidades e funcionamentos relevantes, o Estado tem o dever de assegurar que todos os indivíduos alcancem esse patamar.

Com efeito, os funcionamentos básicos são aqueles reconhecidos politicamente no texto constitucional como direitos fundamentais, que podem ensejar, além de direitos e obrigações gerais, um tratamento mais específico, com o advento de legislação própria ou execução de programas específicos em favor de algumas pessoas.

Sendo um defensor de um mínimo de funcionamentos que possam assegurar uma vida com dignidade, Sen (2000, p. 25) afirma que alguns direitos promovem a capacidade geral de uma pessoa, como: liberdades políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora.

A mudança na forma como se olha para esses problemas ajuda não apenas no desenvolvimento das políticas estatais de combate a pobreza, como permite justificar, publicamente, a intervenção pública na vida privada e no domínio econômico adequadamente. Inicialmente, Sen (2008, p. 178-179; 2000, p. 61) explana que sistemas públicos de saúde estão diretamente relacionados com a expectativa de vida da população, em especial daquela de baixa renda. Mas não é só isso, é possível tecer uma teia que alcance também a educação pública. Cada um desses funcionamentos reforça o outro, pois um sistema público de educação permite que mais pessoas sejam alfabetizadas e com acesso a níveis mais altos de educação, o que enseja, em muitos casos, maiores preocupações na área da saúde (SEN, 2008, p. 195). Estas medidas aumentam a oportunidade de um indivíduo viver com dignidade.

A abordagem da igualdade de capacidades e de funcionamentos ajuda a notar que a implementação de diferentes medidas, que podem ou não estar diretamente relacionadas entre si, aumentam a oportunidade de se viver com dignidade. Os direitos sociais e difusos reforçam os direitos civis e políticos e vice-versa.

Dentre deste enfoque, Nussbaum (2001) contribuiu com a elaboração de um índice de capacidades humanas básicas, para guiar o desenvolvimento de políticas públicas.

De maneira simples, estas capacidades podem ser resumidas em: ser capaz de viver até o fim de uma vida humana completa; não morrer prematuramente; ser capaz de ter boa saúde, incluindo saúde reprodutiva; ser adequadamente nutrido; ter abrigo adequado; ser capaz de se mover livremente de um lugar para outro; estar seguro contra ataques violentos; ser capaz de usar os sentidos, imaginar, pensar e raciocinar; ser capaz de formar uma concepção de bem e planejar sua própria vida; ser capaz de se entreter com atividades recreativas; e ser capaz de viver a própria vida no seu próprio contexto (NUSSBAUM, 2001).

Quando a Lei Maior afirma que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República (art. 1, inciso III, da CF), e que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais a Constituição Federal está endossando uma forma de igualdade, que não deve ser confundida com homogeneidade.

Portanto, o objetivo de todas essas medidas é tratar a todos como iguais, de maneira que todos possam viver a vida que desejem. O mesmo princípio (da igualdade abstrata) que defende mecanismos de mercado livres enseja a constante atuação estatal para reduzir desigualdades sociais e econômicas, criando obrigações positivas para o Estado.

Aqui mais uma vez, há um limite: deve-se dar um espaço para a responsabilidade individual, considerando as pessoas responsáveis pelas suas próprias decisões.

4 | O SISTEMA DE PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A CONVERGÊNCIA ENTRE JUSTIÇA COMO EQUIDADE E IGUALDADE DE CAPACIDADES

Inicialmente, a justiça como equidade e a igualdade de capacidades pressupõe que (determinados) arranjos políticos estão abertos a mudanças e a depender da maneira como são organizados, eles podem beneficiar alguns indivíduos e prejudicar outros. Logo, não apenas é possível discutir as estruturas políticas, como também é factível efetivar uma organização que vise a distribuição mais equânime de bens ou recursos entre todos os membros de uma comunidade.

O reconhecimento de um direito na Lei Maior associa a fundamentalidade formal e material, visto que a previsão de direitos na Constituição escrita é um meio de se atribuir a uma necessidade humana o caráter de elemento indispensável para a vida digna por critérios formais, como ápice do ordenamento jurídico, sem olvidar que aquela necessidade pode se mostrar materialmente indispensável para a dignidade humana (SARLET, 2010, p.74).

Os direitos fundamentais podem ser associados a um conjunto de bens, sem os quais não se consegue ter uma vida digna, como liberdade de pensamento, educação, saúde, moradia, ambiente ecologicamente equilibrado e direito à cidade. Mas cada direito fundamental pode ser materializado de modo diferente do outro, a depender da sociedade e da época. Basta pensar em um sistema público de saúde ou de educação, para promover o direito à saúde ou o direito à educação, mas que não precisa ser idêntico a um sistema para garantir liberdade de voto para todos.

O texto constitucional se utiliza com frequência de linguagem aberta, permitindo variadas interpretações. A título de ilustração, ao mesmo tempo em que se estabelece a livre iniciativa e a livre concorrência como princípios da atividade econômica, o valor social do trabalho humano também deve ser observado (art. 170, *caput* e incisos, da

CF). A Lei Maior tem dispositivos que associam o mérito com a cooperação social.

Ainda que não seja possível obter um consenso sobre o assunto, e por isso, há a contínua discussão de como harmonizar esses direitos, a justiça liberal propõe uma liberdade a ser usufruída por todos. Traduzindo essa tese na linguagem de direitos fundamentais, todos os direitos fundamentais são indispensáveis para que as pessoas possam viver com dignidade, o que muda, na verdade, é o contorno jurídico-político de cada direito, e a prevalência que cada um deve ter em determinado contexto. Não há, necessariamente, conflito ou incompatibilidade entre liberdade e igualdade.

Para Kymlicka (2006, p. 111-118), a igualdade liberal favorece o Estado Social, porém, é difícil dizer, exatamente, quais medidas são necessárias para permitir a fruição de vida digna por todos os cidadãos. Apesar de mencionar algumas políticas governamentais, como ação afirmativa, tributação progressiva, saúde e educação pública, outras medidas podem ser indispensáveis para concretizar a igualdade liberal, a depender do contexto ou da situação de privação na qual uma pessoa está.

Portanto, com a justiça como equidade os valores políticos fundamentais são organizados com fulcro num acordo original sob o véu da ignorância, porém, para avançar em direção a um sistema mais efetivo de proteção da dignidade humana, a igualdade de capacidades lança luz sobre as formas de injustiça, desigualdade e pobreza, que ensejam a adoção de políticas de inclusão social.

Muitas são as diferenças que separam a teoria da justiça da Rawls da ideia de justiça de Amartya Sen. Porém, as duas abordagens se complementam quando se trata de proteção da dignidade humana.

Se é possível a complementação da justiça como equidade pela igualdade de capacidades, há também divergências entre os autores. Em Rawls (2008), a concepção de justiça é política, não devendo tratar dos fins, enquanto a igualdade de capacidades (2008) se preocupa com a conversão dos bens primários em qualidade de vida – o que de certa forma trata dos fins – e critica a limitação da concepção política rawlsiana.

Na prática, ambos os modelos podem justificar a adoção de políticas ou esquemas de redistribuição. Porém, a justiça rawlsiana não fornece subsídios para elaborar políticas adequadas às necessidades do seu destinatário (mulheres, crianças, idosos, indígenas, pessoas com deficiência, etc.).

Nesse passo, a Constituição estabelece o panorama geral e, sob a ótica das teorias apresentadas, determina um sistema de proteção dos direitos fundamentais, com base em seus dispositivos, dentre os quais cabe destacar a aplicabilidade imediata de normas que versem sobre direitos fundamentais (art. 5º, § 1º).

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se constatou, a teoria da justiça como equidade de John Rawls pode ser complementada com a base informacional da abordagem de capacidades de A. Sen, numa concepção de justiça distributiva e de proteção dos direitos fundamentais. A partir dos valores da liberdade e da igualdade, esta forma de entender a igualdade irá influenciar a interpretação constitucional e ensejar uma série de políticas de (re) distribuição de bens básicos com vistas à igualdade.

Por ser uma concepção de justiça liberal, a proteção será dada dentro de balizas, em que serão separados casos ou eventos naturais ou sociais que fogem da responsabilidade individual, das situações em que as pessoas devem arcar com suas decisões. É possível conceber diversas políticas, como as de transferência de renda, proteção às crianças, idosos e pessoas com deficiência, dentre outras.

Assim, a justiça assegurará vida digna a todos os membros da sociedade.

REFERÊNCIAS

- COSTA, Thaís Cristina Alves Sueli Aparecida. TEORIAS DA JUSTIÇA PÓS-RAWS: Uma análise comparada entre o modelo igualitário de Ronald Dworkin e Amartya Sen. **Sapere Aude**, v. 9, n. 18, p. 369-381, 2018.
- DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**: uma introdução. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- NOZICK, R. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991.
- NUSSBAUM, M. **Woman and Human Development**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- OUTEIRO, Gabriel Moraes; OLIVEIRA, Maria Cristina Cesar; NASCIMENTO, Durbens Martins. A justiça como equidade de Rawls e a igualdade de Amartya Sen: uma releitura na construção de um sistema de proteção de direitos fundamentais. **Revista do Direito Público**, v. 11, n. 2, p. 47-81, 2016.
- PARANHOS, Denise Gonçalves de Araújo Mello et al. As teorias da justiça, de John Rawls e Norman Daniels, aplicadas à saúde. **Saúde em Debate**, v. 42, p. 1002-1011, 2018.
- RAMOS, Katury Rayane; FERNANDES, Roberto Carlos; SPINOSA, Suyane Albuquerque. Direito e Estado: Uma Análise da Teoria da Justiça em John Rawls. **Revista Ágora Filosófica**, v. 1, n. 2, p. 05-26, 2018.
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- _____. **Desigualdade reexaminada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.

VITA, Álvaro. Liberalismo igualitário e Multiculturalismo. **Lua Nova**, n. 55-56, p. 5-27, 2002.

_____. **O liberalismo igualitário**: sociedade democrática e justiça internacional. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA TRATADA NO CINEMA: DOZE HOMENS E UMA SENTENÇA

Marco Cesar de Carvalho

Professor do Curso de Direito, matérias Direito Processual Civil, Direito do Trabalho e Previdenciário, na Libertas Faculdades Integradas, em São Sebastião do Paraíso-MG

e seus autores tentam demonstrar ao juiz que é possível aplicar o melhor argumento para a solução correta de um caso, sólido e forte o bastante, mesmo diante de casos difíceis.

PALAVRAS-CHAVE: Direito; Hermenêutica; Teoria da argumentação jurídica.

RESUMO: Este artigo procura demonstrar como a Teoria da Argumentação foi tratada no cinema, através do filme estadunidense *12 Angry Men*, de 1957, drama traduzido como *Doze homens e uma sentença*, onde um jovem, acusado de assassinar o próprio, vai a julgamento. O filme expõe aos telespectadores como, através da racionalidade, é possível fundamentar a condenação ou a absolvição de alguém, com os melhores argumentos existentes. Na sistemática norteamericana, o veredito do júri deve ser unânime, seja para condenar ou para absolver, é preciso alcançar a certeza da decisão ou a maior probabilidade disto. A Teoria da Argumentação Jurídica trata das teorias que estudam os métodos de argumentação jurídica. O filme se desenrola na análise do fato através do estudo das provas do crime, buscando um argumento forte para condenar ou absolver, mas não sem abordar os subjetivismos dos jurados, cada qual com sua personalidade, moral, filosofia e carga emocional. Diante do mesmo fato, como um jurado absolve e outro condena o acusado? Assim, a Teoria da Argumentação

THE THEORY OF LEGAL ARGUMENTATION
TREATED IN THE CINEMA: TWELVE MEN
AND A SENTENCE

ABSTRACT: This article seeks to demonstrate how the Theory of Argumentation was treated in the cinema through the American film *12 Angry Men*, 1957, a drama translated as *Twelve Men and a Sentence* where a young man is accused of murdering his own father, goes to trial. The film exposes viewers how, through rationality, it is possible to base the condemnation or acquittal of someone with the best arguments. In the American system, the jury's verdict must be unanimous, whether to condemn or to acquit, it is necessary to reach the certainty of the decision or the greater probability of this. The Theory of Legal Argumentation deals with theories that study methods of legal argumentation. The film unfolds in the analysis of the fact through the study of the evidence of the crime, seeking a strong argument to condemn or absolve, but not without addressing the subjectivisms of jurors,

each with its personality, moral, philosophy and emotional load. Faced with the same fact, as one jury acquits and another convicts the accused? Thus, Argumentation Theory and its authors try to demonstrate to the judge that it is possible to apply the best argument for the correct solution of a case, solid and strong enough, even in the face of difficult cases.

KEYWORDS: Right; Hermeneutics; Theory of legal argumentation.

1 | INTRODUÇÃO

Através do filme *12 Angry Men*, de 1957, drama este traduzido como *Doze homens e uma sentença*, onde um jovem porto-riquenho vai a julgamento acusado de assassinar o próprio pai, aguardando o veredito unânime do júri, que se reúne numa sala, para condenar ou para absolvê-lo.

A partir do sistema penal norteamericano, onde não pode haver dúvida na condenação do acusado num júri, o ator Henry Fonda, interpretando *Davis*, o jurado número 8 e protagonista do filme, duvidando da certeza da culpa do jovem acusado, tentando demonstrar aos demais jurados que pode haver uma dúvida razoável se o acusado cometeu ou não o assassinato, conclama que os demais pensem melhor no veredito a ser proferido, eis que na entrada para a sala do julgamento, o acusado já estava condenado, simples assim: matou uma pessoa, deve ser condenado.

E é a partir da análise do fato e do estudo das provas do crime, que a personalidade e a condição pessoal de cada jurado se revela, cada qual com sua convicção moral, filosófica e emocional, com o filme demonstrando como o subjetivismo da pessoa dos jurados pode influenciar mais que a própria prova do processo, num caso concreto.

Demonstrar como a hermenêutica é influenciada, tanto pela condição pessoal do jurado quanto pelas Teorias da Argumentação Jurídica, na busca de apontar o melhor argumento para a solução correta de um caso, é o objetivo deste artigo, que para isto está calcado na sinopse do filme e nas referências bibliográficas indicadas ao seu final. Esta é a pesquisa e o trabalho que serão demonstrados a seguir.

2 | A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E A HERMENÊUTICA JURÍDICA TRATADA NO CINEMA

Sidney Lumet dirigiu o drama *12 Angry Men*, de 1957, cujo roteiro de Reginald Rose foi adaptado de um programa homônimo de televisão, do próprio diretor, dirigindo o filme juntamente com o seu protagonista, o ator Henry Fonda, interpretando o papel de *Davis*, o jurado número 8, e que se passa quase unicamente numa locação muito simples: a sala dos jurados na *Supreme Court of the State of New York*, a qual tem inscrito em sua faixada que *The true administration of justice is the firmest pillar of good government*.

Numa cena muito rápida dentro do Tribunal, o Juiz orienta os 12 jurados para que, separando os fatos de cada versão – da acusação e da defesa – profiram um veredito unânime, que pode conduzir o jovem acusado porto-riquenho à pena de morte pelo crime de homicídio em primeiro grau, ou premeditado, perpetrado contra o seu próprio pai, ou absolvê-lo, onde o consenso para um ou outro veredito é imprescindível. Daí a unidade de desígnios destes jurados.

Sob o olhar assombrado do acusado, os jurados são conduzidos à sua sala – *Jury Room*, onde a decisão parece já estar encaminhada: a condenação do acusado. Simples assim: matou uma pessoa, deve ser condenado, e no caso, à pena capital. Nada mais racional! Porém, um julgamento errôneo sobre um homem pode retirar a vida de outra pessoa, pela sentença de morte.

E esta parece ser mesmo a sina do acusado, porque de pronto um dos jurados pontua que “o promotor foi preciso porque enumerou os fatos”. A punição de alguém que atenta contra outrem é reconhecida socialmente para a integridade da própria sociedade, se na retórica clássica tentava-se persuadir os interlocutores através da argumentação, pela tópica tenta-se chegar a um consenso:

A tópica é uma técnica de pensar por problemas desenvolvida a partir da retórica. Ela apresenta uma estrutura espiritual que inclusive em suas particularidades se distingue claramente de uma estrutura dedutivo-sistêmica.

[...]

Topoi são para *Aristóteles*, então, pontos de vista empregáveis em muitos sentidos, aceitáveis universalmente, que podem ser empregados a favor e contra ao opinável e podem conduzir à verdade. (VIEHWEG, 2008, p. 16-26).

A tópica é um estilo de pensamento a partir de problemas, e os *topoi* são pontos de partida ou lugares comuns no processo argumentativo, ou ainda fórmulas variáveis no tempo e no espaço, de reconhecida força persuasiva, como o interesse público, a boa-fé, a autonomia da vontade, os direitos individuais, a legalidade e a legitimidade. E diante de um problema, ou seja, uma questão que comporta mais de uma resposta, a busca da resposta mais correta dá-se assim:

Numa perspectiva resumida, isto se desenvolve do seguinte modo: o problema é colocado mediante uma formulação adequada num dado nexo dedutivo mais ou menos explícito e mais ou menos extenso, da qual advém deduzida a resposta. Então, se ao nexo se dá o nome de sistema, se poderá dizer, de modo mais resumido linguisticamente, que o problema decorre ordenado num sistema a de se chegar à sua solução. (VIEHWEG, 2008, p. 34-35).

E coube a *Davis* convencer com sua argumentação que, talvez, a maioria dos jurados não estivesse correta, que simplesmente o acusado “talvez” não tivesse assassinado o seu pai, e que seria mais sábio, mais técnico, analisar os fatos (as circunstâncias do homicídio) a simplesmente condenar. E cada jurado tinha um motivo pessoal para julgar logo e decretar a morte do acusado: o jurado número 7, interpretado por Jack Warden, tinha ingressos para um jogo de baseball, logo mais;

o jurado número 10, interpretado por Ed Begley, se encontrava resfriado, era o mais preconceituoso: todo latino pobre é bandido, logo, deve ser condenado!

Mas a argumentação que a maioria (*topos* numérico) sempre vence é superada aqui, por um outro *topos*, o argumento de autoridade:

esse *topos* representa uma opinião consistente, proveniente de alguém que possui vasto conhecimento sobre determinado assunto, sendo reconhecido por tal, diferindo, assim, de uma vaga crença. Esse fator teria suporte para oferecer premissas respeitáveis e fortes, capazes de conduzir uma cadeia argumentativa válida; por isso, é considerado importante elemento na retórica tópica. (ALMEIDA, 2012, p. 132).

Segundo Niklas Luhmann, em nossa complexa sociedade, formada por diferentes sistemas (político, econômico, educacional, etc) onde o Direito compõe um subsistema ou um sistema parcial, com sua própria comunicação, que no seu caso é produzida a partir da sua positivização. Enquanto o positivismo jurídico prima pela dimensão sistêmica fechada do direito, deixando em segundo plano as particularidades do caso concreto, focando na proposição normativa previamente estabelecida, a tópica questiona a regularidade desse comportamento, depositando mais confiança no poder discricionário do julgador, em sua capacidade de decidir de forma justa.

Assim, e quando o sistema parcial do Direito é chamado a oferecer um resultado a outros sistemas, porque um litígio, no caso, o julgamento de um acusado de homicídio apresenta-se, ele recebe a comunicação e a transforma em comunicação jurídica, reduzindo a complexidade deste litígio, proferindo uma decisão, assim funciona o sistema jurídico:

Por conseguinte, reduzir a complexidade, mediante seu código binário próprio: lícito/ilícito. Este processo é a própria justiça possível de ser proporcionada pelo sistema do Direito.

[...]

Para a frustração da coletividade, o Direito não possui uma varinha de condão, para seu aplicador determinar o desaparecimento da situação ilícita. E não pode fazer isso, não tem superpoderes, e nem se intitula como tal; é verdade, entretanto, que, por vezes, o coro social pleiteia o contrário, mas ele sempre é em vão. A modernidade oferece outra ideia sobre sua função, pois que o ofício do Direito, segundo o sociólogo alemão Niklas Luhmann, está na garantia das expectativas normativas, ao longo do tempo. (LIMA, 2012, p. 102).

Esta binariedade também se repete na política (progressista/conservador ou situação/oposição), na economia (lucro/prejuízo), na ciência (verdadeiro/falso), na educação (ensino/não ensino), na moral (bem/mal), nos sentimentos (dor e prazer). Portanto, a partir de um argumento que explora, juridicamente, somente a juridicidade ou não de um fato, parece ser fácil chegar-se a um veredito. E assim o destino do acusado parecia estar definido. Não fosse o jurado número 8, *Davis*, interpretado por Henry Fonda, passar a questionar os demais jurados sobre a mera possibilidade do

acusado ser inocente.

Que a Ciência Jurídica se desenvolveu não se pode negar, mas daí a acreditar que somente o Direito dará a solução correta para as demandas da sociedade parece ser algo contraditório, porque o sistema jurídico ou subsistema do Direito é autopoietico, portanto, hermeticamente fechado, e por isto:

Em suas operações, opera sempre fechado, quer dizer, com base na binariedade suprareferida. Pois bem, a solução esperada pela sociedade depende muito mais dela própria do que do Direito, cujo contexto social é apenas uma parte do ambiente social, no qual estamos inseridos. Para solucionar tais situações, é preciso, a bem da verdade, a alteração dos valores sociais, cuja comunicação emanar-se-á também ao Direito, e não acreditar que uma parte (Direito) alterará o todo (Sociedade), onde ele provém. (LIMA, 2012, p. 103).

Mesmo em casos difíceis, a solução mais justa deve ser buscada e alcançada. E para isto, *Davis* passou a questionar a certeza que se apresentava para a solução do caso: a condenação do acusado. Em determinada altura, *Davis* aponta que “nada se encaixa tão perfeito” quanto o caso trazido em julgamento. E aí surge o antagonista de *Davis*, o jurado número 3, interpretado por Lee J. Cobb, que brilhantemente cumpre o seu papel, embasando o seu julgamento a partir do relacionamento com seu filho.

A partir daí que se desenrola este drama muito bem explorado no cinema. Em *Doze homens e uma sentença*, alcançar a justiça de uma decisão, a partir da unanimidade do julgamento dos doze jurados, parece ser um óbice à injustiça no caso concreto, porque é injusto para alguém ser condenado por um crime que não cometeu, ainda que a sociedade fique sem resposta neste caso.

Na sala dos jurados, numa votação preliminar conduzida pelo jurado número 1, interpretado por Martin Balsam, apenas *Davis* não estava a condenar o acusado, ressaltando que também ele não tinha certeza da inocência do mesmo. Parece que *Davis* pretendia encontrar uma resposta para aquele acusado, na doutrina utilitarista, de Jeremy Bentham:

De acordo com Bentham, a coisa certa a fazer é aquela que maximizará a utilidade. Como “utilidade” ele define qualquer coisa que produza prazer ou felicidade e que evite a dor ou o sofrimento.

Bentham chega a esse princípio por meio da seguinte linha de raciocínio: todos somos governados pelos sentimentos de dor e prazer. São nossos “mestres soberanos”. Prazer e dor nos governam em tudo que fazemos e determinam o que devemos fazer. Os conceitos de certo e errado “deles advém”. (SANDEL, 2014, p. 48).

Mas, então, o que seria fazer justiça neste caso? Como o único jurado que não condenava o acusado, *Davis*, imaginando a fragilidade da defesa empregada que não confrontou as provas, ele argumentou que o júri deveria se ater às circunstâncias dos fatos, fossem atenuantes ou mesmo agravantes, extraídas das provas produzidas, ouvindo com atenção os testemunhos, enfim, racionalizando os fatos para se chegar a uma conclusão mais acertada. Desta forma, *Davis* induziu os demais jurados a

analisarem melhor todos os fatos e argumentos que refutassem a absolvição ou indicassem para a condenação, porque era necessário levar aquela situação – o julgamento pelo júri de um acusado de homicídio – a sério, posto que, como juízes do fato, os jurados tinham o dever de, mesmo num caso difícil, descobrir quais são os direitos do acusado face às leis existentes e as regras básicas a partir das quais esse julgamento devesse acontecer:

Se queremos que nossas leis e nossas instituições jurídicas forneçam as regras básicas a partir das quais essas questões venham a ser discutidas, essas regras não devem ser as leis do mais forte que a classe dominante impõe aos mais fracos, como Marx imaginava que devia ser o direito de uma sociedade capitalista. A parte principal do direito – a parte que define e executa as políticas sociais, econômicas e externas – não pode ser neutra. Deve afirmar, em sua maior parte, o ponto de vista da maioria sobre a natureza do homem comum. Portanto, a instituição dos direitos é crucial, pois representa a promessa da maioria às minorias de que sua dignidade e igualdade serão respeitadas. (DWORKIN, 2010, p. 314).

A hermenêutica jurídica permite o ajustamento do próprio ordenamento jurídico, tendo em vista que a sociedade não é estática nem tão pouco o Direito, e a correta interpretação e aplicação da norma transforma o próprio sistema jurídico, face aos elementos constitutivos de uma sociedade. Exatamente como ocorre no filme, a partir da indução que *Davis* fez com os demais jurados, levando-os a analisar os fatos, as provas e os argumentos da acusação e da defesa.

3 I A SUBSUNÇÃO DO FATO À NORMA EXIGE UMA VERDADEIRA HERMENÊUTICA JURÍDICA

A maioria dos jurados pretendia fazer o mais óbvio, ou seja, uma simples subsunção do fato à norma: quem mata comete homicídio e por isto deve ser condenado. Mas o acusado teria realmente assassinado seu pai? As provas do processo realmente encaminhavam para tal entendimento? Ou havia alguma dúvida razoável sobre tal acusação?

O jurado número 3, interpretado por Lee J. Cobb, foi a primeiro a questionar se *Davis* achava o acusado culpado ou inocente, ao que ouviu um sonoro *não sei*. Coube então a *Davis*, que era arquiteto, utilizar da racionalidade, para interpretar o fato para aplicar a norma correta, desvelando aquilo que encobria, verdadeiramente, a decisão correta, o que exige preparo, técnica, mas não solipsismos ou juízos inteiros e pessoais, pré-juízos ou afobiação, o que também explica porque há decisões judiciais tão diferentes, sobre fatos tão semelhantes. Vencer estes juízos já concebidos ou mesmo preconceitos na busca da verdade não foi fácil, mas para a sorte do acusado, chegou-se lá.

Esta racionalidade não pode ser confundida com o racionalismo adotado em nossos códigos, e especificamente ao Código de Processo Civil. Sobre as

peculiaridades da formação jurídica, e o divórcio entre a teoria e a prática do Direito nos foros, em que se percebe nitidamente a separação entre a teoria do Direito e a sua prática, Ovídio Araújo Baptista da Silva sintetizou o que o racionalismo representou para o mundo jurídico:

A criação do “mundo jurídico”, tão presente em nossas concepções do Direito, foi uma consequência inevitável do *racionalismo*. Não é de estranhar que nossas Universidades limitem-se a ensinar essas “verdades eternas” que prescindem dos fatos. O direito processual moderno, como disciplina abstrata, que não depende da experiência, mas de definições, integra o paradigma que nos mantém presos ao racionalismo, especialmente ao Iluminismo, que a História encarregou-se de sepultar. Esta é a herança que temos de exorcizar, se quisermos libertar de seu jugo o Direito Processual Civil, tornando-o instrumento a serviço de uma autêntica democracia. É ela a responsável pela suposta neutralidade dos juristas e de sua ciência, que, por isso, acabam permeáveis às ideologias dominantes, sustentáculos do sistema, a que eles servem, convencidos de estarem a fazer ciência pura. (SILVA, 2006, p. 79).

O jurado número 10 questiona se *Davis* acredita que o acusado é inocente, ao que ouve novamente que *Davis* não sabe, porém, esse jurado era o mais preconceituoso: todo latino pobre é bandido, já nascem violentos, logo, deve ser condenado! Ao que *Davis* lhe replica que não é fácil sentenciar alguém à morte.

O antagonismo da ideia retratada no filme, ou a prevalência de posições pessoais, de preconceitos, e até mesmo de dogmas nos julgamentos em nossos foros, contrapõem-se ao estudo dos casos a partir dos fatos. A forma como nós aqui aprendemos e praticamos o Direito deve ser mudada:

O ensino jurídico crítico e reflexivo deve nortear o direito processual moderno, não se prendendo a definições, mas valorizando a experiência, o estudo de casos. Até porque o estudo de casos para a solução do litígio, integrando a teoria e a prática, já é empregado, obrigatoriamente, há muito tempo pelos cursos jurídicos, exatamente porque o estágio é componente obrigatório nas diretrizes curriculares dos cursos de Direito. (CARVALHO, 2014, p. 415).

Ou os fatos não mais interessariam à Ciência Jurídica? O positivismo jurídico privilegiou demais a norma em detrimento da análise dos fatos ou da realidade, transformando o Direito numa ciência lógica, tal como a matemática, mas divorciada da realidade fática e histórica. Aqui entre nós a codificação, mas principalmente a filosofia do racionalismo transformou o Direito numa ciência lógica, tal como a matemática, exigindo respostas a fórmulas prontas da Ciência do Direito, sem qualquer vínculo com a realidade fática e histórica:

Mas, reafirme-se, o racionalismo vedou ou tentou vedar, a análise do fato, do caso concreto por todos nós. No racionalismo buscavam-se os juízos de certeza através da vontade da lei, impedindo juízos de probabilidade do direito, face ao “perigo” de atribuir ao juiz poderes discricionários, oriundos da verossimilhança. E romper este paradigma impõe mudar-se e mudar a forma do magistério tendo em vista o sistema processual civil, superando aquelas “verdades eternas”, portanto, conceituais, fazendo com que os alunos voltem a valorar os fatos à luz dos dispositivos legais, e não simplesmente continuem a fazer a subsunção dos fatos à hipótese legal. (CARVALHO, 2014, pp. 403-404).

A resposta a ser dada naquele Tribunal poderia desconsiderar todos os fatos apesar da defesa ineficiente do acusado? Coube a *Davis*, naquela sala dos jurados do Tribunal de Nova York, convencer e fazer ver aos demais jurados os detalhes das provas, as palavras proferidas nos depoimentos prestados pelas testemunhas, cada data, horário, fatos, objeto, barulho, enfim, todas as circunstâncias da cena do crime, o que o técnico – o defensor do acusado – não o fez. Desvelar a verdade oculta e superar a mentira clara, para se chegar a uma conclusão mais acertada possível, afinal:

A justiça é invariavelmente crítica. Não importa se estamos discutindo *bailouts* ou Corações Púrpuras barrigas de aluguel ou casamento entre pessoas do mesmo sexo, ação afirmativa ou serviço militar, os salários dos executivos ou o direito ao uso de um carrinho de golfe, questões de justiça são indissociáveis de concepções divergentes de honra e virtude, orgulho e reconhecimento. Justiça não é apenas a forma certa de distribuir as coisas. Ela também diz respeito à forma certa de avaliar as coisas. (SANDEL, 2014, pp. 322-323).

Assim, fazer Justiça exigiria avaliar de forma correta aqueles fatos. A Teoria da Argumentação e seus autores tentam demonstrar ao juiz ou intérprete, que é possível aplicar o melhor argumento para a solução correta de um caso, demonstrando que há argumentos sólidos e fortes o bastante, mesmo diante de casos difíceis, sempre passando por uma análise hermenêutica. E nesta demonstração, apesar das discussões entre os jurados, um a um dos demais foi sendo convencido da realidade, desvelada pela hermenêutica de Davis. E o placar para a condenação, antes certa, agora se mostrava mudado, e, a cada votação, sempre conduzida pelo jurado número 1, os votos que inocentavam o acusado aumentavam, porquanto estes jurados conseguiam ver outra realidade, enquanto os demais ainda permaneciam em suas concepções originais.

A cada mera aceitação de outra posição, seguida da efetiva demonstração do argumento da absolvição que derrubava, lógica e racionalmente, um fato antes condenador, fez com que os demais jurados também começassem a ver outra realidade. Mesmo um fato quando apresentado não deve ser visto isoladamente, todo o contexto deve ser analisado (data, horário, pessoas, gestos, sons, cores, etc), isto porque um fato isolado pode indicar um sentido de convicção, e esta pode ser bem diversa quando se analisa aquele contexto e o conjunto dos fatos.

O trabalho hermenêutico exercitado por Davis, efetivamente, demonstrou sob diferentes pontos de vista ou prismas que a condenação do acusado não era mais uma convicção, simplesmente pela análise racional do fato, despida de preconceitos, pré-julgamentos e decisionismos, ou seja, do “decidir conforme sua consciência”, a partir simplesmente de uma discretionaryade ou arbitrariedade. A crítica ao chamado “princípio da verdade real” em nosso Processo Penal é destacada quando:

Ocorre que, por desconhecimento filosófico ou uma corruptela metodológica, o aludido “princípio” foi transformado em *modus interpretandi* do paradigma que superou o objetivismo realista> o paradigma da filosofia da consciência. Desse modo, ao invés da “coisa” “assujeitar” o juiz – circunstância que asseguraria o

exsurgimento da verdade “dada” no âmbito do processo penal –, foi o juiz que passou a “assujeitar” a coisa (a prova processual). E a “verdade real” passou a ser aquela “extraída inquisitorialmente pelo juiz”. É dizer, a prova passou a ser aquilo que a consciência do juiz “determina”. Por alguma razão – que é de todos conhecida – a “verdade real” *cambiou de paradigma*...! (STRECK, 2013, pp. 49-50).

O mesmo se diga em relação à hermenêutica jurídica, quando ela assegura o cumprimento da lei, vedando desequiparações fortuitas ou injustificadas, permitindo que o seu real alcance seja atingido, e que assim se atinja a verdadeira *ratio legis* de determinada norma, sempre em conformidade com o ordenamento jurídico.

A Teoria da Argumentação Jurídica trata das teorias que estudam os métodos de argumentação jurídica, e Davis utilizou diferentes métodos argumentativos, como físicos e matemáticos para um julgamento correto e justo. A teoria ou os dogmas jurídicos não podem superar os fatos, afinal, lei e realidade não podem se divorciar:

Por tais razões, permaneço fiel à tese assumida de há muito, de maneira a enfatizar e a reprimir com veemência tanto a arbitrariedade como a discricionariedade, uma vez que, entre elas, não há uma fronteira clara. Arbitrariedade e/ou discricionariedade de sentidos (ou nos sentidos) são “práticas” típicas de um *racionalismo que teima em sobreviver em outro paradigma*. Tanto uma como outra são frutos de “consensos artificiais”, de “conceitos sem coisas”, somente possíveis a partir do descolamento entre lei e realidade. É por essa razão que na hermenêutica aqui defendida não há respostas/interpretações (portanto, aplicações) *antes da diferença ontológica* ou, dizendo de outro modo, antes da manifestação do caso a ser decidido. (STRECK, 2013, p. 68).

A letra fria da lei pode não retratar a verdade do fato, a realidade, e é esta que deve prevalecer:

Vou repetir, mais uma vez: a norma é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos colhidos no texto normativo (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de dados da realidade (mundo do ser). (GRAU, 2009, p. X).

Ao interpretar a norma já não mais há uma mera subsunção, mas sim a efetiva produção do direito, aqui se dá uma evolução da hermenêutica jurídica, onde a interpretação da norma deve ser entendida como a própria produção prática do direito:

O direito é alográfico. E alográfico é porque o texto normativo não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A “completude” do texto somente é atingida quando o sentido por ele expressado é produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete.

Mas o “sentido expressado pelo texto” já é algo novo, distinto do texto. É a norma.

Repetindo: as normas resultam da interpretação, que se pode descrever como um processo intelectivo através do qual, partindo de fórmulas lingüísticas contidas nos textos, enunciados, preceitos, disposições, alcançamos a determinação de um conteúdo normativo.

O intérprete desvincilha a norma do seu invólucro (o texto); neste sentido, ele “produz a norma”.

Abrangendo textos e fatos, como vimos, a interpretação do direito opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular: isto é, opera a sua inserção na vida. (GRAU, 2009, p. VI).

Daí porque o direito é alográfico, porque necessita tanto do legislador quanto do seu intérprete. E tanto um como outro foram buscados por *Davis*, naquele julgamento, já que o julgador queria a certeza dos jurados para condenar, e somente uma pessoa realmente culpada deveria ser condenada.

Com um veredito, não poderia, jamais, ser diferente. Ressalte-se, contudo, que um veredito irá fazer a *leitura de trás para frente*, quando fará com que a hermenêutica se dê a partir da compreensão, até se chegar ao fato. O detalhe é que a compreensão se dará analisando, primeiramente, a essência da lei, que determina que o júri deve julgar de forma consciente e convicta, o que somente será possível se refazendo o processo, contudo, no sentido inverso ao da ordem natural dos fatos.

4 | O FATO NÃO PODE SER IGNORADO ANTE A NORMA JURÍDICA

Mesmo quando o jurado número 1 propôs que os demais argumentassem para tentar demonstrar que *Davis* estava errado, quando o jurado número 7 falou dos antecedentes do acusado, que desde a adolescência se envolvia em delitos, mas *Davis* argumentou que a vida daquele jovem acusado também não foi fácil, vivia num bairro onde a violência era normal, inclusive a faca utilizada no assassinato de seu pai era fácil de ser comprada no bairro onde o pai e ele residiam, e *Davis* crava na mesa uma faca idêntica à utilizada no crime, para espanto de todos os jurados. Portanto, até os testemunhos podiam estar equivocados. A esta altura a votação já era de 9 a 3 para a condenação.

Os jurados discutem, então, o ferimento causado pela faca, quando um jurado demonstra que ele não poderia ter sido feito como apresentado no júri. Quando o jurado número 10, interpretado por Ed Begley, aos berros, demonstra todo o seu preconceito: todo latino pobre é bandido! Mas um dos jurados também era latino, e não pensava assim, ao que *Davis* demonstrou que “o preconceito obscurece a verdade”! E todos os demais viram as costas para aquele jurado, num claro sinal de repulsa à sua expressão e forma de pensar com tamanha ignorância.

O jurado número 9, de nome *McCardle*, interpretado por Joseph Sweeney, passa então a analisar um homem que testemunhou, principalmente sua forma de andar, já que ele mancava e não poderia, mancando, percorrer o espaço que disse em pouco tempo. Sua deformidade não permitia que corresse como uma pessoa poderia correr. Então os jurados, com a planta da residência da vítima, constatam que era mesmo impossível que a testemunha pudesse ter visto o que alegou.

Quando o jurado número 4, lembra-se dos óculos utilizado por outra testemunha que teria visto o acusado fugindo logo em seguida ao assassinato, e do depoimento dessa testemunha ele se lembrou que ela se encontrava deitada, virando na cama,

para dormir. Mas ninguém dorme com óculos e sem eles ela não poderia ter visto nada direito.

A argumentação prática geral é necessária à argumentação jurídica, aliás, é imprescindível, até porque as normas jurídicas existem para resolver conflitos reais:

O fato de a argumentação jurídica depender da argumentação prática geral não significa que seja idêntica ou que se possa reduzir a ela. A argumentação prática geral necessária no discurso jurídico ocorre segundo formas especiais e segundo regras especiais e sob condições especiais. Estas formas e regras especiais levam tanto a uma consolidação como a uma diferenciação da argumentação. Ambos os aspectos são necessários por razões práticas de tipo geral. A argumentação jurídica pode por isso ser vista como uma forma especial da argumentação prática geral, que é exigida por razões práticas de tipo geral: que é dependente, quanto à sua estrutura, de princípios gerais; que não pode prescindir da argumentação prática geral; que se dá segundo formas especiais de acordo com regras especiais e sob condições especiais (o que a torna especialmente eficaz); e que não pode reduzir à argumentação prática geral. (ALEXY, 2013, p. 284).

Assim, a argumentação prática desenvolvida por *Davis* é utilíssima, imprescindível mesmo para a argumentação jurídica. Nova votação, e agora o placar se apresentava 11 a 1 para a absolvição do condenado, então, igualmente aos berros, o jurado número 3, interpretado por Lee J. Cobb, a partir do mau relacionamento com seu filho, tenta vingar-se dele, mas na pessoa do acusado, porém, aos prantos, acaba por reconhecer que o acusado, diante de todos estes fatos e argumentos discutidos e apresentados magistralmente por *Davis*, não era culpado.

5 | CONCLUSÃO

Então, buscando-se provar que o réu era culpado, chegou-se à certeza de sua inocência, utilizando-se os mesmos instrumentos e recursos: a hermenêutica jurídica.

Agora no Tribunal do Júri está a nossa hermenêutica, a forma de aplicação das normas ao caso concreto, ela é culpada ou não? Devemos decretar *guilty or not guilty?* Julguemos então!

Esta pesquisa buscou demonstrar como a hermenêutica é influenciada, tanto pela condição pessoal do jurado quanto pelas Teorias da Argumentação Jurídica, na busca de apontar o melhor argumento para a solução correta de um caso.

E o clássico filme *12 Angry Men*, de 1957, mostrou como a personalidade e a condição pessoal de cada jurado se revela, cada qual com sua convicção moral, filosófica e emocional, tendo esse filme, e essa pesquisa demonstrado como o subjetivismo dos jurados pode influenciar mais que a racionalidade e a análise do próprio fato ou o estudo das provas do crime ou de qualquer caso que é apresentado ao Poder Judiciário.

Afinal, a Justiça de um caso não pode depender mais do que cada um acha do que realmente as coisas são! A Teoria da Argumentação é *guilty or not guilty?*

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica : a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica.** [tradução Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Claudia Toledo]. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ALMEIDA, Juvêncio Costa. Theodor viehweg: jurisprudência, pensamento problemático e o retorno à tópica jurídica. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 14, n. 2, p. 123-142, jul/dez, 2012.
- CARVALHO, Marco César de. O racionalismo no direito processual civil brasileiro e o ensino jurídico: o legado de uma geração de estudantes que reluta em pensar o Direito. In: OLIVEIRA, Flávio Luis de; SIQUEIRA, Dirceu Pereira (Orgs.). **Acesso à justiça e concretização de direitos**. Birigui: Boreal, 2014. pp. 378-418.
- DOZE HOMENS E UMA SENTENÇA. Título original: **Twelve Angry Men**. Direção: Sidney Lumet. Produção/Distribuição: Fox/MGM. Elenco: Henry Fonda, Lee J. Cobb, Ed Begley, E.G. Marshall, Jack Warden, Martin Balsam, John Fiedler, Jack Klugman, Edward Binns, Joseph Sweeney, George Voskovec, Robert Webber. EUA. 1957. Drama. DVD. 96 min.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério** [tradução Nelson Boeira]. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- KUNZLER, Caroline de Moraes. A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. **Estudos de sociologia**, Araraquara, n. 16, p. 123-136, 2004.
- LIMA, Fernando Rister de Souza. **Sociologia do direito: o direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.
- SANDEL, Michael J. **Justiça - O que é fazer a coisa certa**. [tradução da 16. ed. de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo]. 16. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira Editora, 2014.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**. Tradução da 5. ed. Alemã, rev. e ampl., de Profª Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

CAPÍTULO 3

AS TRAMPAS DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E O CASO DA CONSTITUINTE BRASILEIRA

Bruno de Oliveira Rodrigues

Doutorando em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense (PPGSD/UFF); Professor do Curso de Filosofia da Universidade do Estado do Amapá (UEAP) e do Curso de Direito da Faculdade de Macapá (FAMA).

Tiago de García Nunes

Doutor em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense (PPGSD); Professor do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Política Social (PPGPS) da Universidade Católica de Pelotas (UCPel). Pesquisador do Núcleo de Economia Solidária e Incubação de Cooperativas (UCPel).

O presente texto foi publicado na extinta Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Pelotas (UCPel) em 2011, contudo, por se tratar de uma revista somente impressa e de baixa circulação, ganhou circulação local, mas merece ser conhecido e ganhar disponibilidade para consulta pública, razão que justifica sua republicação. Vale registrar que o texto não foi alterado e nem atualizado, pretendendo ser um registro histórico do estado da arte a qual se propôs.

RESUMO: O trabalho questiona o Poder Constituinte Originário e a ficção jurídica criada em seu entorno. É discutida a condição ontológica de sujeito imputada pelo Direito aos indivíduos, apontando elementos que denotam sua insuficiência. É apresentado o caso Poder Constituinte Brasileiro, sua formatação, regras e composição no contexto do processo de transição da ditadura militar para a democracia.

Com efeito, desenha-se a participação de diversos atores sociais e os efeitos dessa no texto final da atual Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Constituinte Originário – Assembléia Nacional Constituinte – Paradigma Dialético-dialógico - Democratização brasileira.

INTRODUÇÃO

O trabalho analisa o Poder Constituinte Originário e a ficção jurídica criada em seu entorno. Percorrer-se-á sua conceituação clássica, estrutura e conteúdo procedural, preferindo-se uma discussão contagiada por outros saberes científicos, preterindo a abordagem influenciada unicamente pelo pensamento jurídico.

Dessa forma, é apresentada a *noção* de Poder Constituinte Originário Brasileiro (PCO) e apontada as suas (in)aptidões, para na seqüência, submetê-lo a uma interação com outras áreas do saber, dada a sua natureza intrinsecamente dialético-dialogal.

Para tanto, discute-se a condição de sujeito concedida aos indivíduos pelo Direito, apontando-se elementos fictícios os quais denotam sua (in)suficiência.

Por fim, é apresentado o caso do Poder

Constituinte Brasileiro, responsável pela construção de nossa atual Constituição, desenhandando o cenário político e social daquele período.

A ILHA DOS CONCEITOS E O CONTINENTE DAS NOÇÕES

A pretensão de construir uma noção passa, necessariamente, pelo abandono da sistemática fechada dos conceitos, já que estes produzem reducionismos e ficções acerca da complexa realidade social. Neste sentido, os *conceitos* jurídicos de PCO, transformam ficções em verdades absolutas, alicerçadas sobre sólidas *bases de ar*, criando um vácuo que o distancia das estruturas sociais e políticas essenciais para a sua compreensão.

Falar em *noção* consiste, essencialmente, em propor um conjunto de elementos categóricos, permitindo a transição de um conceito dialético do PCO, para uma noção *dialético-dialógica* que possibilita abrir os poros do instituto para influências externas, conectando-o a redes elementares e informativas paralelas.

A proposta dialética (conceitual) perpassa necessariamente por enraizar elementos díspares e contrapostos (tese e antítese), resultando, por fim, na supremacia da síntese, assim,

Freire retoma a dialética em suas origens gregas e nos recoloca a relação entre *dialética* e *dialogo* conferindo, assim, novos fundamentos que superem a clássica tríade dialética inaugurada pela modernidade ocidental e tradicionalmente expressa a partir dos termos hegelianos: *Afirmação – Negação – Negação da negação* (ZITKOSKI in STRECK et all, 2008, p. 128).

Neste sentido, a dialética-dialógica consiste no cruzamento de complexas e múltiplas perspectivas, nunca absolutas e sempre abertas, numa sistemática que mistura e reconhece no diferente a possibilidade de mesclar as dimensões do mundo, permitindo assim que tudo se re-funde/nasça a todo instante, ao sabor das transformações sociais. [...] Na dialética-dialógica de Freire não há predominância de uma posição sobre a outra, pois o próprio diálogo, em sua autenticidade, nutre-se pela abertura do outro, oportunizando, assim, a revelação do novo na história (ZITKOSKI in STRECK et all, 2008, p. 128).

Grande parte das metodologias adotadas pelas ciências que assumiram a si próprias como epicentro de análise e fonte de respostas sobre o *outro*, acabaram por falir e, mais tarde, até mesmo por serem descartadas.

Nesta toada, devemos pegar o bonde do PCO das *noções*, pois este nos permite uma viagem longa e tranquila pelo instituto, visualizando as paisagens e a diversidade do mundo e, a cada nova estação, nova parada, abre as portas de seus vagões e absorve parte daquele lugar, deixa o externo entrar e se misturar com o interno. Do contrário, sucumbiremos na *fluidez da modernidade* (BAUMAM, 2007), a qual embarca o PCO dos *conceitos* num vôo sem escalas, direto e rasante, com vista homogênea e sem diversidade, no qual a pressa tudo consome. Essa viagem,

como todas as outras, com um início e um fim pré-determinado, lógica a qual nada e ninguém pode influenciar: o iglu é estabelecido, um escuro abismo desviante que nem a si mesmo consegue enxergar.

QUEM É O SUJEITO?

Imperioso é estabelecer uma conexão político-social para analisar as características do sujeito o qual integra, ou pode integrar, a vida pública e, portanto, a Constituinte, pois a roupagem dada pelo Direito imputada ao ser-vivo leva-nos a definir o sujeito sob uma tensão ontológica.

Nessa tensão ontológica, temos concepções de ser que ora reduzem a realidade às dimensões do sujeito, perdendo determinações e contingências próprias tanto das relações criadas pelos homens em sociedade quanto das relações com a natureza. E, em termos mais redutores ainda, temos as concepções ontológicas que excluem os homens do fazer social, o reduzem essa dimensão ativa do humano a grupos privilegiados em função de **classificações das mais diferentes naturezas** (KIELING *in* STRECK et all, 2008, p. 392). (**grifo nosso**)

A proposta é avançar na classificação ontológica do PCO como sujeito artificial atomizado; desvinculado de tudo que lhe faz parte e todos seus interesses; que pratica a liberdade plena; que representa o interesse comunitário em detrimento do individual. Eis a dimensão humana virtual e surreal, mergulhada na liberdade onipresente, paradigma insustentável.

Para visualizar o ser humano em sua real existência, necessário é vê-lo como um ser vinculado a relações político-sociais: de carne e osso, membro da comunidade, compartilhando valores, assujeitado às estruturas, preso às liberdades politicamente concedidas/permitidas.

Pertinente a proposta de Luiz Antônio Bogo Chies (2005) tencionadora da teoria sistemica de Niklas Luhmann para a compreensão dos objetos científicos, no sentido de percebê-los como *sistemas autopoieticos* que criam fronteiras entre o *eu* e o *outro*, como peças de um quebra-cabeça, as quais embora possam ser consideradas na sua individualidade, fazem parte de algo maior, de algo mais complexo, tomando sentido quando contextualizado/imbricado com os demais corpos. Tais limites são zonas de fricção, áreas onde ações são realizadas e provocam sensações do outro lado da fronteira e, automaticamente, produzem respostas, movimentos e reações. Desta maneira, fazer ciência é uma constante, necessária e sucessiva zona de fricções, onde o *outro* está ferozmente imbricado com o *eu*, trocando informações autotransformadoras.

A AREIA MOVEDIÇA DE UM CONCEITO

Em Maquiavel (2007), estudar o Principado é, etimologicamente, aplicar o princípio do poder na sua tomada e manutenção. É esse um dos pontos de partida do

adiante problematizado, auxiliando a desconstrução e a sua posterior reconstrução.

Se o PCO é o início, pergunta-se: início de quê? Se o PCO é tomada e manutenção de poder, pergunta-se: por quem? De certo, não virão respostas claras e definitivas, já que foge às pretensões e objetivos deste trabalho.

Em linhas gerais, as determinações dogmáticas ao PCO o consolidam como *fonte de produção de normas constitucionais* compromissado, mormente, em: organizar os poderes do Estado; sedimentar os preceitos fundamentais; e fundar uma nova ordem jurídica (NEGRI, 2002, p.8). Não muito distante, H. Heller, define o PCO como *vontade política cujo poder e autoridade esteja em condições de determinar a existência da unidade política no todo* (apud CASTRO FARIAS, 1988, p.98). Já para Lassalle, esse é na expressão dos “fatores reais do poder” que regem uma determinada sociedade (apud CASTRO FARIAS, 1988, p. 98).

Alexandre de Moraes define o Poder Constituinte como [...] *surgimento de Constituições escritas, visando à limitação do poder estatal e a preservação dos direitos e garantias individuais* (2005, p.52), estreitando o fenômeno a nebulosos objetivos simplistas.

O enfoque positivista e formalista dado pelo Direito, reveste e justifica o PCO como fonte e núcleo produtor de emancipação popular, porém, de fato, o *povo não toma nunca o poder, mas ajuda uma elite a fazê-lo por seu apoio ou por sua neutralidade*. (FERREIRA FILHO, 1999, p.44)

As revoluções, as transformações sociais, embora desejantes na consciência dos cidadãos e do povo, são permeados por elementos viciados de uma base econômica e política, pois os fatores norteadores de uma revolução não estão no domínio do povo, por mais quem assumam forma legítima, não são criações do povo para o povo, estão e são sempre impregnados por interesses de classes, as quais utilizam a força social como motor para alcançar seus objetivos individualistas, mascarando-os sob o véu ingênuo do interesse público/social.

Estes são fatores entrelaçados em três momentos: primeiramente, estão os interesses individualistas; segundo, a pouca ou nenhuma consciência de cidadania; e por último, a organização hierárquico-estrutural da sociedade, que os remete a um círculo vicioso recorrente ao primeiro momento.

A doutrina tradicional acirra o conceito do instituto nos seguintes elementos: *inicial, ilimitado, autônomo e incondicionado*. Inicial, pois é à base da ordem jurídica, antes dele não se visualiza nenhum outro poder legítimo, de fato ou de direito, iniciaria, portanto, uma nova ordem jurídica; ilimitado e autônomo, pois não há nenhuma restrição jurídica na composição do novo e possui independência frente a poderes externos; incondicionado, pois não está ligado a qualquer forma prefixada de manifestação de vontade, ou ainda, *não teria que seguir qualquer procedimento determinado para realizar a sua obra de constitucionalização*. (FERREIRA FILHO, 1999, p.14).

Tais elementos, trazidos à luz da ciência pela primeira vez por Sieyès, em A

Constituinte Burguesa (2001), embora imaturos e mal interpretados, são apropriados e deturpados pelo pensamento jurídico-positivista na medida em que são engessados como elementos objetivos e estanques.

UMA PROPOSTA

Propõe-se a noção de PCO a partir de balizadores inversos, na contramarcha da doutrina clássica. Assim, o Poder Constituinte deve ser percebido, como contínuo, porém inovador; limitado e condicionado, mas libertador; heterônomo, contudo desejante.

Limitado materialmente, pois as forças sociais delimitam marcos possíveis a serem alcançados, pautadas em consensos morais, arraigadas a preceitos estruturais e conquistas históricas. Condicionado formalmente, pois fundamentado em regras de um jogo político estabelecido antes mesmo da instauração da Assembléia Nacional Constituinte (ANC).

Contudo, é libertador, pois tenta desvincilar-se dos limites e das condições impostas por sua genealogia filosófica. Tudo torna-se possível e real, já que nas mais improváveis e inesperadas situações o novo também aparece, abre espaço em meio às velhas estruturas pré-determinadas e, com a ajuda do povo, solidifica seu espaço. Entretanto tais afirmações não podem ser tomadas como absolutas, a temperança deve permeá-las, visto que as limitações morais, corporativas e materialistas, as quais o homem está imerso, são de difícil abandono.

Com efeito, Heterônomo, pois o sujeito constituinte não goza do livre arbítrio utópico que preconiza o Direito. É então, arraigado a uma história individual, social, classista e coletiva. Edgar Morin bem destaca que não se pode separar a idéia de autonomia da dependência: *quanto mais autônomos, mais dependentes somos de um grande número de condições necessárias à emergência de nossa autonomia* (MORIN, 2010, p. 325).

É inicial e contínuo, mas ao mesmo tempo desejante e inovador já que busca uma nova ordem norteada por um senso patriótico de avanço e progresso.

Ademais, destaca-se que:

não há reprodução de relações socais sem uma certa produção de relações – não há repetição do velho sem uma certa criação do novo, mas não há produto sem obra, não há vida sem História. Esses momentos são momentos de anúncio do homem criador e criatura de si mesmo (MARTINS, 1998, p. 53).

Nesta senda, o novo e o velho transitam no mesmo espaço, dialogam e autocompõem-se a todo instante, formando um diferente, afastando assim, a lógica de que estes se expelem quando se chocam.

TITULARIDADE DA ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE: PVO OU NAÇÃO

Ferreira Filho aduz que, *a obra do Poder Constituinte, a Constituição, é a base da ordem jurídica* e, por tal, o PCO seria inicial (1999, p. 15). Nesta seara, Sieyès imputa a importância da *nação*, já que reconhece a Constituição como obra da vontade dessa (2001). Entretanto, não considera *como* essa Carta Política é construída. Dessa forma, é imprescindível analisar o conceito de *nação* empregado por Sieyès.

Nem a constituinte francesa foi modelo de pureza procedural, pois altamente deturpada por interesses econômicos de uma classe, qual seja, a burguesia ascendente, componentes quase que exclusivos da *nação* de Sieyès, junto à classe pouco privilegiada da nobreza e, ainda, por um baixo clero colonizador do Terceiro Estado.

Cabe ressaltar: os autores que se apropriam da teoria de Sieyès nada referem ao procedimento da ANC para falar de PCO. Ora, se *nação* é sinônimo de burguesia, que legitimidade tem um instituto viciado na fonte? Ou seja, ele exclui grande parte da população. Embora tenha sido marco de conquista dos direitos fundamentais-individuais, a Constituinte Francesa não zela pelos direitos coletivos, difusos e sociais.

Ferreira Filho (1999) equivoca-se quando imputa sinônimo entre o conceito de Sieyès de *nação* e o conceito moderno de *povo*. A *nação* designa algo mais restrito, com conotação de força e grupos políticos; enquanto *povo* é ente ficto, designa tudo e a todos, ao mesmo tempo, não individualiza ninguém.

Solidificada a titularidade do PCO no *povo* e não na *nação*, problematiza-se: quem o exerce? Assim responde Ferreira Filho: *O povo pode ser reconhecido como titular do Poder Constituinte, mas não é jamais quem o exerce. É ele um titular passivo, ao qual se imputa vontade constituinte sempre manifestada por uma élite* (1999, p. 31).

Contudo, difícil é distinguir os atores do Poder Constituinte Originário dos derivados desse: *a imanência é tão profunda que, à primeira vista, a própria distinção entre poder constituinte e poder constituído se desfaz* (NEGRI, 2002, p. 16). Motivo o qual corrobora com o ideal imputado ao PCO brasileiro de 1988 de *Parlamento Constituinte*.

Desta maneira, pergunta Negri: para onde vai o caráter inovador e irresistível do Poder Constituinte? Certamente os juristas queriam domar essa fera, mas eis-nos aqui diante de um animal amestrado ou, pior ainda, reduzido a comportamentos mecânicos e à inerte repetição de uma base social pré-constituída que busca assediá-lo e esvaziá-lo de sentido (NEGRI, 2002, p. 19).

A busca incessante da Ciência Jurídica pelo pioneirismo conceitual do Poder Constituinte acaba por criar um fosso entre esse e a sociedade, mistificando o instituto e vinculando sua manifestação factual a evento estatal. Desfigura os pólos e a lógica

própria do evento, transferindo, compulsoriamente, a titularidade do povo para a tutela do Estado, criando nova natureza ontológica de PCO. Ainda que se tente negar, denuncia Ferreira Filho que a única Constituição da história do Brasil, realizada via ANC não condicionada a um projeto de governo, fora a de 1946, nas demais, o governo detinha grande influência, senão o controle, das rédeas procedimentais, coordenando as deliberações.

O PCO é condicionado, no sentido de que o jogo, as trocas e as negociatas desenvolvidas são revestidas pela lógica do interesse particular, ou seja, pela vantagem de alguém/uns. Neste sentido, Negri afirma que o seu funcionamento é submetido às regras parlamentares as quais o aproximam das formas ditoriais clássicas e o afastam das práticas democráticas (2002).

Aglutinado o esboço dos elementos, até então estabelecidos, surge à noção de Poder Constituinte Originário, que reconhece suas autolimitações, provindas tanto da dimensão moral, como da ideológica, social ou política.

É necessário reconhecer o descompasso existente entre os ritmos das estruturas sociais, jurídicas e políticas. No caso da Constituição brasileira, *os constituintes que a estabeleceram, supunham estar realizando uma obra imortal e de grande relevância* (FERREIRA FILHO, 1999, p.76), contudo, as elites as quais figuravam no cenário nacional permaneceram imutáveis, com seus privilégios perfectibilizados tanto quanto antes, mas agora menos escancarados e pouco mais mistificados. Marly Rodrigues destaca: *A velha parede das relações de poder no Brasil apenas ganhou novas cores* (1990).

Diante o exposto, parece que o PCO se legitima em si mesmo e não no seu titular. *Sua titularidade é uma questão meramente de fato, ou seja, ele pertence a quem tiver o poder de agarrá-lo, é um poder emergencial que aparece com as crises e com elas desaparece* (BASTID apud BONAVIDES, 2001). Sua dimensão fática não cabe nos livros, é de natureza essencialmente política.

BRASIL: CENÁRIO, POLÍTICA E ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE

A proposta de abertura política iniciada pelo governo Geisel (1974–1979), sucedida pelos governos de João Baptista Figueiredo (1979–1985) e José Sarney (1985–1990) intentava ser de caráter distinto dos acontecimentos que, desde o golpe militar de 1964, fizeram da violência política um traço marcante na história política brasileira.

O período militar compreendido entre 1964 e 1985 foi caracterizado pela suspensão de direitos políticos, repressão aos movimentos de oposição, censura às manifestações culturais e à imprensa. Cassações, prisões e torturas compunham o cotidiano brasileiro, especialmente após dezembro de 1968, quando o presidente Costa e Silva decretou o Ato Institucional nº 5 (AI5) que modificou o texto constitucional, suspendendo a eficácia de direitos e garantias individuais, permitindo o mais violento

período do governo militar.

A idéia de um Brasil que ia ao encontro do seu grande destino começou a dissipar-se aproximadamente em 1974. O *milagre*¹, que até então detinha o apoio da burguesia ao regime ditatorial, esgotava-se. No âmbito nacional, a rapidez do crescimento econômico provocava a falta de alguns fatores de produção. Além disso, em 1974 o mercado tornara-se mais restrito devido ao baixo poder aquisitivo da população.

A queda do crescimento instigou críticas e discordâncias da classe empresária. A burguesia passou a reivindicar maior participação nas deliberações políticas, exigindo o *retorno da democracia* - palavra a qual, no Brasil, *se adapta a qualquer situação*.

Após 1978, as greves operárias, mesmo proibidas, retornam ao cenário nacional. Concomitantemente, outras camadas da sociedade também se reorganizaram. A inflação, em 1978, de 41% passa para 120% em 1980 e, em 1988, ultrapassou os 900% ao ano. Assim, a impotência das tentativas de controlar a inflação e estabilizar a economia do País, como exemplo o Plano Cruzado e a corrupção, contribuíram para proliferar desconfiança e descrédito do povo no governo (RODRIGUES, 1990).

Com efeito, a redemocratização deu prioridade às mudanças institucionais e o relaxamento de medidas, como a suspensão da censura prévia à imprensa, o fim das cassações de parlamentares e o fim dos atos institucionais.

Na esfera parlamentar, o resultado das eleições de 1974 permitiu ao Movimento Democrático Brasileiro (MDB), partido das oposições, ampliar sua participação nas deliberações políticas, mas o governo, representado pelo partido da Aliança Renovadora Nacional (ARENA), ainda contava com maioria no Congresso.² Em 1977, Geisel, utilizando os poderes do AI-5, decretou o recesso do Congresso e promulgou o Pacote de Abril.³

A extrema direita - composta na época por setores de empresários e militares - protagonizou as primeiras ameaças à abertura, pois, decepcionados com a falência do *milagre*, passaram a agredir as estatais e a disputar com elas os benefícios do governo. O que lhes importava eram os efeitos da crise econômica, simplesmente ignoravam o crescente rebaixamento do nível de vida dos trabalhadores. Mais uma

1. O “milagre econômico” ocorrido entre 1967 e 1973 foi fruto do modelo adotado pelos governos militares, que consistia no crescente condicionamento do desenvolvimento brasileiro às exigências dos capitais internacionais. Caracterizado pela explosão econômica e pelo rígido controle de salários. O governo oferecia vantagens para as empresas monopolistas internacionais que quisessem instalar-se no País. Esses monopólios aproveitavam a mão-de-obra nacional, de baixo custo. O modelo contava também com a ativa participação do Estado, que monopolizava serviços básicos, como a energia e as comunicações.

2. Em 1964, o Ato Institucional nº 2 extinguia o pluripartidarismo e estabeleceu o bipartidarismo, com a ARENA na situação e o MDB na oposição.

3. O pacote de Abril foi um conjunto de medidas voltadas principalmente para garantir a preservação da maioria governista no Legislativo, com a criação da eleição indireta para 1/3 dos senadores denominados de “biônicos”. Além disso, previa: o aumento das bancadas dos estados menos desenvolvidos, nos quais a Arena detinha bons resultados eleitorais; a criação de novos Estados como Amapá, Rondônia, Roraima, Acre e Distrito Federal; e extensão às leis estaduais e federais da Lei Falcão, que limitava a propaganda política no rádio e garantiu a vitória governista nas eleições de 1976.

vez o capital era supervalorizado e a população, desprezada.

ORGANIZAÇÃO SOCIAL PRÉ-CONSTITUINTE

A centralização de poderes nas mãos do Presidente foi gradativamente dissolvida, com a substituição e revisão das leis que violentavam a tripartição de poderes. Assim sendo, o poder deliberativo sobre as novas regras do jogo foi distribuído ao Executivo e ao Legislativo, representativos dos interesses da classe empresária. Dessa forma, o executivo isolou as opiniões divergentes sem perder o controle do tecido político.

Em 1978 e 1979, ainda sob o governo Geisel, foi revogado o AI-2 e o AI-5. O bipartidarismo foi extinto com o objetivo de concentrar num único partido as forças favoráveis ao governo e fragmentar as oposições que, embora divergentes, atuavam em torno do MDB.

O retorno do pluripartidarismo favoreceu a criação de novos partidos, atendendo às ideologias dos diversos setores sociais: o Partido Democrático Social (PDS), antiga Arena, concentrou parte dos conservadores e a direita; o Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) contou com os setores liberais, frações conservadoras e, durante um período, com a esquerda tradicional; o Partido dos Trabalhadores (PT) reuniu quem acreditava em novas alternativas socialistas; o Partido Popular (PP) criado por Magalhães Pinto e Tancredo Neves, foi logo absorvido pelo PMDB; o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), ressuscitado por Ivete Vargas; e por fim o Partido Democrático Trabalhista (PDT), fundado por Leonel Brizola. Em vista de o novo pluripartidarismo não admitir a legalização dos partidos marxistas, o Partido Comunista Brasileiro (PCB) e o Partido Comunista do Brasil (PC do B) só foram finalmente reconhecidos em 1985.

Apesar da segmentação da oposição, aparentemente o governo não confiava plenamente na vitória nas eleições de 1982. Em novembro de 1981, Figueiredo enviou ao Congresso um *pacote eleitoral* aprovado por decurso de prazo em janeiro do ano seguinte, contendo medidas que fortaleceriam o PDS.⁴ Mesmo assim o resultado eleitoral não significou uma vitória para o governo: o PDS fez 12 governadores contra 11 da oposição - 1 do PDT e 10 do PMDB, então no auge de sua popularidade - significando o enfraquecimento da base governista.

A idéia de eleições diretas para presidente fortaleceu-se com a posse dos governadores eleitos em 1982. Defendida pelo PT, PMDB, e parte do PDS, ganhou as ruas no final de 1983 na campanha das “diretas-já”. Contando com massivo apoio da mídia, compareceram centenas de milhares de pessoas aos comícios nas capitais e principais cidades brasileiras. Essa manifestação pressionou o governo

4. Este pacote proibiu a aliança entre os partidos; determinou que os partidos devessem apresentar candidatos a todos os cargos eletivos; e vinculava o voto, pois o eleitor deveria votar em candidatos do mesmo partido (RODRIGUES, 1990).

e os políticos contrários à emenda Dante de Oliveira, que tramitava no Congresso, propondo eleições diretas para presidente da república.

Em 25 de abril de 1984 a emenda foi votada. No plenário faltavam 112 deputados do PDS. Entre os presentes de todos os partidos, a emenda recebeu 298 votos favoráveis, 65 contra e 3 abstenções, quorum insuficiente para atingir a fração de 2/3 necessária para a aprovação. Frustrada a emenda, a sucessão de Figueiredo restringiu-se a um acerto parlamentar.

A Frente Liberal e o PMDB firmaram um acordo criando a Aliança Democrática, para garantir os votos necessários à eleição de Tancredo Neves pelo Colégio Eleitoral. A chapa tinha como vice-presidente José Sarney, dissidente e ex-presidente do PDS. A idéia das diretas estava sepultada.

Embora devesse ser eleito indiretamente, Tancredo teve apoio da massa popular e carregou a árdua tarefa de ser o “salvador” de uma pátria até então carente de líderes. Imagem essa construída com base em comícios e apelos populares muito explorados pelos meios de comunicação.

Em meados de 1985, mesmo sob protesto do PT, que se negou a participar de eleições indiretas, o Colégio Eleitoral elegeu Tancredo Neves por 480 votos contra os 180 de Paulo Maluf. Tancredo recebeu de Ulysses Guimarães do PMDB o plano de governo “A Nova República”, contendo a convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte para 1986 e a proposta de negociação da dívida externa brasileira.

O presidente civil eleito foi internado com urgência no Hospital de Base de Brasília na véspera de sua posse, para ser submetido a uma cirurgia. Em 15 de março o Congresso deu posse ao vice-presidente eleito José Sarney. Transferido para o Instituto do Coração, em São Paulo, Tancredo faleceu em 21 de abril de 1985. A sua morte chocou a Nação, grande parte da população sentiu-se novamente desprotegida e com uma dúvida crucial: seriam consolidadas as conquistas ou haveria um novo golpe?

Neste clima desfavorável, Sarney tornou-se presidente do País, cabendo-lhe a convocação da Assembléia Nacional Constituinte. Em setembro de 1985, sob a presidência do jurista Afonso Arinos de Mello Franco, foi instalada a Comissão de Estudos Constitucionais, com o objetivo de elaborar um anteprojeto da Constituição.

Nesse período fortaleceu-se o debate sobre as possíveis formas de convocação. A proposta da esquerda, especialmente do PT, era de uma Constituinte exclusiva, independente do Congresso, evitando que o comprometimento aos interesses governamentais prejudicasse a formação de uma Assembléia livre e soberana.

Porém, o projeto dos liberais e conservadores saiu vitorioso, atribuindo a função congressual e constituinte aos parlamentares eleitos diretamente em 1986.

[...] a Assembléia Nacional Constituinte, seria o único espaço de implementação de um projeto de mudança, a qual, no entanto, veio em forma de *Congresso Constituinte*, como mais uma estratégia das forças conservadores e do próprio governo para garantir a continuidade do regime anterior [...] (AFONSO DA SILVA *in PILATTI*, 2008, p. xv).

Instaurada a ANC em 1987, com membros já eleitos, a primeira questão a ser resolvida referiu-se à inclusão dos senadores eleitos em 1982 para mandato parlamentar e não constituinte. A oposição restou vencida e estes permaneceram na Constituinte.

AS REGRAS DO JOGO

Uma vez unidas as casas legiferantes - na missão de constituir uma nova ordem jurídica, social e política - a primeira tarefa, por óbvio, era organizar o funcionamento do instituto. Nesse instante começaram a agir forças políticas majoritárias (bloco conservador), com fim de estabelecer seus ditames; e na contramarcha, as forças minoritárias.

Assim pondera Adriano Pillates:

Entre a instalação da Assembléia Nacional Constituinte e a eleição dos cargos restante de sua Mesa, passando pela eleição de seu presidente, pela aprovação de seu Regimento Interno e pela designação formal dos líderes, definiram-se os termos do jogo, o conjunto dos jogadores e os nomes que ocupariam algumas das principais posições (2008, p. 54).

Assim, foi definida a arena política e polarizadas as frentes de batalha. *Conservadores* e *Progressistas* ocuparam seus lugares e estabeleceram suas metas. Contudo, o PMDB, que representava o maior partido na ANC não teve força para manter sua bancada unida, pois sua dimensão redundou na insuficiência das estratégias que adotou.

Desta maneira, configurou-se um novo campo, rotulado de *moderado*. Esse novo campo surgiu devido à instabilidade e independência dos membros, colocando em xeque a predominância conservadora, e ao mesmo tempo inflando o ânimo progressista na luta pela aprovação de suas propostas. O grupo *moderado* caracterizava-se pela volatilidade dos componentes, pois dependendo da matéria, votavam tanto com os *progressistas* quanto com os *conservadores*, possibilitando vitórias pontuais da ala *progressista*.

A polarização de interesses era muito acentuada, restando impraticável qualquer composição entre os dois blocos: *de um lado, lobistas de empresas e entidades patronais, em articulação eventual com agentes governamentais; de outro, representantes de entidades laborais, clericais, movimentos sociais etc.* Houve até *confronto físico em 11 de julho, véspera do início das votações, no Salão Verde em frente ao Plenário da Câmara dos Deputados* (PILLATI, 2008, p. 123).

Interessante notar também a existência, durante toda a ANC, de denúncias progressistas no que refere a (tentativa de) interferência de órgãos governamentais em votações e decisões, como explicita a exaltação da relatora na subcomissão VIII-B: “Tenho elementos para acreditar na interferência direta do Ministro das Comunicações corrompendo, fraudando e constrangendo parlamentares. De maneira

que este jogo sujo que se costuma fazer... Eu tenho nomes” (PILATTI, 2008, p. 90).

A ANC foi marcada ainda por diversas modificações no seu Regimento Interno, que demarcaram os limites formais do instituto, oriundos de acordos entre as maiorias dominantes, o que, por derradeiro, refletiu também nos limites matérias da ANC.

FORMATAÇÃO E TENSÕES NO PCO

A assembléia tomou forma subdividida em comissões e subcomissões temáticas, a fim de agilizar os estudos e elaborar projetos, votados mais tarde em plenário.

Com efeito, o regimento interno previa cargos e competências. Destaque-se atribuições de dois cargos: relator e presidência, vejamos:

- Presidência: Poderes de direção;
- Relator: Domínio dos textos votados e exclusividades na redação dos anteprojetos;

Desta sorte, foram estabelecidas 8 comissões, 24 subcomissões e uma comissão de sistematização. O próximo dilema assentou-se na distribuição da relatoria e presidência de cada comissão. Assim, respeitando a tradição parlamentar brasileira, um belo acordo determinado pelo PMDB e PFL foi concluído: as cadeiras foram partilhadas pela proporção numérica de cada partido.

O debate é necessário também para costurar acordos que viabilizem as decisões. Diante da infinidade de propostas que se apresentam, não é possível decidir e votar sem que haja um intenso processo de negociação: adaptar textos, avançar ou recuar, num diálogo que se dá entre os parlamentares, entre os líderes, entre os parlamentares e suas bases, entre os líderes e o governo, muitas vezes tudo ao mesmo tempo, até chegar-se a um acordo (BACKES e AZEVEDO, 2008, p.57).

Ademais, os partidos de oposição não foram, *a priori*, beneficiados por esta sistemática, já que somente o PDT reunia constituintes suficientes para ser representado em todas as comissões e subcomissões.

Abriram-se os trabalhos nas comissões, com a presidência sendo assumida pelo constituinte mais velho; para proceder à escolha do presidente definitivo; seguida pela escolha dos relatores mediante inscrições de chapas.

Na comissão VIII, houve protesto da ala progressista em relação ao acordo feito entre PMDB e PFL, perceptível quando o constituinte Hermes Zanetti (PMDB) indaga Florestan Fernandes, presidente da comissão, sobre a existência de uma chapa alternativa e este responde: [...] *Dentro do meu conhecimento, não. Circulam rumores, [o] que considero anti-democrático, de que os candidatos já são pré-escolhidos [...]* (PILLATI, 2008, p. 68).

Contudo, a distribuição respeitou a divisão por legenda, resultando na nomeação de progressistas e moderados em diversos cargos de Relatoria e presidência, ameaçando a hegemonia da ala conservadora.

O cargo de presidência conferia o poder de direção dos trabalhos, decisão de recursos, questões de ordem, diligências, abertura e encerramento dos trabalhos diários. Posto estratégico, pois determinava a forma das votações dos textos produzidos pelo relator, estabelecendo prioridades na ordem de votação.

Destarte, a Relatoria detinha o controle centralizado da redação dos textos e substituição dos textos rejeitados, tradução das propostas de emenda e emissão de pareceres.

Nas comissões com polarização entre relator e presidente, geralmente, conservadores ocupavam a Presidência, enquanto, moderados ou progressistas ocupavam a Relatoria, significando a instrumentalização de atributos/poderes na obtenção de vitórias. A força conservadora obrigou-se a flexionar suas propostas para contemplar a ala moderada e garantir a derrota progressista, formando assim o chamado *CENTRÃO*.

MOVIMENTOS SOCIAIS NA ANC

Importante ressaltar a reiterada presença de diversos movimentos sociais e entidades de classe no exterior do Congresso Nacional, demarcando presença e ratificando reivindicações. , e, por vezes, até mesmo bloqueando fisicamente os constituintes.

Por vezes, manifestantes ocuparam as dependências do Congresso, como também o seu telhado e até bloquearam fisicamente os constituintes, a fim de pressioná-los na aprovação/inclusão de suas demandas. A mobilização se espalhava por todo o país, pressionando os constituintes de cada região, influindo na votação/formação de tópicos gerais mediante interesses regionais.

Os movimentos não calaram frente às negativas constituintes, pois depositavam muita esperança no momento. Chegaram a ANC milhares de propostas de emendas populares.

Na Comissão de Sistematização, em agosto e setembro de 1987, 83 representantes de entidades defenderam as emendas populares apresentadas. Foram momentos solenes, pois as defesas se davam em Plenário, com debates emocionantes (BACKES e AZEVEDO, 2008, p. 80).

Desta forma, foram estabelecidos limites materiais que não poderiam ser ignorados. Naquele instante o povo exerceu certa titularidade da ANC, contudo, os resquícios conservadores perduraram na redação final, em consonância aos acordos feitos durante o processo constituinte. O *Centrão* deixa forte marca na nova ordem jurídica, uma tatuagem no seu instrumento mais real, qual seja, a Constituição Federal.

A CONSTITUIÇÃO 1988

Apesar de vastas vitórias conquistadas na nova Constituição, como cláusulas pétreas, direitos humanos fundamentais e mecanismos de garantia, a sua eficácia resta comprometida, vez que, ainda figuram como promessas não atendidas.

O resultado de um Poder Constituinte Originário viciado e despedaçado não poderia ser diferente: a distensão entre o real e o normativo; a emergência de reiteradas crises; e o esfacelamento da legitimidade. *Legitimidade é um termo carregado de significado valorativo: quotidianamente, dizer que um poder é legítimo equivale a assegurar que é justo, que é merecedor de aceitação, isto é, significa atribuir-lhe uma valoração positiva* (CADEMARTORI, 1999, p. 93).

O desmantelamento das estruturas do Estado está conectado a manutenção de um sistema teórico conectado aos basilares positivistas ainda reinantes, pois insiste-se que o Estado tem um fim em si mesmo, autossuficiente e monista. Isso acarreta colapso sistemático, pois tal perspectiva já ruiu há muito tempo e a única forma de transformação esta de mãos dadas com os *atores não-convencionais*, e sem eles não será possível a construção de um novo *senso comum* (GOMEZ, 2001, p. 16).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O *homem nasce livre* (ROSSEAU, 2001), o PCO – ao contrário – condicionado. Assim como o homem, o PCO é *posto a ferros* por toda sua existência, vínculos que vilipendiam o seu potencial criativo; amarras e mordaças o alicerçam no tempo/espaço e o definem como espelho de uma classe dirigente.

Se houvesse um povo de deuses, ele seria governado democraticamente. Um governo tão perfeito não convém aos homens (ROSSEAU, 2001). Assim, *Democracia* é uma palavra que o sonho humano alimenta, mas não há quem não explique e não entenda. Contudo, essa democracia alimentada e permeada pela liberdade dos deuses é ficta, pois distanciada dos elementos mais intrínsecos das relações humanas: a permanente reconstrução do mundo, o que é, pode, por fim, não ser mais.

Mostrando aqui sua verdadeira face, o PCO é despido de qualquer *traje de gala* que o Direito ainda insista em vesti-lo; o traje proposto transcende engodos articulados pela tradicional fenomenologia pura do direito, desfazendo os grilhões que o amordaça.

Construiu-se uma *noção* que intenta responder de forma mais completa às indagações do PCO, ou ainda, que permita adentrar no instituto e interpelar elementos invisibilizados, destrinchando sua complexidade.

Deu-se ainda, um caráter *humano* ao sujeito, reconhecendo suas fraquezas e hipossuficiências frente às estruturas, reconhecendo fatores que influem e limitam

sua liberdade.

Destacamos que as metodologias utilizadas pelo Direito para explicar o PCO são e estão há muito falidas. A sistemática dos *conceitos* deve ser abandonada e a superação do paradigma dialético se faz mister, fazendo emergir métodos dialético-dialógicos de descobrimento e composição como possibilidade de compreensão.

Foi-se além, desbravando o PCO brasileiro e deflagrando estratégicas políticas utilizadas pelos atores que nele interagiram, demonstrando seu vício mais intrínseco: a lógica de supremacia dos interesses econômicos particulares.

A *liquefação da modernidade* alcançou o Poder Constituinte, desgastando as relações sociais mais legítimas; vilipendiando o espaço público em detrimento do privado; sedimentando-o em todas as esferas e dimensões do justo ou da essência de justiça; esvaecendo num reinando de interesses políticos e econômicos desejados pelo *homem mercantil*.

Evidenciou-se tanto na Assembléia Constituinte, como no período que a antecede, a organização e capacidade postulatória dos movimentos sociais.

Findada a Constituinte Brasileira, um novo cenário foi configurado, entrincheirando avanços sociais significativos ao mesmo tempo em que preservava o privilégio das elites. Deste paradoxo decorrem algumas crises que resultam no que Paulo Bonavides denomina de *a derrubada da constituição e a recolonização pelo golpe de Estado Institucional* (2004).

O Poder Executivo é maximizado e o legislativo atrofiado, rompendo com o equilíbrio entre os poderes e ferindo a legitimidade; a crise *na (da) Constituição* estabelece-se, ocasionando *remendos* de toda ordem/valor e esfarelando os direitos fundamentais reconhecidos; a soberania do Estado é fragilizada, permitindo ao capital e às forças alienígenas ingressem no Brasil e apropriem-se de bens e estruturas inalienáveis; o estímulo à concorrência fiscal e mercantil entre estados-membros, resulta numa crise de Integração, fruto de uma disputa que degrada a cooperação e enfraquece o pacto federativo.

Desta forma, a crença na possibilidade de que preposições normativas *per se* transformariam a sociedade, como uma vara de condão, é pura falácia.

Embora a realidade aponte obscuras trilhas, uma possível saída começa por uma nova perspectiva de análise das estruturas de poder dominantes do tempo/espaço. É necessário potencializar instrumentais metodológicos aplicáveis aos movimentos sociais autônomos, desvinculados e independentes de qualquer interesse particular. Assim, a tarefa neste momento é a resistência frente ao absolutismo das maiorias e do mercado (CADEMARTORI, 1999, p. 180).

Novas pesquisas devem trilhar os nebulosos caminhos das crises Constituintes, pois ambiente rico e pouco explorado pela teoria crítica, assim, seu desvendar é imperioso e sua descoberta viés inescapável.

REFERÊNCIAS

- BACKES, Ana Luiza; AZEVEDO, Débora Bithiah de. **A Sociedade no parlamento: imagens da Assembléia Nacional Constituinte de 1987/1988.** Brasília: Edições Câmara, 2008.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Liquida.** Rio Janeiro: Editora Jorge Zahar. 2001.
- BONAVIDES, Paulo. **Do País Constitucional ao país Neocolonial (A derrubada da constituição e a recolonização pelo golpe de Estado Institucional).** São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- CADERMATORI, S. **Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1999.
- CHIES, Luiz Antônio Bogo. **Do conflito social ao litígio judicial: limites e possibilidades de um constructo autopoético.** In: CARVALHO, Salo de, WUNDERLICH, Alexandre (orgs.) **Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais.** Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2005, p.141-184.
- CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos de Filosofia Constitucional Contemporânea.** 3º Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2004.
- COELHO, J. G. L. **A nova Constituição. Avaliação do texto e perfil dos constituintes.** Rio de Janeiro: Revan, 1989
- FERREIRA FILHO, Manoel. **O Poder Constituinte,** 2ª edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 1985.
- GARCIA, Marília. **O que é Constituinte.** São Paulo: Editora Abril Cultural. 1985.
- HOBBISS, Thomas. **Leviatã ou a Matéria , Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil.** Rio de Janeiro: Editora Forense. 1999.
- KIELING, José Fernando. *Subjetividade/Objetividade.* In STRECK, Danilo R.; REDIN, Euclides; ZITKOSKI, Jaime José (org.) **Dicionário Paulo Freire.** Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008.
- MACCHIAVELLI, Niccolò. **O Príncipe.** São Paulo: Jardins dos Livros. 2007.
- MATIAS, Glauber Rabelo. **Aspectos do Evolucionismo Antropológico em O Processo Civilizatório de Darcy Ribeiro.** Disponível em: <www.urutagua.uem.br/015/15matias.htm>, acessado as 22h00, dia 15/05/2010.
- MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional.** São Paulo: Atlas, 2005.
- MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência,** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.
- NEGRI, Antonio. **O Poder Constituinte: ensaios sobre as alternativas da modernidade.** Rio de Janeiro: Editora DP&A. 2002.
- PILATTI, Adriano. **A Constituinte de 1987-1988: Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2008.
- PINAUD, J. L. D. **Discurso do Novo Presidente do IAB,** in: Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros, n. 88, 1998.
- RODRIGUES, Marly. **O Brasil da abertura : de 1974 à Constituinte.** São Paulo : Atual, 1990.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social.** São Paulo: Editora Companhia das Letras. 2001.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **O que é o Terceiro Estado?** Editora Lumen Júris, 2001.

ZITKOSKI, Jaime José. *Dialética*. In STRECK, Danilo R.; REDIN, Euclides; ZITKOSKI, Jaime José (org.) **Dicionário Paulo Freire**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008.

LAWFARE: UMA GUERRA JURÍDICA SEM VENCEDORES

Jordan Vitor Fontes Barduino

acadêmico de Direito pelo IESP (Instituto de Educação Superior da Paraíba), João Pessoa, Paraíba.

Paulo Roberto da Silva Rolim

acadêmico de Direito pelo IESP (Instituto de Educação Superior da Paraíba), João Pessoa, Paraíba.

instrumentos jurídicos do Estado, farão com que à legislação seja aplicada com objetivo político.

Neste sentido, o termo “*lawfare*” foi criado em 2001 pelo general Charles Dunlap, major-general da marinha dos Estados Unidos da América (EUA) e tem sido estudado em grandes universidades, como Harvard, *verbi gratia*.

Neste instituto a lei se transforma em uma arma poderosa para combater inimigos políticos, combinando ações, aparentemente legais, somado a ampla cobertura do quarto poder que é a mídia, pois:

“ao homem quando sobre ele recai a suspeita de ter cometido um delito, é dado ad bestias, como se dizia em um tempo dos condenados oferecidos como comidas para as feras. A fera, a indomável e insaciável fera, é a multidão”.

O objetivo é envergonhar o inimigo até o ponto em que ele se torne extremamente vulnerável às acusações sem fundamento técnico-jurídico. Uma vez enfraquecido, a vítima perde o apoio popular e qualquer poder de reação.

Para destruir alguém, a acusação usa as seguintes táticas: 1) abusa das leis existentes para deslegitimar e prejudicar a imagem pública do adversário; 2) usa de procedimentos legais

RESUMO: O presente artigo mostra como o lawfare sempre foi o fenômeno existente no mundo, capaz de moldar a história das sociedades, seja para o bem ou para o mal, ademais a guerra jurídica é capaz de ceifar a liberdade e a vida de determinadas camadas da sociedade e pasmem, com fulcro no Ordenamento Jurídico do respectivo país com o apoio de uma parte da população.

PALAVRAS-CHAVE: Lawfare. Guerra Jurídica. Recursos Aparentemente Legais. Política. Estado Democrático de Direito.

1 | INTRODUÇÃO

O *lawfare* se caracteriza pelo mau uso e o abuso da lei para fins políticos e militares. É a junção das palavras “*law*”, traduzindo do inglês, significa “lei” e “*war*” que significa “guerra”, pois é uma guerra legal, ou seja, os

para restringir a liberdade do inimigo e intimida-lo, silenciá-lo e influenciar a opinião pública negativamente para antecipar julgamentos e restringir o seu direito a uma defesa imparcial; 3) restringe os agentes públicos, trazendo retaliações contra os políticos para dificultar mecanismos legais de defesa e 4) apostar em tentar assediar e envergonhar os advogados de defesa do acusado.

Neste diapasão, em 2017, foi criado o *Lawfare Institute*, com o objetivo primordial de combater, arbitrariedades da norma jurídica, pretendendo contribuir para a defesa do Estado de Direito e a plena afirmação dos direitos humanos.

2 | CIRCUNSTÂNCIAS PECULIARES AO LAWFARE

No livro *A Arte da Guerra*, temos que uma das lições para se vencer “*informação é crucial. Nunca vá para a batalha sem saber o que pode estar contra você*”. Nesse diapasão, a guerra jurídica, para ser vencida, obriga o acusador a analisar três circunstâncias.

A primeira é a questão geográfica, onde a guerra será travada? Afinal, guerras não são travadas sem a realização de uma missão de reconhecimento prévia. Nesse sentido o equivalente para a lei, é o exercício da jurisdição estatal.

No contexto da América do Sul, destacamos o caso da comunidade indígena *Mayagna de Awas Tingni* em face do Estado da Nicarágua, no caso em tela, apesar de a Constituição da Nicarágua reconhecer expressamente que as comunidades indígenas têm direito às suas terras, o governo nicaraguense não respeitava a própria Carta Magna.

Com a ajuda do *Indian Law Resource Center*¹, a comunidade Awas reivindicou por anos, nos tribunais da Nicarágua, a proteção de suas terras e recursos naturais, pois o governo havia concedido licenças para empresas estrangeiras explorarem madeira em grande parte da floresta tropical onde vive a comunidade dos *Awas tingni*.

Todavia, mesmo recorrendo aos tribunais superiores, os Autores da ação, nunca lograram êxito, diante dos fatos, em 1995 o *Indian Law Resource Center* levou o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos², contra o governo da Nicarágua, com a pretensão de que a Corte reconhecesse a arbitrariedade do Estado em descumprir a própria Carta Magna, bem como, os tratados internacionais envolvendo os povos indígenas.

A exordial do *Indian Law Resource Center*, em nome da comunidade *Awas Tingni*, denuncia a concessão, pelo governo da Nicarágua de licenças para empresas

1. O Centro presta assistência jurídica aos povos indígenas das Américas para combater o racismo e a opressão, proteger suas terras e o meio ambiente, proteger suas culturas e modos de vida, alcançar um desenvolvimento econômico sustentável e autônoma.

2. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é um órgão independente da Organização dos Estados Americanos (OEA), situado em *Washington, DC*, responsável por julgar e processar os casos envolvendo a defesa dos direitos humanos nas Américas.

estrangeiras explorarem madeira em terras que deveriam ser preservadas, por serem território historicamente indígenas, sem qualquer consulta prévia às comunidades.

Em 31 de agosto de 2001 a douta Corte sentenciou³ que a Nicarágua violou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos ao negar à comunidade seu direito de propriedade, de tutela jurisdicional e igualdade de proteção perante a lei.

O Tribunal declarou também que a proteção legal conferida às terras indígenas é “*ilusória e ineficiente*”. Na oportunidade, a Corte também determinou que Parte Ré deve realizar a demarcação da terra tradicional da comunidade *Awas Tingni* e estabelecer mecanismos legais para demarcar as terras tradicionais de todas as comunidades indígenas no país.

A segunda dimensão da guerra, ocorre quando as tropas escolhem os seus respectivos armamentos. E o armamento na lei é a jurisprudência dos egrégios tribunais superiores.

Todavia, vivemos a era do Ativismo Judicial e “*o ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de travar*”⁴. Ademais John Caramaroff nos traz a seguinte reflexão:

“chegamos a uma era em que a linha entre o legal e o ilegal são inherentemente codificadas. E na realidade, o poder, principalmente o poder das autoridades ou o poder autorizado consiste na capacidade de estabelecer limites, de decidir o que é legal ou ilegal”.

No contexto brasileiro, o Poder Judiciário vem sendo criticado pelos operadores do direito por tomar decisões, sob o pretexto de combater a corrupção, mas levando a República a viver um verdadeiro Estado de Exceção

“ademas, convém sublinhar que, em rigor, não existe um estado de exceção, mas sim estados de exceção, ou seja, parcelas de poder que, lícita ou ilicitamente, escapam aos limites estabelecidos pelo Estado de Direito”⁵

Portanto, é cediço o uso indevido, ou destorcido da lei e dos recursos jurídicos, tanto à ideologia de doutrinadores e legisladores que seguem o fluxo de formação de normas através da teoria da tridimensionalidade do direito de Miguel Reale, entre outras vertentes formadoras da Lei acontece há décadas e até séculos por instituições e personalidades que representem e assumam o papel de autoridade, ou que almejam tais posições.

A terceira circunstância da guerra jurídica é o que pensamos sobre os fatores externos, ou seja, o cenário criado para usar a norma jurídica contra os adversários.

No entanto, apesar de ser perceptível o exercício dessa “técnica”, passível de constitucionalidade, este transforma-se e adapta-se à modernidade

3. Disponível em <www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/.../1d066bbac6f06f20e3bb0e08e5697c4a.pdf> aceso em 17/03/2018.

4. GARAPON, Antoine. Op., cit., p.54.

5. BASILIEN-GAINCHE, Marie-Laure. *État de droit et états d'exception: une conception de l'État*. Paris: PUF, 2013, p. 37.

assustadoramente por meio das *fake news*, onde as mídias digitais, infiltrando-se e sendo auto afirmada pelos compartilhamentos e curtidas de influenciadores digitais, tornando um conteúdo que apesar de parecer justo, em uma análise perfuntória, mas revestido de juridicidade ideológica, não encontra fulcro fático para embasar ou fazer-se causa real, o que acaba fazendo surgir polêmicas causadoras de comoção social, e sobretudo possibilitando o cumprimento do objetivo final para o qual fora gerado tanto nas mídias como na sociedade, uma vez que esta encontra-se inserida no meio tecnológico, e portanto influenciada por esse meio a tomar medidas e tornar-se um cidadão ativistas de verdades postas que infortunadamente ludibriaram ao seu próprio discernimento, repercutindo dentro dos processos judiciais reais, e até mesmo influenciando as decisões finais.

Excluindo a divulgação de notícias neutras e expondo opiniões puramente midiáticas, pois empiricamente temos que o fascismo em programas policiais são os que geram mais audiência, razão pela qual podemos ver a criminalização da população negra, da população pobre, em um “desfile” de contraventores alvos de operações da polícia ostensiva, o que também é uso do *lawfare*.

3 | DIREITO E AS RELAÇÕES DE PODER

Liberais costumam argumentar que a violência é inherente a aplicação da norma, pois o Estado só tem força através da coação legal. Nos anos 1920, o teórico alemão Walter Benjamin escreveu um ensaio chamado “Crítica da Violência”, no qual, o Autor conclui que a lei é inherente à violência.

Michel Foucault⁶ nos ensina que a nossa sociedade possui uma organização peculiar no que se refere ao analisar a relação entre poder, direito e verdade, pois somos compelidos pelo poder a produzir, revelar e buscar a verdade, entretanto, a verdade, em primeiro plano se revela pelo conhecimento e a confiança, podendo ser embaralhada pelo sentimento social.

Afinal, o *lawfare* não é apenas um ato político, mas um verdadeiro instrumento de poder e nesta guerra, como em todas as outras, a primeira vítima é a verdade, destarte, a justiça e a lei não podem ser usadas com a finalidade de perseguição política. Uma vez que isso acontece com um único indivíduo, pode ocorrer com toda uma nação.

Desta forma, o império da lei na sua forma mais básica, é o que nos permite prever com segurança se nossas ações podem render um processo judicial ou não. O império das leis requer também que as pessoas tenham acesso direto e imediato às normas e que estas sejam aplicadas apenas a fatos futuros, nunca retroativamente.

John Lock em seu “Segundo Tratado de Governo”⁷ nos ensina que:

6. Michel Foucault: (Poitiers, 15 de outubro de 1926 — Paris, 25 de junho de 1984) foi um filósofo, historiador das ideias, teórico social, filólogo e crítico literário. Suas teorias abordam a relação entre poder e conhecimento e como eles são usados como uma forma de controle social por meio de instituições sociais.

7. LOCKE, John: Segundo Tratado Sobre o Governo Civil. Capítulo 4, parágrafo 22.

“a liberdade dos homens submetidos a um governo consiste em possuir uma regra permanente à qual deve obedecer, comum a todos os membros daquela sociedade de seguir a própria vontade em todas as coisas não prescritas por esta regra; e não estar sujeito à vontade inconstante, incerta, desconhecida e arbitrária de outro homem”

No passado, oponentes políticos eram mortos por fascistas, e agora tem sido cerceado o seu direito à ampla defesa e ao contraditório, sendo exigido a todo momento que o acusado seja encarcerado, ou seja, a violência das armas usadas em uma guerra, foi substituída pela violência inerente a norma, pois com a lei o Estado sequestra os bens do réu e pode lhe tirar a liberdade, ainda que não aja ação penal proposta pelo *parquet*.

Destarte, o *lawfare*, em regra é utilizado pelos poderosos contra aqueles que tem menos poder, *v.g.*, como aludido, é utilizado pelo Estado contra personalidades públicas.

A comunidade acadêmica, também conceitua, uma segunda modalidade de *lawfare*, o insurgente, que é aquele utilizado pelos indivíduos mais fracos contra as organizações poderosas ou países.

Tomemos como exemplo, o atípico caso da petroleira Shell contra a sociedade da nigeriana em que as populações locais mobilizaram as leis o máximo que puderam para que a shell prestasse contas pela cooperação com o então regime da Nigéria, após causar um desastre natural.

O que chama atenção, no caso supramencionado, é o fato das tribos nigerianas, terem proposta ação no Alto Tribunal Britânico, pois alegavam que o sistema judiciário da Nigéria estava corrompido.

4 | CASOS PRÁTICOS ENVOLVENDO O *LAWFARE*

4.1 Nelson Mandela

Hodiernamente, falar em Nelson Mandela, é lembrar de um homem que lutou contra a política racial implantada na África do Sul, denominada de *apartheid*, sistema de governo no qual estabelecia que uma minoria de pessoas, determinadas pela cor da pele, como brancas, detinham todo o poder político e econômico do país, enquanto à imensa maioria da população, por ter a cor de pele negra, deveria se submeter rigorosamente à legislação separatista.

O *apartheid* retirava dos negros o direito fundamental de escolher seus representantes legais, bem como, os proibia de adquirir terras em determinados pontos da cidade, pois os seres, ora considerados inferiores deveriam ocupar zonas residenciais segredadas, ademais, o simples ato sexual entre pessoas de etnias diferentes recebia glosa do Direito Penal.

Muito embora, recordar de Mandiba⁸, é o escárnio vivenciado pelo Estado de

8. Madiba é o nome do clã Thembu a que Mandela pertence. Foi também o nome de um chefe Thembu no século

exceção, tendo em vista, o enfraquecimento gerado pelos inimigos políticos, logo, aniquilou qualquer capacidade de reação; todavia, de maneira inexpugnável não se acovardou, e tornou a defender a causa como advogado de direitos humanos, razão pela qual, findou perdendo seus direitos de liberdade, sendo decretada à prisão civil por intermináveis 27 (vinte sete) anos.

Portanto, foi considerado um guerreiro na luta pela liberdade, após reconhecida tamanha barbaridade, Mandela tornou-se conhecido mundialmente, por iniciar o expurgo das práticas racistas do Estado africano, sendo agraciado com o Prêmio Nobel da Paz.

O caso em xeque é classificado como *lawfare*, pois os grupos dominantes moveram a máquina estatal com a pretensão de transformar Mandela em um terrorista, pelo simples fato de ir contra o sistema, lutando para acabar com a política abominável do *apartheid*.

4.2 Martin Luther King

Nos Estados Unidos da América (EUA), mais precisamente na região sul do país, foi legitimada a segregação racial, que em síntese proclamava que negros e brancos não podiam ocupar o mesmo lugar com fulcro no Ordenamento Jurídico, ademais foi com base na atuação da Suprema Corte⁹ norte-americana que os setores mais radicais da sociedade conseguiram legitimar a segregação racial.

Historicamente temos que o processo de formação dos EUA é inicialmente efetuado por colonos ingleses, que deram origem às chamadas Treze Colônias na costa Leste do país, todavia, nas colônias do Sul prevaleceu o modelo da grande propriedade de terras e da monocultura, ao contrário do que ocorreu na região norte, onde foram instalados os programas de desenvolvimento, assim, assentou-se o uso do trabalho escravo no Sul, em regra realizado por escravos negros que eram sequestrados no continente africano.

Sendo assim, durante o período em que predominou a escravidão no Sul dos EUA, os negros escravos eram considerados objetos de seus senhores desprovidos dos Direitos da Personalidade, nos ônibus de *Montgomery*, por exemplo, o motorista tinha que ser branco e os negros deveriam ocupar os últimos lugares.

Sobre o processo de implantação das leis segregacionistas nos EUA, o historiador Leandro Karnal¹⁰ diz o seguinte:

"Leis de segregação racial haviam feito breve aparição durante a reconstrução, mas desapareceram até 1868. Ressurgiram no governo de Grant, a começar pelo Tennessee, em 1870: lá, os sulistas brancos promulgaram leis contra o casamento XIX. Chamar Madiba a Mandela é sinal de carinho e respeito.

9. Vide: caso Dred Scott vs Sanfordem 1857.

10. Leandro Karnal (São Leopoldo, 1º de fevereiro de 1963) é um historiador brasileiro, professor da Universidade Estadual de Campinas (Unicamp), especializado em História da América. Foi também curador de diversas exposições, como *A Escrita da Memória*, em São Paulo, tendo colaborado ainda na elaboração curatorial de museus, como o Museu da Língua Portuguesa em São Paulo. Graduado em História pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos) e doutor pela Universidade de São Paulo (USP), possui publicações sobre o ensino de História, História da América e História das Religiões.

inter-racial. Cinco anos mais tarde, o Tennessee adotou a primeira Lei Jim Crow e o resto do sul o seguiu rapidamente. O termo “Jim Crow”, nascido de uma música popular, referia-se a toda lei (foram dezenas) que seguisse o princípio “separados, mas iguais”, estabelecendo afastamento entre negros e brancos nos trens, estações ferroviárias, cais, hotéis, barbearias, restaurantes, teatros, entre outros. Em 1885, a maior parte das escolas sulistas também foram divididas em instituições para brancos e outras para negros. Houve “leis Jim Crow” por todo o sul. Apenas nas décadas de 1950 e 1960 a suprema Corte derrubaria a ideia de “separados, mas iguais”¹¹.

Ademais, para muitos cidadãos brancos sulistas era inaceitável que os negros, recém-libertos, tivessem os mesmos direitos e ocupassem os mesmos espaços que eles. No mesmo ano em que terminou a guerra (1865), por exemplo, foi formada a seita Ku Klux Klan (KKK) por um ex-combatente das tropas sulistas, chamado de Nathan Bedford Forrest. A polícia da União sufocou os primeiros focos de ação violenta da Ku Klux Klan contra os negros. Todavia, no início do século XX, a seita voltaria com muita força e milhares de adeptos.

Por volta de 1957, Martin Luther King Jr¹² começou a ganhar visibilidade por iniciar campanhas pelos direitos civis dos negros, baseadas na filosofia da não violência, pregada pelo líder indiano Manhatman Gandhi.

Em 1960, King, conseguiu liberar o acesso dos negros em parques públicos, bibliotecas e lanchonetes. Em 1963 liderou a Marcha sobre Washington, que reuniu 250 mil pessoas, quando faz seu importante discurso, que começa com a frase “*I Have a dream*” (Eu tenho um sonho), e descreve uma sociedade, onde negros e brancos possam viver harmoniosamente.

Em 1964 o Parlamento americano elaborou a Lei dos Direitos Civis, que extinguia a política da segregação racial. Nesse mesmo ano Martin Luther King recebeu o “Prêmio Nobel da Paz” e em 2004 recebeu a Medalha de Ouro do Congresso Americano, pelos 50 anos da promulgação da histórica Lei dos Direitos Civis.

É louvável o reconhecimento do erro por parte da Suprema Corte, derivou de uma luta árdua em buscar de igualdade da população negra em se fazer reconhecer a constitucionalidade das leis *Jim Crow*, entretanto, a história não pode ignorar o fato de que o poder judiciário se deixou contaminar pela vontade popular do Sul, colocando o Estado contra a parte mais frágil.

5 | CONCLUSÃO

A maior parte do desenvolvimento, das últimas três décadas, corresponde à juridificação¹³ e judicialização tanto na sociedade quanto da política. Sendo imposto

11. KARNAL, Leandro. *História dos Estados Unidos: das origens ao século XXI*. São Paulo: Contexto, 2007.

12. Martin Luther King Jr. (Atlanta, 15 de janeiro de 1929 — Memphis, 4 de abril de 1968) foi um pastor protestante e ativista político estadunidense. Tornou-se um dos mais importantes líderes do movimento dos direitos civis dos negros nos Estados Unidos, e no mundo, com uma campanha de não violência e de amor ao próximo.

13. Otto Kirchheimer, Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolshevismus, In Zeitschrift für Politik 1928, pp. 593 e ss., 597. Kirchheimer refere-se ao fato de que determinadas questões foram subtraídas à distribuição social de forças e inseridas na esfera do Direito. Todavia, há discrepância sobre se Kirchheimer queria se referir com isso ao

o ativismo judicial para que, importantes questões políticas, sociais e morais sejam resolvidas pelo Poder Judiciário ao invés de serem solucionadas pelo poder competente, seja este o Executivo ou o Legislativo, em razão da omissão e/ou mal interpretação das leis como bem destacamos nos EUA, primeiro a Suprema Corte se rendeu a impulsos sociais para interpretar a segregação racial em conformidade com a CF, então no futuro, quando homens e mulheres negras já foram subjugados e humilhados, a mesma Suprema Corte reviu sua jurisprudência.

Em todas as partes do mundo, em todos os níveis, cada vez mais, pode-se observar complexas tramas de normas legais e de instituições para regular nossa coletividade e nossas vidas, sendo que a sociedade sofreu um processo gradual de transformação no decurso do tempo, note-se que a evolução do pensamento filosófico foi fundamental para se atingir um Estado Democrático de Direito, com bases firmadas nos direitos e garantias fundamentais, abandonando o extremismo do Estado absolutista e do Estado liberal.

Diversos fatores incidiram para esta mudança social, tendo o Estado Democrático de Direito objetivo de atingir fins de justiça, garantias fundamentais impostas por lei estatal e costumes adquiridos pela sociedade; por conseguinte, os tribunais e a lei se tornaram cada vez mais importantes assumindo o papel de arenas para as lutas políticas.

Desta forma, hodiernamente, é imperioso que o Direito Penal e Processual Penal seja compreendido sob uma perspectiva garantista e constitucional nas quais os princípios “*situam-se no mais elevado nível hierárquico do ordenamento jurídico*”¹⁴, razão pela qual, o estado deve tomar uma postura protetiva, assegurando a presunção de inocência, princípio basilar do Estado de Direito, por que a justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta.¹⁵

O uso de acusações frívolas, sem provas, sem materialidade, amparadas de ilegalidades jurídicas, por conseguinte, resguardadas pelo quarto poder, à mídia, que oportunamente acoberta tal conduta ilícita, divulgando suposições como sendo verdade, *fake news*, que infelizmente não tem respaldo jurídico, violam os princípios constitucionais.

Deste modo, a corrupção é um flagelo que os países devem lutar porque afeta a todos. Na América Latina, é um mal endêmico e, nos governos, encontram estruturas enraizadas em alguns poderes médios e altos.

Por qualquer interesse pessoal, as normas constitucionais devem prevalecer, visto que, de maneira complementar, a defesa de um Estado Democrático pretende, precípua mente, afastar a tendência humana ao autoritarismo e à concentração de poder.

Ademais, o princípio elucidado na Carta Magna corrobora com o entendimento,

Direito formal, ou ao Direito num sentido filosófico

14. COMPARATO, Fábio Konder. Comentário ao artigo 1º. In: 50 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: conquistas e desafios. Brasília: OAB-Conselho Federal, 1998.

15. Citação do Ilustre Rui Barbosa, foi proferida em 1921, em seu discurso – que virou livro -, *Oração aos Mocós*.

ipsis litteris: “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, fundamentalmente a exigência da integral participação de todos e de cada uma das pessoas na vida política do país, a fim de garantir o respeito à soberania popular. Cumpre ressaltar que a exigência de ilegalidade por parte da população, como aconteceu no sul dos Estados Unidos, os poderes federativos devem barrar esse posicionamento em razão dos direitos humanos especialmente quando se trata de crimes contra a humanidade.

Entretanto, tal assertiva vem sendo ceifada, desviando a função jurisdicional, visto que o constitucionalismo como garantia de legitimação e limitação do poder, está retroagindo a medidas consumadas, no Estado de Exceção

Sendo realizada a hermenêutica constitucional de maneira abusiva e repressiva, tornando a exceção como regra, pacificando e legitimando pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em 2016, a prisão em 2^a instância, fonte que fere os princípios constitucionais do devido processo legal e ampla defesa, ambos explícitos na Constituição Cidadã, *ipsis litteris*:

“Art. 5º omissis...

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens, sem seu devido processo legal.

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Destarte, é fundamental a proteção dos princípios supracitados. Sendo portanto, consolidada a prática de *lawfare*, onde decisões judiciais, de natureza reconhecidamente excepcional, proferidas por autoridades judiciárias a pretexto de “combater” a ilegalidade, a que se tem denominado “estado de exceção judicial”, aplicando remédios aparentemente legais, para fins políticos, além disso, tal decisão não tem respaldo dos doutrinadores, consequentemente, tal assertiva vem ceifando, desviando o constitucionalismo como garantia de legitimação e limitação do poder, sob pena de retração a medidas consumadas, no Estado de Exceção.

É vislumbrada o eminent risco que tal conduta pode trazer para sociedade, posto que é um direito fundamental o julgamento justo, amparados pela legislação vigente, tratados internacionais de direito humanos subscritos pelo Brasil ou aos quais o Brasil aderiu, razão pela qual ao judiciário cabe a última palavra para resolver conflitos na sociedade.

Com escopo, “O intérprete está vinculado pela objetividade do direito. Não a minha ou a sua justiça, porém o direito. Não ao que grita a multidão enfurecida, porretes nas mãos, mas ao direito.”¹⁶

Ex positis, podemos observar que quando o *lawfare* se manifesta, não existe vencedores, pois toda a sociedade é que sofre as consequências das arbitrariedades

16. GRAU. Eros Roberto. Por que tenho medo dos Juízes. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 22.

e injustiças.

Portanto, sendo sentido a sociedade necessita de uma abrangência lisa, abolindo os preconceitos supracitados, por conseguinte tendo seu devido amparo jurídico, sem criar o fascínio pelo processo penal ou impor que se puna a todo custo, ademais é imperioso que o poder judiciário conceda decisões sem seus devidos respaldos jurídicos, pois o Magistrado não deve se submeter as vontades populares.

REFERÊNCIAS

BARROS, Vinicius Soares Campos De. **10 Lições Sobre Maquiavel**. 4 ed. Petropolis: Vozes, 2010. 127 p.

BASTIAT, Frédéric. **A Lei**. 3 ed. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010. 64 p.

BONINI, Andirá Cristina Cassoli Zabin. **A relação de poder e direito nas visões de uma visão das relações de poder e direito em Schmitt, Foucault e Pachukanis**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 55, jul 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4728>. Acesso em mar 2018.

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

BRASIL. Código Penal (1940). **Código Penal da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. Código de Processo Penal (1940). **Código de Processo Penal da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 2º ed. Campinas: Russel, 2009.

E BIBLIOGRAFIA. **Martin Luther King**. Disponível em: <https://www.ebiografia.com/martin_luther_king/>. Acesso em: 15 mar. 2018.

FOCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 23 ed. São Paulo: Graal Editora, 2007. 174 p.

RAPOSO, A. et al. **Direito e Poder Nas instituições e nos valores do público e do privado**. 1 ed. Bauri - São Paulo: Manole, 2005. 726 p.

LAWFARE INSTITUTE. **About the institute**. Disponível em: <http://lawfareinstitute.com/?page_id=4>. Acesso em: 03 jan. 2018.

VALIM, RAFAEL. **Estado de Exceção: a forma jurídica do neoliberalismo**. Disponível em: <<https://jornalggn.com.br/noticia/estado-de-excecao-a-forma-juridica-do-neoliberalismo-por-rafael-valim>> acesso em 20 de fevereiro de 2018.

A HISTÓRICA RETOMADA DIPLOMÁTICA ENTRE OS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E CUBA

Ana Carolina Loose

Autora. Bacharel em Direito. Endereço eletrônico:
analoose@outlook.com

Gabriel Holler

Autor. Bacharel em Direito. Endereço eletrônico:
gabriel.holler@hotmail.com

Fábio Rijo Duarte

Docente do Curso de Ciências Contábeis e do
Curso de Direito da FADISMA.

O presente artigo foi elaborado como instrumento de pesquisa feito através do Grupo de Pesquisa e Extensão do Núcleo de Direito Internacional (NEDI) da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA).

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo apresentar o relato histórico que foi a retomada das relações diplomáticas entre Estados Unidos da América e Cuba, abordando desde sua separação política, pelo meio histórico, até a volta do diálogo entre os países nos dias de hoje. No artigo pretende-se, através do método dialético, realçar a importância de tal assunto para a sociedade americana e para a sociedade cubana bem como a sua representação simbólica no cenário mundial. Por fim, busca-se em sua conclusão mostrar como outros países no mundo puderam ajudar na retomada das relações políticas entre os países, abordando a magnitude de tal evento histórico.

PALAVRAS-CHAVE: Relações Diplomáticas; Estados Unidos; Cuba; Embargo Econômico.

ABSTRACT: This article aims to present the historical account that was the resumption of diplomatic relations between the United States and Cuba, addressing since its separation policy, the historic environment, to back the dialogue between countries these days. In the article it is intended, through the dialectical method, highlight the importance of this issue for American society and Cuban society as well as its symbolic representation on the world stage. Finally, search in its conclusion that show how other countries in the world could help in the resumption of political relations between countries, addressing the magnitude of this historical event.

KEYWORDS: Diplomatic Relations; U.S; Cuba; Economic Embargo.

1 | INTRODUÇÃO

Desde o seu descobrimento, o arquipélago cubano sempre viveu relações conflituosas, tanto por parte dos espanhóis, como por parte dos estadunidenses. Quem tinha o domínio da ilha, não buscava desenvolve-la, mas sim explorá-la colonialmente. Ao longo dos tempos, Cuba foi buscando sua própria independência,

buscando, por meio de vários conflitos armados, ter um controle de fato e de direito sobre seu território. Por muitos anos, Cuba recebeu uma sanção econômica pelos Estados Unidos da América (EUA), conhecido como embargo econômico a Cuba, o qual ocasionando a Cuba um grande entrave na sua economia, evitando seu desenvolvimento e proporcionando sua pobreza e de sua população.

Todavia, não foram apenas os cubanos que sofreram pela sanção dos EUA em seu território. Os próprios norte-americanos deixaram de ganhar muito capital com o embargo, visto que dependiam de alguns produtos cubanos.

Deste modo, ambos os países viram a necessidade de retomar suas relações diplomáticas. Começou com uma troca de prisioneiros entre os países, e atualmente, já se tem aberto nos países embaixadas, o que mostra o grande avanço diplomático que se teve.

Neste sentido, pretende-se fazer uma análise de seu contexto histórico, buscando explorar a historicidade da ilha, a motivação que levou os EUA a sancionar um embargo econômico ao arquipélago cubano, e por fim, a retomada de relações diplomáticas entre estes países.

2 | HISTORICIDADE DE CONFLITOS ENTRE ESTADOS UNIDOS E CUBA

As relações diplomáticas entre Estados Unidos da América e Cuba são polêmicas. A partir dos conflitos da guerra fria estes países começaram a possuir um desacordo com relação a suas ideologias políticas e sociais.

Porém, as relações entre Cuba e EUA nem sempre foram conflituosas, como, por exemplo, na época de início da Independência Cubana. Os norte-americanos, que possuíam influência na economia açucareira e no comércio cubano, ajudaram a expulsar os espanhóis do território cubano, culminando na perda do controle de Cuba e a assinatura do Tratado de Paris de 1898. (RAINER SOUSA, 2016)

Os EUA fizeram incluir na Constituição Cubana de 1901 a Emenda Platt, dando inicio à tutela político-econômica norte-americana sobre cuba. Além de ceder aos EUA uma área de 117km² - a Baía de Guantánamo, ainda hoje uma base norte-americana em solo cubano -, Cuba ficou sobre ameaça de uma invasão norte-americana e o jugo de governos locais ditatoriais, como de Gerardo Machado, até 1933, e de Fugêncio Batista, de 1934 a 1958. (CLÁUDIO VICENTINO E GIANPAOLO DORIGO, 2012)

Criado sob o propósito de “proteger” Cuba das invasões europeias, a Emenda Platt foi um dispositivo, que foi inserido na Constituição Cubana de 1901, que permitia os EUA intervir no país política e militarmente, a qualquer momento, quando o interesse de ambos os países fossem ameaçados. Segundo Fidel Castro, socialista e um dos líderes da Revolução Cubana, “a emenda determinada pelos Estados Unidos só contribuiu para a intensificação do colonialismo econômico da ilha”. (THIAGO FERREIRA DA SILVA, 2006)

2.1 Independência de Cuba

O arquipélago de Cuba foi descoberto em 1492, pelo explorador Cristóvão Colombo, tornando-se uma colônia espanhola. Com suas belas riquezas, o país foi alvo de pessoas que se aproveitavam dos bens que a terra produzia como, por exemplo, açúcar e o tabaco. Devido a esse aproveitamento por parte dos detentores do poder, o país acabou por sempre possuir guerras e rebeliões civis e, uma delas, acabou por levar o país para o caminho da luta pela sua independência. (LEANDRO SALTINI, 2013)

Cuba era uma das principais produtoras de açúcar do século XIX, isso fez com que o interesse dos Estados Unidos sobre a colônia espanhola crescesse, chegando a realizar propostas econômicas ao governo espanhol para que cedesse a soberania do arquipélago. (PATRICIA CARVALHO, 2013)

A guerra hispano-americana foi um combate entre americanos e espanhóis, onde o interesse norte-americano era de domínio das colônias espanholas, entre elas, Cuba. O pretexto para a declaração de guerra foi o da explosão do couraçado americano “USS Maine” no dia 15 de fevereiro de 1898. Os EUA alegavam que iriam proteger os cubanos da grande repressão que sofriam da Espanha. A batalha, que durou pouco mais de oito meses, terminou com vitória militar estadunidense. Foi a primeira grande vitória militar norte-americana, o que impulsionou os EUA para o primeiro plano das disputas políticas globais. (EMERSON SANTIAGO, 2012)

O domínio espanhol sobre Cuba durou quatro séculos. No dia 10 de dezembro de 1898 a Espanha, após ter sido derrotada pela invasão americana a Cuba, assinou com os Estados Unidos o Tratado de Paris que põe fim à dominação espanhola na ilha. No dia 1º de Janeiro do ano seguinte, os Estados Unidos estabeleceram um governo militar na ilha. Durante quase quatro anos os Estados Unidos mantiveram a ocupação da ilha através de um governo militar. (GABRIEL LOGOS, 2015)

Após a Guerra Hispano-Americana, foi assinado o Tratado de Paris por Espanha e EUA. Com isso os estadunidenses conseguiram uma influência sobre Cuba, onde conseguiram fazer com que a Assembleia Constituinte de Cuba colocasse na sua Constituição a Emenda Platt, a qual dava poder para os EUA intervir nos assuntos internos do país, impossibilitando Cuba de se tornar uma nação soberana. (GABRIEL LOGOS, 2015)

Os espanhóis não tiveram forças para enfrentar a ocupação dos Estados Unidos nos territórios cubanos e, no fim do século XIX, acabaram cedendo o controle de Cuba para os americanos, tornando Cuba independente do povo espanhol, através do Tratado de Paris. (AMOEDO, 2012)

Cuba tornou-se independente, mas o EUA sempre esteve muito presente, graças a Emenda Platt. Os americanos construíram uma base militar na ilha, a Base de Guantánamo, base estadunidense que ainda está em atividade em solo cubano. (ANTÔNIO GASPARETTO JUNIOR, 2016)

Com a independência de Cuba, surgiu a maior revolução da história do país. Em 1953, Fidel Alejandro Castro Ruz, um revolucionário comunista cubano, juntamente com um grupo de jovens, começou uma luta contra o quartel de Moncada, em Santiago, com o pretexto de acabar com desigualdades presentes no Estado. Este acontecimento é um marco histórico para os cubanos, pois foi através deste ataque que levou o povo de Cuba a ir para as ruas em apoio ao grupo rebelde de Fidel Castro. O grupo conseguiu, após Fulgencio Batista fugir do país em 31 de dezembro de 1958, através de combates civis no dia 1 de janeiro de 1959, atingir seus objetivos e ter o poder de seu próprio território, através de uma luta entre os rebeldes liderados por Fidel Castro e os americanos. (LEANDRO SALTINI, 2013)

Assim, pode-se dizer os EUA sempre foram muito presente na política e economia cubana. Entretanto, o país não se conteve em ser influenciado por outro país e buscava a real independência. A população cubana foi às ruas sendo liderados por Fidel Castro, acabaram afugentando o ditador Fulgencio Batista, e, após a luta dos rebeldes cubanos com os americanos, Cuba finalmente se tornou realmente independente.

2.2 A Revolução Cubana

Considerando que a Revolução Cubana repercutiu de maneira única em toda a América Latina, é imprescindível a realização uma análise pormenorizada dos fatos que possibilitem o êxito na luta de Fidel Castro e seus companheiros contra a ditadura de Fulgencio Batista.

De início, imperioso trazer o conceito genérico de revolução, a qual pode ser definida como “(...)o conjunto de processo de mobilização, organização e luta do povo, em condições históricas concretas, contra o poder instituído, pela construção de um novo poder político que dirija as transformações radicais das estruturas dominantes na sociedade.”.(EMIR, 1985, p.5)

Pois bem, nesse sentido, a Revolução Cubana foi aquela em que um movimento guerrilheiro, em resistência ao governo ditatorial de Batista, representou o desagrado da população em relação às precárias condições de vida, corrupção excessiva e pela própria subordinação de Cuba aos EUA, de modo a tomar o poder e instaurar um regime revolucionário naquele país. (EMIR, 1985, p.5)

O marco inicial da Revolução Cubana foi o assalto ao quartel de Moncada em 1953, o qual era um dos locais mais importantes para o armazenamento de armas do Exército cubano. No entanto, o ataque fracassou, deixando inúmeros participantes mortos e causando o aprisionamento de Fidel e seu irmão. (MENDES, 2009, p.3)

Ao serem libertados por anistia, Fidel e seus companheiros se exilararam no México, local em que conheceram “Che” Guevara e passaram a planejar a volta para Cuba com fins de reiniciar a luta. Ocorre que, em 2 de dezembro de 1956, no momento do desembarque dos guerrilheiros que estavam no iate Gramna, foram violentamente atacados pelo Exército cubano. (EMIR, 1985, p.79).

Inobstante o ocorrido, a organização dos movimentos de luta armada contra a ditadura de Batista se fortaleceu nos anos posteriores, sobretudo pela intensa mobilização popular, advinda da união daqueles que estavam no campo com aqueles que se encontravam na zona urbana. Tudo isto corroborou para que, no início do ano de 1959 Batista fugisse para república Dominicana junto de seus assessores. (MENDES, 2009, p.4; EMIR, 1985, p.80).

Nos anos seguintes, com a implantação de um governo revolucionário, que mais tarde se instituiria em um regime socialista, Cuba afastou a dependência que o prendia aos Estados Unidos. Nesse sentido, ante a relevância política da Revolução Cubana e as suas implicações em toda América Latina, convém ressaltar as palavras de Emir Sader:

a revolução cubana é um dos poucos exemplos neste continente que realmente merece o nome de revolução, qualquer que seja o juízo que se faça sobre o seu caráter. Ela não é apenas um produto histórico da mobilização popular, mas é o desenvolvimento de um programa de transformações democráticas, nacionais e socialistas que modifício substancialmente a sociedade cubana nas décadas transcorridas desde a fuga de Batista para o exterior e a instalação do poder revolucionário em Havana. ((EMIR, 1985, p.2)

Ademais, é imperioso salientar que, em que pese o desfecho da Revolução Cubana tenha sido a implantação do socialismo na ilha, a sua promoção não foi realizada pelos comunistas em plena Guerra Fria. Os líderes do movimento guerrilheiro, ainda que compactuassem com algumas ideias advindas do Marxismo, não eram membros de qualquer partido comunista. (BANDEIRA, 2008, p.1)

Neste aspecto, traz-se à baila o pensamento de Emir Sader, o qual afirma que Revolução Cubana “não somente surgiu onde menos se esperava que existissem as condições para o socialismo - num país com pequena classe operária, ao contrário da Argentina, Chile, México, Uruguai e Brasil -, como nem sequer foi dirigida por marxistas - socialistas ou comunistas.”. (EMIR, 1985, p.7).

Desse modo, consoante o entendimento de Bandeira, “a revolução cubana foi autóctone, teve um caráter nacional e democrático”. Isto porque o país não possuía condições para realizar tal revolução senão como a forma em que se deu, qual seja, por intermédio de uma revolução agrária e democrática. Portanto, foi através do nacionalismo que o governo se instaurou, para, após isso, estimular o desenvolvimento industrial e econômico, e obter a almejada independência nacional. (BANDEIRA, 2008, p.1 e 2)

A partir de então verificou-se um período marcado pelo militarismo na América Latina, sobretudo sob o argumento de evitar o surgimento de um novo Fidel Castro. Tudo isto demonstra o quanto relevante fora a Revolução Cubana e como seus efeitos permeiam toda a história da América Latina.

3 | GUERRA FRIA

Com o término da Segunda Guerra Mundial os Estados Unidos e a União Soviética começaram a travar uma guerra pela disputa do poder pela hegemonia política, econômica e militar no mundo, eis então que começa a Guerra Fria.

De um lado estava os Estados Unidos da América, com seu capitalismo forte e sua potência no cenário mundial, disputavam a Guerra para tentar espalhar pelo mundo o sistema capitalista que era baseado em uma economia de mercado, um sistema democrático e a propriedade privada. Do outro lado estava A União Soviética, com seu sistema socialista, sendo ele baseado em uma economia planificada, comandado por um partido único, conhecido por Partido Comunista e uma igualdade social baseada na ausência de democracia, possuíam o mesmo objetivo que os Estados Unidos, espalhar pelo mundo o seu sistema de vida, o socialismo.

Cuba, liderada por Fidel Castro, entra na Guerra Fria para apoiar os princípios da União Soviética, o que resultou um corte total nas relações entre Estados Unidos e Cuba, levando o país a pedir ajuda financeira, militar e técnica a União Soviética. (ELIANE PERCÍLIA, 2016)

A Guerra Fria terminou oficialmente com o fim da União Soviética, em dezembro de 1991, embora seu encerramento já tivesse sido efetivado com a queda do Muro de Berlim, em novembro de 1989. A partir de então, instaurou-se um novo mundo, baseado em novas relações econômicas e geopolíticas, que não mais trazia a anterior marca da divisão Leste-Oeste nem mais o velho confronto entre o bloco capitalista e o socialista. Esse mundo passou a ter novas características, destacadamente a completa hegemonia da ordem capitalista, e compunha o que alguns preferiam chamar de nova ordem internacional. (CLÁUDIO VICENTINO E GIANPAOLO DORIGO, 2012)

Com a queda da União Soviética e sem relações com os Estados Unidos, Cuba acabou entrando em uma crise econômica, e então os Estados Unidos, visando a queda do socialismo no mundo, intensificou o Embargo Econômico em Cuba.

3.3 Origem do Embargo Econômico

Em meio a Guerra Fria, período histórico de gigantesca tensão política, a ilha de Cuba viveu sua grande revolução, que culminou a expulsão do ditador Fulgencio Batista do país. Durante esta revolução, os estadunidenses ficaram em alerta, pois as medidas que Cuba estava tomando internamente de nacionalização de indústrias e a sua reforma agrária instigou o pensamento norte-americano que a ilha estava aderindo ao sistema socialista soviético, seus rivais na Guerra Fria. (ÉPOCA NEGÓCIOS, 2015) Com essa desconfiança, os norte-americanos começaram gradualmente restringir o comércio com a ilha. Entretanto, os Estados Unidos dependiam da importação de açúcar cubano em seu país. (ÉPOCA NEGÓCIOS, 2015)

Todavia, o governo cubano com a percepção de que os norte-americanos estavam prejudicando a economia de seu país decide se aproximar da União Soviética

(URSS). Essa aproximação se deu com a exportação de produtos cubanos a preços altos, e a importação de petróleo soviético por um valor abaixo do preço médio, onde a exportação cubana incluía também o seu açúcar, o qual os estadunidenses eram dependentes. (ÉPOCA NEGÓCIOS, 2015)

Não obstante, a resposta veio em seguida, onde o recém-eleito Presidente John Fitzgerald Kennedy, ordena que as restrições comerciais com a ilha se tornem mais amplas, definindo o embargo econômico. (ÉPOCA NEGÓCIOS, 2015)

Com o fim da União Soviética, os Estados Unidos decidem deixar ainda mais rigorosa a relação comercial entre os norte-americanos e os cubanos, com a finalidade de forçar o país a se tornar um mercado capitalista, por intermédio da Lei Torriceli (1992) que permitia o presidente norte-americano punir os países que prestassem assistência à ilha, impedindo o envio de alimentos, salvo nos casos humanitários e da Lei Helms-Burton (1996) que permitiam a punição por meio judicial para as empresas, tanto nacionais quanto as filiais estrangeiras, que comercializarem com a ilha de Cuba. (EDUARDO HERRMANN, 2015) A regulamentação do embargo se dá por um estatuto chamado de Lei de Comércio com o Inimigo, mais conhecido como “Regulação de Controle dos Bens Cubanos”, (G1, 2014), sendo renovada anualmente pelos presidentes que foram assumindo a presidência norte-americana após John F. Kennedy. (EFE, 2015)

Na comunidade internacional, a Organização das Nações Unidas (ONU), condena o embargo econômico dos Estados Unidos contra Cuba todos os anos desde 1991, onde dos 193 países membros, as únicas nações que são a favor do embargo são o próprio Estados Unidos da e seu aliado histórico Israel. (TERRA, 2015)

Após 53 anos de embargo econômico e um custo de, segundo o chanceler cubano Bruno Rodriguez, US\$1,157 trilhão (G1, 2013), em 17 de dezembro de 2014, Barack Obama, Presidente dos Estados Unidos e Raúl Castro, Presidente de Cuba e também irmão do ex-presidente Fidel Castro, anunciam a retomada das relações diplomáticas. (G1, 2014)

Sendo assim, após mais de 50 anos de um embargo que custou caríssimo para ambos, os países parecem estar indo por um próspero caminho, aonde gradativamente os norte-americanos vão relativizando suas sanções, com a finalidade um entendimento com a ilha cubana e uma retomada de acordos comerciais que os beneficiarão, deixando para trás uma relação historicamente conturbada.

4 | INICIO DO DIALOGO ENTRE ESTADOS UNIDOS E CUBA

Após 53 anos do rompimento das relações entre Estados Unidos e Cuba a retomada das conversas entre os dois países se deu de forma lenta e burocrática. A retomada das relações diplomáticas pode ser considerado como o primeiro passo para o término do embargo econômico imposto pelos Estados Unidos desde 1962.

Por volta de 2014, o então presidente dos Estados Unidos, Barack Obama, começa o processo de retomada das conversações com Cuba, com o intuito de acabar com o embargo econômico. (LEANDRA FELIPE,2014)

Apesar da retomada do diálogo, a suspensão do embargo econômico não será imediata porque a sanção não pode ser removida por decisão presidencial. O Congresso norte-americano precisa aprovar uma lei para anular o embargo, estabelecido por meio de normas federais. Algumas vigoram desde 1962, ano em que a sanção começou a ser aplicada, outras foram sendo votadas ou modificadas posteriormente. Entre elas estão a Lei Torricelli (lei para Democracia Cubana) de 1962, aprovada pelo Congresso e que incrementou sanções anteriores, e a chamada Lei Helms-Burton, de 1996, que também ficou conhecida como Lei de Liberdade e Solidariedade Democrática Cubana.(LEANDRA FELIPE, 2014)

A retomada do dialogo entre EUA e Cuba teve inicio no dia 17 de dezembro de 2014, quando “o presidente do Conselho de Estado Raúl Castro anunciava o retorno a Cuba dos três últimos prisioneiros antiterroristas cubanos, que permaneceram em cárceres norte-americanos por mais de 16 anos.” (JOSÉ REINALDO CARVALHO, 2015)

Tal evento foi uma surpresa para todas as pessoas no mundo. No Brasil, a então presidente Dilma Rousseff fez uma declaração em favor ao momento histórico entre EUA e Cuba.

O anúncio conjunto marcava o ponto culminante de conversações secretas entre os Estados, mantidas em tal sigilo que mesmo pessoas próximas aos círculos de poder dos dois governos não sabiam das tratativas. Um dia antes, Obama e Raúl haviam conversado por telefone e acertado os detalhes finais. A presidenta Dilma, na mesma quarta-feira, declarou que “nós lutadores sociais nunca imaginávamos, jamais imaginamos viver esse momento histórico”. A presidenta, ao se referir aos “lutadores sociais”, muito sutilmente fazia menção a um aspecto da recente notícia: a retomada das relações diplomáticas entre Cuba e EUA representava uma vitória incontestável da luta social, dos movimentos de solidariedade a Cuba e, fundamentalmente, da resistência cubana. (JOSÉ REINALDO CARVALHO,2015)

A troca de prisioneiros entre os países foi o ponto de partida para está vitória da luta social. Os prisioneiros cubanos foram recebidos em Cuba como heróis, o que fez com que o povo cubano sentisse honrado pela atitude americana em libertar e mandar de volta para seu país os seus heróis. Em resposta a atitude americana, Cuba libertou o então prisioneiro americano Allan Gross, apesar de o prisioneiro alegar que os EUA não estavam interessados em sua liberdade, foi com ela que os americanos puderam perceber o interesse dos Cubanos em retomar as relações diplomáticas com seu país. (JOSÉ REINALDO CARVALHO, 2015)

Allan Gross, nos últimos tempos de sua prisão, se recusava a receber a visita de familiares ou de representantes do escritório de interesses americanos em Havana em protesto contra o que considerava ser um desinteresse dos EUA pela sua libertação. Os três presos cubanos voltaram nos braços de uma multidão de compatriotas que os recebeu enquanto Allan Gross teve recepção discreta. Mas é quando se rememora a história recente das relações entre Cuba e EUA que temos ideia do significado transcendental para a ilha socialista da retomada das relações com o poderoso vizinho do Norte. (JOSÉ REINALDO CARVALHO, 2015)

Assim, com força total, iniciou um dos mais importantes momentos históricos, não somente para os países envolvidos, e sim também para a história no mundo.

4.1 O avanço nas Relações Diplomáticas

Apesar da retomada do dialogo entre Estados Unidos e Cuba ter iniciado em dezembro de 2014, oficialmente a retomada foi estabelecida no dia 1º de julho de 2015 com o cumprimento do acordo entre os presidentes Obama e Raúl. A partir de então, deu-se inicio a abertura das embaixadas dos países. Em 20 de julho de 2015 a embaixada de Cuba em Washington DC foi reaberta após 54 anos estando fechada, e em 14 de agosto Cuba respondeu a atitude americana reabrindo a embaixada estadunidense em Havana. (JOSÉ REINALDO CARVALHO, 2015)

O posicionamento de EUA com Cuba, porém, continua o mesmo, alcançar o fim da revolução. Sabendo disso, durante a reabertura da embaixada Cubana em solo americano o Ministro das Relações Exteriores de Cuba, Bruno Rodríguez Parrilla, fez um pronunciamento em relação a tal posicionamento dos EUA frente a Revolução Cubana. (JOSÉ REINALDO CARVALHO, 2015)

"Invocamos a memória de José Martí, que consagrou a vida à luta pela liberdade de Cuba e conheceu profundamente os Estados Unidos. Em seu livro 'Cenas Norte-Americanas', Martí nos deu uma nítida descrição da grande nação do Norte e fez o elogio do que existe de melhor nela. Também nos deixou a advertência do seu desmedido apetite por dominação que toda uma história de desencontros tem confirmado. Chegamos até aqui graças a condução firme e sábia do líder histórico da Revolução Cubana Fidel Castro Ruz, a cujas ideias sempre guardaremos lealdade suprema. Em 1959, os Estados Unidos não aceitaram a existência de uma pequena e vizinha ilha totalmente independente e alguns anos depois, muito menos aceitou uma revolução socialista que teve que defender-se e, desde então, encarna a vontade de nosso povo." Bruno Rodríguez Parrilla. (JOSÉ REINALDO CARVALHO, 2015)

Os Estados Unidos não responderam o pronunciamento de Parrilla. Após a abertura das embaixadas, houve um crescimento de 54% de turistas americanos indo visitar Cuba e o embargo econômico na ilha já apresentou um grande declínio. (BBC, 2016)

Para concluir de vez com a retomada diplomática entre os dois países, o então presidente americano Barack Obama fez uma visita ao país de Cuba, no dia 22 de março de 2016. Em Havana, o primeiro presidente americano a visitar Cuba após 88 anos pediu ao povo cubano liberdade política, religiosa e de expressão.

"Tenho que falar honestamente sobre as coisas que eu e o povo americano acreditamos. Eu acredito, mas não posso obrigar vocês a acreditar, mas acho que deveriam. Acredito que todos devem ser iguais perante a lei e que não devem ter medo de falar o que pensam. Que todos devem ter liberdade para praticar a fé que acreditam e que devem votar em eleições democráticas. Os direitos humanos são universais, para americanos, cubanos e todo o mundo", afirmou Obama. (G1, 2016)

A queda do embargo econômico foi abordada como principal objetivo na retomada diplomática entre os países, porém é observada como um processo lento

e que não se dará com a presença de Barack Obama na presidência dos Estados Unidos, já que seu mandato acaba em dezembro de 2016.

O futuro das relações diplomáticas entre EUA e Cuba será uma surpresa para todos, pois se deve observar como se dará o posicionamento sobre o tema do novo presidente americano e como continuará o governo de Raúl Castro frente a abertura econômica proporcionada pelos EUA.

Penna, por sua vez, enfatiza que o efeito da reaproximação poderá mudar “substancialmente” o país e influenciar na abertura política da ilha. “Quem quiser ver a parte histórica de Cuba, a parte que não se desenvolveu e o retrato do socialismo no país, deve ir rapidamente para a ilha. Em pouco tempo, o ambiente deve mudar muito e o reflexo da chegada de bens de consumo pode influenciar diretamente na vida da população, sobretudo na mais jovem”. Palpita. Martínez acredita que Cuba deixará o seu legado histórico na resistência e no contraponto do pensamento independente na América Latina. Mas avalia que “ainda é cedo para dizer o que vai acontecer”, quando perguntado se isso poderia ser o fim da era Castro. Mais contundente, Penna acredita que podem ser esperadas mudanças, ainda que Raúl Castro passe o governo a um sucessor na intenção de manter a mesma linha de governo. “Com mais abertura, mudanças poderão ser exigidas, sobretudo pelos mais jovens.” O especialista em relações internacionais da Universidade de Brasília (UnB) Pio Penna, entretanto, avalia que a pressão dos países vizinhos ou mesmo do Vaticano não foi a principal razão. “O que aconteceu foi que Obama já tinha esta meta, simplesmente pelo fato de que o embargo é anacrônico e inconcebível nos dias de hoje” defende.

A retomada diplomática não foi somente feito pelos dois países envolvidos, muitos outros países participaram, de certo modo, deste acontecimento histórico. A volta do diálogo teve o apoio de vários países e, também, do Papa Francisco.

4.2 O papel de outros países e do Papa Francisco na retomada das relações diplomáticas

Para que a retomada das relações diplomáticas entre Estados Unidos e Cuba não fosse somente um sonho, outras pessoas tiverem que interferir na política interna dos dois países, como é o caso do Papa Francisco.

Com o intuito de promover a paz mundial, o Papa Francisco enviou cartas para o presidente americano Barack Obama e para o presidente cubano Raúl Castro, com um apelo para que ambos os países deixassem a política imposta pela Guerra Fria de lado e retomassem acordos políticos entre si. Ambos os países responderam ao Papa Francisco afirmindo que era um desejo fazer uma aproximação entre os dois países. O pedido do Papa foi concretizado pelo Vaticano quando delegações dos dois países foram recebidas para uma primeira conversa entre si, onde foi realizado o acordo de soltura dos prisioneiros cubanos em solo americano e do prisioneiro americano em solo cubano com mediação do próprio Vaticano. Com o acordo sendo realizado, o Papa Francisco expressou a sua felicidade pela histórica decisão tomada pelos países, marcando assim, a sua participação no evento histórico que foi a retomada das relações diplomáticas entre EUA e Cuba. (UOL, 2014)

Outros países também contribuíram para que os EUA desejasse a retomada

das relações diplomáticas com Cuba, sendo eles os países Latino-americanos que rejeitavam fortemente o isolamento imposto por Estados Unidos a Cuba. Os países latino-americanos convidaram Cuba para ser Estado membro de novos organismos criados em conjunto enquanto que o governo americano não era convidado a participar, motivando os EUA a fazerem uma mudança política em seu sistema. O Brasil também deu uma contribuição a análise americana sobre o posicionamento em relação a Cuba, incluindo Cuba em seus acordos internacionais e reuniões diplomáticas. (NEUSA MARIA PEREIRA BOJIKIAN E MARCOS CORDEIRO PIRES, 2015)

O sucesso da reaproximação EUA-Cuba tem muita relação com a liderança exercida pelo Brasil. Em 2008, a diplomacia brasileira, em uma demonstração de organização e capacidade de comando, reuniu toda a região na Costa de Sauípe (BA) para a Cúpula do Mercosul (Mercado Comum do Sul). Em outra ocasião, promoveu também a Cúpula da União das Nações Sul-Americanas (Unasul), além da Cúpula da América Latina e Caribe (CALC), a partir da qual foi formalizada, em 2010, a criação da CELAC (Comunidade de Estados Latino-Americanos e Caribenhos). Na CALC, pela primeira vez, reuniram-se todos os países da região, incluindo Cuba, Canadá e Espanha, menos os EUA. Durante a CALC os membros demonstraram a vontade de ser uma região autônoma de outras áreas ou países e de ser um ator internacional. As primeiras demonstrações dessa autonomia foram a inclusão de Cuba nas iniciativas latino-americanas e a exigência aos EUA para por fim ao isolamento da ilha caribenha. A reincorporação de Cuba na região foi reafirmada pelas visitas oficiais de diversos presidentes latino-americanos, durante o ano de 2009. Todos os encontros foram precedidos por reuniões entre Luiz Inácio Lula da Silva (então presidente do Brasil) com Fidel e Raúl Castro (Cuba). (NEUSA MARIA PEREIRA BOJIKIAN E MARCOS CORDEIRO PIRES, 2015)

Os fatos descritos realizados por outros países e pelo Brasil somente contribuíram para que a pressão nos americanos se intensificasse e a retomada das relações entre EUA e Cuba ocorresse.

Outro país que foi muito importante para que os americanos cedessem a pressão política foi a Colômbia, até então aliada dos americanos. Colômbia fechou uma relação importante com Cuba, fazendo com que os EUA percebessem que o isolamento imposto para Cuba não deveria mais existir.

O último passo importante, pelo qual Cuba tornou-se centro regional, foi a eleição de Havana pelo governo colombiano e pelas Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC) como sede para as negociações de paz. Neste caso, a mensagem é particularmente importante pelo fato de a Colômbia ser considerada, por seus vizinhos, um aliado dos EUA. Até pouco tempo seria impensável que o governo colombiano aceitasse Havana como sede de tal negociação. No entanto, para o país era importante afirmar que, mesmo sendo aliado dos EUA, não compartilhava a política de isolamento de Cuba. (NEUSA MARIA PEREIRA BOJIKIAN E MARCOS CORDEIRO PIRES, 2015).

Com todos os fatos apresentados ficaria impossível para o governo americano não adotar uma medida política que mudasse o posicionamento referente ao país Cubano, pois se não o fizesse poderia ficar imposto para o mundo que os Estados Unidos da América possuem uma política antiga e não humanitária para com a

sociedade de Cuba.

Várias nações mostraram o seu apoio ao retorno das relações políticas entre Cuba e EUA, como Alemanha e Espanha, o secretário-geral da ONU, Ban Ki-moon, também declarou satisfação com o acontecimento.

O ministro do Exterior da Alemanha, Frank-Walter Steinmeier, disse que o anúncio é uma excelente notícia nesses tempos de crises e pode ser o início de uma ampla aproximação e abertura. Ele disse ter grande respeito pela “coragem de Obama de quebrar com uma política de décadas, que só trouxe inércia, estupor e falta de perspectiva para as pessoas”.

Para o chefe da diplomacia espanhola, José Manuel García-Margallo, trata-se de um sinal de “esperança”, que poderá pôr fim a um “desencontro” que já dura meio século e garantir “um futuro melhor para o povo cubano”. Ele recordou que Madrid sempre insistiu numa “solução de diálogo”, construído “na base dos princípios da democracia e no respeito pelos direitos humanos”.

O secretário-geral da ONU, Ban Ki-moon, também saudou “calorosamente” a decisão de Washington e de Havana de normalizarem as relações dos dois países, oferecendo a ajuda das Nações Unidas. “As Nações Unidas estão prontas para ajudar estes dois países a desenvolverem as suas relações de boa vizinhança”, disse. Ele agradeceu aos líderes cubano e norte-americano “por terem tomado este importante passo no sentido da normalização das relações”, sublinhando que os acontecimentos de hoje são “uma notícia muito positiva”. (MADE FOR MINDS, 2014).

Apesar de incontestáveis manifestações de apoio, o presidente cubano Raúl Castro continua até hoje a dizer que as relações somente serão normalizadas quando o Embargo Econômico chegar ao fim, exigindo também que os Estados Unidos devolvam o território da base naval de Guantánamo. Assim então, as relações poderiam perpetuar no tempo.(DEUTSCHE WELLE, 2015)

Somente o tempo irá dizer o que acontecerá com as relações diplomáticas entre os Estados Unidos da América e Cuba, restando aos demais esperar para que a história vá para frente ao em vez de retroceder ao passado.

5 | CONCLUSÃO

O retorno do diálogo entre Estados Unidos e Cuba está se dando de forma lenta, porém continua. Um dos principais resultados desta retomada de relações é a reabertura das embaixadas dos Estados Unidos da América em Cuba e a reabertura das embaixadas de Cuba nos Estados Unidos da América, o que ocasionou um grande número de estadunidenses visitando a ilha.

Para os países, essa nova fase de sua diplomacia significa muito mais do que um caráter econômico, mas também de caráter social, pois a ilha e sua população muito têm a ganhar com o crescente índice de turistas em seu país. Em que pese as relações entre os países estão avançando cada vez mais, não se pode dizer com certeza absoluta que o embargo está próximo do fim, visto que o mandato do presidente dos Estados Unidos Barack Obama está chegando ao fim em dezembro

de 2016, e o novo presidente pode não olhar com bons olhos a relação com o governo de Raul Castro. Só o tempo poderá dizer o que irá acontecer com o futuro econômico e político dos países e como se dará as relações e acordos entre ambos.

Após tantos anos, Cuba e Estados Unidos marcaram o mundo com sua história de conflitos e pensamentos diversos, mostrando ao mundo como a tolerância e aceitação por ideais diferentes pode levar o mundo a ser um lugar melhor para o convívio pacífico entre os países. A retomada das relações diplomáticas entre os Estados Unidos da América e Cuba está apenas no inicio, muito ainda está por vir.

REFERÊNCIAS

AMOEDO. **Independência de Cuba**. Zun. Disponível em: <<http://www.zun.com.br/independencia-de-cuba-resumo/>> Acesso em 20 de ago. de 2016.

BOJIKIAN E PIRES, Neusa Maria Pereira e Marcos Cordeiro. **Retomada Histórica**. Unesp ciência. Disponível em: <<http://www.unespciencia.com.br/2015/05/retomada-historica/>> Acesso em 01 de out. de 2016.

CARVALHO, Patrícia. **Independência de Cuba**. Cola da Web. Disponível em: <<http://www.coladaweb.com/historia/independencia-de-cuba>> Acesso em 20 de jun. de 20126.

CARVALHO, José Reinaldo. **Retomada das relações diplomáticas entre Cuba e EUA: significado e desafios**. Blog do José Reinaldo. Disponível em: <<http://www.zereinaldo.blog.br/index.php/706-retomada-das-rela%C3%A7%C3%A7%C3%85es-diplom%C3%A1ticas-entre-cuba-e-eua-significado-e-desafios>> Acesso em 01 de out. de 2016.

DA SILVA, Thiago Ferreira. **Emenda Platt**. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/historia/emenda-platt>> Acesso em 17 de abr. de 2016.

EFE. Obama renova por mais um ano lei que aplica embargo a Cuba. Disponível em: <<http://epocanegocios.globo.com/Informacao/Acao/noticia/2014/12/entenda-como-comecou-o-embargo-economico-dos-eua-cuba.html>> Acesso em 11 de set. de 2016.

ÉPOCA NEGÓCIOS ONLINE E AGÊNCIA EFE. **Entenda como começou o embargo econômico dos EUA a Cuba**. Disponível em: <<http://epocanegocios.globo.com/Informacao/Acao/noticia/2014/12/entenda-como-comecou-o-embargo-economico-dos-eua-cuba.html>> Acesso em 11 de set. de 2016.

FAGUNDES, Pedro Ernesto. **Análise das Relações entre Cuba e EUA (1961-2011)**. Disponível em: <<http://www.mundorama.net/2011/04/13/analise-das-relacoes-entre-cuba-e-eua-1961-2011-por-pedro-ernesto-fagundes>> Acesso em 20 de ago. de 2016.

FELIPE, Leandra. **Entenda a retomada do diálogo entre EUA e Cuba**. Agência Brasil. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2014-12/entenda-retomada-do-dialogo-entre-eua-e-cuba>> Acesso em 01 de out. de 2016.

G1. **Assembleia Geral da ONU condena embargo econômico dos EUA a Cuba**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/10/assembleia-geral-da-onu-condena-embargo-economico-dos-eua-cuba.html>> Acesso em 11 de set. de 2016.

G1. **Entenda o Embargo Econômico**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/12/entenda-o-embargo-dos-eua-cuba.html>> Acesso em 11 de set. de 2016.

G1. **Obama e Raúl Castro anunciam retomada das relações de Cuba e EUA**. Disponível em:

<<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/12/obama-e-raul-castro-anunciam-restabelecimento-de-relacoes-de-cuba-e-eua.html>> Acesso em 11 de set. de 2016.

G1. Obama pede liberdade em Cuba e fim de embargo em discurso histórico. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/03/em-cuba-barack-obama-diz-que-vai-trabalhar-pelo-fim-do-embargo.html>> Acesso em 01 de out. de 2016.

HERRMANN, Eduardo. **Em momento histórico, relembre 12 atritos entre Cuba e EUA.** Terra. Disponível em: <<https://noticias.terra.com.br/mundo/estados-unidos/em-momento-historico-relembre-12-atritos-entre-cuba-e-eua,bc4daa2fb8c0b410VgnVCM5000009ccceb0aRCRD.html>> Acesso em 11 de set. de 2016.

JUNIOR, Antonio Gasparetto. **Crise dos Mísseis de 1962.** Info Escola. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/historia/crise-dos-misseis-de-1962/>> Acesso em 11 de set. de 2016.

JUNIOR, Antonio Gasparetto. **Prisão de Guantánamo.** Info Escola. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/historia/prisao-de-guantanamo/>> Acesso em 20 de ago. de 2016.

LOGOS, Gabriel. **Cuba: Colonização e Independência.** Cubageo. Disponível em: <<http://cubageo.blogspot.com.br/2010/04/colonizacao-e-independencia.html>> Acesso em 20 de ago. de 2016.

MADE FOR MINDS. **EUA e Cuba anunciam reaproximação histórica.** Disponível em: <<http://www.dw.com/pt-br/eua-e-cuba-anunciam-reaproxima%C3%A7%C3%A3o-hist%C3%B3rica/a-18138159>> Acesso em 01 de out. de 2016.

PERCÍLIA, Eliene. **Cuba.** Brasil Escola. Disponível em <<http://brasilescola.uol.com.br/historia-da-america/historia-cuba.htm>>. Acesso em 07 de set. de 2016.

SANTIAGO, Emerson. Guerra Hispano-Americana. Info Escola. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/historia/guerra-hispano-americana/>> Acesso em 20 de ago. de 2016.

SALTINI, Leandro. **História de Cuba.** Cuba. Disponível em: <<http://www.cuba.com.br/sobre-cuba/historia-de-cuba>> Acesso em 20 de jun. de 2016.

SOUSA, Rainer. **Independência Cubana.** Disponível em: <<http://brasilescola.uol.com.br/historia-da-america/independencia-cubana.htm>> Acesso em 17 de abr. de 2016.

TERRA. **ONU aprova resolução que condena embargo dos EUA a Cuba.** Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/onu-aprova-resolucao-que-condena-embargo-dos-eua-a-cuba,5cab8705142c08e04f4cdda7c7b138ees0v66hkv.html>> Acesso em 11 de set. de 2016.

VICENTINO E DORIGO, Cláudio e Gianpaolo. **História Geral e do Brasil. Volume 3.** São Paulo: editora Scipione, 2012.

WELLE, Deutsche. **EUA e Cuba retomam relações e abrem embaixadas após 54 anos.** Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/internacional/eua-e-cuba-retomam-relacoes-e-abrem-embaixadas-apos-54-anos-2070.html>> Acesso em 01 de out. de 2016.

A DIGNIDADE HUMANA ENQUANTO VALOR MÁXIMO TUTELADO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A COLISÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: UMA SOLUÇÃO CLARA

Márcio Pinheiro Dantas Motta

Promotor de Justiça do Estado do Paraná, desde 1996. Atualmente titular da 12a Promotoria de Justiça da Comarca de Ponta Grossa/PR. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela UEL. Mestre em Ciências Jurídicas pela UENP, campus Jacarezinho/PR. Professor de Direito Constitucional da UNISECAL, Ponta Grossa/PR.

HUMAN DIGNITY AS MAXIMUM VALUE
TAKEN BY BRAZILIAN LEGAL ORDER
AND COLLISION OF CONSTITUTIONAL
PRINCIPLES: A CLEAR SOLUTION

ABSTRACT: The recognition of human dignity as a maximum value protected by our legal system is of fundamental importance for systemic coherence. In addition, this assumption starts to function as an interpretive constraint, insofar as it reinforces the coherence of constitutional principles. The impossibility of a collision between the principle of human dignity and all other constitutional principles is therefore such that, in the absence of any apparent obstacle, the concrete situation must be resolved with the preponderance of the value of human dignity. Republic. Human dignity becomes the first interpretive filter of the Constitution.

KEYWORDS: Human Dignity; Legal Order; Collision of Principles; Constitutional Right.

1 I INTRODUÇÃO

Partimos da premissa de que o valor “dignidade humana” é o valor máximo tutelado pelo ordenamento jurídico nacional, com capacidade de se sobrepor a todos os outros princípios constitucionais e a condicionar

todo ato interpretativo. Neste sentido, impossível seria a colisão entre o princípio da dignidade humana e os demais princípios constitucionais, dada a proeminência axiológica do primeiro e a subordinação de todos os demais. A colisão entre princípios somente poderia ocorrer, portanto, entre os princípios subordinados, excluindo-se o princípio da dignidade humana.

2 | OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE

Dentre os princípios subordinados convém fazer uma diferenciação entre proporcionalidade e razoabilidade, de forma a se permitir uma melhor qualidade do ato interpretativo. Grande parte da doutrina entende que tais denominações sinalizam a mesma coisa e, portanto, pretender fomentar distinções de detalhes seria algo inócuo e desnecessário para estes professores, dentre os quais se destaca Luís Roberto Barroso, que entende haver uma relação de fungibilidade entre estas nomenclaturas¹.

Também, na literatura administrativista, não se faz a devida distinção entre um ou outro, confirmado, de certa forma, a tendência a visualizá-los de forma equivalente, em que a substituição de um pelo outro em nada mudaria a compreensão de determinada situação jurídica. Suzana Toledo de Barros parece concordar com a fungibilidade acima idealizada, demonstrando que eventual distinção doutrinária pouco ou nada colaboraria para a ciência jurídica:

É preciso deixar claro que nenhum óbice existe à nomeação do princípio ora examinado como princípio da razoabilidade, desde que rigorosamente o termo seja entendido com o conteúdo que se propõe na presente monografia. Os alemães utilizam, indiscriminadamente, o termo proporcionalidade ou proibição de excesso para designar o princípio que os americanos tratam por razoabilidade.²

Todavia, apesar das posições doutrinárias acima indicadas, o próprio legislador pátrio parece ter feito clara opção pela distinção de sentido entre a proporcionalidade e a razoabilidade. Ao menos é o que se depreende da simples leitura do artigo 2º da lei federal nº 9.784/99 em que consta textualmente: “A Administração Pública obedecerá dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”³. Ora é de se presumir que se o legislador federal fez a distinção é por que pretende que cada um tenha significado autônomo e, no máximo, complementar, porém, seguramente, distintos.

Guerra Filho, filiando-se à posição do legislador federal, entende haver a pretendida distinção, eis que, segundo seu pensamento, proporcionalidade e

1. BARROSO *apud* STEINMETZ, Wilson A. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 185.

2. BARROS, Suzana de T. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2003, p. 74.

3. BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm>. Acesso em 19 abr. 2019.

razoabilidade têm finalidades diferenciadas:

[...] a desobediência ao princípio da razoabilidade significa ultrapassar irremediavelmente os limites do que as pessoas em geral, de plano, considerariam aceitável, em termos jurídicos. É um princípio com função negativa. Já o princípio da proporcionalidade tem uma função positiva a exercer, na medida em que pretende demarcar aqueles limites, indicando como nos mantermos dentro deles – mesmo quando não pareça, a primeira vista, irrazoável ir além.⁴

Wilson Antônio Steinmetz, filiando-se à corrente que defende a diferenciação, vê uma relação de hierarquia entre a proporcionalidade e a razoabilidade, valendo reproduzir seu pensamento:

Aceita-se a tese da separação, mas para além disso, sustenta-se que, do ponto de vista do controle racional e intersubjetivo da aplicação, o princípio da proporcionalidade é superior ao princípio da razoabilidade, o que justifica ainda mais a aplicação do princípio da proporcionalidade na hipótese de colisão de direitos fundamentais. Essa superioridade advém do fato de que o princípio da proporcionalidade é passível de uma definição operacional. Os princípios parciais da adequação, da exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito funcionam como indicadores de mensuração, de controle. Quais seriam os indicadores de mensuração do princípio da razoabilidade?⁵

Particularmente, concordamos com a corrente que defende a diferenciação. Entendemos que a razoabilidade representa um valor de ponderação, intrínseco ao princípio da proporcionalidade e extremamente útil para a solução de conflito entre princípios constitucionais. Ademais a razoabilidade projeta seu valor, especialmente, no caso concreto, em que sua carga valorativa serve para indicar qual dos princípios deve prevalecer naquela situação apresentada. Desta forma, entendemos que o valor razoabilidade está contido no valor maior proporcionalidade.

3 I DA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE COLISÃO ENTRE A DIGNIDADE HUMANA E OS DEMAIS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Já que falamos em proeminência axiológica do princípio da dignidade da pessoa humana sobre todos os demais princípios inseridos na própria Constituição da República e, naturalmente, sobre toda a legislação infraconstitucional, é importante que se diga que não haveria, em tese, possibilidade jurídica de colisão entre o princípio da dignidade humana e os outros princípios constitucionais. Entre eles há verdadeira relação de subordinação, na medida em que buscam seu fundamento de validade na própria noção de dignidade humana, concebida como fundamento do Estado Brasileiro. Esta a única posição possível em sintonia com o entendimento doutrinário por nós defendido.

Com o devido respeito, não haveria coerência de argumentação jurídica se se

4. GUERRA FILHO, Willis S. **Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 25 – 26.

5. STEINMETZ, Wilson A. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 187 – 188.

admitisse suposta colisão entre o princípio da dignidade humana e qualquer outro inserido na Constituição. Se a dignidade ocupa o valor máximo, condicionante de toda e qualquer interpretação, jamais poderia colidir com um princípio axiologicamente inferior. Neste sentido, entendemos somente ser possível a eventual colisão entre os princípios subordinados. Suzana Toledo de Barros parece concordar com este posicionamento, especialmente ao reconhecer a dignidade humana como valor máximo tutelado pelo Estado brasileiro:

A partir desse novo contexto, infere-se, com certa facilidade, que a dignidade do homem, objetivo máximo a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade, exige possibilidade de abertura para o reconhecimento de novos direitos e traz ínsita a necessidade de certas garantias básicas a esses direitos.⁶

Nos parece inquestionável que ao admitir textualmente na citação acima referida a dignidade humana como sendo o objetivo máximo a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade, a professora Suzana reconhece a dignidade humana como valor proeminente em nosso ordenamento jurídico, como valor máximo tutelado pela nossa Constituição; o que reforça nosso posicionamento de verdadeira impossibilidade lógica de colisão entre a dignidade (valor máximo) e outros direitos fundamentais (valores estruturais, porém decorrentes da dignidade humana).

Contudo, esta colisão entre princípios não é desprovida de critérios. Esta antinomia entre princípios é conhecida doutrinariamente como sendo imprópria, eis que apesar da situação de aparente incompatibilidade, os princípios contrapostos continuam a integrar o sistema, sem que haja a necessidade de eliminação de um deles.

Assim, diante de uma situação de aparente conflito, caberá ao operador do direito ponderar os valores tutelados diante daquele caso concreto específico e proceder à harmonização dos postulados envolvidos, fazendo com que o mais relevante na hipótese prevaleça em detrimento do outro; sem que com isso o princípio hostilizado, *in casu*, tenha que deixar o sistema.

O principal instrumento para a ponderação de valores, quando da análise de antinomia entre princípios, é o princípio da proporcionalidade que, a despeito de não ser expressamente consagrado no texto constitucional, é considerado elemento intrínseco ao sistema constitucional nacional, sendo reconhecido pela melhor doutrina como princípio implícito.

Rizzato Nunes, em sua obra já referida, efetua importante comentário acerca deste princípio constitucional implícito:

Esse princípio da proporcionalidade, novo na doutrina constitucionalista, tem servido, de fato, como vetor orientador do intérprete constitucional. Na verdade, foi da experiência concreta, tópica, dos casos interpretados, nos quais surgiram conflitos de princípios, que a doutrina pôde extrair-lhe a essência para declará-lo existente – e chegando, como visto, ao status de princípio constitucional

6. BARROS, Suzana de T. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2003, p. 95.

expresso.⁷

Desta forma, pela aplicação do princípio da proporcionalidade, deve o intérprete buscar a solução do conflito priorizando-se um deles e procurando desrespeitar o princípio excluído o mínimo possível e sem jamais ferir sua essência. Com esta aplicação pretende-se preservar os direitos fundamentais e viabilizar a implementação do Estado Democrático de Direito.

Ainda, neste particular, oportuna a menção que Willis Santiago Guerra Filho faz acerca dos desdobramentos do princípio constitucional implícito da proporcionalidade⁸. Segundo a lição acima, que busca alicerce na doutrina constitucionalista alemã, existiriam três aspectos a serem considerados. O primeiro deles seria o aspecto da adequação e, por adequação, pretende-se dizer que o meio escolhido deverá guardar relação de conexão com o resultado pretendido, na busca de uma pretensão útil.

O segundo aspecto seria o da exigibilidade, segundo o qual a opção escolhida deve ser a mais suave possível, dentre as possíveis, de forma a preservar maximamente os valores tutelados pela Constituição. Em outras palavras, deve-se violar minimamente o princípio que entrou em rota de colisão, no caso concreto, com o valor prevalente.

O terceiro e último aspecto é o da proporcionalidade em sentido estrito, segundo a qual, deve o intérprete utilizar-se da opção mais vantajosa para a prevalência do princípio preponderante, mas sempre tendo em vista a preocupação de se preservar a harmonia sistêmica, o que implica, também no caso concreto, o atingimento mínimo ao princípio desprezado.

J. J. Gomes Canotilho também aborda a questão dos subprincípios decorrentes da proporcionalidade⁹. Para Canotilho, há o subprincípio da adequação, segundo o qual os meios empregados pela lei devem ser adequados à finalidade proposta. Há, ainda, o subprincípio da necessidade, segundo o qual, havendo diversas opções adequadas, caberá ao intérprete optar pela opção menos gravosa aos demais direitos e interesses tutelados pelo sistema jurídico. Por fim, há o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, que preconiza que ainda que o meio seja adequado e necessário, há a necessidade de que as vantagens auferidas superem as desvantagens ocasionadas ao sistema, sob pena de não ultrapassar o crivo da proporcionalidade.

Suzana de Toledo Barros, em sua obra acerca do tema, também manifestou posição mais sintonizada com o pensamento do constitucionalista português acima citado, reconhecendo expressamente os subprincípios da adequação, necessidade

7. NUNES, Luiz A. R. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 41.

8. GUERRA FILHO, Willis S. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 59 – 60.

9. CANOTILHO, José J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 262 – 263.

e proporcionalidade em sentido estrito:

O princípio da proporcionalidade tem por conteúdo os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Entendido como parâmetro a balizar a conduta do legislador quando estejam em causa limitações a direitos fundamentais, a adequação traduz a exigência de que os meios adotados sejam apropriados à consecução dos objetivos pretendidos; o pressuposto da necessidade exige que a medida restritiva seja indispensável à conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa; pela proporcionalidade em sentido estrito, pondera-se a carga de restrição em função dos resultados, de maneira a garantir-se uma equânime distribuição de ônus.¹⁰

Realçando o caráter instrumental do princípio da proporcionalidade, novamente Rizzato Nunes em coerente análise entende que este princípio deriva diretamente do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Tal assertiva corrobora nosso modesto posicionamento acerca da condição de valor máximo atribuído à dignidade humana. Vejamos a posição textual do autor citado:

É verdade que o chamado princípio da proporcionalidade, que serve de instrumento para a resolução do eventual conflito entre princípios constitucionais, para a doutrina, está ligado ao princípio da igualdade, mas, como o demonstraremos, não só o mais importante elemento principiológico constitucional é o da dignidade da pessoa humana como, conforme já adiantamos, o princípio da proporcionalidade deve ser tido como originário desse outro da dignidade.¹¹

Outro ponto que merece especial destaque é a questão do uso indiscriminado do princípio da proporcionalidade como forma rápida e eficaz de solução da colisão entre direitos fundamentais. O intérprete deve ter como premissa de sua construção intelectual a concepção de harmonização entre os direitos fundamentais e de sua essencialidade para a manutenção da coerência sistêmica.

A utilização deste raciocínio jurídico, alicerçado na razoabilidade e na ponderação de valores, deve ser vista como excepcional, de forma a se priorizar os demais métodos mais precisos de interpretação constitucional. Toda construção jurídica que se utilize do princípio da proporcionalidade para, temporariamente e no caso concreto, afastar determinado direito fundamental deve se revestir de argumentação jurídica sólida, contemplando ampla análise dos valores tutelados e com justificativa coerente para a opção por um determinado valor no caso concreto. Mera reprodução de frases de efeito, sem um detido estudo não servem para a utilização criteriosa da proporcionalidade e “banalizam” sua utilização.

Sérgio Fernando Moro, autor da obra “Jurisdição Constitucional como Democracia”, ao abordar a problemática da colisão de princípios constitucionais, reforça a necessidade de uso criterioso desta solução:

O que deve ser criticado é a vulgarização de sua utilização. O controle da razoabilidade deve ser considerado como último recurso a ser utilizado na

10. BARROS, Suzana de T. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2003, p. 95.

11. NUNES, Luiz A. R. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 54.

argumentação jurídico-constitucional, apenas quando não for possível resolver o problema constitucional por meio de métodos ou critérios mais precisos de interpretação. O emprego do devido processo legal e do princípio da proporcionalidade demanda, outrossim, fundamentação robusta, não bastando sua utilização como mero slogan.¹²

Como indicação de que somente a utilização responsável legitima o uso do método da ponderação de valores, alicerçado na proporcionalidade, oportuna a transcrição de um caso emblemático, julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão, em que se apresentavam em aparente conflito o direito do Estado de punir o transgressor da lei penal e os limites de buscas de provas, associado a questões de saúde e integridade física do acusado, para alicerçar esta pretensa condenação:

No caso concreto, cuidava-se de alguém processado criminalmente por delito de menor potencial ofensivo (crime de bagatela). A prova deveria ter sido obtida mediante a extração de líquido da coluna do acusado. Contra esta determinação, foi impetrada uma reclamação constitucional, alegando ofensa ao direito à integridade física e corporal (art. 2º, II da Lei Fundamental). O Tribunal Federal Constitucional, ao apreciar o caso, considerou que a medida restritiva (invasiva da integridade física e corporal) não se afigurava como proporcional, relativamente à gravidade da infração penal atribuída ao particular, o que parece uma conclusão ligada à proporcionalidade em sentido estrito. Com efeito, seria manifestamente desarrazoado alcançar a condenação de alguém por um delito de insignificante ofensividade, expondo-o a um risco tão expressivo para sua saúde e integridade física. Convém frisar, ainda, neste contexto, que se poderá chegar ao mesmo resultado a partir do critério da necessidade. O próprio Tribunal Federal Constitucional, na decisão ora tomada como exemplo, entendeu que as sequelas decorrentes da investigação e determinação da autoria e responsabilidade pelo delito não poderão atingir o autor de forma mais gravosa do que a sanção penal a ser aplicada ao caso.¹³

A Corte máxima da Justiça brasileira, o E. Supremo Tribunal Federal, também tem se utilizado do princípio da proporcionalidade para revisar os atos provenientes do Poder Legislativo¹⁴. Na obra acima referida, Sérgio Fernando Moro transcreve dois exemplos que bem ilustram a situação concreta do uso da razoabilidade e da proporcionalidade no dia-a-dia forense¹⁵.

Ainda, o princípio constitucional da proporcionalidade não pode ser concebido em uma roupagem estática e pré-concebida; ao contrário, a dificuldade de se atribuir a este princípio uma conotação fixa e dogmática apenas reflete a necessidade de constante construção doutrinária deste princípio.

Neste ponto do estudo, reforçamos novamente nossa posição jurídica fundamentada de que há sim hierarquia axiológica entre os princípios constitucionais. Segundo autores consagrados já referidos no item anterior, com os quais concordamos, o valor máximo tutelado pelo ordenamento jurídico brasileiro é a dignidade humana. Neste sentido, o valor “dignidade” passa a ser ponto de referência para toda a

12. MORO, Sérgio F. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: RT, 2004, p. 199 – 200.

13. SCHOLLER, H. Princípio da proporcionalidade nos Direitos Constitucional e Administrativo da Alemanha. **Revista do TRF da 4ª Região**, Porto Alegre, ano 11, n. 38, 2000, p. 239.

14. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Adin n. 855-2/PR. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, por maioria. Julgado em 1 jul. 1993. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 1 out. 1993.

15. MORO, Sérgio F. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: RT, 2004, p. 56.

principiologia constitucional e passa, ainda, a condicionar positivamente todo ato de interpretação.

Assim, muito ao contrário do que pensam alguns, esta proeminência axiológica da dignidade humana apenas reforça e confirma o princípio da unidade da Constituição. Hierarquia, absolutamente, não é incompatível com unidade. A dignidade como valor máximo condicionante reforça a unidade, que passa a ter um ponto de referência. Desta forma, conforme já salientamos acima, entendemos não ser possível a colisão entre a dignidade humana e qualquer outro princípio constitucional, por absoluta incompatibilidade de grau hierárquico. A dignidade humana é que permite a solução para o aparente conflito. É a dignidade humana, como ponto máximo e único de referência, que irradia seus efeitos sobre a colisão e indica a solução naquele caso concreto, preservando o valor que mais se dela se aproxime.

Rizzatto Nunes confirma categoricamente a lógica do presente raciocínio:

Mas confirmamos que, com a mudança de paradigma, que, num salto de qualidade, colocou a dignidade da pessoa humana como o valor supremo a ser respeitado, é a ela que a proporcionalidade deve estar conectada. É nela que a proporcionalidade nasce. [...] Agora, realmente é a dignidade que dá o parâmetro para a solução do conflito de princípios; é ela a luz de todo o ordenamento. Tanto no conflito em abstrato de princípios como no caso real, concreto, é a dignidade que dirigirá o intérprete – que terá em mãos o instrumento da proporcionalidade – para a busca da solução.¹⁶

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Segundo uma interpretação sistemática e finalística do texto constitucional, o legislador constituinte originário, ao estabelecer a dignidade humana como verdadeiro fundamento do Estado Brasileiro, alçou este valor à categoria de diretriz suprema da Constituição. Desta forma, como uma das principais características do poder constituinte originário é a soberania, não se nos afigura correta a assertiva de que a dignidade estaria situada no mesmo nível hierárquico dos demais princípios. A vontade soberana do legislador constituinte originário deve ser fortalecida, na medida em que estabelece a proeminência axiológica da dignidade humana.

Por outro lado, a unidade da Constituição nada mais é do que uma diretriz, um foco, um ideal na busca de coerência sistêmica; e isto, absolutamente, não impede que os estudiosos do direito, especialmente em trabalhos de mestrado e doutorado, apontem, de forma criteriosa e fundamentada, possíveis incoerências dentro do próprio sistema constitucional. Aliás, este um dos mais belos propósitos de trabalhos científicos. Se os trabalhos acadêmicos se limitassem a reproduzir os pensamentos já existentes, pouco ou nada colaborariam para a evolução da ciência jurídica. O desafio, segundo nosso modesto pensamento, reside exatamente em buscar novas reflexões.

16. NUNES, Luiz A. R. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência.** São Paulo: Saraiva, 2002, p. 55.

Confirmando o posicionamento acerca do princípio da unidade da Constituição, temos a lição de Suzana de Toledo Barros, que assim esclarece:

Pelo princípio da unidade da Constituição, quer-se evidenciar a plausibilidade das diferentes valorações dentro de um esquema de harmonia. Não se pretende a ficção de considerar todos os direitos homogêneos, porque não é possível desprezarem-se os antagonismos das várias forças que interfiram no seu pacto fundador, quando restaram explícitas as tensões entre os vários segmentos sociais. Nada obstante, o resultado plasmado no texto promulgado há de ser lido como um corpo único, coerente.¹⁷

Neste sentido, considerando-se a condição de fundamento da República atribuída à dignidade humana, de valor máximo constante do texto constitucional, entendemos, por exemplo, que a pena de morte, autorizada pela mesma Constituição em casos excepcionalíssimos, conforme artigo 5º, XLVII, “a”, a despeito de estar inserida no próprio texto magno, viola o valor máximo dignidade humana e, portanto, pode e deve ser declarada inconstitucional, na medida em que contraria o núcleo essencial da Constituição.

Ora, não é razoável supor que em caso de guerra declarada a vida de um ser humano passe, como num toque de mágica, a não ter mais dignidade. Não deixa, portanto, de ser uma contradição a mesma Constituição alçar a dignidade como fundamento da República, em posição jamais vista no constitucionalismo brasileiro e no mesmo texto jurídico admitir, ainda que em caráter excepcional, que o Estado brasileiro possa condenar alguém à pena de morte.

Deixar de admitir a razoabilidade desta posição é o mesmo que admitir que os legisladores constituintes originários não possam errar. Com o devido respeito, os legisladores que integraram o poder constituinte originário em 1988 eram homens, portanto passíveis de falhas e de cometerem equívocos. Seria até mesmo absurdo exigir do referido grupo, que todo o texto constitucional ficasse literalmente perfeito e imune de críticas. Por outro lado, até mesmo a dialética inerente ao processo democrático fomenta a diversidade de opiniões e o respeito à diversidade.

Afirmar categoricamente que a Constituição é perfeita e que nela não há falhas ou mesmo que nela não há hierárquica, talvez seja a posição doutrinária mais cômoda e mais simplista, mas seguramente não será a mais precisa intelectualmente. Neste particular, manifestamos profundo respeito aos doutrinadores que pensem de modo diverso, todavia firmamos posicionamento seguro no sentido de reconhecermos a dignidade humana como valor máximo e condicionante de todo ato de interpretação; em nítida supremacia axiológica.

Neste sentido, além de alçar a dignidade à condição de valor máximo tutelado pela Constituição da República, a Carta de 1988 aumentou significativamente o rol dos direitos e garantias fundamentais, conferindo-lhes aplicabilidade imediata, nos termos do artigo 5º, parágrafo 1º e também assegurou perspectiva real de expansão, de acordo com a cláusula aberta inserida no parágrafo 2º do mesmo

17. BARROS, Suzana de T. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.** Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2003, p. 169 – 170.

artigo 5º da Constituição. É exatamente neste contexto que se insere o princípio da proporcionalidade, no seletivo rol dos direitos fundamentais, como mecanismo efetivo de tutela destes mesmos direitos.

Seu reconhecimento, ainda que na qualidade de princípio implícito, representa garantia especial na defesa e manutenção dos direitos fundamentais; surge como vetor condicionante da intervenção estatal na seara dos direitos fundamentais, na medida em que passa a exigir que toda atuação do Estado seja adequada, necessária e precisa, mantendo-se a harmonia e preservando-se ao máximo este rol dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BARROS, Suzana de T. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2003.

BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm>. Acesso em 19 abr. 2019.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Adin n. 855-2/PR. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, por maioria. Julgado em 1 jul. 1993. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 1 out. 1993.

CANOTILHO, José J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2004.

GUERRA FILHO, Willis S. **Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

MORO, Sérgio F. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: RT, 2004.

NUNES, Luiz A. R. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SCHOLLER, H. Princípio da proporcionalidade nos Direitos Constitucional e Administrativo da Alemanha. **Revista do TRF da 4ª Região**, Porto Alegre, ano 11, n. 38, 2000.

STEINMETZ, Wilson A. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E SUA EFICÁCIA CONCRETA: DESENVOLVENDO A IDEIA DA “LINHA IMAGINÁRIA”

Márcio Pinheiro Dantas Motta

Promotor de Justiça do Estado do Paraná, desde 1996. Atualmente titular da 12a Promotoria de Justiça da Comarca de Ponta Grossa/PR. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela UEL. Mestre em Ciências Jurídicas pela UENP, campus Jacarezinho/PR. Professor de Direito Constitucional da UNISECAL, Ponta Grossa/PR.

Princípios Constitucionais; Eficácia Concreta; Linha Imaginária; Legitimidade Excepcional.

THE PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY AND ITS CONCRETE EFFECTIVENESS: DEVELOPING THE IDEA OF “IMAGINARY LINE”

ABSTRACT: The present legal article intends to demonstrate that the constitutional principles cannot and should no longer be seen under the bias of systemic complementarity. They leave the plane of abstraction and reach concreteness, producing concrete effects in the lives of the people, recipients of the Law. The application, with all its force, of the principle of human dignity, cannot be trivialized, on the contrary, it needs clear rules, precisely so that it can produce effective practical effects. The idea of imaginary line greatly assists in this understanding. Its link with the minimum core proposal of human dignity is essential for a good understanding. Finally, the *lege ferenda* proposal consists in the idealization of the institute of exceptional legitimacy, fully legally justifiable, especially in view of the parallel with the figure of *habeas corpus*.

KEYWORDS: Human Dignity; Constitutional Principles; Concrete Effectiveness; Imaginary Line; Exceptional Legitimacy.

RESUMO: O presente artigo jurídico pretende demonstrar que os princípios constitucionais não podem e não devem mais ser vistos sob o viés da complementariedade sistemática. Deixam o plano da abstração e atingem a concretude, produzindo efeitos concretos na vida das pessoas, destinatárias do Direito. A aplicação, com toda a sua força, do princípio da dignidade humana, não pode ser banalizado, ao contrário, necessita de regras claras, justamente para que possa produzir efeitos práticos efetivos. A ideia de linha imaginária muito auxilia nesta compreensão. Sua vinculação com a proposta de núcleo mínimo da dignidade humana é essencial para uma boa compreensão. Por fim, a proposta de *lege ferenda* consiste na idealização do instituto da legitimidade excepcional, plenamente justificável juridicamente, em especial diante do paralelo traçado com a figura do *habeas corpus*.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade Humana;

1 | INTRODUÇÃO

Um dos alicerces estruturais deste trabalho jurídico é a constatação de que a interpretação tradicionalmente conferida às normas jurídicas precisa mudar. Os princípios constitucionais, dotados de normatividade e eficácia, precisam condicionar a interpretação conferida às leis. A continuar como está, o direito positivo apenas tenderá a perpetuar o alto grau de exclusão existente hoje na sociedade brasileira. É consenso de que algo precisar ser feito.

A superação da dogmática tradicional tem como principal vetor interpretativo o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. É ele o grande canal condutor da reversão do quadro atual. Cumpre destacar que os índices de pobreza voltaram a subir neste ano de 2019. Seguramente será a partir deste princípio e em sintonia com os demais, que os operadores do direito poderão contribuir com a proposta de inclusão social, tendo o direito como seu instrumento de agir. Todavia, para que esta perspectiva seja implementada, há que se abrir a mente para o novo, sempre tendo ciência de que tudo aquilo que é inovador, diferente, que foge ao tradicional, choca e espanta.

A este respeito convém citarmos o pensamento de Pedro Demo, que bem ilustra a necessidade de ousadia nas ciências jurídicas:

[...] um dos fenômenos mais lamentáveis em ciência é a produção de discípulos mais vocacionados a seguir um mestre ou a enquadrar-se dentro de uma escola do que a construir com originalidade e inteligência novas alternativas científicas. Sobretudo em ciências sociais tal postura é essencial, porque tende, mais que as outras, a curvar-se a dogmatismos ideológicos, dentro dos quais o tempo é gasto principalmente em projetos falidos de autodefesa. Onde campeia o argumento de autoridade, acabamos sem autoridade e, sobretudo, sem argumento.¹

O ponto de partida para a ideia da pulverização da legitimidade popular para o restabelecimento imediato da dignidade de qualquer ser humano passa pelo conceito de “linha imaginária”. Assim, seria lícito ao operador do direito traçar em sua mente um divisor hipotético que separaria duas situações bem distintas: a de “sim” dignidade e a de “não” dignidade. O parâmetro para esta divisão seria a proposta do núcleo mínimo da dignidade, que compreenderia quatro pilares básicos, a saber: a educação básica, a saúde pública eficaz e de qualidade, amparo aos necessitados e indigentes e acesso à Justiça.

Desta forma qualquer pessoa que estivesse abaixo desta linha imaginária da dignidade seria titular de um direito subjetivo em face do Estado, para exigir dele Estado o pronto restabelecimento de sua dignidade aos padrões minimamente aceitáveis. Em outras palavras, o Estado teria o dever jurídico de recolocar esta pessoa em um ponto imediatamente acima desta linha divisória hipotética.

Todavia, aqui surge uma questão: como tornar esta proposta realmente eficaz sob a ótica jurídica? Como, juridicamente falando, permitir que esta proposta se

1. DEMO, Pedro. *Introdução à metodologia da ciência*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 11.

torne útil socialmente e não apenas mais um dos vários preceitos utópicos, lindos e belos, porém destituídos de eficácia prática? A sociedade brasileira contemporânea não tolera mais preceitos vagos, idealizados somente para chancelar a vontade das elites em detrimento da massa excluída e marginalizada.

Esta postura emancipatória e crítica, alicerçada tanto na teoria quanto na prática, apesar de muitas vezes ser qualificada de ousada, afigura-se como sendo essencial para a reversão do quadro brasileiro de exclusão social. A este respeito, vale a lição do professor Marcos Augusto Maliska:

É necessário promover, na academia, a junção da técnica jurídica com a teoria crítica. A postura crítica, redefinidora de paradigmas, deve estar presente naqueles que atuam diariamente no fórum, naqueles que pretendem exercer a advocacia, o Ministério Público ou a Magistratura. Não se pode mais, em nome da crítica pura, excluir da prática as propostas que são discutidas e debatidas na teoria. Mais do que nunca, o exercício consciente da profissão jurídica é um exercício em defesa da cidadania, da moralidade administrativa e do respeito à Constituição.²

2 | O INSTITUTO DA LEGITIMIDADE EXCEPCIONAL

Defendemos uma visão muito mais flexível da dogmática jurídica, especialmente sob a ótica processual. Assim, com a máxima modéstia e com o desafio de colaborar com a ciência jurídica, cumprindo inclusive com a proposta de estímulo ao pensamento crítico nas ciências sociais, defendemos a criação, inicialmente doutrinária e/ou jurisprudencial, da instituto da “legitimidade excepcional”.

Esta legitimidade excepcional conferiria a qualquer cidadão, independentemente da capacidade postulatória, que para o ato seria dispensável, a possibilidade de ingressar em juízo para restabelecer ou pleitear o restabelecimento da dignidade mínima inerente a toda e qualquer pessoa que estivesse abaixo da linha imaginária da dignidade; mesmo sem ter qualquer tipo de vinculação com o suposto beneficiário.

Desta forma, qualquer do povo poderia ingressar em Juízo, independentemente de pagamento de taxas ou mesmo da assinatura de um advogado, para, por exemplo, requerer ao Estado a compra de uma cadeira de rodas para uma pessoa portadora de deficiência locomotiva e que, comprovadamente, não tenha recursos suficientes para a aquisição. Ou, ainda, para requerer junto ao Estado, pela via do Judiciário, o imediato fornecimento de determinada medicação prescrita por um médico e que não estivesse disponível no SUS. Ou mesmo, diante da completa ausência de advogados em determinada cidade, pleitear que o Judiciário determine a contratação, pelo poder público, de um advogado para patrocinar causa diretamente relacionada às questões da dignidade humana, afetas à proposta de núcleo mínimo.

Aqui há que se fazer uma ressalva. É evidente que a difusão da possibilidade de ingresso em Juízo jamais poderia dispensar a apresentação de documentação

2. MALISKA, Marcos A. **Pluralismo jurídico e direito moderno:** notas para pensar a racionalidade jurídica na modernidade. Curitiba: Juruá, 2006, p. 110.

comprobatória do alegado, isto sem prejuízo de outras diligências a critério do Ministério Público ou do Judiciário, que eventualmente pudessem complementar a instrução. É fato público e notório que a obtenção de certidões em determinadas repartições públicas, tendentes a comprovar a pretensão deduzida em Juízo é, especialmente para os menos esclarecidos, bastante dificultada; daí a possibilidade de mera alegação do autor para posterior requisição judicial ou ministerial. Ademais, com relação à capacidade postulatória, uma vez recebida a notícia de violação ao núcleo mínimo da dignidade e havendo indícios suficientes da seriedade da pretensão, poderia o Juiz nomear Advogado para firmar o documento, caso houvesse concordância do referido profissional.

Absolutamente, não se pretende que o instituto seja desprovido de critérios rigorosos que, efetivamente, comprovem a condição de “não” dignidade do suposto beneficiário. Também não se pretende, com o presente instituto, causar desequilíbrio financeiro às contas estatais e muito menos aniquilar a capacidade de planejamento do ente público. Não é esta a proposta. O que realmente não podemos admitir é que em um país como o Brasil, em que diversas pessoas encontram-se em situação atentatória a sua própria dignidade, o Estado continue a gastar milhões de reais em publicidade, por exemplo.

É evidente que a legitimidade excepcional não pode ser implementada sem um prévio estudo de logística e gestão fiscal, tal constatação é ponto pacífico. Todavia, não é lícito que o Estado repasse responsabilidade sua para organizações não governamentais, entidades filantrópicas e clubes de serviço, que terminam fazendo mais do que podem. O estabelecimento de 0,5% do orçamento, por exemplo, de cada Município, de cada Estado e da União para a criação de uma grande rede de assistência social seria sim viável e não causaria colapso nas finanças, especialmente se se estabelecesse um pacto pela diminuição da publicidade estatal e pelo combate eficaz à corrupção.

Outro ponto que merece destaque é que não pretendemos a imposição de uma situação pré-determinada com relação ao instituto da legitimidade excepcional. Nossa pretensão se limita a que a presente ideia seja amplamente discutida nas academias e nos meios forenses. É lógico de diversos ajustes precisariam ser implementados e outras ideias complementares surgiriam. Defendemos a responsabilidade fiscal, amplamente considerada, como sendo um dos alicerces estruturais do Estado Democrático de Direito, porém, a presente sugestão seria sim viável com a otimização de gastos estatais com propaganda e com a autopromoção indevida de governantes.

Feitas estas considerações, pode-se perceber que a figura da “legitimidade excepcional”, idealizada para ser utilizada de forma absolutamente excepcional e restrita, exclusivamente nas hipóteses de violação à dignidade humana e tendo como foco pessoas abaixo da linha imaginária da dignidade, em estado de “não” dignidade, tem um ponto de referência na conhecida figura processual penal do habeas corpus. Ora, se para a impetracão de habeas corpus na seara penal quase

nada se exige em termos de formalidade jurídica, porque não admitir um instituto muito próximo na seara constitucional, com foco no restabelecimento da dignidade humana de toda e qualquer pessoa? Qual seria o obstáculo jurídico para isto? Não é fato público e notório que diversos habeas corpus já foram impetrados por pessoas simples do povo em pedaços de jornal ou mesmo em papel de embrulhar pão?

Será que nós, operadores do direito, desconhecemos que estamos no Brasil, detentor do lamentável título de vice-campeão mundial no quesito “pior distribuição de renda”? Será que lembramos que no interior deste país existem comarcas de difícil ou quase nenhum acesso, sem água, sem luz, sem estradas asfaltadas, sem hospitais, sem advogados... A exigência de formalidades excessivas em países escandinavos, detentores dos primeiros IDH's do mundo talvez se justificasse, mas não no Brasil!

Por outro lado, se a legislação pátria admite o habeas corpus para a tutela da liberdade de ir e vir, mesmo sem critérios jurídicos excessivamente formais, por que então seria absurda a criação de figura semelhante na seara constitucional, para a defesa da vida e da própria dignidade? A liberdade, tutelada pelo habeas corpus, é mais importante do que a vida, do que a dignidade? Ao que nos parece, a resposta negativa se impõe.

Não bastasse a situação aviltante em que vivem vários brasileiros, alguns Tribunais entendem que não existe legitimidade ao Ministério Público para a propositura de uma ação civil pública, por exemplo, para a obtenção de remédios para um determinado cidadão, ao argumento de que tal pretensão não se enquadraria no rol de interesses difusos e/ou coletivos da sociedade, mas sim de interesse de um único cidadão. Vejamos este julgado do Superior Tribunal de Justiça:

Ementa: Processual civil e administrativo. Fornecimento de dispositivo médico. Menor carente. Ação Civil Pública. Ministério Público. Legitimidade.

1. Na esteira do artigo 129 da Constituição Federal, a legislação infraconstitucional, inclusive a própria lei orgânica, preconiza que o Ministério Público tem legitimidade ativa ad causam para propor ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos, como regra. Em relação aos interesses individuais, exige que também sejam indisponíveis e homogêneos. No caso em exame, pretende-se que seja reconhecida a sua legitimidade para agir como representante de pessoa individualizada, suprimindo-se o requisito da homogeneidade.

2. O interesse do menor carente deve ser postulado pela Defensoria Pública, a quem foi outorgada a competência funcional para a “orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados na forma do art. 5º, LXXIV”. Não tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública, objetivando resguardar interesses individuais, no caso de um menor carente.

3. Recurso Especial improvido.³

O julgado em questão, com o máximo respeito, parece não ter sido proferido
3. BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Segunda Turma. **REsp 684594/RS**; Recurso Especial 2004/0123355-5. Relator: Min. Castro Meira. Julgado em 27 set. 2005. **Diário da Justiça**, Brasília, 10 out. 2005, p. 318.

no Brasil. É de se perguntar ao seu eminentíssimo relator se existe Defensoria Pública estruturada em todas as Comarcas de seu Estado. Novamente, retornamos ao ponto já referido. Seria ótimo que a Defensoria Pública estivesse estruturada em todos os Estados da federação, todavia, esta ainda é uma pretensão muito distante.

Por outro lado, imputar ao cidadão carente o ônus de se deslocar até a unidade da Defensoria Pública mais próxima de seu domicílio, muitas vezes, significa negar-lhe o acesso à Justiça por via transversa. A maioria das pessoas carentes trabalha como diarista e, ao deixar de trabalhar para ir ao Fórum, perde dinheiro. Além disso, tais pessoas não podem arcar com os custos de uma viagem a outro Município, dado seu alto grau de precariedade financeira.

Desta forma, quando o Ministério Público reconhece a vulnerabilidade do cidadão, assume a questão com o nítido propósito de fazer justiça, propõe ação civil pública para obter remédio para criança carente e necessitada, vê sua pretensão fulminada por uma questão mesquinha, de ordem processual. Além disso, como se já não bastasse a realidade cruel a que esta criança está submetida, deixa de receber medicamento necessário para a manutenção de sua saúde porque o Poder Judiciário invocou uma questão processual de duvidosa constitucionalidade, para extinguir mais um processo, sem sequer analisar o que estaria por detrás.

Este julgado, além de inadequado sob a ótica humana, é a materialização do descaso, da insensibilidade, da falta de uma visão social da lei, da mais absoluta ausência de noção da realidade brasileira. Mesmo diante de princípio constitucional que alça a dignidade humana a uma condição sem precedentes no direito brasileiro, o Judiciário optou, no caso concreto, por negar uma medicação para uma criança por questões menores, de natureza processual, pouco se importando com as consequências de sua decisão. Teve, ainda, a ousadia de reproduzir em seu julgado que a Constituição atribui tal função a Defensoria Pública, sem sequer procurar saber se no Município daquela criança existe ou não o referido órgão. Lamentável a reprodução, em pleno século XXI, de um pensamento próprio da elite do Brasil Colonial, nos idos de 1700.

Impedir que decisões como esta se repitam, passa a ser uma luta que todos nós, operadores do direito, devemos defender. Perceba que no caso concreto sequer havia a possibilidade de se argumentar colapso às finanças do Estado, eis que se tratava de uma única criança apenas. Agora a pergunta que não quer calar: se o pai desta criança, ciente da decisão ora comentada, entrasse em uma farmácia e furtasse o remédio para salvar a vida do seu filho o que lhe aconteceria?

Com certeza, por ser pobre e carente, por se enquadrar na classe dos excluídos, seguramente seria imediatamente preso pela Polícia e possivelmente ficaria preso por semanas, até que o defensor nomeado pelo Juiz fizesse uma petição requerendo sua liberdade provisória. Ah, ficaria ainda mais umas semanas preso, pois a certidão de antecedentes do órgão estadual teria de ser juntada ao processo.

É esse o direito de que precisamos, é esse o modelo de direito que queremos?

Esta decisão de um Tribunal Superior, totalmente dissociada da realidade social brasileira, apenas fomenta a exclusão e a revolta da camada mais carente da população. Este é o ponto de análise para a defesa da superação da dogmática tradicional. Decisões como esta, deveriam ser alvo de intensos protestos na porta do Tribunal, deveriam estampar as manchetes dos jornais e colocar seu prolator para um amplo debate com a comunidade. Reputamos como sendo inadmissíveis decisões como esta, especialmente diante do desolador quadro social brasileiro.

Tais julgados, a despeito de possíveis sob a ótica da técnica jurídica, simplesmente ignoram a realidade social brasileira e terminam por colaborar com a inadmissível falta de eficácia de nosso ordenamento positivo. Será que estes julgadores enclausurados nos palácios da Justiça têm real conhecimento da realidade nacional, do interior do país e das mazelas da sociedade brasileira? Seriam tais julgados éticos, sob a ótica moral? Será que sabem que a grande maioria dos Estados Federados não possui Defensoria Pública regularmente estruturada e que a população carente simplesmente não tem acesso à Justiça?

3 I DA NECESSIDADE DE CONEXÃO ENTRE O DIREITO E A REALIDADE SOCIAL

Novamente retornamos ao ponto de que o instituto da “legitimidade excepcional”, conforme defendemos, seria desnecessário no Canadá ou na Suíça, mas é emergencial em países como o Brasil. Se no interior do Paraná não são raros os casos em que a população encontra-se realmente carente de acesso à Justiça, imaginemos o que se passa no interior dos Estados do norte ou nordeste. Quantas vezes ao longo da história da humanidade o que pareceu absurdo em um primeiro momento, revelou-se possível e conveniente em um segundo estágio?

Vejamos o exemplo do Estado do Paraná, que tem cerca de 12 milhões de habitante e pouco mais de 800 Promotores de Justiça em atividade. Tais números conferem uma proporção de 1 Promotor de Justiça para cada grupo de 21.000 habitantes, aproximadamente. Agora a pergunta: considerando-se as crescentes atribuições do Ministério Público e a ausência de Defensoria Pública, seja da União, do próprio Estado e dos Municípios, afigura-se como sendo razoável deixar a população carente – e somente ela – totalmente desprovida de acesso à Justiça?

Com o máximo respeito a quem pense de forma diversa, os códigos processuais e também o próprio direito se constituem em meio, jamais em fim. Não se afigura como sendo razoável que questões menores de ordem meramente processual possam impedir o acesso de um cidadão à Justiça ou mesmo que sua pretensão seja analisada pelo Judiciário. Exemplo clássico neste sentido é a questão da autoridade coatora em sede de mandado de segurança. Mesmo sabendo que a administração pública é extremamente agigantada e dotada de estrutura organizacional deveras complexa, muitos Juízes têm extinto pretensões mandamentais ao conveniente e rápido argumento de que não houve a especificação correta do polo passivo da

demandas.

Ora, segundo pensamos, o que basta é um direcionamento correto da autoridade coatora, ainda que de forma genérica. Não é razoável impor ao cidadão pleno conhecimento dos meandros do poder público, para se exigir dele uma descrição milimétrica do cargo ocupado pelo agente coator. Por outro lado, somente o erro grosseiro teria o condão de impedir a apreciação do mérito. Assim, se um diretor de uma escola estadual, por exemplo, praticou conduta abusiva, violadora de direito líquido e certo de determinado estudante, seria erro grosseiro eventual impetração contra o comandante do Corpo de Bombeiros.

Cada vez mais temos decisões de Tribunais de Justiça e de Cortes Nacionais reconhecendo, de forma categórica, a necessidade emergencial de flexibilização da dogmática tradicional em prol de uma visão mais social e humanista do direito. Os julgados do STJ acerca da possibilidade de saque do FGTS mesmo para os casos não contemplados na lei específica, mas desde que se apresentem motivos razoáveis, especialmente na seara da saúde, demonstram clara tendência de mudança de rumo na forma de se aplicar o direito.

Caso emblemático ocorrido no Estado de Santa Catarina e posteriormente julgado pelo Supremo Tribunal Federal merece detida análise e ilustra bem este “movimento de ruptura com o convencional” que vem ocorrendo silenciosamente na Justiça Brasileira⁴. Na hipótese em apreciação, o Desembargador Catarinense Sérgio Paladino, ao julgar o agravo de instrumento TJSC 97.000511-3, pronunciou-se no sentido de ser juridicamente possível imputar ao Estado a obrigação de custear tratamento experimental de uma criança portadora de distrofia muscular progressiva de Duchenne, nos Estados Unidos da América, a um custo estimado em 160.000 mil dólares americanos. Para sustentar sua decisão o Desembargador utilizou-se apenas do direito à saúde assegurado na Constituição da República e do princípio da dignidade humana, ainda que de forma discreta.

Cumpre, ainda, ressaltar que a determinação judicial para o custeio de um tratamento experimental e, portanto, sem comprovação científica de resultados positivos ao paciente, se deu em caráter de antecipação de tutela e sem a oitiva do Estado. O Estado de Santa Catarina, por sua vez, em sede recursal, alegou grave risco de comprometimento das finanças públicas, a persistir a decisão. A pretensão recursal do Estado foi fundamentada nos artigos 100 e 167, incisos I, II e VI da Constituição da República.

Quando da apreciação do recurso estatal, o STF, pelas mãos do Ministro Celso de Melo, manteve a decisão do Tribunal Estadual ao argumento de que o perigo de grave lesão às finanças do Estado – interesse secundário – jamais poderia se sobrepor ao interesse primário, vinculado ao bem maior vida e devidamente assegurado pela

4. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Agravo Regimental em Petição 1.246-1/SC*.

Constituição⁵ ⁶.

Por fim, mesmo defendendo de forma veemente a supremacia axiológica do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como valor máximo tutelado pelo ordenamento jurídico nacional, a necessidade de flexibilização da dogmática tradicional e a necessidade emergencial de uma interpretação muito mais voltada para o social, não poderíamos deixar de consignar a existência de respeitáveis opiniões em sentido contrário.

Assim, em julgados também referentes ao problema da distrofia muscular progressiva de Duchenne, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo⁷ por duas vezes sucessivas negou aos autores a possibilidade de se exigir que o Estado custeasse o referido tratamento. Nas duas hipóteses, os argumentos foram os seguintes: a) a impossibilidade de interferência de um poder em outro b) a complexidade da gestão das finanças públicas e o risco de colapso, caso o entendimento do autor viesse a prevalecer c) quebra da isonomia de tratamento com relação aos demais usuários do sistema público de saúde ao se privilegiar um único cidadão em detrimento dos demais, causando problemas orçamentários e comprometendo a gestão coletiva dos recursos.

Com efeito, apesar de respeitarmos as opiniões em sentido contrário, o que é próprio da dialética inerente ao direito, nos filiamos à corrente que preconiza a necessidade emergencial de mudança de foco por parte dos operadores do direito, de uma visão mais humanística e social quando da aplicação da norma ao caso concreto e de uma aplicação responsável, que leve em conta a realidade social brasileira. Vedar o acesso de um cidadão carente à Justiça, que muitas vezes já passou por uma verdadeira “via crucis” até conseguir bater à porta do Estado-Juiz, ao argumento de que determinada formalidade processual não foi atendida; a despeito de ser “legal”, pois se adequa ao direito positivo, não se afigura como sendo honesto e muito menos ético.

A este respeito, oportuna a lembrança ao julgamento de Nuremberg, em que os oficiais nazistas invocaram como principal argumento de defesa, o cumprimento literal do direito positivo alemão, em vigor à época. Além disso, invocaram, também, o estrito cumprimento de dever legal, na medida em que se limitaram a obedecer aos comandos vindos diretamente do Estado-Maior Nazista.

Ora, a despeito desta boa argumentação defensiva e da própria plausibilidade da tese, prevaleceu o entendimento de que as disposições de direito positivo não podem violar preceitos maiores, originários do próprio direito natural e que, inclusive, dispensam expresso reconhecimento pelo direito positivo de determinado Estado.

5. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL DEFEDRAL. Cf: RE 273.384. Relator: Min. Celso de Mello. **Revista de Direito Administrativo**, n. 222, p. 248 – 253.

6. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 2ª Câmara de Direito Público. AI nº 42.530.5/4. Relator: Des. Alves Beviláqua. Julgado em 11 nov. 1997.

7. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 9ª Câmara de Direito Público. AI nº 48.608-5/4. Relator: Des. Rui Cascaldi. Julgado em 11 fev. 1998.

Desta forma, os atentados à dignidade humana das vítimas do nazismo teve severa punição com alicerce em normas não escritas, provenientes de um direito não escrito, mas eterno, que paira sobre todo e qualquer ordenamento jurídico positivado.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Resta, portanto, patente a insuficiência do direito positivo para reger as sociedades humanas. Uma relação mais estreita com o direito natural e com seus postulados é garantia de maior equidade na aplicação das normas jurídicas e na solução das lides. Cabe, contudo, a ressalva de que a prescindibilidade de positivação de direitos fundamentais, absolutamente não retira a enorme importância de se fazer constar expressamente tais direitos nas Constituições. Particularmente, entendemos que a consagração de tais direitos fundamentais, cuja expressão máxima se materializa no princípio da dignidade humana, representa expressivo avanço no processo de consolidação da democracia e da própria inclusão social.

Há uma obra que nos despertou a atenção pelo nome, durante as diversas andanças por livrarias: Holocausto Brasileiro. Na referida obra, muito mais social do que jurídica, seu autor, um jornalista, advoga a tese de que nosso país vive um verdadeiro holocausto social, sugere o número de 65 milhões de menores abandonados, sendo 25 milhões drogados, armados e prostituídos⁸.

Tal assertiva tem por si só um grande mérito, ainda que não se possa provar a veracidade total desta forte afirmação, seguramente nos faz refletir, nos convoca à introspecção. Esta dura realidade nos remete ao tema do controle da natalidade, verdadeiro tabu neste país, já por nós rapidamente abordado. Mas uma virtude esta frase já tem. Ela “comprova” que o instituto da legitimidade excepcional é mais do que simplesmente necessário, mas emergencial. Comprova, ainda, que a inclusão social já não pode ser deixada de lado.

Neste momento, os operadores do direito são convidados a enfrentar o problema de frente já que a sociedade brasileira já não tolera mais ouvir dizer que “a culpa é do governo”. O direito tem sua parcela de responsabilidade, assim como seus operadores. Reforçamos neste momento a necessidade, já referida, de um grande pacto jurídico pela inclusão social, uma revolução silenciosa na busca por mais equidade. Judiciário, Ministério Público, Defensorias, Procuradorias Jurídicas dos entes da federação e Ordem dos Advogados do Brasil precisam somar esforços.

Não se pode mais assistir passivamente ao encarceramento de um agricultor pelo simples fato de ter cortado uma planta para fazer um chá; ou de um desempregado que furtou um pacote de macarrão no mercado da esquina e do outro lado, grandes empresas nacionais ou multinacionais promoverem grandes desastres ambientais sem que nada aconteça contra os responsáveis diretos pelos danos. Lembramos aqui as duas tragédias causadas pela empresa Vale, a primeira em Mariana/MG,

8. PRÉCOMA, Ayerton F. Holocausto brasileiro. *Correio Metropolitano*, Rio de Janeiro, 1999, p. 12.

em 2015 e a outra em janeiro de 2019, em Brumadinho, também em Minas Gerais. Nenhum diretor da empresa, a despeito da repetição da tragédia, encontra-se preso.

Conclui-se no sentido de que as Instituições Públicas que operam o direito, dentre elas Judiciário, Ministério Público, Defensorias e Procuradorias Jurídicas dos entes da federação, além da Ordem dos Advogados do Brasil devem ter em mente que o direito deve ser concebido como instrumento e não como um fim em si mesmo. As teorias discutidas nos Tribunais ou nas Universidades só têm razão de ser se puderem ser aplicadas de forma positiva na sociedade a qual estas Instituições servem e devem, necessariamente, produzir efeitos concretos em benefício das pessoas, sempre no sentido de se buscar maior solidariedade e justiça social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Segunda Turma. **REsp 684594/RS; Recurso Especial 2004/0123355-5**. Relator: Min. Castro Meira. Julgado em 27 set. 2005. Diário da Justiça, Brasília, 10 out. 2005, p. 318.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental em Petição 1.246-1/SC**.

_____. _____. Cf: RE 273.384. Relator: Min. Celso de Mello. **Revista de Direito Administrativo**, n. 222, p. 248 – 253.

DEMO, Pedro. **Introdução à metodologia da ciência**. São Paulo: Atlas, 1991.

MALISKA, Marcos A. **Pluralismo jurídico e direito moderno: notas para pensar a racionalidade jurídica na modernidade**. Curitiba: Juruá, 2006.

PRÉCOMA, Ayrton F. Holocausto brasileiro. **Correio Metropolitano**, Rio de Janeiro, 1999, p. 12.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 2ª Câmara de Direito Público. **AI nº 42.530.5/4**. Relator: Des. Alves Bevílaqua. Julgado em 11 nov. 1997.

_____. _____. 9ª Câmara de Direito Público. **AI nº 48.608-5/4**. Relator: Des. Rui Cascaldi. Julgado em 11 fev. 1998.

A SUPREMACIA AXIOLÓGICA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA NA BUSCA POR UMA SOCIEDADE MAIS SOLIDÁRIA

Márcio Pinheiro Dantas Motta

Promotor de Justiça do Estado do Paraná, desde 1996. Atualmente titular da 12a Promotoria de Justiça da Comarca de Ponta Grossa/PR. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela UEL. Mestre em Ciências Jurídicas pela UENP, campus Jacarezinho/PR. Professor de Direito Constitucional da UNISECAL, Ponta Grossa/PR.

RESUMO: Partindo-se da premissa de que o valor máximo tutelado por nossa Constituição da República é a dignidade humana, passa-se à perspectiva que mais incomoda os operadores do Direito: como superar o distanciamento abissal entre o Direito positivo idealizado pelo Estado e em plena vigência e sua aplicação e produção de efeitos práticos? A Lei de Execução Penal, por exemplo, está efetivamente em vigor ou seria obra de ficção científica? Sim, pois seus preceitos vêm sendo reiteradamente descumpridos pelo Estado e nada muda. Utilizando-se da visão de Direito enquanto instrumento de promoção de solidariedade e de Justiça social novas perspectivas são lançadas, em especial na forma de se interpretar e aplicar os princípios constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: Supremacia Axiológica; Princípios Constitucionais; Dignidade Humana; Justiça Social.

THE AXIOLOGICAL SUPREMACY OF THE PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY IN SEARCHING FOR A MORE SOLIDARITY SOCIETY

ABSTRACT: Starting from the premise that the maximum value protected by our Constitution of the Republic is human dignity, we pass to the perspective that most annoys the operators of the Law: how to overcome the abyssal distance between the positive law idealized by the State and in full force and its application and production of practical effects? Is the Criminal Enforcement Act, for example, effectively enforceable or would it be a science fiction play? Yes, because its precepts have been repeatedly violated by the State and nothing changes. Using the vision of Law as an instrument to promote solidarity and social justice, new perspectives are launched, especially in the way of interpreting and applying the constitutional principles.

KEY-WORDS: Axiological Supremacy; Constitutional Principles; Human Dignity; Social Justice.

1 | INTRODUÇÃO

Inicialmente, imprescindível uma análise evolutiva da normatividade dos princípios jurídicos no direito brasileiro. Em uma primeira

etapa, a noção de princípio era muito condicionada a uma visão quase que metafísica, proveniente diretamente do direito natural. Prevalecia a ideia de excessiva abstração e de transcendência em relação às leis em vigor; estas sim, vistas como sendo o direito real e concreto. Esta postura de generalidade e de conteúdo vago dos princípios causou uma ideia de prescindibilidade, de desnecessidade, de uma visão arraigada de mera suplência em relação à legislação positivada. Diante deste contexto, o positivismo jurídico tinha todas as condições para prosperar, como de fato aconteceu.

No período subsequente estabelece-se a primazia do formalismo jurídico, em que a lei formalmente considerada ocupa lugar de destaque. E é exatamente neste momento que os princípios ingressam nos códigos como meros auxiliares, com nítido caráter de suplência em casos de vácuos legislativos. Nesta época os princípios eram vistos com muito descrédito, eis que eram associados a um ideal inócuo e, porque não, até mesmo sem sentido. Eram tidos como sendo incompatíveis com a tão almejada “segurança jurídica”.

A terceira fase é o atual momento contemporâneo, em que prevalece o chamado “pós-positivismo”, influenciado por uma série de acontecimentos históricos recentes e pela noção crescente de que o direito positivo, por si só, não vem sendo suficiente para solucionar as demandas cada vez mais complexas de um mundo globalizado e em constante modificação. Inúmeras constituições do ocidente alcançam postulados principiológicos à categoria de valores fundamentais e norteadores do próprio sistema jurídico. Neste momento histórico, grandes pensadores se destacam, dentre eles Dworkin¹, Alexy² e Crisafulli³, contribuindo sobremaneira para a difusão da normatividade dos princípios.

Neste particular, oportuna a reprodução da mensagem de Dworkin, quando coloca que a discussão ética ou moral de dispositivos constitucionais jamais deveria causar constrangimentos aos juristas; vejamos:

É claro que a leitura moral encoraja advogados e juízes a lerem uma constituição abstrata à luz do que eles consideram justo. De que outra forma eles poderiam responder às questões morais que a constituição abstrata lhes formula? Não é surpresa, ou ocasião para constrangimentos ou suspeições, que uma teoria constitucional reflete uma instância moral. Seria ocasião para surpresa – e para o ridículo – se fosse diferente. Somente uma forma de positivismo jurídico inacreditavelmente rude – uma forma abdicada pelo mais importante positivista deste século – poderia produzir aquele tipo de isolamento. O texto e sua integridade realmente atuam como limites importantes, como eu tenho enfatizado ao longo dessa discussão. Mas embora esses limites moldem e limitem o impacto das convicções acerca de justiça, eles não podem eliminar o próprio impacto. A leitura moral insiste, entretanto, que essa influência não é vexatória, desde que seja abertamente reconhecida, e desde que as convicções sejam identificadas e defendidas honestamente, quero dizer com argumentos principiológicos

1. DWORKIN, Ronald. **Freedom's law**: the moral reading of the american constitution. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996.

2. ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

3. CRISAFULLI, Vesi. **La constituzione e le sue disposizioni di principio**. Milano: Giuffrè, 1952.

apropriados, não apenas esquálidos slogans ou metáforas repetitivas.⁴

Desta forma e voltando-se o foco especificamente para o direito brasileiro, pode-se perceber que os princípios não vêm tendo, ao longo da evolução do direito nacional, a devida importância sistêmica que de fato possuem. A antiga lei de introdução ao Código Civil, em seu artigo 4º e o Código de Processo Civil, em seu artigo 126, causaram uma espécie de “vício coletivo” na seara jurídica, ao sugerirem ao intérprete menos avisado que os princípios possuem caráter subsidiário e complementar à legislação ordinária.

Esta noção, muito arraigada pelo passar dos anos, gerou uma visão absolutamente equivocada com relação ao verdadeiro lugar dos princípios no sistema jurídico. Uma das propostas deste trabalho é demonstrar, tecnicamente, a verdadeira posição dos princípios e os efeitos que decorrem desta mudança de foco. Rizzato Nunes, em obra escrita a respeito do tema, confirma categoricamente este vício de interpretação presente de longa data do direito brasileiro:

É que, em função do que restou prescrito e da prática interpretativo-integrativa implementadas por tais regras, a doutrina e a jurisprudência ficaram com a noção de que a aplicação do princípio é hierarquicamente inferior à analogia e aos costumes jurídicos, bem como que eles incidem apenas na lacuna, cuja colmatação é regulada por estes dispositivos (LICC, 4º e CPC, 126).⁵

Tanto a Lei de Introdução ao Código Civil quanto o Código de Processo Civil são legislações infraconstitucionais e devem guardar sintonia com os mandamentos decorrentes da Constituição da República, que ocupa o vértice de nosso sistema jurídico. A Carta Magna está alicerçada em princípios que norteiam todo o sistema jurídico. Neste sentido, qualquer norma hierarquicamente inferior deve guardar sintonia com os postulados constitucionais, sob pena de serem declaradas inconstitucionais. Com relação às leis que já existiam antes da Constituição superveniente, incide o fenômeno da recepção, segundo a qual o intérprete analisa a compatibilidade delas com a nova ordem constitucional, mantendo-as ou retirando-as do sistema, naquele caso concreto.

Pode-se perceber que, para o bom funcionamento do sistema jurídico, é imprescindível o respeito à hierarquia normativa. Assim, todo e qualquer ato de interpretação deve ter início pela Constituição, que condicionará a validade de todas as normas jurídicas inferiores, permitindo que o sistema funcione em plena sintonia. Outro ponto que merece destaque é o de que a Constituição está assentada em princípios, escritos ou não, que em função de seu alto grau de generalidade e abstração, ocupam posição máxima no universo jurídico, vinculando não somente normas inferiores, mas também as próprias normas constitucionais.

A distinção apresentada por Robert Alexy, entre princípios e regras, auxilia a

4. DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: the moral reading of the american constitution*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996, p. 37.

5. NUNES, Luiz A. R. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 22.

compreensão e vale a pena ser reproduzida:

Segundo a definição standart da teoria dos princípios, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão ampla quanto possível que relativamente a possibilidades fáticas ou jurídicas. Princípios são, portanto, mandamentos de otimização. Como tais, eles podem ser preenchidos em graus distintos. Bem diferentes estão as coisas nas regras. Regras são normas que, sempre, ou só podem ser cumpridas ou não cumpridas. Se uma regra vale, é ordenado fazer exatamente aquilo que ela pede, não mais e não menos. Regras contêm, com isso, mandamentos definitivos. A forma de aplicação de regras não é a ponderação, senão a subsunção.⁶

Geraldo Ataliba colabora para esclarecer a real importância dos princípios no sistema jurídico:

[...] princípios são linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos). Eles expressam a substância última do querer popular, seus objetivos e desígnios, as linhas mestras da legislação, da administração e da jurisdição. Por estas não podem ser contrariados; têm que ser prestigiados até as últimas consequências.⁷

Celso Ribeiro Bastos, complementando a dimensão que se deve conferir aos princípios conclui:

Os princípios fundamentais são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica. Isto só é possível na medida em que estes não objetivam regular situações específicas, mas sim desejam lançar a sua força sobre todo o mundo jurídico. Alcançam os princípios essa meta à proporção que perdem o seu caráter de precisão de conteúdo, isto é, conforme vão perdendo densidade semântica, eles ascendem a uma posição que lhes permite sobressair, pairando sobre uma área muito mais ampla do que uma norma estabelecida de preceitos. Portanto, o que o princípio perde em carga normativa ganha como força valorativa a espalhar-se por cima de um sem-número de outras normas.⁸

2 | OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A PRODUÇÃO JURÍDICA DE EFEITOS CONCRETOS

Depreende-se, de tudo o que foi dito, que o princípio é a estrela máxima do universo ético-jurídico e, portanto, tem o condão de influenciar na interpretação e na aplicação de todas as normas jurídicas positivadas. Ocupa a hierarquia máxima em termos da hermenêutica jurídica e situa-se no ápice do sistema jurídico, irradiando sua luz por todo o ordenamento. Contudo, a despeito de pairar por cima do sistema jurídico, como se estivesse “gravitando” em um universo de generalidade e abstração, por condicionar a aplicação de normas jurídicas, acaba incidindo no plano real e

6. ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, 1999, p. 67 – 79.

7. ATALIBA, Geraldo *apud* NUNES, Luiz A. R. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 38..

8. BASTOS, Celso R. *apud* NUNES, Luiz A. R. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 39.

atingindo a concretude.

Contemporaneamente, com a evolução do direito constitucional e com sua abertura sistêmica, um novo enfoque passou a ser conferido aos princípios, eis que eles têm, cada vez mais, abandonado aquela postura de subsidiariedade que lhes foi equivocadamente atribuída e “saltado” dos códigos e legislações infraconstitucionais, diretamente para a Constituição, local em que se tornam alicerce e fundamento de toda a ordem jurídica, servindo especificamente como vetores interpretativos.

Desta forma e partindo-se destas premissas, temos que o principal valor tutelado pela Constituição da República é, sem qualquer dúvida, a dignidade humana; que serve, inclusive de valor condicionante para a validade e a eficácia de princípios inferiores e de toda a legislação infraconstitucional, em nítida posição de supremacia axiológica. Possui, verdadeiramente a natureza de super-princípio e, portanto, deve se constituir no principal ponto de análise do hermeneuta ou do operador do direito, logo ao iniciar a busca pelo sentido e alcance de determinada norma jurídica.

O princípio da dignidade da pessoa humana, atualmente, está consagrado na Constituição da República no artigo 1º, inciso III, em verdadeira posição de destaque, eis que o poder constituinte originário o alçou à condição jamais vista em nosso direito positivo, de fundamento da República.

Neste particular, nenhum ato de interpretação pode desconsiderar a dignidade humana enquanto valor supremo da Constituição da República. Rizzato Nunes confirma esta visão ao discorrer acerca da dignidade humana:

Aliás, é um verdadeiro supra princípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais. E por isso não pode o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ser desconsiderado em nenhum ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas.⁹

Cleber Francisco Alves, em sua obra, assim pondera:

O dinamismo de uma cultura dita pós-moderna, onde se sucedem avanços tecnológicos e mudanças contínuas e imprevisíveis no cotidiano dos povos, nesse limiar do terceiro milênio, tem exigido das instituições jurídico-políticas uma versatilidade e aptidão para adaptar-se a novas realidades que não condizem com as noções rígidas e fechadas inerentes ao conceito tradicional de Constituição. Esse fenômeno reforça uma propensão à proeminência de uma principiologia constitucional onde a normatividade supralegal dos princípios fundamentais estruturantes é compatibilizada com a fraca densidade referente aos seus efeitos e condições de aplicação. Com isso, permite-se uma abertura constitucional adaptável às realidades difusas e complexas das sociedades contemporâneas, marcadas por um traço acentuado de pluralismo cultural e político.¹⁰

Fladimir Jerônimo Belinati Martins, autor de obra a respeito do tema e na mesma linha de posicionamento, disserta:

A dignidade da pessoa humana, enquanto valor fonte do sistema constitucional condiciona a interpretação e aplicação de todo o texto, conferindo unidade

9. NUNES, Luiz A. R. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência.** São Paulo: Saraiva, 2002. p. 51.

10. ALVES, Cleber F. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana:** o enfoque da doutrina social da igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 67 – 68.

axiológico-normativa aos diversos dispositivos constitucionais, que muitas vezes se encontram sem relação aparente e até mesmo em franca contradição.

Assim, o expresso reconhecimento da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz, em parte, a pretensão constitucional de transformá-lo em um parâmetro objetivo de harmonização dos diversos dispositivos constitucionais (e de todo o sistema jurídico), obrigando o intérprete a buscar uma concordância prática entre eles, na qual o valor acolhido no princípio, sem desprezar os demais valores constitucionais, seja efetivamente preservado. Por óbvio que a dignidade não será o único parâmetro, mas, sem dúvida alguma, por força de sua proeminência axiológica, será o principal.

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana cumpre um relevante papel na hierarquia constitucional: o de fonte jurídico-positiva de direitos fundamentais. Aquele princípio é o que dá unidade e coerência ao conjunto dos direitos fundamentais. [...] Ademais, aquele princípio funcionará como uma cláusula aberta no sentido de respaldar o surgimento de direitos novos não expressos na Constituição de 1988, mas nela implícitos, seja em decorrência do regime e princípios por ela adotados, ou em virtude de tratados em que o Brasil seja parte, reforçando, assim, o disposto no artigo 5º, parágrafo 2º. Estreitamente relacionada com esta função pode-se mencionar a dignidade da pessoa humana como critério interpretativo do inteiro ordenamento constitucional.¹¹

Seguindo esta mesma postura intelectual, Ingo Wolfgang Sarlet leciona:

Num primeiro momento – convém frisá-lo –, a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o artigo 1º, inciso III, de nossa lei fundamental não contém apenas uma declaração de conteúdo ético e moral, mas que constitui norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude, de status constitucional formal e material e, como tal, inequivocamente carregado de eficácia, alcançando, portanto, a condição de valor jurídico fundamental da comunidade. Importa considerar, neste contexto, que, na sua qualidade de princípio e valor fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui – de acordo com a preciosa lição de Judith Martins-Costa, autêntico, “valor fonte que anima e justifica a própria existência de um ordenamento jurídico”, razão pela qual, para muitos, se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa.¹²

Otávio Henrique Martins Port também se posiciona de forma segura na mesma linha acima exposta, vejamos:

O conteúdo mínimo ou núcleo essencial dos direitos fundamentais é, conforme assevera a melhor doutrina, a dignidade da pessoa humana. Esta é o denominador comum de todos os direitos fundamentais, ao qual todos eles podem ser reduzidos. Ou seja, a dignidade da pessoa humana é um princípio de natureza absoluta, devendo ser preservada e respeitada por todos, constituindo o piso mínimo ao qual estão inexoravelmente adstritos todos os direitos fundamentais. A pessoa deve ser vista como fundamento primeiro e último do Estado, conferindo a dignidade da pessoa humana uma unidade de sentido e de valor aos direitos fundamentais.¹³

Resta patente, portanto, que a melhor doutrina contemporânea consagra a

11. MARTINS, Fladimir J. B. **Dignidade da pessoa humana**: princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2003, p. 62 *et. seq.*

12. SARLET, Ingo W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 70.

13. PORT, Otávio H. M. **Os direitos sociais e econômicos e a discricionariedade da administração pública**. São Paulo: RCS, 2005, p. 30.

dignidade humana como valor máximo do sistema jurídico nacional, plenamente dotado de eficácia normativa e dispensado de qualquer outro requisito para que possa ser aplicada imediatamente às questões concretas.

Neste sentido, muda-se também o foco do ordenamento jurídico na exata medida em que o homem, enquanto ser dotado de dignidade excelsa passa a ser o fim do direito. É o Estado que existe para o homem e não o contrário. A promoção da dignidade torna-se, então, prioridade para todo o Poder Público e seus órgãos.

3 I CONSIDERAÇÕES FINAIS: O DIREITO ENQUANTO PROMOTOR DA SOLIDARIEDADE E DA JUSTIÇA SOCIAL

O reconhecimento de superioridade axiológica do princípio pela doutrina e a positivação do princípio em lugar de reconhecido destaque na Constituição não exaurem a problemática inerente à dignidade humana. O principal desafio, a partir deste reconhecimento doutrinário, seguramente será a efetiva implementação de meios jurídicos capazes de auxiliar a proposta de equidade e inclusão social.

Norberto Bobbio, em sua obra “A Era dos Direitos”, coloca com precisão a grande dificuldade de se efetivar os direitos fundamentais:

Deve-se recordar que o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os países contra os direitos do homem, particularmente contra os direitos sociais, não é a sua falta de fundamento, mas sua inexequibilidade. Quando se trata de enunciá-los, o acordo é obtido com relativa facilidade, independentemente do maior ou menor poder de convicção de seu fundamento absoluto; quando se trata de passar à ação, ainda que o fundamento seja inquestionável, começam as reservas e as oposições. O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político. [...] Essa crise dos fundamentos é também um aspecto da crise da filosofia.

A Declaração Universal representa a consciência histórica que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX. É uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro: mas suas tábuas não foram gravadas de uma vez para sempre. Quero dizer, com isso, que a comunidade internacional se encontra hoje diante não só do problema de fornecer garantias válidas para aqueles direitos, mas também de aperfeiçoar continuamente o conteúdo da Declaração, articulando-o, especificando-o, atualizando-o de modo a não deixá-lo cristalizar-se e enrijecer-se em fórmulas tanto mais solenes quanto vazias.¹⁴

Neste contexto, a concepção de supremacia axiológica do princípio da dignidade da pessoa humana, a despeito de já estar consagrada na doutrina, ainda representa intenso desafio para os operadores do direito. Simplesmente assegurar direitos ou estampar formalmente princípios na Constituição já não basta. É preciso uma revolução no pensamento jurídico, em que a premissa básica é a dignidade do ser humano.

Esta dignidade não deve ser concebida como valor distante e abstrato, quase

14. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24; 34.

que inatingível, mas sim por metas concretas, a serem exigidas do Estado e da sociedade civil organizada, em prol da construção de uma sociedade mais justa. Esta busca se inicia como um processo, lento e gradativo, mas constante. Um pacto pela inclusão social deve unir os poderes constituintes, especialmente Judiciário, Ministério Público, Advocacia Geral da União, a Procuradoria-Geral dos Estados e Ordem dos Advogados do Brasil, na efetiva minimização da desigualdade social, hoje tão intensa no Brasil.

Clémerson Merlin Cléve, demonstrando plena percepção da necessidade de mudança de foco e do verdadeiro exaurimento do sistema jurídico tradicional, assim se pronunciou acerca do que a sociedade brasileira espera do Judiciário:

A Constituição de 1988 reclama um judiciário vinculado às diretrizes e às diretrizes materiais da Constituição, um judiciário ativista, voltado para a plena realização dos comandos constitucionais e para compensar as desigualdades e o descuido da sociedade brasileira para com a dignidade da pessoa humana, diz que isso não resultaria o judiciário atuar como legislador, nem que deva se substituir à atividade do administrador, mas sim que a Constituição Federal exige um novo tipo de juiz, não apenas apegado aos esquemas da racionalidade formal e, por isso, muitas vezes, simples guardião do *status quo*.¹⁵

Nosso pensamento encontra também respaldo nas conclusões de Suzana de Toledo Barros, que reconhece, de forma categórica em sua obra, a necessidade de se conferir efetividade ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. A referida doutrinadora defende que este “núcleo mínimo ou essencial” dos direitos fundamentais vincula o legislador e torna-se passível de ser exigido perante a Administração Pública e o Judiciário:

Quando o legislador constituinte atribuiu aos direitos fundamentais uma aplicabilidade imediata quis evidenciar que eles possuem uma configuração mínima, a ser haurida na própria Constituição, que vincula o legislador, ao mesmo tempo em que pode ser invocável perante a Administração e o Judiciário. Os direitos fundamentais funcionam, portanto, como limites de atuação legiferante, ao mesmo tempo em que impõem ao legislador a tarefa de realizá-los.¹⁶

Assim, novas ideias representam o rompimento de paradigmas. Os poderes da República vêm utilizando o direito de forma mecânica e dogmática há séculos. Neste sentido, as ideias defendidas pela doutrina contemporânea, de direito constitucional, representam uma nova visão; um desafio na busca pela efetividade dos direitos fundamentais e na disseminação da igualdade de oportunidades. Esta modificação de pensamento não ocorre num passe de mágica, a mudança é lenta e gradual; todavia, este processo de transformação já começou e é irreversível. O foco deste novo modelo de direito seguramente é a inclusão social e a meta, a igualdade de oportunidades a todos.

15. CLÉVE, Clémerson M. **A teoria constitucional e o direito alternativo:** para uma dogmática constitucional emancipatória. São Paulo: RT, 1995, p. 28.

16. BARROS, Suzana de T. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.** Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2003, p. 147.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- _____. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, 1999, p. 67 – 79.
- ALVES, Cleber F. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: o enfoque da doutrina social da igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BARROS, Suzana de T. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2003.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CLÉVE, Clémerson M. **A teoria constitucional e o direito alternativo**: para uma dogmática constitucional emancipatória. São Paulo: RT, 1995.
- CRISAFULLI, Vesio. **La constituzione e le sue disposizioni di principio**. Milano: Giuffré, 1952.
- DWORKIN, Ronald. **Freedom's law**: the moral reading of the american constitution. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996.
- MARTINS, Fladimir J. B. **Dignidade da pessoa humana**: princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2003.
- NUNES, Luiz A. R. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.
- PORT, Otávio H. M. **Os direitos sociais e econômicos e a discricionariedade da administração pública**. São Paulo: RCS, 2005.
- SARLET, Ingo W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

A EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS NO CURRÍCULO ESCOLAR: DOS DOCUMENTOS OFICIAIS ÀS PRÁTICAS PEDAGÓGICAS.

Maria Perpétua Teles Monteiro

Universidade de Pernambuco – UPE – Campus
Mata Norte mperpetuutm@gmail.com

RESUMO: Os desafios que se apresentam à Educação em Direitos Humanos (EDH) são muitos, podendo ir desde questões teóricas conceituais a ações de implementação e materialização nos projetos institucionais e nos currículos escolares. As Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos (DNEDH/2012), entre o arcabouço legal, no Brasil, estabelece a EDH como um dos eixos fundamentais do direito à educação. No Estado de Pernambuco, a implementação da EDH no currículo se deu de forma diferenciada na rede pública estadual de ensino: nas escolas regulares, de modo transversal, e, nas escolas integrais, de modo misto, combinando disciplinaridade e transversalidade. Estet trabalho versa sobre as formas da inserção da Educação em Direitos Humanos no currículo escolar. Seu objeto demanda a discussão sobre a EDH, no qual se destacam estudos sobre o processo de implementação por meio de políticas públicas e sobre a importância da organização curricular. O recorte aqui apresentado considera o contexto da Educação em Direitos Humanos, a partir da prática pedagógica de uma escola de ensino médio integral, localizada no município

de Garanhuns, em Pernambuco em que se considerou atividades que evidenciam a intencionalidade e sistematização – por uso de termos ou pelo caráter da ação – para vivência da Educação em Direitos Humanos conforme orientações do Plano Nacional de Educação em Direitos em que as práticas pedagógicas sejam permeadas pelos valores e princípios dos direitos humanos e estimulem posturas condizentes com o respeito à dignidade humana. Reflete acerca da importância da diversificação e flexibilidade nas orientações dos documentos legais como um mecanismo capaz de favorecer a efetivação do princípio da globalidade que se reflete na participação e envolvimento de toda comunidade escolar e destaca o papel da escola para a efetivação de uma educação inovadora, promotora da igualdade de oportunidades, da solidariedade, do respeito à diversidade e não discriminação, portanto, da Educação em Direitos Humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Educação em Direitos Humanos. Currículo. Práticas educativas.

INTRODUÇÃO

Há algumas décadas, a preocupação com a Educação em Direitos Humanos (EDH) tem se tornado uma temática recorrente, no cenário internacional e nacional, visto o

contexto de políticas neoliberais, de indicadores de acentuada desigualdade social, de discriminação e exclusão de determinados grupos e de apatia social de outros. Entre crises, tensões, contradições e conflitos emerge a busca por caminhos que favoreçam os processos de democratização e afirmação dos direitos fundamentais de cada pessoa e grupos socioculturais na perspectiva da construção de uma sociedade mais justa.

Em 1999, a pesquisa promovida no continente latino-americano pelo Instituto Interamericano de Direitos Humanos (IIDH), da Costa Rica, mostrou um balanço sobre o desenvolvimento da Educação em Direitos Humanos, nos anos 1990, na América Latina. A pesquisa apontou alguns rumos da EDH: relacionada, inicialmente, à busca de seu sentido na transição modernidade/pós-modernidade e no contexto de democracias de “baixa intensidade” e de hegemonia neoliberal, já nos anos 1980, introduzida como um componente orientado ao fortalecimento dos regimes democráticos; e na década de 1990, marcada por uma grande entrada dos governos na promoção da Educação em Direitos Humanos.

Esses momentos são percebidos nas discussões sobre EDH, no Brasil, em que essa vem tomado forma tanto no âmbito das organizações da sociedade civil, quanto no âmbito das políticas públicas. Nesse contexto, a implementação, em 2006, do Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH) e a homologação, em 2012, das Diretrizes Curriculares Nacionais para Educação em Direitos Humanos (DCNEDH) têm exercido uma função fundamental de orientação, estímulo, apoio e viabilização de diferentes ações.

Nesse percurso, o Estado de Pernambuco, a partir de 2007, criou, pelo decreto 30.362, a Gerência de Políticas de Educação em Direitos Humanos, Diversidade e Cidadania (GEDH) (Atualmente, denominada Gerência de Políticas Educacionais de Educação Inclusiva, Direitos Humanos e Cidadania (GEIDH)). A Gerência assumiu a responsabilidade de fomentar os conteúdos e princípios da educação como direito humano e da Educação em Direitos Humanos, em articulação com as demais gerências de ensino, nos níveis e modalidades da educação básica da rede estadual. Um ano depois, foi implantada a Matriz Curricular Diversificada, incluindo a temática Direitos Humanos na rede, e, em 2011, nas escolas integrais, foi implantada a Educação em Direitos Humanos como componente curricular.

Diante dessa realidade, a escola vive o movimento de pensar ações para efetivar a EDH, no sentido do atendimento às expectativas de aprendizagens dos educandos frente aos reclames sociais e aos documentos oficiais que a norteiam enquanto tema transversal componente curricular e/ou em forma mista. Sob essa perspectiva, este trabalho versa sobre a inserção da Educação em Direitos Humanos como componente curricular, propondo-se discutir seus reflexos na prática pedagógica.

Para fundamentar o processo metodológico, optou-se pela abordagem qualitativa, utilizando a análise de conteúdo. O recorte aqui apresentado considera atividades da prática educativa de uma escola do ensino médio integral e baseia-se

na literatura da área e análise documental de orientações pedagógicas para EDH – PE.

DA EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

Em um momento em que a cidadania enfrenta novos desafios, busca novos espaços de atuação e abre novas áreas por meio das grandes transformações pelas quais passa o mundo contemporâneo, é importante ter o conhecimento de realidades que significaram e ainda significam passos relevantes no sentido da garantia de um futuro melhor para todos.

O direito à educação é um desses espaços sociais e políticos que não perdeu – e nem perderá – sua atualidade (CURY, 2010), uma vez que a educação constitui um pré-requisito para o exercício dos demais direitos que compõe a cidadania e, por essa razão, ela é considerada até mais do que um direito social, formando a própria estrutura da democracia.

Por outro lado, há, no Brasil, uma depreciação dos interesses sociais perante os individuais, o que muito explica o processo de consolidação tardio dos direitos sociais incluindo, entre eles, o direito à educação. Contudo, apesar de ser lenta a evolução dos direitos sociais na história brasileira, esses direitos ganharam lugar de destaque na Constituição Brasileira de 1988.

O Brasil, historicamente, marcado por um longo período de escravidão, por períodos alternados de ditadura e por comportamentos sociais que expressam uma cultura de violências e negação de direitos, não podia deixar de ter, enquanto Estado Democrático de Direito, a preocupação com as constantes violações dos direitos humanos e com o desenvolvimento de políticas ao seu enfrentamento, bem como, a de formar uma cidadania comprometida com o respeito à dignidade humana e defesa da vida.

Não muito distante, há algumas décadas, a preocupação com a Educação em Direitos Humanos começou a se tornar uma temática recorrente, no cenário internacional e nacional, visto o contexto de políticas neoliberais, de indicadores de acentuada desigualdade social, de discriminação e de exclusão. Entre crises, tensões, avanços e recuos, dissensos e consensos, emerge a busca por caminhos que favoreçam os processos de democratização e afirmação dos direitos fundamentais de cada pessoa e grupos socioculturais e que apontem para a afirmação de uma cultura dos direitos humanos.

Têm-se, pois, uma estreita relação entre o papel da educação, dos direitos humanos e da Educação em Direitos Humanos: a educação, direito humano fundamental, entendida como o caminho para qualquer mudança social que se deseje realizar dentro de um processo democrático e EDH, por sua vez, que possibilita sensibilizar e conscientizar as pessoas para a importância do respeito ao

ser humano, apresentando-se na atualidade, como uma ferramenta fundamental na construção da formação cidadã, assim como na afirmação de tais direitos.

Segundo Benevides (2000, s/p):

a Educação em Direitos Humanos parte de três pontos essenciais: primeiro, é uma educação de natureza permanente, continuada e global. Segundo, é uma educação necessariamente voltada para a mudança, e terceiro, é uma inculcação de valores, para atingir corações e mentes e não apenas instrução, meramente transmissora de conhecimentos.

Diante desse posicionamento, podemos inferir que há um reclame por uma educação que possibilite a mudança do quadro em que a humanidade se encontra e que esta educação é uma ação deliberada por uma humanidade que se repensa e que propõe para si valores universais, valores esses que não desconsiderem as diferenças e para respeitá-las necessitam ser apreendidos pela vivência e pelo ato educativo intencional.

Benevides ainda aponta como deve se dar esse aprendizado e quais são esses valores universais:

Em primeiro lugar, o aprendizado deve estar ligado à vivência do valor da igualdade em dignidade e direitos para todos e deve propiciar o desenvolvimento de sentimentos e atitudes de cooperação e solidariedade. Ao mesmo tempo, a educação para a tolerância se impõe como um valor ativo vinculado à solidariedade e não apenas como tolerância passiva da mera aceitação do outro, com o qual se pode não estar solidário. Em seguida, o aprendizado deve levar ao desenvolvimento da capacidade de se perceber as consequências pessoais e sociais de cada escolha. Ou seja, deve levar ao senso de responsabilidade. Esse processo educativo deve, ainda, visar à formação do cidadão participante, crítico, responsável e comprometido com a mudança daquelas práticas e condições da sociedade que violam ou negam os direitos humanos. Mais ainda, deve visar à formação de personalidades autônomas, intelectual e afetivamente, sujeitos de deveres e de direitos, capazes de julgar, escolher, tomar decisões, serem responsáveis e prontos para exigir que não apenas seus direitos, mas também os direitos dos outros sejam respeitados e cumpridos (BENEVIDES, 2000, s/p).

Sob essa perspectiva, temos que a ideia em EDH não pode partir de uma visão homogênea de sociedade, visto que essa se presta a, também, questionar e enfrentar suas próprias contradições e conflitos – postura essa que só será possível no exercício da crítica e da democracia, já que os valores democráticos estão profundamente vinculados ao conjunto dos direitos humanos, que se resumem na dignidade humana, no valor da igualdade, da liberdade e da solidariedade.

Sendo a Educação em Direitos Humanos um campo de conhecimento e uma prática recente, se constitui em uma área na que se apresenta um amplo leque de possibilidades, já que se propõe a educar na tolerância e na valorização da dignidade da pessoa. Por meio da EDH, é possível contribuir para reverter as injustificadas diferenciações sociais, no País, e criar uma nova cultura a partir do entendimento de que toda e qualquer pessoa deve ser respeitada em razão da dignidade que lhe é inerente.

Em um processo que emergiu com força na segunda metade dos anos 1980,

veio se desenvolvendo a Educação em Direitos Humanos no Brasil, por meio de diferentes etapas e íntima articulação com os diversos contextos político-sociais enfrentados pelo País. É nesse cenário que discussões vêm tomando forma tanto no âmbito das organizações da sociedade civil, quanto no das políticas públicas, tornando-se a EDH uma preocupação no pensamento educacional e no currículo escolar.

O lançamento do Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH), em suas versões em 2003 e em 2006 (revisada e ampliada), tem exercido uma função fundamental de orientação, estímulo, apoio e viabilização a diferentes ações educativas em âmbito não formal e formal. Apoiado e apoiando documentos e acordos internacionais e nacionais, entre os quais constam: a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Constituição Federal do Brasil (1988), a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (1996), o Programa Mundial de Educação em Direitos Humanos (1^a e 2^a Fases), o Programa Nacional de Direitos Humanos (III versão – 2008, com revisão da I e II versões) e as Diretrizes Curriculares para Educação em Direitos Humanos (2012), o PNEDH resultou do trabalho de órgãos do governo e de vários segmentos da sociedade civil e vem se destacando como política pública em dois sentidos. O primeiro, consolidando uma proposta de projeto de sociedade baseada nos princípios da democracia, cidadania e justiça social; enquanto o segundo reforça um instrumento de construção de uma cultura de direitos humanos, entendida como um processo a ser aprendido e vivenciado na perspectiva da cidadania ativa (PNEDH, 2006).

Assim, no Estado de Pernambuco, a partir de 2007, criou-se, pelo decreto 30.362, a GEDH, setor que, vinculado à Secretaria de Educação, assumiu a responsabilidade de fomentar os conteúdos e princípios da educação como direito humano e da Educação em Direitos Humanos, em articulação com as demais gerências de ensino, nos níveis e modalidades da educação básica da rede estadual. Um ano depois, foi implantada a Matriz Curricular Diversificada, inserindo a temática de direitos humanos como conteúdo, podendo as escolas, entre quatro componentes curriculares, optar pelo de Direitos Humanos e Cidadania (TAVARES, 2013). Em 2011, foi implantada, nas escolas de referência, a Educação em Direitos Humanos como componente curricular (DUTRA, 2014).

Frente à implementação da EDH nas escolas de referência em ensino médio de Pernambuco, os professores vivem o desafio de vivenciar ações para materializá-la, buscando caminhos para garantir sua efetivação nos planos, projetos e vivências na escola, considerando sua realidade e especificidade. Silva e Tavares (2013, p. 50), ao tratarem da Educação em Direitos Humanos no País, iniciam por afirmar ser essa “uma exigência para que possamos ter uma formação mais humanizada das pessoas e o fortalecimento dos regimes democráticos na sociedade”.

Nesse sentido, Candau e Sacavino (2009) destacam a importância de enfatizar como a formação cultural do povo brasileiro foi se construindo de forma a influir nas

subjetividades, nas maneiras de pensar e de agir das pessoas. Uma cultura em que vai se forjando preconceitos, discriminações e diferentes formas de práticas de violações, cuja formação é calcada em raízes de tradição escravocrata, de submissão, de autoritarismos, de país colonizado com grandes contrastes sociais, econômicos e educacionais e com práticas sistemáticas de respeito ao ser humano na sua condição de sujeito.

Ainda situam o percurso histórico da Educação em Direitos Humanos no Brasil em quatro fases de desenvolvimento: a Educação em Direitos Humanos como resistência e luta contra a ditadura militar; a Educação em Direitos Humanos e (re) democratização do País; a década dos noventa, com ênfase na formulação de políticas públicas e na formação de educadores em direitos humanos; e a década atual, com destaque para as parcerias entre o governo e as organizações da sociedade civil na expansão e implementação de diferentes iniciativas.

A Educação em Direitos Humanos como resistência e luta contra a ditadura corresponde às décadas de 1960 e 1970, a qual ocorria na clandestinidade, de forma espontânea e com base no senso comum denominada pela professora Aída Monteiro como fase de ativismo político.

Parece-nos que nessa fase, de grande importância, a Educação em Direitos Humanos apresenta um caráter incipiente. Sua preocupação básica era a denúncia e proteção desses direitos, fundamentalmente das vítimas de repressão, tortura e outras violações provocadas pelo governo ditatorial e autoritário. Falar de educação em/para os direitos humanos significa reconhecer a existência de intencionalidade, princípios, fundamentos teóricos-metodológicos, práticas que se configuraram, que, a nosso juízo, ainda não existiam nesse período e que começam a ser configuradas a partir da segunda metade dos anos de 1980 no Brasil e em outros países da latinos americanos (CANDAU; SACAVINO, 2009, p. 69).

Alguns movimentos que tiveram destaque nesse processo foi o Movimento Nacional de Direitos Humanos (MNDH), criado em 1982; a participação da Ala progressista da Igreja Católica; da Associação Brasileira para o Progresso da Ciência; o Movimento Tortura Nunca Mais e de organizações da sociedade científica. Já no final dos anos 1980, com o início da abertura política e a chegada dos governos por meio de eleições diretas, novas experiências educacionais começaram a ser construídas, principalmente, sob a influência do pensamento de Paulo Freire, com ênfase no livro “Pedagogias do Oprimido”, de 1968. Dessa forma, a década marcou os primeiros embriões como preocupação de introduzir conteúdos e práticas em defesa dos direitos humanos em propostas governamentais de sistemas de educação.

A segunda fase identificada por Aída Monteiro refere-se ao desenvolvimento da educação em/para os direitos humanos no processo de transição política e de redemocratização do Brasil. É no contexto de transição democrática de busca da construção de um novo estado de direito e de constante preocupação de uma nova cultura política e de uma cidadania ativa que surgem as primeiras experiências de Educação em Direitos Humanos (SACAVINO; CANDAU, 2009, p. 69).

Para Candau e Sacavino (2009, p. 71), os diferentes grupos desse período partiam da “forte convicção militante de que era necessário construir a partir do cotidiano uma cultura dos direitos humanos, afetar as mentalidades em profundidade e criar novas práticas sociais para viabilizar a construção democrática no país”. Entre as atividades realizadas nesse período, é apresentada uma série de experiências, das quais destacamos:

- A participação, em 1985, de vários profissionais, principalmente da área do direito, como bolsistas do 3º Curso Interdisciplinar de Direitos Humanos promovidos pelo Instituto Interamericano de Direitos Humanos na Costa Rica. Esses profissionais, dão origem às primeiras experiências de Educação em Direitos Humanos, no País, ao constituir o núcleo, coordenado por João Ricardo Dornelles, professor do Departamento de Ciências Jurídicas da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro;
- O trabalho promovido pela Comissão Justiça e Paz da Arquidiocese de São Paulo, de 1989 e 1992, por meio do seu Projeto Educação em Direitos Humanos;
- Entre 1987 a 1991, o Projeto Educação em Direitos Humanos integrou o Movimento de Reorganização Curricular (MRC), proposto pelo então secretário do município de São Paulo, o educador Paulo Freire. Esse projeto trabalhava a Educação em Direitos Humanos na perspectiva da educação libertadora e problematizadora freiriana, enfatizando a utilização de temas geradores e a perspectiva interdisciplinar;
- O Projeto Escola Pública, Direitos Humanos e Conquista Coletiva da Cidadania, desenvolvido no período de 1987 a 1991, no Estado de Pernambuco, pelo então Governador Miguel Arraes, com o objetivo de formar o cidadão crítico, reflexivo, autônomo e capaz de interferir na sociedade em que vive, tinha como pretensão abarcar a rede pública estadual, transformar a escola e repensar o papel politicopedagógico dos educadores na perspectiva da conquista coletiva dos direitos humanos;
- As atividades de Educação em Direitos Humanos nas áreas periféricas, desenvolvidas pelo Centro Heleno Fragoso, no Paraná, a partir de 1987, na perspectiva da educação não formal e, na década de 1990 na educação formal;
- Os trabalhos promovidos pelo Movimento Justiça e Direitos Humanos (MJDH), sediados em Porto Alegre, a partir de 1987, na área da Educação em Direitos Humanos, tanto na perspectiva não formal quanto em relação às redes de ensino público municipal e estadual de Porto Alegre e outros municípios do Rio Grande do Sul;
- As atividades promovidas no Estado da Paraíba, tanto na educação não formal como formal, a partir dos anos 1980 até hoje, envolvendo a Universidade Federal da Paraíba, o Conselho Estadual de Defesa dos Direitos do Homem e do Cidadão e diferentes organizações da sociedade civil;

Destaca-se que é desse período a Constituição Federal (1988) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), ambos “instrumentos jurídicos fundamentais na para a promoção e garantia dos direitos humanos” (CANDAU; SACAVINO, 2009, p.

A terceira fase de desenvolvimento da Educação em Direitos Humanos, apresentada por Candau e Sacavino (2009), segundo identificação de Monteiro, refere-se à década de 1990. Para as autoras, é impossível abranger todas as experiências que se desenvolveram no país nesse período. No entanto, não se pode deixar de fazer referência à ênfase dada à formulação de políticas públicas de Educação em Direitos Humanos: é desse período a criação da Secretaria de Direitos Humanos, vinculada ao Ministério da Justiça a elaboração do Programa Nacional de Educação em Direitos Humanos; a criação de algumas instituições e organizações não governamentais, que permanecem, até o momento, como a Rede de Direitos Humanos e Cultura, de 1995, com sede em Natal; a criação da Novamerica, em 1991, no Rio de Janeiro; e a Ação Educativa, em 1994, em São Paulo.

Nos anos de 1990, Candau (2000) identifica dois movimentos que se entrelaçam em algumas iniciativas para o desenvolvimento da Educação em Direitos Humanos: o primeiro na perspectiva da continuidade e ampliação do realizado na década anterior, entre eles, as ações citadas no parágrafo anterior; e o segundo que especifica pela incorporação de novos atores, entre eles, o Governo Federal. Dessa participação, destaca-se a formulação, por parte do Ministério da Educação, dos Parâmetros Curriculares Nacionais para o Ensino Básico – complementados em 1998 pelo Referencial Curricular Nacional para a escola indígena –, com apoio na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB 9.394/96) que privilegia os princípios da dignidade da pessoa humana. São desse contexto os temas transversais onde os escolhidos foram: ética, pluralidade cultural, meio ambiente, saúde, orientação sexual. Com a introdução de temas locais em uma concepção não de disciplina, mas como eixos transversais ao currículo (CANDAU, 2000 *apud* CANDAU; SACAVINO, 2009, p. 74).

A década de 2000 (tratada, pelas autoras, como a década atual) apresenta, como marca, as parcerias entre governo e organizações da sociedade civil, expansão e implementação de diferentes iniciativas. Entre elas, constam: a criação, por parte do Governo Federal do Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos, que reúne especialistas da área com diversas atribuições – como a elaboração do Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos, lançado à sociedade em 2003, com retorno em 2006, em versão ampliada e revisada –; e a Lei nº 10.639, de 2003, sobre a obrigatoriedade do ensino de História e Cultura Afro-Brasileira e a elaboração do Programa Ética e Cidadania: construindo valores na escola e na sociedade, em 2004, pelo Ministério da Educação e a Secretaria Especial de Direitos Humanos.

No que se referem às iniciativas, essas se multiplicam em forma de seminários, cursos, palestras, fóruns, etc. nas diversas partes do País. Essas iniciativas têm, em sua maioria, as universidades como protagonistas, por meio de experiências em cursos de direitos humanos e de Educação em Direitos Humanos no âmbito da graduação, pós-graduação, especialização e extensão. Entre elas: o curso de

Especialização em Direitos Humanos, pós-graduação lato sensu, promovido pelo Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes da Universidade Federal da Paraíba, criado em 1995; a introdução de disciplinas sobre Educação em Direitos Humanos nas licenciaturas, nos cursos de Pedagogia (Departamento da PUC-Rio) e nos cursos de pós-graduação, mestrado e doutorado, a exemplo da Universidade de São Paulo e da Universidade Federal de Pernambuco; a criação da Cátedra Unesco de Educação para Paz, os Direitos Humanos e a Tolerância, em 1997; a fundação da Associação Nacional de Direitos Humanos – Pesquisa e Pós-Graduação (ANDHEP), em 2003.

Também relevante é a contribuição da educação informal com formações, campanhas educativas e produção de materiais produzidos por diferentes instituições da sociedade civil e pelos diferentes movimentos sociais, em algumas ocasiões, junto a organismos governamentais (CANDAU, 2000, *apud* CANDAU; SACAVINO, 2009).

No que tange aos avanços, depois de vinte anos de processo democrático no país a democracia continua sendo bastante frágil em várias dimensões. Segundo pesquisa do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) sobre a democracia na América Latina o Brasil ocupa a 15^a entre os 18 países da pesquisa, em relação à adesão da população aos princípios democráticos. Além disso, o país continua apresentando elevados índices de pobreza e de desigualdade (CANDAU; SACAVINO, 2009). Assim, observam Sacavino e Candau:

É nesse contexto que se dá o percurso da educação em/para os direitos humanos no Brasil. [...] Convém ter presente que esse cenário não é monolítico, mas está atravessado por tensões, em uma relação de forças marcada pela assimetria. Por uma parte, em uma república federativa como a brasileira convivem diferenças e conflitos entre diferentes níveis de governo – federal, estadual e municipal -, assim como as relações entre o estado e os movimentos organizados da sociedade civil. No entanto, fica claro que esse reconhecimento e a concretização dos direitos para todos os cidadãos são possíveis com a implementação de políticas públicas de qualidade. Para que isso se realize, a sociedade civil tem papel imprescindível no monitoramento, acompanhamento e cobrança das próprias políticas (CANDAU; SACAVINO, 2009, p. 79).

Assim posto, ao cenário brasileiro as autoras apresentam alguns desafios e tensões para o desenvolvimento da educação em/para os direitos humanos nos próximos anos, a saber: desconstruir a visão do sendo comum sobre os direitos humanos, assumir uma concepção de direitos humanos e explicitar o que se pretende atingir a cada situação concreta, articular ações de sensibilização e de formação, construir ambientes educativos que respeitem e promovam os direitos humanos, incorporar a Educação em Direitos Humanos no currículo escolar, introduzir a Educação em Direitos Humanos na formação inicial e continuada de educadores, estimular a produção de materiais de apoio, articular políticas de igualdade e de reconhecimento das diferenças (CANDAU; SACAVINO, 2009, p. 81).

DA EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS NOS MARCOS LEGAIS

O Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos

Para acompanhar a evolução da Educação em Direitos Humanos, no Brasil, temos os relatórios do Instituto Interamericano de Direitos Humanos (IIDH), elaborados, desde 2002, sobre diversos aspectos relacionados com essa área com a finalidade de verificar a situação nos 19 países latino-americanos que ratificaram o Protocolo de São Salvador (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1988). A investigação do IIDH aponta o Brasil com um resultado significativo e considera que, no país, existe uma grande atividade nesse campo. Entre as atividades, destacamos as políticas públicas, com a criação de órgãos governamentais, a implantação de leis, o lançamento de planos nacionais de ação, tais como o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH), documento que representa uma construção histórica da sociedade civil organizada e o compromisso do estado e que tem reconhecimento e influência na América latina.

Os redatores do PNEDH em sua apresentação deixam claros dois dos sentidos principais que o mesmo vem assumindo enquanto política pública: primeiro, consolidar uma proposta de um projeto de sociedade baseada nos princípios da democracia, cidadania e justiça social; e, segundo, reforçar um instrumento de construção de uma cultura de direitos humanos entendida como um processo a ser aprendido na perspectiva da cidadania ativa.

Candau e Sacavino (2010) situam o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos no âmbito do enfoque teórico que parte de uma visão dialética e global em que os direitos humanos são vistos como mediações para uma mudança social concebendo a Educação em Direitos Humanos, segundo o próprio documento, como:

um processo sistemático e multidimensional que orienta a formação do sujeito de direitos, articulando as seguintes dimensões: apreensão do conhecimento historicamente construído sobre os Direitos Humanos, a afirmação de valores, atitudes e práticas sociais que expressem a cultura dos direitos humanos, formação de uma consciência cidadã capaz de se fazer presente nos níveis cognitivo, social, ético e político, desenvolvimento de processos participativos e de construção coletiva, fortalecimento de práticas individuais e sociais que gerem ações e instrumentos em favor da promoção, proteção e defesa dos direitos humanos, bem como da reparação das violações (PNEDH, 2006, p. 25).

Esse enfoque dialético e global coloca no centro de suas preocupações a interrelação entre os direitos de primeira, segunda e terceira gerações e se coloca na perspectiva da construção de uma quarta geração de direitos que incorpora questões derivadas do avanço tecnológico, da globalização e do multiculturalismo; acentua a importância dos direitos sociais, econômicos e culturais para a própria viabilização dos direitos civis e políticos; enfatiza a cidadania coletiva, que favorece a organização da sociedade civil, privilegia os atores sociais comprometidos com a transformação social e promove o empoderamento dos grupos sociais e culturais

marginalizados; afirma, ainda, que os direitos políticos não podem ser reduzidos aos rituais eleitorais (CANDAU; SACAVINO, 2010, p. 125).

Considerando essa concepção de Educação em Direitos Humanos, Candau e Sacavino (2010) destacam, entre as tendências pedagógicas elencadas na produção da área, que a EDH está em referência às denominadas pedagogias críticas. Essas tendências, inspiradas na teoria crítica elaborada por filósofos e cientistas sociais vinculados à chamada Escola de Frankfurt, são marcadas pelo comprometimento com os problemas da contemporaneidade na crença de que uma sociedade diferente pode se tornar real, buscando fornecer a direção histórica, cultural, política e ética para a transformação (CANDAU; SACAVINO, 2010).

Das Diretrizes Nacionais para Educação em Direitos Humanos

As Diretrizes Nacionais para Educação em Direitos Humanos (DNEDH) foram estabelecidas pelos Conselhos Nacional de Educação e Conselho Pleno, por meio da Resolução nº 1, de 30 de maio de 2012¹. Resultou do movimento de elaboração com ampla participação da sociedade civil e política no Conselho Nacional de Educação e em articulação com entidades científicas, audiências públicas e diversos encontros em âmbito nacional, regional e local. Esse documento, em consonância com o que dispõe documentos Internacionais e Nacionais que visam assegurar o direito à educação a todos (Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948); a Declaração das Nações Unidas sobre a Educação e Formação em Direitos Humanos (Resolução A/66/137/2011); a Constituição Federal de 1988; a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/1996); o Programa Mundial de Educação em Direitos Humanos (PMEDH 2005/2014); o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3/Decreto nº 7.037/2009); e o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH/2006), fundamentado concepção de educação como direito conforme Constituição Federal de 1988 e nos desdobramentos legais nela previstos.

Em seu texto, o DNEDH ainda destaca concepção, responsabilidades, finalidade, princípios, dimensões, objetivos, modos, formas, orientações para a formação inicial e continuada na EDH. Sobre a concepção de Educação em Direitos Humanos, postula:

Art. 2º A Educação em Direitos Humanos, um dos eixos fundamentais do direito à educação, refere-se ao uso de concepções e práticas educativas fundadas nos Direitos Humanos e em seus processos de promoção, proteção, defesa e aplicação na vida cotidiana e cidadã de sujeitos de direitos e de responsabilidades individuais e coletivas. Art. 4º A Educação em Direitos Humanos como processo sistemático e multidimensional, orientador da formação integral dos sujeitos de direitos [...] (DNEDH, 2012, Art. 2º e 4º).

Além disso, os objetivos da Educação em Direitos Humanos estão expressos em seu Art. 5º, no qual afirma que “a Educação em Direitos Humanos tem como

1. Resolução CNE/CP 1/2012. Diário Oficial da União, Brasília, 31 de maio de 2012 – Seção 1 – p. 48.

objetivo central a formação para a vida e para a convivência, no exercício cotidiano dos Direitos Humanos” e em parágrafo único que destaca o seguinte:

este objetivo deverá orientar os sistemas de ensino e suas instituições no que se refere ao planejamento e ao desenvolvimento de ações de Educação em Direitos Humanos adequadas às necessidades, às características biopsicossociais e culturais dos diferentes sujeitos e seus contextos (DNEDH, 2012, parágrafo único).

Quanto às dimensões, essas devem ser articuladas na Educação em Direitos Humanos.

Nesse sentido, o documento estabelece:

I - apreensão de conhecimentos historicamente construídos sobre direitos humanos e a sua relação com os contextos internacional, nacional e local; II - afirmação de valores, atitudes e práticas sociais que expressem a cultura dos direitos humanos em todos os espaços da sociedade;

- formação de uma consciência cidadã capaz de se fazer presente em níveis cognitivo, social, cultural e político;

- desenvolvimento de processos metodológicos participativos e de construção coletiva, utilizando linguagens e materiais didáticos contextualizados; e

- fortalecimento de práticas individuais e sociais que gerem ações e instrumentos em favor da promoção, da proteção e da defesa dos direitos humanos, bem como da reparação das diferentes formas de violação de direitos. (DNEDH, 2012. Art.4º).

A organização curricular é direcionada no artigo sétimo quando estabelece inserção dos conhecimentos concernentes à Educação em Direitos Humanos na organização dos currículos da Educação Básica e da Educação Superior poderá ocorrer das seguintes formas:

- pela transversalidade, por meio de temas relacionados aos Direitos

Humanos e tratados interdisciplinarmente;

- como um conteúdo específico de uma das disciplinas já existentes no currículo escolar;

- de maneira mista, ou seja, combinando transversalidade e disciplinaridade (DNEDH, 2012. Art. 7º).

Em parágrafo único, o documento ainda admite outras formas de inserção da Educação em Direitos Humanos na organização curricular das instituições educativas, desde que observadas as especificidades dos níveis e modalidades da Educação Nacional.

O documento orienta a presença da EDH na formação inicial e continuada de todos(as) os(as) profissionais da educação, sendo componente curricular obrigatório nos cursos destinados aos profissionais das diferentes áreas do conhecimento. Cabendo aos sistemas de ensino e instituições de pesquisa “fomentar e divulgar

estudos e experiências bem sucedidas realizados na área dos Direitos Humanos e da Educação em Direitos Humanos” (DNEDH, 2012, Art. 10), “criar políticas de produção de materiais didáticos e paradidáticos, tendo como princípios orientadores os Direitos Humanos e, por extensão, a Educação em Direitos Humanos” (Art. 11) e às Instituições de Educação Superior estimular “ações de extensão voltadas para a promoção de Direitos Humanos, em diálogo com os segmentos sociais em situação de exclusão social e violação de direitos, assim como com os movimentos sociais e a gestão pública” (Art. 12).

As Orientações Curriculares para Educação em Direitos Humanos – Pernambuco

O “Caderno de Orientações Pedagógicas para Educação em Direitos Humanos” (2012), proposto pela Secretaria de Educação do Estado de Pernambuco, apresenta-se com o objetivo de oferecer subsídio pedagógico para os professores. Foi elaborado considerando que o Estado tem como princípio norteador da política educacional a Educação em Direitos Humanos, além da necessidade de transversalizar a temática.

Ao tratar a Educação em Direitos Humanos, a considera nos modos transversal e como Componente Curricular. Assim, propõe para o tratamento transversal a articulação do tema com os componentes da Matriz Curricular em sua Base Comum e todas as modalidades de ensino e para o tratamento enquanto componente conteúdos para nortear o trabalho pedagógico. Quanto à transversalidade, o Caderno estimula a prática da Educação em Direitos humanos, por meio de jornadas pedagógicas, projetos pedagógicos, sequências didáticas e atividades suplementares como pesquisas, músicas, filmes, textos, referências, exercícios, em oito eixos, a saber:

- **Eixo Temático 1 - Enfrentamento da pobreza e da fome.** Sugere-se que esse tema seja tratado visando a reflexão sobre as possibilidades de afirmação dos direitos humanos e cidadania em face das questões sociais que levam a população à situação de pobreza e fome nas diversas sociedades. Para transversalizá-lo, são sugeridas atividades em oito Componentes da Base Curricular Comum. Esses componentes se repetem nos oito eixos sugeridos: Língua Portuguesa em atividades de Interpretação e produção textual; Matemática em atividades de classificação estatística da fome em diversas sociedades; Inglês em estudos sobre interculturalismo: vocabulário, gramática e interpretação; Geografia em estudos de escalas territoriais da produção e do trabalho; Ciências em reflexões sobre os alimentos envolvendo questões sobre desnutrição, consumismo e manejo adequado do solo; Arte com análise de obras que retratam o eixo; Educação Física com reflexões sobre dieta saudável para um corpo saudável; História com estudos sobre desigualdade social e a relação com a fome no mundo.
- **Eixo Temático 2 – Promoção da igualdade entre gêneros e diversidade sexual.** Espera-se que esse tema possilite a articulação entre vários conhecimentos e saberes com suas respectivas competências e habilidades, promovendo um ensino interativo que possilite o debate sobre a promoção da igualdade entre gêneros, o combate à violência contra a mulher e o fortalecimento da sua autonomia, bem como o enfrentamento da homofobia

e a defesa da livre orientação sexual. Em Língua Portuguesa propõe-se a discussão sobre a Interculturalidade, análise do discurso e gêneros textuais sobre a diversidade; Em Matemática, estudos de dados estatísticos acerca da igualdade entre gêneros; Em Inglês, interculturalismo; Em Geografia, estudos sobre diferentes lugares e territórios culturais das relações entre gêneros; Em Ciências, reconstrução e significação das diferenças e semelhanças biológicas entre gêneros; Em Arte, a influência da literatura e das artes plásticas no debate sobre gênero e diversidade; Em Educação Física, corporeidade e o ritmo no trabalho sobre gênero e diversidade; Em História, história do movimento feminista.

- **Eixo Temático 3 – Garantia da sustentabilidade socioambiental.** Propõe o entendimento sobre os discursos pela territorialidade e planetariedade ambiental e suas implicações para a afirmação e garantia dos direitos humanos considerando os sujeitos socioculturais, suas memórias e identidades, correlacionando-os com o desenvolvimento da ciência e da tecnologia em consonância com a preservação e conservação dos recursos naturais. Para a prática com a Língua Portuguesa, propõe o estudo de gêneros textuais e discursos para a sustentabilidade; Para Matemática, estudo de índices em uméricos acerca da reciclagem e do reaproveitamento dos recursos naturais; Em Inglês, gêneros textuais e discursos para sustentabilidade; Em Geografia, biodiversidade, sustentabilidade e cultura ambiental; Para Ciências, biodiversidade, reaproveitamento e preservação dos recursos naturais; Para Arte, trabalho com reciclagem para a sustentabilidade e promoção das artes plásticas; Para Educação Física, reflexões sobre corporeidade e o ambiente ao redor; Para História, estudos sobre a Agenda 21 e as convenções mundiais em prol da sustentabilidade e desenvolvimento ambiental.
- **Eixo Temático 4 – Reconhecimento e garantia da preservação do patrimônio material e imaterial da humanidade.** Esse eixo tem como objetivo promover o conhecimento de forma articulada com objetivos sociais, destacando as categorias de cada disciplina, ampliando estes saberes com os conceitos que permeiam os direitos humanos e possibilitando ao estudante o acesso aos bens patrimoniais da cultura material e imaterial. Nesse eixo propõe-se que cada professor elabore sua proposta. Para tal são apresentados textos de apoio e sugestões de: etapas didáticas, jornada pedagógica e situação problematizadora.
- **Eixo Temático 5 – O direito à terra como condição de vida.** Nesse eixo, o caderno propõe que os professores promovam o conhecimento sobre o direito à terra por meio de atividades educativas que permitam aos estudantes reconhecerem a importância da garantia à terra como condição inalienável de vida humana. Também nesse eixo, há a solicitação para que o professor elabore sua proposta e encaminha textos de apoio e sugestão de projeto pedagógico em etapas de atividades.
- **Eixo temático 6 – Prática pedagógica e as relações étnico-raciais na sociedade brasileira.** Objetiva promover o conhecimento das relações étnicoraciais apontando para a educação e reconhecimento da cultura afro-brasileira e buscando propiciar o enfrentamento do racismo. São sugeridas atividades, para Língua Portuguesa de estudo de gênero textual, produção e interpretação; Para Matemática, análise e interpretação e dados, estudo de números, em umerais, grandezas, medidas, geometria, porcentagem e álgebra. Para Inglês, estudo de tempos verbais e variedades linguísticas; Para Geografia, estudo sobre lugar, paisagem e território; Para Ciências, há a solicitação para que o professor elabore sua proposta; Para Arte, o trabalho com música, dança, teatro e artes visuais; Para Educação Física, Interação, corpo e jogos; Para História, estudos sobre sociedade, cultura,

poder, relações de trabalho e política. Sugere aos professores a participação no Fórum de Educação Étnico-racial em Pernambuco que tem como objetivo monitorar, apoiar e contribuir com a execução das políticas para a questão étnico-racial, principalmente com a implementação das ações propostas para a Educação Brasileira a partir da Lei 10.639, de 09 de janeiro de 2003.

- **Eixo Temático 7 – Garantia do bem estar físico, emocional e social.** Sugere a reflexão sobre o bem estar físico, emocional e social do ser humano a partir do debate sobre ética no convívio social, respeito às diferenças, bem como considerando o debate sobre os direitos e deveres constitucionais para o bem estar do indivíduo e do coletivo. Solicita-se que o professor elabore sua proposta e sugere etapas didáticas a partir do eixo temático, sugere-se, também, o trabalho com a Lei nº 13.995, de 22 de dezembro de 2009 que dispõe sobre a inclusão de medidas de conscientização, prevenção, diagnose e combate ao bulling escolar.
- **Eixo Temático 8 – Os tempos humanos e as garantias dos seus direitos: a infância, a adolescência e a pessoa idosa.** Esse eixo por objetivo promover o debate sobre os tempos humanos e as garantias dos seus direitos: a infância, a adolescência e a pessoa idosa. Sugere-se ao professor elaborar sua proposta de trabalho. Apresenta-se textos de apoio sobre a construção sociocultural de criança, adolescente e velhice, Legislações em prol da criança em âmbito internacional e nacional e sobre o idoso (Política Nacional do Idoso).

Por fim, quanto ao tratamento da EDH como componente curricular, o caderno sugere conteúdos que são dispostos em eixos estruturantes da Educação em Direitos Humanos em Pernambuco, uma vez que tem essa como objeto os Direitos Humanos e Cidadania, a saber: a trajetória histórica dos direitos humanos; os fundamentos filosóficos dos direitos humanos; direitos humanos: cultura e relações sociais, cidadania e estado democrático de direito; e meio ambiente e direitos humanos. Vale, ainda, salientar, que são acrescidos textos de apoio sobre o Movimento Feminista no Recife.

DAS PRÁTICAS EDUCATIVAS

Conforme o Plano Nacional de Educação em Direitos, a escola é um espaço privilegiado para vivenciar os direitos humanos e sistematizar sua aprendizagem:

Não é apenas na escola que se produz e reproduz o conhecimento, mas é nela que esse saber aparece sistematizado e codificado. Ela é um espaço social privilegiado onde se definem a ação institucional pedagógica e a prática e vivência dos direitos humanos (PNEDH, 2006, p. 31).

Sob essa perspectiva, com o auxílio do material encontrado em *blogs*, cadernetas e relatórios da escola pesquisada, foi possível a construção de uma linha do tempo, na qual foram consideradas atividades que evidenciaram a intencionalidade e a sistematização – por uso de termos ou pelo caráter da ação – para vivência da Educação em Direitos Humanos, conforme orientações do Plano Nacional de Educação em Direitos, as quais afirmam “que as práticas educativas sejam

permeadas pelos valores e princípios dos direitos e deveres de todos e estimulem posturas condizentes com o respeito à dignidade humana” (SILVA, 2012, p. 15).

Além disso, como discutido anteriormente, quanto à inserção da Educação em Direitos Humanos no currículo escolar, o artigo 7º das Diretrizes Nacionais para Educação em Direitos Humanos é claro ao afirmar que deve ocorrer pela transversalidade, como um conteúdo específico de alguma disciplina existente no currículo escolar e/ou de maneira mista, combinando ambas transversalidade e disciplinariedade. Entretanto, conforme estabelecido pelo parágrafo único do PNEDH, outras formas de inserção podem ser possíveis, “desde que observadas as especificidades dos níveis e modalidades da Educação Nacional”.

Nas escolas integrais do Estado de Pernambuco, a EDH foi implantada na parte diversificada do currículo como componente curricular. Diversidade, essa, que refletirá em uma flexibilidade das orientações nos marcos legais para Educação em Direitos Humanos que vai aparecer, na linha do tempo, traçada da/pela escola, demonstrando abertura e várias possibilidades para a ação educativa.

Não obstante, construímos a linha de tempo a partir da observação das práticas pedagógicas da EDH em uma escola pública de ensino médio integral, em Pernambuco, localizada no município de Garanhuns. Para identificar as formas em que a EDH se realiza, utilizamos indicativo por abreviaturas do seguinte modo: TT-Tema Transversal; CC – Componente Curricular; TTCC – Forma mista; Outras formas – OF (participação em eventos, participação em colegiados, envolvimento e vivências que não implicam os mesmos procedimentos das disciplinas: como avaliação, tempo em horas-aula, etc., refletem ação direta de exercício da cidadania ativa e envolvem a comunidade conforme princípio da globalidade proposta pela DNEDH).

Na série de atividades pesquisadas sobre o fazer escolar, buscamos estabelecer algumas relações entre as vivências e as formas que a EDH deve ser promovida conforme as DNEDH. Observamos que o trabalho com EDH, na forma mista, quando combinado com a transversalidade e o saber disciplinar, não inibe a ação de uma ou outra forma e, estando a escola com foco na EDH, todas as atividades podem ser direcionadas, considerando seus princípios e dimensões de forma exitosa.

Quanto às dimensões da EDH observamos, a partir das orientações para Educação em Direitos Humanos na educação básica, que o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos orienta que nesse nível de ensino, a EDH deve ser promovida em três dimensões. São elas: a) Conhecimentos e habilidades em que se busca a compreensão dos direitos humanos e os mecanismos existentes para a sua proteção, assim como incentivar o exercício de habilidades na vida cotidiana; b) Valores, atitudes e comportamentos, onde se busca desenvolver valores e comportamentos que respeitem os direitos humanos; c) Ações, referindo-se ao desenvolvimento de atividades para a promoção, defesa e reparação das violações dos direitos humanos (PNEDH, 2006, p. 32).

Sob essa perspectiva, buscamos identificar as formas em que a escola vivencia

a EDH e até que ponto as dimensões sugeridas estão sendo contempladas nas práticas da escola.

Desses questionamentos obtivemos alguns resultados:

- No ano 2006, as atividades realizadas, na escola, contemplaram a educação para valores de onde entendemos a prática como tema transversal. Não se identificou uma orientação formal direcionada para a Educação em direitos Humanos. Nesse período, a perspectiva de educação para valores, trabalhada na escola, compreendia os direitos humanos como um dos valores a ser trabalhado na educação para valores.
- Em 2007, os registros apontam atividades que foram realizadas por meio dos projetos didáticos Projeto “Viver Pernambuco”, Projeto “Arte em Movimento” e Projeto “Tudo vira tudo”.
- No ano de 2008, a EDH é implantada como componente na parte diversificada da matriz curricular. A partir dos eixos temáticos, são realizadas atividades por meio dos projetos “Tecendo cidadania com arte” e “Cidadania preto no branco”(CC); “Minha história, nossa geografia” e seminários no componente de História sobre diversidade e respeito às diferenças (TT). Além disso, criou-se, na escola, o Jornal Interativo e estudantes e educadores participaram no III Festival de Literatura de Garanhuns, com publicação de poemas dos estudantes junto à Academia de Letras da cidade (OF).
- No ano de 2009, além de vivenciar os projetos realizados no ano anterior, a escola realizou o Projeto “Pinte os Sete”, referindo-se a temas em que se deveria abordar questões sociais (CC); o Projeto “Viver Pernambuco”, que comemorou os cem anos do Mestre Vitalino (CC); o Projeto “Bom dia!”; o Projeto “OLODUMARÉ” (OF). Além das oficinas de danças e jogos teatrais, ministradas por membros da comunidade: afinal o que é o homem?(CC); da passeata de combate à dengue em parceria com a Secretaria de Saúde do município (OF); das palestras ministradas pelo Conselho Tutelar (OF); e das reflexões em datas comemorativas, como o Dia da Água e o Dia Internacional contra a Discriminação Racial.
- No ano de 2010, a escola recebeu o Prêmio Construindo a Nação Conquistando, ocupando o segundo lugar com o Projeto “Tecendo cidadania” (TTCC). Ademais, o projeto EREM Solidário realizou atividades no Hospital da Providência da cidade e os estudantes realizaram o Projeto “Almoço com louvor” (OF) e o projeto “Copa do mundo: construindo novos olhares sobre a África” (TTCC).
- No ano de 2011, o Projeto Horta escolar de educação ambiental e sustentabilidade (TT); Desfile dos mais belos estudantes com material reciclável; Estética e cidadania (CC-OF); O Jornal Interativo, editado pelos estudantes, passa a ter uma versão online.
- Do ano de 2012, destacamos o resgate e reorganização do Grêmio estudantil

(OF); os seminários de História, ministrados por estudantes, sobre os Movimentos sociais (TT); a organização da *Marching Band*, com a participação de alunos, ex-alunos e membros da comunidade (OF); a inauguração do Núcleo de Estudo de Gênero e de enfrentamento da violência contra a mulher (TTCC-OF); o projeto “Sou negro sim e dai”? (TT); o teatro literário com resgate de obras de Ariano (TT); o encontro de educadores familiares com temática voltada para educação para valores (OF); o desfile de 7 de setembro, temático (OF). Além disso, os estudantes da escola ministraram oficinas no I Fórum de Direitos Humanos da Gerência Regional de Educação (OF) e ainda participaram do Seminário sobre Tabagismo (OF) e do projeto “Política estou dentro!” (TT).

- No ano de 2013, a escola realizou, em parceria com a Secretaria de Direitos Humanos do Estado de Pernambuco, a exposição sobre a Ditadura Militar (TTCC-OF). Não obstante, participou de passeata de enfrentamento à violência contra a mulher no município (OF), de palestra na câmara de vereadores sobre Homicídios e do Projeto “Feira das regiões”. No mesmo ano, os estudantes foram aprovados no Jovem Parlamentar, Jovem Senador e um professor participou, em Brasília, do Professor no Parlamento. Também foram realizados os projetos “Colorindo os muros da escola com cidadania”, “Marias do Brasil”, no qual são discutidos os temas relacionados à violência contra mulher e à Lei Maria da Penha, e “Um poema em cada árvore” – inclusive, um ex-aluno apresentou um desfile com material reciclável no Festival de Inverno;
- No ano de 2014, ocorreu a realização da IV Jornada de Direitos Humanos, na escola, em parceria com a Secretaria de Direitos Humanos do Estado. Os projetos realizados no ano foram os seguintes: “Sou negro, sou verso e prosa”, “Um dia na Grécia” e “Política estou dentro!”, no qual ocorreu a eleição dos representantes de turmas. Também foram realizados o desfile de 7 de setembro, com a temática “paz”, resultado de projeto realizado na escola, a passeata na Semana da Pessoa com deficiência, as comemorações do “Outubro Rosa” e a inauguração do Clube de Leitura, com lançamento de um romance escrito por uma estudante;
- Em 2015, houve a realização dos projetos “Conheço uma cidade bem pernambucana”, “Um dia na África: berço da humanidade”, “Somos tão Jovens”, com realização de sarau e piquenique literário, e o projeto de sustentabilidade com replantio de flores, na escola, em parceria com o Projeto “Águas de Garanhuns”. Ademais, a escola foi aberta para a comunidade com grupo de danças e lutas, tais como capoeira, hip hop, jiu jitsu e judô, e realizou palestras com o conselho tutelar e o Mistério Público, o Rotary Clube e o Núcleo de Prevenção à violência no trânsito, além do Seminário “Outras Índias, outras áfricas”, em homenagem a Zélia Gonzalez;
- No ano de 2016, até o início do segundo semestre, houve a realização da semana de combate ao mosquito *Aedes Egypti* e o Projeto “Somos Todos Hermanos”.

Do exposto, podemos inferir que essa diversidade de formas de inserção da EDH no currículo escolar acaba refletindo uma flexibilidade das orientações nos marcos legais para Educação em Direitos Humanos. Essa, por sua vez, pode ser observada na linha do tempo traçado da/pela escola, demonstrando abertura e várias possibilidades para a ação educativa vivenciada como um processo sistemático, no qual a prática pedagógica foi direcionada para algumas questões sociais em todos

os anos, desde a implementação do PNEDH tanto na forma mista e transversal, como componente curricular, quanto em outras formas que se apresentam como ampliação das possibilidades de participação da comunidade no sentido da vivência do princípio da globalidade.

Destacamos, ainda quanto à questão da flexibilidade, que essa terminologia não aparece nos documentos oficiais em estudo (PNEDH e DNEDH), mas, conforme o Parecer 5/95, da Câmara de Educação Básica, na Proposta de Regulamentação da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB 9.394/96), o termo surge uma vez quando trata, na Seção IV, que refere ao ensino médio. No Art. 35, em seu inciso II, o parecer discute acerca das finalidades desse nível de ensino e destaca o seguinte: “A preparação básica para o trabalho e a cidadania do educando, para continuar aprendendo, de modo a ser capaz de se adaptar com flexibilidade a novas condições de ocupação ou aperfeiçoamento posteriores”. Sob esse ponto de vista, a flexibilidade é um dos principais mecanismos dessa lei, fundada no princípio da autonomia escolar, favorecendo a inserção da população nos programas de escolarização básica e exigindo a regulamentação dos sistemas para assegurar a qualidade do ensino.

O conceito de flexibilidade está, portanto, associado às medidas legislativas atuais direcionadoras de condições básicas para mudanças curriculares em uma perspectiva de mais e melhores oportunidades educativas para todos os alunos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo da consideração que a EDH vem se consolidando não somente no âmbito das produções acadêmicas, mas no das instituições, esperamos ter contribuído com as discussões sobre a temática, uma vez que pretendemos, a ela, agregar valor ao lançarmos um olhar ponderado à escola. O fazemos por entender que, enquanto educadores, devemos estar atentos ao que acontece no cotidiano escolar.

Há o conhecimento de que a escola, os modelos educacionais e as práticas pedagógicas têm um papel relevante na transformação dos sentidos propostos pelo capitalismo no estabelecimento de relações entre conhecer, fazer, ter, ser, conviver. Por esse motivo, essa atenção deve estar redobrada, principalmente, e justamente, nas ações em suas propostas de formar um modelo de homem e de sociedade. Dada essa relevância, deve-se estar atento não apenas para procurar aquilo que lhe falta, mas, também, na busca para encontrar suas funções e contribuições.

Foi possível observar, a partir dos estudos desenvolvidos ao longo deste trabalho que diferentes formas de inserção e de vivência da Educação em Direitos Humanos puderam ser verificadas no fazer educativo escolar em práticas que contemplam a Educação em Direitos Humanos em movimento de ação transversal,

interdisciplinar, misto e contextualizado. Em consequência, nota-se que a escola tem se tornado ambiente de aprendizagens diversas, das quais se destacam os valores, a cidadania, a participação, a autonomia e o exercício da democracia, do diálogo e da reflexão-ação.

Assim, o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos e as Diretrizes Nacionais para Educação em Direitos Humanos possibilitaram a prática do complexo processo de construção de novas mentalidades a que se propõe a Educação em Direitos Humanos. Nesse sentido, na vivência em que as relações são estabelecidas, foi possível o acompanhamento de implicações e reflexos da EDH na prática pedagógica e a escola passou a ser considerada, consequentemente, como um *locus* privilegiado para a vivência dos direitos humanos, um espaço em que ocorre a socialização de diferentes aprendizagens, construídas nas relações entre as pessoas e, assim, entendemos que essa conquistou esse *status* em um fazer que não nega o conflito, mas que, a partir dele, busca um ponto comum pelo qual valha a pena existir.

REFERÊNCIAS

- BENEVIDES, Maria Vistoria. Educação em Direitos Humanos: de que se trata? Palestra de abertura do Seminário de Educação em Direitos Humanos, São Paulo, 18/02/2000. Disponível em: <http://hottopos.com/convenit6/victoria.htm>. Acesso em 08 jun 2015.
- BRASIL, Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos-CNEDH, Ministério da Educação. *Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos*, Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República: MEC, MJ, UNESCO, 2006.
- BRASIL, *Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos*. MEC/CNE, 2012.
- CANDAU, Vera Maria (Org). *Reinventar a escola*. Rio de Janeiro: Petrópolis, 2000.
- CANDAU, V.M.F.; SACAVINO, S. Educação em Direitos Humanos no Brasil: ideias, força e perspectivas de futuro. In: MAGDENZO, A. (Org.). *Pensamiento y ideas-fuerza de la educación en derechos humanos en Iberoamerica*. Santiago do Chile: Unesco-OEI, 2009.
- CANDAU, V. M . F.; SACAVINO, S. Educação em Direitos Humanos: concepções e metodologias. In: FERREIRA, Lúcia de Fátima Guerra , at all (Org). *Direitos Humanos na Educação Superior: subsídios para a Educação em Direitos Humanos na Pedagogia*. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2010.
- CURRY, Carlos Roberto Jamil. Carlos Jamil Cury, intelectual e educador. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.
- DOURADO, Luiz Fernandes. *Diretrizes Curriculares Nacionais para a Formação Inicial e Continuada dos Profissionais do Magistério da Educação Básica: concepções e desafios*. Educ. Soc., Campinas, v. 36, nº. 131, p. 299-324, abr.-jun., 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/es/v36n131/1678-4626-es-36-13100299.pdf>. Acesso em: 02/06/2016.
- DUTRA, Paulo Fernando de Vasconcelos. *Educação integral no estado de Pernambuco: uma realidade no ensino médio*. 2014.
- SILVA, Aída M. Monteiro da; TAVARES, Celma. *Educação em Direitos Humanos no Brasil: contexto,*

processo de desenvolvimento, conquistas e limites. Educação (Porto Alegre, impresso), v. 36, n. 1, p. 50-58, jan./abr. 2013. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/faced/article/viewFile/12315/8740>. Acesso em 17 mai 2016.

TAVARES, Celma. *A política de Educação em Direitos Humanos na rede pública estadual de Pernambuco: um processo em construção*. Seminário 26/ANAPE. 2013. Disponível em: <http://www.anpae.org.br/simposio26/1comunicacoes/CelmaTavares-ComunicacaoOral-int.pdf>. Acesso em: 31 out 2014

CAPÍTULO 10

CULTURA DE PAZ E JUSTIÇA RESTAURATIVA: UM ESTUDO DE CASO NA EDUCAÇÃO EM SÃO PAULO

Valéria Bressan Candido

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Luci Mendes de Melo Bonini

Universidade de Mogi das Cruzes, Programa de
Mestrado em Políticas Públicas
Mogi das Cruzes - São Paulo

PALAVRAS-CHAVE: Círculo restaurativo.

Educação. Cidadania. Dignidade humana.

CULTURE OF PEACE AND RESTORATION

**JUSTICE, A CASE STUDY IN EDUCATION IN
SÃO PAULO**

RESUMO: Estuda-se a Justiça Restaurativa no Brasil usada na resolução de conflitos, pautada no diálogo, o que possibilita que vítima, ofensor e representantes da comunidade possam se expressar e ouvir o outro para chegar a um plano de ação que restaure a relação rompida. Este trabalho tem como objetivo descrever a implantação da justiça restaurativa em escolas do Estado de São Paulo ao longo de 2006 a 2013. Esta pesquisa teve como método a revisão bibliográfica e documental e a pesquisa qualitativa, em que participaram dois juízes que implementaram projetos no Estado de São Paulo: São Caetano, Heliópolis e Guarulhos e Tatuí. Constatou-se que as escolas são espaços onde a implementação da Justiça Restaurativa se mostra não apenas de fundamental necessidade e urgência, mas, estrategicamente, como espaços de máxima eficácia na construção de uma efetiva Cultura de Paz num processo colaborativo entre o sistema educacional, o judiciário e a sociedade civil.

ABSTRACT: This research is about restorative justice in Brazil used in the resolution of conflict resolution, focused on dialogue, which is possible that the victim, offender and representatives of the community can express themselves and listen each other to get to a plan that restores the ruptured relationship. This study has as a purpose describing the implantation of restorative justice in the state of São Paulo state schools along 2006 a 2013. The method used here was a bibliographic review and document analysis, it is a qualitative approach, in which participated two judges who implemented projects in the state of São Paulo. It was found that schools are spaces where the implementation of Restorative Justice is not only of fundamental necessity and urgency but, strategically, as spaces of maximum effectiveness in the construction of an effective Culture of Peace in a collaborative process between the educational system, the judiciary and civil society.

KEYWORDS: Restorative circle. Education.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Existe um amplo consenso entre os operadores do direito de que o sistema de aplicação da lei, especialmente na área da infância e juventude, não consegue proteger os direitos civis daqueles que são atendidos. Nesse passo, a reconciliação tem sido um importante conceito na construção de relações e estruturas que buscam diminuir os danos causados às pessoas em meio ao conflito.

As desigualdades estruturais e sociais no cenário brasileiro atual vêm conduzindo a quadros de violência e intolerância cada vez mais abrangentes, não só no que se refere aos estratos sociais, mas também aos estratos etários. Cada vez mais, há notícias de crianças, adolescentes e jovens que intimidam e são intimidados e de brigas nas portas das escolas. É urgente e necessário que a segurança escolar seja guarnevida de esforços preventivos de todos aqueles que participam diretamente da vida desses alunos: educadores, profissionais da educação em geral, familiares e a comunidade no entorno da escola.

A Justiça Restaurativa vem, lentamente, buscando adentrar neste complexo desenho da comunidade escolar de forma a encontrar formas de reconectar e reconstruir o tecido social e emocional das relações humanas afetadas pelas ofensas, pelo crime, pela violência. Seu conceito ainda está em formação no Brasil, e algumas práticas têm demonstrado que é possível a resolução de um conflito ou a reconciliação das partes ligadas a um conflito por meio do diálogo, do empoderamento dos desprivilegiados e da participação ativa da sociedade na busca de novas formas de reparação e reabilitação ao invés da punição.

Esse trabalho descreve o panorama dos trabalhos desenvolvidos no Estado de São Paulo, num processo de parceria entre o Poder Judiciário e a Secretaria Estadual de Educação e discute um conjunto de materiais de registro da implementação do Projeto “Justiça e Educação em Heliópolis e Guarulhos: parceria para a cidadania”. Nessas duas localidades, de características sociais e econômicas muito distintas, o Projeto Justiça e Educação foi recriado, adaptando-se às demandas da realidade local.

Em oito meses de trabalho, os agentes do Sistema Educacional, do Judiciário e da comunidade conseguiram deflagrar um processo de surpreendente vitalidade, que este trabalho procura demonstrar. Por meio deste projeto, foi possível constatar as dificuldades pelas quais passava a educação pública na capital de São Paulo, o que acabou se espalhando por demais cidades do Estado. Verificou-se o quanto a violência física e moral no interior das escolas contribuem para a queda da qualidade do ensino, para a evasão escolar e para o desânimo e a falta de motivação dos educadores. Também foi possível atestar que a parceria Justiça e Educação

representa significativo avanço na abordagem da questão da violência nas escolas, da escola e contra a escola.

Esta pesquisa se originou da dissertação de mestrado e teve como bases os seguintes autores: Mazda (2007); Penido (2009) e Zehr (2008) e como método de estudo, optou-se pela revisão bibliográfica e documental e a pesquisa qualitativa, em que participaram dois juízes que implementaram projetos no Estado de São Paulo: São Caetano, Heliópolis e Guarulhos e Tatuí.

Constatou-se que as escolas são espaços onde a implementação da Justiça Restaurativa se mostra não apenas de fundamental necessidade e urgência, mas, estrategicamente, como espaços de máxima eficácia na construção de uma efetiva Cultura de Paz.

CONCEITO DE JUSTIÇA RESTAURATIVA

A Justiça Restaurativa é um conceito em construção, pois é um modelo complementar de resolução de conflitos, consubstanciada numa lógica distinta da punitiva. Embora seja um conceito ainda em construção, não possuindo uma conceituação única e consensual, pode-se dizer que:

Em uma de suas dimensões, pauta-se pelo encontro da “vítima”, “ofensor”, seus suportes e membros da comunidade para, juntos, identificarem as possibilidades de resolução de conflitos a partir das necessidades dele decorrentes, notadamente a reparação de danos, o desenvolvimento de habilidades para evitar nova recaída na situação conflitiva e o atendimento, por suporte social, das necessidades desveladas. (ZEH, 2008).

Ao endossar a Declaração de Sevilha sobre a Violência (1986), a UNESCO, na 25^a Sessão da Conferência Geral em 1989, deu um primeiro passo de um importante processo de reflexão, levando a refutar o mito de que a violência humana organizada é determinada biologicamente. Esta Declaração deve ser disseminada no maior número de idiomas possível juntamente com material explicativo apropriado. O processo de reflexão deve ter continuidade através de seminários interdisciplinares que estudem as origens culturais e sociais da violência (UNESCO, 1999).

No mundo, mais especificamente em países como a África do Sul, Brasil, Peru, Colômbia, Argentina, onde há a violência gerada pelo desemprego e por outros problemas sociais graves exigem soluções permanentes para a disseminação da cultura de paz e a justiça restaurativa tem trazido soluções (SLAKMON, DE VITO e PINTO, 2005).

Para Parker (2002) os índices de criminalidade na América Latina vem crescendo, dobraram em 1980 e triplicaram em 1990 e a capacidade do judiciário não cresceu na mesma escala, trazendo um acúmulo de trabalho. Em 2001, América Latina e Caribe tinham prisões superlotadas (PARKER, 2005).

No Brasil, a cultura de paz é recente, e foi introduzida formalmente em 2004, por

meio do Ministério da Justiça, através de sua Secretaria da Reforma do Judiciário, que elaborou o projeto “Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro” e, juntamente com o PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (CANDIDO, 2014).

O marco legal é de janeiro de 2012 com a Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), regulamentou a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional, entre outras providências. Esta lei contemplou as práticas ou medidas que sejam restaurativas em seu, Título II (Da execução das medidas socioeducativas), Capítulo I, assim estabelecendo;

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 35. A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios:

(...)

III - prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas; (grifo nosso).

Nasceu, assim, o primeiro diploma legal a inserir as práticas restaurativas como meio de ressocialização do adolescente infrator. Ao instituir o SINASE, a nova lei definiu as competências dos entes federativos, os planos de atendimento nas respectivas esferas de governo, os diferentes regimes dos programas de atendimento, o acompanhamento e a avaliação das medidas, a responsabilização dos gestores e as fontes de financiamento. A norma, trata ainda da execução das medidas socioeducativas, abrangendo os procedimentos gerais e os atendimentos individuais, a atenção integral à saúde do adolescente em atendimento (com previsão específica para casos de transtorno mental e dependência de álcool ou substância psicoativa), os regimes disciplinares e a oferta de capacitação para o trabalho.

Com a promulgação dessa lei ficou estabelecido que era necessária a elaboração de um Plano Individual de Atendimento (PIA), com a participação do adolescente, familiares e equipe técnica, conforme orientações do Ministério do Desenvolvimento Social em até 15 dias após a entrada dos meninos e meninas no sistema (BRASIL, 2018)

A lei recomenda a individualização do plano de execução das ações corretivas, levando em conta as peculiaridades de cada adolescente, como o registro de doenças, deficiências e dependência química. O princípio da não discriminação do adolescente, em razão de etnia, gênero, nacionalidade, classe social, orientação religiosa, política ou sexual, é outro norteador das ações socioeducativas abrangidas pelo SINASE.

JUSTIÇA RESTAURATIVA E EDUCAÇÃO NO ESTADO DE SÃO PAULO

Entre 2006, a Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo aprovou a parceria entre a Secretaria Estadual da Educação e o Judiciário para que ocorresse a implantação de práticas restaurativas em 10 (dez) escolas públicas de ensino médio em Guarulhos, São Caetano e Heliópolis. Assim, o governo do estado, por meio da Secretaria de Educação, baixou a Resolução SE nº 19, 2010, que assim dispõe:

Artigo 7º - para implementar ações específicas do Sistema de Proteção Escolar, a unidade escolar poderá contar com até 2 docentes, aos quais serão atribuídas 24 (vinte e quatro) horas semanais, mantida para o readaptado a carga horária que já possui, para o desempenho das atribuições de Professor Mediador Escolar e Comunitário, que deverá, precipuamente:

I - adotar práticas de mediação de conflitos no ambiente escolar e apoiar o desenvolvimento de ações e programas de Justiça Restaurativa

Já no âmbito do Tribunal de Justiça, em outubro de 2012, a Portaria nº 8656/2012, alterou a estrutura da Coordenadoria da Infância e Juventude, para incluir dentro da Coordenadoria do Núcleo de Apoio Profissional de Serviço Social e de Psicologia, a Seção Técnica de Justiça Restaurativa, criando, assim, uma seção exclusiva para o assunto.

A Secretaria Estadual da Educação assim justificou a iniciativa dessas práticas de justiça restaurativa da seguinte forma:

Acreditando que a violência é um fenômeno que decorre não apenas de fatores, mas também de determinantes culturais e psicossociais, a SEE-SP vem buscando formas de apoiar as escolas para que elas possam transformar-se em espaços democráticos de construção de uma cultura de não-violência e de uma educação para a sustentabilidade. A parceria entre a Justiça e Educação pode contribuir na realização dessa meta, desfazendo a associação entre jovens e violência, e capacitando atores sociais na escola e comunidade para lidar de forma produtiva com situações de conflito envolvendo alunos, educadores e membros da comunidade (MADZA, 2007; p.17).

Para a efetivação do projeto, a Secretaria da Educação do Estado de São Paulo recebeu recursos – por meio da Fundação para o Desenvolvimento da Educação – FDE e da Coordenadoria de Ensino da Grande São Paulo – COGSP, em convênio como o Fundo Nacional de Desenvolvimento e o Ministério da Educação e Cultura.

Consta no “Plano de Trabalho” do MEC/FNDE (apud, PENIDO, s/d) que:

O projeto pretende rever o conceito de Justiça e o processo que é desencadeado para lidar com atos de violência e infração cometidos pelos jovens alunos, ao serem apreendidos pela polícia ou encaminhados ao Conselho Tutelar, através do trinômio Justiça, Educação e Cidadania, garantindo a integração entre justiça e a comunidade escolar. Estão contempladas ações preventivas para situações que ocorrem em escolas com vistas à superação da conduta que levou à violência, objetivando alterar a regra ética, as práticas jurídicas, os termos em que pode se assentar a solidariedade social, trazendo, para o momento atual, novo sentido no modo como se organiza a vida social. Busca-se uma luta contra a violência física primária. Poderá envolver alunos ou professores como vítimas ou agressores.

Tais recursos foram destinados exclusivamente para a realização da capacitação

dos facilitadores restaurativos, para que pudessem atuar em círculos restaurativos e para a capacitação de lideranças educacionais: 10 educadores por escola, professores, alunos, diretores e coordenadores, funcionários e representantes dos pais e mães, a ainda, integrantes das Varas Especiais da Infância e Juventude de São Paulo, capital, lideranças da comunidade de Heliópolis que apresentassem alguma ligação com o judiciário, assim descritos no quadro a seguir.

Assim educadores e lideranças de todos os tipos se prepararam por meio de capacitações nas quais era necessário pensar a logística de como tudo ia acontecer, na escola, com as lideranças envolvidas em diferentes aspectos, sempre com o foco no diálogo, na ética e no espírito de cooperação (PENIDO, s/d).

Visando ampliar o impacto do Projeto, sensibilizando, gradativamente, um número cada vez maior de pessoas para que possa revisitar suas percepções sobre a maneira possível de lidar com os conflitos e resolver questões de violência, foram organizados eventos com a participação de todos os atores envolvidos direta e indiretamente no processo.

O juiz responsável pela implantação do projeto na cidade de São Paulo, afirmou:

Mais tarde, deu-se a implantação de práticas restaurativas em 10 (dez) escolas públicas de ensino médio na região de Heliópolis no segundo semestre daquele ano, relata o magistrado. Concomitantemente, no bojo desta parceria, iniciou-se, também, a implementação do projeto junto a 10 escolas públicas de ensino médio na Cidade de Guarulhos/SP, que é coordenado pelo Juiz da Vara da Infância e Juventude daquela Comarca. O projeto teve a duração de três anos, tendo o convênio sido encerrado em 2009.

Constatou-se que as práticas restaurativas, por meio de seus feixes de ação, contribuem de modo eficaz para que a Educação e a Justiça cumpram com sua função pedagógica, social e libertária, transmitindo valores, possibilitando o empoderamento consciente de todos envolvidos numa situação de conflito e a restauração do valor justiça.

O mesmo juiz, explica os procedimentos:

Os círculos restaurativos são facilitados por pessoas que foram capacitadas em seminários de mais de 80 horas. Os círculos restaurativos possuem três fases: o pré-círculo (onde se pontua o foco do conflito a ser trabalhado, se estabelece quem participará do encontro e toda a logística dele); o círculo restaurativo (o qual se faz de modo ordenado, mediante técnicas de comunicação e mediação e resolução de conflito de modo não violento); o pós-círculo (onde se verifica se o acordo elaborado no círculo restaurativo foi cumprido, ou não, e nesse último caso as causas deste descumprimento.)

São requisitos para ocorrer o círculo restaurativo: (a) a voluntariedade de todos (não se faz o círculo de modo imposto); e (b) o reconhecimento pelo causador do dano da ação que a ele é imputada (no círculo, portanto, não se discutirá se ele fez ou não aquela ação; não se trata de uma câmara de julgamento, onde serão ouvidas testemunhas). O sigilo no círculo é observado.

Por fim, é importante ainda ressaltar, que concomitante à realização dos círculos, se busca a articulação de uma rede de apoio, que atue de modo sistêmico e interdisciplinarmente; e também mudanças institucionais e educacionais nas

escolas e nas Varas da Infância e Juventude, possibilitando as condições físicas e organizacionais para que os princípios que informam a Justiça Restaurativa possam fazer parte do projeto pedagógico da escola e das redes de atendimento do Judiciário.

Os Círculos se valem de uma estrutura para criar possibilidades de liberdade: liberdade para expressar a verdade pessoal, para deixar de lado as máscaras e defesas, para estar presente com um ser humano inteiro, para revelar nossas aspirações mais profundas, para conseguir reconhecer erros e temores e para agir segundo nossos valores mais fundamentais, restaurando a dignidade dos envolvidos. Para Silva (2009), o Estado Democrático de Direito tem por objetivo a eliminação das desigualdades sociais, realizando, assim, uma justiça social que assegure a dignidade da pessoa humana.

Depois de Heliópolis outras escolas receberam o mesmo tratamento, foram, até 2008: 42 escolas atendidas pelo projeto, 239 Lideranças educacionais, quase 300 facilitadores de práticas restaurativas e em torno de 100 profissionais da área da Educação que participaram de vários tipos de capacitação e videoconferências. Produtos como vídeos, livros e CD-ROM também foram disseminados entre as comunidades e escolas participantes. (MUMME, PENIDO, 2009).

Em Tatuí, segundo o juiz responsável pela implantação do projeto, afirmou que sua intenção era que as escolas, que antes mandavam os conflitos para o fórum começassem a fazer os círculos sem precisar que as partes se deslocassem do local.

Essa é a meta para que eu consiga avançar aqui, com situações mais complexas, como, por exemplo, o jovem no tráfico, explicou o juiz.

Eu não pretendo deixar os professores das escolas sem instruções. No início, vai promover reuniões para decidirem, juntos, quais providências devem ser tomadas diante dos problemas.

Quando aparecer um novo conflito, nós vamos nos reunir aqui, vamos pensar como vai ser o processo circular, vamos dar todo o suporte, mas, agora, nós vamos fazer na escola, eles sozinhos. Até posso mandar alguém da equipe para fazer junto, mas a intenção é deixá-los resolver sozinhos, ressaltou.

A justiça restaurativa não substitui o sistema judicial ou age suave com o crime. A justiça restaurativa espera infratores a assumir a responsabilidade por suas ações e auxilia-los na tomada de medidas para ajudar a curar o dano que causaram. O processo de justiça restaurativa não significa que não haverá tempo de prisão, conforme o caso McBride-Grosmaire mostra claramente. Isso significa que pode haver outras ações a vítima gostaria de ver acontecer (MCGRATH, 2014).

Em Tatuí, o posicionamento em 2013 era: “*Nossa ideia é montar centros ao longo do Estado, e que esses centros se tornem uma referência regional para difundir a Justiça*”.

De acordo com o Magistrado, a maioria dos criminosos é jovem, de até 25 anos,

“buscando reconhecimento das pessoas”. Segundo ele, a ideia de trazer a Justiça Restaurativa para Tatuí surgiu, também, devido a esse fator.

Os jovens, como qualquer um de nós, seres humanos, querem ser reconhecidos por alguém, querem um lugar, um espaço na sociedade. Acontece que, muitas vezes, esses jovens acabam encontrando esse lugar de reconhecimento através da transgressão e violência.

Enquanto o sistema de justiça juvenil está longe de ser perfeito, ele tem a capacidade tanto para prestar serviços de responsabilização e de reabilitação individualizado. Juventude no sistema juvenil pode ser removido da comunidade, quando o que é necessário para proteger o público - às vezes por um período de anos. Em instalações juvenis, a juventude deve receber o conjunto completo de serviços de ensino obrigatório, bem como “cuidado, orientação e tratamento”, de acordo com suas necessidades específicas. Isso ajuda a assegurar que os jovens vão deixar a guarda equipada para mover para a frente com sucesso em suas vidas (BURREL, 2014).

Entre as pessoas que participaram como voluntários, destacam-se os depoimentos de membros da secretaria de educação relatos na obra: Justiça e Educação em Heliópolis e Guarulhos: parceria para a cidadania.

...A empatia e a responsabilização, no lugar de julgamento e condenação, para que o problema seja, efetivamente, “descoberto”, para que não volte a se repetir. (Educadora, São Caetano)

Hoje eu ouço, muito mais as pessoas envolvidas no conflito, sem a obrigação de julgar e dar um veredito para o caso. Houve uma mudança de paradigma. (Educadora Heliópolis)

O ouvir de forma diferenciada, o ouvir de verdade, o ouvir com interesse voltado para o outro, tentar descobrir o que a pessoa está querendo sem falar, ou falando com pouca clareza. Esse ouvir nos dá pelo menos uma possibilidade de solução razoável, uma vez que permite identificar, ou chegar o mais perto possível, do problema.” (Educadora, Guarulhos)

O encaminhamento aos Círculos Restaurativos depende da admissão, pelo adolescente, da prática do ato tido como infracional, de sua concordância, bem como o consentimento do responsável, da vítima e da Defensoria. Isso se dá, em princípio, nos casos de prática de atos infracionais equivalentes aos delitos de menor potencial ofensivo.

A participação dos envolvidos – adolescente, seu responsável, vítima e pessoas por ambos indicadas – no Círculo Restaurativo, que tem como objetivo a efetiva responsabilização do jovem, com a percepção por ele, das consequências de seu ato, o empoderamento da vítima e da comunidade e a construção de acordo que importe na reparação dos danos causados e na restauração da relação rompida com a prática da infração. O encaminhamento ao Círculo propicia, também, que sejam verificadas e trabalhadas as causas da infração.

Uma vez que o agressor e as pessoas afetadas acordar um curso adequado de

ação, este plano de resolução é colocado em um contrato e assinado por todos os envolvidos. A pessoa que causou o dano é responsável por honrar o contrato dentro de um cronograma específico (BISHOP, 2014).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A implantação de uma cultura de paz em todos os segmentos da sociedade é ordem do dia na pauta mundial. O exemplo de concreção do direito que aqui se descreveu, é aquele que sai das normas abstratas e atinge a realidade, dando sentido concreto às normas num projeto intersetorial entre poder judiciário, políticas educacionais e sociedade civil. Na complexidade da sociedade atual, principalmente quando o foco é a violência que reside no bojo das gerações mais jovens, garantindo-se concretamente o direito de acesso à justiça, e cria-se a cultura do diálogo e da paz entre os homens.

Verifica-se o quanto a violência física e moral no interior das escolas têm contribuído para a queda da qualidade do ensino, para a evasão escolar e para o desânimo e a falta de motivação dos educadores. Neste cenário, Justiça Restaurativa aparece como uma proposta que, através de processos circulares, em que os envolvidos em atos ilícitos encontram-se como iguais, sejam os envolvidos no conflito, sejam os membros da sociedade a qual pertencem e que sofrem os reflexos desses atos, com a intenção de reparar os danos causados, restaurar o senso de justiça e reintegrar todos no seu convívio, por meio de diálogos que empoderem, aproximem e facilitem ações que beneficiem a todos.

Foi com essa filosofia que nasceram as ações patrocinadas pela Coordenadoria da Infância e Juventude do Tribunal de Justiça de São Paulo. No entanto, os locais pesquisados demonstraram enormes diferenças, apesar de todos terem como alavanca central o Poder Judiciário.

Também foi possível atestar que a parceria Justiça e Educação representa significativo avanço na abordagem da questão da violência nas escolas, da escola e contra a escola. Constatou-se que as escolas são espaços onde a implementação da Justiça Restaurativa se mostra não apenas de fundamental necessidade e urgência, mas, estrategicamente, como espaços de máxima eficácia na construção de uma efetiva Cultura de Paz, efetivando, assim o exercício da cidadania e respeitando a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

AMANCIO, Mila Loureiro de Castro. Justiça restaurativa: um novo modelo de Justiça. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2939, 19 jul. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19579>>. Acesso em: 11 abr. 2019.

BISHOP, Danny. Restorative Justice offers an alternative to traditional criminal process. **RJOB**.

Disponível em: <http://www.restorativejustice.org/RJOB/restorative-justice-offers-an-alternative-to-traditional-criminal-process> Acessado em: 12.04.2019.

BRASIL. **Lei Nº 12.594**, de 18 de Janeiro de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm. Acessado em: 12.04.2019.

BRASIL. Orientações técnicas para elaboração do Plano Individual de Atendimento (PIA) de crianças e adolescentes em serviços de acolhimento. **Ministério do Desenvolvimento Social**. 2018. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/arquivo/assistencia_social/OrientacoestecnicasparaelaboracaodoPIA.pdf. Acesso em: 12.04.2019.

BURREL, Sue. Prison for teen who lit “agender” youth’s skirt on fire thwarts healing. **RJOB**. Disponível em: <http://www.restorativejustice.org/RJOB/prison-for-teen-who-lit-agender-youths-skirt-on-fire-thwarts-healing>. Acessado em: 12.04.2019.

CANDIDO, Valeria Bressan. A iniciativa do poder judiciário do estado de São Paulo na implantação da justiça restaurativa: práticas de resgate da dignidade humana. **Dissertação**. Mestrado em Políticas Públicas. UMC. 2014

MCGRATH, Kelly. **Here's why restorative justice really works**. Disponível em: <http://www.restorativejustice.org/RJOB/kelly-mcgrath-heres-why-restorative-justice-really-works> Acessado em: outubro 2014.

MAZDA, Edmir (org). **Justiça e Educação em Heliópolis e Guarulhos**: parceria para a cidadania. São Paulo: CECIP, 2007

MELO, Eduardo Rezende, MADZA, Ednir, YAZBEK Vania Curi. **Justiça restaurativa e comunitária em São Caetano do Sul**: aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover a cidadania. Rio de Janeiro. CECIP, 2008.

MUMME, Monica Maria Ribeiro e PENIDO, Egberto de Almeida. Justiça e Educação: O Poder Público e a Sociedade Civil Na Busca de Ações de Resolução de Conflitos. In: I CONGRESSO MUNDIAL SOBRE JUSTIÇA JUVENIL RESTAURATIVA, 2009, São Paulo.

PARKER, Lynette. The Use of Restorative Practices in Latin America. **Third International Conference on Conferencing, Circles, and other Restorative Practices, “Dreaming of a New Reality.”** August 8-10, 2002. Minneapolis, Minnesota.

PARKER, Lynette. Developing Restorative Practices in Latin America. Restorative Justice in Emerging Countries 11th. **United Nations Congress on Crime Prevention and Criminal Justice Ancillary Meeting** 21 April 2005.

PENIDO, Egberto de Almeida. Justiça e Educação: parceria para a cidadania em Heliópolis/SP: a imprescindibilidade entre justiça restaurativa e educação. Coordenadora da Infância e da Juventude. **TJSP**. s/d. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/CoordenadoriaInfanciaJuventude/Pdf/JusticaRestaurativa/Artigos/ArtigoJR-IOB.pdf>. Acesso em 12.04.2019.

SILVA, Marco António Marques. Cidadania e Democracia: instrumentos para a efetivação da dignidade humana. In. MIRANDA, Jorge & SILVA, Marco A. M. **Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana**. Quartier Latin. São Paulo. 2009

SÃO PAULO. (Estado). **Resolução SE nº 19**, de 12 de fevereiro do 2010. Disponível em: http://siau.edunet.sp.gov.br/ItemLise/arquivos/19_10.HTM?Time=6/27/2013%205:28:39%20PM. Acessado em 11.04.2019.

SLAKMON, Catherine., DE VITTO Renato C. P.e PINTO, Renato S. G. (org.) **Justiça Restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD.

2005.

UNESCO. Declaração e Programa de Ação sobre uma Cultura de Paz. **Comitê Paz**. Disponível em: <http://www.comitepaz.org.br/download/Declaração%20e%20Programa%20de%20Ação%20sobre%20uma%20Cultura%20de%20Paz%20-%20ONU.pdf>. Acesso em: 12.04.2019)

ZEHR, Haward. **Trocando as Lentes**, um novo foco sobre o crime e a Justiça Restaurativa. Ed. Palas Athenas. 2008

CONTEXTOS E TRAJETÓRIAS DA EDUCAÇÃO INFANTIL NO BRASIL E EM PORTUGAL: DIREITOS E DESAFIOS

Thaís Oliveira de Souza

Universidade Estadual Paulista (UNESP)

Assis – São Paulo

PALAVRAS-CHAVE: Educação; Infância; Políticas.

CONTEXTS AND TRAJECTORIES OF THE CHILDREN EDUCATION IN BRAZIL AND PORTUGAL: RIGHTS AND CHALLENGES

ABSTRACT: Recently, the child education has gained an international prominence and receiving more investments in several countries across the globe. Many countries are trying to broaden the offer of this educational stage, taking into account the advances and researches in this area. The goal of this article is to reflect on the political processes that have influenced and still influence the history of the young children education in Brazil and Portugal. We carried out a bibliographical research that sought to understand the historical moments that impacted the education and care of small children in the 19th and 20th centuries. After this discussion, we will present a brief history of the development of the early childhood education in Portugal and Brazil. Finally, we will present the political and structural characteristics of the preschool education that currently correspond to the reality of these countries. In this article, we verified, in the current legislation, the presence of ideologies that have crossed old policies regarding teacher education and the operation

RESUMO: A educação infantil vem, nos últimos anos, ganhando destaque no cenário internacional e recebendo cada vez mais investimentos governamentais em diversos países do globo. Muitos países têm buscado expandir essa etapa educacional, considerando os avanços e as pesquisas voltadas à área. O presente trabalho busca fazer uma reflexão acerca dos processos políticos que influenciaram e que continuam a envolver a história da educação de crianças pequenas no Brasil e em Portugal. Nós realizamos uma pesquisa bibliográfica que buscou compreender os momentos históricos que impactaram a educação e o cuidado de crianças pequenas nos séculos XIX e XX. Após esta discussão, traremos um breve histórico do desenvolvimento da educação infantil em Portugal e no Brasil. Por fim, traremos as características políticas e estruturais da educação infantil que vigoram atualmente nestas duas realidades. Neste estudo, verificamos, na atual legislação, a presença de ideologias que perpassaram antigas políticas referentes à formação docente e ao funcionamento de instituições de educação e cuidado de crianças pequenas.

of the institutions of education and care of small children.

KEYWORDS: Education; Childhood; Politics.

1 | INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é refletir acerca dos momentos e processos políticos que impactaram e continuam a influenciar a história da educação e do cuidado de crianças pequenas no Brasil e em Portugal. Este estudo é oriundo de uma pesquisa de doutorado, realizada no Brasil, na Universidade Estadual Paulista (UNESP/Assis), com apoio da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (Processo FAPESP nº 2013/23046-6) e contou com um período de Estágio e Pesquisa na Universidade de Aveiro, Portugal (Processo FAPESP nº 2015/03693-2). O trabalho aqui apresentado foi publicado inicialmente nos Anais do IX Seminário Internacional de Direitos Humanos da UFPB (SOUZA, 2017).

Ao vermos a história da Educação Infantil no Brasil e em Portugal, observamos as influências de outros países e tendências mundiais que se refletiram na forma como os dois países olham e fomentam as ações nessa etapa da educação básica, assim percebemos que apesar das diferenças políticas e geográficas, eles possuem muitos pontos em comum na organização e no planejamento das práticas em Educação Infantil. Buscamos neste trabalho revelar os movimentos de avanços e retrocessos na educação infantil, demonstrando como os fatos históricos e ideologias dominantes influenciaram a história da educação e cuidado da criança pequena.

A experiência entre dois distintos países vem enriquecer nosso olhar e nos alertar para velhas e novas práticas que estagnam a educação. Para alcançar nosso objetivo realizamos uma pesquisa bibliográfica, focando os períodos políticos pelos quais passaram os dois países (FAUSTO, 1995), evidenciando o surgimento de instituições não domésticas de cuidados e educação de crianças pequenas (CARDONA, 1997; PASCHOAL & MACHADO, 2009; VASCONCELOS, 2000) e os avanços políticos que surgiram nesta área com o processo de redemocratização pelo qual os dois países passaram. Destarte, tentamos compreender os momentos históricos que permearam os séculos XIX e XX, impactando o atendimento à criança.

2 | A EDUCAÇÃO DE CRIANÇAS PEQUENAS NOS SÉCULOS XIX E XX: INFLUÊNCIAS MUNDIAIS

Brasil e Portugal são países ocidentais, estruturalmente capitalistas e compartilharam muitas transformações ocorridas mundialmente, cada um em tempos e em momentos políticos distintos. Não podemos nos esquecer que as marcas culturais que os dois países possuem em comum também são fruto de anos de exploração colonial. A imposição religiosa e os costumes além-mar trouxeram

normas de comportamento, de formação familiar e, por conseguinte, dos papéis assumidos por cada pessoa nesta sociedade de acordo com gênero, raça e idade. A educação, de um modo geral, veio a propagar e reproduzir essa cultura, muitas vezes excludente.

A Revolução Industrial foi um acontecimento que impactou todo o globo, porém em diferentes momentos. Com ela, surgiu uma grande classe operária já que a inclusão de máquinas na produção possibilitou a entrada de pessoas consideradas mais “frágeis” fisicamente. Assim, crianças e mulheres começaram a trabalhar nas fábricas, o que modificou significativamente o modo como se dividia a organização do trabalho na família tradicional e mudou a forma como era dado os cuidados as crianças pequenas, já que neste momento tal ação era vista como de responsabilidade da mulher mãe de família.

Segundo Cardona (1997) a criação de instituições para crianças pequenas surge inicialmente nos países mais industrializados, a Inglaterra foi o país onde elas primeiro surgiram (1816), seguido da França em 1826. Em Portugal, elas começaram a surgir mais tarde, pois a Revolução Industrial não foi sentida tão fortemente. No Brasil, esse período parece ter chegado mais tarde ainda.

Paschoal & Machado (2009) trazem um panorama mundial do desenvolvimento da educação da infância para refletir sobre esse momento no Brasil. As autoras relatam que tanto nos Estados Unidos quanto na Europa, as instituições infantis surgem já com um princípio pedagógico, não estando assim, exclusivamente ligadas ao cuidado e a assistência da criança pequena.

Este posicionamento derruba o discurso de que, na sua origem, essas instituições tiveram apenas uma função assistencialista, diferenciando-se de outros estabelecimentos, como, por exemplo, os jardins de infância, que, já na sua criação, apresentavam um trabalho voltado não só para os cuidados infantis, mas para um trabalho eminentemente pedagógico (PASCHOAL & MACHADO, 2009, p. 79).

Como podemos perceber, a educação infantil, como qualquer outro elemento sócio-cultural, está mergulhada em uma teia de relações que a atinge direta ou indiretamente. A educação de infância no mundo foi fortemente marcada por movimentos sociais, de luta e resistência.

A EDUCAÇÃO DE INFÂNCIA EM PORTUGAL E SEU DESENVOLVIMENTO NOS SÉCULOS XIX E XX

Como já mencionado anteriormente, as instituições de cuidado e educação de crianças pequenas nos países da Europa, começaram desde o início tendo também um caráter pedagógico. Em Portugal a industrialização, movimento que impulsionou a criação de ambientes não domésticos para o cuidado de crianças pequenas, foi sentida de forma tardia em relação ao restante da Europa, porém, mesmo

considerando esses fatores, já podemos dizer que no século XIX em Portugal, a educação da infância já possui uma considerável valorização. Cardona (1997) coloca como sendo no período de 1834 a 1909 o início da educação de infância como parte do sistema educativo no país.

Em 1834 foi criada a primeira instituição para crianças em Portugal, estava ligada à “Sociedade das Casas da Infância Desvalida” (SCAID), apesar do cunho fortemente assistencial, a instituição também ressaltava uma função educativa, buscando dar “educação e instrução às crianças pobres de ambos os sexos” (CARDONA, 1997, p. 27).

Apenas depois da década de 1870 é que a criação de instituições de cunho educativo a crianças pequenas é sentido de forma mais forte. A partir de 1879, a expressão “asilos de educação” é paulatinamente substituída por “Jardim de infância”. Em 1882 é criado em Lisboa um Jardim de infância público. Nesse mesmo ano é criada também a “Associação das Escolas Móveis” que tem como uma das maiores finalidades a criação de Jardins-escolas que seguissem o método de leitura João de Deus, que considerava a leitura como um processo que deve ser iniciado na infância. A obrigatoriedade da criação de creches por parte das fábricas que tenham mais de 50 trabalhadoras vem em 1891. A temática de educação da infância foi uma das mais discutidas nos anos de 1881 e 1884 nas Conferências Pedagógicas em Portugal. Em 1896 defini-se que só serão admitidas ao trabalho nas escolas infantis, mulheres habilitadas “com curso de formação de professoras da escola primária” (CARDONA, 1997, p. 31).

Em 1910 foi implantada a República em Portugal. O período entre 1910 e 1932 é caracterizado, segundo Cardona (1997) pela procura de especificidade na educação da infância. A educação de crianças pequenas ganha destaque. No início da República a alfabetização surge como uma prioridade, já que nesse momento a taxa de analfabetismo em Portugal era cerca de 70% da população maior que sete anos de idade.

Vasconcelos (2000) relata que no início da República (1910-1926) com o ensino infantil oficial, que aglutinava crianças dos quatro aos sete anos de idade de ambos os sexos, escolas foram criadas e se destacou a formação de professores específica em educação infantil. Mas, é de se salientar que isso não significou uma grande expansão. Após esse período, o país passou por momentos conturbados politicamente.

Com um golpe militar em 1926, o país vivenciou até 1928 o período ditatorial. De 1928 a 1933 designa-se o período de Ditadura Nacional. Com a Constituição portuguesa de 1933 institucionalizou-se o Estado Novo. Estado Novo foi um regime político autoritário que teve duração de 41 anos, até a Revolução de 25 de abril de 1974, quando se inicia um período de redemocratização.

Cardona (1997) relata que nos anos 1930, Portugal tinha uma economia das mais atrasadas da Europa, sendo considerado um país rural. Segundo a autora a

educação ganhou um papel importante nesse novo regime, “Passa a ser tarefa da escola a propaganda das idéias defendidas pelo Estado, sendo esta vista como um meio privilegiado para doutrinação do povo” (CARDONA, 1997, p. 48).

O regime político definiu medidas legais para consolidar a educação de infância como uma tarefa das mães de família. Assim, defendia-se que a mulher devia zelar pelo bem-estar da sua família, ocupando-se das tarefas de casa e cuidando dos filhos. “De acordo com estas idéias, os principais valores transmitir às crianças passam a ser os tradicionalmente defendidos pela igreja: a obediência, a resignação, a caridade” (CARDONA, 1997, p. 48).

Ainda segundo Cardona (1997) foi em 1934 que um decreto acabou com a obrigatoriedade das fábricas criarem creches para os filhos das mulheres trabalhadoras. No mesmo ano são publicados os Estatutos da “Obra das Mães para a Educação Nacional”, sendo essa responsável para orientar as mães de acordo com as ideias do regime. Outro decreto, em 1937, acabou por ocasionar o fechamento das escolas infantis oficiais.

Tudo isso representou um grande retrocesso na história da educação da infância em Portugal.

[...] para além dos motivos econômicos indicados, observa-se que subjacente a esta posição estiveram também motivos de ordem ideológica, apesar de não claramente explicitados, que vão ao encontro da posição do Estado Novo em relação ao papel da mulher (CARDONA, 1997, p. 50).

A industrialização, no Estado Novo, é vista como uma má influência na “harmonia da família tradicional”. Cardona (1997) fala que, “Inspirada nas idéias católicas, vendo o homem como fruto do pecado original, a pedagogia do Estado Novo baseava-se numa concepção da “má” natureza humana que através da educação deveria ser orientada” (CARDONA, 1997, p. 50).

Observamos assim, uma pedagogia autoritária, baseada na doutrinação moral. No que se refere à educação das crianças pequenas, para aqueles casos indispensáveis onde o ambiente familiar fosse considerado deficitário, ela auxiliaria a superar essas deficiências do seio familiar. Vemos, dessa forma, a volta do caráter assistencialista das instituições infantis. Apartir daí segue-se um longo entrelaçamento da educação infantil com a assistência social (CARDONA, 1997). Para Vasconcelos (2000) as iniciativas que conseguiam permanecer eram principalmente ligadas à assistência social. Por outro lado, também houve o desenvolvimento de instituições particulares voltadas ao atendimento de crianças de famílias abonadas.

Formosinho (2016) relata que com as transformações advindas com a Segunda Guerra Mundial (1939 – 1945) o emprego feminino em Portugal também se estende a classe média. Nessa época, a crescente urbanização e desenvolvimento tecnológico “veio a acrescentar-se a consideração do trabalho feminino como realização pessoal e profissional e o seu reconhecimento como exercício dos direitos cívicos, nos quais se inclui o direito ao trabalho.” (FORMOSINHO, 2016, p.84).

Com o país passando por sérios problemas sociais e econômicos em 1974 ocorre a Revolução de 25 de abril, é o fim do Estado Novo (1933 – 1973) e o início de um período de redemocratização. Segundo Cardona (1997) apenas a partir dos fins dos anos de 1970, é que a educação infantil presenciou grande desenvolvimento. Vasconcelos (2000) relata que até a década de 1980, os governos ainda não tinham reconhecido o valor da educação infantil em Portugal. Até aí a educação da infância estava voltada ao setor privado e a taxa de desenvolvimento do pré-escolar era mínima, tratando-se de rede pública.

Após o fim do Estado Novo a educação de infância foi reintegrada ao sistema educativo. No período revolucionário houve muitas iniciativas populares, mas apenas em 1977 é que se cria uma rede oficial de educação pré-escolar: “Em dezembro de 1978 são criados os primeiros jardins de infância estatais e em 1979 é publicado o Estatuto dos Jardins de Infância” (FORMOSINHO, 2016, p. 85).

Formosinho (2016) relata que após esse período houve uma diversidade na demanda de atendimento das crianças pequenas o que diversificou assim a oferta de serviços destinados a essa área, são eles: serviços de cuidados de guarda, serviços de cuidados de assistência social, serviços de recreio e socialização, serviços de atendimento temporário e serviços educativos.

Foi na década de 1980 que as Escolas Normais do Magistério foram substituídas pelas Escolas Superiores de Educação que objetivavam formar educadores de infância e professores da educação básica. É em 1986 que a Lei de Bases do Sistema Educativo insere a Educação Pré-escolar no sistema formal de ensino, fato que aumentou a oferta dessa etapa. Em 1997 foi publicada a Lei-Quadro para a Educação Pré-escolar definindo-a como primeira etapa da educação básica (VASCONCELOS, 2000).

Vasconcelos (2000) esclarece que atualmente dos zero ao três anos de idade o atendimento de crianças pequenas possui oferta formal e não formal. A oferta não formal abrange os cuidados de amigos, parentes, pessoas conhecidas com ou sem vínculo profissional – empregados domésticos e amas não-licenciadas. A oferta formal inclui a oferta em creche, amas licenciadas, creches familiares dependentes do Ministério da Solidariedade e Segurança Social. Para crianças dos três aos seis anos há os jardins de infância (público, privado ou de iniciativa solidária) esses vinculados ao Ministério da Educação.

3 | A EDUCAÇÃO INFANTIL NO BRASIL E SEU DESENVOLVIMENTO AO LONGO DO SÉCULO XX

Segundo Paschoal & Machado (2009) nos fins do século XIX, com a abolição da escravidão e o início da República, ocorreram isoladamente iniciativas de proteção à infância, buscando, sobretudo diminuir a mortalidade infantil. Durante muito tempo,

a roda de expostos foi a única instituição de assistência à criança abandonada no Brasil, ela só foi extinta por volta de 1950. Organizações filantrópicas se dedicaram a criação de creches, “a criação dos jardins de infância foi defendida, por alguns setores da sociedade, por acreditarem que os mesmos trariam vantagens para o desenvolvimento infantil, ao mesmo tempo foi criticado por identificá-los com instituições européias” (PASCHOAL & MACHADO, 2009, p.83). Diante do exposto, para relatar o desenvolvimento da educação infantil no Brasil, iniciamos então, nosso breve histórico, já no século XX.

Com a industrialização, que chegou de forma tardia no Brasil em relação aos países da Europa, os movimentos operários ganharam forças, “Eles começaram a se organizar nos centros urbanos mais industrializados e reivindicavam melhores condições de trabalho; dentre estas, a criação de instituições de educação e cuidados para seus filhos” (PASCHOAL & MACHADO, 2009, p. 83). O trabalho feminino é incorporado nas fábricas, no Brasil,

As mães operárias que não tinham com quem deixar seus filhos, utilizavam o trabalho das conhecidas mães mercenárias. Essas, ao optarem pelo não trabalho nas fábricas, vendiam seus serviços para abrigarem e cuidarem dos filhos de outras mulheres (PASCHOAL & MACHADO, 2009, p. 80).

Sem nenhum preparo para cuidar e educar crianças pequenas, eram frequentes os relatos de maus-tratos. Assim, começaram a surgir instituições, principalmente filantrópicas, para zelar por esta infância pobre.

Dessa forma, Paschoal & Machado (2009) salientam que no Brasil, diferente dos países europeus, a creche foi criada exclusivamente com caráter assistencialista.

[...] com o intuito de auxiliar as mulheres que trabalhavam fora de casa e as viúvas desamparadas. Outro elemento que contribuiu para o surgimento dessas instituições foram as iniciativas de acolhimento aos órfãos abandonados que, apesar do apoio da alta sociedade, tinham como finalidade esconder a vergonha da mãe solteira (PASCHOAL & MACHADO, 2009, p. 82).

A educação infantil no Brasil, assim como em Portugal, também foi marcada intensamente pelos movimentos de democratização e redemocratização, da mesma forma como pela Revolução Industrial.

Na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional de 1961 a educação pré-primária atingia crianças até os 7 anos. Foi nesse período que no Brasil ficou estipulado que as empresas que utilizavam serviços femininos necessitavam manter instituições de atendimento à criança pequena. No período militar as políticas em nível federal refletiam uma ideia de creche a partir de uma assistência à criança carente (OLIVEIRA, 2010).

Como esclarece Fausto (1995), depois da experiência democrática no período de 1945 a 1964, o Brasil teve a experiência de um regime autoritário, onde o poder foi tomado pelos militares, sem perspectiva de saída.

O movimento de 31 de março de 1964 tinha sido lançado aparentemente para livrar o país da corrupção e do comunismo e para restaurar a democracia, mas

o novo regime começou a mudar as instituições do país através de decretos, chamados de Ato Institucionais (AI). Eles eram justificados como decorrência “do exercício do Poder Constituinte, inerente a todas as revoluções” (FAUSTO, 1995, p. 465).

O Brasil passou por 21 anos de ditadura, com o golpe militar de março de 1964. Durante esse momento, vários Atos Institucionais foram decretados para legitimar e legalizar as ações do regime. O Ato Institucional nº 5, veio a infligir várias garantias constitucionais, dando pleno poder ao Presidente da República. Anos de danos na economia e na sociedade, com diminuição de direitos, mostrou que o Brasil possuía também uma forte resistência. O fim desse período caiu no movimento “Diretas Já”, que pedia votação direta para presidente, porém, o processo de redemocratização se deu de forma lenta. A Nova República veio com a eleição de Tancredo Neves em 1985, eleito pelo colégio eleitoral. Falecendo antes de assumir o cargo, José Sarney, o vice eleito tornou-se presidente do Brasil. A partir de então começou um grande debate para a elaboração da nova constituição (LIMA, 2012).

Com o término do regime militar a ideia de creche como referente também ao Estado ganha força. Vários setores da sociedade buscaram sensibilizar a população sobre a importância e o direito da criança pequena em ter uma educação de qualidade independente de sua classe social.

A Constituição de 1988 veio reconhecer o direito da criança pequena a uma educação de qualidade. Em seu Art. 208, a Constituição Federal de 1988 preconiza que é dever do Estado garantir a educação infantil às crianças até seis anos. Este texto foi posteriormente alterado pela Emenda Constitucional 59/2009, para crianças de até cinco anos, sendo obrigatória a matrícula na pré-escola. A Lei de Diretrizes e Bases de 1996 – LDB considerando a Constituição de 1988 adota a ideia de criança como um sujeito de direitos, assim, tendo o direito à educação infantil considerada a primeira etapa da educação básica. No Brasil presenciamos um movimento lento de migração da educação infantil das secretarias de assistência social para as secretarias de educação.

É a partir dos anos de 1990 que o Ministério da Educação – MEC produz e estimula publicações sobre a prática pedagógica na educação da infância e em formação de professores. Em 1998 vemos a publicação do Referencial Curricular Nacional de Educação Infantil - RCNEI, pelo Ministério da Educação e do Desporto e em 2009 a Resolução Nº 5, fixou as Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Infantil (DCNEI).

Acerca da formação docente para a educação infantil, ela só ganhou mais destaque a partir da década de 1990, onde é estabelecida a Lei 9394/96 que traz a necessidade de formação em nível superior específica para a área (KISHIMOTO, 1999). Na LDB - Lei 395/96 vemos que é admitida como formação mínima a oferecida em nível médio na modalidade Normal.

4 | BRASIL E PORTUGAL: POLÍTICAS E DESAFIOS

Os contextos históricos marcaram fortemente as políticas educacionais. Nos dois países analisados o regime autoritário – Período militar no Brasil e o Estado Novo em Portugal – significou um momento de estagnação na história da educação de crianças pequenas. Com o momento de redemocratização nos dois países, a partir de nossas análises, percebemos duas formas distintas de tratar e fomentar essa etapa educacional, que gera para cada um dos países, desafios e conquistas igualmente distintas.

Após os regimes autoritários, vários documentos, foram criados para orientar as práticas em educação infantil. As Orientações Curriculares para Educação Pré-escolar – OCEPE (Portugal) constituem um conjunto de princípios que objetivam apoiar o educador infantil na sua prática profissional. A Lei nº 5/97, de 10 de Fevereiro, nomeada como Lei Quadro da Educação Pré-Escolar, em seu Artigo 2º define:

A educação pré-escolar é a primeira etapa da educação básica no processo de educação ao longo da vida, sendo complementar da acção educativa da família, com a qual deve estabelecer estreita relação, favorecendo a formação e o desenvolvimento equilibrado da criança, tendo em vista a sua plena inserção na sociedade como ser autónomo, livre e solidário.

Percebemos que a importância da família já fica evidenciada na definição de educação da infância, também ressaltando a formação social da criança. Vemos um esforço para fomentar uma educação voltada a cidadania e o multiculturalismo.

As Diretrizes Curriculares Nacionais pra a Educação Infantil, no Brasil, definem que a Educação Infantil é,

Primeira etapa da educação básica, oferecida em creches e pré-escolas, às quais se caracterizam como espaços institucionais não domésticos que constituem estabelecimentos educacionais públicos ou privados que educam e cuidam de crianças de 0 a 5 anos de idade no período diurno, em jornada integral ou parcial, regulados e supervisionados por órgão competente do sistema de ensino e submetidos a controle social.

Observamos que toda a educação infantil, creche e pré-escola, é regulada e supervisionada pelos órgãos de ensino, o que não acontece em Portugal onde a creche é vinculada ao Ministério da Solidariedade e Segurança Social e a pré-escola ao Ministério da Educação. Salienta-se na definição do DCNEI, a diferenciação entre espaços domésticos e institucionais. O documento ainda esclarece que é dever do Estado à oferta pública, gratuita e de qualidade. Sendo obrigatória a matrículas de crianças de quatro e cinco anos na educação pré-escolar. Em Portugal toda a educação infantil é de frequência facultativa.

Como vimos anteriormente, no Brasil desde o surgimento de instituições de cuidado e educação da criança pequena havia um caráter essencialmente assistencialista. As instituições eram criadas para diminuir a pobreza e tentar “salvar” a infância carente. Depois da ditadura militar, documentos como a Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente e Lei de Diretrizes e

Bases da Educação significaram um grande avanço nessa área. Porém, a nosso ver, esses avanços pegaram um Brasil despreparado. Ao mesmo tempo em que se prega uma formação docente de qualidade, o educador precisa trabalhar a baixos salários. Sabe-se da importância da formação docente inicial e continuada, porém, é comum vermos a contratação de profissionais leigos. O Educar e o Cuidar de crianças pequenas são duas ações de grande complexidade e que necessitam de uma formação sólida e interdisciplinar. Não tendo uma formação adequada, vemos que se acaba por “escolarizar” essa educação transformando-a em uma preparação ao Ensino Fundamental, onde o principal é ensinar as letras e números, ensinar a ler e escrever. Ou seja, ensinar conteúdos “quantificáveis”, tendo assim, um produto palpável para apresentar a pais e órgãos públicos.

Em Portugal o desafio parece ser outro, aparentemente uma questão já superada no contexto brasileiro. No país o atendimento das crianças de zero a três anos, como já mencionado, não é de responsabilidade do Ministério da Educação, mas sim, do Ministério da Solidariedade e Segurança Social. Tais Ministérios possuem lógicas e funcionamentos diferentes. Acreditamos ser isso fruto da estreita ligação histórica da educação infantil com a assistência social, intensificada no regime autoritário. Para os documentos portugueses a educação das crianças de zero a cinco anos é tida como um direito da criança, porém é uma escolha da família, dessa forma ela não é obrigatória. No Brasil, a educação das crianças de quatro a cinco anos tem caráter obrigatório, e é dever do Estado fornecer a educação de crianças de zero a três anos a todas as famílias que desejarem.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Até o século XIX a criança era educada no seio familiar. É com o advento da industrialização que surge a necessidade de guarda infantil, proveniente do trabalho feminino assalariado e assim, da impossibilidade das mulheres continuarem com seus filhos em casa. Esse contexto é comum tanto ao Brasil, quanto em Portugal. Com a ressalva de que no Brasil esse processo de industrialização chegou mais tarde. Assim, podemos dizer que o atendimento à infância no século XIX e século XX, nesses dois países nasceu com cunho assistencialista. O que se buscava era um local seguro para que a criança pequena pudesse ficar enquanto as mães trabalhavam. Porém, há uma diferença que precisa ser citada. Apesar do cunho assistencialista, a educação de crianças pequenas em Portugal também tinha um caráter educativo no seu surgimento.

O regime autoritário nos dois países estagnou as ações voltadas à educação de crianças pequenas. Apenas com os processos de redemocratização é que foram conquistados grandes avanços na área. Porém, esses momentos de estagnação deixaram marcas que ainda hoje se apresentam como grandes desafios.

Essa análise faz-nos pensar nas contribuições que a história de cada um,

marcada por lutas e resistências, pode contribuir para repensar formas de superar nossas dificuldades. No Brasil, a necessidade da criação de uma identidade e profissionalização docente parece fazer com que tratemos nossas crianças como alunos, antecipando a escolaridade na esperança de um futuro sucesso escolar, tratando o educador como professor. A real falta de formação docente de qualidade deforma o ato de “educar” que deve estar integrado ao cuidar. Em Portugal, a ideia de que cabe primeiramente a família decidir sobre a educação dos filhos, traz nas políticas uma educação infantil dividida entre dois Ministérios, o Ministério da Solidariedade e Segurança Social e o Ministério da Educação, fragmentando práticas e dificultando a universalização dessa etapa. De outro modo, a universalização da educação infantil no Brasil esbarra na qualidade do real atendimento às crianças, refletindo em imensas listas de espera.

REFERÊNCIAS

- BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, 05 de outubro de 1988.
- BRASIL, **Lei n. 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.
- BRASIL, **Lei n. 9.394**, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional.
- BRASIL, Ministério da Educação e do Desporto. Secretaria de Educação Fundamental. **Referencial curricular nacional para a educação infantil**. Brasília, DF: MEC/SEF, 1998.
- BRASIL, **Resolução CNE/CBE n. 5**, de 2009. Fixa as Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Infantil. Brasília, DF: Câmara de Educação Básica/CNE/MEC, 2009.
- CARDONA, Maria João. **Para a História da Educação da Infância em Portugal**. Porto: Porto Editora, 1997.
- FAUSTO, Boris. **História do Brasil**, 2º Ed. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 1995.
- FORMOSINHO, João. Transitando entre duas culturas institucionais: da educação de infância à educação primária. In: Formosinho, J.; Monge, Graciela.; Julia Oliveira-Formosinho (Orgs.). **Transição entre ciclos educativos: uma investigação praxeológica**. Porto: Porto Editora, 2016.
- KISHIMOTO, Tizuko Mochida. Política de formação profissional para a educação infantil: Pedagogia e Normal Superior. **Educação & Sociedade**, ano XX, nº 68, Dezembro/1999.
- LIMA, Daniela de. A ditadura militar, a redemocratização e a democracia representativa no Brasil. **Revista Jurídica – CCJ**. v. 16, nº. 31, p. 75 - 92, jan./jul. 2012.
- OLIVEIRA, Zilma Moraes Ramos de. O Currículo na Educação Infantil: o que propõem as novas diretrizes nacionais? **Anais do I Seminário Nacional: currículo em movimentos - Perspectivas atuais**, Belo Horizonte, 2010.
- PASCHOAL, Jaqueline Delgado & MACHADO, Maria Cristina Gomes. A História da Educação Infantil no Brasil: avanços, retrocessos e desafios dessa modalidade educacional. **Revista HISTEDBR On-**

line, Campinas, n.33, p.78-95. 2009.

PORUGAL, Diário da República. Despacho nº 5220/97 de 10 Julho de 1997: **Orientações Curriculares para a Educação Pré- Escolar**. 1997.

PORUGAL, Diário da República. **Lei-Quadro nº 5/97** de 10 de Fevereiro. Lei Quadro da Educação Pré-escolar, 1997.

RIBEIRO, Antônio Sérgio. **A Mulher e o Voto**. São Paulo: ALESP, 2012.

SOUZA, Thaís Oliveira de. A Educação Infantil no Brasil e em Portugal: distanciamentos e aproximações, lutas e resistência. In: FERREIRA, Lúcia de Fátima Guerra; MOURA, Lúcia Lemos Dias de; FRANÇA, Marlene Helena de Oliveira França; ARAÚJO, Marlene de Melo Barboza. (Orgs.). **Anais do IX Seminário Internacional de Direitos Humanos da UFPB. Desafios e perspectivas da democracia na América Latina**. Coleção Direitos Humanos. João Pessoa: CCTA, 2017.

VASCONCELOS, Teresa. Educação de Infância em Portugal: perspectivas de desenvolvimento num quadro de posmodernidade. **La Revista Iberoamericana de Educación**, n. 22, 2000.

TRANSEXUALIDADE E O DIREITO AO PRÓPRIO CORPO: NOME E IDENTIDADE DE GÊNERO COMO FORMA DE ACEITAÇÃO SOCIAL

Alberto Barreto Goerch

Docente do Curso de Direito da Universidade Franciscana - UFN e do Curso de Direito da Faculdade Dom Alberto. Presidente da Comissão da Diversidade Sexual e Gênero e Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/ Subseção de Santa Maria. Social. E-mail: betogoerch@gmail.com

Bhibiana Gabriela Marques Coelho

Acadêmica do sétimo semestre do curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria-FADISMA. E-mail:bhibianagabrielacoelho@gmail.com

Sandra Teresinha dos Santos Marques

Acadêmica do sétimo semestre do curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria-FADISMA. E-mail:bhibianagabrielacoelho@gmail.com

como enfatizar a necessidade da efetivação de direitos em face de uma sociedade dogmática. O presente trabalho será dividido em três capítulos, em primeiro plano, um enfoque histórico e contextualização social do individuo transexual; seguido de um capítulo dedicado ao uso dos princípios constitucionais, tratando dos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana, com seguimento aos direitos da personalidade sendo este o direito ao nome e ao próprio corpo. Metodologicamente a abordagem será dedutiva com procedimento histórico e técnica de pesquisa bibliográfica baseada em doutrinas e legislação, com enfoque na falta de regulamentação e garantias à pessoa transexual.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Gênero Transexualidade.

RESUMO: O presente artigo visa apresentar de forma panorâmica a falta de garantia dos direitos atrelados aos transexuais, falta de regulamentação à identidade do transexual e da cirurgia de readequação sexual como uma garantia de direito da personalidade humana. Assim a pessoa transexual ainda está à margem do Direito Brasileiro, havendo uma grande resistência social em aceitar as diferenças, movidos por preconceito. O mesmo tem por objetivo refletir sobre a discriminação e mitos relacionados aos transexuais, bem

TRANSEXUALITY AND THE BODY
INTEGRITY RIGHT: NAMING AND
GENDER IDENTITY AS WAY TO SOCIAL
ACCEPTANCE

ABSTRACT: This article aims to report widely the lack of enforcement in transsexual related rights, lack of regulation about the identity and the sex reassignment surgery as exercise of personality rights. Therefore, the transsexual person lives in the margins of the Brazilian law,

fueled by prejudice, there is great resistance to change. The article took as objective to move away these prejudices and myths circumventing transsexuals, as well as to emphasize the need for rights enforcement inside the dogmatic Brazilian society. The work was divided in three chapters, subdivided in two subtitles: at first, a historical approach combined with contextualization, followed by a chapter dedicated to the use of constitutional principles; principle of equality, principle of dignity, the right to personality subdivided by naming and body rights. The development methodology is related to bibliographic research based in doctrine and legislation, focusing on the lack of regulation and enforcement of rights for the transsexual person.

KEYWORDS: Right. Gender. Transsexuality

1 | INTRODUÇÃO

Vive-se em pleno século XXI, ao qual, após vinte e um anos de repressão com a ditadura militar, encontram-se os gritos das minorias pela conquista de seus direitos, devido à falta de segurança e visibilidade no âmbito jurídico. Assim, caracteriza-se a comunidade LGBTQI+ (lésbicas,gays,bissexuais,transexuais, transgêneros, travestis, queers,intersexuais), mais especificamente a comunidade transexual, sendo a mesma encontrada em situação de vulnerabilidade, por portar-se de maneira incomum (visando o sexo oposto) fora dos padrões impostos pela sociedade, em maior evidência devido à incompatibilidade com a sua identidade legal (prenome/ sexo no registro civil).

A comunidade Transexual vem lutando para sair da marginalização e conseguir, à luz do direito ser o que são de fato, sendo cruel e inegável a exposição dos mesmos a falta de direitos fundamentais encontrados no Artigo 5º da Constituição Federal de 1988, mesmo que protegidos pela Portaria nº 1955/2010, ligada ao Conselho Federal de Medicina (CMF), sendo a mesma explicada ao longo do artigo, devido à grande repercussão. O presente artigo tem por objetivo a análise da situação jurídica do mundo transexual, e como as barreiras sociais influenciam na vida e vivência em grupo desta comunidade. Ao buscar compreender a situação em questão, vemos que os transexuais esbarram em problemas sociais, principalmente fundados no preconceito e na pouca popularização da conduta de inclusão social, tampouco possuem resquício de um tratamento voltado para a dignidade da pessoa humana, possuindo duas dimensões de aplicação, consideradas: o efeito positivo que impõe ao Estado o fornecimento do mínimo essencial para manter a dignidade das pessoas, em contrapartida do efeito negativo que proíbe a prática dos atos atentatórios contra a mesma, sendo invocada a força do Artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil.

A seguir, o artigo será dividido em três capítulos: Em primeiro plano, um enfoque histórico e contextualização social do indivíduo transexual, seguido por um capítulo dedicado ao uso dos princípios constitucionais, tratando do princípio da isonomia e

do princípio da dignidade da pessoa humana, posteriormente inseridos ao capítulo dedicado aos direitos da personalidade tratando do direito ao nome e direito ao próprio corpo. Metodologicamente a abordagem será dedutiva com procedimento histórico e técnica de pesquisa bibliográfica baseada em doutrinas e legislação, com enfoque na falta de regulamentação e garantias à pessoa transexual, enquadrando-se na linha de pesquisa voltada para o Constitucionalismo e concretização de Direitos.

2 I TRANSEXUALIDADE: CONCEITO E HISTORICIDADE

Primeiramente, para a compreensão da transexualidade, é necessária a diferenciação entre sexo, identidade de gênero e expressão de gênero.

O sexo do individuo é determinado pela anatomia do corpo, utilizando-se o critério biológico, valendo-se apenas de duas possibilidades (homem ou mulher), sendo guiado pelo órgão genital exteriorizado no nascimento (órgãos sexuais masculinos e órgãos sexuais femininos) para a determinação, sendo essa registrada na certidão de nascimento e repassada para outros registros civis necessários, sendo assim considerada a identificação do individuo perante a sociedade (OLIVEIRA, 2016).

Ademais, a identidade de gênero define-se pela construção social e cultural ligada à percepção de masculinidade e feminilidade, tratando-se da afirmação e reconhecimento pessoal, sendo completamente independente da identidade sexual (biológica) (OLIVEIRA, 2016).

Ainda, concomitantemente a identidade de gênero, interliga-se a expressão de gênero que, como o nome indica, é como o individuo expressa a sua identidade psicológica, concentrando-se no conjunto de vestimentas, comportamento, acessórios, sendo a forma como define a si mesmo (OLIVEIRA, 2016).

A primeira manifestação de transexualidade ocorre na infância através de manifestações insistentes em ser do sexo oposto, iniciando de forma lenta e gradativa pela preferência por vestimentas e atividades (que naturalmente são próprias do sexo oposto). Entretanto, segundo a Organização Internacional da Saúde (OMS), os maiores índices de transexualidade se manifestam na puberdade, juntamente com os primeiros sinais da manifestação do despertar sexual (OLIVEIRA, 2016).

Cientificamente falando, a transexualidade é uma condição psíquica, um tipo de transtorno de identidade de gênero, referindo-se a condição do individuo que possui uma identidade de gênero diferente do designado ao nascer, tendo o desejo intermitente em ser do sexo oposto (OLIVEIRA, 2016).

Isso porque, para um transexual, não há possibilidade de “melhora” ou de deixar de sentir-se parte do sexo oposto mediante de um tratamento psicológico. O acompanhamento psicoterápico serviria justamente para entender as manifestações deste conflito de identidade de gênero e aprender a lidar com o quadro para minimizar o sofrimento psíquico (OLIVEIRA, 2016).

No tocante às causas da transexualidade, ainda não há um consenso coeso

entre a comunidade médica, alguns ainda a tratam como uma condição neurológica ligada a algum fator genético, contudo ainda não há nenhum estudo concreto que comprove essa teoria, sendo que nenhuma anormalidade psíquica, hormonal ou neurológica foram encontradas em pacientes com esse diagnóstico (OLIVEIRA, 2016).

Contudo, na data de 18 de junho de 2018, a OMS removeu do Manual de Classificação Internacional de Doenças (CID-11) a transexualidade como transtorno mental, sendo classificada como uma condição relativa à saúde sexual (LONGO 2018).

Em termos de historicidade, diz-se que a condição da transexualidade foi descoberta em 1975 pelo psicanalista Robert Stoller, fundamentado-se na teoria psicanalítica, afirmando que uma criança gostar de brincadeiras e vestimentas do sexo oposto, demonstra uma condição de sexualidade “anormal” (BENTO, 2006).

“Na relação da criança com sua mãe, que, ao invejar os homens e ter um desejo inconsciente de ser como eles, ficariam tão felizes com o nascimento do filho que transfere seu desejo para ele” (Stoller citado por Bento, 2006, p. 137) É importante destacar que Stoller chega a duvidar de um diagnóstico de transexualidade se o indivíduo não tiver uma mãe como ele a caracterizou (BENTO, 2006).

A definição do termo transexual foi dada a partir do artigo do sexólogo David Caudwell que sugeria um pedido de transmutação do sexo feminino para o masculino como caso denominado Transexuais Psychopathia, sendo o mesmo publicado em 1949, porém consta na literatura médica que o primeiro a estudar a transexualidade foi Harry Benjamin, baseando-se no estudo de Caudwell (SIQUEIRA, 2010).

No discurso médico do século XIX, estabelecia-se uma relação do travestismo e inversão sexual com a homossexualidade feminina, sendo utilizado o critério de vestimenta, ligado às convenções de cada sexo biológico, demonstrando a vontade de estabelecer critérios científicos e assim classificar as transgressões vinculadas ao código de reconhecimento social, sendo em 1987 incluída no Manual Diagnóstico e Estatístico das Desordens Mentais (DSM) (SIQUEIRA, 2010).

Deste contexto histórico, nasce a necessidade de reconhecimento de direitos e desmistificação do transexual como “anomalia”, demonstrando que o caráter imperativo da dignidade da pessoa humana deve-se ter valor de regra, como será demonstrada no capítulo a seguir.

3 I O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA ISONOMIA COMO FORMA DE REGRAMENTO SOCIAL.

O Direito está em constante mudança devido à grande dinamicidade da sociedade, desse modo, suas normas devem conter termos que sejam flexíveis possibilitando a sua aplicação, evitando que o direito se torne uma norma retrograda e antiquada à aplicação de casos concretos da atualidade.

Entretanto, devido às lacunas no texto constitucional, a aplicação da legislação

vigente é insatisfatória face às demandas da comunidade transexual, trazendo à tona a força normativa dos princípios fundamentais.

Afirma-se que os princípios são mandamentos nucleares de um sistema, considerados uma disposição fundamental que irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, por definir lógica e racionalidade do sistema normativo (MOTTA, 2013).

Assim observando, por se tratar de princípio ligado a esfera social, o mesmo surge como verdade absoluta, sendo extremamente útil ao desenvolvimento e crescimento do sistema jurídico, prevendo-se o seu uso no artigo 4º Da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que explica que quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Com a nova Constituição Federativa da República Brasileira de 1988, adentrou-se em uma nova visão de princípios e tratamentos devido à redemocratização do Brasil. Na redação do seu Artigo 1º, encontra-se uma reprodução da Declaração Universal dos Direitos Humanos, advinda após o Holocausto, no ano de 1948, encontrando-se em seus incisos os fundamentos da soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e do pluralismo político, assim a perspectiva do Estado Democrático de Direito, em tese, procura garantir a proteção aos bens jurídicos fundamentais, elucidados no rol dos direitos humanos, desejando principalmente a conquista de direitos mínimos e básicos à vida, à saúde, à liberdade (LEMISZ, 2010).

Devido à mutabilidade social, o Direito tem a obrigação de harmonizar o princípio da dignidade humana com a atual situação em que a sociedade se encontra, pois o mesmo é o instrumento de garantias e regulamentação social, tornando-se assim falho, pois se a sociedade não é estática, então o direito não pode permanecer inerte ou impor à vida social uma imobilidade não compatível com a própria evolução humana.

Assim, vale se utilizar de princípios e analogias à aqueles que não possuem seus direitos resguardados especificamente, mas que procuram exercitar a tutela de suas garantias e lutar pelos seus ideais de justiça (LEMISZ, 2010).

O reflexo da cirurgia de adequação de sexo não recai apenas na vida privada do indivíduo, mas também na esfera social, onde nem sempre há a aceitação do indivíduo que se porta diferente dos padrões impostos. Ainda há barreiras judiciais importantes, a grande burocracia para a troca de nome e sexo, também a questão da necessidade de ação judicial, muitas vezes sendo decidida por um caráter meramente subjetivo do juiz.

Para o transexual, é necessária a mudança de nome, para que sua identidade feminina seja reconhecida, sendo que a negação da escolha do nome como desejam ser identificadas é um grande cerceamento de direitos fundamentais e impedimento do exercício de cidadania, como previsto na Constituição da República Federativa

do Brasil de 1988, pois os mesmos estarão sujeitos a constantes situações constrangedoras pela identificação diferente do desejado, assim impedindo o exercício dos direitos.

Assim consegue-se uma sintonia fina entre o corpo e a mente, a partir da adequação sexual, fazendo o caminho inverso ao psicanalítico. Entretanto, ainda geram-se consequências jurídicas, onde o constrangimento é a peça chave de todo problema enfrentado, devido à falta de identificação com o prenome e o sexo contidos no registro civil possuente (CARDOSO, 2008).

Ademais, desmasculinizar quem já vive como mulher, não considera-se terapêutico, mas sim uma confirmação do que realmente se deseja, então não é digno fazer o indivíduo passar por mais sofrimento na alteração dos dados civis, do que já se passa para ser aceito na sociedade (CARDOSO, 2008).

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a 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 em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas 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. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, entre outros, aparece como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República Federativa do Brasil (CARDOSO, 2008).

Assim constata-se que não é digno uma pessoa ter de conviver com o nome e gênero diferentes da aparência, pois quando o legislador inseriu o princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, buscou-se destacar que o Estado tem o dever de propiciar os meios possíveis para uma vida com dignidade, por isso o transexual não deve ser excluído de poder exercer seus direitos, invocando assim, o princípio da isonomia no exercício de direitos (CARDOSO, 2008).

O princípio da isonomia, além de mostrar-se explicitamente no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, encontra-se no artigo 3º, inciso IV, dada na redação dos objetivos fundamentais do Brasil, onde implementa-se como objetivo “promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, cor, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, demonstrando-se claro o dever de tratar igualmente a todos, baseando-se em tratar os iguais de forma igual e os desiguais no limite de suas desigualdades, assim tutelando também a proteção à igualdade sexual e o direito a exercer a vida privada.

Em vista disso, constata-se que a opção sexual do individuo deve ser respeitada sem qualquer tipo de diferenciação, fazendo-se necessário o cumprimento do princípio da isonomia, pois a minoria transexual busca ser aceito pela sociedade sem ter de passar pelos constrangimentos ligados ao registro civil.

Ademais, demonstra-se que a legislação deve acompanhar a evolução social, pois havendo a impossibilidade do Poder Judiciário de julgar as demandas recorrentes

deste grupo, devem-se utilizar os princípios como norteadores do Direito, a fim de impedir que o mesmo abandone ou deixe de julgar demandas por falta de legislação (CARDOSO, 2008).

Ainda, a Constituição da República Federativa do Brasil é um sistema composto por regras e princípios, garantindo segurança na própria aplicação do Direito, devendo o transexual ser tratado como um ser individualizado no meio social, viabilizando a interpretação da norma com maior amplitude e coerência com o meio social, inclusive os direitos da personalidade, pois a falta de norma reguladora não significa que não há direito à tutela jurisdicional.

No contexto neoconstitucional, viabiliza-se a possibilidade jurídica da retificação do nome e sexo através de ação judicial, havendo uma maior tranquilidade processual quando já realizada a cirurgia de adequação sexual, havendo apenas a necessidade de ser anexada provas como laudos médicos, atestando a vontade do indivíduo com base nas análises psicológicas feitas (POLI, 2013).

O princípio da isonomia busca detectar eventuais diferenças havidas nas mesmas características, buscando igualar o tratamento de modo geral e impersonal, porém levando-se em consideração o caso concreto, sendo justo conceder tratamento diferenciado a pessoas divergentes em determinadas características, enquadrando-se assim a transexualidade como um fator diferenciador de direitos, porém não extintivo deste, tornando-se essencial a interpretação da norma perante o princípio supracitado e a aplicação no caso concreto como uma forma de conquista de direitos e extinção de constrangimentos futuros.

4 | DIREITO AO NOME E AO CORPO COMO FORMA DE ADEQUAÇÃO SOCIAL DO INDIVÍDUO TRANSEXUAL

A personalidade é inerente ao homem, não havendo necessidade de requisitos para preencher, também não dependendo da vontade ou conhecimento do ser humano para possuir tais direitos, sendo o mesmo dotado de personalidade mesmo sem o seu conhecimento (MOTTA, 2013).

A atual concepção de personalidade tem por função a proteção de direitos indispensáveis à dignidade e integridade da pessoa, tendo caráter absoluto, de maneira que todos devem respeitá-los, também ligados a indisponibilidade, irrenunciabilidade, intransmissibilidade (BITTAR, 2015).

Os direitos de personalidade têm caráter absoluto, oponíveis *erga omnes*, de maneira que todos ficam obrigados a respeitá-los. Tal característica tem estreita ligação com a indisponibilidade. A indisponibilidade abrange a sua intransmissibilidade (inalienabilidade), irrenunciabilidade e impenhorabilidade, o que significa que se trata de direito que não pode mudar de titular nem pela própria vontade do indivíduo, pois vinculado à pessoa. Em razão de serem direitos inatos à pessoa, têm caráter vitalício e imprescritível. Essas características se evidenciam pelo fato de seu titular poder invocá-los a qualquer tempo, pois trata-se de direitos que surgem com o nascimento da pessoa e somente se extinguem

com sua morte. São assim, direitos que não extinguem-se pelo não-uso (MOTTA, 2013).

Considera-se da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico, exatamente para a defesa de valores inatos ao homem, como a vida, higidez física, a intimidade, honra, a intelectualidade e outros, assim, tutelando o direito a integridade física, ramificado em direito ao próprio corpo, encontrado no artigo 13º do Código Civil Brasileiro, e direito ao nome, encontrado no artigo 16º do mesmo Código, tratando-se de direitos fundamentais inerentes ao transexual (BITTAR, p.64,2015).

Um dos direitos fundamentais da pessoa é o direito a identidade, sendo um direito de cunho moral, pois constrói a ligação do individuo com a sociedade em que está inserido.

Sendo considerado um direito da personalidade irrenunciável, porém em face do transexual deve ser relativizado em coligação com o princípio da dignidade da pessoa humana, que guia todas as codificações.

O nome é o sinal externo que identifica e individualiza a pessoa na sociedade, nascendo com o individuo e tendo caráter vitalício, e até pos-morte. Ademais, o direito a oprenome relativiza-se devido à autonomia jurídica do titular, alinhando-se com o objetivo principal fundado na harmonização do psicológico com o corpo físico (MOTTA, 2013).

A relativização trata-se do poder de “trocar” de nome caso ele lhe cause grande constrangimento, mediante provas, pois ser chamado por um nome que representa um gênero que não identifica a pessoa por trás da identidade, já caracteriza situação vexatória para a esfera pessoal do individuo (MOTTA, 2013).

De acordo com a Lei de Registros Públicos (lei nº 6.015), ressalta-se que o nome pode ser alterado mediante ação judicial nos casos de constantes situações vexatórias e também em casos de disforia de gênero, porém havendo a necessidade de avaliação criteriosa sobre o individuo em particular, assim permitindo que o direito acompanhe as mudanças sociais.

Pode-se afirmar então que a mudança de registro civil é válida, pois é legítimo o interesse do transexual em querer harmonizar o caráter feminino ou masculino do prenome à sua aparência, no entanto, é inadmissível dizer que o transexuais gozam plenamente deste direito inerente a sua personalidade, devido ao judiciário não conseguir acompanhar as revoluções medicas e o próprio andamento da sociedade. (MOTTA, 2013)

O fato é que o prenome que foi dado ao transexual o expõe ao ridículo em diversas situações, visto que sua aparência já não é a mesma do gênero apresentado em seus documentos. Couto (1999, p. 11) ressalta, em seu livro, o caso de uma transexual de aparência bem feminina que, ao tentar abrir uma conta no banco, sofreu preconceito do funcionário, pois esse viu, em seus documentos, que não se tratava de uma mulher biologicamente. (VIEIRA, 2014,)

A questão da alteração de registro civil, não trata-se apenas de direito

personalíssimo, mas também de uma questão de segurança jurídica, sendo quase inexistente a esse grupo específico, devido às disparidades de jurisprudências e inexistência de lei que regulamente especificamente a troca de registro civil por pessoa transexual, ainda que a resolução 1484/1997 do Conselho Federal de Medicina tenha apresentado à possibilidade dos transexuais exercerem seu direito a personalidade psíquica, após a cirurgia, ainda enfrentam barreiras para serem reconhecidos juridicamente (VIEIRA, 2014).

Segundo o artigo 16º do Código Civil Brasileiro de 2002, “Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendido prenome e sobrenome”

Para a legislação o que define a pessoa é seu sexo biológico original, mesmo que tenha extirpado seu sexo gônada (testículos e ovários), que tenha construído uma nova genitália (neo-vaginal ou neo-pênis), e que psicologicamente se identifiquem com o outro sexo e viva socialmente no gênero oposto ao que nasceu. Esta ditadura do biológico em desprezo dos outros domínios psico-sociais e até físicos, tem que ser revista, pois não há razão lógica, além do preconceito, que justifica tal postura anti-ética e desumana.(VIEIRA,2014.)

A falta de previsão legal da alteração do registro civil serve de pretexto para posturas preconceituosas e conservadoras, devido à violação aos “bons costumes”,entretanto,negar os direitos intrínsecos ao ser humano (como onome) é construir um cidadão incompleto, que não vai conseguir ser integrado na sociedade (VIEIRA,2014).

Assim surge o direito de “correção” no registro civil do transexual ,devendo ser feito sem ressalva, pois a existência desta em documentos pessoais também feriria a dignidade da pessoa humana e,enquadrar-se-ia numa situação preconceituosa e desigual devido ao conhecimento do sexo anterior do transexual (VIEIRA,2014).

Para a completa harmonização entre corpo e mente, no transexual, é necessária a cirurgia de adequação sexual. A determinação do sexo não é apenas baseada na genitália, sendo que o sexo da pessoa equivale a um conjunto dos fatores biológicos, psíquicos e sociais, segundo a psicanálise o “ser homem” ou “ser mulher” é determinação psíquica de cada individuo.Entretanto, segundo o artigo 13 do Código Civil de 2002, “salvo por exigência médica, o individuo não pode dispor do próprio corpo, quando isso importar em diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes”

Contudo, a cirurgia de adequação sexual segundo o Artigo 6º da resolução 1955/10 do Conselho Federal de Medicina, só pode ser feita com o consentimento livre e esclarecido, ainda cita-se o Artigo 4º¹da mesma resolução, em sua redação.

Assim, considera-se extremamente equivocado afirmar que a prática reputa-se contrária aos bons costumes, pois trata-se de exigência médica justificada, para o bem estar psicológico do “paciente”, bem como considerar a mesma um ato de mutilação do corpo, pois seu principal objetivo funda-se em adequar o sexo

1. 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

biológico ao sexo psíquico, sendo a forma mais adequada de recuperação de saúde (CARDOSO,2008).

A convicção de pertencer ao sexo oposto, permeia o transexual desde os primeiros sinais,e tem caráter progressivo, impulsionando a recusa dos seus órgãos genitais e do sexo designado na sua certidão de nascimento,pois o individuo não quer apenas mudar o sexo,esta é imposta de forma irresistível ao mesmo devido à condição psíquica, sendo a principal solicitação a adequação da sua aparência com o verdadeiro sexo,tratando-se de direito à integridade física ligado, por vezes, ao direito à saúde,o que torna o direito variante.

Do mesmo modo que a intervenção cirúrgica pode ser vista como um exercício de direito, o médico deve ser considerado em exercício de profissão, não devendo ter nenhuma responsabilidade penal, sendo o consentimento do individuo uma questão de exclusão de ilicitude,ademas considera-se que a cirurgia não muda o sexo do individuo, muda a genitália externa para a adequação psíquica (VIEIRA,2014).

5 I CONCLUSÃO

Em pleno século XXI,vê se que a identidade de gênero e a definição do sexo envolvem muito mais que apenas características físicas e biológicas dos envolvidos, levando a compreensão da grande dimensão de definições e comportamentos sociais englobados na convivência entre indivíduos.

Considera-se o ser humano, um ser complexo e em constante transição, por isso tornando a cirurgia de adequação de sexo e a alteração de nome e sexo no registro civil um meio necessário para a inserção do transexual no meio social, sendo um meio terapêutico para adequar a identidade física à identidade psicológica.

Neste caso há a necessidade do ordenamento jurídico acompanhar a evolução humana, garantindo a esses indivíduos segurança jurídica e bem estar social, como disposto no Artigo 3º, inciso IV da Constituição da Republica Federativa do Brasil, nestes casos não bastando apenas garantia do Estado, mas também a geração de mecanismos para a reinserção do individuo no meio social, adequando o mundo jurídico ao mundo fático do envolvido.

Atualmente recorre-se às jurisprudências de outros países e analogias, também se optando pela proteção dos direitos da personalidade, deixando o judiciário receoso com a possibilidade da mudança do registro civil e de gênero do individuo.

Em concordância com as considerações feitas, vê-se que a melhor opção de modificação de registro é dada pela modalidade com ressalva apenas no livro de registro de cartório, sendo a referida alcançada por decisão judicial, resguardando

aos 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.(Res.1955/2010)

o transexual, protegendo seus direitos da personalidade e garantindo que não se torne alvo de atitudes vexatórias e preconceituosas, assim consagrando-se a efetividade da dignidade da pessoa humana, e garantindo-setambém o direito de terceiros, oferecendo segurança jurídica nas relações sociais e a pacificação de atitudes que criem situações vergonhosas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Milena Piovezan: **TRANSEXUALISMO: POSSIBILIDADES E LIMITES JURÍDICOS DE UMA NOVA IDENTIDADE SEXUAL**, Disponível em:< <https://milenapiovezan.jusbrasil.com.br/artigos/113501120/transsexualismo-possibilidades-e-limites-juridicos-de-uma-nova-identidade-sexual>> Acesso em 08 de maio de 2019

BENTO, Berenice. **A reinvenção corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual**. Rio de Janeiro: Garamond, 2006

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8º-ed. São Paulo. Saraiva,2015

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 de ago 2017

BRASIL. **Código Civil** . Brasília: Planalto,2002. Disponivel em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>Acesso em:20 ago.2017

BRASIL. **Lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942. Dispõe sobre a maneira do uso de normas brasileiras**.In: **Diário Oficial da União**Disponivel em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Decreto-Lei-4657-compilado.htm>,acesso em 2 set.2017

CARDOSO, Patricia Pires. **O transexual e as repercussões jurídicas da mudança de sexo**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 51, mar 2008. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2623>. Acesso em 12 jul 2018.

CHAVES, Antonio, 1914. **Direito a vida e ao próprio corpo**.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,1986

LEMISZ,IvoneBallao. **PRINCIPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**, Disponivel em :<<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5649/O-princípio-da-dignidade-da-pessoa-humana>> Acesso em 20 de agosto de 2017

LONGO,Ivan. **OMS retira a transexualidade da sua lista de doenças**.Disponível em: <<https://www.revistaforum.com.br/oms-retira-transexualidade-da-sua-lista-de-doencas/>> Acesso em 8 de maio de 2019

MATIELLO, Carla :**TRANSEXUALIDADE: SOLUÇÕES JURÍDICAS FACE O PRINCIPIO DA DIGNIDADE HUMANA** , disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2777>>Acesso em 22 ago.2017

MINAGÉ,Thiago. **QUE É DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA?**,disponivel em:<<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/03/28/o-que-e-dignidade-da-pessoa-humana/>>Acesso em 10 de set.2017

MOTTA,Artur Francisco: **A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA DEFINIÇÃO** Disponível em :<http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14054> Acesso em 08 de maio de 2019

OLIVEIRA,Solaniele. **VOCÊ SABE O QUE É TRANSEXUALIDADE?**,disponivel em:<<https://br.mundopsicologos.com/artigos/voce-sabe-o-que-e-a-transexualidade>>Acesso em 10 set.2017

POLI, Leonardo Macedo RABELO, Cesar Leandro de Almeida. VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo.;**Os Direitos Humanos e de personalidade do transexual: prenome, gênero e a autodeterminação.** In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 110, mar 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12914>. Acesso em 8 de maio 2019.

SILVA, Vitor Nunes Rodrigues da: **FORÇA NORMATIVA DOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS:Programaticidade das normas e aplicabilidade dos princípios.**Disponível em :<<https://vitorrodriguesdasilva77.jusbrasil.com.br/artigos/113492929/forca-normativa-dos-principios-constitucionais-programaticidade-das-normas-e-aplicabilidade-dos-principios>> Acesso em 8 de maio de 2019

SIQUEIRA, Alessandro Marques de. **Transexualidade. A superação do conceito binário de sexo.** In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 80, out 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8508>. Acesso em 8 de maio 2019

VIEIRA, Tereza Rodrigues: **A CIRURGIA DE ADEQUAÇÃO DE SEXO DO TRANSEXUAL E A TUTELA JURÍDICA DA INTEGRIDADE FÍSICA**, , disponível em <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revcesumar/article/viewFile/534/509>>Acesso em 13set.2017

VIEIRA,Tereza Rodrigues. **Bioética:temas atuais e seus aspectos jurícos**.Editora Consulex,2006

VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A LIBERDADE DE ESCOLHA DA GESTANTE NA MODALIDADE DE PARTO

Élisson Garcia Gularde

Faculdade de Direito de Santa Maria
Santa Maria – RS

Natiele Dutra Gomes Gularde

Universidade Franciscana
Santa Maria – RS

Cristiane Penning Pauli de Menezes

Faculdade de Direito de Santa Maria
Santa Maria – RS

até que ponto o Estado pode interferir nesta decisão. O trabalho não adentra no mérito atinente às vantagens ou desvantagens de cada modalidade de parto, mas sim no direito de escolha da gestante. Assim, utilizou-se do método de abordagem dedutivo e do método de procedimento monográfico. Como resultado foi possível observar que a referida Resolução afeta a relação médico-paciente e interfere na autonomia do profissional responsável pelo parto. Entretanto, a gestante detém autonomia para escolher a modalidade quando se dispuser a arcar com as despesas do procedimento ficando o plano de saúde isento da cobertura conforme prevê a Resolução Normativa em questão.

PALAVRAS-CHAVE: Autonomia da gestante. Cesárea. Constituição. Liberdade. Parto normal.

RESUMO: O presente resumo expandido versa acerca das novas diretrizes de partos no país, definidos pela Resolução Normativa nº 368, de 6 de janeiro de 2015, da Agência Nacional de Saúde Suplementar. Diante das discussões acerca da competência da ANS em publicar normas que cerceiam os Direitos Fundamentais consagrados, à luz da Constituição Federal de 1988, pergunta-se: Em que medida a referida Resolução pode interferir na liberdade de escolha da gestante, violando seus Direitos Fundamentais? Para buscar responder tal celeuma, o trabalho foi dividido em duas seções, em um primeiro momento apresentar-se-á a referida Resolução. Em um segundo momento, serão relacionados os Direitos Fundamentais, notadamente em relação a liberdade e autonomia da gestante em decidir sobre o procedimento de parto adotado e

**VIOLATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS:
THE FREEDOM OF CHOICE OF THE
PREGNANT IN THE MODALITY OF BIRTH**

ABSTRACT: This expanded summary is about the new guidelines for births in the country, defined by Normative Resolution No. 368 of January 6, 2015, of the National Agency of Supplementary Health. In light of the discussions about the competence of the ANS to publish norms that violate the Fundamental

Rights enshrined, in the light of the Federal Constitution of 1988, it is asked: To what extent can this Resolution interfere with the freedom of choice of the pregnant woman, violating her Fundamental Rights? In order to seek to answer such a stir, the work was divided into two sections, at the first moment the said Resolution will be presented. Secondly, the Fundamental Rights will be related, notably in relation to the freedom and autonomy of the pregnant woman in deciding on the procedure of childbirth adopted and to what extent the State can interfere in this decision. The work does not go into the merits of the advantages or disadvantages of each mode of delivery, but rather the right of choice of the pregnant woman. Thus, the deductive approach method and the monographic procedure method were used. As a result, it was possible to observe that this Resolution affects the doctor-patient relationship and interferes in the autonomy of the professional responsible for childbirth. However, the pregnant woman has the autonomy to choose the modality when she is willing to pay the expenses of the procedure, leaving the health plan exempt from the coverage as provided in the Normative Resolution in question.

KEYWORDS: Autonomy of the pregnant woman. Cesarean section. Constitution. Freedom. Normal birth.

1 | INTRODUÇÃO

O presente artigo parte de um breve panorama descritivo, apresentando dados aglutinados no decorrer da pesquisa e uma contextualização concernente aos inexoráveis direitos fundamentais consagrados à luz da Constituição Federal de 1988. Este apanhado não faz menção às vantagens ou desvantagens atinentes a cada modalidade de parto, posto que o objetivo é questionar o direito da gestante em escolhê-lo.

Entretanto, é necessário conhecer a Resolução Normativa nº 368, de 6 de janeiro de 2015, para, assim, entender sua, possível, constitucionalidade. Não obstante, em que medida a referida Resolução pode interferir na liberdade de escolha da gestante, violando seus Direitos Fundamentais?

Para tanto, a primeira parte do artigo destina-se a apresentar a Resolução Normativa nº 368, publicada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, descrevendo seus fundamentos, suas principais motivações e elencar os acontecimentos que a originaram.

Em um segundo momento, serão demonstrados dados estatísticos acerca do *status quo* dos partos no país, e a discussão sobre a legitimidade da Agência Nacional de Saúde Suplementar em publicar normas que cerceiam a liberdade de escolha da gestante na modalidade de parto pretendida. Como fontes de pesquisa foram utilizadas a pesquisa pública por meio de obras e a rede mundial de computadores.

O método de abordagem utilizado foi o dedutivo, partindo das premissas maiores para as específicas, buscando responder o problema de pesquisa. Não

obstante, tendo como método o monográfico e bibliográfico. A técnica de pesquisa empregada foi a qualitativa.

2 | A ORIGEM, A MOTIVAÇÃO E O FUNDAMENTO DA RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 368 DA ANS

A Resolução Normativa teve sua semente plantada no ano de 2006, quando, segundo a Associação Artemis (ARTEMIS), que “é uma organização da sociedade civil sem fins lucrativos que tem como objeto primeiro a erradicação da violência obstétrica”, o Ministério Público Federal (MPF) fez uma representação contra a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) em decorrência de uma denúncia realizada pela Rede Parto do Princípio – Mulheres em Rede pela Maternidade Ativa que solicitava medidas para mudar o quadro de aumento do número de cesáreas.

Em 2007 ocorreu uma Audiência Pública com a presença de representantes do Ministério da Saúde, Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Conselho Federal de Medicina, Associação dos Hospitais Privados, Conselho Federal de Enfermagem, Escola Paulista de Medicina e representantes de planos de saúde, e seguidos debates entre as partes sobre o tema (ARTEMIS, 2015).

Conforme o MPF (2015), a resolução normativa é oriunda da Ação Civil Pública (ACP) nº 0017488-30.2010.4.03.6100 ajuizada pelo Ministério Público Federal/SP contra a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) para que houvesse uma regulamentação dos serviços obstétricos prestados pelos planos de saúde privados, com o intuito de reduzir ou evitar cirurgias cesarianas desnecessárias ou eletivas. O MPF ainda sugeriu a adoção de alguns procedimentos a serem adotados.

Visando maior subsídio à gestante, uma das demandas segundo o MPF (2015) é que a ANS obrigue os planos de saúde a publicar os percentuais de cesáreas e partos normais realizados por médicos e hospitais conveniados. A gestante enquanto consumidora de um serviço, tem o direito de saber qual o procedimento recorrente do médico ou hospital que pretende utilizar, se parto normal ou cesárea. Entretanto, a interpretação desses percentuais de maneira isolada é questionável.

Ainda que mundo de informações corretas, a interpretação pode ser errônea. Para Lima (2015) não é justo avaliar os números de maneira isolada, ou seja, deve se considerar se o hospital e o profissional não são especializados em determinado procedimento de risco. A análise pura e simples pode estigmatizar alguns profissionais, expondo-os a julgamentos rasos, sem considerar o resultado de ações necessárias em procedimentos que envolvam gestação de alto risco, por exemplo.

Concernente aos valores pagos por cada modalidade de parto, o MPF (2015) defendeu que se faz necessária uma readequação das remunerações atinentes a cada modalidade de parto. Segundo Rezende (2013), um trabalho de parto pode durar mais de 24 horas para a nulípara - gestante sem partos prévios - que se

não houver complicações desencadeará um parto normal, demandando assim mais tempo e atenção do médico responsável. Ao passo que uma cesárea eletiva dura, em média, o máximo de 3 horas e tem leito garantido à gestante. Logo, enquanto um profissional que realiza um parto normal pode perdurar por mais de um dia no procedimento, outro, no mesmo ínterim, pode realizar mais que o dobro de cesáreas eletivas.

Ainda de acordo com o MPF (2015), a aplicabilidade do *Partograma* no setor privado, de caráter obrigatório, detalha a evolução da fase latente durante o trabalho de parto e uma eventual necessidade de cesárea desde que haja risco à saúde da gestante ou do nascituro. “A utilização do partograma para o acompanhamento do trabalho de parto tem sido recomendada pela Organização Mundial da Saúde desde 1984” (ROCHA, 2009).

Não menos importante, o MPF (2015) sugeriu que a ANS deve exigir dos planos que os médicos conveniados utilizem o *Cartão da Gestante* na saúde suplementar da mesma maneira que é feito na saúde pública.

Cartão da Gestante: a paciente deve recebê-lo na primeira consulta de pré-natal. O cartão deve conter todas as anotações sobre o estado de saúde da gestante, o desenvolvimento do bebê e o resultado dos exames solicitados. A paciente deve portar o referido cartão em todos os atendimentos (BRASIL, 2012, p. 285)

Consoante o MPF (2015), ratificando as recomendações da Organização Mundial da Saúde (OMS), para atender aos anseios sociais, é preciso que a ANS crie indicadores e notas específicas que convirjam para a redução dos procedimentos cirúrgicos eletivos. Ademais, existem outras medidas que servem de amparo e incentivo para as práticas humanizadoras como é o caso da Portaria nº 1.067, de 4 de julho de 2005 que institui a Política Nacional de Atenção Obstétrica e Neonatal além de outras providências.

Conforme a pesquisa “Nascer no Brasil: Inquérito sobre o parto e nascimento” (2014), no Brasil, em 52% dos nascimentos a modalidade de parto realizada é a cesariana. Ao delimitar a pesquisa para o setor privado, o número é ainda mais alarmante, com 88% de incidência de cesáreas. Ao passo que o recomendado pela OMS é de 15%.

Em resposta, a ANS publicou no dia 6 de janeiro de 2015 a Resolução Normativa nº 368, dispondo acerca do direito ao acesso à informação das beneficiárias aos percentuais de cirurgias cesáreas e de partos normais por operadora, por estabelecimento e por médico e sobre a utilização do partograma, do cartão da gestante e da carta de informação à gestante no âmbito da saúde suplementar. Em conformidade com o Art. 11 da Resolução Normativa nº 368 da ANS, sua entrada em vigor ocorreu no dia 6 de julho de 2015, há exatos 180 dias após a publicação. A Resolução Normativa está diretamente correlacionada à Lei nº 9.961, de 2000, à Resolução Normativa nº 197, de 2009 e à Lei nº 12.527, de 2011 (Lei de Acesso à Informação), conclui o MPF (2015).

3 | A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 368 DA ANS: A INTERFERÊNCIA DO ESTADO NO DIREITO FUNDAMENTAL DA LIBERDADE E AUTONOMIA DO INDIVÍDUO

Como já determinado metodologicamente, o objeto deste trabalho não objetiva enumerar as possíveis vantagens e desvantagens atinentes a cada modalidade de parto tampouco posicionar-se favorável ou desfavoravelmente ao procedimento escolhido pelo binômio médico-paciente, uma vez que tal desafio carece de densa análise médica, mas visa discutir sobre a tênue questão da interferência do Estado, não somente na autonomia da parturiente ou da sua dignidade em si, mas também dos princípios e direitos consagrados na Constituição Federal de 1988.

Segundo Dias (2008), em 437 partos realizados no Rio de Janeiro, na saúde suplementar, no início do pré-natal 70% das gestantes não tinham a cesárea como preferência. Entretanto, 90% acabaram tendo seus filhos e filhas assim, e, em 92% dos casos, a cirurgia foi realizada antes de a mulher entrar em trabalho de parto.

O princípio do consentimento como resumo do núcleo da moralidade do respeito mútuo precisa ser aceito enquanto possamos coerentemente pensar em nós mesmos como dignos de respeito, ou considerar as pessoas em termos de seu merecimento de acusação ou elogio, ou como indivíduos capazes de reconhecer a autoridade moral em um contexto pluralista secular – isto é, em um contexto no qual não existem premissas religiosas, metafísicas ou ideológicas especiais (ENGELHARDT JR, 2011, p.151).

O Ministério da Saúde (2018) apresenta que no ano de 2017 foram realizados 2,7 milhões de partos no Brasil, considerando somente os procedimentos realizados nos serviços de saúde públicos, sendo em sua maioria partos normais, perfazendo 58,1% do total realizado.

Na Resolução Normativa nº 368, da ANS, o Art. 9º considera parte integrante do processo para pagamento do procedimento do parto o partograma, citado no art. 8º desta Resolução Normativa. Assim, vincula-se a cobertura do plano de saúde à modalidade de parto realizada.

A Artemis (2015) destaca que a gestante continua com seu direito de solicitar junto ao seu médico o procedimento eletivo. Entretanto, o plano de saúde não vai arcar com as despesas, que deve ser pago particular, salvo nos casos em que a evolução do trabalho de parto, devidamente registrado no partograma, exigir o procedimento cirúrgico. Ainda assim, a Sociedade de Ginecologia e Obstetrícia de São Paulo – SOGESP recomenda que a gestante assine um Termo de Consentimento Livre e Esclarecido onde se declare ciente dos riscos a ela e a seu bebê associados à cirurgia.

Segundo Bernardes (2015), a Resolução visa reduzir o número de cesarianas realizadas na saúde suplementar, entretanto cerceia o direito da gestante de optar pela escolha da via do parto, ao vincular o partograma ao pagamento do procedimento de parto.

Os contratos em andamento, que já cobrem à cesárea e não impõem restrições, devem ser cumpridos, mesmo a partir de julho de 2015, pois há que se respeitar o contratado, não podendo, norma posterior, hierarquicamente inferior ao Código Civil e mesmo ao Código de Defesa do Consumidor, prejudicar o direito da gestante (ARGENTON E BOLSI, 2015, n.p).

Para Bernardes (2015) a relação médico-paciente é pautada na confiança da informação, onde os pacientes externam fatos, frustrações, culpas e complexos e muitas dessas informações constituem-se em dados do prontuário médico, cuja preservação de sigilo reside sob a égide do inciso X do art. 5º da Constituição Federal de 1988. Destaca que o direito à autonomia e a liberdade estão consagrados na Constituição Federal em seu inciso III, art. 1º, a dignidade da pessoa humana. Logo, a dignidade da pessoa humana e sua autonomia, não podem ser restritas por norma regulamentar advinda da ANS que não possui competência para tanto.

O médico deve respeitar a opção da gestante, desde que o procedimento escolhido não traga consequências danosas à gestante ou ao feto.

Considerando o respeito aos princípios éticos fundamentais, cabe ao médico o desempenho do seu papel como esclarecedor das evidências, da sua obrigação ética no respeito às decisões e da necessidade de capacitação para a assistência das mais diversas condições (HADDAD e CECECATTI, 2011, p. 253).

“Qualquer construção típica, cujo conteúdo contrariar e afrontar a dignidade humana será materialmente inconstitucional, posto que atentatória ao próprio fundamento da existência de nosso Estado” (CAPEZ, 2009, p.07)

Sobretudo, a autonomia da mulher deve ser respeitada em sua plenitude, a escolha pela cesariana é direito da gestante, além de aspectos médicos, não pode o governo retirar da mulher sua liberdade de escolha. Afinal, elas podem fazer mudança de sexo, mas não podem optar por uma cesariana conclui a Sociedade de Ginecologia e Obstetrícia do Rio de Janeiro - SGORJ (2015).

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho não teve como objetivo definir quais seriam as modalidades de parto mais vantajosas para a gestante e o feto, mas sim, debater o direito à liberdade de escolha da mãe.

A Resolução Normativa nº 368, de 6 de janeiro de 2015 foi criada com o intuito de reduzir a incidência de cesáreas eletivas na saúde suplementar. No entanto, ao vincular a cobertura do plano de saúde à elaboração do partograma, a Resolução está ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana da gestante e o seu direito, assegurado constitucionalmente, à liberdade de escolha. Da mesma maneira, está afetando a relação médico-paciente e interferindo na autonomia do profissional responsável pelo procedimento.

Há de se salientar que a gestante, ainda, é dotada de autonomia de escolha para a realização de cesárea eletiva, quando se dispuser a arcar com as despesas

advindas do procedimento ficando o plano de saúde isento da cobertura conforme prescrito na Resolução Normativa em questão.

Isto posto, apesar da gestante não ter seus direitos fundamentais, totalmente, tolhidos, a Resolução Normativa nº 368, de 6 de janeiro de 2015 não pode, devido a relação de hipossuficiência, desobrigar o plano de saúde de cobrir a cesárea eletiva nos casos em que não haja a exigência médica evidenciada pela evolução do partograma.

REFERÊNCIAS

ANS. Resolução Normativa nº 368, de 6 de janeiro de 2015. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=2892>. Acesso em: 29 mai. 2015.

ARGENTON, Daniely de Andrade; BOLSI, Patrícia. **Norma que incentiva o parto normal**. Disponível em: <<http://www.ruthes.adv.br/norma-que-incentiva-o-parto-normal>>. Acesso em: 12 jun. 2015.

ARTEMIS. **Resolução Normativa 368 ANS**. Disponível em: <<http://artemis.org.br/ans/>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

BERNARDES, Amanda. A Resolução da ANS para estímulo do parto normal: norma que lesa princípios constitucionais. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/36702/a-resolucao-da-ans-para-estimulo-do-parto-normal-norma-que-lesa-principios-constitucionais/3>>. Acesso em: 13 jun. 2015

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 11 jun. 2015.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Atenção ao pré-natal de baixo risco**. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2012. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cadernos_atencao_basica_32_prenatal.pdf>. Acesso em: 17 Mai. 2019

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: Parte geral. 13 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

DIAS, Marcos Augusto Bastos et al . Trajetória das mulheres na definição pelo parto cesáreo: estudo de caso em duas unidades do sistema de saúde suplementar do estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232008000500017&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 jun. 2015.

ENGELHARDT JR, H. Tristram. Fundamentos da bioética. Tradução de José A. Ceschin. São Paulo: Edições Loyola, 2011.

HADDAD, Samira El Maerrawi T.; CECECATTI, José Guilheherme. Estratégias dirigidas aos profissionais para a redução das cesáreas desnecessárias no Brasil. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-72032011000500008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 jun. 2015.

LIMA, Carlos Vidal Tavares Corrêa. Medidas anunciadas para a assistência obstétrica são vistas com cautela e preocupação. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=25272:medidas-anunciadas-para-a-assistencia-obstetrica-sao-vistas-com-cautela-e-preocupacao&catid=3>. Acesso em: 11 jun. 2015.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Ministério da Saúde fará monitoramento online de partos cesáreos no país**. 2018. Disponível em: <<http://portalsms.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/42714-ministerio-da-saude>>

fara-monitoramento-online-de-partos-cesareos-no-pais>. Acesso em: 19 Mai. 2019

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. MPF/SP ajuiza ação para que ANS seja obrigada a regulamentar serviços obstétricos privados. Disponível em: <<http://mpf.jusbrasil.com.br/noticias/2342533/mpf-sp-ajuiza-acao-para-que-ans-seja-obrigada-a-regulamentar-servicos-obstetricos-privados>>. Acesso em: 5 jun. 2015

REZENDE, J.; MONTENEGRO A.C.N. Obstetrícia Fundamental. 12^a ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 2013.

ROCHA, Ivanilde Marques da Silva et al . O Partograma como instrumento de análise da assistência ao parto. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0080-62342009000400020&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 jun. 2015.

SGORJ. Carta aberta da Sociedade de Ginecologia e Obstetrícia do RJ. Disponível em: <<http://www.crmmg.org.br/interna.php?n1=13&n2=28&n3=200&pagina=209¬icia=5567>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

A OBRIGAÇÃO DOS PLANOS DE SAÚDE EM RESSARCIR AO SUS AS DESPESAS DE SEUS BENEFICIÁRIOS: UMA ANÁLISE DA ADI 1.931/99

Ingrid Cristina Bonfim da Silveira
Acadêmica de Direito da UNICHRISTUS
FORTALEZA/CEARÁ

Laiz Mariel Santos Souza
Mestre em Ciências Jurídicos-Empresariais -
Menção em Direito Laboral pela Universidade de
Coimbra, Portugal. Professora na graduação e na
pós-graduação da Unichristus
FORTALEZA/CEARÁ

RESUMO: No Brasil, existem dois sistemas de saúde, sendo um de natureza pública, denominado de Sistema Único de Saúde (SUS), financiado pelos tributos ao Estado e, o outro, de natureza privada, denominado de Saúde Suplementar, representado pelas operadoras dos planos de saúde. Dessa forma, após a Lei 8080/90 (Lei do Sistema Único de Saúde), o serviço público passou a ter regulamentação própria, seguindo as diretrizes e princípios do SUS, com a finalidade de garantir um acesso igualitário para todos. Ainda, o serviço privado de saúde continuou funcionando, de forma suplementar a saúde pública, porém, regulamentado pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei 9656/98 (Lei dos Planos de Saúde). Nesse contexto, diante da coexistência desses dois sistemas, surge a problemática do ressarcimento ao SUS pelas operadoras de plano de saúde, principal

assunto desse artigo. Tal questão consiste na obrigação das operadoras em reembolsar o Estado sempre que houver a utilização do serviço público por seus beneficiários, desde que o serviço esteja na cobertura contratual do plano de saúde. Dessa forma, o referido ressarcimento, fundamentado pelo artigo 32 da Lei 9656/98, foi fruto de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, proposta em 1999 e julgada por meio de Recurso Extraordinário, o qual foi decidido de forma unânime pela constitucionalidade do ressarcimento, com a finalidade de evitar o enriquecimento ilícito das operadoras e resguardar os direitos dos mais vulneráveis. Assim, para a realização do presente estudo, realizaram-se pesquisas bibliográficas, principalmente por meio de sítios da Internet de entidades governamentais, para avaliar os dados do ressarcimento e a situação das operadoras, e, a petição de embargo proposta em face da resolução do STF em fevereiro de 2018. Entretanto, mesmo após a decisão do STF, a temática continua sendo algo conturbado para as operadoras, que alegam estar sobrecarregadas com os tributos fiscais e ainda têm que ressarcir algo que é um direito universal. Ainda, percebe-se que as taxas de novos contratantes de planos particulares diminuíram, fato que é justificado pela crise econômica do país e, também, pela consequência do aumento das mensalidades,

reflexo do dinheiro despendido com o ressarcimento. Dessa forma, compreende-se que é uma situação complexa, decorrente de anos de análises, e, mesmo que esteja sendo usada como parâmetro pelos tribunais, cabe salientar que é algo que ainda precisa ser melhor ponderado pelo STF. Pois, mesmo que se entenda como forma de justiça social para os mais necessitados, deve-se considerar, também, o cidadão que paga o plano de saúde, muitas vezes comprometendo sua renda, para evitar o serviço público, deveras sobrecarregado.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema único de saúde. Saúde suplementar. Operadoras de plano de saúde. Regulamentação. Ressarcimento.

ABSTRACT: In Brazil, there are two systems of health care, one of them is nominated Unified Health System (SUS), financed by taxes, and the other is a private system, named Supplementary care, represented by Health Care Operators. The SUS was established by the Law no. 8080/90, the public system acquired its own regulation through the guidelines of Brazilian National Health Care System whose purpose is to guarantee an egalitarian health care system to the entire population. Beyond that, the private system subsists in a complementary manner regulated by Law No. 9656/98 and by Code of Consumer Defense and Protection. Besides this coexistence, there's a debate concerning on reimbursement to SUS by health care operators, the main subject of this study. Reimbursement consists in an obligation that the private system has to refund the public system when its consumers use the public service of health care and that service contains in the health insurance coverage. Thus, the article 32 from Law 9656/98 results on the Direct Unconstitutionality Action 1931 and its judgment through Extraordinary Appeal that results on constitutionality of reimbursement to prevent an illegal moneymaking and to protect needy people. Therefore, to write this study, we've done researches to analyses the political of reimbursement and the position of health care operators besides the judgment results from STF, in february 2018. By the way, even though STF's decision, its matter has general repercussion and this subject still disturbs health care operators that's overloaded of taxes. Also, the numbers of consumers from the particular systems decreased by the circumstances of economic crises and the increase of monthly payment motivated by reimbursement. Therefore, we can infer that's a difficult situation to evaluate although the judgment from STF because even with the argument to protect needy people, we must consider the situation from the users of health care operators, because they spend money to avoid the overcrowded Unified health care system.

KEYWORDS: Unified Health Care System. Supplementary care. Health care operators. Regulation. Reimbursement

1 | INTRODUÇÃO

O presente artigo trata sobre o direito à saúde, com ênfase na saúde pública, na saúde suplementar e a política do ressarcimento ao SUS, regulamentado pela Lei

9656/98, para os casos de utilização do serviço público pelos beneficiários do plano de saúde, cujo serviço utilizado esteja na cobertura contratual.

Inicialmente, cabe salientar o papel da Constituição Federal de 88, que consolidou os direitos fundamentais, disposto em seus artigos 6º e 196º sobre a universalidade e a integralidade do acesso à saúde a todos os brasileiros e estrangeiros no Brasil. Além disso, após a Lei 8080/90 (Lei do Sistema Único de Saúde), o serviço público destinado à população passou a ser regulamentado, seguindo as diretrizes e princípios do SUS, com a finalidade de garantir um acesso igualitário e universal, respeitando a máxima constituinte e resguardando os direitos fundamentais¹.

Em seguida, aborda-se sobre o serviço privado de saúde, que funciona paralelamente ao serviço público, de forma suplementar, sendo regulamentado pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei 9656/98 (Lei dos Planos de Saúde). Nesse contexto, surge a problemática do ressarcimento ao SUS pelas operadoras de planos de saúde, principal assunto desse artigo².

Tal questão consiste na obrigação das operadoras reembolsarem o Estado sempre que houver a utilização do serviço público por seus beneficiários, desde que o serviço esteja na cobertura contratual do plano de saúde, instituído pelo artigo 32 da Lei 9656/98, que foi fruto de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, proposta em 1999 e julgada por meio de Recurso Extraordinário, o qual foi decidido de forma unânime pela constitucionalidade do ressarcimento, com a finalidade de evitar o enriquecimento ilícito das operadoras e resguardar os direitos dos mais vulneráveis.

Assim, após a explicação sobre a saúde pública, a saúde suplementar e a problemática do ressarcimento discutem-se e analisam-se as divergências decorrentes do tema e as repercussões que vêm trazendo a nossa sociedade, por meio de pesquisas bibliográficas, da norma jurídica, de petições e de jurisprudência, principalmente pela recente decisão do STF sobre o tema.

2 | REVISÃO DE LITERATURA

2.1 Direito Constitucional à saúde: um direito de todos

O direito à saúde é considerado um direito fundamental, pois está diretamente ligado à vida e à dignidade da pessoa humana, sendo, portanto, uma obrigação do Estado garantir sua efetividade. Além disso, é um dos direitos fundamentais expressamente previstos na Constituição Federal da República Federativa do Brasil (CRFB) que, em seus artigos 6º e 196º, os quais dispõem ser o direito à saúde um

1. MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves. A regulação da assistência à saúde suplementar. **Books Scielo**. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/tr7y8/pdf/menicucci-9788575413562-07.pdf>> Acesso em: 1. Set. 2018.

2. SANTOS, Isabela Soares. SANTOS, Maria Angelica Borges dos. BORGES, Danielle da Costa Leite. Mix público-privado no sistema de saúde brasileiro. **Books Scielo**. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/z9374/pdf/noronha-9788581100180-04.pdf>> Acesso em: 2.set. 2018.

direito social para todos os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil.³

Nesse contexto, por ser um direito fundamental, bem como por expressa disposição do artigo 196º da CF, a saúde deve ser assegurada a todos, sem nenhum tipo de discriminação, e sendo os direitos fundamentais dotados de universalidade, comprehende-se que a saúde é um direito inerente à condição de ser humano. Assim, de acordo com o princípio da universalidade, todas as pessoas, pelo fato de serem pessoas, são titulares de direitos e deveres fundamentais⁴.

Desse modo, conforme redação do próprio artigo 196º da CF, o direito à saúde não comporta exceção expressa em lei, devendo atender ao princípio da universalidade, de forma a abranger a todos que precisem de procedimentos, tratamentos, medicamentos, dentre outras necessidades à garantia de sua saúde.⁵

Cabe ressaltar, inclusive, que a abrangência do direito à saúde é tanta que o próprio artigo 2º da Lei nº 8080/90, que regulamenta o Sistema Único de Saúde (SUS), dispõe ser a saúde um direito fundamental do ser humano, não fazendo restrições quanto à condição financeira, naturalidade, ou se a pessoa possui ou não plano de saúde, pois, antes do SUS, havia o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), que era um sistema com a ótica trabalhista, na qual o trabalhador e o empregador recolhiam uma parcela do salário e o sistema de saúde oferecia como benefício a assistência médica e, os que não trabalhavam, eram tidos como indigentes, sendo atendidos na Santa Casa⁶.

Deve-se aqui relembrar que o SUS é o sistema público de saúde brasileiro, disciplinado pela Lei 8080/90, também conhecida como Lei Orgânica da Saúde, e pelo Ministério da Saúde, que define o funcionamento da saúde no Brasil em sua totalidade, incluindo-se os princípios e diretrizes do SUS, política de recursos humanos, vigilância sanitária e a participação do regime privado.⁷

Ressalta-se, ainda, que nos moldes do artigo 23 da Constituição Federal, todos os entes federativos, ou seja, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, são solidariamente responsáveis no tocante à promoção da saúde e assistência pública, não sendo possível, portanto, que um dos entes se abstenha de cumprir com suas obrigações.⁸

3. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 73.

4. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado,2012, p.189.

5. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 87.

6. LOUVISON, Marília. O SUS e a Saúde Suplementar. Entrevista concedida ao canal SABER Tecnologias Educacionais e Sociais. **Youtube**, postado em 3 dez. 2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=z6x5JX-T6uEQ>> Acesso em: 26 ago. 2017.

7. SANTOS, Isabela Soares; SANTOS, Maria Angelica Borges dos; BORGES, Danielle da Costa Leite. **Mix público-privado no sistema de saúde brasileiro**. Rio de Janeiro: Fiocruz/Ipea/Ministério da Saúde/Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, 2013. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/z9374/pdf/non-ronha-9788581100180-04.pdf> Acesso em: 2 set. 2018. (E-book)

8. BEM, Ivan Pricken de. **Judicialização da Saúde no Brasil**. Cadernos Ibero-americanos de Direito Sanitário, vol 7, n.2, abril/jun 2018. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/207/287> Acesso em: 22 jan. 2018.

Porém, apesar da saúde ser um dever do Estado, devendo este promover políticas públicas para a sua efetivação⁹, a Constituição Federal permitiu que a iniciativa particular participasse da saúde de forma livre e complementar, conforme se passa a analisar a seguir.

2.2 A Saúde Suplementar no Brasil

Além do Sistema Único de Saúde, a CFRB, em seu artigo 199, permitiu que a iniciativa privada participasse da assistência à saúde de forma livre e complementar ao SUS. Assim, por ser o direito à saúde um direito fundamental, estando, portanto, diretamente ligado ao princípio da dignidade a pessoa humana, a doutrina classificou a sua efetivação como eficácia vertical dos direitos fundamentais, sendo essa, a que disciplina as relações entre o Poder Público e o particular.¹⁰

Porém, pelo fato de tratar-se de um direito fundamental diretamente ligado à vida, a eficácia dos direitos fundamentais no que se relaciona a sua aplicação e efetividade foi estendida às relações na esfera privada, sendo denominada de eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Desse modo, por mais que se trate da relação entre uma pessoa e uma operadora de saúde, como é o caso da saúde suplementar, pelo fato da saúde ser um direito fundamental e possuir caráter público, estando diretamente ligada a todas as pessoas, devendo, portanto, ter sua efetividade resguardada pelo Poder Público¹¹.

Diante de tal permissão, foram criados os denominados contratos de planos de saúde, firmados entre as operadoras e o beneficiário, os quais, durante muito tempo, funcionavam em situação de desvantagem para o consumidor, pois não havia regulamentação expressa para as operadoras nem regra específica, sendo controlados apenas pelo Código Civil ou Comercial¹².

Porém, após a consolidação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) em 1990, as relações entre beneficiários e operadoras ficaram mais equiparadas, em virtude de o CDC ter trazido a regulamentação de proteção ao consumidor com a finalidade de tornar as relações de consumo mais seguras, diante da vulnerabilidade da figura do consumidor, evitando a existência de cláusulas abusivas que venham a restringir o direito à saúde¹³.

Por fim, com o advento da Lei 9656/98, a qual dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, as atividades das operadoras foram regulamentadas, desde que respeitadas às normas gerais da CF, do Código Civil, do CDC e outras

9. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Orgs.). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 104.

10. BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de **Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 591

11. BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de **Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 591.

12. MELO NETO, Gonçalo Ribeiro de. Práticas abusivas nos contratos de plano de saúde e atuação do Ministério Público. **UFSC**, 15.maio.2013. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/praticas-abusivas-nos-contratos-de-plano-de-sa%C3%BAde-e-atua%C3%A7%C3%A3o-do-minist%C3%A9rio-p%C3%BAblico>> Acesso em: 2.set.2018.

13. INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Planos antigos. **IDEC**. Disponível em: <<https://idec.org.br/planos-de-saude/planos-antigos>> Acesso em: 2. set. 2018

pertinentes.¹⁴

Com a função de fiscalizar a atividade privada para garantir que se preserve o interesse público e que contribua para o desenvolvimento do país, foi criada a Agencia Nacional de Saúde (ANS), vinculada ao Ministério da Saúde.¹⁵

Nesse contexto, a ANS é a Agencia Reguladora dos Planos de Saúde do Brasil, possui sede no Rio de Janeiro, e os atendimentos aos cidadãos são feitos pela Central de atendimento ao Consumidor, pela internet, pelo telefone e pelos demais Núcleos da ANS localizados em vários estados do país, conforme informações do site da própria agencia¹⁶. Essa regulação é descrita de forma simplificada pela própria ANS como um conjunto de medidas e ações do Governo que envolve a criação de normas, o controle e a fiscalização de segmentos de mercado explorados por empresas para assegurar o interesse público.

Importante ressaltar que, atualmente, quem pode pagar um plano de saúde prefere ter o serviço particular ao invés de se utilizar do SUS, pois o sistema de saúde do Brasil está sobrecarregado e em muitos locais carece de infraestrutura. Assim, a falta de medicamentos, hospitais superlotados, poucos médicos, carência de enfermeiros e auxiliares para a grande demanda de pacientes, acaba por deixar o sistema único de saúde abarrotado. Dessa forma, as pessoas se submetem a pagar por um plano particular em busca de um melhor e mais rápido atendimento no âmbito da saúde.¹⁷

Louvison imputa como um dos motivos para crescimento da saúde suplementar no Brasil, o fato da CF/88 ter estendido o SUS a todos, financiado pelos recursos dos impostos, fazendo com que subitamente o sistema público englobasse um grande número de pessoas, gerando, em consequência disso, menos agilidade nos serviços. Além disso, há o estigma que muitos atribuem ao serviço público como algo que não funciona, criando-se, dessa forma, uma conjuntura que incentivou o setor da saúde suplementar, cuja demanda aumentou em decorrência de se buscar novos caminhos às fragilidades do SUS¹⁸.

Ademais, Louvison afirma que a lógica da saúde suplementar é individualizada e fragmentada, desembolsando quatro vezes mais recursos por pessoa em comparação com os usuários do SUS. Ainda, tal situação é motivada pela política fiscal brasileira,

14. MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves. **A regulação da assistência à saúde suplementar**. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2007. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/tr7y8/pdf/menicucci-9788575413562-07.pdf>> Acesso em: 1 Set. 2018. (E-book)

15. MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves. **A regulação da assistência à saúde suplementar**. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2007. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/tr7y8/pdf/menicucci-9788575413562-07.pdf>> Acesso em: 1 Set. 2018. (E-book)

16. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Quem Somos. **ANS**. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/quem-somos>> Acesso em: 23. ago. 2018.

17. LOUVISON, Marília. O SUS e a Saúde Suplementar. Entrevista concedida ao canal SABER Tecnologias Educacionais e Sociais. **Youtube**, postado em 3 dez. 2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=z6x5JXT6uEQ>> Acesso em: 26. ago. 2018.

18. LOUVISON, Marília. O SUS e a Saúde Suplementar. Entrevista concedida ao canal SABER Tecnologias Educacionais e Sociais. **Youtube**, postado em 3 dez. 2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=z6x5JXT6uEQ>> Acesso em: 26. ago. 2018.

que estimula a contratação de planos de saúde concedendo desconto no imposto de renda, como forma de amenizar a sobrecarga do SUS¹⁹.

Analisando dessa forma, percebe-se que a Saúde Suplementar traz a possibilidade de desafogar o SUS e de fazer com que os clientes das operadoras do plano de saúde apenas utilizem o serviço público de saúde em determinados casos, como, por exemplo, algum serviço não fornecido pelo serviço privado ou em alguma situação de emergência.

É neste contexto que reside o tema central deste trabalho: quando um beneficiário de um plano de saúde utiliza dos serviços fornecidos pelo SUS, deve a empresa ressarcir ao poder público aquilo que foi gasto pelo paciente?

Inicialmente, a resposta à referida indagação poderia estar fundamentada no próprio artigo 32 da 9656/98, que a responde de forma afirmativa. Porém, muito se discute sobre a constitucionalidade do mencionado dispositivo, o que culminou na proposição de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, conforme se analisará no tópico que se segue.

2.3 A Obrigatoriedade dos Planos de Saúde em ressarcir ao SUS as despesas de seus beneficiários: uma análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.931²⁰

Conforme mencionado, as operadoras de Plano de Saúde, reguladas pela ANS, são regidas pela Lei nº 9656/98 (Lei dos Planos de Saúde), dentre outras normas. Nesse sentido, o artigo 32º da Lei dos Planos de Saúde cita que se um beneficiário de plano de saúde utilizar-se do Sistema Único de Saúde e o serviço utilizado estiver na cobertura do plano de saúde, o Poder Público poderá cobrar a restituição do que foi despendido para o atendimento desse usuário.

Assim, com a referida lei, tornou-se obrigação das operadoras de planos de saúde ressarcir o que foi gasto pelo SUS, assegurados o direito ao contraditório e a ampla defesa, sob pena de serem consideradas inadimplentes e inscritas no Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal (CADIN).²¹

Ainda nesse âmbito, a tabela abaixo descreve, de forma resumida, como é feito o cruzamento de informações para identificar os usuários de plano de saúde que foram atendidos pelo SUS²²:

19.LOUVISON, Marília. O SUS e a Saúde Suplementar. Entrevista concedida ao canalSABER Tecnologias Educacionais e Sociais. **Youtube**, postado em 3 dez. 2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=z6x5JXT6uEQ>> Acesso em: 26. ago. 2018.

20.SUPREMO julga ADI sobre planos de saúde. **Notícias STF**, 21.agosto.2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=61116&caixaBusca=N>> Acesso em: 31. ago. 2018.

21. A SISTEMÁTICA do ressarcimento ao SUS. **Dizer o direito**, postado em 28 de fevereiro 2018. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2018/02/a-sistematica-do-ressarcimento-ao-sus-e.html#more>> Acesso em: 5. jun. 2018.

22.A SISTEMÁTICA do ressarcimento ao SUS. **Dizer o direito**, postado em 28 de fevereiro 2018. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2018/02/a-sistematica-do-ressarcimento-ao-sus-e.html#more>> Acesso em: 5. jun. 2018.

O paciente é atendido em uma instituição pública ou privada, conveniada ou contratada, integrante do SUS;
A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) cruza os dados dos sistemas de informações do SUS com o Sistema de Informações de Beneficiários (SIB) da própria Agência para identificar as pessoas que foram atendidas na rede pública e que possuem plano de saúde;
AANS notifica a operadora informando os atendimentos que realizou relacionados com seus clientes;
A operadora pode contestar isso nas instâncias administrativas, dizendo, por exemplo, que aquele serviço utilizado pelo seu cliente no SUS não era coberto pelo plano, que o paciente já havia deixado de ser usuário do plano etc.
Não havendo impugnação administrativa ou não sendo esta acolhida, a ANS cobra os valores devidos.
Caso não haja pagamento, a operadora será incluída no CADIN e os débitos inscritos em dívida ativa da ANS para, em seguida, serem executados.
Os valores recolhidos a título de ressarcimento ao SUS são repassados pela ANS para o Fundo Nacional de Saúde.

Fonte: Dizer o direito²³

Dessa forma, conforme explicaçāo no site da ANS sobre o sistema de integração e ressarcimento ao SUS, para reconhecer um beneficiário de plano de saúde atendido pelo SUS, a agência se utiliza de um procedimento denominado “batimento” que cruza, periodicamente, a base de dados do SUS com a da ANS.

O mecanismo de identificação ocorre após o recebimento do Departamento de Informática do SUS (DATASUS), das informações sobre os atendimentos realizados na rede pública/privada conveniada ao SUS em todo o território nacional e registrados por meio de Autorização de Internação Hospitalar (AIH) e por Autorização de Procedimento Ambulatorial (APAC)²⁴.

Assim, o resultado desse cruzamento é enviado às operadoras por meio de um ofício, chamado Aviso de Beneficiário Identificado (ABI), que agrupa os atendimentos a cada três meses e as notifica da identificação de atendimentos possivelmente realizados por beneficiários pertencentes às suas respectivas carteiras²⁵.

Portanto, após o cruzamento de dados, caso haja constatação de utilização do SUS por usuários de plano de saúde, as operadoras serão contatadas para que apresentem suas justificativas, de modo a garantir o direito ao contraditório e

23. A SISTEMÁTICA do ressarcimento ao SUS. **Dizer o direito**, postado em 28 de fevereiro 2018. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2018/02/a-sistematica-do-ressarcimento-ao-sus-e-e.html#more>> Acesso em: 5. jun. 2018.

24. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Integração e ressarcimento ao SUS. **ANS**. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor/integracao-e-ressarcimento-ao-sus>> Acesso em: 25. ago. 2018.

25. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Integração e ressarcimento ao SUS. **ANS**. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor/integracao-e-ressarcimento-ao-sus>> Acesso em: 25. ago. 2018.

o devido processo legal. Assim, esse procedimento administrativo é composto por duas instâncias, sendo a primeira em que a operadora prestará as alegações sobre não considerar devido o ressarcimento e a segunda instância ocorrerá após o recurso contra a decisão anteriormente proferida.²⁶

Após a análise dos argumentos e justificativas, ocorrerá a decisão sobre a procedência ou não do ressarcimento. Caso haja procedência do dever de ressarcir, as operadoras serão notificadas e será emitida a Guia de Recolhimento da União (GRU). Contudo, havendo inadimplemento da obrigação, o débito da operadora será inscrito em Dívida Ativa da União e dos administradores no Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal (CADIN), conforme a lei 9656/98 e a ANS.²⁷

Entretanto, o referido artigo vem causando muitas discussões e divergências. Isso se deve ao fato de nem todos os operadores do direito concordarem com aquilo que dispõe o artigo 34 da nº Lei 9656/98²⁸. Assim, aqueles que se posicionam contra a obrigatoriedade imposta pelo mencionado artigo entendem que o SUS é um sistema igualitário e universal, não podendo ser restringido a ninguém. Nesse sentido, aponta-se que a saúde é direito de todos e um dever do Estado, de modo que, ao procurar o SUS, o usuário não deixa de pagar os tributos que financiam o SUS e apenas estão usufruindo de um direito que lhe é garantido na Constituição²⁹.

Além disso, argumenta-se que o fato de não ser substitutiva, a saúde suplementar é uma sobreposição de cobertura no sistema de saúde, que está sendo pago em duplicidade pelo consumidor que é contratante e contribuinte e o valor ressarcido ao SUS é contabilizado nos custos da operadora que, possivelmente, ficará mais cara.³⁰

Os que defendem o dever de ressarcimento imposto pela Lei dos Planos de saúde, por sua vez, entendem esse ressarcimento como uma forma de zelar pela coletividade e de fazer com que as operadoras cumpram o contrato em sua totalidade e evitem a utilização desnecessária dos serviços do SUS³¹.

Ressalta-se que a própria ANS se posiciona a favor do dispositivo, uma vez

26. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Integração e ressarcimento ao SUS. **ANS**. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor/integracao-e-ressarcimento-ao-sus>> Acesso em: 25. ago. 2018.

27. A SISTEMÁTICA do ressarcimento ao SUS. **Dizer o direito**, postado em 28 de fevereiro 2018. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2018/02/a-sistematica-do-ressarcimento-ao-sus-e.html#more>> Acesso em: 5. jun. 2018.

28. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Integração e ressarcimento ao SUS. **ANS**. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor/integracao-e-ressarcimento-ao-sus>> Acesso em: 25. ago. 2018.

29. CONDE, Luiz Felipe. Existe coerência no ressarcimento ao SUS pelas operadoras de planos de saúde? **Rede saúde filantrópica**, 16. jan. 2018. Disponível em: <<http://www.cmb.org.br/redesaude/index.php/noticias/1244-existe-coerencia-no-ressarcimento-ao-sus-pelas-operadoras-de-planos-de-saude>> Acesso em: 31. ago. 2018.

30. CARNEIRO, Luiz Gustavo. O sistema é suplementar ou substitutivo? Pela lógica do ressarcimento ao SUS. **Instituto de estudos de saúde suplementar**. 28. abr. 2016. Disponível em: <<https://www.iess.org.br/?p=blog&id=150>> Acesso em: 31. ago. 2018.

31. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **Notícias ANS**, 7.fev.2018. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/sobre-a-ans/4326-stf-reconhece-constitucionalidade-do-marco-regulatorio>> Acesso em: 31. ago. 2018.

que, para a Agência Reguladora, o ressarcimento ao SUS é uma forma de controlar a atividade do mercado no setor da saúde e de proteger os consumidores que utilizam o plano de saúde, com a finalidade de evitar condutas abusivas e zelar pelo cumprimento contratual. Desse modo, o ressarcimento ao SUS ocorrerá para os casos de atendimentos realizados na rede pública pelos usuários do plano de saúde para os serviços que estejam previstos no contrato desse beneficiário³².

Dessa forma, diante dessa temática do ressarcimento ter gerado muitas discussões, a Confederação Nacional de Saúde apresentou, em outubro de 1999, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade ao STF argumentando que o usuário do Plano de Saúde não deixa de pagar os impostos que financiam o serviço público, o qual deveria fornecer um serviço de saúde de qualidade a todo cidadão, independente de ele ser ou não beneficiário de um plano de saúde privado.³³

Assim, no dia 7 de fevereiro de 2018, ocorreu a análise da ADI 1.931, proposta inicialmente em 1999, logo após a publicação da Lei 9656/98, que está relacionada à inconstitucionalidade do ressarcimento ao SUS pelas operadoras e foi firmada a tese, por meio do julgamento do RE 597.04 que servirá de parâmetro para decisões futuras nos tribunais do país³⁴.

O STF considerou constitucional, de forma unânime, o ressarcimento ao SUS devido pelas operadoras dos planos privados quando seus usuários se utilizarem do serviço público para serviços que sejam cobertos pelo plano contratado.³⁵

Dessa forma, os ministros entendem que o ressarcimento evitaria o enriquecimento ilícito das operadoras e preservaria o serviço público para a população que mais precisa dele, e, ainda, afirma o Ministro Marco Aurélio que “a escolha do agente privado de atuar na prestação de relevantes serviços de saúde e concorrer com o Estado pressupõe a responsabilidade de arcar integralmente com as obrigações assumidas”, portanto, caso não haja o ressarcimento, haverá enriquecimento ilícito³⁶.

Além disso, entenderam que o não ressarcimento afrontaria o art.199,§2, CF, pois tal artigo veda a destinação de recursos públicos às instituições privadas e, caso não houvesse esse ressarcimento, seria uma forma de o Estado patrocinar a iniciativa privada³⁷. Nesse sentido, foi a decisão:

32. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Integração e ressarcimento ao SUS. **ANS**. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor/integracao-e-ressarcimento-ao-sus>> Acesso em: 25. ago. 2018.

33. POMPEU, Ana. **STF aprova tese que manda plano de saúde ressarcir**. Revista **Consultor Jurídico**, 7 de fevereiro de 2018 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-07/plano-saude-ressarcir-sus-quando-trata-clientes-stf> Acesso em: 25. ago. 2018.

34. POMPEU, Ana. **STF aprova tese que manda plano de saúde ressarcir**. Revista **Consultor Jurídico**, 7 de fevereiro de 2018 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-07/plano-saude-ressarcir-sus-quando-trata-clientes-stf> Acesso em: 25. ago. 2018.

35. Idem.

36. Idem.

37. STF aprova tese que manda plano de saúde ressarcir. **Consultor jurídico**, 7. fev. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-07/plano-saude-ressarcir-sus-quando-trata-clientes-stf>> Acesso em: 26. ago. 2018.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 345 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: “É constitucional o ressarcimento previsto no art. 32 da Lei 9.656/98, o qual é aplicável aos procedimentos médicos, hospitalares ou ambulatoriais custeados pelo SUS e posteriores a 4/6/1998, assegurados o contraditório e a ampla defesa, no âmbito administrativo, em todos os marcos jurídicos”. Falaram: pela recorrente, o Dr. Dagoberto José Steinmeyer Lima; pela recorrida, o Dr. Cláudio Peret, Procurador Federal; pelo amicus curiae Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos e Hospitalares de Curitiba Ltda - UNIMED CURITIBA, o Dr. Fábio Artigas Grillo; e, pelo amicus curiae UNIMED/RS - Federação das Cooperativas Médicas do Rio Grande do Sul Ltda, o Dr. Marco Túlio de Rose. Impedido o Ministro o Ministro Roberto Barroso. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 7.2.2018.

ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO SUS. OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE. ART. 32 DA LEI 9.656/98. ART. 199 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA ASSEGURADOS. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE. FATOS JURÍGENOS POSTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI FEDERAL. 1. O Estado, sem se desincumbir de seu ônus constitucional, possibilitou que empresas privadas, sob sua regulamentação, fiscalização e controle (ANS), prestassem a assistência à saúde de forma paralela, no intuito de compartilhar os custos e os riscos a fim de otimizar o mandamento constitucional. 2. A cobrança disciplinada no art. 32 da Lei 9.656/98 ostenta natureza jurídica indenizatória ex lege (receita originária), sendo inaplicáveis as disposições constitucionais concernentes às limitações estatais ao poder de tributar, entre elas a necessidade de edição de lei complementar. 3. Observada a cobertura contratual entre os cidadãos-usuários e as operadoras de planos de saúde, além dos limites mínimo (praticado pelo SUS) e máximo (valores de mercado pagos pelas operadoras de planos de saúde), tal ressarcimento é compatível com a permissão constitucional contida no art. 199 da Carta Maior. 4. A possibilidade de as operadoras de planos de saúde ofertarem impugnação (e recurso, atualmente), em prazo razoável e antes da cobrança administrativa e da inscrição em dívida ativa, sendo-lhes permitido suscitar matérias administrativas ou técnicas de defesa, cumpre o mandamento constitucional do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal. 5. O ressarcimento previsto na norma do art. 32 da Lei 9.656/98 é aplicável aos procedimentos médicos, hospitalares ou ambulatoriais custeados pelo SUS posteriores a 4.6.1998, desde que assegurado o exercício do contraditório e da ampla defesa, no âmbito administrativo, em todos os interstícios amparados por sucessivas reedições de medidas provisórias.³⁸.

Assim, o STF reconheceu a constitucionalidade que vinha sendo contestada durante anos pelas operadoras³⁹, sendo proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1931 e no Recurso Extraordinário (RE), decidindo que o art. 32 da Lei 9656/98 seja aplicado para que ocorra o ressarcimento dos serviços públicos utilizados pelos beneficiários do plano de saúde, respeitando, porém, o contraditório e a ampla defesa, de modo que as operadoras possam justificar a utilização dos serviços para que seja analisado se o motivo procede ou não e, também, a aprovação da tese do RE 597.064, classificado de repercussão geral, para que siga de regra para a aplicação dos tribunais⁴⁰.

38. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Processos. **Portal STF**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314346958&ext=.pdf>> Acesso em: 25. ago. 2018.

39. RESSARCIMENTO ao SUS. **Empório do direito**. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/ressarcimento-ao-sus>> Acesso em: 2 set. 2018.

40. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, **Notícias ANS**, 7.fev.2018. Disponível em:<<http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/sobre-a-ans/4326-stf-reconhece-constitucionalidade-do-marco-regulatorio>> Acesso

Entretanto, após a referida decisão do STF sobre a ADI 1931, foi proposto embargo de declaração pela IRMANDADE DO HOSPITAL DE NOSSA SENHORADAS DORES⁴¹, representada pelo advogado Dagoberto José Steinmeyer Lima, OAB/SP nº 17.513.

Nas razões dos embargos sustenta-se que a decisão do Supremo vai de encontro à máxima constituinte no que se relaciona ao direito à saúde ser um dever do Estado e um direito de todos, indo, ainda, de encontro ao princípio da universalidade do sistema único de saúde, anteriormente mencionados. Além disso, entende-se que tal decisão acaba por ferir a liberdade de decisão do cidadão que, tendo ou não plano de saúde, pode escolher livremente onde será atendido.⁴²

Ademais, enfatiza-se no embargo citado acima que em muitas regiões do país a falta de recursos do SUS não se dá por ausência de verbas e sim por má administração dos recursos destinados à saúde, fato esse que pode ser respaldado pelas inúmeras notícias de corrupção e desvio de verbas que rotineiramente surgem no Brasil.⁴³

Tomemos como base o Estado do Rio de Janeiro, onde as políticas públicas não conseguiram avançar na prestação de um serviço de qualidade ao cidadão de bem, na medida em que os escândalos políticos de desvio de verbas e de corrupção, fez com que o Estado Maior interviesse na segurança pública daquele Estado. Que dirá ainda no que concerne à saúde pública do Estado do Rio de Janeiro! As recentes notícias atestam a falta de médicos, falta de equipamentos e ausência de medicamentos em diversas unidades. Se aglomeraram os pacientes na rede pública para a realização de cirurgias. Em alguns hospitais públicos, os atendimentos são realizados nos corredores. Ou seja, o sistema de saúde não se sustentou, por conta da má gestão, corrupção, desvio de verbas e outros fatores diretos e indiretos⁴⁴.

Nesse contexto, pode-se avaliar o reflexo da corrupção não apenas no Rio de Janeiro, como também no Ceará e no país como um todo. Todos os dias os jornais estão lotados de informações sobre inúmeros casos de corrupção e desvios milionários de verbas. Quem sofre com isso é a população brasileira em sua totalidade, que passa a desacreditar da administração pública e a perder a esperança de um futuro melhor, pois o desvio de verba da saúde, da educação, da segurança tem sido muito prejudicial para o Brasil.

Assim, o referido embargo argumenta que a atividade empresarial certamente ficará prejudicada, pois os tributos cobrados às operadoras de saúde já são altos demais e “é sabido que qualquer atividade empresarial gera sim obrigações, em: 1.set. 2018

41 . SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Publicações. **Portal STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=95&dataPublicacaoDj=16/05/2018&incidente=2661252&codCapitulo=5&numMateria=69&codMateria=1>> Acesso em: 31. ago. 2018.

42. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Processo eletrônico. **Portal STF**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadelpub/jsp/consultarprocessoelectronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2661252>> Acesso em: 26. ago. 2018

43. Idem

44. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Processo eletrônico. **Portal STF**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadelpub/jsp/consultarprocessoelectronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2661252>> Acesso em: 26. ago. 2018.

principalmente com o Estado através da pesada carga tributária que submetem as empresas que atuam no mercado de saúde suplementar⁴⁵". Ainda acrescentou que "de outra parte, ao permitir que a iniciativa privada de forma suplementar atue na saúde, não quer dizer que esta tem a obrigação de ser onerada ou penalizada por uma obrigação que é intransferível pelo Estado⁴⁶".

Ademais, questionou-se quanto ao que se relaciona à forma que deve ser calculado o valor do ressarcimento, uma vez que este é feito pela Tabela TUNEP⁴⁷ que "é uma tabela de valores para o pagamento por procedimentos realizados, garantindo que os valores sejam sempre maiores que a Tabela SUS e menores do que os valores praticados no mercado". Assim, conforme se afirma no embargo "a remuneração realizada nesta participação complementar da iniciativa privada na Saúde Pública, se dá através da TABELA SUS", porém, indaga-se qual seria o motivo de as operadoras de planos de saúde terem de ressarcir ao SUS conforme valor da Tabela TUNEP, já que esta possui maiores valores que àqueles pagos pelo SUS em seus procedimentos. Sobre tal ponto, conclui os embargos que tal prática resulta em "enriquecimento indevido do ente público em detrimento do patrimônio do particular, devendo a iniciativa privada se utilizar da Tabela SUS para os casos que comportem o art.32 da Lei 9656/98"⁴⁸.

Portanto, sabe-se que este é um assunto que gera muita discussão no âmbito jurídico, tratando-se de uma questão polêmica, que abrange diversos posicionamentos. Porém, não é difícil reconhecer que a saúde é um direito todos e que, conforme disposto no artigo 196 da CF, os contratos firmados com os planos de saúde não excluem o direito de utilizar o sistema público.

Em contrapartida, comprehende-se que esse é um assunto de relevante interesse coletivo e que o ressarcimento poderia ser entendido como uma forma de justiça social, pois é uma forma de tentar amenizar as desigualdades da nossa sociedade. Ainda, sobre isso, entende o Ministro Gilmar Mendes que a "regra protege princípios constitucionais que asseguram tratamento digno a parcela vulnerável da população⁴⁹", favorecendo aqueles que mais necessitam desses serviços.

Deve-se, assim, aguardar o posicionamento definitivo do STF, no qual se espera uma melhor ponderação, principalmente que leve em consideração a difícil situação financeira de muitas operadoras de planos de saúde, demonstrada pelo alto índice de recuperação judicial e falência, o que compromete os direitos dos beneficiários e poderia sobrecarregar ainda mais o SUS.⁵⁰

45. Idem.

46. Idem.

47. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, Destaques. **ANS**. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/portal/site/perfil_gestores/noticias_artigo_1208.asp?secao=Gestores> Acesso em: 31.ago.2018.

48. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Processo eletrônico. **Portal STF**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublisher/jsp/consultarprocessoelectronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2661252>> Acesso em: 1. set. 2018.

49. STF aprova tese que manda plano de saúde ressarcir. **Consultor jurídico**, 7. fev. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-07/plano-saude-ressarcir-sus-quando-trata-clientes-stf>> Acesso em: 26. ago. 2017.

50. GAVRAS, Douglas; BRANDÃO, Raquel. **Após perda de 3 milhões de clientes, cem planos de saúde fe-**

Assim, a seguinte tabela traz a Taxa de Crescimento (%) do número de beneficiários em relação a dezembro do ano anterior, no Brasil, compreendido entre 2008 e 2018. De antemão, é fácil perceber que a taxa de beneficiários decresceu e, em alguns anos, foi negativa, significando que muitos deixaram de ter plano de saúde, restando, portanto, o serviço público⁵¹.

Ano	Beneficiários em planos privados de assistência médica com ou sem odontologia	Beneficiários em planos privados exclusivamente odontológicos
Dez/2008	41.468.019	11.061.362
Dez/2009	42.561.398	13.253.744
Dez/2010	44.937.350	14.514.074
Dez/2011	46.025.814	16.669.935
Dez/2012	47.846.092	18.538.837
Dez/2013	49.494.699	19.469.223
Dez/2014	50.432.341	20.211.873
Dez/2015	49.209.200	20.976.338
Dez/2016	47.620.268	21.422.264
Dez/2017	47.196.900	22.569.171
Jun/2018	47.236.348	23.453.058

Fonte: Sistema de Informações de Beneficiários-SIB/ANS/MS⁵²

Por outro lado, as despesas das operadoras só aumentam como mostra a tabela a seguir com a Receita de Contraprestações das Operadoras (em Reais) (Brasil - 2008-2018.1):

cham as portas. O Estado de S.Paulo, 5 de agosto de 2018. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,apos-perda-de-3-milhoes-de-clientes-cem-planos-de-saude-fecham-as-portas,70002430740> Acesso em: 20.set.2018.

51. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Dados do setor. **ANS**. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>> Acesso em: 2. set. 2018.

52. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Dados do setor. **ANS**. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>> Acesso em: 2. set. 2018.

Ano	Receita de contraprestações	Outras receitas operacionais	Despesa assistencial	Despesa administrativa	Despesa de comercialização	Outras despesas operacionais
2008	60.433.169.987	12.094.287.940	48.182.685.119	10.671.511.875	1.730.629.659	8.642.254.727
2009	65.729.181.803	15.421.697.489	54.105.693.937	11.336.752.534	2.006.390.129	10.044.505.475
2010	74.255.866.012	18.121.469.007	59.711.410.619	12.217.911.909	2.319.014.135	12.426.938.890
2011	84.367.198.778	19.694.708.442	68.851.186.132	13.001.713.745	2.743.336.217	14.033.340.070
2012	95.216.079.102	20.284.875.831	80.073.580.927	13.972.303.925	3.149.606.828	13.478.695.223
2013	109.033.713.525	14.900.542.583	90.906.340.009	14.670.255.393	3.488.427.813	13.810.929.979
2014	126.562.323.016	14.880.757.588	106.495.517.183	16.324.838.429	4.138.590.043	14.694.195.640
2015	143.316.979.247	15.297.250.264	120.119.869.692	17.215.490.024	4.777.138.317	15.750.807.052
2016	161.566.876.053	17.167.973.021	137.123.815.321	18.722.316.054	5.291.050.757	17.447.481.334
2017	179.303.994.674	16.964.687.834	150.583.574.464	19.617.610.261	5.365.351.897	17.578.109.816
2018	45.652.556.564	3.993.967.099	37.165.212.902	4.623.452.419	1.360.373.170	4.344.462.899

Fontes: DIOPS/ANS/MS – 24/08/2018⁵³

Entretanto, cabe salientar que, mesmo que aqui se defendesse por um dever de resarcimento das operadoras de planos de saúde, pautando-se em justiça social, para se ter saúde de qualidade e efetiva a todos, seria necessária uma boa gestão dos recursos públicos, uma administração proba, que zelasse pelo seu maior patrimônio, que é o povo. Assim, ainda que a política de resarcimento ao SUS traga uma perspectiva de um futuro melhor para a saúde no Brasil, nada disso será útil se a corrupção que assola esse país desviar e subtrair essa verba destinada a uma causa tão nobre e tão importante que é a saúde, o bem estar, e a vida dos cidadãos.

3 | RESULTADOS E DISCUSSÃO

Por meio do presente trabalho, pôde-se ter uma visão sobre a amplitude do direito à saúde, que é um direito de caráter público, fundamental e diretamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, após a consolidação da CFRB/88 e da Lei 8080/90, o direito à saúde passou a ser um direito de todos, sem discriminação, e dever do Estado. Além disso, continuou existindo a opção por planos particulares, que passou a ter lei própria (Lei 9656/98), sendo regulamentada pela ANS e pelas diretrizes do CDC, trazendo, assim, uma relação mais equilibrada entre os beneficiários e as operadoras.

Nesse contexto, o resarcimento ao SUS continua sendo algo conturbado para as operadoras, que alegam estar sobre carregadas com os tributos fiscais e ainda têm que ressarcir algo que é um direito universal. Ainda, percebe-se que as taxas de

53. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Dados do setor. **ANS**. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>> Acesso em: 2. set. 2018.

novos contratantes de planos particulares diminuíram, fato que é justificado pela crise econômica do país e, também, pela consequência do aumento das mensalidades, reflexo do dinheiro despendido com o ressarcimento.

Dessa forma, comprehende-se que é uma situação complexa, decorrente de anos de análises, e, mesmo que esteja sendo usada como parâmetro pelos tribunais, cabe salientar que é algo que ainda precisa ser melhor ponderado pelo STF. Pois mesmo que se entenda como forma de justiça social para os mais necessitados, deve-se considerar também o cidadão que paga o plano de saúde, muitas vezes comprometendo sua renda, para evitar o serviço público, deveras sobre carregado. Além disso, avaliar a situação das operadoras, que contribuem com a saúde suplementar, sendo mais uma alternativa de desafogar o serviço público.

Ainda, as operadoras pagam tributos pelo exercício da atividade patrimonial e, o cidadão, por sua vez, também paga tributos ao Estado. Possivelmente, o valor pago em ressarcimento refletirá nas mensalidades do plano de saúde. Ademais, ressalta-se que o Brasil é um país com altíssima carga tributária, porém com pouco retorno de qualidade de vida para o cidadão. O país enfrenta uma crise desencadeada pela corrupção desenfreada, que usa o dinheiro do cidadão de forma ilícita, causando, direta e indiretamente, inúmeras vítimas.

Percebe-se, portanto, que se trata de assunto de grande relevância, em que a dicotomia entre a continuidade da empresa e a obrigação dela em ressarcir ao SUS apresenta divergências ainda passíveis de muita discussão. Porém, deve-se ressaltar que, o que se espera, é maior seriedade e compromisso do Estado na gestão do dinheiro público, para que as verbas sejam de fato destinadas aos seus setores, como o da saúde, para que, assim, o SUS não seja um setor tão temido pelo cidadão, que contrata um plano de saúde como alternativa ao serviço público.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Dados do setor. **ANS**. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>> Acesso em: 2. set. 2018.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Integração e ressarcimento ao SUS. **ANS**. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor/integracao-e-ressarcimento-ao-sus>> Acesso em: 25. ago. 2018.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Notícias. **ANS**, 7.fev.2018. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/sobre-a-ans/4326-stf-reconhece-constitucionalidade-do-marco-regulatorio>> Acesso em: 31. ago. 2018.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Quem Somos. **ANS**. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/quem-somos>> Acesso em: 23. ago. 2018.

A SISTEMÁTICA do ressarcimento ao SUS. **Dizer o direito**, postado em 28 de fevereiro 2018. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2018/02/a-sistematica-do-ressarcimento-ao-sus-e.html#more>> Acesso em: 5. jun. 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de **Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARNEIRO, Luiz Gustavo. O sistema é suplementar ou substitutivo? Pela lógica do resarcimento ao SUS. **Instituto de estudos de saúde suplementar**. 28. abr. 2016. Disponível em: <<https://www.iess.org.br/?p=blog&id=150>> Acesso em: 31. ago. 2018.

CONDE, Luiz Felipe. Existe coerência no resarcimento ao SUS pelas operadoras de planos de saúde? Rede saúde filantrópica, 16. jan. 2018. Disponível em: <<http://www.cmb.org.br/redesaude/index.php/noticias/1244-existe-coerencia-no-ressarcimento-ao-sus-pelas-operadoras-de-planos-de-saude>> Acesso em: 31. ago. 2018.

GAVRAS, Douglas; BRANDÃO, Raquel. **Após perda de 3 milhões de clientes, cem planos de saúde fecham as portas**. O Estado de S.Paulo, 5 de agosto de 2018. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,apos-perda-de-3-milhoes-de-clientes-cem-planos-de-saude-fecham-as-portas,70002430740>

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Planos antigos. **IDEc**. Disponível em: <<https://idec.org.br/planos-de-saude/planos-antigos>> Acesso em: 2. set. 2018.

LOUVISON, Marília. O SUS e a Saúde Suplementar. Entrevista concedida ao canal SABER Tecnologias Educacionais e Sociais. **Youtube**, postado em 3 dez. 2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=z6x5JXT6uEQ>> Acesso em: 26 ago. 2017.

MELO NETO, Gonçalo Ribeiro de. Práticas abusivas nos contratos de plano de saúde e atuação do Ministério Público. **UFSC**, 15.maio.2013. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/praticas-abusivas-nos-contratos-de-plano-de-sa%C3%A7ade-e-atua%C3%A7%C3%A3o-do-minist%C3%A3rio-p%C3%A3o%C3%A3blico>> Acesso em: 2.set.2018.

MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves. A regulação da assistência à saúde suplementar. **Books Scielo**. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/tr7y8/pdf/menicucci-9788575413562-07.pdf>> Acesso em: 1. Set. 2018.

POMPEU, Ana. **STF aprova tese que manda plano de saúde ressarcir**. Revista **Consultor Jurídico**, 7 de fevereiro de 2018 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-07/plano-saude-ressarcir-sus-quando-trata-clientes-stf> Acesso em: 25. ago. 2018

SANTOS, Isabela Soares. SANTOS, Maria Angelica Borges dos. BORGES, Danielle da Costa Leite. Mix público-privado no sistema de saúde brasileiro. **Books Scielo**. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/z9374/pdf/horonha-9788581100180-04.pdf>> Acesso em: 2.set. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado,2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 73.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Processos. **Portal STF**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314346958&ext=.pdf>> Acesso em: 25. ago. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Publicações. **Portal STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?n umDj=95&dataPublicacaoDj=16/05/2018&incidente=2661252&codCapitulo=5&numMateria=69&codMateria=1>> Acesso em: 31. ago. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Processo eletrônico. **Portal STF**. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoelectronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2661252>> Acesso em: 1set. 2018.

A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL: UMA ANÁLISE DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) E A SUA ATUAÇÃO NAS CIRURGIAS DE TRANSGENITALIZAÇÃO

Raira Liliane Nunes Trindade

Graduanda em Direito, Faculdade de Direito de
Santa Maria – RS.

Karen Emilia Antoniazzi Wolf

Mestre em Direito na Universidade Federal de
Santa Maria – RS.

cirurgia de transgenitalização. Porém, o SUS enfrenta alguns desafios, como o mal uso dos recursos públicos destinados a ele. Por fim, cabe considerar que o presente artigo foi elaborado pelo método dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Federal. Direito à saúde. Direitos fundamentais. Sistema Único de Saúde. Transgenitalização.

HEALTH AS FUNDAMENTAL LAW: AN ANALYSIS OF THE UNIFIED HEALTH SYSTEM (SUS) AND ITS ACTIVITY IN TRANSGENITALIZATION SURGERIES

ABSTRACT: The purpose of this article was the right to health, which came to be understood as a fundamental right guaranteed to all citizens by the Federal Constitution of 1988. It also sought to analyze the Unified Health System (SUS), which was instituted by the State in an attempt to realize this right, and its performance in transgenitalization surgeries. In this way, the first chapter focused on the right to health as a fundamental and social right foreseen in our Constitution. The second chapter brought the SUS as a public policy instituted by the Public Power to ensure the right to health, including acting free of charge in transgenitalization surgeries. In this sense, it was concluded that the right to health is expressly provided for in our

RESUMO: O presente artigo teve por objeto o direito à saúde, que passou a ser abarcado como um direito fundamental assegurado a todos os cidadãos pela Constituição Federal de 1988. Também buscou-se analisar o Sistema Único de Saúde (SUS), que foi instituído pelo Estado em uma tentativa de efetivar esse direito, e sua atuação nas cirurgias de transgenitalização. Dessa forma, o primeiro capítulo versou sobre o direito à saúde como um direito fundamental e social previsto em nossa Carta Magna. Já o segundo capítulo trouxe o SUS como uma política pública instituída pelo Poder Público para assegurar o direito à saúde, inclusive atuando de forma gratuita nas cirurgias de transgenitalização. Nesse sentido, concluiu-se que o direito à saúde está previsto de forma expressa em nosso ordenamento jurídico, bem como o dever do Estado em assegurar a todos esse direito. Assim, o SUS foi criado com o compromisso de oferecer aos cidadãos serviços de saúde de forma adequada e de qualidade, sendo um desses serviços a realização da

legal system, as well as the duty of the State to assure everyone of this right. Thus, SUS was created with the commitment to provide citizens with adequate and quality health services, one of these services being the transgendering surgery. However, he has presented some difficulty in honoring this commitment, as there are certain obstacles to be faced. Finally, it should be considered that this article has been prepared by the deductive method.

KEYWORDS: Federal Constitution. Fundamental rights. Right to health. Transgenitalization. Unified Health System.

1 | INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais são uma construção histórica, e foram abarcados pela Constituição Federal de 1988. Dentre esses direitos constitucionalmente assegurados, destaca-se o direito à saúde, consagrado intencionalmente, e positivado em nosso ordenamento jurídico.

Destarte, o presente artigo traz a saúde como um direito fundamental assegurado constitucionalmente, analisando a concretização desse direito a partir da criação do Sistema Único de Saúde (SUS). Além disso, traz como objetivo principal analisar a atuação do SUS nas cirurgias de transgenitalização, onde os pacientes transexuais buscam um completo bem estar físico, mental e social.

No primeiro capítulo será abordado o direito à saúde enquanto direito fundamental expresso na Constituição Federal, e o segundo capítulo será dedicado a uma análise crítica do SUS, verificando-se como este se organiza, seus princípios e diretrizes, além de sua atuação na cirurgia de transgenitalização e possíveis obstáculos para a realização desta. Cumpre referir que, para desenvolver este trabalho foi utilizado o método dedutivo, através de pesquisas bibliográficas, publicações da internet e a legislação.

2 | A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL ASSEGURADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Com a Constituição Federal de 1988, teve-se a democratização do Brasil, após o rompimento com a ditadura militar. Ao trazer um estado democrático de direito, a Carta Constitucional inovou ao trazer para dentro do ordenamento jurídico brasileiro a proteção e garantia do direito à saúde.

A saúde é considerada um dos principais direitos do nosso ordenamento jurídico, caracterizando-se como um elemento basilar para o exercício dos demais direitos abarcados pela Constituição Federal. Pode-se afirmar que o direito à saúde é conexo com o direito à vida, pois sem saúde não há como se falar em qualidade de vida. Assim sendo, percebe-se que o direito à saúde está intimamente ligado com o princípio da dignidade da pessoa humana. Nas palavras de Andrade (2017),

partindo do pressuposto que a saúde é condição indispensável à garantia da vida humana, e que valor maior terá à vida se ela for vivida com decência, outra não poderia ser a ponderação quanto à impossibilidade de se dissociarem os vetores da dignidade da pessoa humana do direito à vida e à saúde.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) define saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou enfermidade” (USP, 2017). Assim sendo, o direito à saúde não está baseado apenas na possibilidade do indivíduo ser atendido no hospital ou em unidades básicas.

Magalhães, citado por Prado (2012, p. 53), aponta que

o direito à saúde não significa somente direito de acesso à medicina curativa, mas também direito à saúde física e mental, que começa com a medicina preventiva, com o esclarecimento e educação da população, higiene, saneamento básico, condições dignas de moradia e de trabalho, lazer, alimentação saudável e na quantidade necessária, campanhas de vacinação, dentre outras coisas.

O direito à saúde, em relação à conduta Estatal possui duas vertentes: uma em que o cidadão tem direito de exigir do Estado que este mantenha uma conduta positiva, ou seja, que ele tome medidas visando a prevenção e o tratamento das doenças. E a outra em que o cidadão tem direito de exigir do Estado que este mantenha uma conduta negativa, ou seja, que ele se abstenha de praticar quaisquer atos que prejudiquem a saúde (CANOTILHO; MOREIRA, apud SILVA, 2014, p. 312).

Vale ressaltar que a saúde está contemplada dentro dos direitos de segunda geração, pois correspondem aos direitos sociais. Segundo Bonavides, citado por Machado e Mateus (2017), o direito à saúde “se consubstancia como um direito de segunda geração, como um verdadeiro direito social, como um direito de prestação, ou seja, um direito social prestacional, uma vez que estes necessitam de uma atuação positiva por parte do ente estatal”.

Porém, há doutrinadores que entendem que o direito à saúde pertence aos direitos de primeira (direito de liberdade, são os direitos civis e políticos), segunda (direitos sociais) e terceira geração (direitos de fraternidade ou solidariedade). Nesse sentido Schwartz, citado por Faraj (2011, p. 17-18) explica que:

A saúde é, senão o primeiro, um dos mais importantes da vida, seja como pressuposto indispensável para a sua existência, seja como elemento agregado à sua qualidade. Nesse sentido a saúde é direito de primeira geração (...).

(...)

O art. 6º, da CF/88, reconhece o direito à saúde como um direito social. Logo, a saúde é, também, direito de segunda geração.

(...)

A saúde pode ser compreendida como direito de terceira geração. Nessa geração de direitos encontram-se os chamados direitos transindividuais, também chamados de direitos coletivos e difusos.

Não se pode negar que a saúde é direito difuso – já que inexiste determinação de seus titulares, e o bem jurídico (saúde) é indivisível. Logo, é direito difuso, conforme as regras do art. 81, I do Código de Defesa do Consumidor pátrio e, por tanto, patrimônio da humanidade.

O artigo 6º da nossa Constituição prevê que “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação [...], na forma desta Constituição” (BRASIL, 2017). Dessa forma, o direito à saúde é considerado pelo nosso ordenamento como uma obrigação do Estado e uma garantia de proteção do bem-estar do cidadão. Nas palavras de Andrade (2017), “o Estado tem à responsabilidade de promover o acesso para todos, sendo um direito universal que pertence aos brasileiros e estrangeiros, que assim necessitarem”.

Como já exposto anteriormente, o direito à saúde está previsto no Título II, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, pois tem uma ligação estreita com o princípio da dignidade da pessoa humana assegurado constitucionalmente. Isto posto, deve-se destacar que a Carta Magna traz em seu texto legal o artigo 5º, §1º que dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 2017).

Porém tem-se uma grande discussão entre os doutrinadores sobre esse dispositivo ser aplicável a todos os direitos fundamentais, inclusive aos previstos no Capítulo II que trata dos direitos sociais, como o direito à saúde. Ou seja, não há uma consensualidade no que se refere ao alcance do artigo 5º, §1º. Há quem defenda que este parágrafo do artigo 5º é aplicável tão somente ao Capítulo I que trata dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos.

Contudo, uma quantidade significativa de doutrinadores defende que o referido parágrafo aplica-se a todos os direitos fundamentais, incluindo assim os direitos sociais (aplicando-se dessa forma ao direito à saúde), pois “os direitos sociais não podem ser considerados meras promessas, enunciados sem força normativa, sem efetividade” (FARAJ, 2011, p. 25).

Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes, citado por Faraj (2011, p. 25) argumenta que a Constituição Federal de 1988 não faz uma distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos e os direitos sociais ao estabelecer em seu texto legal a aplicação imediata dos direitos fundamentais. Dessa forma, como os direitos sociais foram acolhidos como autênticos direitos fundamentais, possuem também aplicação imediata, observando sempre suas peculiaridades em caso de necessidade de resolução de demandas que busquem a efetivação desses direitos, como a efetivação de prestações de saúde.

Ademais, o direito à saúde está previsto concomitantemente no Título VIII (Da Ordem Social), no Capítulo II (Da Seguridade Social), Seção II, denominada “Da Saúde”. O artigo 196 dispõe que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços

para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 2017).

Dessa forma, o Poder Público, qualquer seja a esfera institucional no plano da organização federativa brasileira, não pode se mostrar indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento constitucional (PRETEL, 2010).

Como a saúde é um direito público subjetivo, cabe ao cidadão a possibilidade de exigir do Estado as prestações à saúde, seja para a sua recuperação, prevenção ou promoção. Desta maneira, a partir do disposto em nossa Constituição Federal, “é dever do ente estatal, ou seja, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, promover políticas públicas e serviços públicos” (CARVALHO, 2009, p. 31), para garantir o acesso aos serviços de saúde para todos os cidadãos.

Dessa forma, o Estado deve se responsabilizar “pela cobertura e pelo atendimento na área de saúde, de forma integral, gratuita, universal e igualitária, isto é, sem nenhum tipo de restrição” (ANDRADE, 2017). Cabe salientar que, conforme disposto no artigo 23, inciso II, da nossa Carta Magna, os entes federados possuem responsabilidade solidária no que diz respeito ao fornecimento dos serviços de saúde.

Nesse contexto, numa tentativa de assegurar o direito à saúde para a população brasileira, uma das medidas adotadas pelo Poder Público foi a instituição do Sistema Único de Saúde (SUS), que será objeto de estudo a seguir. Esse sistema de saúde está previsto constitucionalmente e regulado pela Lei nº 8.080/1990, pela nº 8.142/1990, abrangendo todo o território brasileiro.

3 | O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) COMO POLÍTICA PÚBLICA NA BUSCA DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E SUA ATUAÇÃO NAS CIRURGIAS DE TRANSGENITALIZAÇÃO

Segundo o Ministério da Saúde (2017), “O Sistema Único de Saúde (SUS) é um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo. Ele abrange desde o simples atendimento ambulatorial até o transplante de órgãos, garantindo acesso integral, universal e gratuito para toda a população do país”. Esse sistema tem como finalidade prestar serviços de saúde para toda a população brasileira, sem distinções.

O SUS foi instituído no artigo 198 da nossa Constituição Federal. Esse dispositivo legal caracteriza o SUS como um sistema único estruturado de forma regionalizada e hierarquizada. É um sistema único no sentido de que segue, em todo o território brasileiro, a mesma doutrina e os mesmos princípios organizativos, com a finalidade comum de promoção, proteção e recuperação da saúde (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 1990, p. 4).

É um sistema estruturado de forma regionalizada porque “cada região do Brasil desenvolve sua política de saúde de acordo com as necessidades locais, ou

seja, permite-se um maior conhecimento dos problemas de saúde da população integrante de determinada área delimitada” (CARVALHO, 2009, p. 45). Além disso, é hierarquizado, pois é dividido em três níveis: baixa (unidades básicas de saúde), média (hospitais secundários e ambulatórios de especialidades) e alta complexidade (hospitais terciários) (INCOR, 2017).

Posteriormente a essa previsão constitucional, foi criada para regulamentar o SUS a Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990. Essa lei regula os serviços de saúde em todo o território nacional e organiza o funcionamento desses serviços realizados pelo SUS (BRASIL, 1990a). A própria lei considera a saúde como um direito fundamental, prevendo em seu artigo 2º que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”.

Os princípios e diretrizes do SUS estão previstos no artigo 198 da Constituição Federal, que já foi abordado em momento anterior, e no artigo 7º da lei 8.080/90. De forma mais sucinta, pode-se dizer que a construção do SUS é norteada pelos seguintes princípios: universalidade, equidade e integralidade.

A universalidade se dá pelo fato de que todo o cidadão tem garantia de atenção à saúde por parte do SUS, tendo assim direito ao acesso de todos os serviços oferecidos e contratados pelo poder público. Pelo princípio da equidade, todo cidadão é igual perante o SUS e será atendido conforme suas necessidades, respeitando os limites do que o Sistema consegue oferecer para todos.

Por sua vez, o princípio da integralidade traz que cada pessoa é um todo indivisível e integrante da comunidade, sendo que as ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, e as unidades prestadoras de serviço com seus diversos graus de complexidade também formam um todo indivisível, não podendo ser compartmentalizadas, se tornando assim um sistema capaz de prestar assistência integral (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 1990, p. 4-5).

O artigo 198, inciso III da nossa Carta Magna prevê a participação da população na gestão do SUS como uma das diretrizes do sistema único. A partir dessa premissa, foi criada a Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Conforme a Lei nº 8.142/90, a participação dos cidadãos se dá através de duas instâncias colegiadas, que são a Conferência de Saúde e o Conselho de Saúde, cuja definição se encontra no artigo 1º da referida Lei. Essas instâncias são organizadas em todas as esferas de governo: federais, estaduais e municipais (BRASIL, 1990b).

Essa disposição vai de encontro com um dos princípios importantes que regem a organização do SUS: a descentralização. Ela é entendida como “uma redistribuição das responsabilidades quanto às ações e serviços de saúde entre os vários níveis de governo, a partir da ideia de que quanto mais perto do fato a decisão ser tomada, mais chance haverá de acerto” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 1990 p. 5).

O principal responsável pelo atendimento ao doente e pela saúde da população é o município, através de suas instituições próprias ou instituições contratadas. Porém,

caso a complexidade do problema extrapole a capacidade do município de resolvê-lo, o serviço municipal de saúde deve encaminhar o paciente para outro município, que seja capaz de dar a devida assistência a tal paciente. Ainda, “conforme o grau de complexidade do problema, entram em ação as secretarias estaduais de saúde e/ou o próprio Ministério da Saúde” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 1990, p. 7).

O direito à saúde, como já explanado anteriormente, não é apenas um completo bem-estar físico, mas mental e social também. A saúde mental é um estado no qual “o indivíduo é capaz de usar suas próprias habilidades, recuperar-se do estresse rotineiro, ser produtivo e contribuir com a sua comunidade” (FIOCRUZ, 2017b). Já a saúde social refere-se a capacidade do indivíduo “de interagir com outras pessoas e prosperar em ambientes sociais” (FONTE, 2012).

Dentre os transtornos, doenças e as síndromes, um transtorno que gera bastante discussão em nossa sociedade é o transexualismo. O transexualismo é definido pelo CID-10 como um transtorno mental de identidade sexual. O indivíduo com transexualismo, mesmo sabendo ser, do ponto de vista biológico, homem ou mulher, “encontra-se profundamente inconformado com seu sexo biológico e desejoso de modificá-lo para passar a pertencer ao sexo oposto” (CREMEC, 2011, p.2).

Em 2007, a 3^a Turma do Tribunal Regional Federal da 4^a Região (TRF4) deu prazo de 30 dias para que o SUS incluísse na sua lista de procedimentos cirúrgicos a cirurgia de transgenitalização, sendo que tal medida abrangia todo o território nacional (TRF4, 2014). Conforme aponta Cleide Nepomuceno (2017) “a cirurgia de transgenitalização consiste nos procedimentos cirúrgicos denominados neocolpovulvoplastia e neofaloplastia. Ela permite a mudança do aparelho sexual importando apenas em alterações estéticas e não genéticas”.

A cirurgia de transgenitalização, mais conhecida como “cirurgia para troca de sexo” ou “cirurgia de redesignação sexual”, foi autorizada pelo Ministério da Saúde em 2008. Antes dessa autorização, essa cirurgia era considerada crime de mutilação. Ainda,

o serviço foi ampliado com a Portaria nº 2.803, do Ministério da Saúde, inserindo novos procedimentos hospitalares e métodos para a mudança de mulher para homem. Estão incluídos procedimentos cirúrgicos como a colocação de prótese mamária e a tireoplastia (mudança da voz), a terapia com hormônios e atendimentos especializados, psicológico e de assistência social (O POVO, 2017).

Dessa forma, pessoas que sofrem com esse transtorno de identidade sexual, por não alcançarem um completo bem estar físico, mental e social com o corpo que tem, resolvem procurar o SUS para realizar a cirurgia de transgenitalização de forma gratuita, desde que cumpridos os requisitos previstos na Resolução 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina. Dentre os requisitos que os pacientes selecionados para a cirurgia terão de cumprir estão o diagnóstico médico de transgenitalismo, o prévio acompanhamento multidisciplinar por pelo menos dois anos (como acompanhamento psicológico e hormonioterapia), e ser maior de 18

anos no momento do tratamento ambulatorial e maior de 21 anos no momento da cirurgia. (CFM, 2010).

Porém, as pessoas que sofrem desse transtorno e pretendem realizar tal cirurgia custeada pelo SUS enfrentam diversos obstáculos. O principal obstáculo do SUS como um todo é o mau uso dos recursos públicos destinados a ele. A responsabilidade por esse mau uso abrange o Estado, que tem a obrigação de prover a saúde, o gestor público que deixa de repassar e de investir esses recursos de forma adequada, o prestador de serviço público que cobra do SUS procedimentos que não foram realizados e também o profissional de saúde que não presta de forma adequada sua obrigação e seus serviços como profissional de saúde (ANDRADE, 2017).

Já o principal obstáculo referente a própria cirurgia é a falta de hospitais capacitados para fazer a cirurgia. Ao todo, apenas seis hospitais, todos universitários, são habilitados para realizar a cirurgia: o Hospital de Clínicas de Porto Alegre, Hospital de Clínicas de Goiânia, Hospital de Clínicas de Recife, Hospital de Clínicas de São Paulo, Hospital das Clínicas de Pernambuco e o Hospital Universitário Pedro Ernesto, do RJ (PORTAL BRASIL, 2015). Dessa forma, quem não mora nas proximidades desses hospitais necessita se deslocar até eles, o que resulta em um grande gasto, principalmente para quem mora em outros Estados.

Da mesma forma, há apenas nove centros ambulatoriais para procedimentos transexualizadores (LEAL, 2017). Como o Ministério da Saúde exige que antes da cirurgia o paciente tenha um acompanhamento multidisciplinar por pelo menos dois anos, há toda essa necessidade de deslocamento antes mesmo da cirurgia para quem não mora nas proximidades desses centros ambulatoriais.

Outro grande obstáculo enfrentado é a demora na realização da cirurgia de transgenitalização. Segundo dados fornecidos pelo SUS, entre 2015 e 2016 houve um aumento de 32% nos atendimentos ambulatoriais em todo o país (TEIXEIRA, 2017). Dessa forma, o aumento da procura pelo processo transexualizador, acrescido ao fato de apenas seis hospitais serem aptos para a realização da cirurgia, acarreta consequentemente no aumento da fila de espera. Segundo relatos de pessoas que estão nessa fila, a demora para a realização de tal procedimento pode levar, em média, de dez a doze anos (DIÓGENES; PALHARES, 2016).

Porém, o mais importante é a discussão que se tem a partir do enquadramento para cirurgia de transgenitalização como tratamento para um transtorno de identidade sexual. Pois, mesmo após realizar a cirurgia, a pessoa continuaria a ser considerado doente mental pela medicina, já que o transexualismo em si é tratado como uma doença. Se a saúde é considerada um completo bem-estar físico, mental e social, não há porque tratar o transexualismo como patologia.

Afinal, um indivíduo transexual, ao conseguir se fazer aceito como uma pessoa do sexo biológico oposto, se sentirá tanto fisicamente quanto mentalmente a vontade perante a sociedade, se sentindo em completo bem-estar. O indivíduo poderá

preservar sua saúde mental por se sentir bem consigo mesmo, e em decorrência disso poderá preservar sua saúde física também, pois quando o transexual se sente desconfortável consigo mesmo, muitas vezes se automutila ou se suicida.

Conforme aponta o jurista Flávio Tartuce (2017), o mais correto seria fazer uma reclassificação da transexualidade, para trata-la como uma condição sexual, da mesma forma que o homossexualismo. Assim sendo, a cirurgia de transgenitalização garantiria a efetividade do direito à saúde por evitar que o indivíduo sofresse de doenças decorrentes da sua falta de aceitação pelo seu sexo biológico, como a depressão.

Nesse contexto, conclui-se que SUS, desde o momento que foi criado, tem como compromisso assegurar a todos os cidadãos serviços de saúde de forma gratuita, adequada, igualitária e universal, a partir de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde de quem busca seu atendimento.

Portanto, faz parte desse compromisso a realização de procedimentos cirúrgicos de transgenitalização para pessoas que possui transtorno de identidade sexual, embora o transexualismo, segundo diversas críticas, não deva ser classificado como doença, e sim como uma condição sexual. Dessa forma, não se deve pensar em tal cirurgia como um tratamento ou uma cura, e sim como uma forma de garantir o direito à saúde do cidadão.

CONCLUSÃO

Conforme foi abordado no presente artigo, o direito fundamental à saúde é um direito público subjetivo, sendo então dever do Estado promover políticas públicas e serviços públicos como uma forma de garantir o acesso aos serviços de saúde para toda a população. Nesse sentido, os cidadãos possuem o direito de exigir do Estado sua atuação, pois este não pode se mostrar indiferente aos problemas de saúde da população.

Dessa forma, numa tentativa de assegurar o direito à saúde previsto constitucionalmente, foi instituído o Sistema Único de Saúde (SUS), sendo um dos maiores sistemas de saúde pública do mundo, com a finalidade de oferecer aos cidadãos o acesso integral, universal e igualitário a serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde.

Um dos serviços oferecidos gratuitamente pelo SUS é a cirurgia de transgenitalização para pessoas diagnosticadas como transexualismo, definido pelo CID-10 como um transtorno mental de identidade sexual, desde que cumpridos certos requisitos impostos pelo Conselho Federal de Medicina.

Porém, há críticas sobre o enquadramento para cirurgia de transgenitalização como tratamento para um transtorno de identidade sexual, da mesma forma que há críticas sobre o enquadramento da transexualidade como doença. Vem surgindo o

entendimento que o transexualismo não é uma doença, e sim uma condição sexual, como o homossexualismo.

Na mesma linha de raciocínio, há o entendimento de que a cirurgia não deve ser realizada como um tratamento ou uma cura, como se o indivíduo tivesse uma patologia, e sim como uma forma de garantir o direito à saúde, pois o indivíduo que não se sente bem com o próprio sexo biológico pode vir a apresentar diversas doenças, como depressão.

Cabe ressaltar que o SUS que existe no papel não existe na prática, uma vez que vem apresentando grandes dificuldades em cumprir com esse compromisso de prestar assistência à saúde da população. Um dos obstáculos do SUS em geral é o mau uso dos recursos públicos destinados a ele. Há também os obstáculos específicos para a realização da cirurgia de transgenitalização, como a pouca quantidade de centros ambulatoriais e hospitais capacitados para todo o procedimento da cirurgia, além da demora para a realização desta, já que a espera pelo SUS pode demorar anos.

Porém, mesmo com todos esses obstáculos, é importante sempre tentar buscar apoio médico gratuito pelo SUS quando necessitar, pois nenhum cidadão pode renunciar seu direito à saúde, já que este é primordial para o exercício dos demais direitos abarcados pela nossa Constituição Federal e está intimamente atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Zenaida Tatiana Monteiro. **Da efetivação do direito à saúde no Brasil**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9037#_ftn11>. Acesso em: 01 jun. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 jun. 2017.

_____. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Publicado em: 19 set. 1990.

_____. **Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm>. Publicado em: 28 set. 1990.

CARVALHO, Milene Oliveira do. **A Constituição Federal de 1988 e o direito à saúde**: atuação do Sistema Único de Saúde (SUS) e das Farmácias Populares como meio de assistência sanitária. Monografia apresentada no Curso de Graduação em Direito, da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA), 2009. p. 24-45.

CFM. Conselho Federal de Medicina. **RESOLUÇÃO CFM nº 1.955/2010**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1955_2010.htm>. Publicado em: 03 set. 2010.

CREMEC. Conselho Regional de Medicina do Estado do Ceará. **PARECER CREMEC nº12/2011**. Disponível em: <<http://www.cremec.com.br/pareceres/2011/par1211.pdf>>. Publicado em: 16 abril 2011. p. 2

DIÓGENES, Juliana; PALHARES, Isabela. **Mudança de sexo demora até 12 anos no Brasil**. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,mudanca-de-sexo-demora-ate-12-anos-no-brasil,10000053963>>. Publicado em: 28 mai. 2016.

FARAJ, Sura Pastoriza. **O direito à saúde na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: possibilidades de efetivação. Monografia apresentada no Curso de Especialização em Direito Público da Escola de Magistratura Federal, na Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA), 2011. p. 17-25.

_____. Pense SUS. **Saúde Mental**. Disponível em: <<https://pensesus.fiocruz.br/saude-mental>>. Acesso em: 01 out. 2017.

FONTE, Vladman. **O que é a saúde social?** Disponível em: <<https://www.vladman.net/blog/o-que-%C3%A9-a-sa%C3%BAde-social>>. Publicado em: 11 out. 2012.

INCOR. Atendimento. Consulta e exames. SUS. **Hierarquização**. Disponível em: <<http://www.incor.usp.br/sites/incor2013/index.php/sus/encaminhamento/12-atendimento/consulta-e-exames/130-hierarquizacao>>. Acesso em: 09 jun. 2017.

LEAL, Aline. **SUS tem quatro novos serviços ambulatoriais para processo transexualizador**. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-01/sus-conta-com-quatro-novos-servicos-ambulatoriais-para-processo>>. Publicado em: 02 jan. 2017.

MACHADO, Deusa Helena Gonçalves; MATEUS, Elizabeth do Nascimento. **Breve reflexão sobre a saúde como direito fundamental**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8747#_ftn33>. Acesso em: 02 jun. 2017.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Cidadão. **Entenda o SUS**. Disponível em: <<http://portalsaudesaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/entenda-o-sus>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

_____. Secretaria Nacional de Assistência à Saúde. **ABC do SUS**: doutrinas e princípios. p. 4-7. Disponível em: <http://www.pbh.gov.br/smsa/bibliografia/abc_do_sus_doutrinas_e_principios.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2017

NEPOMUCENO, Cleide Aparecida. **Transexualidade e o direito a ser feliz como condição de uma vida digna**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9896>. Acesso em: 01 out. 2017.

O POVO. **Fila de espera para mudança de sexo em ambulatório no Nordeste chega a 13 anos**. Disponível em: <<https://www.opovo.com.br/noticias/brasil/2017/04/fila-de-espera-para-mudanca-de-sexo-em-ambulatorio-no-nordeste-chega-a.html>>. Publicado em: 09 abril 2017.

PORTAL BRASIL. Governo do Brasil. **Cidadania e Justiça. Cirurgias de mudança de sexo são realizadas pelo SUS desde 2008**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/03/cirurgias-de-mudanca-de-sexo-sao-realizadas-pelo-sus-desde-2008>>. Publicado em: 06 mar. 2015.

PRADO, Ana Paula Barroso de Salles Paiva. **Direito fundamental à saúde**: direito social tratado como direito individual no Brasil. Dissertação de Mestrado no Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSCM), 2012. p. 53. Disponível em: <<https://www.fdsu.edu.br/mestrado/arquivos/dissertacoes/2012/01.pdf>>. Publicado em 2012.

PRETEL, Mariana. **O direito constitucional da saúde e o dever do Estado de fornecer**

medicamentos e tratamentos. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/subs/santoanastacio/institucional/artigos/O-direito-constitucional-da-saude-e-o-dever-do>>. Publicado em: 22 mar. 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 37 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 288-312. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/19440499/curso-de-direito-constitucional-positivo---jose-afonso-da-silva---37-edicao---20>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

TARTUCE, Flávio. **Transexualidade x Transexualismo.** Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/142578596/transexualidade-x-transexualismo>>. Acesso em: 01 out. 2017.

TEIXEIRA, Patricia. **Cresce número de pessoas que buscam processo transexualizador; homens são maioria, aponta instituto.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/cresce-numero-de-pessoas-que-buscam-processo-transexualizador-homens-sao-maioria-aponta-instituto.ghtml>>. Publicado em: 29 jan. 2017.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4^a REGIÃO. **TRF4 25 Anos – Decisões históricas: SUS deve custear cirurgia de mudança de sexo.** Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=10233>. Publicado em: 16 jul. 2014.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP). Biblioteca virtual de direitos humanos. **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) - 1946.** Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

AS DIFICULDADES NO ACESSO À MEDICAÇÃO PARA TRATAMENTO DO TDAH

Laís Cabral Sá

Graduanda no Curso de Direito no Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS), parte integrante do Projeto Núcleo de Direito e Saúde pelo ano de 2018.

Fortaleza – CE

Laiz Mariel Santos Souza

Mestre em Ciências Jurídicos-Empresariais - Menção em Direito Laboral pela Universidade de Coimbra, Portugal. Professora da Graduação e Pós-Graduação e responsável pelo Projeto Núcleo de Direito e Saúde. Coordenadora de Pesquisa no Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS).

Fortaleza – CE

Além disso, objetiva-se analisar se existe uma obrigatoriedade do poder público em fornecer os fármacos indicados para o tratamento do TDAH, se eles constam nas listas oficiais do Ministério da Saúde e se, de fato, existe essa dispensação desses medicamentos pelos postos de saúde, dentre outros estabelecimentos responsáveis. Ainda, será feita uma análise jurisprudencial em que serão estudados alguns casos concretos de pessoas que sofrem do TDAH, porém não possuem recursos financeiros para custear o tratamento, e, por esse motivo, procuram o Poder Judiciário para que este efetive seu direito à saúde. Por fim, demonstra-se a clara necessidade de se obter maior eficiência do Sistema Público de Saúde, com o escopo de garantir o direito fundamental à vida, à saúde, além de respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana expressamente consagrado na Constituição Federal como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: TDAH. Direito à saúde. SUS. Medicamentos. Dever de fornecimento.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar a relevância do fornecimento de medicamentos pela rede do Sistema único de Saúde (SUS) no que tange ao tratamento do TDAH (Transtorno de Déficit de Atenção e Hiperatividade), ressaltando a importância de um tratamento eficaz e de qualidade, que tenha como escopo aumentar a qualidade de vida não só de quem está em tratamento, mas também dos familiares e demais pessoa envolvidas. Para tal, mister se faz compreender o que é o TDAH, em que contexto histórico ele surgiu, sua evolução, quais são os sintomas dessa doença e as principais formas de tratamento hoje utilizadas pelos profissionais da saúde.

THE DIFFICULTIES TO ACCESS MEDICATION IN ADHD TREATMENT

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the relevance of the provision of medicines through the network of the Single Health System (SUS) regarding the treatment

of Attention Deficit Hyperactivity Disorder (ADHD), emphasizing the importance of effective and quality treatment, with a view to increase the quality of life not only of those who are undergoing treatment, but family members and others involved. To do this, it is necessary to understand what ADHD is, in what historical context it emerged, its evolution, what are the symptoms of ADHD and the main forms of treatment used today by health professionals. In addition, the objective is to analyze whether there is an obligation on the public authority to provide the drugs indicated for the treatment of ADHD, if they are on the official lists of the Ministry of Health and if, in fact, there is such a dispensation of these drugs by health clinics, among other responsible establishments. Furthermore, a case law will be studied in which some of the concrete cases, people suffering from ADHD do not have the financial resources to pay for the treatment, and for this reason, they seek the Judiciary Branch so that it can ensure the Right to Health. Finally, there is a clear need to improve the efficiency of the Public Health System, with the scope of guaranteeing the right fundamental to life, health, and respect the principle of the dignity of the person expressly enshrined in the Federal Constitution as one of the foundations of the Federative Republic of Brazil.

KEYWORDS: ADHD. Right to health. SUS. Medicines. Duty of supply.

1 | INTRODUÇÃO

O objetivo geral desse artigo é tratar sobre o acesso à medicação para o tratamento de quem sofre com o TDAH, abordando o viés da disponibilidade dos medicamentos na rede SUS e a dificuldade que as pessoas com esse transtorno enfrentam para conseguir o devido tratamento.

Sabe-se que, atualmente, um expressivo número de crianças e adolescentes são diagnosticadas com o TDAH e, por isso, que são encaminhados para tratamento especializado. Todavia, é sabido que nem todas as pessoas possuem renda para arcar com o custo de um tratamento de qualidade, visto o alto valor das medicações e acompanhamento psicológico. Também nem todas elas são encaminhadas de fato para um tratamento especializado, muitas nem chegam a ser diagnosticadas.

Assim, para que seja possível uma análise sobre a dispensação de medicamentos que tratam o TDAH pelo SUS, inicialmente será feita uma análise histórica sobre o distúrbio e como ele foi descoberto para que se entenda melhor como o transtorno começou a ser observado, bem como suas tentativas de cura. Logo após, será abordado o conceito do distúrbio, tal como suas causas e sintomas, de forma que se entenda como a disfunção age no corpo humano. Em seguida, fazendo jus ao título, traz-se a problemática dos medicamentos utilizados para tratamento e suas respectivas disponibilidades no Sistema Único de Saúde, para que seja compreendida a necessidade de um melhor conhecimento social a respeito do assunto.

Pretende-se explorar nesse artigo como o SUS funciona atualmente com o TDAH e a relação dos entes federados com o fornecimento de fármacos para o

tratamento do distúrbio, observado o dever de prestação da saúde e o direito básico à vida, junto com o princípio da dignidade humana.

Dessa forma, por ser indisponível e fundamental, o direito à saúde pode ser reclamado aos entes da federação, que possuem o dever de prestar tal serviço aos que necessitam, de forma segura e com qualidade.

2 | REVISÃO DE LITERATURA

2.1 Transtorno de *Déficit* de Atenção e Hiperatividade – TDAH

Como exposto na introdução, o presente artigo tem o intuito de tratar sobre as dificuldades encontradas no sistema público de saúde para a obtenção de medicamentos que possam ajudar e tratar o Transtorno de *Déficit* de Atenção e Hiperatividade.

À vista disso, antes de adentrar no cerne deste artigo científico, é de suma importância que se entenda, primeiramente, o contexto histórico em que o TDAH foi identificado como um transtorno, qual seu conceito, como ele afeta o funcionamento do organismo e quais são suas causas e sintomas, o que será feito a seguir.

2.2 Breve contexto histórico do TDAH

O transtorno de *déficit* de atenção e hiperatividade, mais conhecido como TDAH, é uma doença neurobiológica que afeta o indivíduo ainda na fase da infância, mas é importante salientar que, em boa parte dos casos, os sintomas dessa disfunção podem persistir ao longo do desenvolvimento da pessoa.

Porém, nem sempre esse *déficit* foi reconhecido como tal, tampouco a terminologia TDAH sempre foi assim denominada. Em verdade, até que se reconhecesse que determinados sintomas nas crianças representavam uma doença a qual necessitava da atenção da sociedade, houve um processo evolutivo, o qual passa-se, em breves linhas, a analisar.

Tal transtorno é conhecido desde o século XVIII, mas nem sempre era descrito com a sigla atual. No início de sua descoberta, era mais comum a utilização do termo “desatenção patológica” por serem levadas em conta características como inquietação e falta de atenção, que impactavam fortemente o desempenho escolar.

Por ter muitos sintomas explícitos e que chamam bem mais a atenção do que outros (que serão devidamente mencionados ao decorrer deste artigo), a “desatenção patológica” despertou a curiosidade dos médicos, que ao longo dos anos foram evoluindo suas pesquisas, estudos e formas diversas de tratamento sobre a doença.

O escocês Alexander Crichton é conhecido por ser o primeiro médico a publicar suas observações clínicas sobre o transtorno. No ano de 1798, seu estudo abordou a mudança constante de foco e a incapacidade de prestar atenção com um grau necessário de constância. Dessa forma, Crichton concluiu que a desatenção pode

diminuir com a idade, conforme o indivíduo vai se desenvolvendo e que raramente esse desconcerto é intenso a ponto de impedir que a pessoa tenha qualquer forma de aprendizado.

Apesar das pesquisas de Crichton, apenas no ano de 1902 surgiu o ponto de partida do que se conceitua o transtorno do *déficit* de atenção e hiperatividade, apresentado pelo pediatra britânico George Frederic Still.

Em 1902, George Still apresentou uma série de palestras sobre a disfunção, que foi nomeada por ele de *defeito do controle moral*. Seu propósito era concluir que as crianças estudadas por ele não se mostravam capazes de aprender com seus próprios erros, sendo resistentes à disciplina e tendo grande dificuldade em manter o controle de seu comportamento, associando aos valores morais e sociais da época. Em seu estudo, foram apontados casos em que os infantes mostravam falhas no controle de seus comportamentos sem terem problemas intelectuais ou doenças como meningite, que ataca diretamente o cérebro. Nisso, o pai da pediatria britânica concluiu que o TDAH era uma nova disfunção.

Somente na década de 30 surgiu o termo TDAH, que é aquele utilizado atualmente para denominar o transtorno, estando, inclusive, inserido na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, comumente chamada de CID. O termo, que foi descoberto por médicos alemães, quais sejam, Franz Kramer e Hans Pollnow, foi publicado em um artigo de nome “*Sobre a doença hipercinética da infância*”. No referido artigo, o TDAH possuía como característica principal “uma acentuada inquietação motora”.

Os referidos médicos alemães enfatizaram mais a representação da hiperatividade do que do transtorno como um todo, já que a descrição dos alemães avultava a impulsividade e a agitação motora das crianças observadas. Tal conclusão, atualmente, muito se assemelha com o que consideramos ser a hiperatividade.

Após a percepção daquilo que era conhecido como desatenção patológica para Transtorno de *Déficit* de Atenção e Hiperatividade – TDAH, começaram-se os estudos para que a referida patologia fosse devidamente tratada.

O primeiro tratamento do transtorno surgiu em 1937, com o anúncio do americano Charles Bradley, responsável por descobrir efeitos positivos de um medicamento em crianças que tinham problemas de comportamento. Bradley fez a descoberta por acaso quando tentava curar constantes dores de cabeça de alguns pacientes com a substância *benzedrina*, que era conhecida como um forte e popular estimulante da época. O elemento mostrou grande melhora no desempenho escolar, na concentração e no comportamento dos pacientes do médico americano, mas não teve o mesmo sucesso com o propósito inicial, que era curar as dores de cabeça.

Com o passar dos anos, outros fármacos foram sendo estudados com o fim de tratar o TDAH, dentre eles a denominada *Ritalina*.

Pouquíssimo se conhece sobre seu histórico, mas a *Ritalina* é uma das drogas mais faladas no mundo, o que tornou o medicamento tão popular. O remédio é

destaque no tratamento do transtorno e seu composto químico é o *metilfenidato*, bem mais utilizado na prática clínica que a substância de Bradley. O *metilfenidato* foi sintetizado pelo químico italiano Leandro Panizzon no ano de 1944 devido ao crescente interesse em tratar a hiperatividade em crianças. Somente uma década depois começou a ser comercializado pela companhia farmacêutica onde o italiano trabalhava, sendo o nome do medicamento uma homenagem à sua esposa, Marguerite, sendo Rita o seu apelido.

Vale ressaltar que este não é o único fármaco hoje existente para o tratamento do TDAH, como *Concerta* e *Venvanse*, também possuem o mesmo objetivo. Porém, por fazer parte do objetivo central desse trabalho, o estudo sobre os medicamentos utilizados para o tratamento do TDAH, bem como sua disponibilidade pela rede SUS e dificuldades de acesso, faz parte de capítulo próprio, que será visto mais à frente.

Importante salientar, ainda, que o TDAH não tem cura, mas que o tratamento, quando realizado de forma eficaz e correta, auxilia significativamente para a melhora de quem tem o transtorno. Seu tratamento não inclui apenas a ingestão de medicamentos, sendo necessário também o acompanhamento feito por psicólogos.

Assim, feita uma breve evolução sobre o surgimento do termo TDAH, importante agora que se entenda o seu conceito, a forma como ele afeta o funcionamento do organismo, bem como suas causas e sintomas.

2.3 Conceito de TDAH: causas e sintomas

O transtorno de *déficit* de atenção e hiperatividade atinge o cérebro nas regiões do córtex, do lobo frontal e do lobo temporal, causando algumas dificuldades em atividades que necessitem do uso da memória, da atenção e do pensamento prolongado. O que ocorre nas pessoas que possuem o TDAH é a interrupção da liberação de transmissores químicos, como a dopamina e a noradrenalina, que são substâncias intimamente ligadas ao comportamento e ao processo cognitivo de aprendizagem, assim como à atenção e à memória.

Sendo assim, quando uma pessoa com TDAH necessita realizar uma atividade que envolva muita concentração e atenção (como assistir a uma aula, por exemplo), a conexão das redes de circuitos cerebrais se mostram prejudicadas, dificultando significativamente a capacidade de absorção de conteúdo de quem sofre com o distúrbio.

No que se refere às possíveis causas do TDAH, deve-se ressaltar que, apesar de ser um dos transtornos mais bem estudados em todo o mundo, não existe um rol taxativo de causas para ele. A ciência concorda que a origem da disfunção é, na verdade, multifatorial. Não se pode afirmar que existe apenas uma motivação para o problema, uma vez que o que se tem como verdade na Medicina atual é que a combinação de genes anômalos com um ambiente inapropriado resulta em um cérebro alterado, tanto na forma química, quanto na forma anatômica.

Dessa forma, vale ressaltar que existem três tipos de TDAH: o desatento, o hiperativo e o combinado:

O tipo desatento representa, em média, 30% a 40% das pessoas que carregam esse transtorno. Suas maiores características são: quietude, distração em excesso, procrastinação e esquecimento de tarefas importantes. Por causa da quietude, o diagnóstico de quem tem apenas o tipo desatento pode ser mais tardio, pois, na infância, os responsáveis podem acabar não percebendo que há algum problema na criança.

O tipo hiperativo é conhecido por ter predominância de impulsividade, comportamento acelerado e dificuldade em se manter parado. Vale ressaltar que, quando se fala em TDAH, o pensamento comum associa o transtorno exclusivamente a esse tipo, como se todos os indivíduos que possuem a disfunção fossem necessariamente hiperativos, apresentando *apenas* sintomas agitados, o que não é verdade.

O último tipo é marcado tanto por sinais de *déficit* de atenção como de hiperatividade. Ou seja, quem o tem, geralmente é mais hiperativo e impulsivo, na mesma medida em que é distraído, esquecido e procrastinador.

De forma geral, os sintomas do transtorno podem ser os mais variados, não existindo um rol taxativo deles, pois sempre podem aparecer novos. Para melhor entendimento, os sintomas aqui listados serão divididos entre os que são mais comuns do *déficit* de atenção e os que mais conhecidos da hiperatividade:

Entre os traços de desatenção exacerbada, os mais comuns são:

Cometimento de erros por descuido e frequente falta de exatidão em trabalhos;

Frequente dificuldade em manter a atenção em palestras ou aulas;

Frequente sensação de “estar no mundo da lua”, “com a cabeça em outro lugar”, não parece escutar quando dirigem a palavra;

Desvio de tarefas e perda de foco, sensação de “tarefas pela metade”;

Dificuldade em seguir tarefas em sequência, manter pertences em ordem, administrar tempo e cumprir prazos;

Frequente relutância no que tange ao envolvimento com tarefas que exigem esforço mental prolongado. Na fase adulta, mostra-se mais dificuldade na feitura de relatórios e revisão de documentos longos;

Perda constante de objetos necessários para atividades cotidianas, como chaves, celular, óculos e materiais escolares;

Fácil distração por estímulos alheios às tarefas propostas e pensamentos sem relação direta às atividades habituais;

Constante esquecimento de atividades da vida comum, como cumprir obrigações e prazos e, na vida adulta, pagar contas e retornar telefonemas e *e-mails*.

Relativo aos sintomas mais populares da hiperatividade, observam-se:

Frequente agitação corporal, como mexer mãos e pés costumeiramente; Fala em demasia;

Grande dificuldade em se manter parado em situações que necessitam que o indivíduo permaneça estático, como em salas de aula e locais de trabalho;

Constante impasse em praticar atividades que envolvam silêncio;

Necessidade de estar em movimento continuamente em situações onde esse tipo de comportamento não é apropriado, como estar correndo ou subindo e descendo o tempo todo. Em adolescentes e adultos, esse sinal pode se limitar apenas ao sentimento de inquietação;

Incapacidade em ficar à vontade em reuniões ou lugares fechados, como se estivesse em sucessiva aceleração;

Interrupção em assuntos de terceiros e respostas precipitadas a perguntas feitas por outros, como sinais claros de impulsividade;

Muita dificuldade em aguardar sua vez, como em filas.

Isto posto, é importante relatar também como acontece o diagnóstico e o que é levado em conta nele, o que será tratado a seguir.

Um diagnóstico correto e especializado do transtorno muda totalmente a qualidade de vida da pessoa com *déficit* de atenção, proporcionando uma melhora significativa na vivência dos portadores desse distúrbio. Cabe relatar aqui que qualquer pessoa em qualquer faixa etária pode vir a apresentar sinais da disfunção de forma isolada e isso não significa que, por demonstrar alguns traços em situações pontuais, tal indivíduo será portador do transtorno.

À vista disso, um dos critérios gerais da diagnose é que se apresentem prejuízos causados pelos sintomas reclamados ao médico especializado (como um neurologista) em dois ou mais contextos diversos. Ou seja, o dano causado pelos indícios deve ocorrer em circunstâncias diferenciadas, como escola, trabalho, casa ou vida social.

Também é necessário que seis ou mais sintomas, tanto de desatenção quanto de hiperatividade ou impulsividade, venham a persistir por pelo menos seis meses, em grau considerado inadequado ao desenvolvimento e que tais indícios causem influências negativas em atividades sociais e acadêmico-ocupacionais (como convivência familiar e com amigos e atividades de trabalho e educação, como escola e faculdade).

Além disso, necessita-se de uma clara evidência de detimento ou dano considerável nos âmbitos social, acadêmico ou ocupacional. Tal critério é crucial para que o diagnóstico seja realizado de forma mais elaborada e precisa, pois, como dito anteriormente, há pessoas que podem apresentar alguns sintomas do TDAH, mas não propriamente serem portadoras do transtorno por não apresentar prejuízos

consideráveis.

Assim entendido o impacto que o TDAH causa na vida de quem tem o distúrbio, bem como a forma que o transtorno atinge o organismo, suas causas e seus sintomas, é de suma relevância entender quais são os possíveis medicamentos para controle da disfunção, tal qual sua disponibilidade na rede SUS.

2.4 Medicamentos possíveis para tratamento do TDAH e sua disponibilidade na rede SUS

É de conhecimento geral que o acesso à saúde é um direito básico de qualquer ser humano, bem como está elencado como direito fundamental em nossa Lei Maior, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Dessa forma, é dever do Estado garantir que a população obtenha um serviço de saúde pública de qualidade, trazendo incontáveis benefícios e a certeza de uma qualidade de vida digna e bem-estar social.

Nesse sentido, o artigo 196 da CF estabelece que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, o qual deve promover todas as políticas públicas necessárias para efetivação de tal Direito. Da mesma forma, o artigo 4º, §1º da Lei 8080/90, que é aquela que regulamenta os serviços prestados pelo SUS, dispõe que fazem parte das ações de serviços de saúde a produção de insumos e medicamentos. Corroborando com os dispositivos mencionados, o artigo 6º, I, d da referida lei estabelece que estão incluídas no campo de atuação do SUS a assistência terapêutica integral, inclusive a farmacêutica.

Percebe-se, assim, que a CF, juntamente com a Lei do SUS, estabelecem que o Estado deverá garantir assistência integral à saúde de todos que precisam e que, sendo os medicamentos essenciais ao tratamento, estes estão incluídos em tal cobertura, o que não é diferente com o TDAH, que é uma doença reconhecida pelo CID, a qual possui fármacos necessários para seu tratamento.

Assim, certos medicamentos possuem maior renome no âmbito do tratamento do TDAH, além de maior eficácia e resultados mais positivos para quem faz uso deles. Logo, por terem maior produtividade e notoriedade, são mais indicados para quem necessita do auxílio de fármacos para dar assistência no funcionamento do próprio corpo. Por isso, esses medicamentos merecem estar disponíveis na rede do Sistema Único de Saúde, o SUS.

São utilizados no tratamento do distúrbio, estimulantes que agem diretamente no sistema nervoso central, como *Ritalina*, *Ritalina LA*, *Concerta* e *Venvanse*.

A seguir, expõe-se uma tabela com os nomes de cada fármaco, bem como seus respectivos princípios ativos e média de valores, considerando a caixa do remédio, a qual tem durabilidade média de um mês:

NOME DO REMÉDIO	PRINCÍPIO ATIVO	MÉDIA DE VALOR EM REAIS
Ritalina	Cloridrato de metilfenidato	R\$ 46,52
Ritalina LA	Cloridrato de metilfenidato	R\$ 186,09
Concerta	Cloridrato de metilfenidato	R\$ 212,19
Venvanse	Lisdexanfetamina	R\$ 294,64

Destarte, para facilitar e orientar o controle de medicamentos, foi criada a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) para os serviços prestados pelo SUS. Tal relação define um rol de medicamentos que devem atender às necessidades de maior prioridade de saúde da população na rede SUS, de forma que nunca devem estar em falta para distribuição na rede SUS. Entretanto, utilizando os princípios ativos dos fármacos supracitados (*Cloridrato de metilfenidato* e *Lisdexanfetamina*, respectivamente) para pesquisa na lista do Ministério da Saúde, nada se encontra.

Da mesma forma, o princípio ativo *Lisdexanfetamina*, do medicamento *Venvanse*, não se encontra na lista de medicamentos especiais de Alto Custo do Ministério da Saúde, mesmo que, de todos remédios indicados para o tratamento do transtorno de *déficit* de atenção e hiperatividade, ele seja o mais caro, visto que custa, em média, R\$ 294,64 (duzentos e noventa e quatro reais e sessenta e quatro centavos).

À vista disso, é possível observar o óbice na disponibilidade dos medicamentos que auxiliam no TDAH na rede SUS, a começar pela falta deles nas relações oficiais de fármacos do Sistema Único de Saúde. Sendo assim, cria-se um impasse para que o tratamento seja feito da forma correta, já que nem mesmo existe protocolo para liberação desses medicamentos psicoestimulantes por parte das Secretarias Estaduais de Saúde.

Por serem medicações que agem diretamente no sistema nervoso central, são rotuladas com tarja preta, o que dificulta mais ainda o acesso, uma vez que necessitam de receita médica para que sejam adquiridas, sejam nas farmácias ou nos postos de saúde.

Além disso, muitos dos pacientes que sofrem de TDAH não possuem condições de arcar com consultas psiquiátricas, dependendo, mais uma vez, da disponibilidade desse serviço por meio do SUS. Ocorre que, a consulta médica com especialistas também é um serviço que nem sempre se consegue com a agilidade e a frequência necessárias.

Percebe-se, assim, que nenhum dos medicamentos mais utilizados para o tratamento do TDAH está disponível pelas listas oficiais do Ministério da Saúde, deixando as pessoas que sofrem desse transtorno, e que não possuem condições de pagar pelo fármaco, desamparadas em seu direito à saúde.

Porém, conforme foi analisado, tal realidade vai de encontro com a garantia do direito à saúde e à vida expressos na Constituição, bem como fere os princípios da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial, devendo o Poder Público, aqui compreendido todos os entes da federação em solidariedade, ou seja, União, Estados, Distrito Federal e Territórios, disponibilizarem tudo que for necessário à garantia desses direitos, incluídos os fármacos para tratamento.

Diante de tal realidade, em que existe uma necessidade do cidadão e uma ausência do Poder Público em cumprir com seu dever, resta ao Poder Judiciário, por meio do ajuizamento de ações de obrigações de fazer/entregar, fazer o papel do garantidor dos referidos direitos sociais fundamentais. Nesse sentido, muitas são as demandas apreciadas pelo Poder Judiciário em que àqueles que sofrem de TDAH solicitam a condenação do Estado em fornecer os medicamentos necessários.

Tudo isso ocorre de tal forma que o Poder Judiciário fique sobrecarregado, visto que os entes da federação não cumprem seus devidos papéis e a única solução observada é o ajuizamento de ações. Ou, como ocorre por diversas vezes, o cidadão leigo não sabe de seus direitos ou não sabe como reivindica-los e acaba por ficar à mercê do descaso do Estado, sofrendo com a falta de atenção governamental e também com seu transtorno.

Para exemplificar, citam-se a seguir algumas jurisprudências, contando com explicações sobre as decisões tomadas em cada caso:

Mandado de Segurança impetrado por pessoa portadora de “TDAH – Transtorno de Déficit de Atenção e Hiperatividade, tipo desatento grave – CID 10 (F90)”, objetivando o recebimento do medicamento “Venvanse® 70mg» («Dimesilato de Lisdexanfetamina”). Sentença que concedeu a segurança. Recurso da Fazenda Estadual. Rejeitada a preliminar de incompetência absoluta do juízo “a quo”. Comprovação médica de que o impetrante é portador da doença referida, necessitando da medicação indicada, bem como de que não dispõe de situação sócio-econômica que lhe permita arcar com o seu custo. Responsabilidade pela prestação dos serviços de saúde que é compartilhada por todos os entes políticos (art. 196 da CF de 1988). Inocorrência de violação aos princípios da separação e independência de poderes, e da dotação orçamentária. Escolha do tratamento a critério do médico especialista que acompanha o paciente. Manutenção da cominação de multa, ressalvado o entendimento pessoal do Relator, em atenção ao princípio da colegialidade. Recursos oficial e da Fazenda Estadual improvidos. (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1002281-18.2016.8.26.0529; Relator (a): Aroldo Viotti; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro de Santana de Parnaíba - Vara Única; Data do Julgamento: 09/05/2017; Data de Registro: 15/05/2017)

O caso acima traz exatamente a problemática citada anteriormente: o medicamento de alto custo para o tratamento do TDAH, que não é fornecido pela rede pública de saúde, trazendo insucesso no bem-estar da pessoa que tem extrema dificuldade em manter-se concentrada nas atividades diárias e também não tem condições de arcar sozinha com o valor da medicação. No caso, o autor da ação pleiteava o remédio em face da Secretaria Estadual de Saúde do Estado de São Paulo. A sentença se mostrou favorável ao autor da ação, obrigando a Secretaria a

fornecer o medicamento *Venvanse* 70mg no prazo de 5 (cinco) dias, pelo tempo que fosse necessário, entregando mensalmente com receituário. Caso contrário, seria aplicada multa no valor de R\$ 200,00 (duzentos reais) por dia de atraso.

A seguir, outro caso:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. MENOR. NECESSIDADE DE FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO. FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL. DIREITO À SAÚDE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. UNANIMIDADE. I - A Constituição da República ao proclamar o direito à saúde, consectário máximo do direito fundamental à vida, assegurando-o como um bem de todos e impondo ao Estado o respectivo dever de garantir sua preservação, nos moldes dos arts. 5º, caput e 196, atribuiu grande relevância a esse direito, a ponto de não deixar dúvida acerca do dever do Estado de prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. II - Comprovada a necessidade do fornecimento de medicação Ritalina 20 mg para tratamento hiperatividade com déficit de atenção (TDAH), deve o Município suportar o ônus dessas despesas, de modo a resguardar a saúde da pessoa humana. III - Apelação conhecida e improvida. Unanimidade. (TJMA; Ap 0567042016; Número Único: 0003396-40.2012.8.10.0024, Rel. Desembargador(a) RAIMUNDO JOSÉ BARROS DE SOUSA, QUINTA CÂMARA CÍVEL, julgado em 19/06/2017, DJe 23/06/2017)

Neste caso concreto, o apelado, menor de idade e devidamente representado, pleiteava ao Município, sua medicação *Ritalina* 20mg, onde deveria tomar na dosagem de duas vezes ao dia, se fazendo necessário 60 (sessenta) comprimidos por mês. A sentença se mostrou favorável ao autor, condenando o Município a fornecer o medicamento mensalmente na forma reivindicada, no prazo de 10 (dez) dias da intimação, sob pena de ter que pagar multa diária de R\$ 200,00 (duzentos reais). Na oportunidade, o Município de Bacabal alegou que já estava cumprindo o decidido e que não se opunha à decisão, pois concordava com os direitos fundamentais à saúde e à vida e tinha consciência que era consectário da vida.

Em seguida, o terceiro caso:

AGRADO DE INSTRUMENTO. ECA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. INOCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES ESTATAIS. REFORMA DA DECISÃO AGRAVADA. Ação postulando o fornecimento do medicamento CONCERTA 18mg (METILFENIDATO CLOR), em favor de menor portador de TRANSTORNO DE HIPERATIVIDADE DE CONDUTA (CID 10 F90.1). Os entes estatais são solidariamente responsáveis pelo atendimento do direito fundamental ao direito à saúde, não havendo razão para cogitar em ilegitimidade passiva ou em obrigação exclusiva de um deles. Nem mesmo se o remédio, substância ou tratamento postulado não se encontre na respectiva lista, ou se encontra na lista do outro ente. DERAM PROVIMENTO. (Agravo de Instrumento Nº 70072986532, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 17/08/2017)

Nesta decisão, o menor, tendo hiperatividade, requereu o medicamento *Concerta* ao Estado do Rio Grande do Sul e ao Município de Passo Fundo. Na decisão, a tutela pleiteada foi deferida em parte, de forma a determinar que apenas o Estado fornecesse o remédio que o autor necessitava. Assim, no agravo, alegou-se que o Município de Passo Fundo também era responsável pela provisão do fármaco, observado o princípio da responsabilidade solidária dos entes federados

na assistência à saúde. Mesmo assim a antecipação de tutela manteve-se deferida, enquanto o Ministério Público entendeu pelo provimento do recurso.

Diante dos julgados conclui-se que os entes federados (União, Estado e Município) são detentores de responsabilidade solidária no que tange ao direito à saúde. Ou seja, são responsáveis por fornecer uma qualidade digna de saúde à população, de forma que uns entes ajudem os outros no que se faça necessário, já que os três entes possuem tal responsabilidade de forma igualitária, mesmo que os medicamentos pleiteados não se encontrem nas listas oficiais de fornecimento do SUS, já que o direito à saúde é um direito de todos.

Sendo assim, fica mais claro ver a necessidade de um maior esclarecimento e apoio no que tange ao transtorno de *déficit* de atenção e hiperatividade, já que, mesmo que os medicamentos que auxiliam no tratamento não constem em listas oficiais, eles ainda devem ser fornecidos para quem necessita deles, em respeito aos direitos fundamentais da saúde e da dignidade humana.

Logo, nota-se que, de acordo com o artigo 196 da Constituição Federal, o tratamento para o TDAH, bem como seus fármacos, deveria ser concedido pela rede SUS, haja vista que a saúde é um direito de todos. Entretanto, na realidade há uma verdadeira omissão estatal que abrange os medicamentos mais indicados e utilizados no tratamento.

3 | MÉTODOS

Para a criação deste artigo foi utilizada a pesquisa qualitativa, utilizando técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, como a busca e a pesquisa, respectivamente, de documentos e sites, onde estes são especializados, oficiais. Também foi utilizada a pesquisa de jurisprudências como estudo de casos.

4 | RESULTADOS E DISCUSSÃO

Como resultado da pesquisa qualitativa realizada para a construção deste artigo, encontraram-se tópicos recorrentes, tais como o descaso com os portadores do distúrbio e a falta de devida instrução no que tange ao diagnóstico e fornecimento de medicamentos para tratamento. Observou-se, ainda, que nenhum dos fármacos mais indicados para o tratamento do TDAH encontra-se nas listas oficiais do Ministério da Saúde, o que torna ainda mais difícil a vida daqueles que possuem o TDAH e não têm condições financeiras de arcar com os altos valores dos medicamentos.

Abre-se aqui como discussão a necessidade de informação sobre o TDAH, ou seja, a sociedade precisa de maiores esclarecimentos sobre o que é o distúrbio, quais são seus sintomas, qual é o tratamento e como ele pode ser eficaz. Se faz necessária uma maior atuação dos entes federados e da rede SUS no que tange à disfunção, para que, assim, sejam incluídos os fármacos nas listas oficiais do

5 | CONCLUSÃO

Foi possível perceber com o presente estudo o quanto necessário é discutir sobre a forma com que o sistema público de saúde trata os indivíduos que sofrem do TDAH. É de total ciência que o direito à saúde e o princípio da dignidade da pessoa humana são invioláveis, mas, atualmente, é possível perceber que tais princípios são constantemente violados, o que é um descaso.

Apesar de existirem medicamentos para o tratamento do TDAH, seus preços altos não colaboram para que as pessoas que necessitam deles tenham seu acesso garantido, muito menos as políticas públicas atuais. Em contrapartida, nenhum dos fármacos mais utilizados para o tratamento da disfunção encontra-se nas listas oficiais do Ministério da Saúde, tornando impossível o acesso a esses medicamentos por pessoas com insuficiência de recursos.

Diante de tal realidade, muitas são as ações judiciais ajuizadas com o fim de se obter do Estado os medicamentos necessários. Percebe-se, dessa forma, que acaba ficando a cargo do Poder Judiciário garantir a eficácia dos direitos à vida e à saúde, o que contribui com o já crítico afogamento do Poder Judiciário.

Assim, espera-se que essa omissão estatal seja sanada, com o fim de incluir nas listas oficiais do Ministério da Saúde os medicamentos necessários ao tratamento do TDAH, conferindo qualidade de vida às pessoas que sofrem dessa disfunção e cumprindo com aquilo que foi constitucionalmente garantido.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos os meus amigos por terem me motivado e me passarem confiança para não desistir e continuar pesquisando. Vocês, de alguma forma, são parte disso. Também a minha orientadora por ser a pessoa mais solícita e positiva que tive a oportunidade de conhecer e por ter mergulhado nessa pesquisa junto comigo, me motivando sempre que necessário. A minha mãe também por ter ficado ao meu lado durante todo esse tempo e não ter perdido a paciência nas vezes em que me cansei ou quis desistir.

Deixo aqui meu muito obrigada a todos que colaboraram com a construção desse artigo de algum modo, mesmo que de forma involuntária.

REFERÊNCIAS

Art. 1º, CF/88: 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;

Art. 4º, Lei 8080/90: O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS). § 1º Estão incluídas no disposto neste artigo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.

Art. 6º, Lei 8080/90: Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS): I - a execução de ações: d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

Art. 196, CF/88: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: § 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

BRITES, Clay. Quais são os tipos de TDAH – NeuroSaber. **Youtube.** Postado em 01 ago. 2017. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=veLPQE_BQyk&t=78s> Acesso em: 09 jul. 2018.

BRÜNING, Caroline. BREVE HISTÓRIA DO TDA/H. Desligados e Hiperativos. 2010. Disponível em <<http://desligadohiperativo.blogspot.com/2010/04/breve-historia-do-tdah.html>> Acesso em: 29 jul. 2018

DESATENÇÃO e hiperatividade ao longo dos séculos. [2015?]. Disponível em <<http://tdah.novartis.com.br/desatencao-e-hiperatividade-ao-longo-dos-seculos/>> Acesso em 29 jul. 2018

DIAGNÓSTICO do TDAH. NOVARTIS. [2015 ou 2016]. Disponível em: <<http://tdah.novartis.com.br/diagnostico-do-tdah/>> Acesso em 22 ago. 2018 Critérios da diagnose retirados da cortesia fornecida pelo Dr. José Cláudio Bezerra de Menezes, neurologista de CREMEC 1766 (Fortaleza – Ceará)

LOUZÃ, Mario. TDAH – Transtorno de Déficit de Atenção e Hiperatividade. UOL. 2013. Disponível em <<https://drauziovarella.uol.com.br/doencas-e-sintomas/tdah- transtorno-do-deficit-de-atencao-e-hiperatividade/>> Acesso em: 09 jul. 2018

LOUZÃ, Mario. VINOCUR, Evelyn. TDAH: sintomas, tratamentos e causas. [2014 ou 2015]. Disponível em <[https://www\[minhavida.com.br/saude/temas/tdah](https://www[minhavida.com.br/saude/temas/tdah)> Acesso em: 26 ago. 2018

LTDA, Shire Brasil. TDAH e o Cérebro. **Youtube.** Postado em 29 set. 2016. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=do2btp6tYTQ>> Acesso em: 18 jul. 2018

REZENDE, Eduardo. TDAH – A história completa do TDAH que você não conhecia. Psicoedu. 2016. Disponível em <<https://www.psicoedu.com.br/2016/11/historia- origem-do-tdah.html>> Acesso em: 09 jul. 2018

SAÚDE, Fundo Nacional de. Ministério da Saúde publica nova lista de medicamentos essenciais para o SUS. **PortalFNS.** 2017. Disponível em: <<http://portalfns.saude.gov.br/ultimas-noticias/1727-ministerio-da-saude-publica-nova-lista-de-medicamentos-essenciais-para-o-sus>> Acesso em 03 set. 2018

SAÚDE, Ministério da. Relação Nacional de Medicamentos Essenciais. **Biblioteca Virtual em Saúde**. 2017. Disponível em: < http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relacao_nacional_medicamentos_rename_2017.pdf > Acesso em: 29 ago. 18

SAÚDE. Núcleo de Avaliação de Tecnologias em. Informações sobre LISDEXANFETAMINA no TDAH. **CNJ**. 2014. Disponível em < http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/04/0720e08915e0be4e1_c0d8b12bf024b99.pdf > Disponível em 30 ago. 2018. Acesso em: 30 ago. 18

EFEITO DA IMPLANTAÇÃO DE ESTRATÉGIAS INSTITUCIONAIS NO FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA DE ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA

Virginia Oliveira Chagas

Universidade Federal de Goiás

Jatai - GO

Mércia Pandolfo Provin

Universidade Federal de Goiás

Goiânia - GO

Rita Goreti Amaral

Universidade Federal de Goiás

Goiânia - GO

RESUMO: A judicialização da política de assistência farmacêutica trouxe alguns desafios ao Poder Executivo e ao Judiciário e exigiu a criação de estratégias institucionais para reduzir as demandas judiciais. Esse estudo propõe avaliar os efeitos de três estratégias institucionais; o Departamento de Avaliação de Medicamentos Não Padronizados (DAMNP), a Câmara Técnica de Avaliação em Saúde (CATS) e o Termo de Cooperação Técnica (TCT), nas dimensões econômicas e políticas que envolvem o fenômeno da judicialização. Trata-se de um estudo transversal realizado em um município brasileiro. Foram analisados 511 processos judiciais que solicitavam medicamentos ao Executivo. As variáveis foram agrupadas em: características dos medicamentos demandados e as estratégias institucionais. Para verificar o efeito das três estratégias nas características

dos processos realizou-se análise multivariada nos períodos pré e pós-implantação das estratégias. Para os desfechos contínuos, realizou-se regressões lineares com variância robusta e para os categóricos, regressão de Poisson com variância robusta, com nível de significância de 5%. Verificou-se redução do custo dos processos judiciais após implantação do DAMNP, da CATS e do TCT. Diminuição de 16% da prevalência de processos que solicitavam medicamentos padronizados e de 26% de medicamentos não padronizados com alternativa após a implantação do DAMNP e diminuição de 21% da prevalência de solicitação de medicamentos padronizados após a implantação da CATS. As três estratégias foram importantes na redução do custo dos processos judiciais e da solicitação de medicamentos padronizados pelas políticas, demonstrando um caminho a ser seguido para racionalizar as distorções econômicas e políticas provocadas por esse fenômeno.

PALAVRAS-CHAVE: Assistência farmacêutica; Judicialização; Políticas públicas.

EFFECT OF THE IMPLEMENTATION OF
INSTITUTIONAL STRATEGIES IN THE
PHENOMENON OF THE JUDICIALIZATION
OF THE PHARMACEUTICAL

ABSTRACT: The judicialization of the pharmaceutical services policy brought some challenges to the Executive and Judiciary and demanded the creation of institutional strategies to reduce the lawsuits. This study proposes to evaluate the effects of three institutional strategies; the Department of Evaluation of Non-standard Medicines (DAMNP), the Technical Chamber of Health Assessment (CATS) and the Technical Cooperation Term (TCT), in the economic and political dimensions that involve the phenomenon of judicialization. It is a cross-sectional study carried out in a Brazilian municipality. A total of 511 lawsuits were filed requesting medicines from the Executive. The variables were grouped in: characteristics of the medicines demanded and the institutional strategies. In order to verify the effect of the three strategies on the characteristics of the processes, multivariate analysis was performed in the pre- and post-implantation periods of the strategies. For continuous variables, linear regressions were performed with robust variance and for categorical variables, Poisson regression with robust variance, with a significance level of 5%. There was a reduction in the cost of lawsuits after the implementation of DAMNP, CATS and TCT. A 16% decrease in the prevalence of lawsuits that requested medicines within the SUS formulary and 26% of medicines outside the SUS formulary with an alternative after the implantation of the DAMNP and a 21% reduction in the prevalence of request for medicines within the SUS formulary after CATS implantation. The three strategies were important in reducing the cost of lawsuits and the request of medicines within the SUS formulary, demonstrating a way to be followed to rationalize the economic and political distortions caused by this phenomenon.

KEYWORDS: Pharmaceutical care; Judicialization; Public policies.

1 | INTRODUÇÃO

No Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, o Estado assume a responsabilidade de garantir a saúde da população, inclusive o acesso aos medicamentos, por meio de um sistema nacional de saúde pautado no acesso integral e universal, o Sistema Único de Saúde (SUS) (BRASIL, 1988). Desde então, o acesso ao medicamento passou a ser garantido após a publicação de diversas leis, programas e políticas públicas, dentre elas a Política Nacional de Medicamentos (BRASIL, 1998), a Lei dos Genéricos (BRASIL, 1999), a Política Nacional de Assistência Farmacêutica (BRASIL, 2004) e o Programa Farmácia Popular (BRASIL, 2004).

Apesar desse arcabouço legal, a garantia do direito de acesso aos medicamentos no Brasil vem sendo reclamado por via judicial em todas as regiões do país e atualmente é conhecido como o fenômeno da “judicialização da política de assistência farmacêutica” (VARGAS-PELAEZ et al., 2014).

Este fenômeno tem gerado alguns desafios ao sistema de saúde e de justiça

e exigiu uma atuação destas instituições para criar estratégias e mecanismos extrajudiciais de mediação. Estas iniciativas têm sido desenvolvidas por gestores da saúde e operadores do direito e trazem a possibilidade de corrigir algumas lacunas identificadas na política de medicamentos, de diminuir a imprevisibilidade advinda dos gastos ordenados judicialmente, como o alto custo dos processos judiciais que impactam no orçamento público, e que acabam gerando cortes em outras despesas da área da saúde (ASENSI; PINHEIRO, 2016; SANTOS; TERRAZAS, 2014).

No entanto, pouco se conhece sobre os reais efeitos destas estratégias nas repercussões negativas provocadas pela judicialização ao sistema de saúde e foram fatores motivadores para o desenvolvimento desta pesquisa. Assim, trazemos o seguinte questionamento: estas estratégias institucionais diminuem os efeitos negativos que a judicialização da saúde provoca na gestão dos recursos públicos da saúde e nas políticas de saúde?

Esse estudo propõe avaliar os efeitos de três estratégias institucionais; o Departamento de Avaliação de Medicamentos Não Padronizados (DAMNP), a Câmara Técnica de Avaliação em Saúde (CATS) e o Termo de Cooperação Técnica (TCT), criados em diferentes períodos, nas dimensões econômicas e políticas que envolvem o fenômeno da judicialização da política de assistência farmacêutica.

2 | MÉTODOS

O presente estudo transversal teve como objeto os processos judiciais que solicitavam medicamentos ao Executivo no período anterior e posterior a implantação de estratégias institucionais criadas com a finalidade de racionalizar a judicialização da política de assistência farmacêutica. Tomou-se como modelo de estudo uma capital de um estado localizado na região centro-oeste do Brasil que vem vivenciando algumas destas estratégias.

O DAMNP foi criado pelo sistema de saúde em 2006, é responsável por receber, protocolar e analisar as solicitações de medicamentos e outros insumos em saúde dos usuários, por meio da abertura de um processo administrativo. As avaliações das solicitações são feitas por uma Comissão, que analisa a conformidade do pedido com os preceitos das políticas e a legislação nacional vigente.

A CATS, criada pelo Ministério Público Estadual em 2009, exerce um papel mediador de resolução administrativa em parceria com o sistema de saúde, além disso, oferece suporte técnico aos operadores do direito por meio de pareceres de profissionais da saúde. As ações da CATS foram reafirmadas em 2010, após a assinatura do TCT entre a Secretaria Municipal de Saúde e o Ministério Público Estadual. Este termo definiu que todas as demandas por medicamentos não disponíveis nas listas oficiais do SUS fossem resolvidas administrativamente pelo sistema de saúde.

Foi analisada uma amostra de 511 processos judiciais que solicitavam medicamentos ao Executivo no período de janeiro de 2003 a dezembro de 2015. Foram incluídos os processos que demandaram pelo menos um medicamento e excluídos os processos com informações incompletas, e aqueles que embora tenham sido deferidos, nunca forneceram o(s) medicamento(s) solicitado(s) ao demandante. As variáveis do estudo foram agrupadas em dois blocos: características dos medicamentos demandados nos processos e as estratégias institucionais.

Para verificar o efeito das três estratégias nas características dos processos judiciais foi realizada análise multivariada nos períodos pré e pós-implantação das estratégias institucionais. Para os desfechos contínuos, foram realizadas regressões lineares com variância robusta e para os categóricos utilizou-se regressão de Poisson com variância robusta, com nível de significância de 5%. Os dados foram analisados no programa STATA, versão 14.0.

O estudo foi aprovado pelo Comitê de Ética em Pesquisa da Universidade Federal de Goiás (Parecer nº 713.754/2014).

3 | RESULTADOS

A implantação das estratégias institucionais provocou a redução do número de novos processos judiciais que solicitaram medicamentos ao Executivo. No ano de 2003, apenas 79 ações foram impetradas, enquanto que em 2006, observou-se 542 novas ações. Em 2007, verificou-se uma redução de 53%, caindo para 253.

Com relação ao custo dos medicamentos nos processos, observou-se redução pós-implantação do DAMNP ($p < 0,005$), da CATS ($p < 0,001$) e do TCT ($p < 0,001$) (Figura 1).

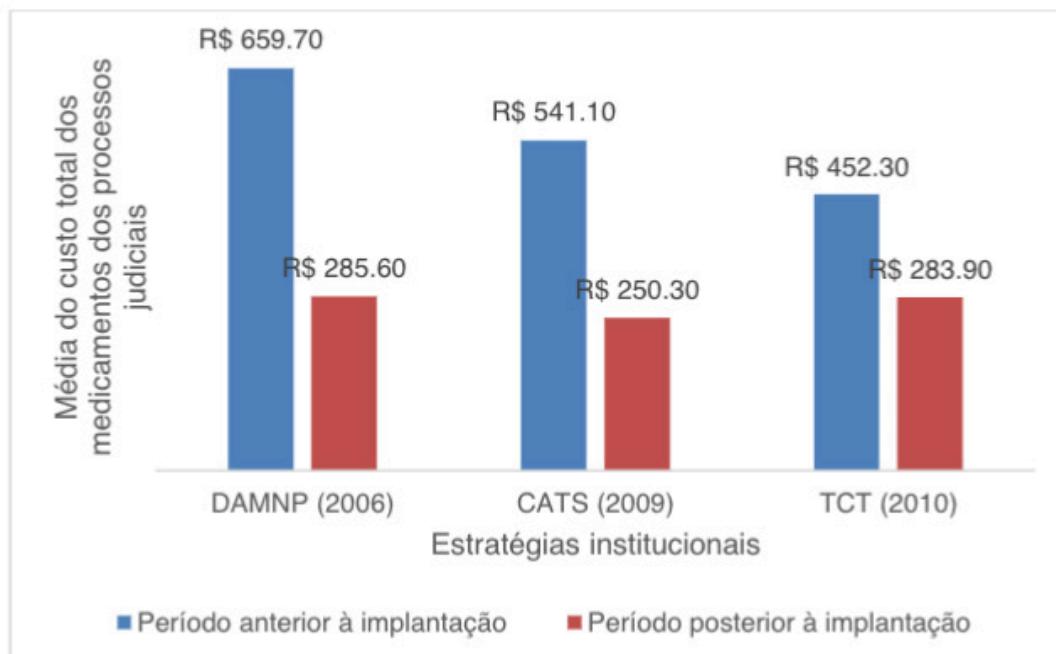


Figura 1 – Média do custo dos medicamentos no período anterior e posterior à implantação do DAMNP (2006), da CATS (2009), e do TCT (2010).

Em relação aos processos judiciais, houve redução de 16% (RP ajustada: 0,84; $p = 0,038$) da prevalência de processos que solicitavam medicamentos padronizados após a implantação do DAMNP, diminuição de 23% (RP ajustada: 0,77; $p=0,021$) após a CATS e diminuição de 29% (RP ajustada: 0,71; $p= 0,025$) após implantação do TCT (Tabela 1).

Observou-se redução de 37% (RP ajustada: 0,63; $p= 0,002$) da prevalência de medicamentos não padronizados com alternativa após a implantação do DAMNP. Em relação aos medicamentos não padronizados sem alternativa, identificou-se diminuição de 27% (RP ajustada: 0,73; $p= 0,038$) da prevalência após a implantação do DAMNP (Tabela 1).

Variáveis	Processos Judiciais		
	N = 510	RP ^b (IC 95%)	p
Medicamentos padronizados			
DAMNP ^a			
Pré-implantação	112 (75,7)	Ref	
Transição	77 (78,6)	1,01 (0,87-1,17)	0,847
Pós-implantação	155 (58,5)	0,84 (0,72-0,99)	0,038
CATS ^b			
Pré-implantação	268 (75,3)	Ref	
Transição	19 (38,0)	0,56 (0,36-0,86)	0,009
Pós-implantação	57 (54,3)	0,77 (0,62-0,96)	0,021
TCT ^c			
Pré-implantação	287 (70,7)	Ref	
Transição	25 (83,3)	1,26 (1,02-1,57)	0,030
Pós-implantação	32 (42,7)	0,71 (0,53-0,95)	0,025
Medicamentos padronizados com alternativa			
DAMNP ^a			
Pré-implantação	81 (54,7)	Ref	
Transição	40 (40,8)	0,55 (0,36-0,86)	0,009
Pós-implantação	115 (43,4)	0,63 (0,47-0,84)	0,002
CATS ^b			
Pré-implantação	163 (45,8)	Ref	
Transição	25 (50,0)	1,14 (0,74-1,75)	0,544
Pós-implantação	48 (45,7)	1,26 (0,92-1,73)	0,142
TCT ^c			
Pré-implantação	188 (46,3)	Ref	
Transição	8 (26,7)	0,64 (0,34-1,23)	0,188
Pós-implantação	40 (53,3)	1,20 (10,95-1,52)	0,112
Medicamentos não padronizados sem alternativa			
DAMNP ^a			
Pré-implantação	76 (51,7)	1,00	

Transição	42 (42,9)	0,98 (0,73-1,31)	0,909
Pós-implantação	107 (40,4)	0,73 (0,54-0,98)	0,038
CATS ^b			
Pré-implantação	156 (43,9)	1,00	
Transição	35 (70,0)	1,74 (1,27-2,39)	<0,001
Pós-implantação	34 (32,4)	0,84 (0,58-1,23)	0,388
TCT ^c			
Pré-implantação	191 (47,2)	1,00	
Transição	5 (16,7)	0,36 (0,15-0,89)	0,027
Pós-implantação	29 (38,7)	0,79 (0,57-1,10)	0,170

Tabela 1. Análise de regressão de Poisson dos efeitos das três estratégias institucionais na prevalência de processos contendo medicamentos padronizados, não padronizados com e sem alternativa terapêutica pelo Sistema Único de Saúde.

Abreviações: DAMNP: Departamento de Avaliação de Medicamentos não padronizados; CATS – Câmara de Avaliação Técnica em Saúde; TCT- Termo de Cooperação Técnica; Ref – Período de referência; RP = Razão de Prevalência; IC 95% - Intervalo de confiança de 95%. ^aModelo ajustado por idade, sexo, renda, origem da prescrição, quantidade de medicamentos e Departamento de avaliação; ^b Modelo ajustado por idade, sexo, renda, origem da prescrição, quantidade de medicamentos e Câmara de Avaliação Técnica em Saúde; ^c Modelo ajustado por idade, sexo, renda, origem da prescrição, quantidade de medicamentos e Termo de Cooperação Técnica; *Implantação Departamento de Avaliação* - Período pré-implantação (2003-2005)/ Período Transição (2006)/Período pós-implantação (2007-2015); *Implantação CATS* - Período pré-implantação (2003-2008)/Período Transição (2009)/Período pós-implantação (2010-2015); *Implantação Termo de Ajuste* - Período pré-implantação (2003-2009)/ Período Transição (2010)/ Período pós-implantação (2011-2015).

4 | DISCUSSÃO

Os resultados demonstraram a redução de alguns efeitos negativos provocados pela judicialização, como a redução do número e dos custos dos processos judiciais após a implantação das três estratégias estudadas, e a redução da solicitação de medicamentos padronizados após a implantação do DAMNP, da CATS e do TCT e da solicitação de medicamentos não padronizados com e sem alternativa após a implantação do DAMNP.

Reducir o número e os valores das ações judiciais não implica, necessariamente, na redução de gastos do sistema de saúde, pois a criação e a manutenção dessas estratégias trazem, inclusive, custos adicionais com recursos humanos, materiais e com equipamentos, além dos custos dos próprios itens solicitados, que no caso estudado, foram atendidos por processos administrativos. Alguns autores descrevem que a via administrativa também compromete os recursos públicos, além de criar novos caminhos/alternativas dentro do próprio sistema de saúde, porém, ainda é pouco estudada (LEITE et al., 2009; SOARES; SILVA; PROVIN, 2013; PEPE et al., 2010).

Com relação aos aspectos políticos, a redução das solicitações de medicamentos padronizados pode estar relacionada às orientações da equipe técnica da CATS e do DAMNP que avaliaram as solicitações e orientaram os demandantes e os operadores da área do Direito, sobre a inclusão dos itens solicitados nas políticas de medicamentos vigentes, e a disponibilidade nas unidades de saúde,

diminuindo a necessidade de demandá-los judicialmente. As estratégias evitaram o uso desnecessário ou inadequado desta via para acessar os medicamentos já disponibilizados pela via regular de acesso aos medicamentos no SUS.

A redução da solicitação de medicamentos não padronizados foi significativa após a implantação do DAMNP pelo fato desta estratégia orientar os demandantes e profissionais da área do direito de que os bens de saúde demandados não se tratavam de um vazio assistencial, e sobre a existência de alternativas terapêuticas disponíveis nas unidades de saúde do SUS, evitando, portanto, a judicialização. Entende-se que as demandas judiciais de medicamentos são justificadas quando o fornecimento, previsto nas políticas não está garantido, ou quando envolvem a solicitação de medicamentos que prescindem de cobertura de tratamento pelas políticas e que não possuem alternativa terapêutica, refletindo vazios assistenciais (PANDOLFO; DELDUQUE; AMARAL, 2012).

5 | CONCLUSÃO

As três estratégias institucionais adotadas foram importantes ferramentas de diminuição do número e do custo dos processos judiciais e da solicitação de medicamentos padronizados pelas políticas, demonstrando um caminho a ser seguido pelos sistemas de saúde e de justiça de outros Estados brasileiros e de outros países para racionalizar as distorções econômicas e políticas provocadas pela judicialização da política de assistência farmacêutica.

REFERÊNCIAS

ASENSI, F.; PINHEIRO, R. Judicialização da saúde e diálogo institucional: a experiência de Lages (SC). *Revista de Direito Sanitário*. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988. Seção I.

BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. **Resolução CNS 338/2004**. Disponível em:<portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/resol_cns338.pdf>. Acesso em 10 de abril de 2016.

BRASIL. Decreto nº 5.090, de 20 de maio de 2004. **Regulamenta a Lei nº 10.858, de 13 de abril de 2004, e institui o programa “Farmácia Popular do Brasil”, e dá outras providências**. Diário Oficial da União 2004; 21 maio.

BRASIL. Lei nº 9.787, de 10 de fevereiro de 1999. **Altera a Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, que dispõe sobre a vigilância sanitária, estabelece o medicamento genérico, dispõe sobre a utilização de nomes genéricos** em produtos farmacêuticos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9787.htm>. Acesso em 19 de janeiro de 2017.

BRASIL. Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998. **Dispõe sobre a aprovação da Política Nacional de Medicamentos**. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br/doc/portariagm3916/gm.htm>>. Acesso em 20 de maio 2016.

LEITE, S.N. et al. Ações judiciais e demandas administrativas na garantia do direito de acesso a medicamentos em Florianópolis-SC. **Revista de Direito Sanitário**, v. 10, n. 2, p. 13-28, 2009.

PANDOLFO, M.; DELDUQUE, M.C.; AMARAL, R.G. Aspectos jurídicos e sanitários condicionantes para o uso da via judicial no acesso aos medicamentos no Brasil. **Revista salud pública**, v. 14, n. 2, p. 340-349, 2012.

PEPE, V. et al. A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 15, n. 5, p. 2405-2414, ago. 2010.

SANTOS, L.; TERRAZAS, F. (Orgs.) Judicialização da saúde no Brasil. In: Assis G. **Mediação sanitária: direito, saúde e cidadania**, p. 197-220. Campinas: Saberes Editora, 2014.

SOARES, A.Q.; SILVA, P.I.; PROVIN, M.P. A via administrativa como mecanismo de efetivação do acesso a medicamentos essenciais. **Cadernos Ibero Americano de Direito Sanitário**, v. 2, n. 2, p. 194-207, 2013.

VARGAS-PELÁEZ, C. M. et al. Right to health, essential medicines, and lawsuits for access to medicines: a scoping study. **Social Science & Medicine**, v. 121, p.48-55, 2014.

ECONOMIA SOLIDÁRIA E OS NOVOS MOVIMENTOS SOCIAIS NO CONTEXTO PÓS-INDUSTRIAL: UM PASSO PARA ÉTICA DIALÓGICA E REDEFINIÇÃO DO OBJETO DO DIREITO DO TRABALHO

Diego Nieto de Albuquerque

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco
Recife – PE

RESUMO: Partindo da década de 70 do século XX, se evidencia a implantação de um novo modelo político-econômico-social no planeta – o ultroliberalismo – personificado nas figuras de Reagan (EUA) e Thatcher (Reino Unido), que passa a dominar as estruturas do mundo contemporâneo. As relações sociais e de produção se modificam, o Estado de Bem-Estar Social entra em ruína, o desemprego se torna estrutural e endêmico, aparecendo também novas alternativas de renda. Sobressaem as hipóteses das relações chamadas de Economia Solidária, em que o valores de honestidade, solidariedade, justiça social, distribuição de lucros, passam prevalecer na atividade em detrimento da tradicional relação entre detentor do capital x vendedor da força de trabalho. Através dos dados já consolidados e obtidos junto à OIT, MTE (por sua Secretaria Nacional de Economia Solidária - SENAES), variada pesquisa bibliográfica, somadas às evidências empíricas e analíticas, seguindo na trilha da teoria social crítica, verifica-se a necessidade de debater a proposta dessas atividades econômicas, a partir dos novos movimentos

sociais (NMS) e a implantação de novas pautas dialogadas conforme a ação comunicativa proposta por Habermas, e com isso, reforçar a necessidade de verdadeira rediscussão e ampliação do objeto tradicional do direito do trabalho calcado no trabalho livre/subordinado. O presente artigo visa, assim, ampliar os ditames e as formas de proteção das relações de trabalho no atual contexto, numa perspectiva de emancipação dessas novas atividades de renda, para o atingimento de uma economia equitativa, em verdadeiro resgate das relações individuais e coletivas de produção.

PALAVRAS-CHAVE: Economia solidária. Novos movimentos sociais. Pós-modernidade. Ação comunicativa. Redefinição do Direito do Trabalho

SOLIDARITY ECONOMY AND THE NEW SOCIAL MOVEMENTS IN THE POST-INDUSTRIAL CONTEXT: A STEP FOR DIALOGICAL ETHICS AND REDEFINITION OF THE OBJECT OF LABOR LAW

ABSTRACT: Starting from the 70's of the twentieth century, the implantation of a new political-economic-social model on the planet - ultroliberalism - personified in the figures of Reagan (USA) and Thatcher (United Kingdom), that happens to dominate the structures of the

contemporary world. Social and production relations change, the welfare state goes into ruin, unemployment becomes structural and endemic, and new income alternatives also appear. The hypotheses of relations called Solidarity Economy stand out, in which the values of honesty, solidarity, social justice and profit distribution prevail in the activity, to the detriment of the traditional relation between the holder of the capital and the seller of the labor force. Through the data already consolidated and obtained from the ILO, MTE (by its National Secretariat for Solidarity Economy - SENAES), varied bibliographical research, together with the empirical and analytical evidences, following the path of critical social theory, there is a need to discuss the proposal of these economic activities, starting with the new social movements (NMS) and the implementation of new guidelines dialogued according to the communicative action proposed by Habermas, and with that, to reinforce the need for a real re-discussion and extension of the traditional object of the labor law in free / subordinate work. The present article aims to broaden the dictates and forms of protection of labor relations in the current context, in a perspective of emancipation of these new income activities, for the attainment of an equitable economy, in true rescue of the individual and collective relations of production.

KEYWORDS: Solidarity economy. New social movements. Postmodernity. Communicative action. Redefinition of Labor Law.

1 | INTRODUÇÃO

O presente artigo visa trazer pequena contribuição científica ao debate das novas formas de atividade e renda no contexto da realidade contemporânea, por intermédio dos empreendimentos da chamada economia solidária, e por meio da análise do surgimento dos novos movimentos sociais, dos movimentos em redes, e suas formas emancipatórias para formulação de um diálogo simétrico nas relações de produção e trabalho.

Na trilha dessa proposição, objetiva-se com a pesquisa reforçar a necessária redefinição e ampliação do objeto tradicional do direito do trabalho, centrado no trabalho subordinado e assalariado, para transpassar suas bases convencionais e contribuir para formulação de novos paradigmas protetivos da ciência laboral em torno das mais variadas formas de trabalho e renda (na oportunidade nas atividades solidárias), haja vista a sua essencialidade como condição existencial básica humana.

A pesquisa parte do reconhecimento da atividade e do trabalho como condição inerente à vida, tentando em suas linhas mais superficiais identificar o surgimento desse ramo do direito no fenômeno da modernidade, e ainda, demonstrar a ruína do Estado Social e do emprego formal, principalmente a partir da década de 1970, face aos mais variados acontecimentos históricos ocorridos nesse período definido.

O recorte temporal eleito se justifica por se observar que a partir dessa crise de empregabilidade, em consentâneo ao fim do Estado Social e advento da hegemonia

única do Capital no mundo, se pode identificar o (res)surgimento das atividades de economia social e solidária e novas formas não convencionais de renda.

Com uma ampla abordagem bibliográfica procura-se empreender uma metodologia social crítica aos ditames tradicionais do direito do trabalho, partindo das evidências histórica e dos dados coligidos para colaborar no caminho da refutação do objeto convencional do trabalho subordinado e realçar a necessidade da ampliação das sombras de proteção dessa ciência do direito, sob uma perspectiva habermasiana da ação discursiva e comunicativa.

Vê-se, pois, que através de novos moldes dialogados é possível construir uma sociedade menos vertical a partir de uma ética produtiva mais solidária e relações de produção e consumo mais justas.

2 | A ESSENCIALIDADE HUMANA DO TRABALHO, SUA FORMULAÇÃO NA MODERNIDADE E SEUS CONTORNOS NA REALIDADE CONTEMPORÂNEA FRENTE AOS NOVOS MOVIMENTOS SOCIAIS

Desde os tempos mais remotos, a relação entre o homem e o trabalho se mantém em estreita simbiose, podendo estabelecer-se uma comparação didática, para fins de entendimento, na seguinte proporção: assim como o corpo humano e suas células se conformam para as relações biológicas, o homem e o trabalho se perfazem para as relações sociais.

Não há filosofia, saber, religião, crença, conhecimento, seja no Ocidente ou no Oriente, nem quaisquer outras formas cognitivas de racionalidade e/ou pensamento que não considere o trabalho como algo próprio da condição humana.

Nas escrituras e livros sagrados, encontram-se as mais variadas expressões desse objeto e relação, principalmente associando o trabalho e o esforço à prosperidade, à manutenção da sobrevivência. Veja-se as expressões retiradas somente de uma de suas partes:

As mãos preguiçosas causam a indigência; a mãos diligente se enriquece. (BÍBLIA, Provérbios 10, 4); O homem se farta com o fruto de sua boca; cada qual recebe a recompensa da obra de suas mãos (BÍBLIA, Provérbios 12, 14);

A mão diligente dominará; a mão preguiçosa torna-se tributária. (BÍBLIA, Provérbios 12, 24);

Não diferente se observa, como dito, nas sociedades do Oriente, na medida em que se extraí do texto do Bhagavad-Gita, uma parte do livro sagrado e épico dos Hindus (o Mahabharata), na qual Krsna (Deus) trava diálogo com seu amigo e devoto Arjuna, explicando a essencialidade do trabalho e sistema de classe naquela sociedade:

Ele não aconselha Arjuna a simplesmente lembrar-se dele e a abandonar sua ocupação. Não, o Senhor jamais sugere algo inviável. Neste mundo material,

para manter o corpo, deve-se trabalhar. De acordo com o tipo de trabalho, a (sociedade humana é dividida em quatro ordens sociais — brāhmaṇa, kṣatriya, vaiśya e sūdra. A classe brāhmaṇa, ou classe intelectual, trabalha de determinada maneira; a classe kṣatriya, ou administrativa, trabalha de outra maneira; e a classe mercantil e os trabalhadores estão todos cuidando de seus deveres específicos. Na sociedade humana, quer alguém seja trabalhador, comerciante, administrador ou fazendeiro, quer pertença à classe mais elevada e seja um literato, cientista ou teólogo, ele tem de subsistir através de seu trabalho. (PRABHUPADA, 2017, p. 39-40)

Há quem diga, ainda, que o labor e o trabalho já vêm associado ao próprio drama da culpa original e a expulsão de Adão e Eva do Paraíso, passando o homem a viver a maldição de ter desrespeitado às ordens do Divino, que como retribuição terá que viver da terra e “...Tirarás dela com trabalhos penosos o teu sustento todos os dias da tua vida” (BÍBLIA, Gênesis 3,17).

Pela evidência do transcorrer histórico, o fato é que a expressão “trabalho” ganha os mais variados significados (RAMOS FILHO, 2012), expressões, configurações e moldes, em cada momento de espaço-tempo bem definido. A depender do corte histórico que se pegue para análise, é possível constatar uma forma de trabalho predominante para cada época. Seja nos grilhões da escravidão da antiguidade; seja nas lascívias servis da idade média; ou até no regime organizado das corporações trabalho; chegando ao trabalho subordinado da modernidade – ainda que produzido numa verdadeira aporia aristotélica (ANDRADE, 2014) – no discurso inatamente contraditório do trabalho livre/subordinado.

É assim, a partir desse último modelo (de trabalho e produção) desenhado nos albores da modernidade, com a vitória da burguesia sobre o feudalismo, que vai se construir toda a fortaleza – diga-se de passagem: não mais medieval - do capitalismo clássico juntamente com a criação do Direito do Trabalho como ciência jurídica legitimante. Era muito claro! O iluminismo e sua moral libertária, revolucionária, viria deixar o legado crítico e filosófico para um novo modo de vida através da razão (MERQUIOR apud ANDRADE, 2014) e do contrato.

É que as relações de trabalho nesse novo contexto de modernidade precisavam ser estabilizadas e reguladas. O sistema necessitaria se aperfeiçoar para tornar viável o projeto da revolução industrial e do capitalismo produtivo da época num novo *ethos* fundamental.

A transição de uma economia e sociedade predominantemente feudal para uma lógica de acumulação e circulação mercantil baseada na produção e no consumo teve que cobrar seu preço.

As mais variadas manifestações e revoltas passo-a-passo passaram a ocupar o cenário a partir da segunda metade do século XIX e início do século XX e o projeto de implantação do sistema capitalista teve que buscar nas estruturas de poder os seus mecanismos existenciais para viabilizar o novo sonho da burguesia. Entra em cena o chamado Estado Jardineiro de Bauman (1999), e, através de um novo ramo do saber jurídico, procura-se regular e “harmonizar” essa relação política e

econômica de Capital x Trabalho: é nesse cenário que ocorre a formulação do Direito do Trabalho.

Por algum período, a vinda da Legislação Social (já buscada desde início do século XX) trouxe relativa pacificação das relações, aproximando inclusive o movimento sindical de uma luta eminentemente mais reformistas do que revolucionária dos períodos anteriores. Parecia o encaixe perfeito para os interesses da nova classe emergente de capitalistas (principalmente industriais) e também dos proletariados, que através do Estado de Providência, passaram a perceber uma relativa diminuição nas barbáries das fases iniciais da revolução produtiva e melhorias na obtenção de renda e consumo. Estava em cena o Estado Social.

Aliado a todo esse contexto, vivenciava-se em paralelo no mundo, antes da segunda guerra mundial (de 1940/1945), a existência de diversas propostas políticas-ideológicas, como exemplo do Nazi-fascismo, Capitalismo e do Socialismo Russo que após o grande conflito se resume apenas na bipolarização do mundo entre os vencedores: Capitalismo (EUA) e Socialismo (URSS).

Esse mundo dividido entre as duas potências do pós-guerra deixa suas marcas para além da chamada “guerra fria”. Ocorre, a partir da década de 70 desse mesmo século, a eclosão de uma variedade de eventos que produzem efeitos consideráveis na realidade até então.

Para essa singela pesquisa, é partindo desse momento histórico que esse autor se propõe a realizar um recorte temporal próprio a observar algumas consequências da contemporaneidade e da pós-industrialidade (ou pós-modernidade), na ótica de uma Economia Social/Solidária e dos Novos Movimentos Sociais (NMS) desse período.

Acontecimentos como: a crise do petróleo em 1970, a implantação dos governos ultraliberais de Thatcher (ING) e Reagan (EUA), o consenso de Washington, a queda do muro de Berlim, a mundialização do planeta com a globalização dos mercados, a implantação da ideologia única (do capital) face à derrota do projeto social da URSS na década de 1990, o declínio do Estado de Bem-Estar Social, a ampliação das desigualdades no planeta, o aumento da concentração das riquezas nas mãos da minoria mais abastada da população, o crescimento do capital especulativo (improdutivo) em detrimento do capital produtivo (industrial), o esvaziamento dos sindicatos, a desfragmentação da classe obreira, a precarização das atividades, a automação dos postos de trabalho; todos esses aspectos modificam por completo o contexto na qual surgiu o direito do trabalho e expõe a “fratura óssea” de sua base teórica na concepção de trabalho livre/subordinado como outrora forjado no período do capitalismo industrial.

Ainda na esteira de consequências, passa-se a observar o aumento da informalidade, o surgimento de mecanismos de renda compartilhados, e por certo ponto de vista, a ressurgir as propostas de empreendimentos de Economia Social e Solidária, que já noutro momento histórico tinha se apresentado como medida de

produção e sobrevivência.

Na transversal dessas experiências, observa-se, ainda, sobejamente a partir dos anos 2000 a erupção de diversas manifestações sociais, que para análise dos acadêmicos das ciências políticas e sociais, podem ser taxados como novos movimentos sociais (NMS); haja vista o conjunto de características em si verificadas, tendo como um dos eixos fundamentais o uso da internet, das redes sociais, e do arcabouço tecnológico fornecido pelo sistema globalizante que acaba “provando do próprio veneno” a partir do mundo conectado numa sociedade em rede na expressão do sociólogo espanhol Manuel Castells (2005).

A esses novos movimentos, pode-se apenas citar como exemplo (ESTEVES, 2010): a) o movimento de Seattle (1999); b) as manifestações que se seguiram no ano 2000: no Fórum Econômico Mundial de Davos, em janeiro; contra Banco Mundial e FMI, em abril; na cúpula da ONU sobre pobreza, em junho; na reunião do FMI e Banco Mundial, em setembro; na cúpula da União Europeia, em dezembro; c) Fórum Social Mundial (FSM) iniciado em 2001; d) o surgimento do ATTAC (*Association pour la Taxation des Transactions pour l'Aide aux Citoyens* – Associação pela Tributação das Transações Financeiras para ajuda aos Cidadãos); e) os distúrbios eletrônicos; f) as manifestações durante as jornadas de Gênova.

Todos eles, com suas veias próprias, mas com um elemento antiglobalizante em comum, acabam de alguma maneira produzindo debates e inaugurando pautas até então pouco ou não debruçadas pela sociedade mundial.

É assim possível, nessa atmosfera, que os mecanismos de Economia Social e Solidária passem a se integrar na cartilha dessas mobilizações, estabelecendo um novo diálogo de poder face à necessidade de verdadeira rediscussão e ampliação do objeto tradicional do direito do trabalho calcado no trabalho livre/subordinado, ampliando os seus cânones de proteção (D'ANGELO, 2014).

3 | A BUSCA POR OUTROS MECANISMOS DE RENDA ASSOCIADOS A DIFERENTES CRENÇAS E SEUS DESAFIOS DIANTE DO CONTEXTO PÓS-INDUSTRIAL

Um dos pensadores mais influentes contemporâneos – Zygmunt Bauman – coloca ao tratar do emprego no cenário hodierno:

Os desempregados eram o exército de reserva de mão-de-obra. Temporariamente sem emprego por motivo de saúde, enfermidade ou dificuldades econômicas correntes, eles deviam ser preparados para reassumir o emprego, quando aptos – e prepará-los era, então, de um modo geral, a tarefa reconhecida e a incumbência explícita ou tácita dos poderes públicos. Já não acontece assim. Exceto nos nostálgicos e cada vez mais demagógicos textos de propaganda eleitoral, os sem emprego deixaram de ser um exército de reserva da mão-de-obra. (BAUMAN *apud* ANDRADE, 2008a, p. 914)

O pensador citado, externa com clareza o fim do elemento essencial de manutenção da lógica capitalista da modernidade através do chamado “exército industrial de reserva” (FOLADORI; MELAZZI e KILP, 2016, p. 135), que dentre outras funções, tem por designo especial servir de ajustamento e controle do custo salarial (há relação inversamente proporcional do custo de salários x exército de reserva), preservando as margens de capital excedente (lógica marxiana de mais-valia), garantindo, assim, a perpetuação do capital, do lucro, e portanto da própria estrutura produtiva do sistema capitalista.

No entanto, como se observa no panorama atual, essa mão de obra de reserva, que supostamente estaria pronta para realizar a rotatividade do mercado de trabalho e, como dito, promover o equilíbrio hemodinâmico da estrutura de produção e consumo, deixa(ou) de existir.

Na esteira dessas consequências, têm aparecido outras formas de renda e aquisição de receitas não convencionais, a exemplo dos empreendimentos de Economia Social (EES) e Solidária (ECOSOL). Mas afinal, o que seriam esses empreendimentos e como conceituar uma atividade dentro dessa classificação?

Dizem os pesquisadores que esses mecanismos solidários funcionam por bases de produção e ações diversas do capitalismo tradicional (que como sabido: se pauta na relação Capital x Trabalho). Na verdade, há quem diga até que essas estruturas passam estabelecer verdadeira concorrência com o sistema capitalista convencional (SOARES FILHO, 2007).

Na linha de suas impressões, o que se vê nesse solidarismo é o traço distintivo da autonomia de seus membros, face à inexistência de um “patrão”. Assim como, os princípios de auxílio mútuo e satisfação das necessidades básicas dos seus membros, aliado à participação democrática (ANDRADE apud D’ANGELO, 2014). Também outro ponto característico dessas atividades, como é de supor, refere-se à absorção de grupos de pessoas excluídas do mercado convencional, e que nesse contexto se estabelecem de maneira horizontal e por autogestão para desenvolver suas práticas produtivas e não restarem completamente marginalizados na aquisição de renda.

O Brasil, ainda que de maneira inicial, tem procurado nas últimas décadas monitorar o desenvolvimento dessas estruturas e atividades no país. Através da SENAES (Secretaria Nacional de Economia Solidária), órgão vinculado ao MTE (Ministério do Trabalho e Emprego), criado em junho de 2003 (por meio do Decreto 4764/2003), tem realizado pesquisas e produzido mapeamentos atinentes à matéria. Basicamente, desde 2005 vem sendo realizado estudos periódicos desses Empreendimentos de Economia Solidária (EES), juntamente com o Fórum Brasileiro de Economia Solidária (FBES), existindo hoje 2 (dois) mapeamentos já realizados no país. Um primeiro, que nas palavras de Paul Singer, renomado estudioso no assunto e Secretario Nacional da época, obteve a seguinte amplitude:

O primeiro mapeamento foi realizado em 2007 e registrou a existência de 21.859 EES. Este primeiro mapeamento, em função das limitações de recursos e de tempo, cobriu apenas 2.933 municípios, que representam 53% das municipalidades do Brasil. (SINGER, 2014, p. 91)

Já o segundo mapeamento, de 2013, apontou um número de 19.708 ESS em todo o país (SILVA e KAPPES, 2016).

É interessante observar o detalhe do número desses empreendimentos, que praticamente se manteve entre as duas pesquisas (havendo até uma ligeira redução nessa segunda), pois, isso já indica uma série de dificuldades e desafios tanto na realização da pesquisa enfrentado pelo SENAES para aferição dessas atividades, como também pela própria realidade dos empreendedores nesse tipo de negócio, considerando sua perpetuidade.

Nas notas metodológicas do relatório produzido (IPEA, 2016), não há como não verificar claramente o esforço empreendido na pesquisa para o acompanhamento desses ESS, como também a marcante rotatividade e mortalidade desses negócios, elementos esses desafiadores para atividades de produção dessa categoria. Como se pode depreender do relatório:

Uma inovação na realização do segundo mapeamento foi a proposta de revisitar os empreendimentos registrados no mapeamento anterior, tanto para ter um ponto de partida para a pesquisa de campo como para detectar sua evolução após esse tempo. Porém, grande parte desses EES não foi encontrada para a revisita, alguns por motivos de mudança de endereço e outros por não mais existirem, o que dificulta uma análise comparativa desses grupos.

Ao todo, o mapeamento do Sies identificou 19.708 empreendimentos (...). Desse total, 11.869 (60,2%) são novos EES, ou seja, não haviam sido registrados no mapeamento anterior, e 7.839 (39,8%) são de EES revisitados. (IPEA, 2016, p. 10)

As pesquisas produzidas, que passaram a compor o chamado SIES (Sistema de Informação de Economia Solidária), têm fornecido valioso banco de dados para os mais variados agentes (pesquisadores, políticos, empreendedores, entre outros) que se debrucem sobre o objeto da economia social e solidária.

O aspecto da praticamente manutenção do número desses empreendimentos nas duas pesquisas realizadas (2007 e 2013) não induz, numa análise maior, e apesar das mais incontáveis dificuldades de viabilização desse tipo de atividade, que a referida vertente não esteja em franco crescimento no mundo pós-moderno/pós-industrial. Pelo contrário, como se afirmou acima pelas mais variadas evidências históricas e analíticas, o referido modelo, como não diferente em outras regiões do mundo, tem obtido relevante crescimento principalmente após a década de 1980 do século passado.

Os dados trazidos no 2º mapeamento, disponíveis no SIES e pelo IPEA (2016, p. 20), evidenciam um verdadeiro “salto” nessa modalidade de atividade, partindo de 5,9% (1980) para 65,1% (Anos 2000). Justamente, é partir desse período histórico que as evidências anteriormente enumeradas (da crise do capitalismo industrial),

começam a produzir seus impactos mais marcantes sobre o emprego formal, sobre o Estado Social e principalmente joga por terra a lógica do trabalho subordinado (assalariado) impregnado como objeto do direito do trabalho tradicional.

Desses empreendimentos, numa análise da forma organizativa verificada nesse segundo mapeamento (2016, p. 21), a partir dos empreendimentos monitorados: a principal formatação está ligada às associações com 60% do contingente; os grupos informais representam 30,5%; as cooperativas com 8,8%; e menos 1% encontra-se as sociedades mercantis.

Só a nível internacional, pode-se observar através de dados consolidados junto à OIT, que:

De acordo com a International Cooperative Alliance (ICA), existem quase um bilhão de membros de cooperativas e mais de 100 milhões de empregos em seus 91 países membros. No Canadá, Honduras e Noruega, um em cada três pessoas é um membro cooperativo, enquanto nos Estados Unidos a proporção é de 1:4, e no Quênia é 1:5. Na China, Argentina, Brasil e Malásia, existem 180 milhões, 9 milhões, 6 milhões e 5,5 milhões de membros cooperativos, respectivamente. (ILO, 2011, p. 36) (TRADUÇÃO LIVRE)

Apesar de não ser algo absolutamente novo ou até revolucionário, porquanto, considera-se que as primeiras experiências de autogestão tenham surgido ainda com os socialistas utópicos como Fourier, Owen (D'ANGELO, 2014), essas atividades/empreendimentos começam a tentar restabelecer novos sentidos ao trabalho humano, ao senso produtivo, e, principalmente, ajudam na reconstrução das relações de solidariedade entre os agentes produtivos, em busca de uma relação de horizontalidade.

4 I A COMBUSTÃO DE NOVAS PERSPECTIVAS SOLIDÁRIAS AOS NOVOS MOVIMENTOS SOCIAIS GLOBAIS E A POSSIBILIDADE DE CRIAÇÃO DE UMA NOVA ÉTICA DIALOGADA PARA REDIMENSIONAR O DIREITO DO TRABALHO TRADICIONAL

É no caminho dessa simetria e horizontalidade típica das atividades solidárias que se remonta às novas demandas e métodos verificados por aquilo que os pesquisadores da área social chamam de novos movimentos sociais (NMS) ou até “movimento dos movimentos” (COUCCO apud ESTEVES, 2010, p.164)

As mobilizações advindas a partir do final do século passado (XX) e início do novo século (XXI) têm se notabilizado por formas, organização, articulação, e resultados um tanto distintos dos movimentos pretéritos da modernidade. A busca por um novo modelo de globalização (ESTEVES, 2010), contra-excludente, contra-hegemônico, se perfaz nessas movimentações resgatando a veia insurgente, revolucionária e emancipatória de outros momentos históricos.

Dentre as mais variadas características desses movimentos, e que por esses

motivos recebem a marca de “novos” movimentos sociais, podemos enumerar de maneira não exaustiva, as seguintes: a) o uso da internet e a forma de mobilização em rede; b) ação não institucionalizada ou sistêmica; c) o viés antiglobalizante ou anticapitalista, principalmente em face do capital improdutivo; d) a relação de proximidade entre o local e o global; e) a ruptura com os mecanismos tradicionais e formais de produção e consumo; f) a ampliação de novas pautas de reivindicações contemporâneas como sustentabilidade, meio ambiente, proteção à cultura, redução da desigualdade, xenofobia, minorias, etc;

Tratando desse novo fenômeno:

O movimento antiglobalização apresenta-se, na virada deste novo milênio, como uma das principais novidades na arena política no cenário da sociedade civil, dada sua forma de articulação/atuação, em redes com extensão global. Ele tem elaborado uma nova gramática no repertório das demandas e dos conflitos sociais, trazendo novamente as lutas sociais para o palco da cena pública e a política para a dimensão pública – tanto na forma de operar, nas ruas, quanto no conteúdo do debate que trouxe à tona: o modo de vida capitalista ocidental moderno e seus efeitos destrutivos sobre a natureza. (GOHN apud VIEIRA, 2012, p. 202-203)

É nesse espectro de possibilidade e ponto de interseção que os modelos de Economia Social (EES) e Solidária (ECOSOL) se afeiçoam como ponto de convergência às novas pautas e agenda dos movimentos sociais nesse contexto contemporâneo.

Pela própria maneira não hierarquizada dos empreendimentos solidários (já citado aqui como elemento distintivo e fundamental) evidencia-se a compatibilidade destes, em sua *ratio essendi*, com a nova maneira do internacionalismo operário na proposta inclusive do sociólogo português Boaventura de Sousa Santos, na medida em que traz em seu cerne a ampliação do debate dessas modalidades de produção e consumo e ainda “aglutina todas as atividades produtiva e todas as alternativas de trabalho e obtenção de renda, além de se articular com outros movimentos e instituições não necessariamente vinculados ao mundo do trabalho.” (LIRA, 2009, p. 135).

Apenas à título de exemplo, se considerando o principal ramo de atividade e exploração das EES/ECOSOL – qual seja – a produção e comercialização - representando cerca de 56,2% dos empreendimentos conforme dados do SIES (IPEA, 2016, p.19) -, é possível pegar como evidência histórica e exemplo o movimento da “Via Campesina Internacional” que desde 1993 vem se articulando e aperfeiçoando cada vez mais e chamando atenção da comunidade global para a questão da mercantilização da agricultura dando resposta ao modelo tradicional de alimentos e produção.

Outro ponto dos mais interessantes dos processos advindos desses movimentos, é justamente criar e alargar o campo de comunicação e democracia para novas e mais saudáveis relações de produção e compartilhamento de renda.

Essa proposição se encaixa na formulação trazida pelo filósofo alemão da segunda geração da Escola de Frankfurt, Jürgen Habermas, pela teoria do agir comunicativo através de uma ética dialogado por simetria nos discursos como condição mínima de validade das pretensões deduzidas.

Em seu modelo teórico:

O horizonte normativo da teoria da ação comunicativa de Habermas é produzir uma forma de emancipação social, conceito concebido na Escola de Frankfurt, que procura eliminar todas as formas de dominação existentes na sociedade moderna. Essa emancipação, por sua vez, apenas pode ocorrer através de uma sociabilidade que não produza instrumentalidade nas interações sociais e nos mecanismos de solidariedade, fazendo necessária, para a constituição de uma teoria, a busca de um mecanismo de sociabilidade mediante o qual a emancipação possa ser produzida. (FILGUEIRAS, 2011, p. 285)

Esse formato comunicativo, produzido a partir de novos modelos produtivos que altere a relação vertical do dono do capital e detentor da força produtiva, na tradicional relação de sujeição (na qual o direito por intermédio de sua tecnologia jurídica cunhou como elo de subordinação), pode (e deve) ensejar um novo dimensionamento do sistema normativo e proteção do trabalho no âmbito das realidades locais e global.

A construção de uma realidade a partir de uma ética comunicativa que ultrapasse a instrumentalidade de posições contrapostas de uma verticalidade de poder e “remontam-se à experiência central da capacidade de harmonizar, sem coações, e de fundar consenso que tem um falar argumentativo no qual distintos participantes superam a subjetividade inicial de suas concepções” (HABERMAS apud ANDRADE, 2008, p. 144) deve ser a verdadeira herança dos movimentos sociais produzidos a partir das novas alternativas de renda e trabalho na realidade das relações horizontais solidárias.

Sendo assim, o Direito do Trabalho Tradicional, forjado em momento histórico bem definido, como “guarda-chuva” de proteção ao cenário de exploração industrial não pode mais representar como elemento útil à sistematização de sua teoria premissas assimétricas estabelecidas por relações de poder e comunicação absolutamente desiguais (patrão x empregado) que não mais se justificam no cenário das novas alternativas de renda, produção e consumo, e aqui nesse artigo, especificamente, no caso das atividades solidárias.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa final, resta, assim, evidenciada a crise das modalidades tradicionais de trabalho e renda no cenário atual de pós-industrialização que se mostrou mais bem nítida a partir dos variados fatos ocorridos a partir da década de 1970 do século passado, principalmente com a ruína do Estado Social e o surgimento da ideologia única do Capital. Por esse motivo é eleito o referido momento histórico no presente

artigo para observar o levante das atividades e/ou empreendimentos solidários como alternativa a uma nova sociabilidade produtiva e de vida,

A observação dos empreendimentos solidários, pela obtenção de dados já consolidados, se fez, majoritariamente, no ambiente nacional, não obstante a referência de expressões dessas atividades também à nível internacional (por dados colhidos nos bancos da OIT), que inclusive se traduz cada vez mais como o *locus* adequado de debate numa perspectiva globalizante haja vista à realidade do mundo atual, mas que em nada enfraquece o foco realizado no trabalho.

Nessa perspectiva, os movimentos sociais internacionais e/ou locais hodiernos caminham para o estabelecimento de novas formas de comunicação mais horizontais e podem se ocupar de novas formas de produção, renda e consumo – característica típica dos movimentos solidários. Abre possibilidade de se consolidar numa modalidade que ultrapassa as barreiras do sindicalismo internacional e a centralidade do trabalho subordinado (assalariado) como pauta unívoca desses movimentos. Algo não tão ortodoxo nos movimentos sociais tradicionais relacionado ao trabalho e no sindicalismo convencional.

A vinda desses novos movimentos que se espalham na realidade contemporânea, à vista desse autor, traz à memória as palavras de Manuel Castells (2017, p. 9), que ao tratar dos movimentos do início desse século como de Madri (2004), Irã e Islândia (2009) expressou seu sentimento nos seguintes termos: “de repente, tudo parecia possível; o mundo não estava necessariamente destinado ao cinismo político e à imposição burocrática de modos de vida absurdos”

Novos movimentos, novos debates e novas formas de obtenção de renda, necessitam, assim, a formulação de também novas formas de proteção jurídica em torno desse modelo produtivo solidário, traduzindo numa indispensável ampliação do objeto do direito do trabalho tradicional calcado no trabalho livre/subordinado. A refutação de um modelo protetivo formulado noutro momento histórico se evidencia pela própria sucessão de fenômenos e acontecimentos nesse contexto de pós-indústria.

É assim que se procurou formular essa pequena contribuição através desse artigo. Urge novas formas de proteção jurídica aos novos modelos de trabalho, face sua essencialidade humana.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. A Desconstrução do Paradigma Trabalho Subordinado como Objeto do Direito do Trabalho. **Revista LTr: Legislação do Trabalho**. São Paulo, v. 72, n. 8, p. 913-920, ago. 2008a.

_____. **O Direito do Trabalho na Filosofia e na Teoria Social Crítica**. Os sentidos do trabalho subordinado na cultura e no poder das organizações. São Paulo: LTr, 2014.

_____. **Princípios de Direito do Trabalho**. Fundamentos teórico-filosóficos. São Paulo: LTr,

2008b.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Ambivalência**. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BÍBLIA, N.T. Provérbios. In BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada Ave Maria**. Antigo e Novo Testamentos. Tradução dos Monges Beneditinos de Maredsous. São Paulo: Ave-Maria, 2010.

BRASIL, Ipea. **Os Novos Dados do Mapeamento de Economia Solidária no Brasil: Nota Metodológica e Análise das Dimensões Socioestruturais dos Empreendimentos**. Relatório de Pesquisa. Brasília: 2016.

CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura**. A Sociedade em Rede. 8. ed., trad. Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

_____. **Redes de Indignação e Esperança**. Movimentos Sociais na era da Internet. 2. ed. rev e atua. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

CORTINA, Adela. **Ética Mínima**. Introducción a La Filosofía Práctica. 6 ed. Madrid: Tecnos, 2000.

D'ANGELO, Isabel Bandeira de Moraes. **A Subordinação no Direito do Trabalho**. Para ampliar os cânones da proteção, a partir da Economia Social e Solidária. São Paulo: LTr, 2014.

ESTEVES, Juliana Teixeira. **A Seguridade Social no Contexto de Uma Renda Universal Garantida**: os fundamentos político-jurídicos para uma ética universal na governabilidade do mundo. Tese de doutorado. Recife: Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Texto avulso, 2010.

FILGUEIRAS, Fernando. Entre o Sujeito e a Cognição: A Sociologia Jurídica de Jürgen Habermas. In: FERREIRA, Lier Pires; GUANABARA, Ricardo e JORGE, Vladimyr Lombardo (orgs). **Curso de SOCIOLOGIA JURÍDICA**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

FOLADORI, Guillermo; MELAZZI, Gustavo; KILP, Renato. **A Economia da Sociedade Capitalista e Suas Crises Recorrentes**. São Paulo: Outras Expressões, 2016.

ILO. Social and Solitary Economy: Our common road towards Decent Work. In: **Support of the Second edition of the Social and Solidarity Economy Academy**. Montreal, Canadá: 24-28 oct 2011.

LIRA, Fernanda Barreto. **A Greve e os Novos Movimentos Sociais**. Para além da dogmática jurídica e da doutrina da OIT. São Paulo: LTr, 2009.

PRABHUPADA, A. C. Bhaktivedanta Swami. **Bhagavad-gita Como ele é**. 5. ed. rev. ampl. E-book, 2017. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/353805766/Bhagavad-Gita-Como-Ele-E-Sua-Divina-Graca-A-C-Bhaktivedanta-Swami-Prabhupada>>. Acesso em: 14 nov 2017

RAMOS FILHO, Wilson. **Direito Capitalista do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2012.

SILVA, Daniel Nogueira; KAPPES, Sylvio Antonio. Economia Solidária, Informalidade e Direitos Trabalhistas. **Mercado de Trabalho: conjuntura e análise**. Brasília: IPEA, v. 61, n. 22, out. 2016.

SINGER, Paul. Dez Anos de Secretaria Nacional de Economia Solidária (SENAES). **Mercado de Trabalho: conjuntura e análise**. Brasília: IPEA, v. 56, n. 20, fev. 2014.

SOARES FILHO, José. **Sociedade Pós-Industrial e os Impactos da Globalização na Sociedade, no Trabalho, na Economia e no Estado**. Curitiba: Juruá, 2007.

VIEIRA, Flávia Braga. Articulações internacionais “desde baixo” em tempos de globalização. In: GOHN, Maria da Glória e BRINGEL, Breno M (orgs.). **Movimentos sociais na era global**. Petrópolis: Vozes, 2012.

A EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL INTERNACIONAL: UMA QUESTÃO DE SOBERANIA

Amanda Vidal Pedinotti da Silva

Universidade da Força Aérea

Rio de Janeiro - RJ

RESUMO: O Brasil em busca de inserção na Comunidade Internacional cada vez mais investe na ratificação dos tratados que envolvem Direitos Humanos e na atuação de missões de paz da Organização das Nações Unidas (ONU). O presente artigo fez uma análise bibliográfica e documental da aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional (TPI) em intervenções humanitárias, tendo como referencial teórico a teoria da interdependência de Keohane e Nye, analisando a evolução do Direito Internacional Humanitário (DIH), confrontando as normas internacionais a que o país se submete concluindo ser possível a responsabilização de líderes brasileiros pelo TPI quando à frente das respectivas operações e suas consequências para a nossa soberania.

PALAVRAS-CHAVE: TPI, Direito Internacional Humanitário, Soberania

THE EVOLUTION OF INTERNATIONAL

CRIMINAL LAW: A MATTER OF SOVEREIGNTY

ABSTRACT: Brazil in search of insertion in the international community is increasingly

investing in the ratification of treaties involving human rights and in the work of United Nations peacekeeping missions. This article has made a bibliographical and documentary analysis of the applicability of the International Criminal Court (ICC) to humanitarian interventions, with the theory of Keohane and Nye interdependence as a theoretical reference, analyzing the evolution of international humanitarian law (IHL), confronting international norms to which the country submits, concluding that it is possible for Brazilian leaders to be held accountable by the ICC when they are in charge of their operations and their consequences for our sovereignty.

KEYWORDS: ICC, International Humanitarian Law, Sovereignty

1 I INTRODUÇÃO

No ano que o Estatuto de Roma completa 20 anos de concepção, o mundo contemporâneo apresenta-se cada vez mais polarizado, levando-nos a crer que é cada vez mais urgente que a Comunidade Internacional atue na diminuição das distâncias entre as nações e na luta pela defesa dos Direitos Humanos.

Em 18 de agosto do presente ano o Excelentíssimo Comandante do Exército publicou uma matéria no jornal “O Estado de

São Paulo”, intitulado “Defesa pra quê “, em que define como uma das funções da defesa :

“A quarta função da Defesa é contribuir para a projeção internacional do Brasil. Atualmente, no bojo das relações internacionais, consagrou-se o que pode ser chamado de “diplomacia militar”. Trata-se de intenso intercâmbio entre Forças Armadas (...) O Brasil assume importante protagonismo ao exercer comandos operacionais, enquadrando tropas de países de diversas partes do mundo em operações conjuntas multinacionais(...) As operações, sob a égide de organismos internacionais, tem sido vetor importante na projeção do País.”

Desde 18 de março de 1858, quando aderiu a Declaração de Paris sobre guerra marítima, de 16 de abril de 1856, o Estado Brasileiro ratificou ou aderiu a todos os instrumentos de proteção aos Direitos Humanos, na sua maioria sem reservas, destacando-se às Convenções de Genebra e os dois Protocolos Adicionais de 1977. Infere-se com isso, que o Brasil demonstra maturidade para acatar as diretrizes impostas pelo Direito Internacional de Conflitos Armados (DICA).

Nesse contexto, o Brasil foi o sexagésimo nono Estado a ratificar o Estatuto de Roma (ER), depositando-o em 14 de junho de 2002, fixando o início de sua vigência em 1º de setembro do mesmo ano. O ER implementa como principal inovação a criação do Tribunal Penal Internacional (TPI), que é um tribunal penal de caráter permanente baseado no princípio da complementaridade em relação às jurisdições nacionais e na responsabilização das pessoas e, não mais dos Estados.

A adequação na ordem interna, para evitar conflitos de normas, limitou-se a internalização através da EC 45 e a elaboração do projeto de lei 301/2007 complementado pelo projeto de lei 4038 que tramita desde 2008 no Congresso Nacional.

O objetivo geral da presente pesquisa é analisar a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional (TPI) em intervenções humanitárias, tendo como referencial teórico a teoria da interdependência de Keohane e Nye, analisando a evolução do Direito Internacional Humanitário (DIH), confrontando as normas internacionais a que o país se submete.

Com base no objetivo geral definido e de acordo com Gil (2002), esta pesquisa é classificada como qualitativa, utilizando-se predominantemente o método dedutivo. Em relação ao procedimento de investigação científica, por ser uma pesquisa de natureza teórica, adotou-se os procedimentos de análise histórica por pesquisa bibliográfica e documental. Assim, esta pesquisa se desenvolveu tendo como subsídios documentos, análise de doutrina e conceitos, pesquisas de legislações em vigor (no Brasil e Tratados) e propostas de Projetos de Leis, bem como bibliografias relacionadas ao tema.

A partir de uma análise cartesiana comparando-se os tipos penais abordados no Estatuto de Roma e na legislação brasileira, tendo como pano de fundo a Teoria da Interdependência de Keohane e Nye , a pesquisa analisará a possibilidade da jurisdição do TPI no Brasil.

2 | A CRIAÇÃO DO TPI E SEU ALCANCE

2.1 Antecedentes históricos ao TPI

É sabido que o interesse em estabelecer limites aos embates entre as partes beligerantes é bem anterior à II Grande Guerra, o assunto é norteado pelo Direito Internacional Humanitário (DIH), Direito da Guerra ou Direito Internacional de Conflitos Armados (DICA).

Após o final da Segunda Guerra Mundial em que a Comunidade Internacional presenciou o quanto é devastador quando os beligerantes violam os direitos humanos nos conflitos notou-se a importância dada ao assunto. Em 1943, os Estados Unidos, Reino Unido e União Soviética denunciaram os massacres perpetrados pelos nazistas e sinalizaram que os grandes criminosos, seriam punidos por decisão conjunta dos aliados (SCHABAS, 2004). Sendo criado Tribunais *ad hoc* para julgamento dos crimes praticados.

Em outubro de 1945, 24 (vinte e quatro) réus foram levados julgamento. Um ano depois foram finalizados com a condenação de 19 (dezenove) dos acusados, e imposição de pena de morte em 12 (doze) casos (SCHABAS, 2004).

Quanto ao Tribunal de Tóquio, que iniciou em 3 de maio de 1946 com duração aproximada de 3 anos e meio e transcrição de mais de 45.000 laudas, segundo Cassese (2005), foi objeto de críticas tanto durante, quanto depois do evento pois, muitos afirmavam ser ele o veículo para que os Estados Unidos se vingassem do ataque traiçoeiro a Pearl Harbor, ou ainda, que era um meio de aliviar a culpa nacional pelo uso de bombas atômicas no Japão.

Incontroverso é que esses dois tribunais tenham sido importantes experiências, tendo em vista que refletiram uma mensagem universal que a Comunidade Internacional não mais toleraria a impunidade para crimes de tal natureza e contribuíram na confecção de Estatutos jurídicos para julgamento.

Conforme Mazuolli (2011), a partir do desenvolvimento dos Tribunais de Tóquio e Nuremberg, no início da década de 1990, foram criados os tribunais *ad hoc* para julgar os crimes praticados no território da antiga Iugoslávia desde 1991 e outro para julgar àqueles cometidos em Ruanda.

O Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia (“TPIY”) foi criado pelo Conselho de Segurança, com o objetivo de julgar os responsáveis por graves violações do Direito Internacional Humanitário, principalmente a prática de limpeza étnica, cometidas no território Iugoslavo entre janeiro de 1991 até alcançada a paz. (LIMA, 2006).

Conforme Jankov (2009), a decisão jurisdicional de Tadic, em 2005, na ex-Iugoslávia, foi marcada por uma visão prospectiva do direito aplicado aos crimes de guerra, fazendo referência ao Tribunal de Nuremberg, ao definir que os crimes contra a humanidade poderiam ser cometidos também em tempos de paz e estabelecendo

a punibilidade dos crimes de guerra durante conflitos armados internos.

Similar ao TPIY, tem-se a criação do Tribunal Penal Internacional para Ruanda (“TPIR”), em resposta ao genocídio ruandense, que tinha mais uma vez ideologia de ódio étnico. (KITTICHAISAREE, 2001).

Ainda foram criados ainda mais cinco tribunais, os quais são: O Tribunal Especial para os julgamentos do Khmer Rouge no Camboja, o Tribunal ad hoc sobre Direitos do Homem para os Crimes Praticados em Timor-Leste, Tribunais para Crimes cometidos no Kosovo na Bosnia-Herzegóvina e Tribunal Especial para o Líbano.

A criação do TPI concretizou uma aspiração antiga da Comunidade Internacional em instituir um Organismo Internacional eficaz, com a finalidade de dissuadir pessoas, governos, Estados e exércitos de violar os Direitos Humanos impunemente. Os tipos penais objetos de apuração do TPI são: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e agressão. O TPI representou o ápice da evolução da justiça penal internacional.

Koskeniemmi (2009) também questiona a efetividade de se buscar a responsabilidade individual diante de um contexto bem maior que são os tipos penais abrangidos no Estatuto de Roma. Questiona assim se a real intenção do TPI seria “construir” novas bases de convivência social, dissuadir novos crimes humanitários ou ainda, revelar uma “verdade” que ocorreu durante a tragédia, ou seja, muito mais do que somente “punir” individualmente.

Inquestionável, porém, é o fato de que ao aderir o Tratado, os países necessitam adequar seus ordenamentos jurídicos internos para que não estejam diretamente submetidos à jurisdição internacional, o que por si só já promove uma evolução da proteção aos Direitos Humanos.

Importante também para a pesquisa entender o contexto histórico que levou o Brasil a aderir o ER como se verá no próximo tópico.

2.2 Aplicabilidade do estatuto de roma no contexto brasileiro

As Forças Armadas Brasileiras possuem incumbência constitucional para atuar em Operações de Paz. Conforme a Lei Complementar n 97, de 09 de junho de 1999 que dispõe as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas:

Art. 11. Compete ao Estado-Maior de Defesa elaborar o planejamento do emprego combinado das Forças Armadas e assessorar o Ministro de Estado da Defesa na condução dos exercícios combinados e quanto à atuação de forças brasileiras em operações de paz, além de outras atribuições que lhe forem estabelecidas pelo Ministro de Estado da Defesa.

A partir de 2003, o Brasil projetou seu Poder Nacional, na esfera militar, assumindo algumas responsabilidades internacionais junto à ONU, tais como: o governo transitório no Timor Leste e a liderança da missão de paz da ONU no HAITI (MINUSTAH).

Visando alcançar um sonho antigo de ocupar uma cadeira permanente no Conselho de Segurança da ONU, o Brasil entendeu que era necessário, embora tenha por característica definida na PND, de não intervenção e uma posição dissuasória perante os demais Estados, ter participação ativa nas missões de paz da ONU.

A partir de 2004, com a liderança exercida pelo Exército Brasileiro (EB) na Missão de Estabilização das Nações Unidas no Haiti (MINUSTAH), a participação do Brasil em missões da ONU passou a ser protagonista internacional (BELLAMY, WILLIAMS, 2013).

O fato é que estando envolvido em missões coordenadas pela ONU, o Brasil deve estar alinhado com a ordem jurídica internacional ratificando a importância da pesquisa, que trata quanto à segurança jurídica dos líderes militares frente ao ordenamento jurídico brasileiro vigente.

Conforme será observado no tópico seguinte, o assunto está relacionado com as teorias das relações internacionais presentes na geopolítica atual, influenciando o modo como os Estados se relacionam.

2.3 A teoria da interdependência

Em 1977, Keohane e Nye abordam em “Power and Interdependence: World Politics in Transition” a vulnerabilidade dos Estados com relação a diversos meios de influência, introduzindo o conceito de “política mundial”. Atores sub estatais como empresas multinacionais e movimentos da sociedade civil criaram um mundo sem fronteiras e diminuíram a importância do Estado (KEOHANE; NYE, 2011).

Para eles, a Teoria rompe com a existência de uma estabilidade hegemônica o que não significa a presença de paz e cooperação. A partir desta teoria, por exemplo, pode-se considerar a globalização como redes mundiais de interdependência, o que não significa que, a Sociedade Internacional estar conectada significa que esteja mais isonômica. Entretanto, o fato de estar conectada possibilitando negociações no viés social, econômico, militar e tecnológico propicia um “campo fértil” para o desenvolvimento da cooperação.

Keohane e Nye definem que para se caracterizar a Teoria da Interdependência devem-se destacar três características: a existência de Múltiplos Canais (interestatais, transgovernamentais e relações transnacionais), a agenda das relações interestatais não estar organizada de forma hierárquica e a não utilização da força militar de um governo a outro.

A primeira é definida como:

Multiple channels connect societies, including: informal ties between governmental elites as well as formal foreign office arrangements; informal ties among nongovernmental elites (face-to-face and through telecommunications) and transnational organizations (such as multinational banks or corporations). These channels can be summarized as interstate, transgovernmental, and transnational relations. (Keohane e Nye 2001, 21).

A revolução tecnológica e o aumento do fluxo de informações devido à globalização, diminuíram as barreiras geográficas, fazendo com que os atores trocassem mais informações.

A segunda característica retrata a interdependência complexa, em que as relações interestatais se perfazem de assuntos não hierarquizados, misturando-se as demandas internas às externas, transformando totalmente as agendas globais e domésticas:

Yet as the complexity of actors and issues in world politics increases, the utility of force declines and the line between policy and foreign policy becomes blurred: as the conditions of complex interdependence are more closely approximated, the politics of agenda formation becomes more subtle and differentiated. (Keohane e Nye 2001, 28).

A terceira característica ou “military force is not used by governments toward other governments within the region, or on the issues, when complex interdependence prevails” (Keohane e Nye 2001, 21) é fruto da simbiose entre as primeiras, ratificando a tendência à transnacionalização, diminuição da utilização da força militar e maior cooperação entre eles.

Tal cooperação retratada em “After Hegemony” por Keohane está intimamente ligada com negociação. O autor defende que a interdependência leva a cooperação, que os atores internacionais vão adequando suas ações através da política de coordenação considerando não apenas os Estados individualmente, mas em um cenário internacional. Nesse sentido, em que os Estados, dentro de um contexto maior têm necessidade de interdependência explica-se a existência de Organizações Internacionais como a ONU e o próprio Tribunal Penal Internacional. O fato de um Estado aceitar ser parte de uma Organização como a ONU embora essa interdependência, em tese, poderia “afetar” a soberania do país de forma indireta (já que a ONU não pode intervir nas questões internas) é prova de que em um cenário mais amplo, no Sistema Internacional, envolvendo questões econômicas, sociais e humanitárias, é vantajoso para o Estado fazer parte.

Ao ser membro desse tipo de Instituição ou aderir tratados como o Estatuto de Roma, que é o objeto da pesquisa, o Estado ganha reconhecimento perante a Comunidade Internacional, o que pode ser considerado como “soft power” que segundo Nye (1990) é a capacidade de fazer os outros Estados almejarem o mesmo fim, por meio da cooptação e não da coação, possibilitando ambiente para negociação.

Com o fim da bipolaridade, após o término da Guerra Fria, o mundo se tornou bem menos hegemônico, trazendo cada vez mais ao cenário internacional, a necessidade de cooperação entre os Estados. Quanto mais restrita uma instituição, maiores os laços comunitários e busca por ganhos relativos. Quanto mais aberta, maiores os efeitos simbólicos para criar o mínimo de coordenação internacional (SUHR, 1997). A partir dessa análise, entende-se o porquê da não existência de uma polícia própria

do TPI e da tipificação “genérica” dos crimes tendo em vista que deseja alcançar o maior número de Estados e maior eficiência na garantia dos Direitos Humanos.

No cumprimento de sua missão, o Tribunal Penal Internacional aparece como mais uma instituição do idealismo kantiano, mas que muitas vezes não consegue deixar de ser instrumento da Política Internacional justamente por depender da cooperação da Comunidade Internacional para sua efetividade. Se por um lado recebe críticas por gerar pouco processos, demorados e alcance em poucos Estados, por outro, é considerado “soft power”, atraindo e influenciando Estados a aderirem seus termos e “adequarem” seus Ordenamentos Internos na defesa dos Direitos Humanos.

2.4 Responsabilização internacional dos militares em operações da ONU

Independente do tipo de operação de paz: prevenção do conflito, promoção da paz, manutenção da paz, imposição da paz ou construção da paz, a ONU procura promover a imunidade de âmbitos civil e penal para os membros das missões.

Utilizando o exemplo do SOFA-UNMISS é possível observar que o Comandante da Força e funcionários de altos escalões gozam de imunidade diplomática. Todo pessoal, incluindo o staff local, goza de imunidades e liberdade de movimento em funções oficiais. Policiais, observadores e oficiais de ligação gozam do status de experts em missão e têm imunidade de prisão, detenção e processo legal. Os militares gozam de imunidade de processo penal no Estado hospedeiro.

No caso do Brasil, somos membros do Tribunal, logo os crimes cometidos na área de uma operação de paz, nos casos de crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão (art. 5) podem ser levados ao TPI, desde que este interprete que o Brasil “não tenha vontade de levar a cabo o inquérito ou o procedimento ou, não tenha capacidade para o fazer.” (art. 17).

No contexto das Operações de Paz da ONU, as pessoas envolvidas normalmente são dos Estados-membros. Ou seja, se não gozassem de imunidades, não participariam. Por exemplo, os EUA pressionaram a ONU até que garantissem que seus nacionais não pudessem ser alcançados pela jurisdição do TPI (através de resoluções do CSNU), pois do contrário, recusariam participar das missões. Tal fato demonstra que a possibilidade do julgamento de nacionais pelo TPI por ato praticado em missões de paz é real e deve ser considerada.

2.5 Lacunas no ordenamento jurídico brasileiro

Ao revisitar o Estatuto, tem-se tipificados os seguintes crimes:

a)Crime de Genocídio: A Convenção de Genebra de 1948 é um dos acordos internacionais que coletou o maior número de adesões por parte dos Estados. Os princípios ali previstos são reconhecidos pelas Cortes Internacionais de Justiça como parte do Direito Internacional geral, em 1951, no parecer sobre Reservas à

Convenção pela prevenção e punição do crime de genocídio. (MORI, 2001, p. 158-159).

O ER define no artigo sexto, como qualquer ato praticado “com intenção de destruir total ou parcialmente grupo nacional, étnico, racial ou religioso”, compreendendo: matar membros do grupo; causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capaz de ocasionar-lhes a destruição física, total ou parcial; adotar medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo; e efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.

b) Crimes contra humanidade, são definidos no artigo sétimo do Estatuto como “qualquer ato praticado como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil e com conhecimento de tal ataque”, incluem: homicídio; extermínio; escravidão; deportação ou transferência forçada de populações; encarceramento ou privação grave da liberdade física em violação a normas fundamentais de direito internacional; tortura; estupro; escravidão sexual, prostituição compulsória, gravidez imposta, esterilização forçada ou outros abusos sexuais graves; perseguição de um grupo ou coletividade com identidade própria, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais ou religiosos; desaparecimento de pessoas; apartheid; e outras práticas que causem grande sofrimento ou atentem contra a integridade física ou saúde mental das pessoas.

c) Crimes de guerra são os praticados em conflitos armados de caráter internacional ou não, violando as Convenções de Genebra de 1949 e demais leis e costumes aplicáveis aos conflitos armados, especialmente: homicídio doloso; tortura e outros tratamentos desumanos; ataque a civis e destruição injustificada de seus bens tomada de reféns, guerra sem quartel; saques; morte ou ferimento de adversários que se renderam, utilização de veneno e de armas envenenadas; manejo de gases asfixiantes ou armas tóxicas; uso de armas, projéteis, materiais ou métodos que causem danos supérfluos ou sofrimentos desnecessários; emprego de escudos humanos; morte de civis por inanição; organização de tribunais de exceção; e recrutamento de crianças menores de 15 anos.

Segundo Bobbio (2004), os crimes de guerra no ER seguem quatro limites:

1.respeito às pessoas (distinção entre beligerante e não beligerante); 2.respeito às coisas (identificação dos objetivos militares); 3.respeito aos meios (proibição de usar armas particularmente insidiosas e mortíferas); 4.respeito aos lugares (delimitação das zonas de guerra).

d) Crime de agressão, ainda hoje, não foi definido. Deverá, no entanto, amoldar-se à Carta das Nações Unidas, que prevê algumas hipóteses de guerra justa, a exemplo da intervenção para prevenir ou reprimir ameaças à paz.

Da revisão do ER em Kampala, temos:

Uma ou mais pessoas cometem um crime de agressão quando, estando em condições de controlar ou dirigir efetivamente a ação política ou militar de um

Estado, planejam, preparam, iniciam ou praticam ato de agressão que, por suas características, gravidade e dimensão, venha a constituir violação manifesta da Carta das Nações Unidas.

E, um olhar nos tipos penais previstos na legislação penal brasileira percebe-se que:

a) Crime de genocídio e de tortura na legislação brasileira, encontram definição nos artigos 401 e 402 do Código Penal Militar, bem como, na Lei nº 9455/97 e no art. 1 da Lei nº 2889 de primeiro de outubro de 1956:

Art. 1. Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:

- a) matar membros do grupo;
- b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;
- d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;
- e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo;

b) Crimes contra a Humanidade e de Agressão não são definidos pelo ordenamento jurídico nacional.

c) Crimes de Guerra são enquadrados em uma análise do Código Penal Militar (COM), instituído pelo Dec-Lei 1001, de 21 de outubro de 1969.

A pesquisa também levantou aspectos presentes no anteprojeto de lei submetido à aprovação do Legislativo que aponta a tendência de adaptar o ordenamento jurídico interno às normas internacionais, de certa forma globalizando e correspondendo aos anseios da Sociedade Internacional, mas que afeta diretamente os militares. O Projeto de Lei de Implementação Brasileiro dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, instituindo normas processuais específicas, dispendendo sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional, totalizando 131 artigos.

A jurisdição do TPI somente atuará diante da “inéria” do Estado e, portanto, a incorporação dos tipos penais na legislação brasileira é primordial para que o Estado brasileiro exerça a jurisdição primária no julgamento de crimes previstos no ER cometidos por cidadão brasileiro e/ou no território nacional, o que poderá envolver lideranças das FFAA que pela natureza militar nas ações em conflitos armados estão mais propícios a cometer os tipos penais .

Conforme entrevista do diplomata Francisco Novello a Elio Cardoso em 26 de novembro de 2010, o Brasil já recebeu pedidos de cooperação do TPI. Foram, em sua maioria, solicitações de informações a respeito da situação na República

Centro –Africana que a despeito da inexistência de regulamentação, foram recebidas pelo Ministério das Relações Exteriores e encaminhadas ao Ministério da Justiça. Entretanto, a falta de procedimentos legais pode ocasionar constrangimento ao Brasil dependendo do pedido de cooperação que for feito. O artigo 86 dispõe que o Estado Parte tem a obrigação de cooperar plenamente com o Tribunal no inquérito e nos procedimentos contra crimes de competência do Tribunal, desdobrando-se essa obrigação geral em várias obrigações específicas que se desenvolvem nos artigos subsequentes e nas Regras de Procedimento e Prova do Tribunal (UBÉDA, 2000, p. 953)

Pelas disposições previstas no Estatuto de Roma, os líderes militares brasileiros, na prática, estariam sob a jurisdição do TPI se o Conselho de Segurança, agindo nos termos do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, denunciar ao Procurador qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários desses crimes o que é evidenciado na participação do Brasil nas missões de Paz da ONU.

Sendo assim, é possível atingir o objetivo geral que ao analisar o reordenamento jurídico brasileiro frente às demandas do TPI, chega-se a conclusão que embora o Brasil tenha assinado e ratificado o Estatuto de Roma, o projeto de Lei de Implementação ainda aguarda tramitação no Congresso Nacional. E, tal espera pode afetar diretamente os militares tendo em vista que um dos princípios norteadores do TPI é o princípio da complementaridade e, sem a internalização dos tipos penais abrangidos pelo Estatuto no ordenamento jurídico brasileiro, levaria à submissão do TPI.

3 I CONSIDERAÇÕES FINAIS

A criação do Tribunal Penal Internacional reflete a concretização de uma aspiração da Comunidade Internacional em combater e dissuadir a violação dos Direitos Humanos, principalmente àqueles que ocorrem em larga escala.

O fato é que o país deseja a inserção na Comunidade Internacional e que ao tomar medidas de incorporar cada vez mais o DIH no seu ordenamento jurídico elimina possíveis lacunas que possam comprometer a atuação do Poder Militar enquanto expressão do Poder Nacional.

Conforme dados apontados na pesquisa as FFAA, no contexto atual poderiam ser alcançadas quando atuando em uma Operação de Paz da ONU, tendo em vista que embora tenha ratificado o Estatuto de Roma a internalização não se deu por completo, ainda tramitando o Projeto de Lei no Congresso Nacional.

À luz da Teoria da Interdependência de Kehoane e Nye, a pesquisa relacionou que o desenvolvimento de uma agenda internacional em consonância com a Sociedade Internacional promove “soft power” em relação aos demais Estados,

projetando o Poder Nacional e promovendo o Brasil nas demais esferas do Poder. Ou seja, o aprimoramento do Ordenamento jurídico interno é uma forma de Política Externa e ajuda na cooperação entre os Estados.

É imperioso que os atores das expressões de Poder Nacional e a sociedade em si conheçam as lacunas existentes no ordenamento jurídico e pressionem o Poder Legislativo a dar continuidade no processo de internalização da Ordem jurídica internacional iniciada pelo Poder Executivo, fechando o ciclo de inserção na Comunidade Internacional e garantindo segurança aos nacionais para agirem na defesa da pátria e, priorizar, nesse caso a defesa dos Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

BELLAMY, A.J;Williams, P.D (Ed). **Providing Peacekeepers: The Politics, Challenges, and Future of Nations Peacekeeping Contributions.** Oxford. Oxford University Press, 2013.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, Campus, 2004, p. 48.

_____. **Estado, Governo, Sociedade: para formação de uma teoria geral da política.** 4^a ed. São Paulo, Paz e Terra, 1994.

_____. **O problema da guerra e as vias da paz.** Op.cit.p.84

BRASIL, (2002).Brasília, Presidência da República. Decreto n 4388 de 25 de setembro de 2002. **Promulga o Estatuto de Roma.** Artigo 1. Disponível em <<http://www.icc-cpi.int>>.Acesso em 21Jul2017

BRASIL. **Projeto de lei nº 4.038 de 2008. Dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional, e dá outras providências.** Brasília, 2008. Disponível em: . Acesso em: 05 jan. 2009.

CASSESE, Antonio. “**De Nuremberg a Roma: dos Tribunais Militares Internacionais ao Tribunal Penal Internacional**”. In: AMBOS, Kai;

KEOHANE, Robert O. **After Hegemony: Cooperation and Discord in the World Political Economy.** 1st Princeton Classic Edition. Princeton: Princeton University Press, 2005 [1984].312 p. 43

KEOHANE, Robert O.; NYE, Joseph S. **Power and interdependence.** Boston: Scott, Foresman and Company, 2001.

_____. **Power and Interdependence.** 4^a edição. Nova Iorque:Pearson, 2011..

_____. **Power and Governance in a Partially Globalized World.** Londres e Nova Iorque: Routledge, 2002. 298 p.

_____. **Twenty Years of Institutional Liberalism. International Relations,** Princeton, v. 26, n. 2, 2012. Disponível em <<http://ire.sagepub.com/content/26/2/125>>. Acesso em 17 nov. 2012.

KITTICHAISAREE, K. **International criminal law.** New York: Oxford University Press,

MORI, Paola. **L'Istituzionalizzazione della Giurisdizione Penale Internazionale**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2001.

NYE, J. S. **Soft power. Foreign Policy**, v. 80, p. 153-157, 1990.

ONU. **The Status of Forces Agreement between the United Nations and the Government of South Sudan concerning the United Nations Mission in South Sudan (“SOFA”)**. Juba, 8 ago. 2011. Disponível em: <<http://unmis.unmissions.org/Portals/UNMIS/Documents/General/sofa.pdf>>. Acesso em 21/07/2013.

Revisão do Estatuto de Roma. Disponível em : <<http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/artigos-relevantes/o-consenso-de-kampala-folha-de-s.-paulo-13-8-2010>> Acesso em 13 jul 2017

SCHABAS, William A. **An Introduction to the International Criminal Court**. 2. ed. Cambridge: University Press, 2004.

SCHABAS, William. A canadian implementing legislation for the Rome Statute. *Yearbook of International Humanitarian Law*, Cambridge, v. 3, p. 337, 2000.

SUHR, Michael. Robert O. Keohane: **a contemporary classic**. In: NEUMANN, Iver B. e WÆVER, Ole (ed.). **The Future of International Relations: Masters in the Making?**. Nova Iorque: Routledge, 1997. p.400..

UBÉDA, M. **L'obligation de coopérer avec les juridictions internationales**. In: ASCENSIO, H.; DECAUX, E; PELLET A. (Orgs.). *Droit International Penal*. Paris : A. Pedone, 2000. p.951-967.

A TRANSMUTAÇÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO E SUAS FORMAS PUNITIVAS: UMA ANÁLISE DA CPPA DE ARAGUAÍNA-TO

Helena Mendes da Silva Lima

Mestre em Sociologia pela PUCSP, Professora na Faculdade Católica D. Orione. helenamendes@catolicaorione.edu.br, mendeshelena13@gmail.com

Lyndja Oliveira Santos Silva

Acadêmica de Direito da Faculdade Católica Dom Orione. Lyndjaoliveira13@gmail.com.

uma sociedade igualitária onde os Direitos que são garantidos a todos, sejam cumpridos.

PALAVRAS-CHAVE: Punição. Modificação. Realidade. Delinquentes.

THE TRANSPORTATION OF THE
CARCERARY SYSTEM AND ITS PUNITIVE
FORMS: AN ANALYSIS OF THE CPPA OF
ARAGUAÍNA-TO

ABSTRACT: This article has as an object of investigation the development of punishments in a historical way, addressing in a particular way the modes of punishment that have been modified according to society and its demands, with a view to seeking more humane ways of treating people who commit crimes, has as an objective to show the diverse thoughts about the delinquents, the punishments, the reality that was lived by our ancestors and the improvements made until the current reality. In order to understand the data, the dialectical method was used to analyze the subjects in their realities of field and historicity, so the techniques of interview and observation were used. The investigation of the problem of punishments with their characterizations of social space of isolation has made clear the conclusion that there are flaws which need to be verified in detail, so that an egalitarian society can be

RESUMO: Este artigo tomou como objeto de investigação, o desenvolvimento das punições de uma forma histórica, abordando forma particular os modos de punição que veio se modificando de acordo com a sociedade e suas exigências, haja vista almejar formas mais humanas de tratar as pessoas que cometem delitos, tem ainda como objetivo mostrar os diversos pensamentos sobre os delinquentes, as punições, a realidade que foi vivida pelos nossos antepassados e as melhorias feitas até a realidade atual. Para que se apreendessem os dados utilizou-se o método dialético procurando analisar os sujeitos nas suas realidades de campo e historicidade, assim foram utilizadas as técnicas da entrevista e observação. A investigação do problema das punições com suas caracterizações de espaço social de isolamento deixou visível a conclusão de que há falhas as quais precisam ser detalhadamente verificadas, para que se possa proporcionar

provided where the Rights that are guaranteed to all are fulfilled.

KEYWORDS: Punishment. Changing. Reality. Offenders.

1 | INTRODUÇÃO

Este artigo buscou fazer uma breve análise sobre a história do sistema carcerário e as formas de punição, abordando sobre o tema desde os séculos passados e quais mudanças ocorreram, e o que move estas mudanças. Buscou ainda apresentar algumas escolas clássicas, e seus principais representantes e a tese que estes defendiam, onde irá se encontrar movimentos humanitários, o corpo social, aspectos sociológicos, uma diferenciação entre Criminologia e Direito Penal, entre outros.

Pode-se notar que durante toda a história houve pessoas lutando pela melhoria do sistema carcerário como um todo, almejando um sistema mais humanitário onde este pudesse fazer uma real diferença na sociedade, buscando punições e julgamentos adequados para um ser humano.

Em outro momento, com uma abordagem metodologia dialética onde se entende os sujeitos da pesquisa nas suas complexidades históricas, buscou-se na pesquisa de campo o desenvolvimento de técnicas como a observação e entrevistas aos carcerários e teve como objetivo analisar o atual sistema carcerário e a realidade do sistema o que se espera e o que de fato é na realidade, foram entrevistados reeducando criando-lhes o espaço de falar sobre como e o porquê de estarem ali e o que pretendia fazer ao saírem.

A partir da pesquisa pode-se observar realidades diferenciadas de como vivem e de pontos de vista diferente percebeu-se as falhas no sistema e que requer um olhar cuidadoso mediante as exigências impostas pela legislação. Assim um olhar apurado para o sistema carcerário quanto a saúde, alimentação, higiene nos moldes do que a Lei determina é um dos pontos que foi analisado neste artigo.

2 | ASPECTOS HISTÓRICOS

O sistema de punição se iniciou a várias décadas quando o homem ainda, vivia em estado selvagem, Laplantine em sua obra Aprendendo Antropologia página (40-41) descreve esse homem selvagem *como um ser sem moral, sem religião, sem lei, sem escrita, sem estado, sem objetivo, sem arte, sem passado, sem futuro*, onde este homem selvagem seria um ser cujo qual estaria bem longe do ser humano civilizado e não teria o discernimento o qual tem nos dias atuais.

Com o crescimento da povoação se início os agrupamentos com culturas diferentes desse modo começou a surgir às disputas entre os mesmos acarretando um contínuo estado de confrontos, e com isso em seguida se iniciaram os temores, diante disso devido o interesse de adquirir e proteger seu espaço e seus bens surge então à necessidade do homem em se organizar para viver em sociedade, como

destaca Beccaria (2003, p. 18):

Constituídas algumas sociedades, logo se formaram outras, pela necessidade surgida de se resistir às primeiras, e assim viveram esses bandos, como haviam feito os indivíduos, em permanente estado de beligerância entre si. As leis foram às condições que agrupam os homens, no início independentes e isolados, à superfície da terra.

Assim por meio da necessidade nascem as leis para uma boa convivência, onde cada um abria mão de um pouco de sua liberdade em benefício de um bem maior, caso as leis forem infringidas haveria punição a qual estivesse estabelecida em lei, desse modo era necessário uma pessoa para aplicar a lei de modo a se fazer cumprir apenas o que ela estabelecia essa pessoa seria o magistrado, outra para elaborar as leis onde seriam elaboradas em benefício de toda a sociedade sendo então a pessoa do legislador.

Com o passar dos anos as forma de punição foram sendo modificadas e se tornam desumanas, se iniciou uma necessidade de espetáculos cujo o qual seria uma forma de demonstração de poder por meio de torturas, onde todos poderiam presenciar as punições que eram estabelecidas aos detentos, desse modo, havia a intenção de expor o sofrimento de quem descumpria o que a lei determinava, para que servisse de exemplo para outros cidadãos não repetir os mesmos erros, a forma de punição mais severa era o suplício, havia pena onde o condenado era trancadas e brutalmente torturadas em público durante dias, normalmente o meliante era obrigado a percorrer a cidade até o local onde cometeu o delito assim então se dava início a punição a qual lhe foi concedida, eram diversas a forma de tortura que eram determinada a partir do nível do delito que o meliante tivesse cometido e perturbado o convívio em sociedade , havia situações onde sua língua era furada e depois decepada, outras em que sua mão era furada e depois seu braço lhe era arrancado fora , depois seu corpo era esquartejado e jogado na fogueira para queimar, havia situações onde a pessoa era lançada ainda viva na fogueira, como descreve Foucault (1987, p. 9):

Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757, a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na praça de Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento.

Havia ainda situações em que pessoas eram acusadas secretamente de algum delito e nessas circunstâncias normalmente não havia provas e se houvesse não era suficiente para uma condenação, mas diante apenas de uma mera acusação o cidadão o qual foi delatado era levado a um tipo de interrogatório desumano,

onde ele era torturado até confessar o crime que supostamente havia cometido, diante da situação até mesmo um inocente que não tivera resistência para suportar as atrocidades que lhe era desferida, será esta uma verdadeira forma de justiça, onde mesmo não havendo certeza da veracidade dos fatos um cidadão poderia ser condenado devido sua confissão por meio de dor e tortura e por meio de provas insuficientes.

Diante de tanta injustiça e sofrimento em meados do século XVII protesto contra o suplício já se encontrava por toda parte onde era defendida uma forma diferente de punição, a final quantos outros delitos não eram cometidos com esse modo de punir?!, Assim a busca por uma punição menos desumana era almejada, onde as pessoas fossem punidas de forma justa, onde a punição não fosse um meio de demonstração de poder, nem uma relação de soberano e súdito, mas que o principal objetivo da criação das leis fosse revisado, onde a pena teria o intuito de reeducar o infrator onde a medida de punição não teria apenas lados negativos, onde houvesse menos sangue derramado, a pretensão não era que não houvesse mais punição porque assim a sociedade entraria em um caos maior, e sim que tivesse menos derramamento de sangue.

3 I O ENCARCERAMENTO OU A PRIVAÇÃO DA LIBERDADE

No século XVII quando a prisão assumiu um novo caráter de punir a definição de pena foram adaptadas onde os objetivos haviam sido modificados, as penas passou a ser, mas humana, o sistema de punição então foi reformado onde o caráter de humilhação, sofrimento e espetáculo haviam sido eliminados, o sistema de privação de liberdade com o encarceramento, onde os infratores seriam vigiados, o fato de sua liberdade e consequentemente sua família, seus amigos todo o seu meio social, durante esse tempo que passar na prisão ele irá refletir os seus delitos e diante de tudo que lhe foi tirado fará com que o infrator não deseje cometer o mesmo ou outros delitos para ali retornar.

Este é o sistema de punição adotado hoje no Brasil, o sistema carcerário onde a prisão o encarceramento é o meio adequado de punição onde a lei regulamenta e protege seus direitos fundamentais como saúde, lazer, educação, assistência religiosa entre outros, o qual tem o objetivo de ressocializar o indivíduo e que ele não volte a praticar os mesmos delitos, mas apesar da racionalidade desse sistema a lei na prática perde a sua força.

A partir desse ciclo de delitos e punição se iniciaram estudos, abordando Estado, delito, delinquente e a economia assim sendo a sociedade como um todo, surge então à Escola Clássica no século XVIII, que baseada no iluminismo tinha e se voltava mais para o indivíduo o objetivo limitar o poder punitivo do estado quanto à liberdade individual, onde a pena teria que ser conhecida, proporcional ao delito cometido e justa, haja vista as atrocidades praticadas contra os cidadãos no antigo

regime absolutista.

4 | AS MATRIZES DA ESCOLA CLÁSSICA

A escola clássica surgiu no início do século XVIII na Itália onde seus partidários concentraram seus estudos na atuação mínima do Estado, onde um dos limites estabelecidos para a atuação do governo seria relacionado ao sistema econômico onde o indivíduo teria a liberdade de fazer suas próprias escolhas, podendo dirigir seus negócios com o mínimo de interferência do estado, havendo assim produção, troca e distribuição de forma livre, assim se teria mais empreendedores e melhoria na economia.

Um dos principais nomes dessa Escola clássica foi Beccaria, o qual fez manifestasse o movimento humanitário referente ao Estado e seu direito de punir, os manifestantes defendiam uma pena de caráter, mais humanitário e que houvesse uma proporção de pena justa, independente da classe social do delinquente tendo em vista que na maioria das vezes quanto mais pobre fosse o infrator, mais desumana era sua punição se rico sua punição seria mais humana, as penas seriam então proporcional ao delito e ditadas pela lei assim não haveria injustiça de um todo contra um.

Teria ainda um caráter eficaz onde com menos sofrimento físico traria melhores resultados, onde serviria de exemplo para a sociedade, Beccaria defende ainda a tipificação dos delitos, onde a sociedade deveria ter acesso a um tipo penal, certo, determinado, claro e de fácil compreensão e quanto, mais conhecida fosse a lei e suas punições menos delitos haveria, ele defendia ainda que o réu tivesse que ser julgado por um júri imparcial onde não haveria julgamentos e acusações secretos, onde o juiz iria apenas aplicar o que a lei determinara.

4.1 Escola positivista

No segundo momento surge na França no século XIX uma Escola Positivista, a qual se volta mais para o corpo social onde a criminologia deveria explicar as causas dos delitos por meio de métodos científicos proporcionando meio de combater o crime, havendo então uma espécie de defesa do corpo social, um dos maiores influenciadores dessa Escola foi, Cesare Lombroso juntamente com Ferri e Garofalo.

Para Lombroso o crime seria um fato real que vem percorrendo todas as épocas, e que este deve ser estudado a partir da sua causa e esta deve ser combatida, e o objeto de estudo deveria ser o próprio delinquente haja vista este seja a causa do problema social, ele acreditava que entre a evolução do homem primitivo para os homens do tempo atual houve um lapso que deveria ser compreendido.

Cesare Lombroso estudava o crime, sua causa e o criminoso ele defendia a ideia do criminoso nato expressão criada por Ferri, onde as pessoas desde o

nascimento estão determinadas para a prática dos crimes, ele cria as primeiras ideias do estudo do crime de uma forma antropológica, estudando o corpo dos criminosos como, angulação dos ossos, presença de tatuagens, formato da mandíbula, orelhas entre outros ele acreditava que tudo isso influencia para que a pessoa venha a se tornasse um criminoso.

Lombroso então considerava a aparência como ponto de conexão com o interno e externo o físico e o psíquico, por meio de método de experimento, examinavam o crânio e a fisionomia dos criminosos, ele encontrou uma série de anomalias, de acordo com aquela determinada característica de anomalias no crânio.

Desse modo todos que tivessem a mesma anomalia se tornaria um delinquente praticando o mesmo crime assim não havia livre arbítrio pois se você nascer com aquela determinada anomalia, você não teria escolha em que caminho percorrer se seria ou não um delinquente, portanto você estaria traçado a ser um criminoso, havia ainda o louco moral, seria aquele que apesar de inteligente sofre uma profunda falta de moral é um ser extremamente egoísta sendo assim capaz de praticar qualquer delito.

4.2 Escola sociológica

Posteriormente houve a chamada fase sociológica de Enrico Ferri onde ele não iria afastar as ideias de Lombroso, mas ele cria a lei da saturação social onde o criminoso nascia nato, sua condição social iria definir se ele se tornaria ou não um delinquente, devido às influências do meio que o sujeito vivia, já que em um determinado meio social havia mais crime que em outros.

Ele cria ainda a ideia de medida de segurança, assim ele se preocupava mais com meio social do que com o indivíduo, assim a pena deveria atingir sua função retributiva, devendo também se preocupar com a ressocialização do delinquente para que este não cometesse o mesmo delito ou outro.

Houve ainda a fase jurídica de Rafael Garofalo, onde este da fama mundial ao termo criminologia com sua obra Criminologia de 1884, para ele quem praticava o crime não tinha sentimentos o que acarretava na prática do delito, Garofalo era um forte defensor da pena de morte, pois ele não acreditava na ressocialização o e no arrependimento do delinquente, ele defendia ainda a ideia de Darwin de seleção natural à hereditariedade.

A uma diferença entre Criminologia e Direito Penal onde este aborda o crime como toda conduta prevista, definido na lei penal onde é imposto uma sanção, já a criminologia como uma ciência empírica e interdisciplinar tendo como objeto de estudo o crime o criminoso a vítima e o controle social sendo uma soma de várias disciplinas como Psicologia, Medicina Legal, Direito, Sociologia, ela analisa o crime como sendo um conjunto de ideias.

Apesar da criminologia se relacionar com outras ciências ela é autônoma tendo objetos, métodos e finalidades próprias, visando uma segurança pública e

paz social, a criminologia procura evitar causas e fatores criminógenos, isto é fazer com que crianças adolescentes ou qualquer outra pessoa que esteja em um meio influenciável ao crime possa ser retirada deste meio. Farias Júnior (2012, p. 14) em sua doutrina Manual da Criminologia aborda sua opinião quanto a isto:

O caráter é que empresta à vontade a disposição para os atos. A vontade não age por si só, mas de acordo com o caráter. Se o caráter é bom, é moralmente bem formado, a vontade não vai agir para a consecução de fins maus; se o caráter é mau, é moralmente mal formado, à vontade só pode agir para a consecução de fins maus.

Assim, se o caráter de uma pessoa for bom e viver em um ambiente propicia ao crime ela pode vir a fazer o mal se o caráter for bom ou mal e for levada a um meio menos propício ao crime onde lhe será transmitido outros ensinamentos e terá a oportunidade de escolher um caminho oposto certamente esta não irá escolher o mal.

5 | O CAMPO: A CASA DE PRISÃO PROVISÓRIA DE ARAGUAÍNA

Em uma visita no dia 22 do mês de agosto de 2016 à Casa de Prisão Provisória de Araguaína (CPPA), situada no município de Araguaína, estado do Tocantins, onde o objetivo desta visita foi analisar a estrutura interna da CPPA bem como o motivo que levaram as pessoas ali detidas a cometer o delito pelo qual respondem.

Por meio de entrevista foi indagado ao detento o motivo de estar ali e quais os crimes havia cometido, e seus dados pessoais, C. D.S Idade: 29 anos, Naturalidade: Picos – PI, Escolaridade: 1º grau incompleto, Profissão: Caminhoneiro, Tempo de interno: quatro anos, Condenado à: 17 anos, Crimes: Crime de roubo que regula o artigo 157 Código Penal Brasileiro e crime de estupro artigo 213 do Código Penal Brasileiro.

Ao perguntar quais os motivos que o levaram a cometer estes delitos o Sr C.D.S respondeu que veio de uma família pobre e logo largou os estudos assim se iniciou novas amizades a qual ele se refere como amizades erradas, as quais lhe influenciaram a fazer coisas erradas, e para se aceito e segundo ele não ter outra escolha este fazia o que lhe era dito.

C.D.S relata ainda que mesmo após o cumprimento da pena que lhe foi estabelecida, a sociedade irá continua a lhe julgar por este erro vai ficar registrado em sua ficha e assim as oportunidades lhes serão arrancadas fazendo com que este possa vir a não tenha outra escolha a não ser voltar para o crime, haja vista a sociedade não lhe dar outra oportunidade para mudar.

Quando lhe foi perguntado se devido essa realidade ele pretendia voltar para o crime ele disse que não, que tinha esperança de poder cumprir a pena dele e ao sair dali conseguir um emprego honesto e trabalhar para não ter que voltar a ser um detento.

Outro entrevistado F.O.S de 21 anos de idade condenado pelo crime de Crime de roubo que regula o artigo 157 Código Penal Brasileiro, ao ser indagado o porquê de estar ali disse que, veio de uma família pobre e o fato de ter amigos que tinham bens matérias e ele não ter, despertou o desejo de adquirir de uma forma mais fácil porém isto se tornou um hábito fazendo que com ele fosse parar ali.

Outra indagação que lhe foi feita foi se ele pretendia continuar na vida do crime este respondeu que sim, caso não tivesse outra escolha já que a sociedade teria um sistema injusto onde o pobre não tem oportunidade de ter uma vida boa com educação de qualidade, não tem condições de ter um transporte próprio ou roupas e sapatos de qualidade se não de forma errada e desonesta.

Os dois casos apresentados neste artigo mostram que os indivíduos assumiram comportamentos diferentes ao do outro no momento posterior, ou seja, numa possível retorno à sociedade, ao que nos parece estes comportamento nos remete ao conceito da sociedade espetacularização, este tipo de espetáculo já foi abordado anteriormente, onde nos séculos passados as punições desumanas acabaram por se tornar um espetáculo para quem assistia.

Hoje nesta nova civilização do espetáculo os seus feitos serão sempre lembrados haja vista estarmos em uma sociedade mais moderna. Ocorre que este espetáculo se faz presente por diversos meios, onde todos podem ter acesso, diante dos vários meios de comunicação social, onde estes estão sendo usados para espalhar imagens, vídeos, áudios, entre outros acontecimentos que acabam por se perpetuar.

Estas divulgações dos delitos compromete a volta dos carcerários que almeja ter uma vida melhor após o cumprimento de suas penas, estes ficam com receio que ao retornar a sociedade o fato de todos terem tido acesso ao ato ilícito que este tenha visto a cometer, não ter assim outra oportunidade e novamente não ter outra escolha a não ser voltar para vida do crime.

Assim, ainda que com as novas tecnologias acaba por influenciar no futuro tanto do delinquente quanto da vítima, os quais irão tentar ter um futuro após o acontecimento, porém, os mesmos serão julgados por todos que tiveram acesso ao conteúdo da forma que lhes foi repassado, fazendo com que estas pessoas não se renovem influenciando assim em seu futuro e em suas escolhas prejudicando não somente a esse indivíduos, mas a sociedade na sua coletividade.

Diante dessas informações dos entrevistados podemos notar ainda que por trás dessa situação atual, houve uma motivação para que os entrevistados tenham optado entrar para vida do crime, por eles fora dito que não conseguem ter uma vida adequada trabalhando honestamente. Indaga-se: qual seria essa vida adequada?!

Seriam os valores do mercado que vem aumentando com passar dos tempos, e transformando os valores sociais onde há uma necessidade de ostentação com roupas e sapatos do ano, carros luxuosos, celulares importados. A sociedade da espetacularização.

A falta desses bens materiais tem causado um aumento na criminalidade, onde

quem não tem, acredita ser justo pegar de quem tem pós, não conseguiu obter de outra forma esses bens materiais. Young (2002, p. 86) em sua obra A sociedade excludente, descreve esta realidade da seguinte forma:

Os padrões materiais relativos dos indivíduos comparados uns com os outros, um sentido de desigualdade, de recompensa injusta em relação ao mérito. Assim, na medida em que os grupos começam progressivamente a reivindicar maior igualdade de recompensa e cidadania mais plena, sua privação relativa aumenta e, não havendo nenhuma solução coletiva a vista, ocorrerá criminalidade.

Assim, sinaliza-se a relevância de buscar uma forma de maior igualdade social onde todos possam ter um padrão de vida semelhante, para que não haja esse sentimento de injustiça, assim não haverá a necessidade de retirar de outros o que lhes foi atribuído, procurando assim todos adquirir seus bens materiais de forma justa e igualitária.

Identificou-se também a realidade do sistema incluindo o desenho do que se almeja e o que se tem. Em depoimento o diretor da CPPA, passou informações técnicas e quantitativas como: a quantidade de celas, o tamanho, a capacidade de presos por cela, a capacidade total de presos, como eles são separados etc.

Ficou claro que a CPPA tem capacidade para suportar 85 presos e é munida de 12 celas ao total, medindo cada uma em média 4x6 m². Os detentos são separados por idade, sexo, tipos de crime, entre outros. Mas como o atual diretor da CPPA mesmo afirmou esse desenho simplifica a teoria, pois na prática a CPPA abriga atualmente cerca de 170 presos, ou seja, o dobro de sua capacidade. As celas são superlotadas, em média cada uma abriga 14 presos, enquanto deveria cada detento ter 3x2 m². Dos 170 presos atuais na CPPA, cerca de 26 são sentenciados, mas estão lá pois não tem convívio no presídio Barra da Grotá, por vários motivos, entre eles motivo de facção.

Constatou-se ainda no que diz respeito às necessidades de assistência à saúde, higiene. Na CPPA só é oferecida no local a assistência jurídica, enquanto, obrigatoriamente, deveria haver, além da jurídica, a assistência médica, odontológica e psicológica.

Para os detentos receberem qualquer uma das assistências acima supracitadas, é necessária a remoção dos mesmos. Mas a precariedade continua. Para a remoção de um preso há exigência de uma logística de quatro agentes, porém, a casa conta com apenas um. Identificado algum transtorno psicológico, o detento é submetido a uma análise específica.

O diretor informou ainda que das 37 unidades prisionais existentes no Estado do Tocantins, apenas dois contam com todas as assistências ao preso exigidas.

Relativo à limpeza das celas, os próprios presos são responsáveis por fazê-la. Para a limpeza do pátio, são designados três presos fixos. Responsáveis, também, por manipular as roupas que os presos lavam dentro das próprias celas, e ainda, responsáveis por levar e distribuir as refeições aos presos.

Mais uma vez a realidade se apresenta diferente do que se é esperado, fazendo com que a situação possa vir a piorar e o sentimento de injustiça possa vir a crescer, haja vista os carcerários terem seus direitos garantidos e estes não lhes são proporcionados.

E quais garantias legais pode-se contrapor a este desenho? O que abrange a esta esfera a Lei de Execução Penal (lei nº 7.210), uma legislação complementar aprovada em 11 de julho de 1984, onde no Art. 10, capítulo II, seção I desta lei considera a assistência aos presos dever do Estado, diz ainda que é de sua responsabilidade uma assistência material ao apenado, consistindo no fornecimento de alimentação, instalações higiênicas, entre outros. Conforme o Art. 12, seção II. A assistência à saúde do preso terá um caráter preventivo e curativo, e contará com o atendimento médico, farmacêutico e odontológico, conforme Art. 14, seção III.

O que se espera é o cumprimento destes e outros direitos que são garantidos aos carcerários, havendo um sistema educativo eficaz e proporcionando uma qualidade de vida digna para os mesmos, enquanto esperam o cumprimento de sua pena, e que possa assim ter um novo olhar ao voltar a sociedade.

6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Levando-se em consideração esses aspectos, conclui-se que se faz necessário uma melhoria em toda a coletividade envolvida, pois apesar de toda a mudança e evolução do nosso sistema ainda há o que se melhorar.

Assim deve ser feita novas análises do que se devem melhorar e buscar a execução do que a lei determina que seja realizado e não está sendo, a realidade deve ser vista como um todo para que todos possam contribuir com os reeducando atuando preventivamente, impedindo que estes mesmos reeducando possam voltar a praticar novos delitos, e que tenham um recomeço verdadeiro.

É relevante salientar a identidade de reeducando dos cidadãos que se encontram neste espaço e ainda que são sujeitos de direitos assim como salientar a garantia desses direitos implementados e respeitados fariam a curva social de cidadãos em conflito com a lei para cidadãos inseridos nos laços dignos da sociedade. Assim é necessário tornar a sociedade o lugar do cuidado humano e não da espetacularização.

REFERÊNCIAS

ANGHER, Anne Joyce (Org.). *Vade mecum acadêmico de direito Rideel*. 15. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo: comentários sobre a sociedade do espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. 31. ed. Petrópolis: Vozes, 2006.

LAPLANTINE, François. *Aprender antropologia*. São Paulo: Brasiliense, 1988.

MOLINA, Antonio García-pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95-Lei dos Juizados Especiais Criminais*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

YOUNG, Jack. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

CAOS NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: SUPERLOTAÇÃO E REBELIÕES

Marcos Vinícius F. Macêdo

Faculdade Paraíso do Ceará

Juazeiro do Norte-CE

Ilana Brilhante Matias

Faculdade Paraíso do Ceará

Juazeiro do Norte-CE

Anna Priscilla de Alencar Quirino

Faculdade Paraíso do Ceará

Juazeiro do Norte-CE

do método qualitativo e quantitativo, onde foi baseado principalmente em estudos teóricos e dados estatísticos para que pudesse comprovar que de fato, há uma lotação nos presídios brasileiros. Por fim, utiliza-se o método dedutivo para que possa haver uma maior compreensão do assunto pesquisado, afinal esse método parte do raciocínio universal ao particular. Esta pesquisa visa apresentar e observar de a questão da superlotação e rebeliões no sistema penitenciário brasileiro, mostrando as origens e considerações deste fenômeno social.

PALAVRAS-CHAVE: Presídios. Direitos Humanos. Superlotação. Ciências Criminais.

RESUMO: O presente artigo trata do sistema prisional brasileiro especificamente das questões de superlotação e as rebeliões. Estes são problemas de ordem jurídica e social que afligem toda a sociedade, é claro que mais imediatamente a população carcerária, mas aqueles que não estão presos também sofrem, pois ficam em situação de insegurança e instabilidade social por causa das tensões existentes nos presídios, que podem extrapolar as paredes dos cárceres e atingir diretamente a sociedade. A metodologia empregada para realizar essa pesquisa, foi por intermédio do método bibliográfico e documental, caráter analítico e descritivo, por meio do estudo de livros, artigos e trabalhos relacionados ao tema, tendo como fonte fundamental alguns autores como Durkheim, Michel Foucault. Ademais, a forma de abordagem empregada, foi através

CHAOS IN THE BRAZILIAN CARCERARY
SYSTEM: SUPERLOTATION AND
REBELLIONS

ABSTRACT: This article deals with the Brazilian's prison system specifying about overcrowding issues and rebellions. These are legal and social problems that afflict society as a whole, in that case immediately the prison population, but those who are not prisoners also suffer because they are in a state of insecurity and social instability because of tensions in prisons, which can extrapolate the prison's walls and directly reach society. The methodology used to carry out this research was through the

bibliographical and documentary method, analytical and descriptive character, through the study of books, articles and works related to the theme, having as fundamental source some authors like Durkheim, Michel Foucault. In addition, the approach used was through the qualitative and quantitative method, where it was based mainly on theoretical studies and statistical data so that it could prove that in fact, there is a stocking in the Brazilian prisons. Lastly, the deductive method is used so that there can be a greater understanding of the researched subject, after all this method starts from the universal reasoning to the personal. This research aims at presenting and observing the issue of overcrowding and rebellions in the Brazilian penitentiary system, showing the origins and considerations of this social phenomenon.

KEYWORDS: Prisons. Human Rights. Overcrowded. Criminal Science

1 | INTRODUÇÃO

Desde o surgimento da sociedade humana e suas organizações houve a necessidade de um ordenamento, seja religioso, político, jurídico e social. Inclusive esta característica de ordenamento consciente é o que torna singular a sociedade humana. Com este ordenamento foi exposto tanto os direitos como deveres, assim como o que é lícito e o ilícito, portanto estabelecido às sanções.

Uma das primeiras e principais sanções imposta pela sociedade humana é a restrição da convivência, ou seja, entendendo que a convivência humana é importante e fundamental para a formação da própria sociedade, aquele que não contribui ou desordena esta sociedade é punido com a retirada da mesma, no passado, de forma permanente ou de forma temporária.

A restrição de liberdade e convívio humano temporário fez surgir ao longo do tempo os locais de reclusão, os espaços em que se “guardavam” aqueles que não estavam aptos a viver em sociedade. Geralmente estes locais eram distantes e isolados da sociedade, por duas causas, primeiro para significar a separação do corpo social, segundo por segurança do próprio corpo social, haja vista que quem estava lá representaria um perigo à sociedade.

Inicialmente nos primórdios estes locais eram sem condições humanas e dignas, até porque na legislação inicial da humanidade o reconhecimento destas condições ocorreu tarde em relação ao rol de sanções já existentes. Com o desenvolvimento da humanidade e suas legislações, os locais de recolhimento e restrição de liberdade também foram evoluindo e se adaptando as novas exigências que o reconhecimento da dignidade da pessoa humana conferiu ao apenado, por que mesmo sendo criminoso, ainda assim não deixa de ser humano.

Modernamente o surgimento dos presídios remonta ao século XV na Inglaterra com *House of correction*, local em que se corregiam os presos mediante práticas físicas e torturantes. Este modelo se espalhou rapidamente pela Europa, servindo como parâmetro de ajuste para a sociedade. O Brasil, um país colonizado por

europeus, sofreu a determinação do colonizador em todas as suas dimensões, mas principalmente na questão legislativa e judiciária, por isso, o modelo de presídio empregado aqui foi baseado em modelos já consagrados em países europeus, como por exemplo, celas individuais e oficinas de trabalho.

Contudo, a realidade da Europa e da América Latina são bem distintas em relação ao contexto no qual ao qual o Brasil está inserido, proporcionando assim contextos singulares. Enquanto na Europa, o sistema penitenciário sofre mudanças radicais por falta de presos em alguns países, como por exemplo, Suécia e Holanda, o sistema penitenciário brasileiro também sofre, mas não mudanças radicais sob a óptica legislativa, mas por outrora, com as mudanças operacionais não oficiais por conta da superlotação dos presídios e por consequência o aumento das rebeliões no sistema penitenciário pátrio.

Um marco histórico famoso mundialmente, que traz à tona a exploração de violência foi o massacre do Carandiru, a Casa de Detenção de São Paulo, ocorrido em 02 de outubro de 1992, causando a morte de 111 detentos. Por outrora, pode-se citar também em 2014 a explosão de violência no complexo penitenciário de Pedrinhas, em São Luís do Maranhão que resultou no assassinato de cerca de dezessete detentos dentro do Complexo de Pedrinhas.

Recentemente em 2017 têm-se notícias de vinte e seis presos que morreram na rebelião da Penitenciária de Alcaçuz no Rio Grande do Norte, 56 morreram na rebelião do Complexo Penitenciário Anísio Jobim (Compaj) e 31 presos morreram na Penitenciária Agrícola de Monte Cristo em Roraima.

O objetivo geral deste artigo é apresentar e discutir de maneira sucinta e objetiva a superlotação e rebeliões no sistema penitenciário brasileiro, mostrando as origens e considerações deste fenômeno social, jurídico e penal. Ademais, especificamente pretende-se demonstrar uma análise histórica sobre o sistema carcerário em sentido amplo e seu respectivo desenvolvimento no Brasil e no mundo. Por fim, apontar que há dados estatísticos que comprovam o aumento gradativo e exponencial da população carcerária, o que contribui diretamente para que haja uma lotação dos presídios.

A metodologia empregada para realizar essa pesquisa, foi por intermédio do método bibliográfico e documental, caráter analítico e descritivo, por meio do estudo de livros, artigos e trabalhos relacionados ao tema, tendo como fonte fundamental alguns autores como Durkheim, Michel Foucault. Por outro lado, a técnica de abordagem empregada, foi através do método qualitativo e quantitativo, onde foi baseado principalmente em estudos teóricos e dados estatísticos para que pudesse comprovar que de fato, há uma lotação nos presídios brasileiros. Por fim, foi empregado o método dedutivo, para que pudesse haver uma maior compreensão do assunto pesquisado, afinal esse método parte do raciocínio universal para o particular.

2 | DESENVOLVIMENTO

2.1 Breve histórico do sistema penitenciário e da punição

A situação econômica, política e social do Brasil tem reflexo indireto no sistema penitenciário brasileiro, pois o presídio é um instrumento que apesar de separar o preso da sociedade, só existe em sociedade e para a sociedade que defende e protege. Neste sentido, os presídios brasileiros apresentam uma parte dos problemas e questões sociais, econômicas e políticas do Brasil, não somente ao que tange ao preso, mas também no que se refere a parte administrativa e legislativa.

O reflexo indireto se dá pela constatação de que o presídio não é simplesmente uma extensão direta da sociedade, mas ao contrário, é um local de exceção da sociedade. Se houvesse uma ligação direta entre presídio e sociedade, todos os cidadãos estariam presos ou todas as questões sociais, políticas e econômicas seriam resolvidas com a restrição de liberdade, o que não é verdade, pois somente aqueles que cometem e são condenados por determinado tipo de crime é que podem ser recolhidos ao sistema penitenciário.

Encarar o crime como uma doença social seria admitir que a doença não é algo acidental mas ao contrário, que em certos casos deriva da construção fundamental do ser vivo... Não há dúvida de que o próprio crime pode apresentar formas anormais; é o que acontece quando, por exemplo, atinge taxas exageradas. Não há dúvida, também, de que tal excesso é de natureza mórbida. O que é normal é a existência da criminalidade, desde que, para cada tipo social, atinja e não ultrapasse determinado nível (DURKHEIM, 1978, p. 58).

A existência de presídios na sociedade não é necessariamente um erro ou engano, mas ao contrário uma necessidade de defesa da própria sociedade em si conservar. O que devesse ter em questão é a ideia de Estado e Sociedade que está como pano de fundo para a formação dos presídios.

O sociólogo francês radicado nos Estados Unidos Loïc Wacquant formulou o conceito de Estado Penal. Segundo Wacquant este modelo de Estado se caracteriza pela criminalização das classes mais pobres, pela diminuição das políticas de assistência social e o aumento de políticas públicas repressivas e punitivas.

A formulação deste conceito está associada a questões sociais e econômicas visto que, em um Estado de moldes neoliberais, no qual está se vivendo hoje, a desproteção social e o foco nos investimentos financeiros são prioridades. O que se tem aqui é uma mudança de conceito de Estado. Sai-se de um Estado do Bem-estar social para um Estado penal. O Brasil não ficou isento a esta situação e alteração. Por isso, a sociedade brasileira sofre através da política pública de segurança social os efeitos dessa transformação.

A punição vai-se tornando, pois, a parte mais velada do processo penal, provocando várias consequências: deixa o campo da percepção quase diária e entra no da consciência abstrata; sua eficácia é atribuída à sua fatalidade não à sua intensidade visível; a certeza de ser punido é que deve desviar o homem

do crime e não o abominável teatro; a mecânica exemplar da punição muda as engrenagens. Por essa razão, a justiça não mais assume publicamente a parte da violência que está ligada a seu exercício (FOUCAULT, 1987, p.15).

Esta situação gera uma conjuntura de desigualdade entre os membros da sociedade, beneficiando alguns e negligenciando outros. Em sociedade que pressupõe ser de Estado de Direito, um dos princípios primeiros e fundamentais é a igualdade de direitos e deveres para todos os cidadãos, sejam eles cidadãos de ações licitas ou ilícitas, pois o conceito de cidadania é anterior ao conceito de legalidade, porque somente homens livres e justos podem determinar o que não deve acontecer em sociedade.

Na história da humanidade existem pensadores consagrados que defendem esta igualdade de direitos e deveres entre os cidadãos, como Platão e Aristóteles, mas não só isso. O papel do Estado em defender e promover o exercício da cidadania através da educação, da segurança e de um processo de abertura dos governantes para as demandas sociais é de fundamental importância.

Apesar de ter ocorrido estas propostas jusfilosóficas ao longo do tempo, nem sempre elas foram realizadas. A ideia da punição pela simplesmente punição e por um juízo de valor desigual foi predominante, em que se entende que aquele que cometeu um crime se desqualificou e perdeu todos os seus direitos.

No Brasil e no mundo atualmente está é uma realidade majoritária em que a punição se apresenta como única via para a correção da sociedade. A prevenção e ampliação de direitos não é uma possibilidade pensável e viável dentro dos moldes atuais. Por isso, quanto mais prender, mais a “sensação de segurança” estará se propagando na sociedade. Não é por acaso que a população carcerária brasileira está entre as maiores do mundo. Segundo estudo, do Centro Internacional de Estudos Penitenciários (ICPS), demonstra que o Brasil possui a quarta maior população penitenciária do mundo, com o quantum total de 548 mil presos. Conforme é possível constatar na tabela abaixo:

País	Números de Detentos	Números de Detentos para cada 100 mil Habitantes
Estados Unidos	2.239.751	716
China	1.648.000	121
Rússia	681.000	475
Brasil	548.003	274
Índia	385.135	30
Tailândia	279.854	398
México	246.226	210
Irã	217.000	284
África do Sul	156.300	294
Indonésia	144.332	59

Fonte: Centro Internacional de Estudos Penitenciários. Tabela feita pelos autores do artigo.

Por outrora, ao analisar mais detalhadamente o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), que é realizado pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, percebe-se que há um segmento bem específico de parte da sociedade brasileira que compõem a população carcerária, sendo assim representada: 55% têm entre 18 e 29 anos, 61,6% são negros e 75,08% têm até o ensino fundamental completo. Portanto, tem-se o jovem negro e de baixa escolaridade preso no regime fechado no Brasil.

Apesar desta constatação cruel da realidade brasileira, o Brasil vive um Estado de Direito com exercício democrático do poder sendo regido por uma Constituição Federal, o que garante legalmente uma igualdade jurídica entre todos os brasileiros, no capítulo da Constituição Federal (CF) brasileira de 1988 que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, ao estabelecer, no caput do artigo 5º 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” (BRASIL, 1988).

A citação acima não faz nenhuma referência ou distinção àquele que está apenado cumprindo sua sentença, mas garante a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País uma série de garantias fundamentais ao ser humano. E neste mesmo artigo, quando há uma referência ao preso, ela ratifica a situação do ser humano preso, do cidadão apenado e restrito de liberdade. De acordo com o artigo 5.º, XLIX, da Constituição Federal, “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. Por simples observação e por dados estatísticos percebe-se que a letra da lei maior brasileira não ocorre em nosso país.

Contudo, não é somente a Constituição que é descumprida no Brasil, há a Lei de Execuções Penais – LEP que também é descumprida. A Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, trata do direito do reeducando nas penitenciárias brasileiras e da sua reintegração à sociedade. Claramente a superlotação nos presídios brasileiros é uma afronta a Constituição Federal e a legislação especificam sobre o preso. O que agrava mais a situação é o aumento constante de pessoas presas com restrição de liberdade, em média há um aumento anual de 60% de presos em relação às vagas disponíveis. Nos dados estatísticos de 2010 havia um déficit de mais de 194.650 vagas em todo o país, sendo que se tinha em torno de 498.500 detentos para uma capacidade de 303.850 vagas.

2.2 Descaso do poder público

Onde se sabe o sistema prisional brasileiro segue as premissas a obra “Vigiar e Punir: O nascimento da prisão”, do filósofo francês Michel Foucault, publicado no ano de 1975, que tinha como objetivo domesticar o delito para retornar para sociedade, em espaço fechados (celas), ao invés de sofrer violência em público,

levando a morte.

Diante disso, a sociedade almeja o recrudescimento da pena com os delitos, mesmo vendo o descaso do Poder Público em não buscar solucionar problemas como: má alimentação, ambiente degradado e superlotação, além disso, há a falta de atendimento médico e acompanhamento psicológico, estupros e outras questões que ferem os direitos fundamentais dos indivíduos, onde segundo a Constituição Federal e a LEP (Lei de Execução Penal) garante ao sujeito uma vida sem ferir a conduta humana. Essa falta de atitude pode tornar o indivíduo incapaz de ressocializar-se, ou seja, resultados contrários ao desejado pelo povo.

Estados	Total de Respondentes		Nº de suicídios		Nº de homicídios		Nº de mortes		Nº de presos com ferimentos		Nº de lesões corporais	
	2014	2015	2014	2015	2014	2015	2014	2015	2014	2015	2014	2015
CENTRO-OESTE	229	234	12	6	20	21	71	57	412	118	431	158
NORDESTE	292	382	11	19	73	80	125	148	361	694	326	636
NORTE	123	159	6	4	16	30	37	59	187	316	281	294
SUDESTE	455	480	33	25	16	10	492	554	823	676	697	920
SUL	180	183	13	19	12	23	73	136	1003	3716	354	490
BRASIL	1.279	1.438	75	73	137	164	798	954	2.786	5.520	2.089	2.498

Quadro 1: Quantidade de suicídios, homicídios, mortes, presos com ferimentos e lesões corporais por região, 2014-2015.

Fonte: A visão do ministério público sobre o sistema prisional brasileiro – 2016.

No gráfico acima se percebe que a proteção ao preso não é garantida, pois há um alto índice de lesões corporais e presos com ferimentos nos presídios.

O Poder público não atue de maneira devida para com a situação presente dos detentos, chegando ao ponto de afrontar normas e princípios constitucionais, sendo alguns destes: o art. 5º, XLIX da Carta Magna, que assegura os presos respeito à integridade física e moral e também em destaque, os artigos 41, que tange sobre os direitos do preso e 88 requisitos básicos da unidade celular, que deve ser individual. Devido a essas negligências de cumprimentos e outras atitudes, as rebeliões estão aumentando cada vez mais.

2.3 As rebeliões nos presídios brasileiros

As rebeliões se estabelecem quando um grupo de indivíduos decide se rebelarem contra as ordens ou autoridades de um poder estabelecido. No caso dos presídios os presos vão contra os comandos das autoridades vigentes, como as policiais, agentes penitenciários, delegados e até mesmo as próprias gangues constituídas na cadeia ou fora dela, na maioria das vezes os motivos das rebeliões não são identificados diretamente, pois começa com reivindicações de direito e outros aspectos desconhecidos. As rebeliões também acontecem como estratégia para alguns detentos fugirem, acabar com algumas facções criminosas, destruição de patrimônio público dentre outras formas.

A ocorrência desse episódio se constitui por vários fatores, como a superlotação dos presídios, sua insegurança, insalubridade, precariedade contornam as prisões em ambiente propício ao desenvolvimento de doenças (físicas e psíquicas), dentre outros já citados anteriormente, fazem com que aquele presidiário que entrou numa condição “saudável”, saia com sua resistência física e saúde fragilizadas depois da pena ou tente sair de alguma forma ilegal, como no caso da rebelião. Dentre essas várias, destaca-se a falta de assistência material e a saúde.

Estados	Total de Respondentes	Assistência Material		Roupa de cama		Toalha de banho	
		Unidades com camas para todos os presos	Unidades com colchões para todos os presos	Unidades que fornecem roupa de cama	Unidades com roupa de cama em mau estado de conservação	Unidades que fornecem toalha de banho	Unidades com toalha de banho em mau estado de conservação
CENTRO-OESTE	234	91	176	16	6	9	1
NORDESTE	382	103	193	53	19	44	15
NORTE	159	49	95	21	2	21	2
SUDESTE	480	158	432	377	59	365	51
SUL	183	89	163	49	15	55	16
BRASIL	1.438	490	1.059	516	101	494	85

Quadro 2: Quantidade de unidades com assistência material, roupa de cama e toalha de banho por região, 2015.

Fonte: A visão do ministério público sobre o sistema prisional brasileiro – 2016.

Estados	Total de Respondentes	Vestuário		Banho		Higiene Pessoal	Alimentação
		Unidades que fornecem uniforme aos presos/internos	Unidades que têm uniformes em mau estado de conservação	Unidades que garantem o banho diário	Unidades que fornecem material de higiene pessoal	Unidades que possuem cardápio orientado por nutricionista	
CENTRO-OESTE	234	63	17	221	111	132	
NORDESTE	382	125	39	355	155	166	
NORTE	159	28	9	147	123	134	
SUDESTE	480	392	60	463	419	365	
SUL	183	78	22	178	158	142	
BRASIL	1.438	686	147	1.364	966	939	

Quadro 3: Quantidade de unidades com uniformes, que garantem o banho diário, com material de higiene pessoal e com cardápio orientado por nutricionista por região, 2015.

Fonte: A visão do ministério público sobre o sistema prisional brasileiro – 2016.

Por outro lado, há outro assunto a ser pontuado para essa ocorrência, que é a condição vivida de um indivíduo preso. Um dos principais fatores que é criticado por doutrinadores e demais especialistas em segurança pública é a não existência de

separação de presos primários e aqueles que são reincidentes.

Esta situação agrava a segurança dos presos, pois disponibiliza aqueles que são primários a conviverem com aqueles que são reincidentes, acontecendo assim à prática de atos violentos de espancamento, extorsão, homicídios, abusos sexuais, sendo comum esse feito no ambiente da prisão, ocasionado um domínio sobre os demais presos, que começam a ser protagonista dessa mesma hierarquia equivalente, causando mais ainda contribuições para as rebeliões.

O que demonstra claramente esse contexto é o quadro que está posto logo abaixo, onde se constata que de fato não existe uma separação adequada dos presos em todos os estados brasileiros.

Estados	Total de Respondentes	Os presos provisórios são mantidos separados dos presos em cumprimento de pena	Os presos que cumprem pena em regimes distintos são mantidos separados	Os maiores de 60 anos são mantidos separados dos demais	Os presos primários são mantidos separados dos presos reincidentes	Os presos são mantidos separados conforme a natureza do delito cometido (periculosidade)	Os presos são mantidos separados de acordo com a identificação de grupos ou facções criminosas	Há grupos ou facções criminosas identificados no estabelecimento
CENTRO-OESTE	234	37	92	19	20	57	61	35
NORDESTE	382	64	90	35	34	65	106	63
NORTE	159	28	47	17	14	33	33	21
SUDESTE	480	108	168	55	63	133	210	139
SUL	183	42	64	16	24	37	72	85
BRASIL	1.438	279	461	142	155	325	482	343

Quadro 4: Quantum de unidades penitenciárias por tipo de separação adequada de presos/internos por região, 2015.

Fonte: A visão do ministério público sobre o sistema prisional brasileiro – 2016.

Apesar disso ainda temos uma lei que agrava a revolta desses detentos para mais descasos e massacres, a Lei dos Crimes Hediondos, nela os vários crimes listados como homicídio, sequestro e o assalto à mão armada, não terão benefícios legal de progresso de regime, executando que o preso cumpra a pena desses crimes inteiramente em regime fechado, ocasionando com isso a falta de perspectivas e o total desespero dos condenados, formando mais uma causa de perturbação das rebelidas nas penitenciárias (ASSIS, 2007).

Visando a junção dessas causas atuam com o que não se advenham um dia sem termos notícias dos acontecimentos de uma rebelião de detentos no país, ainda que consista em menores dimensões, a esse martírio cada vez crescente sem medidas corretas de correção ou de prevenção dessa devastação de violência física e psíquica, que apesar de serem prisioneiros eles têm o direito de uma vida digna de um ser humano. Não há o que se determinar com uma conduta distinta por função

dos encarcerados, se não o de um esquema para fugir desse inferno.

Segundo as informações e colaboração de Ruivo Lopes (2017), para a página Brasil de Fato, temos alguns exemplos de rebeliões no Brasil, citado também o massacre de 111 presos no Carandiru na cidade de São Paulo em 1992, mas de lá para cá consecutivos governos falham e descuidam do tratamento recebido pelos detentos no Brasil. E ele ainda aborda mais notícias sobre as rebeliões decorrentes com o tempo, sendo em 2002, 27 pessoas foram mortas no presídio Urso Branco, em Rondônia; em 2004, mais 30 mortos no presídio Benfica, no Rio de Janeiro; e em 2013, mais 13 mortos em Pedrinhas, no Maranhão. Agora, foram mortas mais de 60 pessoas, em Manaus.

2.4 Motivos e estatísticas da superlotação dos presídios

Acontece devido à ausência de vagas nas cadeias ou em locais provisórios, fazendo com o que os presídios possuam mais que o dobro de detentos em sua capacidade, sofrendo assim com esse grave problema. A maioria das penitenciarias ou cadeias não foi construída para suportar a crescente população de presos que vem aumentando nos últimos anos, e são insuficientes as poucas prisões arquitetadas para amenizar a circunstância da superlotação (VILLEGAS, 2013).

Com isso, as celas, corredores ou outra parte da penitenciaria comporta uma superpopulação, ficando difíceis e inseguros os acessos dos policiais, agentes penitenciários e os demais empregados, advindo assim à deficiência de acompanhamentos ou inspeções devidas para minimizar os graves problemas gerados devido a superlotação.

Mais ainda agravando as situações precárias de sobrevivência dos presidiários, pois como já mencionado acima sobre as causas incididas pela ausência de uma vida digna aos presos, sabemos que as ações cometidas pelos mesmos às vezes não são justificadas e que deveriam mesmo passar por isso, mas uns dos objetivos para que existissem penitenciarias foram para ressocializar os detentos para que se tornassem cidadãos que cumprissem com os seus deveres e obrigações.

Porém a superlotação infringe até mesmo as normais e princípios fundamentais deparados na Lei de Execução Penal, que constitui que o condenado terá alojamento em celas individuais que conterá os requisitos básicos, como aparelho sanitário, lavatório, dormitório e o mais importante que tenham um ambiente salubre adequado à existência humana.

Estados	2014						2015					
	Homem			Mulher			Homem			Mulher		
	Capacidade	Ocupação	Taxa de lotação									
CENTRO-OESTE	25.590	44.325	173,21%	2.563	3.043	118,73%	27.760	50.778	182,92%	2.666	3.593	134,77%
NORDESTE	37.595	67.009	178,24%	2.610	4.407	168,85%	44.396	82.541	185,92%	3.100	5.467	176,35%
NORTE	17.801	30.149	169,37%	1.478	2.223	150,41%	24.393	36.261	148,65%	1.867	2.147	115,00%
SUDESTE	175.669	288.590	164,28%	14.629	17.739	121,26%	186.485	303.710	162,86%	15.880	18.191	114,55%
SUL	47.327	58.797	124,24%	3.848	3.855	100,18%	49.876	60.485	121,27%	3.227	3.646	112,98%
BRASIL	303.982	488.870	160,82%	25.128	31.267	124,43%	332.910	533.775	160,34%	26.740	33.044	123,58%

Quadro 5: Capacidade, ocupação total e taxa de lotação pelo sexo dos internos por região, 2014 - 2015.

Fonte: A visão do ministério público sobre o sistema prisional brasileiro – 2016.

A partir da análise desse quadro é possível verificar que em todos os estados, sem exceção, existe uma taxa de lotação acima da capacidade suportada, seja para homens ou mulheres. Alguns contornos para diminuir a superlotação segundo a Oliveira (2013), é que para quaisquer crimes que submerjam ao menor grau de violência, o detento não implicaria primeiramente a prisão, poderia prestar serviços comunitário, sento monitorado por tornozeleira eletrônica ou detenção domiciliar. No entanto para a melhoria de vida dos prisioneiros o plano é inserir integrações educacionais, progresso no atendimento à saúde, controlar o uso de drogas e instruir profissionalmente os agentes e os presos.

3 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, apresenta-se para a sociedade que há inconstitucionalidade do Poder Público e infração aos Direitos Fundamentais dos seres humanos, onde a prisão não cumpre seu devido papel de ressocialização, mas por outrora, transforma esse ambiente em escola de aperfeiçoamento do crime.

A questão sobre o sistema penitenciário brasileiro não é de fácil solução, pois envolve vários fatores e atores sociais envolvidos, como o Estado, o Judiciário, o preso e a sociedade civil. Contudo, é necessário encontrar caminhos que encontrem soluções mais viáveis e eficazes para efetivação da justiça enquanto o indivíduo está preso.

A própria mudança do modelo de segurança pública através da saída de um Estado Penal para um Estado Social e Democrático é uma necessidade para a própria segurança da sociedade, haja vista os altos índices de criminalidade e de recolhimento por causa desta criminalidade.

O aumento crescente na população carcerária gera diversos fatores

extremamente perigosos para todos que estão inseridos nesse contexto, seja para os próprios presidiários ou para os agentes públicos que trabalham nessa instituição. Assim, comumente é possível constatar ataques aos guardas, violências de todas as espécies entre os próprios presidiários e as constantes rebeliões, tentativas de fuga e outras formas de protestos.

O tema superlotação nos presídios e rebelião é uma questão delicada e que seria viável a reunião dos três poderes, já que por certo não há solução, mesmo com a já tentada privatização de parte do sistema carcerário, adotando medidas aplicadas em outras partes do mundo, que não foi bem-sucedida. Conclui-se que a grande falha está também na administração do Governo com o dinheiro público, que poderia diminuir a criminalidade e os presídios não estariam numa situação precária devido a superlotação e teria uma sociedade mais digna.

Algumas medidas para tentar minimizar ou solucionar esses caos e superlotações nos presídios, segundo especialistas da área é: diminuir o número de presos provisórios; aplicar mais penas alternativas; promover ajustes na Lei de Drogas de 2006; aumentar as opções de trabalho e estudo nos presídios; reformar os presídios e separação de presos.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Rafael Damasceno de. **A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro**. Revista CEJ, v. 39, p. 74-8, 2007.

BARROS, Aidil Jesus da Silveira; LEHFELD, Aparecida de Souza. **Fundamentos de metodologia científica**. 3. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2008.

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

BRASIL. **Lei de Execução Penal** – Lei 7.210/84 / Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/109222/lei-de-execucao-penal-lei-7210-84>> Acesso em 22 abr. 2017.

CNMP. **A visão do Ministério Público brasileiro sobre o sistema prisional brasileiro**. Brasília: CNMP, 2016.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. 2^a Ed. São Paulo, 2003.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhete**. 29. ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2004.

INFOOPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Ministério da Justiça, 2014.

LOPES, Ruivo. Na página BRASIL DE FATO – Uma Visão Popular do Brasil e do Mundo. Artigo **Chacinas: ninguém é inocente**. Publicado em 3 de janeiro de 2017. Disponível em <<https://www.brasildefato.com.br/2017/01/03/artigo-or-chacinas-ninguem-e-inocente/>> Acesso em 21 abr. 2017.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do Trabalho Científico**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

OLIVEIRA, Mariana. G1 Notícias – **Governo prepara pacote para tentar reduzir superlotação em presídios**. Publicado em 26 de abril de 2013. Disponível em <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2013/04/governo-prepara-pacote-para-tentar-reduzir-superlotacao-em-presidios.html>>. Acesso em 23 abr. 2017.

Relatórios Estatísticos Sintéticos do Sistema Prisional Brasileiro. Disponível em:<<http://www.justica.gov.br/seusdireitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisional/relatorios-estatisticos-sinteticos>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

ÍNDICE DE RENÚNCIA E REPRESENTAÇÃO DOS PROCESSOS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA DA COMARCA DE FREDERICO WESTPHALEN/RS

Caroline Taffarel Stefanello

Pós-Graduanda em Liderança e Sustentabilidade
– UERGS/FW. Bacharela em Direito – URI/FW.
Advogada. E-mail: caroltaffstef22@hotmail.com.

Anelise Flach Piovesan

Especialista em Saúde Coletiva da Família – URI/
FW. Assistente Social. E-mail: aneliseflach@
hotmail.com

Pablo Henrique Caovilla Kuhnen

Mestre em Direitos Fundamentais - UNOESC.
Vice-coordenador do Projeto Integrado de
Atendimento às Famílias Vítimas de Violência
Intrafamiliar. Professor Universitário. Advogado.
E-mail: pablok@uri.edu.br

RESUMO: A violência contra a mulher no âmbito doméstico, sempre foi uma triste realidade enfrentada em nossa sociedade, ao passo que se viu necessária a criação de uma lei específica que tratasse da punição e coibisse toda e qualquer forma de violência e discriminação contra a mulher. Com a Lei Maria da Penha a mulher passou a ter maior proteção e segurança, contudo cabe à vítima da violência familiar, a escolha de seguir ou não com o processo criminal. O presente trabalho visa, portanto, responder a seguinte problemática: Qual o índice de renúncia e representação nos processos de violência doméstica da Comarca de Frederico Westphalen/RS? Objetivando assim, analisar qual tem sido as escolhas feitas pelas

vítimas de violência doméstica desta Comarca, quanto ao seguimento a ser dado ao processo. Para tanto a presente pesquisa, utilizar-se-á de uma metodologia baseada no método dedutivo, de abordagem quantitativa. Realizada com o desenvolvimento do Projeto Integrado de Atendimento às Famílias Vítimas de Violência Intrafamiliar, espera-se diagnosticar a maior incidência quanto aos institutos da renúncia e da representação, de modo que seja possível vislumbrar o reflexo que a Lei Maria da Penha vem causando em nossa comunidade. Assim, considera-se renúncia a abdicação do direito da vítima processar o agressor, o que acarreta em imediata extinção do processo. Enquanto a representação é a manifestação expressa da vítima em querer dar início à ação penal. Infere-se, então, ser de suma importância a análise das escolhas realizadas pelas vítimas de violência doméstica da Comarca de Frederico Westphalen/RS.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Maria da Penha; Violência; Direitos da mulher; Processo penal.

INDEX OF WAIVER AND REPRESENTATION
OF THE DOMESTIC VIOLENCE PROCESSES
OF FREDERICO WESTPHALEN / RS
COUNTY

ABSTRACT: Violence against women

concerning the domestic sphere has always been a sad reality faced in our society, whereas it was necessary to create a specific law to deal with punishment and restrained any form of violence and discrimination against women. With Maria da Penha law, women have had better protection and security, but it is up to the victim who has suffered the family violence to choose whether or not to follow the criminal process. The present paper aims to answer the following issue: What is the rate of renunciation and representation in the domestic violence processes of Frederico Westphalen / RS county? In order to analyze the choices made by the victims of domestic violence in such County, regarding the follow-up to be given to the process. Considering the present research, it will be uses a methodology based on the deductive method, of quantitative approach. It was held in the development of the Integrated Project to Assist Families Victims of Intrafamily Violence, it is expected to diagnose the highest incidence of renunciation and representation institutes, so that it is possible to glimpse the reflection which Maria da Penha Law has caused in our community. Thus, it is considered waiver the abdication of the right from the victim to prosecute the aggressor, which entails the immediate extinction of the process. While the representation is the express manifestation of the victim willing to initiate the criminal action. The analysis of the choices made by the victims of domestic violence in the District of Frederico Westphalen / RS is considered of crucial importance.

KEYWORDS: Maria da Penha Law; Violence; Women rights; Criminal proceedings.

1 | INTRODUÇÃO

A discussão dos direitos das mulheres tem se tornando cada vez mais frequente em nosso cotidiano. Ao passo que a violência contra a mulher se encontra crescentemente em voga, uma vez que muito tem se falado a respeito desta, sendo que inúmeras são as formas de violência existentes contra a mulher.

Nessa perspectiva, o presente trabalho aborda a temática da violência doméstica ao que se refere aos institutos da renúncia e da representação previstos na Lei Maria da Penha, a qual visa prevenir e coibir todas e quaisquer formas de violência contra a mulher. (BRASIL, 2019).

Objetiva além de demonstrar brevemente a previsão legal trazida com a Lei Maria da Penha, no tocante a violência doméstica e as formas dessa violência, esclarecer os institutos da renúncia e da representação nos processos que envolvem situações de violência doméstica e intrafamiliar.

Para tanto, o presente estudo utilizará dos dados obtidos com o Projeto Integrado de Atendimento às Famílias Vítimas de Violência Intrafamiliar, de modo que será realizado um levantamento dos atendimentos desenvolvidos, bem como as escolhas feitas pelas vítimas dessa violência, com o intuito de diagnosticar o índice de renúncia e de representação dos processos de violência doméstica da Comarca de Frederico Westphalen/RS.

A realização deste estudo se deu através de uma metodologia baseada no

método de abordagem quanti-qualitativo, desenvolvida através de pesquisas bibliográficas, elencada a leitura, análise e interpretação de obras e autores, bem como da análise reflexiva da legislação relacionada ao estudo do tema abordado.

Da mesma forma, utiliza-se de uma busca de dados, com base nos atendimentos realizados com o desenvolvimento do Projeto Integrado de Atendimento às Famílias Vítimas de Violência Intrafamiliar, para externar os resultados alcançados.

Apresentando-se assim, os índices números encontrados quanto aos institutos da renúncia e da representação nos processos de violência doméstica da Comarca de Frederico Westphalen/RS.

2 I DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

As mulheres sofrem historicamente com o preconceito e a discriminação, sendo submetidas a diversas formas de violência em seu próprio âmbito familiar. São inúmeros os mecanismos e legislações criados ao longo dos tempos para proteção aos direitos das mulheres.

A Lei nº 10.788/03 definiu violência contra a mulher como qualquer ação ou conduta, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, que seja baseada no gênero, inclusive àquelas decorrentes de discriminação ou desigualdade étnica, tanto no âmbito público quanto no privado. (BRASIL, 2016).

Em 2006, criou-se a Lei 11.340/2006, conhecida também como Lei Maria da Penha, considerada uma das maiores conquistas em termos de legislação referente aos direitos das mulheres brasileiras, a qual visa a proteção das mulheres contra a violência física, psicológica, moral, sexual e patrimonial. (BRASIL, 2016).

Mello (2016, p. 4) em seu pertinente entendimento, argumenta que “a lei 11.340/2006 foi criada, declaradamente, para dar um tratamento diferenciado à mulher que se encontre em situação de violência doméstica ou familiar”.

Isso porque, antes da Lei Maria da Penha, a maioria dos crimes cometidos em situação de violência doméstica e familiar contra a mulher era reconhecida como crime de menor potencial ofensivo, contando ainda com os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95, como a conciliação, a transação penal e a suspensão condicional do processo. (BRASIL, 2016).

Nesse sentido, faz-se necessário se analisar quais são as diversas formas de violência contra a mulher, de modo que seja caracterizado que esta violência pode ser expressada por diferentes modos.

A Lei Maria da Penha traz em seu art. 7º o rol das formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, por essa lei considera. Destacando as violências física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. (BRASIL, 2019).

A violência física é externada quando alguém causa ou tenta causar dano a outrem por meio de força física, ou através de algum tipo de arma ou instrumento que

possibilite causar lesões internas, externas ou ambas. (DAY et al, 2019). Podendo ser exemplificada do seguinte modo:

[...] é o ato de provocar lesões corporais possivelmente diagnosticáveis, tais como cutâneas, neurológicas, oculares e ósseas, provocadas por queimaduras, mordidas, tapas, espancamentos, ou qualquer ação que ponha em risco a integridade física da mulher. (FONSECA; LUCAS, 2019, p. 9).

Enquanto a violência psicológica inclui toda ação ou omissão que causa ou possa causar dano à autoestima, à identidade ou ao desenvolvimento da pessoa. (DAY et al, 2019).

A violência sexual, por sua vez, é toda ação na qual uma pessoa obriga uma outra a realização de práticas sexuais, recorrendo-se a uma situação de poder, utilizando de força física, influência psicológica ou ainda o uso de armas ou drogas. (DAY et al, 2019).

Já a violência patrimonial, é muito bem caracterizada por Fonseca e Lucas (2019, p. 9), quando destacam que é aquela:

[...] que resulta em danos, perdas, subtração ou retenção de objetos, documentos pessoais, bens e valores da mulher. Esta forma de violência pode ser visualizada através de situações como quebrar móveis ou eletrodomésticos, rasgar roupas e documentos, ferir ou matar animais de estimação, tomar imóveis e dinheiro, ou, até não pagar pensão alimentícia.

Nessa perspectiva, o Portal do Governo brasileiro traz um rol de dez formas de agressões domésticas contra a mulher, considerando:

- 1: Humilhar, xingar e diminuir a autoestima
- 2: Tirar a liberdade de crença
- 3: Fazer a mulher achar que está ficando louca
- 4: Controlar e oprimir a mulher
- 5: Expor a vida íntima
- 6: Atirar objetos, sacudir e apertar os braços
- 7: Forçar atos sexuais desconfortáveis
- 8: Impedir a mulher de prevenir a gravidez ou obrigá-la a abortar
- 9: Controlar o dinheiro ou reter documentos
- 10: Quebrar objetos da mulher. (BRASIL, 2019).

Compreendendo-se, assim, que a violência doméstica e familiar contra a mulher pode ocorrer das mais diversas formas, passando muitas vezes despercebida por muitas pessoas, que não compreendem que a situação a qual são submetidas, caracteriza uma forma de violência.

Desse modo, com a Lei Maria da Penha, inaugura-se um novo paradigma para a identificação do elevado potencial ofensivo dos crimes de violência doméstica contra a mulher, estabelecendo medidas para sua prevenção, proteção e penalização. (BRASIL, 2016).

Demonstrando a importante e necessária aplicação desta lei nos casos concretos, para que assim sejam garantidos todos os direitos das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, que requerem de uma atenção especial por parte de todos os agentes responsáveis pela efetividade da lei brasileira.

3 I DA RENÚNCIA E DA REPRESENTAÇÃO

Quando vítima de violência doméstica e familiar, ao realizar a denúncia, a mulher dá ensejo para o início de um processo, que dependerá da decisão dessa vítima para ter seguimento ou não.

Assim, ao adentrarmos na esfera do processo, onde a vítima da violência doméstica e familiar possui a opção de escolher se quer ou não ver o seu agressor processado, através dos institutos da renúncia ou da representação, decidindo se dará seguimento ao processo criminal ou não, e assim responsabilizar àquele que lhe agrediu.

Ambos os institutos possuem previsão legal na Lei Maria da Penha, nos arts. 12, inciso I e 16. A renúncia à representação significa a abdicação do exercício a um direito, entretanto, o legislador utiliza ainda a terminologia retratação da representação para referir-se ao ato da vítima de reconsiderar o pedido antes externado. (ALMEIDA, 2017).

A renúncia tem em contrapartida, como consequência imediata, a extinção da punibilidade, isso porque, encerra-se um juízo de desinteresse da ofendida ao direito de promover o processo judicial. (LIMA, 2017).

Considerando-se assim, que a renúncia ao direito de representação, acaba por isentar o agressor, o qual não será processado, tampouco receberá punição pela violência praticada contra a mulher no seu âmbito doméstico e familiar.

A renúncia é um ato unilateral, o qual ocorre antes do oferecimento da representação, uma vez que após o oferecimento desta, somente caberá a retratação. (BIANCHINI; GOMES, 2019).

Por sua vez, a representação é a expressa manifestação de vontade da ofendida em dar início à ação penal. A Lei Maria da Penha prevê que para a renúncia da ofendida ao direito de representar contra o agressor, esta deve ocorrer somente na presença do juiz, devendo ser realizada antes do oferecimento da denúncia. (ALMEIDA, 2017).

Compreende-se que essa formalidade que deve ser preservada, em que a vítima somente poderá renunciar o direito de ver seu agressor processado, frente à autoridade judiciária, visa a certo modo, garantir que essa decisão não será tomada sob qualquer forma de influência ou coação de qualquer pessoa.

Dessa forma, Bitencourt (2014, p. 873, grifo do autor) esclarece que:

Representação criminal é a manifestação de vontade do ofendido ou de quem

tenha qualidade para representá-lo, visando a instauração da ação penal contra seu ofensor. Nos casos expressamente previstos em lei, a representação constitui condição de procedibilidade para que o Ministério Público possa iniciar a ação penal.

Nesse viés, não é toda e qualquer violência que será submetida a este tipo de procedimento. Bianchini e Gomes (2019), em seu pertinente entendimento, destacam que: “Muitas são as hipóteses de ação penal pública condicionada à representação (ameaça, crimes contra a honra, crimes sexuais quando a vítima for pobre etc.”).

Demonstrando-se importante destacar ainda, o art. 17 da Lei Maria da Penha, o qual proíbe a aplicação de penas de cesta básica ou outra prestação pecuniária, como também a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa, aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. (BRASIL, 2019).

Verificando-se de tal modo que a violência doméstica e familiar contra a mulher passou a ser tratada com maior rigor, garantido a esta a relevância necessária para que se perceba que essa forma de violência não pode mais ser tolerada em nosso meio social.

4 | PROJETO INTEGRADO DE ATENDIMENTO ÀS FAMÍLIAS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA INTRAFAMILIAR E OS INDÍCIES DE RENÚNCIA E REPRESENTAÇÃO

Nesse contexto, vem sendo desenvolvido um Projeto Permanente de Extensão, multidisciplinar, dos Cursos de Graduação de Direito e Psicologia da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Campus Frederico Westphalen, em parceria com o Poder Judiciário, Ministério Público e Delegacias de Polícia Civil dos municípios da Comarca de Frederico Westphalen, que realiza o atendimento das famílias vítimas de situações que envolvem violência doméstica intrafamiliar.

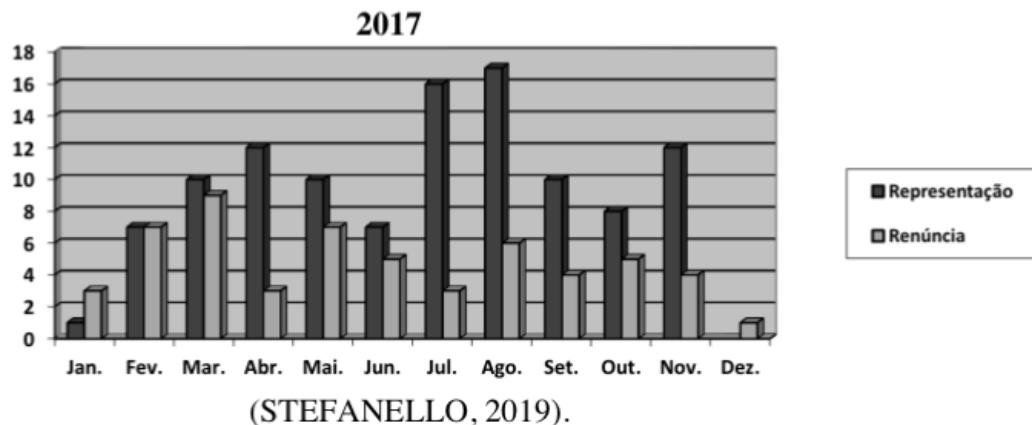
O Projeto Integrado de Atendimento às Famílias Vítimas de Violência Intrafamiliar realiza o atendimento psicológico com a vítima e o agressor envolvidos na situação de violência, visando principalmente a solução da situação da violência. Para a vítima, é ainda realizado um atendimento onde lhe é fornecido orientações acerca do processo, esclarecendo as possibilidades de seguimentos que podem ser dados ao processo, bem como suas consequências.

Em tal contexto, é relevante apresentar os dados obtidos com o desenvolvimento deste projeto, que tem grande importância para a comunidade desta Comarca.

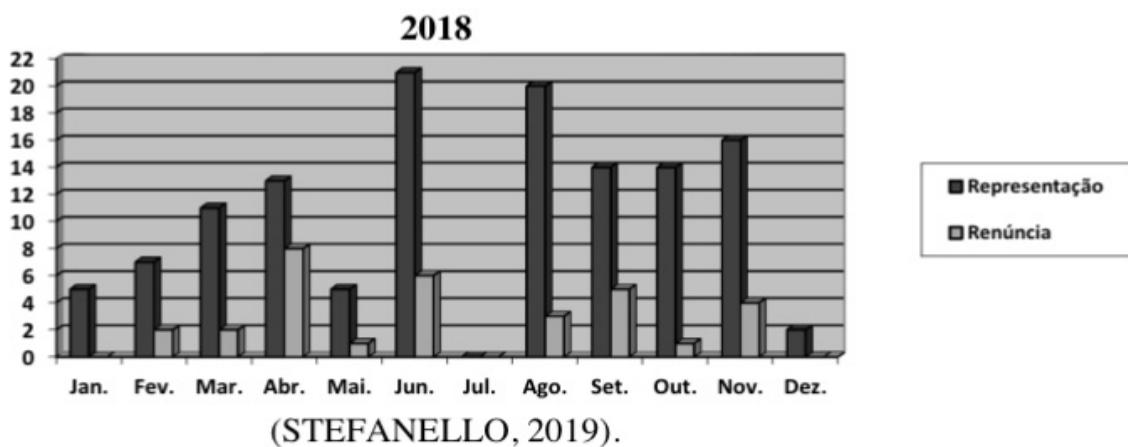
Nessa perspectiva, passaram pelo atendimento de orientação jurídica 170 vítimas de violência doméstica no ano de 2017, todas residentes nos municípios de abrangência da Comarca de Frederico Westphalen, quais sejam: Frederico Westphalen, Caiçara, Palmitinho, Pinheirinho do Vale, Taquaruçu do Sul, Vicente Dutra, Vista Alegre.

Sendo que no ano de 2018, 160 vítimas de violência doméstica e familiar passaram pelo atendimento de orientação jurídica do processo.

Os gráficos que seguem, expressam as escolhas feitas por essas vítimas, no que se refere ao direito de optarem por renunciar ao direito de renunciar ou representar contra o mesmo.



Verifica-se, assim, que no ano de 2017 a maioria decidiu por representar, e assim dar seguimento ao processo, uma vez que dos 170 atendimentos, 113 foram de representação e 57 de renúncia. O que gera um percentual de 66,47% de representação e 33,53% de renúncia.



Enquanto que no ano de 2018, seguindo a perspectiva do ano anterior, a maioria decidiu por representar, e assim dar seguimento ao processo, uma vez que dos 160 atendimentos, 128 optaram pela representação e 32 pela renúncia. O que gera um percentual de 80% de representação e 20% de renúncia.

Podendo-se concluir, que ao comparar os resultados obtidos entre os anos de 2017 e 2018, o índice de renúncias foi expressivamente maior que o de representação, o que representa que a maioria das vítimas dos casos de violência doméstica e familiar da Comarca de Frederico Westphalen/RS, optaram por dar seguimento aos processos, e ver assim os seus agressores responsabilizados por suas condutas ilícitas.

Importante destacar ainda, o significativo aumento no índice de representação no ano de 2018, comparado com o ano anterior. Demonstrando-se, portanto, a importância e pertinência do projeto, uma vez que o notável aumento no número de representação com relação ao número de renúncia, garante às vítimas de violência doméstica maior proteção na garantia de seus direitos.

Da mesma forma, possibilita-se às vítimas de violência doméstica e familiar da Comarca, maior esclarecimento e segurança para que possam tomar sua decisão quanto ao seguimento do processo, que muitas vezes tem como agressor seus próprios companheiros.

Tornando assim, efetivos os meios de proteção aos direitos das mulheres, e demonstrando a importância dos mecanismos criados pela Lei Maria da Penha para a proteção da mulher contra toda e qualquer forma de violência doméstica.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme pode-se verificar, a instituição da Lei Maria da Penha foi um grande avanço ao que se refere a legislação que protege os direitos das mulheres, uma vez que foi criada para estabelecer mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Nesse sentido, objetiva-se o atendimento multidisciplinar tanto para vítima quanto para agressor, visando prioritariamente a solução do conflito que gerou a violência.

Infere-se, que o atendimento realizado junto ao Escritório de Prática Jurídica tem-se demonstrado muito significativo, e de grande importância para a melhor compreensão das vítimas em relação ao prosseguimento ou não do processo que desencadeará a ação penal em face do agressor.

Conclui-se, assim, que a maioria das vítimas atendidas optaram por dar seguimento ao processo, uma vez que foi possível identificar que nos anos de 2017 e 2018, 73,03% das mulheres atendidas decidiram pela representação, e 26,97% pela renúncia. Fato que corrobora com a perspectiva de que a Lei Maria da Penha tem sido importante instrumento na proteção e garantia dos direitos das mulheres.

Demonstrando-se também o quanto importante se faz o desenvolvimento e a realização de projetos que visem abordar temáticas como esta, buscando-se estudar qual a realidade encontrada nas nossas Comarcas, e o que pode ser melhorado para que os direitos das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar possa ser de fato preservado.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Luciana Costa dos Santos. Retratação na Lei Maria da Penha: A busca pela preservação da harmonia familiar. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 73, fev. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7241>. Acesso

em: 03 ago. 2017.

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. Lei da violência contra a mulher: renúncia e representação da vítima. In: **Migalhas**. 2006. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI30435,61044-Lei+da+violencia+contra+a+muller+renuncia+e+representacao+da+vitima>>. Acesso em: 13 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº11.340, de 7 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 13 abr. 2019.

_____. Senado Federal. Instituto Legislativo Brasileiro (ILB). Escola de Governo do Senado Federal. **Dialogando sobre a Lei Maria da Penha (NOVO)**. Disponível em: <<http://saberes.senado.leg.br/>>. Acesso em: 08 set. 2016.

_____. Violência contra mulher não é só física; conheça outros 10 tipos de abuso. **Governo do Brasil**. 2017. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/12/violencia-contra-mulher-nao-e-so-fisica-conheca-10-outros-tipos-de-abuso>>. Acesso em: 13 abr. 2019.

DAY, Vivian Peres; et al. Violência doméstica e suas diferentes manifestações. **R. Psiquiatr. RS**, 25'(suplemento 1): 9-21, abril 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rprs/v25s1/a03v25s1>>. Acesso em: 19 abr. 2019.

FONSECA, Paula Martinez da; LUCAS, Taiane Nascimento Souza. **Violência doméstica contra a mulher e suas consequências psicológicas**. Salvador-BA: 2006. Disponível em: <<http://newpsi.bvspsi.org.br/tcc/152.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2019.

LIMA, Fernando Antônio Tavernard. Renúncia nos crimes de Ação Penal Pública condicionada em casos de violência doméstica. In: **Poder Judiciário da União**. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Publicado em: 25/03/2008. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2008/renuncia-nos-crimes-de-acao-penal-publica-condicionada-em-casos-de-violencia-domestica-juiz-fernando-antonio-tavernard-lima>>. Acesso em: 03 ago. 2017.

MELLO, Marilia Montenegro Pessoa de. Da mulher honesta à lei com nome de mulher: o lugar do feminismo na legislação penal brasileira. **Revista Videre da Faculdade de Direito e Relações Internacionais da UFGD**. v. 2, n. 3. 2010. Disponível em: <http://www.periodicos.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/viewFile/885/pdf_27>. Acesso em: 28 abr. 2016.

STEFANELLO, Caroline Taffarel. 2019.

A DISCRIMINAÇÃO JURÍDICA NA APLICAÇÃO DAS LEIS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO, ASSIM COMO NA OBTENÇÃO DOS BENEFÍCIOS DA LEI 7.210 DE 11 DE JULHO DE 1984 – LEI DE EXECUÇÕES PENAIS

Geraldo Rodrigues

Advogado

Doutorando do Programa de

Pós-Graduação em Direito

Universidade Estácio de Sá – Rio de Janeiro-RJ

CRIMINAL PROCEEDINGS, AS WELL AS
IN OBTAINING THE BENEFITS OF LAW
7.210 OF JULY 11, 1984 - LAW OF PENAL
EXECUTIONS

ABSTRACT: To reduce the discomfort caused by controversial judicial decisions, with a greater emphasis on the application of criminal penalties, especially with respect to the diversity of understanding of the arguments presented by the Brazilian judiciary, a retrospective is necessary to demonstrate that discrimination in law enforcement criminal law is not of today, where, through the search of the past, lessons can be learned so that its application in the future is more just, equitable and democratic. This article aims to make some considerations about the applicability of criminal law, demonstrating that discrimination in its application renders justice unjust, escaping from the Aristotelian thought of the just penalty.

KEYWORDS: Criminal Discrimination - Fair Penalty - Equity in application - Special Law.

1 | INTRODUÇÃO

O presente trabalho procurou demonstrar a discriminação existente na aplicação da pena no sistema jurídico penal, a partir do exame de experiências empíricas, mormente quando se

RESUMO: Para diminuir o incômodo causado pelas decisões judiciais polêmicas, com maior ênfase na aplicação da pena na esfera criminal, em especial com respeito a diversidade de entendimento dos argumentos demonstrados pelo judiciário brasileiro, é preciso fazer um retrospecto para demonstrar que a discriminação na aplicação da lei penal não é de hoje, onde, através da busca do passado, pode-se retirar lições para que sua aplicação no futuro seja mais justa, equânime e democrática. Este artigo tem por objetivo tecer algumas considerações sobre a aplicabilidade da lei penal, demonstrando que a discriminação na sua aplicação torna a justiça injusta, fugindo do pensamento aristotélico da justa pena.

PALAVRA-CHAVE: Discriminação Penal – Pena Justa – Equidade na aplicação – Lei Especial.

LEGAL DISCRIMINATION IN THE
APPLICATION OF LAWS IN THE BRAZILIAN

começa a executar a pena aplicada.

Este estudo busca demonstrar que, já na prolação da sentença, é observado um viés discriminatório na aplicação da pena, continuando esta discriminação na sua execução, onde vários sinais de desigualdades no seu cumprimento testificam que a discriminação faz campo, demonstrando que de fato existem modelos diferentes de se aplicar a pena, dependendo do agente a quem ela se aplica.

Em que pese ser um assunto de grande relevância para nosso entendimento jurídico penal, a pesquisa mostra que ainda hoje encontra-se com certa facilidade exemplos de tal discriminação, não se vislumbrando, por conseguinte, modelos básicos para extirpar esta aberração da Lei.

2 | HISTÓRICO SOBRE A APLICAÇÃO DA LEI PENAL

As condições em que são submetidos os encarcerados no país, em nossas cadeias, sempre foram as piores possíveis e em razão disso, muitos estudos já foram elaborados, inclusive pesquisa empírica que me serviu de base para dissertação final de mestrado, fazendo com que mudanças ao longo dos tempos fossem aplicadas, sem, no entanto, chegar a um modelo minimamente humano e justo.

Cesare Beccaria, historiador italiano, já trazia a público, em sua obra “*Dos delitos e das Penas*”, o horror das práticas oficiais de tortura, assim como os castigos aplicados aqueles que infringiam a lei, desde julgamentos espúrios até sentenças hediondas e terrivelmente injustas, chegando o mesmo a dizer que não eram sentenças jurídicas, mas sim, um processo de VINGANÇA pelo crime praticado pelo acusado. Nesta obra, inclusive o mesmo relatava que as penas aplicadas eram em muitíssimas vezes mais cruéis e exageradas do que o próprio crime praticado pelo réu.

Beccaria afirmava que ninguém se levantava, senão de forma frouxa, contra a barbárie das penas em uso nos tribunais e nem se ocupavam em reformar as irregularidades dos processos criminais.

Raras as vezes em que se procurou destruir em seus fundamentos, as séries de erros acumulados desde vários séculos, destacando ainda que pouquíssimas pessoas tentaram reprimir, pelas forças das verdades imutáveis, os abusos de um poder sem limites, para que pusessem fim aos frequentes exemplos daquelas frias atrocidades que os homens poderosos encaravam como seus direitos.

Michel Foucault também destaca em sua obra “*Vigar e Punir*”, que até o século XVII, a máxima era a punição ao corpo, sem piedade e com o maior requinte de sofrimento físico ao réu possível, narrando que o afrouxamento destas práticas nos últimos séculos, trouxe modificações sobre a quem as punições deveriam ser dirigidas: Ao corpo ou a alma?

Hoje, o que se vislumbra e se torna uma praxe é que, apesar da substituição do sofrimento físico pelo sofrimento mental, através do encarceramento, longas penas

de prisão e transferências para cumprimento em local longínquo de seus familiares, ainda assim, ao arreio da lei, muitas mazelas são praticadas diariamente contra o apenado.

Apesar de seus direitos estarem previstos em lei, que impediriam, em teses, este comportamento por parte de seus executores, nada disso detém que os arbítrios se tornem rotineiros.

A pesquisa demonstrou que nem todos os condenados cumprem estas etapas, pois, conforme foi muito bem colocado pelo Lord Coke, figura lendária do mundo judiciário inglês, quando questionado pelo Rei James I da Inglaterra a respeito de sua condição de infalível e a sua desnecessidade de se curvar a lei, pois se assim procedesse trairia seu papel, demonstrando já naquele momento sua condição especial, acima dos reis mortais, tendo Lorde Coke então falado:

“ O Rei não está subordinado a homem algum, mas a Deus e ao Direito”

A prova do poder contra o Direito ficou demonstrada com a destituição de Lorde Coke pelo Rei.

Logo, subtrai-se daí que desde remotas épocas, os privilégios sobre questões jurídicas eram tão somente para os nobres, ricos e aqueles que podiam sustentar sua condição superior junto as cortes judiciais.

Roberto da Matta já destacava essa visão de classe privilegiada, através de seu livro “*Carnavais, Malandros e Heróis*”, quando dissecava a respeito da arrogância com que as classes dominantes (ou que assim pensavam ser) dirigiam-se aqueles que as contrariavam, com a seguinte frase; “*sabes com quem está falando?*”, demonstrando assim a visão que aqueles tinham de um mundo feito de categorias exclusivas, colocadas em um escala de respeito e deferências, fazendo com que a seu modo de ver, deveriam ser tratadas de formas diferentes, o que ainda hoje, quando da aplicação das penas, esta mesma classe ainda se julga pertencente a um direito que lhes assegura um tratamento processual diferenciado, um cumprimento de pena diferenciado, uma cadeia especial, benefícios especiais, tudo em razão de sua percepção de serem superiores aos demais cidadãos comuns do povo.

O Estudo mostrará adiante como a discriminação se faz presente no meio jurídico penal, em especial aos presos com menor poder aquisitivo.

3 | BRASIL: PRESOS E PENAS

O primeiro Código Penal no Brasil, denominado Código Criminal, foi sancionado por D. Pedro I e vigorou de 1831 até 1891, sendo então substituído pelo Código Penal dos Estados Unidos do Brasil.

Antes de sua vigência, usava-se como instrumento jurídico as Ordenações Filipinas, que primava por punições cruéis.

Esse novo código objetivava abolir tais práticas, avançando no respeito a

integridade física do preso, com a inviolabilidade dos direitos civis, igualdade jurídica em uma sociedade escravista, saindo da pena do castigo exemplar para a pena moderna.

No entanto, já ali a discriminação se fazia latente, pois a falácia da igualdade jurídica não passava de letras mortas, uma vez que um escravo que era condenado, não fazia jus às garantias constitucionais preservadas aos homens livres e brancos (*art. 179, n. XIII*), mormente em se tratando de infratores menores de 14 anos, uma vez que o critério para a aplicação da reprimenda residia o entendimento acerca do discernimento do infrator a respeito do ato praticado. Como quase 100% (cem) por cento dos menores que perambulavam pelas ruas eram escravos ou seus descendentes, para os julgadores, todos eles tinham discernimento, logo, a lei sempre lhes era aplicada na sua totalidade.

4 | APLICAÇÃO DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS

O sistema de cumprimento de pena no Brasil é o sistema progressivo, que se inicia em um regime mais gravoso e vai diminuindo gradativamente, para um mais benéfico ao apenado, conforme se usa na maioria dos países ocidentais, objetivando, ao final a reinserção do condenado à sociedade, restaurando-lhe os direitos de cidadão, quites com a justiça que o condenou.

Claro que para obter estes benefícios, o apenado necessita de cumprir algumas regras, pré-estabelecidas em leis, e ao fazê-las, capacita-se para o recebimento dos benefícios, contrariamente, não as fazendo, além de perder o direito a esses benefícios, ainda pode cair na regressão do regime.

O cumprimento destas regras são condições *sine qua non* para a obtenção dos benefícios, cujo maior objetivo é fazer com que o apenado se condicione a modelos comportamentais, para se inserir na sociedade de forma adequada e respeitando as regras sociais por ele violada. O mesmo benefício não é dado a presos com histórico de descumprimento dessas regras, tendo em vista que estes demonstram não estarem aptos a voltar para a sociedade devidamente conscientes de que se voltarem, certamente tornariam a delinquir.

O legislador, ao elaborar a Lei, procurou fazer com que o apenado não saísse direto do cumprimento de sua pena para a rua, necessitando de um “*treinamento*” para seu retorno ao convívio social, advindo daí a progressão, de fechado, semiaberto, aberto, prisão domiciliar até a extinção da pena.

Neste artigo, procura-se trazer a angústia que se desenvolve na mente do apenado que cumpre todas as normas pré-estabelecidas, se posiciona dentro do presídio obedecendo todos os comandos superiores, estudando, fazendo suas tarefas, cumprindo as ordens, não se envolvendo em conflitos nem tendo nenhum apontamento em sua ficha disciplinar e ao fim e ao cabo, não recebe o benefício na data legal.

É mais comum do que se imagina o questionamento que o apenado faz ao seu advogado sobre o porquê de seu vizinho de cela, que cometeu crime mais gravoso que o seu, tem obtido benefício de progressão e ele ainda continuar sem este direito, apesar de já ter cumprido o lapso temporal para tal.

Merece melhor atenção o fato de quando a pessoa é presa, por força de lei ela não pode mais ficar além de 24 horas nas delegacias, devendo ser transferida logo para o sistema prisional da SEAP.

A visita desta pessoa por seus parentes e familiares obedece a todo um critério burocrático para fazer a “carteirinha”, que leva, hoje em média, mais de 30 dias. Enquanto ela não ficar pronta, o preso não recebe visitas além de seu advogado.

Ocorre que, se o preso tem um advogado ou é pessoa influente, com conhecimentos, tais barreiras são derrubadas com grande velocidade, fazendo com que estes presos recebam, quase que de imediato as tão esperadas visitas.

Como? Intercedendo junto aos órgãos responsáveis, requerendo junto às assistentes sociais, enfim, preso sem advogado, é preso degredado!

Pode-se também considerar como um dos grandes entraves na aplicação da justa pena, correta pena, é a morosidade na conclusão do processo.

Quando o processo tramita nas comarcas da capital, tem uma velocidade maior e um desfecho mais rápido, em contrapartida, nas regiões metropolitanas, o processo leva mais tempo para ser concluído, penalizando ainda mais o Réu.

As razões defendidas pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro é de que nas comarcas da região metropolitana, o número de juízes é menor, as demandas são maiores e assim as dificuldades são inerentes ao grande acúmulo de processos.

Pergunta-se: Se as causas são conhecidas, porque não saná-las?

Logo, a discriminação neste caso fica por conta da região onde o preso é julgado, podendo ser percebido de que, de fato, se os processos forem fora da Capital (com algumas exceções), tem um desfecho mais demorado, as sentenças são mais severas, o acompanhamento no cartório é mais lento e quem sofre com isso é o preso, a família e toda a sociedade que clama por uma justiça mais eficaz que, porém, esbarra na falta de estrutura básica para tal.

Por exemplo, no processo de nr. 001.346234.2015.8.19.0021 M.B.F x M.P, julgado pela 2ª V.C. da Comarca de São João de Meriti, o réu foi preso em 14/03/2015 por prática de crime previsto no artigo 157, §2º do CP, sendo sua condenação publicada em 13/05/2016, isto é: 1 ano e dois meses depois, com pena de 06 anos de prisão em regime semiaberto e 15 dias multa.

Passados 1 ano e cinco meses, o mesmo continuava preso EM REGIME FECHADO, em castigo superior ao descrito em sua sentença, sem nenhum benefício desde sua prisão, não podendo trabalhar, estudar, se reinserir na sociedade, sem nenhuma justificativa do poder Judiciário para tal anomalia processual. Merece registro que em recurso impetrado pelo Ministério Público, o Tribunal de Justiça manteve a pena, porém recrudesceu o regime para fechado, mesmo não tendo o réu

cometido crime hediondo, ser primário e já ter cumprido mais de um sexto da pena, o que lhe daria direito, pela sentença de primeiro grau, se fosse cumprido o calendário justo processual, responder ao restante de sua pena em regime aberto.

Cabe esclarecer que, historicamente, no Código de Processo Penal foi estabelecido um prazo de 81 dias para a conclusão do processo, sendo tal prazo referendado pelo Artigo 8º da Lei do Crime Organizado.

Ocorre que tal prazo sempre foi menosprezado pelos juízes, tendo então o Superior Tribunal de Justiça emitido a Súmula 52, que criava um jeito todo especial de realizar essa contagem. Nessa Súmula, era considerado o prazo de 81 dias, porém desconsideravam que os 81 dias eram contados desde o inquérito até a sentença. Para o S.T.J, a contagem parava logo assim que as testemunhas de acusação se pronunciavam, transformando esse prazo bastante elástico.

No entanto, com a Lei 11.719/08, o que antes tinha um prazo de 81 dias, agora tem um prazo que varia entre 95 e 115 (isso sem contar a possibilidade de diligências, que a lei fez questão de não definir um prazo para a realização).

Não pode e nem deve ser desconsiderado que o Brasil, signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 7.5 e 8.2) e na Constituição (art. 5º, LXXVIII), é um dos defensores do prazo razoável para conclusão do processo, devendo tal dispositivo legal ser aplicado a todos os brasileiros, indistintamente do tipo penal a que responde.

Assim também ocorreu com o réu no processo de n: 003.2532.41.2013.8.19.0204 DMRC x MP, julgado pela 2ª. VC de Bangu e reformado pela 2ª. Câmara Criminal do TJ, preso em 08/10/2013 por prática prevista no Artigo 35 C/c 40, inc.IV da Lei 11.343/2006 em regime fechado à pena de 7 anos, seis meses e 1350 dias-multa, cuja reforma desclassificou o crime de associação para o tráfico de entorpecentes, condenando somente ao porte de arma de fogo, em desobediência à lei 10.286/03, com redução da pena para 5 anos e 20 dias-multa em regime fechado. Nesse caso, sendo réu primário, tendo praticado crime não hediondo, o justo cumprimento da pena seria regime semiaberto e pelo lapso temporal já cumprido, deveria ser transferido para o regime aberto.

Ambos os acusados, independente da gravidade do delito praticado, estão inseridos nos direitos da Lei de Execuções Penais, em especial o capítulo em que se destacam por não terem praticado crime hediondo, logo, obtendo benefício imediato, após o cumprimento de 1/6 de suas penas, a progressão para o regime semiaberto pelo lapso temporal cumprido, no primeiro caso, e semiaberto na pena e aberto pelo lapso temporal pelo cumprimento da pena em regime fechado desde a sua prisão, no 2º caso.

Observa-se que a discrepância na aplicação das penas, inicia-se na própria origem, pois as mesmas não se ativeram ao descrito no artigo 33 do Código Penal em vigor que diz:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

... .

*b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito) poderá, desde o princípio, cumprí-la em regime *semi-aberto*;*

A maior crítica que se faz às autoridades quando questionadas o porquê da violação das leis na execução penal, monocordiamente, dizem ser a falta de recursos para implementar uma política justa para que os presos possam cumprir suas penas em condições humanas, sem, no entanto, adentrarem no mérito da questão do afunilamento existente entre o ato prisional, a instrução criminal, a sentença e o cumprimento desta, cuja demora e falta de conexão entre os entes envolvidos faz com que apenados cumpram penas em regimes mais gravosos do que determinado em suas penas.

Apenados já com penas cumpridas que ajudam a inchar mais ainda o sistema e apenados que poderiam ter suas penas convertidas em restritivas de direito, caso fosse cumprida a Lei, com certeza, abriria vagas para aqueles que realmente não teriam outra alternativa a não ser o regime fechado.

Logo, a angústia do preso que vê seu direito a progressão de regime negado, por culpa exclusiva do sistema, cria um ambiente agressivo e nocivo a sua própria reinserção social, na medida em que a grande maioria da massa carcerária não tem condições de contratar advogados e a defensoria pública oferecida pelo Estado não tem material humano suficiente para atender ao grande contingente, que na data de hoje, em dado extra oficial chega a mais de 50.000 presos entre condenados e aguardando julgamento.

Como se não bastasse o próprio sofrimento interno, em razão de sua condenação, privação de liberdade e outras restrições, o apenado no Rio de Janeiro ainda tem que conviver com as mazelas que sofrem seus parentes, pais, esposas, filhos e filhas, que, por total falta de organização da Secretaria de Administração Penitenciária, faz com que, de início, o preso fique cerca de 30 dias para receber uma visita, data mínima para a obtenção de carteira de visitante para seus entes, culminando com a tortura psicológica que estes entes sofrem ao terem que madrugar na porta das unidades, com suas bolsas de alimentos preparados na noite anterior, para levarem um refrigerador a seus presos, com medo de serem barradas por trazerem algum tipo de alimento proibido, a critério do plantão do dia, com medo de perderem a hora da fila.

Até a bem pouco tempo passado, conviviam ainda com a pior tortura existente, o exame vexatório, onde eram mulheres idosas, senhoras, moças, meninas novas, crianças, bebês de fraldas, obrigadas a se despirem e fazerem movimentos corporais

perante as funcionárias para verificar se estavam transportando dentro de seus corpos algum objeto ilícito para dentro das unidades.

Todos esses horrores, em plena época atual, trazem para a família do apenado ou prisioneiro um sentimento de estarem cumprindo uma pena sem que tenham cometido nenhum crime.

O absurdo chegava às raias do inacreditável quando as mulheres, em caso de estarem menstruadas, eram obrigadas a trocarem o absorvente naquele momento e as crianças de fraldas, eram submetidas a trocarem-na naquele momento de revista, e as vezes, sendo obrigadas a passarem por um exame a olho nu, em razão de suas mães serem suspeitas de esconderem objetos ilícitos nas vestes das crianças, tudo feito através de ordens ríspidas e sem qualquer possibilidade de reclamação, sob o risco de terem suas carteiras recolhidas se demonstrassem qualquer ar de insatisfação com a violência moral ali empregada!

Essas práticas absurdas foram lentamente abolidas quando o Estado do Rio de Janeiro adquiriu ao preço de 19 milhões de reais, dinheiro cedido pela Assembleia Legislativa, 33 scanners corporais para serem usados nas entradas dos visitantes, com o fito de evitar a revista corporal.

Há notícias, porém, de que muitos não estão sendo usados em razão da falta de manutenção, o que dificulta a entrada dos familiares nas visitas, prolongando a fila de entrada e causando mais sofrimento ainda no ingresso no sistema prisional

É o tipo de notícia que chega aos apenados e seus familiares que aumenta mais ainda a agonia por que passam, ao saber que mesmo com seus benefícios vencidos, mesmo sabendo que seus familiares podem ser poupadados de passarem por constrangimentos inacreditáveis, permanecem injustamente encarcerados, mesmo tendo pago suas penas à sociedade, sofrendo em demasia por culpa exclusiva do Estado.

Na visão de Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo, em artigo publicado na revista Carta Capital, este diz que a escolha dos instrumentos de castigo para aumentar os custos do delito, aponta o cárcere como melhor instrumento para conseguir o pretendido efeito dissuasivo, no entanto, o sistema carcerário brasileiro está longe de ser um meio de contenção da criminalidade, ao se tornar cada vez mais um dos maiores propulsores do aumento da violência, pois as prisões tem contribuído para o aumento das taxas de criminalidade, sugerindo ainda um investimento maior nos programas de execução e acompanhamento das penas alternativas que ainda hoje não merecem a devida atenção do Estado.

Em um dos mais rumorosos casos explícitos da inoperância do Estado no cumprimento da Lei de Execuções Penais, no tocante ao benefício dos presidiários no Rio de Janeiro, foi um movimento feito pela Defensoria Pública ao impetrar 5.000(cinco mil) pedidos de Habeas Corpus no final de 2015, para que os presos que já tinham benefícios pudessem deles fazer uso, sendo 1.277 pedidos de livramentos condicionais, 778 progressões de regime semiaberto para prisão domiciliar, com

monitoramento eletrônico, todos com a motivação da demora da Vara de Execuções Penais em fazer valer os direitos do apenados.

A Vara de Execuções Penais, em uma visão utópica, tem, por Lei, três dias para verificar as condições do preso e deferir o seu pedido de progressão, como visto;

LEP - Lei nº 7.210 de 11 de Julho de 1984 - Institui a Lei de Execução Penal .

Art. 196. A portaria ou petição será autuada ouvindo-se, Em 3 (três) dias, o condenado e o Ministério Público, quando não figurem como requerentes da medida.

Logo, como pode ser verificado, este prazo, jamais, em tempo algum, é respeitado, tendo a VEP sempre justificado a demora ao dizer que falta verbas e funcionários para atender a toda a demanda, o que contribui mais ainda para a superpopulação carcerária, a insatisfação e tensão diária dentro do sistema penitenciário e o desnecessário gasto com a manutenção dos presos, que, caso fossem aplicadas as devidas providências para o deferimento dos pedidos de progressão, com certeza além do benefício social, uma vez que pais e arrimos de famílias poderiam voltar para suas residências e contribuírem com o sustento das mesmas, desoneraria o Estado de custos estratosféricos para a manutenção do sistema.

Para melhor ilustrar o caos, uma petição com pedido de progressão de regime para um apenado leva cerca de cinco meses para ser juntada e processada.

Merece registro que, segundo dados obtidos na Vara De Execuções Penais do Rio de Janeiro, em relatório emitido 15/03/2012, o Estado do Rio de Janeiro tinha na época um efetivo carcerário de 30.385 presos, e hoje, dados divulgados pela Secretaria de Administração Penitenciária (SEAP) revelam que (nímeros de novembro de 2017) esse número é de 50.007 presos.

a seguir divididos:

17 presídios masculinos em regime fechado , 05 presídios femininos em regime fechado (incluindo uma unidade materno-infantil), 02 presídios para presos que cumprem pena em regime aberto , 12 casas de custódias (presos temporários aguardando julgamento), 06 hospitais penitenciários, 01 centro de reabilitação e tratamento de dependentes químicos e 01 sanatório penal.

Segundo o artigo 83 da LEP, toda unidade deve ter “áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva”, de acordo com a natureza de cada uma.

Mas, desde que foi criada, a LEP vem sendo alterada para criar critérios específicos de atendimento à população carcerária.Em 2010, a Lei n. 12.245 determinou que os estabelecimentos penais tenham “salas de aulas destinadas a cursos do ensino básico e profissionalizante”. Segundo o levantamento do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (Depen), 48% das unidades têm sala de aula, 32% delas têm biblioteca, 18% oferecem salas para os

professores, 14% têm salas para reuniões ou encontros com a sociedade e 9% das unidades possuem sala de informática.

O Sistema Penitenciário divide suas unidades em células, dependendo da situação penal do apenado, como a seguir:

Penitenciária: é a unidade prisional destinada aos condenados a cumprir pena no regime fechado, enquanto as colônias agrícolas, industriais ou similares são destinadas aos presos do regime semiaberto e a casa do albergado, aqueles em regime aberto. Detentos provisórios devem aguardar o julgamento em cadeia pública.

Há ainda os hospitais de custódia, onde deve cumprir medida de segurança quem cometeu crime por algum problema mental e foi, por isso, considerado inimputável ou semi-imputável.

O Brasil tem 260 estabelecimentos penais destinados ao regime fechado, 95 ao regime semiaberto, 23 ao regime aberto, 725 a presos provisórios e 20 hospitais de custódia, além de 125 estabelecimentos criados para abrigar presos dos diversos tipos de regime, de acordo com os últimos números do Depen, referentes a junho de 2014. O levantamento revela, no entanto, que a separação dos presos por tipo de regime de pena prevista em lei não está sendo cumprida. Das 260 penitenciárias, por exemplo, que deveriam abrigar exclusivamente condenados ao regime fechado, somente 52 seguem a LEP.

Presídio Feminino – Desde 2009, a lei prevê que as penitenciárias que abrigam mulheres tenham instalações próprias para gestantes e mulheres que deram à luz recentemente. A Constituição Federal assegura às mulheres presas o direito a ter condições para permanecer com os filhos “durante o período de amamentação”, mas a LEP estabelece que as penitenciárias tenham creche “para abrigar crianças maiores de seis meses e menores de sete anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa”. A Lei prevê ainda que a equipe dessas unidades deverá ser composta apenas de agentes do sexo feminino.

Números de 2014 do INFOPEN (M.J.) mostram que entre 2000/2014 houve um aumento de 567,4% de mulheres presas no Brasil, totalizando 37.380 presidiárias, enquanto neste mesmo período, o número de homens encarcerados aumentou em 220,20%.

Em 08/03/2016, passou a vigorar a Lei. 13.257 que diz que a mulher com filhos menores de 12 anos, deve cumprir a pena em regime domiciliar.

Assim, através de uma visão empírica da total discriminação da aplicação da Lei de Execuções Penais, arrimada no Artigo 33 do Código Penal Brasileiro, vislumbra-se que na maioria das penas aplicadas em crimes contra a administração pública, crimes de improbidade administrativas, crimes de estelionato, crimes de cuja autoria são de altas autoridades, a aplicação da pena tem sido feita de forma discriminatória com os demais condenados no país, a saber:

- Caso Sergio Naya – Pallace 2 – desabamento em 1998 - 8 pessoas morreram, 150 desabrigadas, dono da construtora, absolvido, morreu de morte

natural em 20/02/2009 sem cumprir um dia de cadeia.

- Caso BateauMouche- naufrágio em 1989 – 55 mortes, 87 salvas por terceiros, proprietários condenados a quatro anos de prisão em regime semiaberto, evadiram-se para a Espanha. Autoridades, Capitania dos Portos, todos absolvidos
- Ação Penal 470 – STF – Crime do Mensalão:
- José Dirceu – 8anos – Semiaberto , José Genuíno – 6anos e 11meses – Semiaberto, João Paulo Cunha – 9anos e 4meses – Semiaberto, Pedro Henry- 7anos e 2meses –Semiaberto, Valdemar Costa Neto- 7anos e 10meses – Semiaberto, Bispo CarlosRodrigues – 6anose 3meses – Semiaberto, Roberto Jefferson – 7anos e 14dias - semiaberto

Registre-se que hoje, todos já estão em casa, salvo aqueles que voltaram a praticar novos crimes, em um novo tempo, AGORA!

5 | CONCLUSAO

Dentre tantas outras críticas que se faz ao sistema prisional brasileiro, uma das que merece um estudo mais aprofundado, reside no fato de que a Vara de Execuções Penais ser um único órgão responsável pela administração de mais de 30.000 presos, no Estado do Rio de Janeiro, em um setor com poucos funcionários, equipamentos obsoletos, contribuindo para a morosidade e inoperância na aplicação da Lei de Execuções Penais conforme explicitada em seu inteiro teor.

Por ser um assunto muito rico e com muita informação, é necessário um estudo mais aprofundado para uma melhor análise das mazelas enfrentadas pelos apenados do Rio de Janeiro, assim como as dificuldades enfrentadas por seus entes para que possam fazer a justa justiça, uma vez que, se é um direito amparado na Lei, com respaldo constitucional, não há que se discutir se a Lei é boa ou ruim, a Lei é a lei e portanto, deve ser cumprida, pois se a Lei não for boa, mude-se a lei.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de, disponível em <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/descaracterização-e-segurança-publica>>.Acesso em:28 jun.2016.

BECCARIA,Cesare.Bonesana,Marchesidi, 1738-1794.**Dos delitos e das penas/ CesareBeccaria**;tradução de J.Cretella Jr. e Agnes Cretella – 3.ed.rev.São Paulo:Ed.Revista dos Tribunais,2006 –(RT Textos fundamentais)

DAMATTA, Roberto.1936-Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro- 6^aed.Rio de janeiro: Rocco, 1997, pg.186.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Trad. Lígia M. Ponde Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1987.

GARAPON, Antoine – **Julgar nos Estados Unidos e na França**, Lumis Juris, 2008.pg.176 - Prohibitionsdel Roy,12 Co.Rep.63,65 (1612).

GARCIA, Daniel Melo. **desenvolvimento histórico da responsabilização do menor infrator**, disponível em:http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10594.acesso em:19/11/2016.

SOBRE A ORGANIZADORA

KAROLINE COELHO DE ANDRADE E SOUZA é professora de Direito no Centro Universitário do Vale do Iguaçu (UNIGUAÇU), pesquisadora do LABTESP - Laboratório de Pesquisa Interdisciplinar em Teoria Social/Teoria Política e Pós-Estruturalismo, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual de Ponta Grossa e advogada inscrita na OAB/PR n. 77.135. É especialista em Filosofia e Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), e mestre em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Possui interesse na pesquisa dos seguintes temas: democracia, direitos humanos, Estado Democrático de Direito, direito penal, segurança pública, filosofia política, teoria social contemporânea e pós-estruturalismo.

ÍNDICE REMISSIVO

A

Advocacia 94

Audiência 154

C

Cidadania 97, 100, 102, 103, 110, 112, 117, 121, 126, 187

Ciências Sociais 283

Constituição 5, 2, 7, 9, 10, 25, 26, 30, 31, 34, 37, 38, 39, 40, 43, 50, 51, 53, 54, 66, 68, 69, 70, 73, 74, 75, 78, 80, 81, 83, 84, 87, 89, 91, 92, 93, 94, 95, 98, 100, 102, 106, 131, 135, 136, 138, 141, 144, 145, 146, 149, 150, 152, 153, 156, 157, 158, 162, 163, 164, 168, 170, 176, 177, 178, 180, 181, 182, 186, 187, 188, 189, 196, 198, 199, 200, 205, 210, 254, 255, 260, 270, 276, 280

D

Democracia 38, 59, 71, 126

Dignidade Humana 66, 76, 87

Direito Administrativo 84, 86, 90, 95

Direito Civil 66, 76, 87

Direito Constitucional 5, 40, 66, 76, 87, 162, 164, 176

Direito de Família 6

Direito Penal 6, 46, 49, 158, 239, 243

Direito Processual Civil 13, 19

Direito Público 11, 84, 86, 187, 198

Direitos Fundamentais 152, 153, 163, 176, 259, 262

Direitos Humanos 43, 44, 49, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 110, 111, 113, 114, 115, 116, 129, 139, 140, 144, 151, 226, 227, 229, 232, 235, 236, 249, 276, 283

E

Educação em Direitos Humanos 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 110, 111, 113, 114, 115, 116

Equidade 271

Estado Democrático de Direito 42, 49, 70, 79, 98, 123, 144, 202, 283

Execução Penal 87, 247, 254, 255, 258, 260, 270, 279

J

Justiça 5, 6, 1, 11, 20, 23, 24, 40, 66, 72, 75, 76, 77, 80, 81, 82, 83, 84, 86, 87, 102, 103, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 187, 199, 232, 235, 254, 260, 270, 275, 276, 279
Justiça social 87

L

Legislação 216, 223

M

Mediação 211

O

Ordenamento Jurídico 42, 47, 66

P

Poder Judiciário 23, 44, 49, 81, 118, 125, 145, 189, 198, 201, 267, 270
Política 25, 30, 42, 110, 113, 138, 155, 205, 210, 232, 236, 283

Agência Brasileira do ISBN
ISBN 978-85-7247-512-9



9 788572 475129