

LIVROS DO CONIBDH

DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS II

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer
COORDENADORA

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer
(Coordenadora)

LIVROS DO CONIBDH:
**DIREITOS HUMANOS
FUNDAMENTAIS II**

FDV PUBLICAÇÕES
2016

FDV Publicações

Editora responsável

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer

Diagramação e capa

Studio S Diagramação e Arte Visual

I Congresso Internacional de Bioética e Direitos Humanos – I CONIBDH

Presidente do I CONIBDH – Elda Coelho de Azevedo Bussinguer

Comissão Organizadora – Ana Paula Rodrigues Luz Faria; Carolina Nunes de Freitas; Gustavo Gobbi Martinelli; Luana Petry Valentim; Shayene Machado Salles.

Organização – Faculdade de Direito de Vitória (FDV); Grupo de Estudos, Pesquisa e Extensão em Políticas Públicas, Direito à Saúde e Bioética (BIOGEPE)

Parceiros – Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES); Sociedade Brasileira de Bioética (SBB); Programa de Pós-Graduação em Bioética Cátedra Unesco de Bioética da Universidade de Brasília; Prefeitura Municipal de Vitória (PMV); Red Latinoamericana y del Caribe de bioética (Redbioética/Unesco)

Dados internacionais de catalogação na publicação (CIP)

L788 Livros do Conibdh : direitos humanos fundamentais II [recurso eletrônico on-line] / coordenadora Elda Coelho de Azevedo Bussinguer. – Vitória : FDV Publicações, 2016.

Inclui Bibliografia

ISBN 978-85-68600-07-8

Modo de acesso: <http://site.fdv.br/publicacoes/>

1. Direitos humanos – Estudo e Ensino. 2. Bioética – Estudo e ensino. I. Bussinguer, Elda Coelho de Azevedo. II. Congresso Internacional de Bioética e Direitos Humanos.

CDU 342.7:608.1

Ficha catalográfica elaborada por Ana Paula Galdino de Deus CRB 6/ES 798
2016

Proibida a reprodução parcial ou total desta obra sem autorização da Editora
Todos os direitos desta edição reservados pela Editora FDV Publicações.

Tel.: (27)3041-3669

site: www.fdv.br

E-mail: publicacoes@fdv.br

SUMÁRIOS

APRESENTAÇÃO | 7

O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO EQUILIBRADO COMO PRESSUPOSTO DA DIGNIDADE HUMANA DO TRABALHADOR

Ana Paula Dutra Pontin | 10

PROTEÇÃO JURÍDICA DO TRABALHADOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL: ADI Nº 3937 E A CONSTITUCIONALIDADE DO USO DO AMIANTO NO BRASIL

Antônio de Pádua Faria Júnior • Marina Pedigoni Mauro | 32

ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO: RELAÇÃO ENTRE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS SOB A PERSPECTIVA DO TRT-ES

Vítor Pizol de Rezende | 47

O CAPITALISMO FLEXÍVEL E A SAÚDE DO TRABALHADOR: NOVOS PARADIGMAS E O PROBLEMA DA EFETIVIDADE DO DIREITO

Vinicius Pinheiro Marques | 59

CONTRIBUIÇÕES DA TERAPIA COGNITIVO COMPORTAMENTAL NO TRATAMENTO À OBESIDADE: QUANDO PERDER É GANHAR

Erika Costa Barreto • Eliete Correa Resende | 80

A PRIVATIZAÇÃO DA SAÚDE SOB UMA ANÁLISE DO CONCEITO DE HEGEMONIA DE ANTÔNIO GRAMSCI

Wantuil Júnior de Angelo Lima | 100

A CRISE ENTRE SAÚDE E PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL ATRAVÉS DA JUDICIALIZAÇÃO DE DEMANDAS: APRESENTAÇÃO DE OUTROS ATORES RESPONSÁVEIS E A NECESSIDADE DE UM PENSAMENTO BIOÉTICO

Diego Hermínio Stefanutto Falavinha • Patrícia Borba Marchetto | 114

A CELERIDADE PROCESSUAL NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS À LUZ DO DIREITO À SAÚDE

Raquel Vitória Da Silva • Ivy de Souza Abreu | 133

ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DA AI Nº. 529.694 A PARTIR DO DEBATE ENTRE HART E DWORKIN

Ronaldo Félix Moreira Júnior • Wantuil Júnior de Angelo Lima | 147

O PODER JUDICIÁRIO COMO SUPEREGO DA SOCIEDADE: ANÁLISE DO ATIVISMO JUDICIAL NO CASO DA MÚSICA “E POR QUE NÃO?”

Rodrigo Monteiro da Silva | 163

O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: A BUSCA PELA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS

Eduarda Fontana e Oliveira Machado | 181

PARA UMA EMANCIPAÇÃO CURRICULAR NOS CURSOS JURÍDICOS: OS ESPAÇOS DE MEMÓRIA E OS MOVIMENTOS SOCIAIS

Livia Salvador Cani | 198

HOMESCHOOLING NO BRASIL: COMO DIREITO FUNDAMENTAL DA FAMÍLIA À EDUCAÇÃO

Michele de Oliveira Sampaio

Ivy de Souza Abreu | 212

TRABALHO INCLUSÃO SOCIAL E EMANCIPAÇÃO: PENSANDO UMA POLÍTICA PÚBLICA DE EDUCAÇÃO

Sabrina de Souza Menezes | 225

A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL: FALÁCIA E IMEDIATISMO

Gabriel Sardenberg Cunha | 241

A (IN) EFICÁCIA DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS APLICADAS AOS MENORES ENVOLVIDOS COM O TRÁFICO DE DROGAS EM MARATAÍZES-ES À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Naylla Ramos Gonçalves Nunes • Ivy de Souza Abreu | 258

O RECONHECIMENTO DA ASSISTÊNCIA RELIGIOSA, PREVISTO NA LEI 7210/84, UM INSTRUMENTO ESTATAL PARA RESSOCIALIZAÇÃO VERSO O PRINCÍPIO DO ESTADO LAICO

Romerito Oliveira da Encarnação • Paulo Sérgio Rizzo | 272

O NASCIMENTO DA VIGILÂNCIA COMO INSTRUMENTO DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA ALTERAÇÃO PELA ERA DA INFORMAÇÃO

Ronaldo Félix Moreira Júnior | 297

O USO DE TECNOLOGIAS E A PARTICIPAÇÃO POLÍTICA NO BRASIL: TIRANIA DA MINORIA?

Sonia do Carmo Grobério | 315

O POLÊMICO MÉTODO DE IMPLANTAÇÃO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS: O CASO DAS COTAS RACIAIS

Lya de Oliveira Moura | 329

A VULNERABILIDADE E A PROPAGANDA INFANTIL: DO CONTROLE À PROIBIÇÃO ABSOLUTA COMO GARANTIDORES DA PROTEÇÃO INTEGRAL À INFÂNCIA

Tatiana Mareto Silva | 343

DA EXIGÊNCIA DO INÍCIO DA INVALIDEZ OCORRER ANTES DA EMANCIPAÇÃO OU DO
PERFAZIMENTO DE 21 ANOS

Caroline Bonacossa Lima • João Guilherme Salve • Ivy de Souza Abreu | 359

AS ENTRAVES DA ADOÇÃO BRASILEIRA

Michele Miranda Abu Dioan | 382

A CONSTRUÇÃO DO ESTADO DE DIREITO SOCIOAMBIENTAL A PARTIR DA PERSPECTIVA DE
JÜRGEN HABERMAS: A CONSOLIDAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL SOCIOAMBIENTAL COMO
ELEMENTO DE AFIRMAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Tauã Lima Verdan Rangel | 393

O DIREITO ANIMAL COMO PRESSUPOSTO DE RESSIGNIFICAÇÃO SEMÂNTICA DOS DIREITOS
HUMANOS: PARA UM CONSTITUCIONALISMO BIOCÊNTRICO

Jailson José Gomes da Rocha | 413

APRESENTAÇÃO

Esta obra, produzida a partir de trabalhos apresentados no I CONIBDH – Congresso Internacional de Bioética e Direitos Humanos –, realizado na cidade de Vitória, nos dias 28 e 29 de maio de 2015, contém ensaios acerca da temática proposta, produzidos por pesquisadores das mais diversas regiões e com as mais diferentes formações, que se propuseram a debater o tema e submetê-lo ao olhar externo com vistas a fomentar o diálogo e construir uma aproximação entre Bioética e Direitos Humanos, tendo como ponto de partida a Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos da UNESCO, documento que representa um marco na aproximação entre essas duas áreas e que se constitui como referencial para todos que se propõem a pensar os conflitos que se apresentam no cotidiano da vida humana e para os quais são necessárias tomadas de decisão fundamentadas e balizadas por princípios pretensamente universais.

Sem a pretensão de configurar-se como uma obra de homogeneidade e densidade teórica, em razão de sua natureza, resultante de um evento de grande porte que reuniu mais de quinhentas pessoas de distintas visões de mundo e de ciência, os três livros resultantes do I CONIBDH representam uma oportunidade de conhecer a multiplicidade de interesses temáticos e as pessoas que se acham envolvidas em pesquisas ou refletindo sobre questões que se apresentam como relevantes e necessárias de serem enfrentadas na atualidade.

Em razão do grande volume de trabalhos apresentados no evento e submetidos à análise para publicação, optou-se por dividi-los em três livros, que ora apresentamos à leitura, intitulados “Livros do CONIBDH: Bioética”; “Livros do CONIBDH: Direitos Humanos Fundamentais I” e; “Livros do CONIBDH: Direitos Humanos Fundamentais II”. Assim, o que denominamos “Livros do CONIBDH” é o resultado desse esforço coletivo de dar espaço para

que os pesquisadores e interessados no tema se apresentem e possam construir pontes e espaços de aproximação, com vistas ao desenvolvimento de novas investigações, quem sabe de caráter interinstitucional que aglutinem pessoas e temas de forma mais vigorosa.

Registre-se também que o I Congresso Internacional de Bioética e Direitos Humanos reuniu vinte e nove palestrantes do mais alto reconhecimento nacional e estrangeiro como pode ser observado na programação que anexamos à presente apresentação.

O I CONIBDH representou uma oportunidade singular de reunião, num único espaço físico, de reflexões e de discussões que transcenderam a formalidade acadêmica e o dogmatismo, convidando-nos a (re)pensar a Declaração Internacional de Bioética e Direitos Humanos a partir de uma perspectiva transdisciplinar. As cinco Conferências ministradas por renomados pesquisadores – Dr. Volnei Garrafa (PPG-Bioética/UnB); Dra. Susana Vidal (RedBioética/UNESCO); Dra. Rita Laura Segato (PPG-Bioética/UnB); Dr. Miguel Kottow (Universidade do Chile) – contemplaram temas bastante caros à comunidade científica assegurando aos debates suscitados abordagens teóricas qualificadas voltadas para o enfrentamento ético de temas academicamente relevantes como: as reflexões e as críticas que envolvem a Declaração de Bioética e Direitos Humanos da UNESCO; os pilares da UNESCO para Educação no século XXI; o pluralismo jurídico e o pluralismo bioético.

Além disso, as doze Mesas redondas e os cinco Grupos de Trabalho que integraram o evento possibilitaram o compartilhamento de pesquisas, a formulação de novos projetos, a aproximação entre pesquisadores e destes com a sociedade civil, a inquietude intelectual frente às complexidades que se apresentam neste mundo em permanente transformação e desenvolvimento.

Passado um ano após o I CONIBDH ainda colhemos frutos aprazíveis, produto das experiências e das interações proporcionadas pelo evento e, além disso, resultantes da seriedade e do comprometimento de todos os envolvidos.

O debate multidisciplinar travado com a comunidade acadêmica nacional e internacional, profissionais da Saúde, do Direito, e integrantes da Sociedade Civil permitiu a discussão de temas ligados à Bioética, aos Direitos Humanos, à interculturalidade, à vulnerabilidade, à exclusão social, à equidade, à universalidade no atendimento à saúde, ao bem-estar social e à responsabilidade social, dentre outros, propiciando o desenvolvimento de estudos acadêmicos que contribuam para novos enfoques, teses e discussões sobre as questões que envolvam a temática do evento em seus mais variados campos de aplicação, especialmente voltadas para os acontecimentos recentes da sociedade nacional e internacional e sua repercussão frente aos princípios enunciados na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO.

Merece destaque nesta apresentação que o evento, que teve como produto estes três livros, contou com o apoio inestimável do prof. Volnei Garrafa, professor da Universidade de Brasília (UnB) que contribuiu de forma vigorosa em todas as etapas da organização e em especial na programação e aproximação entre palestrantes e comissão organizadora do evento.

Cinco mestrandos tiveram atuação ativa e vital na concepção, na organização, na realização do evento e na preparação do que chamamos “Livros do Conibdh” e, nesse sentido, dedico a eles este trabalho, que é fruto do esforço, do ânimo, da competência, da dedicação, da coragem e da alegria com que se envolveram em todas as atividades tanto nas preparatórias quanto nas posteriores.

Cada pessoa que se envolveu na organização e execução do evento, em especial os funcionários da FDV, que foram incansáveis na busca da perfeição, têm parte neste livro, no qual, apenas por exigências de editoria, encontro-me na condição de coordenadora.

Profa. Dra. Elda Coelho de Azevedo Bussinguer

Presidente do I Congresso Internacional de Bioética e Direitos Humanos da Unesco (I CONIBDH). Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (PPGD-FDV).

O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO EQUILIBRADO COMO PRESSUPOSTO DA DIGNIDADE HUMANA DO TRABALHADOR

ANA PAULA DUTRA PONTIN¹

RESUMO

Não se olvida que uma tutela ambiental efetiva é capital para a manutenção da biodiversidade e, conseqüentemente, para a própria existência humana, quanto mais atualmente, quando se vivencia uma crise dos recursos naturais cada vez mais acentuada pela massiva degradação do meio ambiente, exigindo uma consciência ambiental proativa de todos os seguimentos da sociedade. O mundo do trabalho não destoa dessa premissa, haja vista que o meio ambiente do trabalho consiste num dos aspectos do meio ambiente em sentido amplo e, ser o mesmo adequado, equilibrado e salubre é vital para que se garanta a dignidade da pessoa humana do trabalhador. Nesta esteira, considerando que é em seu ambiente de trabalho que o obreiro passa grande parte da sua vida, necessário que as condições que lhe garantam uma existência digna também sejam empreendidas no ambiente laboral, de modo que a bandeira da sustentabilidade que se encontra diretamente relacionada à proteção do meio ambiente como um todo, seja também hasteada de modo efetivo no âmbito laborativo, em prol do elemento humano da relação laboral e de sua qualidade de vida, tornando assim cada vez mais efetivas as diretrizes que já vem sendo empreendidas sob o nobre objetivo de se garantir os direitos da personalidade do trabalhador, oferecendo-lhe condições laborais dignas capazes de preservar sua incolumidade física e psíquica, como também envidando esforços para que não lhe sejam causados danos de natureza existencial.

Palavras-chave: Meio Ambiente do Trabalho. Saúde. Trabalhador.

INTRODUÇÃO

Dentre as máximas populares está aquela que afirma que o trabalho engrandece e dignifica o homem. De fato, ter um ofício por meio do qual a pessoa possa prover o seu sustento e o de sua família é o que há de mais sublime no universo trabalhista, quanto mais em um momento no qual o fantasma do desemprego volta a assombrar a população do nosso país. Ter um emprego, é bem verdade, dignifica e também contribui para o alcance da plenitude da cidadania.

Ocorre que não basta que a pessoa simplesmente tenha um trabalho. Necessário que esse seja digno, em condições que lhe garantam bem-estar, segurança e preservação de sua

¹ Advogada. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário de Araras – UNAR em parceria com Ideal Educacional e Complexo Jurídico Damásio de Jesus. Aluna da pós-graduação *lato sensu* em Direito e Processo do Trabalho da Faculdade de Direito Damásio de Jesus e Aluna Especial do Mestrado em Direito Processual Civil da Universidade Federal do Espírito Santo – UFES. GT II - Bioética e Saúde. E-mail: dutraap@hotmail.com.

incolumidade física e psíquica, como seja, preservação de sua vida no sentido mais amplo da palavra. Assim, vê-se que é de suma importância ser proporcionado ao trabalhador um ambiente de trabalho adequado, cujo equilíbrio sirva ao atendimento dessas necessidades.

Neste diapasão, verifica-se uma inter-relação da questão laboral acima descrita com a questão ambiental como um todo, uma vez ser fato que uma tutela ambiental efetiva é capital para a manutenção da biodiversidade e, conseqüentemente, para a própria existência humana, quanto mais nos dias atuais, quando se vivencia uma crise dos recursos naturais cada vez mais acentuada pela massiva degradação do meio ambiente, o que exige uma consciência ambiental proativa de todos os seguimentos da sociedade.

Sendo assim, considerando que o meio ambiente do trabalho consiste em um dos aspectos do meio ambiente em sentido amplo, cujos princípios básicos devem ser interpretados e aplicados também à luz da seara juslaboral, ser o mesmo adequado, equilibrado e salubre é vital para que se garanta a dignidade da pessoa humana do trabalhador.

Neste contexto, o problema que se vislumbra é que nem sempre o ambiente de trabalho é adequado, o que tem causado sérias conseqüências na vida dos trabalhadores ali inseridos, contrariando os ideais da constitucionalização da ordem jurídica justa, que foi marcada pela proteção à dignidade da pessoa humana em todas as esferas, de maneira que esse passou a ser o princípio em torno do qual gravita todo o nosso ordenamento jurídico.

Neste interim, sendo certo que laborar em um meio ambiente de trabalho inadequado fere a dignidade humana do trabalhador, o objetivo do trabalho em epígrafe é fazer uma reflexão neste sentido, considerando que é em seu ambiente de trabalho que a pessoa passa um terço de sua vida e que, por vezes, acaba neste sendo vitimada por um ambiente não condizente com sua dignidade humana, razão pela qual, necessário que as condições que lhe garantam uma existência digna também sejam empreendidas no ambiente laboral, de modo que a bandeira da sustentabilidade que se encontra diretamente relacionada à proteção do meio ambiente em sua acepção ampla, seja também hasteada de modo efetivo no âmbito laborativo, em prol do elemento humano da relação laboral, qual seja, do trabalhador.

Sob essa perspectiva e com enfoque na importância que a matéria assume, quanto mais na atualidade, por todas as razões acima expostas, é que o ensaio em epígrafe encontra justificativa, cumprindo salientar que o mesmo não se trata de uma pesquisa empírica, mas em um trabalho de revisão de bibliografia, associado à pesquisa documental, cujas fontes serão as doutrinas e normatizações que abordam a temática.

DESENVOLVIMENTO

O MEIO AMBIENTE E O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO.

Sem ambages, a questão ambiental é (ou deveria ser) uma das maiores preocupações da sociedade atual, eis que o contexto no qual a nossa geração encontra-se inserida tem sido permeado por grandes catástrofes ambientais. São terremotos, *tsunamis*, grandes enchentes e secas semelhantes àquelas vistas apenas em regiões desérticas.

Diante desse cenário, não é preciso ser grande estudioso da questão ambiental para assimilar que as demandas ambientais reclamam soluções urgentes, ao passo que a própria existência humana está de fato condicionada à conservação dos recursos naturais e proteção do meio ambiente como um todo. É premente a necessidade que se detenha a degradação ambiental e que se busque uma relação sustentável entre o meio ambiente e o desenvolvimento das sociedades.

Forçoso entender que, conforme enfatizado por Norma Sueli Padilha:

Os problemas ambientais suscitados pela atual sociedade de risco global não se limitam às agressões e degradação sistemática do meio ambiente natural, mas atinge o ser humano em todos os seus ambientes artificialmente construídos, desde o espaço urbano das cidades até o espaço laboral das atividades produtivas (PADILHA, 2011, p. 231).

Inobstante as considerações feitas até aqui, necessário consignar que essa preocupação com o meio ambiente demanda a atuação do poder público em tomar as providências necessárias à sua proteção, inclusive, fomentando políticas públicas que promovam a educação ambiental para que a conscientização neste sentido seja uma constante na sociedade, proporcionando que a coletividade também possa atuar de maneira cognitiva nesse processo.

Outrossim, não se pode olvidar que a matéria ambiental tem sido constantemente debatida em conferências de abrangência global, por meio das quais se busca, inclusive, que os países – mormente os desenvolvidos – se comprometam de forma efetiva com o meio ambiente, buscando soluções e alternativas para dele se fazer uso, evitando comprometer ainda mais o seu equilíbrio.

O MEIO AMBIENTE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Em se tratando da questão ambiental no nosso país, vale destacar a especial proteção ao meio ambiente conferida pela Constituição Federal de 1988, sendo a carta constitucional em

comento o grande marco da preocupação ambiental no ordenamento jurídico pátrio, tendo sido o meio ambiente equilibrado pontualmente garantido a todos, nos termos do seu art. 225.²

Imperioso registrar que a doutrina dá grande destaque ao dispositivo em apreço, buscando conceituar os vocábulos ali inseridos, no afã de estabelecer a relação entre os mesmos, de cujo trabalho inclusive se extrai o conceito de Direito ao Meio Ambiente.

Neste sentido, afirmar que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado significa dizer, segundo Machado, que:

O direito ao meio ambiente equilibrado é de cada um, como pessoa humana, independente de sua nacionalidade, raça, sexo, idade, estado de saúde, profissão, renda ou residência.

O uso do pronome indefinido – todos – alarga a abrangência da norma jurídica, pois, não particularizando quem tem direito ao meio ambiente, evita que se exclua quem quer que seja (MACHADO, 2003, p. 2).

Por ser o meio ambiente um direito de cada um e de todos ao mesmo tempo, seu caráter transindividual resta revelado, de modo que o autor acima mencionado destaca o conceito de Direito ao Meio Ambiente extraído das análises do Supremo Tribunal Federal, senão vejamos:

² CF/88

Art. 225 – Todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

O Supremo Tribunal Federal, através do voto do Relator Ministro Celso de Mello, conceituou o direito ao meio ambiente “como um típico direito de terceira geração que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo o gênero humano, circunstancia essa que justifica a especial obrigação – que incumbe ao Estado e à própria coletividade – de defendê-lo e de preservá-lo em benefício das presentes e futuras gerações (Mandado de Segurança 22.164-0/SP, DJU de 17.11.1995 *apud* MACHADO, 2003, p. 3).

O equilíbrio ecológico, por sua vez, também é conceituado. Assim, segundo o entendimento de Giovanetti e Madalena citados por Machado: “É o estado de equilíbrio entre os diversos fatores que formam um ecossistema ou *habitat*, que pode ser desestabilizado pela ação humana, seja por poluição ambiental, por eliminação ou introdução de espécies animais e vegetais.” (MACHADO, 2003, p. 3).

Ainda segundo Machado:

O equilíbrio ecológico não significa uma permanente inalterabilidade das condições naturais. Contudo, a harmonia ou a proporção e a sanidade entre os vários elementos que compõem a ecologia – populações, comunidades, ecossistemas e biosfera – hão de ser buscados intensamente pelo poder público, pela coletividade e por todas as pessoas (Mandado de Segurança 22.164-0/SP, DJU de 17.11.1995 *apud* MACHADO, 2003, p. 3).

Foi também no artigo 225 da Constituição Federal de 1988 que o conceito de meio ambiente foi inserido na categoria de bem de uso comum do povo, de maneira que a função social e ambiental da propriedade passaram a servir de esteio à gestão do meio ambiente, rompendo com as barreiras impostas pelos conceitos de propriedade pública e privada, como seja:

O poder público passa a figurar não como proprietário de bens ambientais – das águas e da fauna – mas como um gestor ou gerente, que administra bens que não são dele e, por isso, deve explicar convincentemente sua gestão. A aceitação dessa concepção jurídica vai conduzir o Poder Público a melhor informar, a alargar a participação da sociedade civil na gestão dos bens ambientais e a ter que prestar contas sobre a utilização dos bens “de uso comum do povo”, concretizando um “Estado Democrático e Ecológico de direito” (MACHADO, 2003, p. 4).

Fato é que um meio ambiente ecologicamente equilibrado é condição *sine qua non* para que se obtenha uma sadia qualidade de vida, restando claro que o direito à vida garantido constitucionalmente como direito fundamental, passa pelo existir dentro de um meio ambiente saudável, sendo certo que o direito à saúde não se restringe tão somente a não se ter doenças registradas num determinado momento. Vai muito além disso, devendo-se considerar também “O estado dos elementos da natureza – águas, solo, ar, flora, fauna e paisagem – para

aquilatar-se se esses elementos estão em estado de sanidade e se de seu uso advêm saúde ou doenças e incômodos para os seres humanos.” (MACHADO, 2003, p. 4).

Dando continuidade ao raciocínio de enumerar a conceituação trazida pelo artigo 225 da Constituição Federal de 1988, cumpre analisar neste momento a imposição constitucional dirigida tanto ao poder público quanto à coletividade, do dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

Neste interim, Machado ainda preleciona:

A Constituição está bem formulada, ao terem sido colocados conjuntamente o poder público e a coletividade como agentes fundamentais na ação defensora e preservadora do meio ambiente. Não é papel isolado do Estado cuidar sozinho do meio ambiente, pois essa tarefa não pode ser eficientemente executada sem a cooperação do corpo social.

O poder público e a coletividade deverão defender e preservar o meio ambiente desejado pela Constituição e não qualquer meio ambiente. O meio ambiente a ser defendido e preservado é aquele ecologicamente equilibrado. Portanto, descumprem a Constituição tanto o poder público quanto a coletividade quando permitem ou possibilitam o desequilíbrio do meio ambiente (MACHADO, 2003, p. 5 e 6).

O consagrado dispositivo constitucional ainda trata das presentes e futuras gerações como destinatárias do meio ambiente ecologicamente equilibrado, a ser preservado, repisa-se, tanto pelo poder público, quanto pela coletividade, de maneira que não deve uma geração deixar à geração futura um legado de destruição ambiental. Trata-se da ética da solidariedade, que também remete ao conceito de desenvolvimento sustentado, consagrado este no artigo 170 da CF/88³, dispositivo que, ao tratar dos princípios gerais da ordem econômica, proclama que a exploração dos recursos naturais se dê de maneira equilibrada, com utilização sustentável pela presente geração e conservado no interesse das gerações vindouras.

De todo o exposto, verifica-se a preocupação do legislador constituinte com a tutela do meio ambiente, no que optou por alçá-lo à condição de valor constitucional, tratando do mesmo não só nos artigos 225 e 170 supramencionados, como também no inciso LXXIII do artigo 5º, quando legitima qualquer cidadão à propor ação popular na defesa no meio ambiente; no inciso VI do artigo 23, quando estabelece ser competência comum dos entes federativos a proteção do meio ambiente e o combate à poluição; nos incisos VI e VIII do artigo 24, quando

³ CF/88

Art. 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

estabelece competência concorrente à União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre proteção ao meio ambiente e responsabilidade por dano ao meio ambiente, respectivamente.

Também trata da proteção ao meio ambiente no artigo 174, parágrafo 3º ao disciplinar acerca da organização da atividade garimpeira em cooperativas, devendo-se levar em conta a proteção do meio ambiente; no artigo 186 em seu inciso II, quando trata da função social da propriedade rural; no artigo 200, inciso VIII quando faz menção ao meio ambiente do trabalho⁴ – aqui nosso objeto de estudo, que será abordado mais detalhadamente a seguir – dentre outros dispositivos.

O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

Pois bem, feitas essas considerações quanto ao meio ambiente como um todo e o tratamento a ele dispensado pela nossa Constituição Federal, cumpre-nos a partir de agora analisar o meio ambiente do trabalho, que aqui se faz nosso objeto de estudo, na abordagem da adequação deste como pressuposto da dignidade humana do trabalhador.

Ao buscar conceituar o meio ambiente do trabalho, Wellington Pacheco de Barros faz um alerta de que tão difícil quanto se admitir a existência de um meio ambiente cultural e artificial, é se admitir que existe um meio ambiente do trabalho, dado o “conceito restrito de que meio ambiente apenas seria sinônimo de recursos naturais, como o solo, a água, o ar, a flora e a fauna.” (BARROS, 2008, p. 103).

Não obstante a afirmada resistência quanto à admissão de um meio ambiente do trabalho, referido autor ainda afirma que a “inserção das boas condições de trabalho do homem como algo a ser defendido e preservado pelo Poder Público para resguardo das presentes e futuras gerações é conceito que cada dia ganha mais legitimidade social” (BARROS, 2008, p. 103), em que pese já seja dotado de respaldo jurídico, o conceituando da seguinte forma:

É possível afirmar-se que meio ambiente do trabalho é o conjunto de condições, fatores físicos, climáticos ou qualquer outro que, interligados, ou não, estão presentes e envolvem o trabalho da pessoa humana. Sua tipificação decorre da necessidade de se proteger o homem no seu local de trabalho mediante a observância de normas de segurança e por isso mesmo é integrado pelo conjunto de bens, instrumentos e meios, de natureza material e imaterial, em face dos quais o ser humano exerce as atividades laborais, consoante se pode observar no art. 7º, inciso XXXIII, e art. 200, inciso VIII da Constituição Federal.

4 Art. 200 – Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: (...)
VIII – colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Portanto, o homem passou a integrar plenamente o meio ambiente no caminho para o desenvolvimento sustentável preconizado pela nova ordem ambiental mundial; consequência disto é a consideração de que o meio ambiente do trabalho também faz parte do conceito mais amplo de ambiente, de forma que deve ser considerado como bem a ser protegido pelas legislações para que o trabalhador possa usufruir de melhor qualidade de vida (BARROS, 2008, p. 103).

Ao estudar esse tema, somos remetidos a um passado não muito distante, destacado pelas ínfimas condições de trabalho às quais os trabalhadores foram submetidos em um determinado momento de nossa história, sendo de conhecimento geral dos estudiosos da história do Direito do Trabalho que até mesmo mulheres e crianças já se viram insertos em situações laborativas degradantes, tendo sua saúde prejudicada, com exposição à ambientes altamente insalubres, perigosos e penosos, nos quais os acidentes de trabalho eram constantes, inclusive com amputação de membros de crianças trabalhadoras, que não possuíam a menor condição de, por exemplo, operar o maquinário advindo do processo industrial, contexto esse que evidenciou a necessidade de melhores condições de trabalho.

Neste sentido, imperioso destacar mais uma vez nossa Constituição Federal de 1988 que elevou a saúde à categoria de direito fundamental, o que, como visto, inclui a saúde do trabalhador, cuja regulamentação a doutrina divide em dois patamares, a saber, a proteção imediata – tratada no artigo 200, inciso VII – e a tutela mediata – consignada no artigo 225, caput, incisos IV, VI e §3º (FIORILLO, 2006, p. 303) - dispositivos esses já mencionados no corpo desse trabalho, convindo destacar que o artigo 7º da CF/88⁵, em seus incisos XXII e XXIII também correspondem à tutela vista pela doutrina como de cunho imediato do meio ambiente do trabalho.

Além da abordagem constitucional acerca do meio ambiente e, conseqüentemente, do meio ambiente do trabalho acima tratada, cumpre lembrar que a Organização Internacional do Trabalho – OIT possui inúmeros textos que abordam o meio ambiente do trabalho, com especial destaque para as Convenções de nº 148, de 1977; nº 155, de 1981 e de nº 161, de 1985, das quais o Brasil é signatário.

Imperioso registrar que a política nacional do meio ambiente, estabelecida por meio da Lei nº 6.038/81, dispõe no inciso I, de seu artigo 3º, que o meio ambiente é “o conjunto de condições, leis, influências e intervenções de ordem física, química e biológica que permite,

5 CF/88 Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

XXIII – adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei.

abriga e rege a vida em todas as suas formas.” Vale destacar também que o plano nacional de saúde, instituído pela Lei nº 8.080/90, se refere ao meio ambiente do trabalho, definindo as atribuições específicas do Sistema Único de Saúde – SUS, sobre o qual, Romita preleciona que “Ao SUS compete desenvolver atividades de proteção à saúde do trabalhador por meio de ações de vigilância epidemiológica e sanitária, com adoção de políticas de controle das agressões ao meio ambiente do trabalho.” (ROMITA, 2009, p. 409.)

Desta feita, considerado um dos aspectos do meio ambiente em sentido amplo, ao lado do meio ambiente natural, cultural e artificial,⁶ o meio ambiente do trabalho é conceituado como sendo “o conjunto de condições, influências e interações de ordem física, química e biológica que permite, abriga e rege a vida dos trabalhadores em seu labor, qualquer que seja a sua forma.” (ROMITA, 2009, p. 409).

Neste interim, Romita ainda destaca que:

Importante é a conceituação de ambiente do trabalho apta a recolher o resultado das transformações ocorridas nos últimos tempos nos métodos de organização do trabalho e nos processos produtivos, que acarretam a desconcentração dos contingentes de trabalhadores, não mais limitados ao espaço interno da fábrica ou empresa. Por força das inovações tecnológicas, desenvolvem-se novas modalidades de prestação de serviços, como trabalho em domicílio e teletrabalho, de sorte que o conceito de meio ambiente de trabalho se elastece, passando a abranger também a moradia e o espaço urbano (ROMITA, 2009, p. 409).

Necessário neste ponto destacar as transformações ocorridas no mundo do trabalho, por meio das quais as atividades produtivas se diversificaram, não mais se restringindo às fábricas, mas sendo modernamente desenvolvidas também nos ambientes residenciais e no espaço urbano, situação que remete à doutrina de vanguarda da subordinação estrutural, encabeçada pelo mestre Maurício Godinho Delgado⁷, a qual, no contexto que ora nos propomos a estudar, pode inclusive ser vista como fator determinante à qualidade do meio ambiente de

⁶ Arion Sayão Romita destaca que “A Constituição, no art. 170, inciso VI, inclui a “defesa do meio ambiente” entre os princípios da ordem econômica, que tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. A aferição conjunta dos citados preceitos constitucionais permite a ilação de que a Carta Magna acolhe o conceito de meio ambiente em sua acepção unitária. Não obstante, força é reconhecer que ele representa pelo menos quatro aspectos significativos, discriminados por Ari Possidonio Beltran: a) natural; b) cultural; c) artificial; d) do trabalho. O primeiro (natural) é integrado pelos elementos da natureza, a saber, o solo, a água, o ar, a flora, a fauna. O segundo (cultural) é constituído pelo patrimônio histórico, artístico e arqueológico de uma sociedade. O terceiro (artificial) compõe-se dos prédios, ruas, praças e áreas urbanas, construídos pela mão do homem. O quarto (do trabalho) indica o local em que se desenvolve a atividade produtiva. Vale dizer, o ambiente de trabalho representa apenas um aspecto, entre os demais, do conceito unitário de meio ambiente. Ao referir-se à defesa do ambiente, de maneira ampla, a Constituição também, de forma implícita, preconiza a defesa do ambiente do trabalho.” (ROMITA, 2009, p. 407).

⁷ Sobre o tema, ver DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13 ed. São Paulo: Ltr, 2014. p. 306 e 307.

trabalho no qual determinado trabalhador abarcado pelas modernas condições de trabalho reste inserido, a depender do modo como a mesma é exercida, sendo certo que a degradação do ambiente laboral pode se dar também em ambientes externos, dependendo da maneira como o poder diretivo do empregador é executado na gestão de sua atividade produtiva.

PRINCIPIOLOGIA DO DIREITO AMBIENTAL DO TRABALHO

Em prosseguimento ao que foi exposto até aqui acerca do meio ambiente e do meio ambiente do trabalho, convém tecer neste momento algumas breves considerações sobre os princípios básicos fundamentais que informam o Direito Ambiental, abordando-os neste ponto sob o prisma do Direito Ambiental do Trabalho.

Rúbia Zanotelli Alvarenga, em artigo que buscou debater os princípios do Direito Ambiental do Trabalho, elenca – com base na doutrina de Fiorillo - os princípios do desenvolvimento sustentável; do poluidor-pagador; da prevenção; da participação e educação ambiental e da ubiquidade como sendo os princípios fundamentais do meio ambiente. (ALVARENGA, 2014, p. 74).

De acordo com o princípio do desenvolvimento sustentável, deverá a economia buscar um desenvolvimento harmonioso e compatível com o meio ambiente, tanto que, nos termos da nossa Constituição Federal, a Ordem Econômica se funda na defesa do meio ambiente. Segundo entendimento de Frederico Amado “[...] este princípio decorre de uma ponderação que deverá ser feita casuisticamente entre o direito fundamental ao desenvolvimento econômico e o direito à preservação ambiental, à luz do princípio da proporcionalidade.” (AMADO, 2014, p. 89).

Desta maneira, atendendo ao apelo constitucional constante do art. 225 da CF/88, o desenvolvimento sustentável pode ser definido como o desenvolvimento que atenda às demandas contemporâneas, sem afetar negativamente a existência digna das futuras gerações. (AMADO, 2014, p. 90).

Transpondo mencionado princípio para a seara trabalhista, Rúbia Zanotelli Alvarenga assevera que:

No Direito do Trabalho, o desenvolvimento sustentável é respeitado, quando o trabalho é decente, de modo a preservar não só a melhoria das condições de trabalho, mas também todos os aspectos inerentes à condição humana e aos direitos da personalidade do trabalhador, quais sejam: a) integridade física; b) psíquica; c) moral; d) intelectual; e) direito à integração social (ALVARENGA, 2014, p. 74).

Nesta linha de raciocínio, como bem observou Frederico Amado:

O Princípio do Desenvolvimento Sustentável não possui apenas uma vertente econômico-ambiental, mas também tem uma acepção social, consistente na justa repartição das riquezas do mundo, pois inexistem qualquer razoabilidade em se determinar a alguém que preserve os recursos naturais sem previamente disponibilizar as mínimas condições de dignidade humana (AMADO, 2014, p. 90).

É o que com frequência se observa na seara trabalhista, quando se fere a dignidade humana do trabalhador, impingindo-o à obrar em ambiente de trabalho inadequado, visto que “trabalho decente e vida digna são indissociáveis da noção de ambiente de trabalho equilibrado” (COSTA, GONÇALVES E ALMEIDA *apud* ALVARENGA, 2014, p. 77) por ser “impossível alcançar qualidade de vida sem ter qualidade no trabalho, nem se pode atingir meio ambiente equilibrado e sustentável ignorando-se o meio ambiente do trabalho.” (OLIVEIRA *apud* ALVARENGA, 2014, p. 77).

Ex vi, aplicado à seara trabalhista, o princípio do desenvolvimento sustentável:

Tem, portanto, como elementos decisivos, a preservação e a precaução do dano ambiental. Logo, sua aplicação ao meio ambiente do trabalho pressupõe: emprego decente e incluyente; uso da melhor tecnologia disponível; ambientes de trabalho hígidos; jornada de trabalho limitada; redução dos acidentes de trabalho (típicos e doenças ocupacionais); não discriminação de trabalho, ou seja, a qualidade de vida do trabalhador (CAMARGO E MELO, *apud* ALVARENGA, 2014, p. 77).

Outro princípio fundamental a ser aqui destacado trata-se do princípio do poluidor-pagador, o qual é assim definido pela doutrina:

Por este princípio, deve o poluidor responder pelos custos sociais da degradação causada por sua atividade impactante (as chamadas externalidades negativas), devendo-se agregar esse valor no custo produtivo da atividade, para evitar que se privatizem os lucros e se socializem os prejuízos.

Logo, caberá ao poluidor compensar o reparar o dano causado. Ressalte-se que este princípio não deve ser interpretado de forma que haja abertura incondicional à poluição, desde que se pague (não é pagador-poluidor), só podendo o poluidor degradar o meio ambiente dentro dos limites de tolerância previstos na legislação ambiental, após licenciado (AMADO, 2014, p. 94).

Transpondo referido princípio para o mundo do trabalho, quando a Constituição Federal prevê remuneração adicional para a execução de atividades insalubres, perigosas ou penosas (art. 7º, XXIII, da CF/88), observamos claramente a incidência do princípio do poluidor-paga-

dor, ao menos no que tange à insalubridade, uma vez que, quando trabalhadores desenvolvem suas atividades laborais em ambientes insalubres, deve o empregador remunerá-los, arcando com o respectivo adicional, como seja: “ele paga pela degradação causada ao ambiente laboral e à saúde dos trabalhadores”. (ALVARENGA, 2014, p. 79)

No que se refere ao princípio da prevenção, transportou-se para a seara doutrinária o ditado popular de que “é melhor prevenir do que remediar”. Referido princípio aplica-se “quando o perigo é certo e quando se tem elementos seguros para afirmar que uma determinada atividade é efetivamente perigosa. [...] Daí a assertiva, sempre repetida, de que os objetivos do Direito Ambiental são fundamentalmente preventivos.” (MILARÉ, 2009, p. 823).

Tal princípio nos remete à questões de responsabilidade civil, sendo o mesmo definido por Alvarenga como “aquele que surge para evirar riscos ambientais, prevenir e coibir possíveis danos ao meio ambiente e ao ser humano, estabelecendo obrigação de indenizar e de restaurar o próprio, inibindo danos a este.” (ALVARENGA, 2014, p. 83).

Mencionada autora, ratificando os ensinamentos de Camargo e Melo, obtempera que:

Os riscos ambientais e os consequentes prejuízos à qualidade de vida, à saúde e à segurança dos trabalhadores são uma realidade no cenário socioeconômico brasileiro, sendo necessária a adoção de medidas tendentes a prevenir os riscos ambientais laborais a que os trabalhadores estão sujeitos. Assim sendo, a “eliminação do agente insalubre ou perigoso deve ser financeiramente mais interessante ao empresário, enquanto poluidor do que o pagamento dos adicionais para que o direito ao meio ambiente hígido se efetive (CAMARGO e MELO, *apud* ALVARENGA, 2014, p. 85).

Ademais, no que se refere à prevenção quanto aos acidentes de trabalho, mencionada autora ainda preleciona:

A prevenção dos acidentes profissionais integra o conjunto de métodos destinados a assegurar a prevenção, a segurança e o equilíbrio do meio ambiente, tendo-se por objetivos a proteção do bem-estar do trabalhador e a melhor qualidade de vida. De sorte, devem ser tomadas determinadas medidas, como: adaptação dos equipamentos e do maquinário em geral à capacidade física das pessoas; diminuição da exposição aos ruídos, à poluição, aos agentes insalubres e perigosos em geral; entre outros (ALVARENGA, 2014, p. 85).

Os princípios da participação e educação ambiental nos remetem mais uma vez ao artigo 225 da CF/88, o qual estabeleceu a solidariedade entre poder público e coletividade na preservação e defesa do meio ambiente, de maneira que o princípio da participação no campo trabalhista, implica, como assevera Minardi, “na atuação quadripartite (empregados, empregadores, sindicatos e Estado), todos voltados para a conscientização da sociedade

em zelar pelo meio ambiente do trabalho equilibrado e seguro”. (MINARDI, *apud* ALVARENGA, 2014, p. 85.)

Quanto ao princípio da educação ambiental na seara trabalhista, este visa garantir o “direito de conhecer as reais condições ambientais a que estão expostos (os agentes tóxicos, os níveis de ruído, as altas temperaturas, as radiações[...]), como também a própria forma de organização do trabalho e as jornadas noturnas ou em turnos de revezamento” (ALVARENGA, 2014, p. 86), cujas garantias restam positivadas, como se observa nos artigos

157, incisos I e II e artigo 197 da CLT⁸, bem como no artigo 19, §3º da Lei 8.213/91⁹, assim como no artigo 19 da Convenção nº 155 da OIT¹⁰.

8 CLT

Art. 157 – Cabe às empresas:

I – cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho;

II – instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais;

Art. 197 – Os materiais e substâncias empregados, manipulados ou transportados nos locais de trabalho, quando perigosos ou nocivos à saúde, devem conter, no rótulo, sua composição, recomendações de socorro imediato e o símbolo de perigo correspondente, segundo a padronização internacional.

Parágrafo único – Os estabelecimentos que mantenham as atividades previstas neste artigo afixarão, nos setores de trabalho atingidas, avisos ou cartazes, com advertências quanto aos materiais e substâncias perigosos ou nocivos à saúde.

9 Lei 8.213/1991

(...)

Art. 19 – Acidente de trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

(...)

Parágrafo 3º É dever da empresa prestar informações pormenorizadas sobre os riscos da operação a executar e do produto a manipular.

10 Convenção 155 da OIT

(...)

Art. 19 - Deverão adotar-se disposições a nível de empresa em virtude das quais:

a) os trabalhadores, ao executar o seu trabalho, cooperem com o cumprimento das obrigações de incumbência do empregador;

b) os representantes dos trabalhadores na empresa cooperem com o empregador no âmbito da segurança e higiene do trabalho;

c) os representantes dos trabalhadores na empresa recebam informação adequada sobre as medidas tomadas pelo empregador para garantir a segurança e a saúde e possam consultar as suas organizações representativas sobre esta informação, com a condição de não divulgar segredos comerciais;

d) os trabalhadores e seus representantes na empresa recebam uma formação apropriada no âmbito da segurança e higiene do trabalho;

e) os trabalhadores ou seus representantes e, chegado o caso, suas organizações representativas na empresa estejam habilitados, de conformidade com a legislação e a prática nacionais, para examinar todos os aspectos da segurança e a saúde relacionados com seu trabalho, e sejam consultados a este respeito pelo empregador; com tal objetivo, e de comum acordo, se poderá recorrer a conselheiros técnicos alheios à empresa;

f) o trabalhador informará de imediato ao seu superior hierárquico direto sobre qualquer situação de trabalho que ao seu juízo envolva, por motivos razoáveis, um perigo iminente e grave para sua vida ou sua saúde; enquanto o empregador não tenha tomado medidas corretivas, se forem necessárias, não poderá exigir dos trabalhadores que reiniciem uma situação de trabalho onde exista com caráter contínuo um perigo grave e iminente para sua vida ou sua saúde.

O último princípio que aqui nos propomos a analisar consiste no princípio da ubiquidade, este que, segundo o entendimento de Fiorillo:

[...] vem evidenciar que o objeto de proteção do meio ambiente, localizado no epicentro dos direitos humanos, deve ser levado em consideração toda vez que uma política, atuação, legislação sobre qualquer tema, atividade, obra, etc. tiver que ser criada e desenvolvida. Isso porque, na medida em que possui como ponto cardeal de tutela constitucional a vida e a qualidade de vida, tudo que se pretende fazer, criar ou desenvolver deve antes passar por uma consulta ambiental, enfim, para saber se há ou não a possibilidade de que o meio ambiente seja degradado (FIORELLI, 2006. p. 45).

No campo do Direito do Trabalho, pode-se dizer que o mencionado princípio da ubiquidade “abrange a proteção da saúde – física, mental e social – do trabalhador, de maneira a eliminar a degradação ambiental, que se dá pela ocorrência de acidentes do trabalho ou de doenças profissionais.” (ALVARENGA, 2014, p. 88). Sendo assim:

Quando se fala, pois, em meio ambiente do trabalho, o princípio da ubiquidade não se está referindo apenas ao local de trabalho estritamente, mas também às condições de trabalho e de vida fora do trabalho como consequência de uma sadia qualidade de vida que se almeja para o ser humano. Logo, ao se falar em meio ambiente do trabalho, há de se pensar nas consequências de um acidente ou de uma doença laboral que atingem não somente o homem como trabalhador, mas este como ser humano; há de se pensar nas consequências financeiras, sociais e humanas para a vítima, assim como para a empresa, e, finalmente, para toda a sociedade, a qual, em última análise, responde pelas mazelas sociais em todos os seus graus e aspectos (MELO *apud* ALVARENGA, 2014, p. 88).

Neste passo, verifica-se perfeitamente compatível a transposição da interpretação da principiologia informadora do Direito Ambiental à seara do Direito do Trabalho, o que além de demonstrar a interdisciplinaridade das mencionadas ciências, serve de esteio à necessidade de proteção e adequação do meio ambiente do trabalho em prol da dignidade do trabalhador.

O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO EQUILIBRADO E A DIGNIDADE HUMANA DO TRABALHADOR

DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

A dignidade da pessoa humana constitui o valor *mor* da ordem jurídica justa. Qualquer Estado que se proponha a propagar uma filosofia fundada na justiça, a tem como um valor fundamental. A Constituição Federal de 1988 alçou-a a um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito em seu artigo 1º, inciso III.

Valor firmado sobremaneira a partir dos ideais que culminaram com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, a dignidade da pessoa humana permeia vários campos do saber, cumprindo-nos destacar neste momento seu conceito jurídico, o qual:

Refere-se a dois outros conceitos fundantes, a integridade e a inviolabilidade da pessoa humana. Surgida como reação às atrocidades cometidas pelos regimes nazista e fascista, que separavam os homens e os sub-homens, aos quais negavam exatamente a dignidade por esta concepção, tende a corporificar-se em preceitos legislativos. Permite ao jurista melhor justificar certas normas, como por exemplo, as que dispõem sobre a não patrimonialização do corpo humano (ROMITA, 2009, p. 162).

Sendo fundamento dos direitos humanos; de proteção global, a dignidade da pessoa humana constitui o princípio fundamental de um Estado Democrático de Direito e, conforme definido pela Ministra do Supremo Tribunal Federal Carmem Lúcia Antunes da Rocha:

A dignidade distingue-se de outros elementos conceituais de que se compõe o Direito, até porque esse traz em si a ideia da relação e toda relação impõe o sentido do partilhamento, conjugação e limitação. Diversamente disso, contudo, a dignidade não é partida, partilhada ou compartilhada em seu conceito e em sua experimentação. Ela não é como a igualdade, como o conhecimento racionalmente apreendido e trabalhado. Mostra-se no olhar que o homem volta a si mesmo, no trato que a si confere e no cuidado que ao outro despende. A dignidade mostra-se numa postura na vida e numa compostura na convivência (ROCHA, 1999, sp).

A dignidade da pessoa humana diz respeito às condições vitais do indivíduo autonomamente considerado; inerente portanto à sua subjetividade e composição de vida, sendo imperioso consignar neste passo, os consagrados ensinamentos de Immanuel Kant, segundo o qual:

O homem e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como fim... os seres racionais se chamam pessoas porque a natureza os distingue como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio.

(...)

A moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador no reino dos fins. Portanto, a moralidade, e a humanidade enquanto capaz de moralidade, são as únicas coisas que têm dignidade (KANT *apud* ROMITA, 2009, p. 161).

A doutrina ainda aponta com bastante destaque o valor heurístico e o valor hermenêutico que a dignidade da pessoa humana assume no ordenamento jurídico, sendo que o primeiro

“se revela no papel de influenciar o legislador na edição das normas que explicitam os direitos fundamentais e bem assim o juiz, no momento de proferir decisões que ponham em jogo interesses vitais da pessoa.” (ROMITA, 2009, p. 164). Quanto ao valor hermenêutico, se infere pelo fato de sempre buscar a interpretação do ordenamento, como seja, de qualquer de suas normas sob o prisma do respeito à dignidade humana.

A Ministra do Supremo Carmem Lúcia ainda destaca o princípio da dignidade da pessoa humana como “coração do patrimônio-jurídico moral da pessoa humana estampado nos direitos fundamentais acolhidos e assegurados na forma posta no sistema constitucional” (ROCHA, 1999, sp.), o que corrobora com o entendimento de Romita, segundo o qual:

Perante o ordenamento positivo brasileiro, portanto, a dignidade da pessoa é um dos fundamentos do próprio Estado brasileiro, o que não desmente a assertiva de representar ela, também, o fundamento dos direitos humanos reconhecidos e proclamados pela própria Constituição. Os direitos fundamentais são um elemento básico do Estado Democrático de direito. Como o Estado brasileiro é um estado democrático de direito (CF/88, art. 1º), segue-se que os direitos fundamentais são um elemento básico do Estado brasileiro. E como a dignidade da pessoa humana constitui um dos fundamentos do Estado brasileiro, ela deve ser tida, à luz do ordenamento positivo brasileiro, por fundamento dos direitos humanos reconhecidos, proclamados e garantidos pelo Estado brasileiro (ROMITA, 2009, p. 167).

Por todo exposto, considerando que a dignidade humana é valor inerente ao indivíduo, ligada à sua condição existencial e de que um meio ambiente equilibrado é condição *sine qua nom* para a preservação de todas as formas de vida e, acima de tudo, vida com qualidade, vê-se que condições de trabalho adequadas, como seja, um trabalho decente, executado em ambiente decente, é fundamental à plenitude da dignidade humana também do indivíduo enquanto trabalhador.

MEIO AMBIENTE DO TRABALHO EQUILIBRADO: UM DIREITO FUNDAMENTAL DO TRABALHADOR.

Os direitos fundamentais constituem fundamentos do Estado democrático de direito e são inerentes ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, eis que o arcabouço de direitos fundamentais gravita em torno da garantia de proteção da dignidade do indivíduo. Daí dizer-se que:

A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema brasileiro. Na ordem de 1988, esses valores passam a ser dotados de uma especial força expansiva, pro-

jetando-se por todo universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional (PIOVESAN *in* GUERRA; EMERIQUE, 2011, p. 139).

Os direitos fundamentais são aqueles que se fundam na dignidade da pessoa humana e que, em determinado momento da história “asseguram a cada homem as garantias de liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça. Este é o núcleo essencial da noção de direitos fundamentais, aquilo que identifica a fundamentalidade dos direitos.” (ROMITA, 2009, p. 51).

Neste contexto e considerando tudo o que até aqui fora dito, é que se vislumbra o meio ambiente do trabalho equilibrado como sendo um direito fundamental do trabalhador, uma vez que sua adequação é capital à manutenção dos direitos da personalidade do indivíduo enquanto trabalhador, cujos direitos, segundo o mestre Pontes de Miranda “são direitos subjetivos que tem por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual.” (PONTES DE MIRANDA *apud* AMARAL, 2003, p. 249).

É dessa noção de proteção garantista que exercem os direitos fundamentais sobre a pessoa, positivada no constitucionalismo moderno, que se extrai a ideia de que:

A nova e ampla roupagem constitucional referida à proteção do meio ambiente impõe um novo paradigma de proteção do ser humano trabalhador no seu ambiente de trabalho, exigindo uma análise de seus reflexos e consequências no ordenamento jurídico trabalhista, na busca de uma sistematização da real dimensão de tutela jurídica desse direito essencial a sadia qualidade de vida do homem trabalhador: o direito ao meio ambiente do trabalho equilibrado (PADILHA, 2011, p. 233).

Nesse diapasão, tendo o direito ambiental sido afirmado como direito fundamental de dimensão não apenas individual, mas, sobretudo coletiva, considerado pois um direito humano fundamental, cujos princípios fundamentais, como visto, possuem direta aplicabilidade no meio ambiente de trabalho, é que a doutrina afirma:

A progressiva ampliação de conteúdo dos direitos fundamentais – desde sua aceção inicial, relacionada com o bloco de direitos de liberdade, até a incorporação dos direitos sociais e mais recentemente da proteção ao meio ambiente como direito de todos, e a todos oponível – remete à necessidade de incluir a titularidade dos bens da vida, integrantes do ambiente de trabalho, no rol de interesses afetos aos princípios do desenvolvimento sustentável, da participação, da prevenção e da precaução, que informam o direito ambiental.

A sustentabilidade do desenvolvimento econômico faz a conservação da natureza e o bem-estar do trabalhador ingressarem no leque de pressupostos e desideratos da atividade produtiva (CARVALHO, *in* REIS; MELLO; COURA, 2013, p. 317).

Imperioso destacar nesse interim os ensinamentos de Fiorillo e Abelha Rodrigues, citados por Padilha, de que: “O que se procura salvaguardar é, pois, o homem trabalhador, enquanto ser vivo, das formas de degradação e poluição do meio ambiente onde exerce seu labuto, que é essencial à sua qualidade de vida.” (FIORILLO; RODRIGUES *apud* PADILHA, 211, p. 244.)

Inconteste neste sentido que o meio ambiente de trabalho adequado, equilibrado e saudável constitui de fato um direito fundamental do trabalhador, sendo certo que:

A elevação do nível de proteção do equilíbrio do ambiente de trabalho, enquanto um direito fundamental do ser humano trabalhador, conferida pela ampla concepção de tutela ao meio ambiente propiciada pela Constituição Federal de 1988, destaca a importância do diálogo, da interação e integração entre o Direito do Trabalho e o Direito Ambiental para a solidificação de uma ampla rede de proteção jurídica propiciadora da defesa da qualidade de vida no ambiente de trabalho. Pois, da mesma forma que o Direito do Trabalho propicia a proteção do ser humano trabalhador na relação contratual que envolve o universo do trabalho, a dimensão deste espaço atrai também a aplicabilidade do Direito Ambiental, uma vez que o meio ambiente do trabalho é uma seara comum a esses dois ramos do Direito que se interligam e se somam para propiciar a mais completa e ampla proteção do trabalhador e de sua saúde contra todas as formas de agressão contra sua dignidade e saúde no ambiente em que labora (PADILHA, 2011, p. 255).

Vê-se novamente que a concepção interdisciplinar das ciências do Direito do Trabalho e do Direito Ambiental contribuem de maneira afirmativa na admissão do meio ambiente de trabalho equilibrado como um direito fundamental do trabalhador, no sentido de estabelecer e impulsionar concretas atitudes de tutela de sua incolumidade física e psíquica, na minimização dos riscos de acidentes e desenvolvimento de doenças ocupacionais, bem como de frustrações de natureza existencial.

MEIO AMBIENTE DO TRABALHO EQUILIBRADO: PRESSUPOSTO DA DIGNIDADE HUMANA DO TRABALHADOR.

Como o princípio constitucional mais relevante da nossa ordem jurídica, a dignidade da pessoa humana, como visto, permeia tudo, absolutamente tudo que envolve o indivíduo. Sendo assim, em relação à vida laborativa do mesmo não é diferente, devendo referido princípio ser sumamente observado em todo o *iter* da relação laboral.

Ainda no que se refere à dignidade da pessoa humana – valor ético fundante da proteção global aos direitos humanos - em sua inter-relação com o mundo do trabalho, importante consignar o entendimento do mestre Maurício Godinho Delgado, a saber:

O universo social, econômico e cultural dos Direitos Humanos passa, de modo lógico e necessário, pelo ramo jurídico trabalhista, à medida que este regula a principal modalidade de inserção dos indivíduos no sistema socioeconômico capitalista, cumprindo o papel de lhes assegurar um patamar civilizado de direitos e garantias jurídicas, que, regra geral, por sua própria força e/ou habilidades isoladas, não alcançariam. A conquista e afirmação da dignidade da pessoa humana não mais podem se restringir à sua liberdade e intangibilidade física e psíquica, envolvendo, naturalmente, também a conquista e a afirmação de sua individualidade no meio econômico e social, com repercussões positivas conexas com o plano cultural -, o que se faz, de maneira geral, considerado o conjunto mais amplo e diversificado das pessoas, mediante o trabalho e, particularmente, o emprego normatizado pelo Direito do Trabalho (DELGADO, 2014, p. 82).

Referido pensamento remonta à premissa por nós destacada no início deste texto, advinda da sabedoria popular, segundo a qual, repita-se: “o trabalho engrandece e dignifica o homem”, de modo que, corroborado pelo ensinamento de Delgado acima colacionado, entendemos que o trabalho propicia a afirmação da individualidade do homem no meio socioeconômico.

Neste passo, convém destacar que a doutrina considera que:

Não há dúvidas que a proteção do meio ambiente está intimamente ligada à proteção da pessoa humana, na medida em que não se pode imaginar o exercício dos direitos humanos sem que exista um ambiente sadio e propício ao bem-estar para o desenvolvimento pleno e digno para todos (GUERRA *in* GUERRA; EMERIQUE, 2011, p. 359).

É inarredável, portanto, que o desenvolvimento pleno e digno da pessoa humana do trabalhador passa pela qualidade do ambiente no qual o mesmo exerce sua atividade laboral. Se inserido em um ambiente inadequado, seja por exposição à agentes nocivos – físicos; químicos – ou exposição à situações perigosas sem a devida remuneração adicional e (ou) sem o fornecimento dos devidos EPI's (Equipamentos de Proteção Individual) que minimizem a nocividade do ambiente, tem a sua dignidade humana desrespeitada.

Neste mesmo passo, seja pela maneira com a qual é tratado em seu ambiente de trabalho - como quando se torna vítima de assédio moral, muitas vezes tendo sua saúde mental afetada pelas intensas pressões que lhe são dirigidas - ou ainda, por condições de trabalho que o impeçam de desenvolver-se socialmente - como quando tem seu projeto de vida frustrado por exigências excessivas não condizentes com a saudável relação que há de existir entre empregador e empregado, o que tem levado os tribunais à proferirem modernas decisões determinando a reparação do dano existencial advindo das relações laborais - também resta revelado o desrespeito à sua dignidade de trabalhador.

São as situações acima citadas apenas alguns dos muitos exemplos de danos causados ao trabalhador, o que, por tudo quanto fora exposto nestas linhas, nos leva a conceber a adequação e o equilíbrio do meio ambiente do trabalho como verdadeiro pressuposto da dignidade humana do trabalhador.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Admitir um pressuposto para o princípio da dignidade humana pode parecer um tanto quanto controverso, na medida em que esse é o princípio fundamental que norteia todo o nosso ordenamento jurídico, ao mesmo tempo em que a proteção global aos direitos humanos passa fundamentalmente pelo valor por ele encampado, portanto, enquanto princípio, poder-se-ia dizer que o mesmo se basta, eis que a força vinculativa nele inserida incide sobre múltiplos aspectos, conforme vimos no decorrer dessa linhas.

Ocorre que nossa intenção na escolha do título deste ensaio era justamente chamar atenção do leitor para a dignidade humana do trabalhador, que não raras vezes ainda vem sofrendo os revezes de relações laborais que ferem seus direitos da personalidade, na medida em que o ambiente de trabalho no qual é inserido lhe causa danos, maculando sua integridade, seja ela física ou mesmo psíquica, comprometendo de toda forma seu direito fundamental à saúde.

Finalizando esse estudo, reafirmamos nossa posição de que em uma relação laboral, assim como em qualquer relação que envolva indivíduos, acima de tudo deve estar o respeito ao ser humano. Quem empreende deve zelar pela incolumidade daqueles que emprega, garantindo-lhes um meio ambiente de trabalho saudável e equilibrado. O capital; a incessante busca pela aferição de lucros não pode sobrepor o respeito aos direitos humanos. Por mais que pareça maçante ou piegas - quanto mais em uma sociedade onde a inversão de valores, infelizmente, faz parte da nossa realidade – a defesa dos direitos humanos deve ser uma constante em todos os setores, dentre os quais se insere o mundo do trabalho.

Só assim, o elemento humano da relação laboral – qual seja, o trabalhador - será preservado em sua qualidade de vida, na medida em que sejam tornadas cada vez mais efetivas as diretrizes que já vem sendo empreendidas sob o nobre objetivo de se garantir seus direitos da personalidade, oferecendo-lhe condições laborais dignas capazes de preservar sua incolumidade, como também envidando esforços para que não lhe sejam causados danos de natureza existencial, preservando sua “vida” no sentido mais amplo da palavra. Neste sentido o caminho já está sendo trilhado, mas ainda há muito o que se fazer.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O trabalho decente como direito humano e fundamental. **Revista Fórum Trabalhista – RFT**, Belo Horizonte, ano 3, n.15, p-85-104, nov./dez. 2014.

_____. Princípios Fundamentais de Direito Ambiental do Trabalho. **Revista Fórum Trabalhista – RFT**, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 71-90, maio/jun. 2014.

AMADO, Frederico. **Direito Ambiental Esquemático**. 5 ed. Rev. Atual. e Amp. São Paulo: Método, 2014.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 5 ed. Rev. Atual. e Aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

BARROS, Wellington Pacheco de. **Curso de Direito Ambiental**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 08 mai. 2015.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 7 ed. Rev. Atual. e Amp. São Paulo: Saraiva, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13 ed. São Paulo: Ltr, 2014.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Balmant. **Perspectivas Constitucionais Contemporâneas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LISBOA, Daniel. O nascimento da garantia à incolumidade do trabalhador no Brasil: uma análise histórica. **Revista Fórum Trabalhista – RFT**, Belo Horizonte, ano 4, n. 16, p. 23-37, jan./mar. 2015.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Meio Ambiente e Constituição Federal. **Interesse Público – IP Belo Horizonte**, n. 21, ano 5 Setembro/Octubre 2003. Disponível em: < <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=50899> >. Acesso em 18 abril 2015.

MARANHÃO, Ney Stany Moraes. Dignidade humana e assédio moral: a delicada questão da saúde mental do trabalhador. **Revista Fórum Trabalhista – RFT**, Belo Horizonte, ano 3, n. 15, p. 57-69, nov./dez. 2014.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente – A gestão ambiental em foco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PADILHA, Norma Sueli. O equilíbrio do meio ambiente do trabalho: direito fundamental do trabalhador e de espaço interdisciplinar entre o Direito do Trabalho e o Direito Ambiental. **Revista TST**, Brasília, vol. 77, n. 4, out./dez. 2011.

REIS, Daniela Muradas; MELLO, Roberta Dantas de; COURA, Solange Barbosa de Castro. **Trabalho e Justiça Social – Um tributo a Maurício Godinho Delgado**. São Paulo: Ltr, 2013.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista Interesse Público**, São Paulo, ano 1, n. 4, p. 23-48, out./dez.1999. Disponível em: < <http://bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=51781> > Acesso em 08 maio 2015.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho**. 3 ed. Rev. Atual. e Aum. São Paulo: Ltr, 2009.

ULHOA, Paulo Roberto; FARO, Júlio Pinheiro; FABRIZ, Daury Cesar; GOMES, Marcelo Sant'Anna Vieira; SILVA, Heleno Florindo. **Direitos Humanos e Meio Ambiente: obra dedicada ao Instituto Terra**. Vitória: Cognorama, 2014.

PROTEÇÃO JURÍDICA DO TRABALHADOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL: ADI Nº 3937 E A CONSTITUCIONALIDADE DO USO DO AMIANTO NO BRASIL

ANTÔNIO DE PÁDUA FARIA JÚNIOR¹
MARINA PEDIGONI MAURO²

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo proceder à análise do direito à saúde do trabalhador, a partir das modificações de sua conceituação no decorrer do último século. Em principal, busca-se relacionar a proteção jurídica à saúde do trabalhador e a proibição legal da utilização do amianto, nas esferas de direito pátrio e de direito internacional, como elementos essenciais de realização de direitos fundamentais garantidos constitucionalmente. Neste sentido, a partir do estudo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937, que possui como objeto a Lei Paulista nº 12.684/07 – a qual dispõe acerca da proibição do uso do amianto nesta unidade federativa –, pretende-se relacionar os principais elementos normativos da matéria, de modo a denotar que o resultado de tal julgamento caracteriza o reconhecimento da primazia da dignidade da pessoa humana e o cumprimento de compromissos assumidos perante a Comunidade Internacional.

Palavras-chave: Saúde do trabalhador. Amianto. Direitos fundamentais.

INTRODUÇÃO

A realidade social da atualidade apresenta como uma de suas principais características a sua constante transformação como reflexo da complexidade das relações sociais, do desenvolvimento econômico e tecnológico. Este contexto refletiu-se também na ciência jurídica, com a alteração do paradigma meramente positivista do direito no decorrer do século XX. Aos poucos, as leis deixaram de ter papel absoluto na definição dos direitos, ao passo que se passou a reconhecer o papel normativo e imperativo dos princípios.

Neste aspecto, os princípios, como espécie normativa autônoma, reúnem os valores fundamentais normativos de um determinado ordenamento jurídico. Possuem uma maior capacidade de aplicação diante de sua generalidade, abstração e conteúdo axiológico. Assim,

¹ Advogado, graduado em direito pela Faculdade de Direito de Franca; mestrando em direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, e-mail: drantoniojr_fmadvogados@yahoo.com.br.

² Advogada, graduada em direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”; mestranda em direito pela mesma instituição, e-mail: marinapedigoni@gmail.com.

seu raio de aplicação é mais amplo se comparado ao das leis, permitindo a concretização dos direitos fundamentais de uma forma mais efetiva.

A vantagem na utilização dos princípios como norma em face das leis reside na possibilidade da aplicação de princípios cujo conteúdo apresente antinomia. No caso das leis, em caso de conflito deverão ser utilizados critérios de especialidade, antiguidade e hierarquia, para que se encontre a norma aplicável ao caso. Os princípios, por trazerem em seu bojo valores fundamentais de determinando sistema jurídico, não podem ser simplesmente derogados. Desse modo, o critério do sopesamento deve ser adotado, de modo a equilibrar a normatividade de cada um dos valores-regra em choque.

A dignidade da pessoa humana, como valor juridicamente protegido pelo Estado, atingiu seu mais amplo patamar durante o século XX. Entretanto, não obstante a presença de notáveis resultados concretos, ainda não se pode afirmar que o reconhecimento dos direitos humanos e fundamentais seria suficiente para proporcionar equitativamente melhores condições de vida a todos.

A Constituição Federal de 1988 instituiu o Estado Social e Democrático de Direito, pelo qual diversos direitos de natureza social são assegurados pelo Estado, notadamente por intermédio da atuação do Poder Executivo. A Constituição Federal, em seu art. 1º, III e 5º, caput, determina como fundamentos essenciais da ordem jurídica nacional a dignidade da pessoa humana e a igualdade. A partir da interpretação do princípio da igualdade, tem-se que as leis e programas criados pelos governos devem ter como objetivo basilar a promoção de iguais condições de vida e oportunidades, de modo a concretizar a todos o valor dignidade da pessoa humana.

Assim sendo, não há como concretizar efetivamente a dignidade da pessoa humana sem garantir o direito à saúde. A saúde do trabalhador, a qual é objeto do presente trabalho e esfera essencial deste direito, possui extrema importância, visto que o art. 193 da Constituição Federal estabelece o primado do trabalho como meio de sustento, geração de riquezas e bem-estar social.

CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE DO TRABALHADOR

A proteção jurídica da saúde do trabalhador foi construída no decorrer do processo histórico e do desenvolvimento da sociedade. As atuais noções de segurança do trabalhador como um direito humano³ e de direito fundamental⁴ são reflexos de uma crescente preocu-

³ SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **A saúde do trabalhador como um direito humano**: Conteúdo essencial da dignidade humana. São Paulo: LTr, 2008, p. 79.

⁴ ARAÚJO, Francisco Rossal de. A saúde do trabalhador como direito fundamental (no Brasil). **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região**, ano VI, n. 110, p. 85-106, dez. 2010. Disponível em: <<http://siabi>.

pação do Estado quanto às condições gerais do trabalho, até mesmo como forma de se buscar a efetivação do princípio fundamental da ordem jurídica da Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana. Nos dizeres de José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva:

Os direitos humanos se complementam, completam-se, em rumo à *dignificação total* da pessoa humana. Daí se afirmar que o *direito à saúde*, um direito essencial para o ser humano, é de extrema relevância, não tendo maior expressão os direitos de liberdade se a pessoa não tem uma vida saudável que lhe permita fazer suas escolhas, haja vista que estando doente ela não tem plena liberdade para usufruir os bens jurídicos de que seja titular. E, no campo do trabalho, a pessoa doente não tem condições de trabalhar e, se desempregada, não terá forças para exercer o seu direito ao trabalho, um direito que lhe é inato. Outrossim, conforme a doença que lhe tenha acometido, não poderá exercer determinados ofícios ou profissões, diminuindo o seu leque de escolha quando da procura de trabalho.⁵

Para prover este direito, a ação estatal engloba a criação de normas visando padrões mínimos de segurança, condições de meio ambiente adequadas e prevenção de acidentes; corresponde ao poder fiscalizatório de cumprimento destas regras; bem como regulamenta as formas de reparação do dano em casos de acidente ou doença laborativa. Esta sistemática não fica restrita à atuação do Estado, pois os empregadores e trabalhadores devem ter consciência da importância desta proteção ao observar o cumprimento de suas obrigações.

Por outro lado, a proteção da saúde da pessoa humana também é um conceito em constante construção. Apenas no momento em que a saúde passou a ser considerada não apenas como a ausência de doença, mas sim como um estado multifatorial de bem-estar do indivíduo, fora observado o crescimento da preocupação com a saúde ocupacional.

Historicamente, sociedades que exploravam a mão-de-obra humana em sistemas como a servidão e a escravidão não possuíam em seus sistemas jurídicos a consciência de que as condições de trabalho poderiam causar danos à saúde ou a outros direitos dos trabalhadores. O despertar desta espécie de proteção jurídica se deu com o advento da Revolução Industrial, em que havia um mercado de trabalho massificado, jornadas excessivamente longas, exploração do trabalho de mulheres e crianças, condições de trabalho insalubres e um enorme número de acidentes⁶.

Porém, tal despertar não ocorreu devido à benevolência do Estado, em principal, da Inglaterra; pelo contrário, as medidas de proteção foram o meio de aplacar movimentos sociais da

trt4.jus.br/biblioteca/direito/doutrina/artigos/Revista_Eletronica/2010/Revista%20Elet%C3%B4nica%20n.%20110_2010.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2015, p. 90.

⁵ Ibidem, p. 61.

⁶ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **A proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 56.

classe operária para manter a produtividade da atividade industrial e as condições do exercício da atividade econômica. Posteriormente, as leis inglesas de proteção à saúde do trabalhador exerceram influência de outros países que passaram pela Revolução Industrial, como a Alemanha, e igualmente refletiram no teor da Encíclica Católica *Rerum Novarum*, de 1891.

No século XX, a luta e as manifestações dos trabalhadores por melhores condições de exercício de suas atividades não cessaram. Diante da considerável exploração de mão-de-obra durante a Primeira Guerra Mundial, fora criada a Organização Internacional do Trabalho (OIT), a fim de internacionalizar padrões mínimos de direitos desta natureza. Em 1948, a Organização das Nações Unidas enunciou a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), em cujo texto já constou o direito à saúde, como parte da seguridade social, bem como os direitos mínimos dos trabalhadores. A criação, no mesmo ano, da Organização Mundial da Saúde (OMS) também trouxe avanços na área.

Apenas em meados dos anos 1950, período coincidente com a criação da OMS, as ações preventivas de saúde do trabalhador ganharam espaço em detrimento da atuação curativa da medicina laboral. Passou-se a buscar a salubridade do meio ambiente de trabalho e a adaptação das características de determinadas funções a fim de evitar acidentes e doenças, bem como para proporcionar ao trabalhador melhora em sua qualidade de vida. Para tanto, profissionais de diversas áreas, como médicos, fisioterapeutas, sanitaristas, engenheiros, dentre outros, aplicaram seus conhecimentos para alterar o método produtivo⁷.

Inclusive, a OMS, conforme consta do recente relatório dos Determinantes Sociais da Saúde, tem compreendido que o meio ambiente de trabalho é fator preponderante da saúde da população.

Consta do citado relatório que a ausência de condições aceitáveis de saúde causam perigos físicos e psicossociais, que influenciam a vida privada das pessoas e as chances de uma velhice saudável⁸. Influenciam a saúde do trabalhador, diante de seu caráter multifatorial: o pagamento de salário condigno com a função e capaz de prover as necessidades do trabalhador e de seus dependentes; a segurança quanto à estabilidade no emprego; as condições das ferramentas, da função e do meio ambiente de trabalho; o acesso a benefícios previdenciários, em principal aposentadoria por idade e benefícios de incapacidade, dentre outros.

Para tanto, o relatório da OMS aponta diversas recomendações visando o estabelecimento de metas para a concretização destes direitos. Dentre elas, relacionam-se ao objeto do presente

⁷ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **A proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 62.

⁸ COMISSÃO PARA OS DETERMINANTES SOCIAIS DA SAÚDE. **Redução das desigualdades no período de uma geração. Igualdade na saúde através da acção sobre os seus determinantes sociais**: Relatório Final da Comissão para os Determinantes Sociais da Saúde. Portugal, Organização Mundial da Saúde, 2010, p. 77.

trabalho: a garantia do pleno emprego, digno e justo, como objetivo das instituições internacionais e políticas nacionais; a criação pelos governos de políticas salariais compatíveis com o custeio de cuidados mínimos de saúde; o combate à insegurança do mercado de trabalho, relativo à informalidade e aos empregos temporários; e a criação e a aplicação de programas de segurança, higiene e saúde do trabalho, enfatizando o combate ao stress e a exposição a perigos materiais⁹.

Dessa forma, a OMS apresentou conclusões coerentes com seu conceito fundamental de saúde, a qual é compreendida como um completo estado de bem-estar mental, físico e social¹⁰. Portanto, a proteção jurídica da saúde do trabalhador possui nítido caráter multidisciplinar, com esferas próprias relativas à prevenção, à fiscalização quanto ao cumprimento das normas positivadas e à repressão em casos de ocorrência de acidente ou doença.

Na sistemática brasileira, a atuação estatal não fica restrita à determinação de padrões mínimos de segurança e condições salubres de trabalho. O cumprimento das normas da Constituição Federal, das Convenções da OIT, da Consolidação das Leis do Trabalho das Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego é objeto de fiscalização do citado Ministério e do Ministério Público do Trabalho. O primeiro possui competência para aplicar multas aos empregadores, e o segundo é competente para firmar Termos de Ajustamento de Conduta e para propor ações civis públicas.

Porém, mesmo com a adoção de medidas preventivas, é possível que ocorram acidentes de trabalho ou que os trabalhadores sejam acometidos por doenças laborativas. Em ambos os casos, cabe ao empregador a reparação do dano, por estar compreendido que tal responsabilidade decorre dos riscos da exploração da mão-de-obra e da atividade econômica.

O AMIANTO NO BRASIL E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 3.937-7SP

A denominação amianto ou “asbesto” diz respeito à designação comercial genérica para se referir à variedade fibrosa de sais minerais metamórficos de ocorrência natural, cuja utilização se verifica em diversos produtos, a exemplo de caixas d’água, telhas, placas de revestimento, tubos etc., tudo através da confecção do fibrocimento ou cimento-amianto¹¹.

⁹ COMISSÃO PARA OS DETERMINANTES SOCIAIS DA SAÚDE. **Redução das desigualdades no período de uma geração. Igualdade na saúde através da ação sobre os seus determinantes sociais**: Relatório Final da Comissão para os Determinantes Sociais da Saúde. Portugal, Organização Mundial da Saúde, 2010, p. 215.

¹⁰ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial da Saúde** (OMS/WHO) – 1946. Nova Iorque, 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: 11 jan. 2015.

¹¹ CASTRO, Hermano; GIANNASI, Fernanda; NOVELLO, Cyro. **A luta pelo banimento do amianto nas Américas**: uma questão de saúde pública. *Ciênc. saúde coletiva* [online]. 2003, vol.8, n.4, pp. 903-911. ISSN 1413-8123.

O amianto é dividido em dois grandes grupos, o “serpentina” e o “anfíbólico”, este último composto pelos “asbesto azul”, “asbesto marrom” dentre outros mais, enquanto o primeiro grupo é composto apenas pelo “asbesto branco” ou crisótilo.

A espécie “asbesto branco”, que compõe o grupo “serpentina” é a que atualmente apresenta maior volume de produção e comercialização no Brasil e no mundo, pois são compostos por fibras facilmente enroladas e apresentam custo mais reduzido em sua produção.

Além do fator custo de produção, o amianto espécie crisótilo também é o mais comum dentro do território brasileiro em decorrência da proibição de uso; fabricação e comercialização do amianto pertencente ao grupo “anfíbólico”, vedação esta que ocorreu pelo advento da Lei Ordinária Federal n. 9.055/95.

O amianto tipo crisótilo não encontra restrições no tocante a sua produção e exploração em geral a nível federal no Brasil, razão pela qual é amplamente difundido e comercializado dentro do território nacional.

Na atualidade, o Brasil é um dos cinco maiores produtores de amianto do planeta, embora exista apenas uma mina de extração deste mineral em seu território, que se localiza no estado de Goiás, estando também no topo da lista dos grandes consumidores do produto.

A exploração das diversas espécies de amianto e seus derivados já há vários anos tem sido discutida e combatida a nível mundial, ensejando a realização de inúmeras reuniões e convenções envolvendo os mais diversos países, a exemplo da Convenção n. 162 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, realizada no ano de 1986, na cidade de Genebra, Suíça¹².

A preocupação com a exploração do amianto e suas diversas espécies consiste no dano causado ao meio ambiente e, sobretudo à saúde da pessoa exposta a este produto, já que inúmeros estudos científicos vêm comprovando ao longo do tempo que o contato com este material é capaz de causar graves doenças e que podem facilmente levar a óbito aquele que as contrai.

É o caso de doenças como a asbestose (doença crônica pulmonar de origem ocupacional e de caráter irreversível e progressivo); cânceres de pulmão, do trato gastrointestinal e o mesotelioma, tumor maligno raro, que atinge a pleura e o peritônio com um período de latência em torno de 30 anos¹³.

As doenças oriundas da exposição ao amianto são contraídas em virtude da inalação das fibras produzidas na exploração deste material e que ficam dispersas no ar. Pelo tamanho das fibras, uma vez inaladas o pulmão humano não é capaz de expeli-las.

¹² MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Convenções da OIT. Brasília. 2002. p. 30-33. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BCB2790012BD507F4816CAA/pub_cne_convencoes_oit.pdf>. Acesso em 10 jan. 2015.

¹³ SCAVONE, L.; GIANNASI, F.; MONY, A. T. Doenças profissionais provocadas pelo amianto no Brasil e a construção dos contra-poderes: uma abordagem em saúde, trabalho e gênero. In: V CONGRESSO BRASILEIRO DE SAÚDE COLETIVA (ABRASCO). Águas de Lindoia: 1997. Disponível em: <<http://www.abrea.com.br/18ddoenças.pdf>>. Acesso em 14 jan. 2015.

O problema da exposição às fibras dispersas no ar na exploração do amianto tornara-se reconhecidamente como sendo de saúde pública em diversos países, vez que atinge não somente aqueles que laboram diretamente com o material, mas também toda a sociedade que ainda que remotamente possua contato com o produto em qualquer das suas formas químicas e estruturais, não havendo limite seguro para o contato com qualquer espécie de asbesto¹⁴.

Nações diversas vêm abolindo o uso do amianto de todas as espécies e substituindo-os por produtos equivalentes e que oferecem menos riscos à saúde humana e ao meio-ambiente, uma vez que em algumas localidades fora comprovado o nexos causal entre a exposição ao asbesto e o óbito de milhares de pessoas (inclusive muitas pessoas que jamais trabalharam na exploração de amianto), como por exemplo, na Itália, onde magnatas do amianto como Louis de Cartier de Marchienne e Stephen Schidheiny, ex-proprietários da empresa “Eternit”, foram processados e responsabilizados pelas mortes causadas na região da cidade de Casale Monferrato, Itália, onde se encontrava instalada uma unidade da empresa, fechada em 1986¹⁵.

A União Europeia, por exemplo, banuiu a exploração de qualquer espécie de amianto desde o ano de 2005, decisão esta válida para todos os países que a compõe, pois o Parlamento Europeu entendeu tratar-se de assunto de saúde pública, devendo sobrepor-se aos interesses econômicos de uma minoria (Diretiva 1.999/77/CE)¹⁶.

Assim como a União Europeia, outros países mais baniram ou restringiram a exploração do amianto, sobretudo aqueles países considerados desenvolvidos, com economias fortes e leis reguladoras mais rígidas, localizados principalmente no hemisfério norte do planeta Terra. Entretanto, não apenas países ricos e desenvolvidos proibiram em seus territórios a exploração do asbesto, Argentina, Chile e El Salvador encabeçaram a lista de países latino-americanos a vedar a presença das fibras oriundas deste material.

Seguindo o exemplo dos países que baniram a exploração de todas as espécies de asbesto, algumas unidades federativas do Brasil também elaboraram leis protetivas e restritivas em relação a este produto e qualquer variação estrutural ou química que este venha a sofrer. Estados como o Mato Grosso do Sul (Lei n. 2.210/01); Rio de Janeiro (Lei n. 3.579/01 e Decreto 40.647/2007); Rio Grande do Sul (Lei n. 11.643/01); São Paulo (Leis n. 10.813/01 e n. 12.684/07), entre outros mais, além de diversos municípios, legislaram na contramão da

¹⁴ CASTRO, Hermano; GIANNASI, Fernanda; NOVELLO, Cyro. **A luta pelo banimento do amianto nas Américas**: uma questão de saúde pública. *Ciênc. saúde coletiva* [online]. 2003, vol.8, n.4, pp. 903-911. ISSN 1413-8123.

¹⁵ BRUM, Eliane. Romana e o bilionário do amianto: a dor que não prescreve. *El País*, 24 nov. 2014. Opinião. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2014/11/24/opinion/1416832282_033103.html>. Acesso em 14 jan. 2015.

¹⁶ CASTRO, Hermano; GIANNASI, Fernanda; NOVELLO, Cyro. **A luta pelo banimento do amianto nas Américas**: uma questão de saúde pública. *Ciênc. saúde coletiva* [online]. 2003, vol.8, n.4, pp. 903-911. ISSN 1413-8123.

Lei Ordinária Federal n. 9.055/95, pois proibiram a utilização; fabricação e comercialização de produtos que contenham em sua composição o amianto, ou ainda exigiram a substituição gradativa e acompanhada destes produtos por outros que fossem menos prejudiciais à saúde humana e ao meio-ambiente.

No entanto, pela estrutura federativa e pelas competências legislativas estabelecidas pela Constituição da República de 1988, foram criados inúmeros impasses acerca da constitucionalidade ou não das leis estaduais e municipais que proibiram ou restringiram a utilização do asbesto em qualquer das suas espécies, o que inclui aqui o “asbesto branco” ou crisotila, até então de utilização permitida pela legislação federal.

Portanto, as unidades federativas brasileiras que se dispuseram a legislar no sentido de proibir ou restringir a exploração do amianto tipo crisotila sofreram com ações favoráveis ao uso deste material dentro do território nacional, o que se deu por intermédio da propositura de ações diretas de inconstitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal.

Em que pese a existência de algumas ações diretas de inconstitucionalidade acerca do tema que tramitam ou tramitaram perante o Supremo Tribunal Federal, ao presente trabalho interessa apenas a análise da ADI n.3.937/7 SP, que questiona a constitucionalidade da Lei Estadual Paulista n. 12.684/07, sancionada pelo Governador Geraldo Alckmin¹⁷.

Esta lei proibiu o uso de qualquer espécie de amianto ou asbesto dentro do território do estado de São Paulo a partir do início do ano de 2.008, exigindo ainda que o Poder Executivo promovesse a orientação da população acerca dos efeitos nocivos destes produtos, justamente por considerar que o contato direto ou indireto com este produto pode ser devastador para a saúde humana e desastroso para o meio-ambiente.

Em razão desta proibição, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria – CNTI, propôs a mencionada ADI, tendo posteriormente sido acompanhada por outros interessados, como a Associação Brasileira dos Expostos ao Amianto (ABREA); Associação Brasileira das Indústrias e Distribuidores de Produtos de Fibrocimento (ABIFIBRO) e Instituto Brasileiro de Crisotila (IBC).

As alegações da CNTI para atacar a constitucionalidade da lei estadual paulista foram o risco de desemprego considerável entre os profissionais que trabalhavam com o amianto; risco de endividamento das empresas que trabalham com este material; afronta aos Princí-

¹⁷ ESTADO DE SÃO PAULO. Lei nº 12.684, de 26 de julho de 2007. Proíbe o uso, no Estado de São Paulo, de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto ou outros minerais que, acidentalmente, tenham fibras de amianto na sua composição. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**, Poder Executivo, São Paulo, SP, 27 jul. 2007. Disponível em <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2007/lei-12684-26.07.2007.html>>. Acesso em: 14 jan. 2015.

pios Constitucionais da “reserva legal proporcional” e “livre iniciativa” (incisos II e LIV do art. 5º da CF/88); vício de iniciativa do projeto de lei que originou a norma, já que proposto pela Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, enquanto a competência para tal seria do Poder Executivo do ente federativo (art. 84, II e IV, alínea “a” da CF/88), e segundo os interessados, não haveria necessidade de proibir o uso de todo e qualquer derivado do amianto, pois aquele do tipo “crisotila” (ou “asbesto branco”) não seria prejudicial à saúde dos seres humanos, sendo absolutamente tolerável, razão pela qual era permitido seu uso a nível nacional no Brasil¹⁸.

À época do julgamento do pedido liminar realizado pela requerente, muito foi debatido pelos julgadores acerca de um suposto conflito de competências entre a Lei Federal n. 9.055/95 (permissiva) e que, segundo o entendimento de alguns seria a norma geral sobre a matéria, e a Lei Estadual paulista n. 12.684/07 (proibitiva), que teria hierarquia inferior, e, portanto, deveria ser submissa àquela em seu conteúdo.

Foi este o argumento principal utilizado pelos Ministros Marco Aurélio; Menezes Direito; Ellen Gracie dentre outros, que entenderam que em razão da preexistência de legislação federal a tratar do tema (norma geral), não poderia a legislação estadual afrontá-la, proibindo o que aquela permite, sob pena de haver usurpação à competência legislativa prevista constitucionalmente.

Entretanto, este posicionamento não teve apoio majoritário dentre os ministros da Suprema Corte brasileira, tendo sido vencido pela corrente contrária, o que surpreendeu a todos e trouxe uma nova visão acerca do tema.

A favor da não concessão da medida liminar pleiteada pela CNTI pesaram os argumentos apresentados nos votos prolatados pelos Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau, que com o conhecimento que lhes é peculiar consideraram o assunto como sendo de competência concorrente entre a União; Estados; Distrito Federal e Municípios, por versar sobre responsabilidade por dano ao meio-ambiente (art. 24, VIII da CF/88) e defesa da saúde (art. 24, XII da CF/88).

Assim, caberia a cada ente da federação exercer sua atividade legislativa em prol da promoção dos direitos ao meio-ambiente equilibrado e saudável, e à saúde humana, de maneira concorrente e complementar, desde que em consonância com a norma geral criada (originariamente ou não) pela União, como preconiza o parágrafo 1º do artigo 24 da CF/88.

A permissão constitucional para a concorrência legislativa mencionada ocorre em razão da importância dos assuntos elencados nos incisos do artigo 24 da Carta Magna, sendo que

¹⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Jurisprudência: pesquisa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 14 jan. 2015.

os direitos ao meio-ambiente saudável e equilibrado e à saúde humana são inclusive considerados direitos fundamentais pela lei maior.

Os julgadores consideraram que a Lei Ordinária Federal n. 9.055/95, que trata de maneira genérica sobre a não vedação do uso do asbesto branco, embora possa parecer ser a norma geral sobre o assunto do amianto não o é, pois o Brasil foi signatário da Convenção 162 da Organização Internacional do Trabalho, que trata sobre a prevenção de riscos relativos ao amianto em todas as suas formas e espécies e sua substituição necessária por outros materiais menos prejudiciais, sendo que este acordo internacional foi internalizado no sistema jurídico brasileiro pelo Decreto n. 126/91.

Assim, após o advento do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, a Convenção 162 da OIT, que versa sobre direitos fundamentais, passou a ter minimamente um caráter infraconstitucional e supralegal, significando uma hierarquia superior à de leis ordinárias federais. Por tal razão, a norma inserida no ordenamento jurídico brasileiro pela convenção da OIT passou a ser a norma geral a tratar da prevenção dos riscos que o amianto e todas as suas derivações oferecem ao meio-ambiente e ao ser humano.

Por este raciocínio, os eminentes julgadores entenderam que a lei paulista que proibiu o uso do amianto dentro do território daquele estado não apresenta afronta alguma à norma geral acerca do assunto, muito pelo contrário, tenta acelerar o processo de erradicação e substituição de produtos (amianto e suas espécies) de prejudicialidade amplamente comprovada e divulgada através de estudos científicos – conforme fora demonstrado pelo Ministro Joaquim Barbosa em seu voto – por outros de menor potencial ofensivo à saúde e ao meio-ambiente, estando assim em total harmonia.

O Brasil assumiu através da Convenção n. 162 da OIT um compromisso de desenvolver a implementar medidas para proteger os trabalhadores expostos ao amianto e também todas aquelas pessoas que possam sofrer com os males destes produtos, fazendo parte de tal processo a erradicação de sua exploração e a substituição deste por materiais menos ofensivos.

Portanto, o pedido liminar pleiteado através da ADI ora analisada não fora concedido, pois os ministros da Suprema Corte brasileira decidiram por maioria de votos pela manutenção da validade da lei do estado de São Paulo até decisão final da Egrégia Corte, que ainda não ocorreu.

Assim, ao menos até o presente momento a lei paulista sobre a proibição do uso do amianto em todas as suas espécies vem seguindo a tendência encabeçada pelos países desenvolvidos, que após muitas experiências negativas e aprofundados estudos científicos constataram que independente de qual tipo de asbesto se trate, estará o mesmo a oferecer riscos à população

da localidade e principalmente aos trabalhadores que tiverem contato direto com o produto, tratando-se de assunto da mais alta relevância e que deve ser tratado com bastante atenção.

No Brasil, pelo fato de a exploração do amianto pela indústria ter ocorrido tardiamente em relação aos países europeus e outros desenvolvidos, o assunto ainda não teve sua importância reconhecida (com exceção da decisão liminar da ADI ora tratada), e isto tem dois motivos principais, o *lobby* para a continuidade desta exploração, já que existem muitos interesses por trás da indústria do amianto, sobretudo econômicos, e a demora no aparecimento dos sintomas das doenças causadas pelo contato com o asbesto, que na esmagadora maioria das vezes são fatais¹⁹.

Entretanto, talvez agora, após algumas décadas do início da exploração do amianto no Brasil, o país possa começar a entender melhor o motivo de este material ter sido abolido de tantos países e os males que o mesmo causa à humanidade, já que os sintomas da irresponsabilidade da larga utilização do amianto começam a aparecer através do óbito de trabalhadores que durante algum tempo tiveram contato com o asbesto branco (crisotila), como no caso do recente julgado da 3ª Vara do Trabalho de São Caetano do Sul – Processo nº 1001756-33.2013.5.02.0473, em que muitos anos após ter tido contato com o amianto um obreiro veio a óbito por este motivo, o que infelizmente não será um caso isolado, já que milhares de trabalhadores tiveram este mesmo contato, por mais ou menos tempo, e infelizmente as normas de proteção do trabalhador jamais foram suficientes para livrá-los dos riscos inerentes a esta atividade²⁰.

O amianto, material este tão querido por aqueles que trabalham com construção civil e, sobretudo por seus fabricantes devido a sua versatilidade e seu baixo custo começa a mostrar sua real face ao Brasil, demonstrando que pode custar muito mais caro do que outros materiais menos explorados pela indústria, pois os gastos com seu uso não terminam após sua utilização e os efeitos disso podem ser catastróficos para muitas famílias brasileiras.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atual sistemática jurídica possui como uma de suas principais características o poder normativo dos princípios, como reflexo do pós-positivismo. Igualmente, a Constituição Brasileira de 1988, que estabelece um Estado Social e Democrático de Direito, tem seu fundamento

¹⁹ CASTRO, Hermano; GIANNASI, Fernanda; NOVELLO, Cyro. **A luta pelo banimento do amianto nas Américas: uma questão de saúde pública.** *Ciênc. saúde coletiva* [online]. 2003, vol.8, n.4, pp. 903-911. ISSN 1413-8123.

²⁰ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO. Consulta processual. Disponível em: <<https://pje.trtsp.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/ConsultaProcessual.seam>>. Acesso em 14 jan. 2015.

principal baseado em um elemento valorativo, a dignidade da pessoa humana. Assim, tem-se que o papel do Estado e do legislador não pode caracterizar um fim em si mesmo, pois a ordem jurídica determina e pressupõe que as atuações estatais devem estar direcionadas para um fim específico, qual seja: a garantia de padrões mínimos de existência para seus cidadãos.

Diante do caráter complexo da sociedade pós-moderna, a dignidade da pessoa humana é constituída por elementos multifatoriais, sendo um deles o direito à saúde. O reconhecimento deste direito e sua afirmação ocorreram principalmente no último século, com a criação da OIT, da ONU e da OMS. O próprio paradigma conceitual de saúde passou por alterações, deixando de ser entendido como uma mera ausência de doença para ser compreendido como um completo estado de bem-estar do ser humano. Esta alteração conceitual ampliou o campo de atuação do direito à saúde, o qual passou a englobar medidas curativas e preventivas.

Assim, a saúde do trabalhador e a garantia de um meio ambiente laborativo saudável possuem um papel de destaque no âmbito curativo do direito à saúde. Nossa sociedade está organizada de modo que as pessoas passem boa parte de suas vidas trabalhando, expostas inevitavelmente a circunstâncias de risco de danos físicos e psíquicos. É papel do Estado, em grau normativo e fiscalizatório; dos empregadores e dos empregados, quanto ao cumprimento das normas estabelecidas, atuar visando à prevenção de acidentes e de exposição a situações de insalubridade.

Neste aspecto se insere a preocupação e a proibição quanto ao uso do amianto, mineral metamórfico utilizado na produção de telhas, caixas d'água, tubos, dentre outros. Por seu enorme potencial de danos ao meio ambiente e a saúde humana, comprovados por estudos científicos das mais diversas áreas, a proibição do uso deste material tem sido objeto de normas de natureza internacional, de direito comunitário e de ordem interna, inclusive do sistema jurídico pátrio.

Ainda que haja comprovação científica de que o amianto causa doenças incuráveis e irreversíveis, bem como polui o meio ambiente de maneira gradativa, existem no Brasil diversas ações questionando perante o Supremo Tribunal Federal a constitucionalidade das leis que regulamentam a proibição do citado material. Como objeto do presente estudo, foi dada ênfase à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.937, a qual propõe a inconstitucionalidade da Lei Estadual Paulista nº 12.684/07. Houve intenso debate de associações de indústrias, de produtores, de trabalhadores e de portadores de enfermidades causadas pelo amianto. Após a apresentação de diversas teses contrárias e favoráveis, os ministros da Corte Constitucional brasileira instauraram intensos debates. Como resultado final, entendeu-se que a matéria se relaciona intimamente com a proteção do meio ambiente e da saúde, as quais

são de competência concorrente entre os entes federativos da República. Por esta razão, não haveria antinomia entre normas ou inconstitucionalidade da lei paulista.

A decisão analisada no presente trabalho representa, extirpe de dúvidas, o reconhecimento pelo Poder Judiciário dos efeitos danosos do amianto, e representou a renovação do compromisso brasileiro de observação do disposto pela Convenção nº 162 da OIT, confrontando o *lobby* econômico e jurídico dos produtores do mineral. Esta tendência de alteração de entendimento do Judiciário representa a aplicação material do direito à saúde e do direito ao meio ambiente, como requisitos essenciais da garantia à dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALVES, Giovanni; VIZZACCARO-AMARAL, André; MOTA, Daniel Pestana (Org.). **Trabalho e saúde: A precarização do trabalho e a saúde do trabalhador no século XXI**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2011.

ARAÚJO, Francisco Rossal de. A saúde do trabalhador como direito fundamental (no Brasil). Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, ano VI, n. 110, p. 85-106, dez. 2010. Disponível em: <http://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/direito/doutrina/artigos/Revista_Eletronica/2010/Revista%20Eletr%C3%B4nica%20%20n.%20110_2010.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: dez. 2014.

_____. Decreto nº 126, de 22 de maio de 1991. Promulga a Convenção nº 162, da Organização Internacional do Trabalho - OIT, sobre a Utilização do Asbesto com Segurança. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 2 mai. 1991. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0126.htm>. Acesso em: 14 jan. 2014.

_____. Lei nº 9.055, de 1º de junho de 1995. Disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 1 jun. 1995. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9055.htm>. Acesso em: 14 jan. 2014.

BRUM, Eliane. Romana e o bilionário do amianto: a dor que não prescreve. **El País**, 24 nov. 2014. Opinião. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2014/11/24/opinion/1416832282_033103.html>. Acesso em 14 jan. 2015.

CASTRO, Hermano; GIANNASI, Fernanda; NOVELLO, Cyro. **A luta pelo banimento do amianto nas Américas: uma questão de saúde pública.** *Ciênc. saúde coletiva* [online]. 2003, vol.8, n.4, pp. 903-911. ISSN 1413-8123.

COMISSÃO PARA OS DETERMINANTES SOCIAIS DA SAÚDE. **Redução das desigualdades no período de uma geração. Igualdade na saúde através da acção sobre os seus determinantes sociais:** Relatório Final da Comissão para os Determinantes Sociais da Saúde. Portugal, Organização Mundial da Saúde, 2010.

ESTADO DE SÃO PAULO. Lei nº 12.684, de 26 de julho de 2007. Proíbe o uso, no Estado de São Paulo, de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto ou outros minerais que, acidentalmente, tenham fibras de amianto na sua composição. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**, Poder Executivo, São Paulo, SP, 27 jul. 2007. Disponível em <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2007/lei-12684-26.07.2007.html>>. Acesso em: 14 jan. 2015.

MENDES, Jussara Maria Rosa; WÜNSCH, Dolores Sanches; CORRÊA, Maria Juliana Moura. Proteção social e a saúde do trabalhador: contingências do sistema de mediações sociais e históricas. **Revista de Políticas Públicas**, v. 13, n. 1, p. 55-63, jan-jun. 2009. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=321127275006>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Convenções da OIT. Brasília. 2002. p. 30-33. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BCB2790012BD507F4816CAA/pub_cne_convencoes_oit.pdf>

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **A proteção jurídica à saúde do trabalhador.** 6. ed. São Paulo: LTr, 2011.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial da Saúde** (OMS/ WHO) – 1946. Nova Iorque, 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: 11 jan. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 67, 2008, p. 125-172. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_Tania_10_04_09.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2015.

SCAVONE, L.; GIANNASI, F.; MONY, A. T. Doenças profissionais provocadas pelo amianto no Brasil e a construção dos contra-poderes: uma abordagem em saúde, trabalho e gênero. In: V CONGRESSO BRASILEIRO DE SAÚDE COLETIVA (ABRASCO). Águas de Lindoia: 1997. Disponível em: <<http://www.abrea.com.br/18ddoenças.pdf>>. Acesso em 14 jan. 2015.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **A saúde do trabalhador como um direito humano**: Conteúdo essencial da dignidade humana. São Paulo: LTr, 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Jurisprudência: pesquisa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 14jan. 2015.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO. Consulta processual. Disponível em: <<https://pje.trtsp.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/ConsultaProcessual.seam>>. Acesso em 14 jan. 2015.

ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO: RELAÇÃO ENTRE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS SOB A PERSPECTIVA DO TRT-ES

VÍTOR PIZOL DE REZENDE ¹

RESUMO

O ambiente de trabalho está se tornando cada vez mais complexo e, conseqüentemente, mais problemático. Nesse contexto, vale mencionar o aumento do número de casos marcados pelo assédio moral e a relação deste com a violação da dignidade da pessoa humana, princípio presente na Declaração Universal Dos Direitos Humanos e na Constituição Federal. Sob essa óptica, cabe destacar que o objetivo do artigo é analisar de que forma a dignidade da pessoa humana está relacionada à honra do indivíduo e, por conseqüente, como que sua violação pode representar um caso de assédio moral, passível de indenização por danos morais. Vale destacar que, para se efetivar esse estudo, o artigo realiza uma contextualização doutrinária acerca do assunto e avalia a ementa de 2002 do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região (Vitória-ES), que foi utilizada no primeiro julgamento em que se reconhece essa relação entre violação à dignidade e indenização por danos morais. Portanto, o artigo visa a compreender de que forma ocorre a relação apresentada e também se ela passou a ser acatada por outros Tribunais.

Palavras-chave: Assédio moral. Dignidade da pessoa humana. Indenização por danos morais.

INTRODUÇÃO

O meio ambiente do trabalho tem se tornado cada vez mais caótico e isso contribuiu para a geração de diversos problemas; um deles refere-se ao aumento do número de casos de assédio moral. Este já vinha sendo entendido como uma violação ao direito à honra do indivíduo e, portanto, admitindo a possibilidade de indenizações por danos morais. Todavia, a partir de 2002, por meio de um julgamento efetuado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 17ª (Vitória-ES), o assédio moral passou a ser analisado sob a perspectiva de um afronto ao princípio da dignidade da pessoa humana também. O julgamento em questão foi considerado um marco para o Direito do Trabalho, até porque, esse princípio, embora seja de extrema importância, é muito amplo e, por isso, requer um uso cauteloso e crítico.

Sob essa óptica, cabe salientar que o objetivo do presente artigo, além de propiciar um estudo acerca do tema, é verificar de que forma o TRT-ES considerou que o assédio moral

¹ Graduando em Direito pela Faculdade De Direito De Vitória (FDV). O artigo apresenta-se no Congresso Internacional de Bioética e Direitos Humanos (CONIBDH), no grupo de trabalho 4 - Bioética, Direitos Humanos, Democracia, Pluralidade e Sociedade. Email: vitorpizolderezende@gmail.com.

fere a dignidade da pessoa humana, como que esse princípio está relacionado ao direito à honra e, portanto, de que forma possibilita a adoção de indenização pelos danos ocasionados. Além disso, o artigo, por meio da avaliação de casos e jurisprudência, visa a compreender se o comportamento adotado pelo TRT-ES também foi utilizado por outros Tribunais ou se houve uma divergência de posicionamento.

Cabe destacar que para se realizar essas metas, será realizada no artigo, em primeiro plano, uma contextualização doutrinária acerca dos conceitos de assédio moral, dano moral, direito à honra e dignidade da pessoa humana. Em segundo plano, será realizada uma análise gráfica com o intuito de se compreender os efeitos do assédio moral e, por conseguinte, a relevância do estudo do tema.

Feito isso, o próximo passo será analisar a ementa do TRT-ES. A ideia é compreender o entendimento desse Tribunal, para isso serão relacionados os argumentos do magistrado com os da doutrina. Posteriormente, no intuito de se observar se outros Tribunais adotaram a postura retratada até então, o artigo irá analisar casos específicos e uma jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.

Portanto, percebe-se que o artigo possui como foco analisar a relação existente entre a violação do princípio da dignidade da pessoa humana e a indenização por danos morais sob a perspectiva do TRT-ES e, ainda, verificar se outros Tribunais adotaram o mesmo posicionamento.

ASSÉDIO MORAL E DANO MORAL

O direito à honra, embora seja exaltado na teoria, na prática, ainda é contrariado. Nesse sentido, têm-se a ocorrência do assédio moral (violação do direito à honra) e do dano moral (dano ocasionado).

Sob essa óptica, cabe ressaltar que, consoante Maurício Godinho Delgado (2014, p. 1293):

Defini-se o assédio moral como a conduta reiterada seguida pelo sujeito ativo no sentido de desgastar o equilíbrio emocional do sujeito passivo, por meio de atos, palavras, gestos e silêncios significativos que visem ao enfraquecimento e diminuição da vítima ou a outra forma de desequilíbrio e tensão emocionais graves.

Nesse contexto, pode-se dizer que o assédio moral consiste em um tipo de agressão psicológica, uma vez que submete o trabalhador a abusos emocionais. Ademais, ocasiona sérios problemas ao indivíduo, pois gera lesão na integridade psíquica do mesmo.

Apresentado o conceito de assédio moral pode-se, posteriormente, compreender seus efeitos e seu modo de atuação. Nesse viés, na visão de Maurício Godinho Delgado (2014, p. 666), tem-se que:

O dano moral possui, em regra, caráter individual, atingindo o patrimônio imaterial da pessoa humana. Atando-se ao complexo da personalidade do ser humano, espai-se em múltiplas decisões e facetas, capazes de produzir repercussões jurídicas diferenciadas no quadro das relações a que se integra a pessoa.

Ademais, cabe ressaltar que o dano moral, segundo o pensamento de Vólia Cassar (2014, p. 915), pode se dá por meio de uma relação de verticalidade ou de horizontalidade. No primeiro caso, a prática agressiva ocorre entre o empregador e o empregado, normalmente, sob a utilização de um poder exacerbado (abuso de poder). Já no segundo caso, a agressão se dá entre os próprios colegas de trabalho, em geral, por motivos de inveja ou discriminação racial, política ou religiosa. Além disso, o dano moral vertical pode ser ascendente (quando usado pelo empregador contra o chefe) ou descendente (aquele praticado pelo superior hierárquico contra o subordinado nessa escala hierárquica).

Portanto, percebe-se que o dano moral consiste no resultado gerado pelo assédio moral e é capaz de ocasionar angústia, cansaço, ansiedade e estresse, ou seja, consegue abalar a pessoa moral e, até mesmo, fisicamente. Além disso, pode-se constatar que existem várias formas de manifestação, todavia, a mais habitual é a marcada por uma relação vertical desce, pois o trabalhador de baixo escalão tende a ser o lado mais fraco e exigido da relação empregatícia.

CONTEXTUALIZAÇÃO JURÍDICA DO DIREITO À HONRA

A honra é um direito de personalidade (ligado à pessoa humana) referente à integridade moral do indivíduo; ademais, pode ser relacionada aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana. Sob essa óptica, e tomando-se por base o contexto de um Estado Democrático de Direito, pode-se perceber que o direito em questão é de extrema importância para o desenvolvimento da sociedade.

Nesse viés, cabe mencionar que na visão de José Afonso da Silva (2013, p. 210): "A honra é o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade humana, o respeito dos concidadãos, o bom nome, a reputação. É direito fundamental da pessoa resguardar essas qualidades".

Observa-se assim, que esse direito representa valores democráticos e pluralistas e, conseqüentemente, serve para resguardar, por meio da defesa da ética e da moral, os indivíduos.

Vale ressaltar que esse direito, por fazer parte do ramo dos direitos de personalidade, apresenta sete características, segundo informa Carlos Roberto Gonçalves (2010, p.186-189):

- I) Intransmissibilidade e irrenunciabilidade – acarretam a indisponibilidade dos direitos de personalidade, ou seja, não podem ser transferidos ou renunciados.
- II) Absolutismo – apresentam caráter absoluto, geral.
- III) Não limitação – os direitos de personalidade apresentam número ilimitado.
- IV) Imprescritibilidade – apresentam prazo de validade indeterminado.
- V) Impenhorabilidade – não podem ser penhorados, apreendidos.
- VI) Não sujeito à desapropriação – um indivíduo não pode ter seus direitos de personalidade desapropriados nem tentar, voluntariamente, limitá-los.
- VII) Vitaliciedade – os direitos de personalidade acompanham o indivíduo até a morte.

No que tange a essas características, é válido destacar o absolutismo, uma vez que essa ideia revela o caráter generalizado do direito à honra e, dessa forma, acentua o seu leque de aplicação e sua expectativa de efetivação. Para se ratificar essa importância, é interessante citar que o mesmo é mencionado na Constituição Federal e no Código Civil.

Nesse sentido, destaca-se o seguinte trecho da Constituição Federal (art.5º, x): “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Cabe mencionar também o artigo doze do Código Civil (2010, p. 245 – 246), que aduz: “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”. Percebe-se, dessa forma, que ambos os dispositivos jurídicos se mostram preocupados em tratar sobre o tema.

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana é um dos princípios mais importantes do Direito Contemporâneo e, dessa forma, caracteriza-se por ser um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme pode ser observado no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988.

Ademais, esse princípio se encontra na Declaração Universal dos Direitos Humanos (Brasil, 1998), que em seu artigo primeiro estabelece que: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

Sob essa óptica, observa-se que o princípio da dignidade da pessoa humana apresenta valor universal e, conseqüentemente, deve se dar de forma igualitária entre os indivíduos.

Vale destacar que, na visão de Luís Roberto Barroso (2012, p.160):

Para finalidades jurídicas, a dignidade da pessoa humana pode ser dividida em três componentes: *valor intrínseco*, que se refere ao *status* especial do ser humano no mundo; *autonomia*, que expressa o direito de cada pessoa, como um ser moral e como um indivíduo livre e igual, tomar decisões e perseguir o seu próprio ideal de vida boa; e *valor comunitário*, convencionalmente definido como a interferência social e estatal legítima na determinação dos limites da autonomia pessoal.

Nesse sentido, percebe-se que a dignidade da pessoa humana é um elemento ético de muita importância e que está relacionada a aspectos internos e externos do indivíduo. Ou seja, o princípio em questão refere-se tanto a natureza do ser quanto a um caráter social.

Levando-se em conta o que já foi dito, observa-se a relevância de se compreender esse princípio e, por conseguinte, de analisá-lo nos processos, seja o reconhecendo ou o negando em determinado caso. O objetivo é verificar sua possibilidade de aplicação, uma vez que seu teor é imprescindível para todos os sujeitos; todavia, é imprescindível salientar que se deve tomar cuidado para não generalizar a aplicação do termo em questão e, com isso, banalizá-lo.

ANÁLISE GRÁFICA ACERCA DOS EFEITOS DO ASSÉDIO MORAL

Nesta parte do trabalho será feita uma análise gráfica a respeito dos efeitos do assédio moral para a saúde do trabalhador. O objetivo é mostrar os danos ocasionados, relacioná-los com a dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, notar a importância de se tratar acerca do assunto.

Nesse sentido, observa-se o seguinte gráfico, que foi utilizado por Margarida Maria Silveira Barreto (2003, p. 217-218):

Quadro: “Consequências do Assédio Moral à Saúde”

Sintomas	Mulheres	Homens
Crises de choro	100%	-
Dores generalizadas	80%	80%
Palpitações, tremores	80%	40%
Sentimento de inutilidade	72%	40%

Insônia ou sonolência excessiva	69,6%	63,6%
Depressão	60%	70%
Diminuição da libido	60%	15%
Sede de vingança	50%	100%
Aumento da pressão arterial	40%	51,6%
Dor de cabeça	40%	33,2%
Distúrbios digestivos	40%	15%
Tonturas	22,3%	3,2%
Ideia de suicídio	16,2%	100%
Falta de apetite	13,6%	2,1%
Falta de ar	10%	30%
Passa a beber	5%	63%
Tentativa de suicídio	-	18,3%

Vale mencionar que como o artigo não visa a diferenciar o comportamento masculino do feminino diante do assédio moral, o gráfico será analisado de uma forma generalizada, ou seja, observando-se os pontos em comum de ambos os sexos.

Nesse viés, pode-se constatar que o assédio moral pode possibilitar uma série de transtornos ao trabalhador, tanto em termos psicológicos quanto em termos físicos. Assim, destacam-se, respectivamente, sentimento de inutilidade e dores generalizadas.

Vale salientar que o sentimento de inutilidade pode gerar ainda duas situações distintas: depressão, ou seja, diminuição da auto-estima e sentimento de vingança (ideia de ódio). Já as dores generalizadas, juntamente com outros desgastes físicos, como dor de cabeça e tremores acabam diminuindo a produtividade e minando a saúde do empregado. Cabe destacar que ambos os fatores ferem a dignidade da pessoa humana, uma vez que prejudicam a integridade do indivíduo e atrapalham a formação de um meio ambiente do trabalho sadio. Diante do exposto, torna-se patente a necessidade de se estudar o assunto em questão.

ANÁLISE DA EMENTA DO TRT-ES

O Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 17ª Região (Vitória-ES) julgou o primeiro caso em que se reconhece que a violação à dignidade da pessoa humana dá direito à indenização por dano moral. Esse procedimento foi efetuado por meio da seguinte ementa (Brasil, 2002):

“ASSÉDIO MORAL - CONTRATO DE INAÇÃO - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - A tortura psicológica, destinada a golpear a auto-estima do empregado, visando forçar sua demissão ou apressar sua dispensa através de métodos que resultem em sobrecarregar o empregado de tarefas inúteis, sonegar-lhe informações e fingir que não o vê, resultam em assédio moral, cujo efeito é o direito à indenização por dano moral, porque ultrapassa o âmbito profissional, eis que minam a saúde física e mental da vítima e corrói a sua auto-estima. No caso dos autos, o assédio foi além, porque a empresa transformou o contrato de atividade em contrato de inação, quebrando o caráter sinalagmático do contrato de trabalho, e por conseqüência, descumprindo a sua principal obrigação que é a de fornecer trabalho, fonte de dignidade do empregado.” (TRT - 17ª Região - RO 1315.2000.00.17.00.1 - Ac. 2276/2001 - Rel. Juíza Sônia das Dores Dionízio - 20/08/02, na Revista LTr 66-10/1237).

A ementa retratada acima foi efetuada em 2002 e, consoante Maria Cristina Irigoyen Peduzzi (2007, p. 32-33) remete ao caso considerado como o “leading case” dessa matéria no Brasil, ou seja, um caso importante, que serve de base para outros.

O caso em questão, de uma forma geral, trata acerca de um trabalhador vítima de “perseguições” por razões ideológicas, que se deu por meio da exclusão de funções no ambiente de trabalho. Mas o primordial ao se analisar esse caso é conseguir observar de que forma se deu a violação da dignidade da pessoa humana e como isso maculou a honra do trabalhador, gerando motivo suficiente para indenização por danos morais.

Nesse sentido, pode-se observar que foram violados os três aspectos da dignidade da pessoa humana. Constata-se que houve uma degeneração da autonomia do trabalhador acerca da sua tarefa produtiva, além disso, houve um tratamento desigual. Ademais, pode-se dizer que não houve o respeito ao valor comunitário, uma vez que a atitude da empresa limitou de forma muito abrangente a autonomia do indivíduo (houve uma interferência muito expressiva) e isso gerou um desconforto social. Já no que tange ao valor intrínseco, cabe salientar que a atitude em questão abala o lado psicológico do trabalhador.

Esses aspectos, sobretudo o último, referente ao valor intrínseco, representam condutas antiéticas e contribuem para o ferimento da honra do trabalhador. Este, por sua vez, passa a sofrer um transtorno psíquico que pode lhe acarretar tanto problemas mentais quanto físicos.

Portanto, pode-se estabelecer que o assédio moral, por possuir vários efeitos caóticos, deve ser sempre combatido. Observa-se, dessa forma, que a doutrina visa a defender um progresso humanista, ou seja, baseado em virtudes que não denigram o trabalhador.

Como argumentos para reforçar essa tese é válido mencionar dois princípios trabalhistas. Nesse sentido, vale destacar que, conforme Luciano Martinez (p. 121, 2014) o princípio da razoabilidade indica que os sujeitos devem agir com bom-senso, ou seja, usando a razão. Ademais, o autor salienta que o princípio da boa-fé remete a uma crença positiva e ao fato de que para se ter a continuidade do negócio, é necessário que os indivíduos hajam com lealdade, respeito e confidencialidade.

Sob essa óptica cabe ressaltar que o ambiente de trabalho deve ser regido por padrões mínimos de ética e, portanto, deve haver a valorização do respeito, da solidariedade, da humildade e da paciência. Dessa forma, irá se gerar melhorias tanto para o empregado quanto para a empresa, ou seja, haverá ganhos recíprocos.

Para se propiciar a situação almejada, poder-se-ia condenar empresas a pagarem indenizações a funcionários; sendo que o objetivo disso não é proporcionar o enriquecimento do trabalhador, mas sim inibir as práticas de assédio moral.

ESTUDO DO CASO DA OPERADORA VIVO

O objetivo dessa parte do trabalho é analisar um caso de assédio moral envolvendo violação da dignidade da pessoa humana, que foi julgado por outro TRT, no caso o da 4^a Região, a fim de se observar se haveria também o reconhecimento de uma possível indenização por danos morais.

O caso foi publicado por Lucas Azevedo (2014) no site UOL. A notícia trata a respeito de uma indenização no valor de 50 mil reais que a operadora de telefonia “Vivo” foi condenada a pagar a uma funcionária.

A empresa tinha como objetivo restringir a venda de planos de telefone pré-pago (cartão) e, conseqüentemente, aumentar à de pós-pago (conta), uma vez que esse procedimento seria muito mais lucrativo. Devido a isso, a Vivo incentivava seus funcionários a mentir para seus clientes. Dessa forma, caso uma pessoa ligasse para a operadora querendo comprar um plano pré-pago, era costume que os funcionários alegassem indisponibilidade do sistema naquele momento.

Essa prática se tornou frequente na empresa, até que um dia a funcionária em questão resolveu quebrar esse protocolo. Dessa forma, quando um cliente ligou pela segunda vez a

procura de um plano pré-pago, a funcionária ao invés de mentir, vendeu o produto desejado. Devido a essa atitude, ela passou a ser xingada e ridicularizada no trabalho. Ademais, ficou alguns dias afastada e, ao retornar, foi demitida.

O caso em questão foi relatado ao juiz Marcos Fagundes Salomão da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região do Rio Grande do Sul que condenou a Vivo a pagar uma indenização de 50 mil reais para a funcionária. A fundamentação da decisão judicial se deu sob a alegação de danos morais e geração de doenças ocupacionais, no caso, estresse e ansiedade.

Sob essa óptica, percebe-se que houve a violação de princípios da personalidade do trabalhador. Dentre eles, destaca-se o direito à honra. Além disso, violou-se o princípio da dignidade da pessoa humana e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil como o da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, presentes na Constituição Federal (art. 3º, I).

Em suma, o caso retratado se enquadra no contexto do assédio moral no ambiente de trabalho. Isso se deve ao fato de a funcionária da empresa “Vivo” ter sido constrangida a mentir para vários clientes e, posteriormente, ao romper com essa proposta empresarial maléfica, ter sofrido represália e demissão. Sob essa óptica, percebe-se que a funcionária possuiu seu equilíbrio emocional abalado e teve a sua dignidade violada; fatores esses, que poderiam lhe acarretar inúmeros transtornos psíquicos.

ESTUDO DO CASO DA EMPRESA MRS LOGÍSTICA S.A

Esse outro caso, por sua vez, é relativo a um maquinista que alegou ter sido submetido pela empresa MRS Logística S.A a um regime de trabalho que não lhe possibilitava usar o banheiro. Vale mencionar que o caso foi publicado por Rafael Teodoro (2014) no site JusNavigandi, e julgado pela Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região e pela Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

O TRT da 3ª Região (Minas Gerais) reconheceu a veracidade do fato narrado pelo maquinista. Ademais, alegou que o regime, no qual o trabalhador era submetido, no caso o de “mocondução” – o maquinista conduzia sozinho a locomotiva e sem a adição de paradas programadas – seria degradante e lesivo.

Outro aspecto a ser destacado com relação à forma de realização de tal trabalho é a existência do dispositivo de segurança chamado “homem-morto”. Este, de acordo com o maquinista, deve ser acionado a cada 45 segundos, caso contrário, entende-se que a locomotiva está sem alguém no comando e, portanto, os freios são acionados. Dessa forma, por mais que haja banheiro na locomotiva, o maquinista não tem condições de usá-lo.

Os fatores acima citados aliados ao fato de a jornada do maquinista ser de oito horas interruptas, tornam o caso um exemplo de violação à dignidade humana do trabalhador, uma vez que tal situação era indigna e não respeitava princípios ético-sociais do trabalho. Ademais, há também lesão quanto à honra do indivíduo.

Para julgar o caso, em última instância, o TST fez uso dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e tentou adotar uma medida que servisse para inibir a empresa a continuar com tal prática e reparar o trabalhador, sem, contudo, enriquecê-lo. Nesse contexto, foi estipulada uma multa no valor de quinze mil reais.

ANÁLISE DE DECISÃO DO TST

Nesta parte do trabalho será efetuada uma avaliação acerca de um recurso que revela a opinião do Tribunal Superior do Trabalho acerca do assédio moral no ambiente de trabalho (Brasil, 2005), tendo como base a relação existente entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à indenização por danos morais. Avaliar o entendimento desse Tribunal é de extrema importância, afinal, é ele quem dá a última palavra no que tange aos assuntos relativos ao Direito do Trabalho.

“INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. LIMITAÇÃO DO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR. O cerne da questão reside na aferição do prejuízo à honra e à dignidade da empregada nos procedimentos adotados pelo superior hierárquico. Nesse contexto, sabe-se que o dano moral constitui uma lesão a direitos da personalidade, que no caso dos autos são a honra e a intimidade da autora da reclamação. A sua configuração se efetiva com o abalo à dignidade da pessoa em sua consideração pessoal ou social. O fato denuncia excessivo abuso do poder diretivo do empregador, expondo o empregado à vexatória perante funcionários da empresa, em comprometimento da dignidade e intimidade do indivíduo, motivo pelo qual reputo o procedimento adotado como lesivo à honra, exigindo a reparação pretendida, em condições de afastar qualquer indício de afronta ao art. 159 do Código Civil. - Recurso não conhecido.” (TST-RR-253/2003-003-03-00.7, 4ª T., Rel. Min. Barros Levenhagen, DJ 22.04.2005)

Esse trecho serve para elucidar tudo o que já foi dito até aqui e, conseqüentemente, ratificar a ideia de que o assédio moral pode ser relacionado a uma violação ao direito à honra e à dignidade da pessoa humana. Dessa forma, no intuito, de se tentar reparar os danos causados, existe a possibilidade de se pleitear indenização por danos morais. Observa-se, portanto, que o Tribunal Superior do Trabalho adotou a decisão de 2002 do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região como uma base de pensamento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio do presente artigo, observou-se que o cenário relativo ao meio ambiente de trabalho tem se tornado mais complexo e problemático. Nesse viés destacou-se o aumento do número de casos de assédio moral. Vale mencionar que este caracteriza-se por ser uma conduta reiterada cujo objetivo é desgastar o trabalhador, ferindo a sua integridade.

Ademais, chegou-se a conclusão de que a prática de assédio moral está diretamente relacionada à violação do princípio da dignidade da pessoa humana em seus três elementos característicos e a maculação da honra do indivíduo. Dessa forma, constatou-se que o assédio moral abala o estado psíquico individual, gera consequências físicas e prejudica o convívio social. Nesse sentido, abordou-se a possibilidade de indenização por danos morais, sendo que esta deve ter caráter educativo e preventivo, ao invés de visar o enriquecimento.

Além disso, devido à análise de casos e jurisprudência, observou-se que a argumentação utilizada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região (Vitória-ES), acerca da relação existente entre violação da dignidade da pessoa humana e o direito de se pleitear indenização por danos morais, passou a ser tomada como base por outros Tribunais do Trabalho. Fator esse que mostra a relevância que está sendo dada ao tema na atualidade, devido às mudanças complexas que ocorrem no meio ambiente do trabalho.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Lucas. Demitida por não ter mentido a cliente ganha R\$ 50 mil; empresa recorrerá. **UOL**, Porto Alegre, 4. ago. 2014. Disponível em: < <http://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2014/08/04/demitida-por-nao-ter-mentido-a-cliente-ganha-r-50-mil-empresa-recorrera.htm>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

BARRETO, Margarida Maria Silveira. **Violência, saúde e trabalho**: uma jornada de humilhações. São Paulo: Educ, 2003, p. 217-218.

BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista dos Tribunais**, v. 919, p. 127-196, mai. 2012. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/aqui_em_todo_lugar_dignidade_humana_direito_contemporaneo_discurso_transnacional.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2015.

BRASIL, **Código civil**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 245 – 246

BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL, **Declaração Universal Dos Direitos Humanos**. Brasília, 1998. Disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2015.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região. **Acórdão 2276/2001**. Disponível em: <<http://www.sinsesp.com.br/artigos/assedio/166-assedio-moral-trt-da-170-reconhece-que-violacao-a-dignidade-humana-da-direito-a-indenizacao>>. Acesso em 17 fev. 2015.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Decisão judicial**. Indenização por danos morais – limitação ao poder diretivo do empregador. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 14 abr. 2015.

CASSAR, Vólia Bonfim. In: _____. **Direito do trabalho**. 9 ed. São Paulo: Método, 2014.

DELGADO, Maurício Godinho. In: _____. **Curso de Direito do Trabalho**. 13 ed. São Paulo: LTr, 2014.

GONÇALVES, Roberto Carlos. Dos Direitos da Personalidade. In: _____. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 183 – 205.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. Assédio moral. **Revista TST**, Brasília, v. 73, n. 2, abr/jun 2007. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/1312860/1.+Ass%C3%A9dio+moral>>. Acesso em: 19 març. 2015

SILVA, José Afonso da. Teoria Dos Direitos Fundamentais do Homem. In: _____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 174 – 198.

TEODORO, Rafael. Dano moral e limitação ao uso do banheiro pelo empregado: reflexões sobre o exercício abusivo do poder de direção do empregador à luz da jurisprudência do TST. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3920, 26 mar. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27079>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

O CAPITALISMO FLEXÍVEL E A SAÚDE DO TRABALHADOR: NOVOS PARADIGMAS E O PROBLEMA DA EFETIVIDADE DO DIREITO

VINICIUS PINHEIRO MARQUES¹

RESUMO

Hodiernamente as novas modalidades de trabalho, bem como suas formas de organização decorrentes dos novos processos dinâmicos de produção impostos pelas tecnologias, estão umbilicalmente ligadas à saúde do trabalhador. Os novos paradigmas econômicos, políticos e culturais vêm reestruturando o ciclo produtivo com vistas ao mercado globalizado. Essas transformações implicam em mudanças nas formas de gestão do trabalho e, conseqüentemente, afetam diretamente as questões que envolvem a relação entre saúde e trabalho e as condições de vida dos trabalhadores. Nesse contexto o problema da pesquisa residiu na seguinte questão central: em que diretrizes devem ser pautadas o Direito de modo que se assegure a efetividade da saúde do trabalhador? Nesse sentido, os objetivos consistiram em compreender que a saúde e a doença se referem a fenômenos vitais, sendo formas pelas quais a vida se manifesta, e visualizar que as experiências vividas pelos sujeitos interligadas com os ideais do meio social em que estão inseridos são fundamentais no processo de construção social da doença e da saúde. Para alcançar tal desiderato, foi utilizada uma pesquisa qualitativa, com método dedutivo e com técnica de pesquisa documental, onde foram consultados livros, artigos científicos, legislação e jurisprudência disponíveis em meio físico e eletrônico. Ao final da pesquisa concluiu-se que somente se terá uma concepção ampliada de saúde do trabalhador se esta for compreendida como um processo dinâmico onde se interligam e interagem as condições laborais e de vida, ou seja, tudo o que compõe a história singular e coletiva nas múltiplas lógicas inscritas nesse processo. Para que o Direito seja efetivo na proteção da saúde do trabalhador deve ter assentado em suas bases normativas o reconhecimento de que processo doença-trabalho ocorre dentro e fora do âmbito produtivo e, fundamentalmente, as diferentes expressões de agravo à saúde se manifestam em diferentes épocas e espaços.

Palavras-chave: Capitalismo. Saúde do trabalhador. Efetividade do Direito.

INTRODUÇÃO

Sem meias palavras, o capitalismo é um sistema parasitário. Como todos os parasitas, pode prosperar durante certo período, desde que encontre um organismo ainda não explorado que lhe forneça alimento. Mas não pode fazer isso sem prejudicar o hospedeiro, destruindo assim, cedo ou tarde, as condições de sua prosperidade ou mesmo de sua sobrevivência. (BAUMAN, 2010, p. 8-9)

¹ Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Tocantins (PUC MINAS). Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Professor de Direito da Universidade Federal do Tocantins (UFT) e da Faculdade Católica do Tocantins (FACTO). Artigo apresentado ao Grupo de Trabalho I: Bioética e Saúde. E-mail: viniciusmarques@uft.edu.br

O desenvolvimento do modelo produtivo flexível se constituiu como parte de um processo que se iniciou na segunda metade do século XX e se consolidou na década de 80. Antunes (1998) observa que neste período houve um grande salto tecnológico, onde a automação, a robótica e a microeletrônica invadiram o universo fabril e, ao mesmo tempo, trouxeram repercussões nas relações de trabalho e de produção do capital. Nesse sentido a Terceira Revolução Industrial - revolução tecnológica - trouxe para o capitalismo dificuldades estruturais ocasionadas pela equiparação tecnológica e acirrada competitividade internacional, as quais se intensificaram na década de 70.

O processo de produção em massa, identificado por Bauman (2001) como capitalismo pesado, é traço marcante do fordismo. Essa passagem para um modelo de produção flexível, o qual Castells (2000) denominou pós-fordismo, foi fruto da conjuntura econômica política mundial provocada pela instabilidade dos mercados internacionais, os quais tornaram os modelos de administração obsoletos para a nova demanda mundial.

Assim, pode-se afirmar que o sistema de produção flexível emergiu como solução à nova realidade de produção dos mercados internacionais e tornou-se um sistema ideal para a sobrevivência das empresas transnacionais, na medida em que as novas tecnologias possibilitaram a substituição das linhas de montagem características da grande empresa fordista por uma unidade de produção de fácil programação, capaz de atender às variações do mercado e das transformações do processo de produção.

Não obstante, conforme constata Mattoso (1994), essas modificações no seio do processo produtivo e do trabalho originaram relações de trabalho baseadas na terceirização e instabilidade, ou seja, agravaram de forma contundente as características de exclusão social e econômica do capitalismo.

Ao analisar esse panorama, Castells (2000) constata que a estrutura do mercado está se adaptando a uma nova realidade produtiva e tecnológica, cujas palavras de ordem são: produtividade, competitividade e lucratividade. Esta adaptação, porém, está sendo viabilizada com um custo social bastante elevado e consequências imprevisíveis. Nesse diapasão surgem o emprego temporário, parcial, casual e outras modalidades que representam o emprego disfarçado, cujas condições estão abaixo dos padrões aceitáveis. Ademais, tem-se constatado que com frequência há imposição do aumento da produtividade, com ampliação de carga de responsabilidade aos trabalhadores, associado com diminuição no tempo de descanso e repouso.

Nesse contexto percebe-se que a nova ordem mundial ditada pelo capitalismo traz consigo reflexos não somente sobre as relações de trabalho, mas também no meio ambiente e com incidência direta nos níveis de saúde dos que labutam. Observa-se, portanto, o surgimento

de novos impactos sobre a saúde dos trabalhadores traduzindo-se em verdadeiras epidemias de doenças ocupacionais.

Agrava-se ainda que outras doenças estão surgindo, pouco especificadas e mal conhecidas, sob forma discreta ou de graves manifestações de *stress* ou de sofrimento mental, decorrentes das novas exigências impostas pelo sistema de produção e organização do trabalho. Estes novos fatores de produção estão obrigando os estudiosos da Medicina Ocupacional a novas reflexões para entender a extensão dos novos processos produtivos e suas consequências no ambiente de trabalho que invariavelmente refletem na saúde ou doença dos trabalhadores.

QUADRO CONTEMPORÂNEO: O CAPITALISMO FLEXÍVEL

No final do século XX a sociedade industrial passou por uma crise em resposta à denominada crise estrutural da sociedade capitalista (ANTUNES, 1998; 2009). Dentre esses fatores, pode-se evidenciar a queda dos lucros observados nos países considerados desenvolvidos; e isto acarretou modificações substanciais nas relações de trabalho, pois “as metamorfoses em curso no mundo do trabalho [...] afetaram a forma de ser da classe trabalhadora, tornando-a mais heterogênea, fragmentada e complexificada” (ANTUNES, 1998, p. 67).

Com base nesta afirmação de que com a incorporação dessas intensas modificações, onde se sobressai um intenso valor econômico na definição e nos seus objetivos, indubitavelmente o ideal de trabalho na contemporaneidade se apresenta com características de precariedade, vulnerabilidade e fragmentação. Como forma de superar essa crise, são desenvolvidas no contexto do trabalho uma reestruturação produtiva com a adoção de novos modelos de produção e mecanismos de gestão, o que invariavelmente refletiu na gestão do corpo de obreiros. Tais metodologias, de modo geral, trazem como consequência a redução da força de trabalho, pois o que se espera é produzir mais, e melhor, porém com menos trabalhadores (RAMALHO, SANTANA, 2003).

Antunes (2000) com muita propriedade observa que a classe trabalhadora tornou-se complexa, fragmentada e heterogênea, na medida em que tornou-se mais qualificada em vários setores com a intelectualização do trabalho, mas em outros ramos constatou-se a desqualificação e precarização. De um lado existe um grupo minoritário de trabalhadores polivalentes e multifuncionais da era informacional, com extrema habilidade para operar maquinários complexos e oportunidades de exercitar trabalhos de dimensão intelectual; mas, por outro lado, existe uma massa de trabalhadores precarizados, sem qualificação, que hoje se sujeita às formas de emprego temporário ou então vivenciando o trabalho informal.

Estas mutações da pós-modernidade ocasionaram uma classe trabalhadora mais diversificada, segregada entre trabalhadores qualificados e desqualificados, do mercado formal e informal, jovens e velhos, homens e mulheres, estáveis e precários, imigrantes e nacionais, brancos e negros etc. Não obstante se evidencia ainda as divisões que decorrem da inserção diferenciada dos países e de seus trabalhadores na nova divisão internacional do trabalho. Esse conjunto de transformações da sociedade atingiu de forma decisiva o universo do trabalho, ficando externalizado e evidente a precarização nas formas das relações laborais e nos próprios direitos trabalhistas. Antunes (2003) alerta que são observadas profundas modificações na configuração da classe dos trabalhadores, não se limitando apenas ao proletariado fabril, mas a todos que vendem sua força de produção.

Muito embora nas últimas décadas se tenha atribuído ao trabalho um ideal apenas econômico, insta salientar que este pode e deve ser compreendido também por outras áreas das ciências humanas e sociais. Nesse sentido interessante se torna a constatação no campo do saber da psicologia ao compreender o trabalho como processo de construção de identidade dos próprios trabalhadores e que, conseqüentemente, também padece dos efeitos do capitalismo pós-moderno. Sobre esta perspectiva, Sennett (2009) desenvolve a ideia de que no cenário atual, de um capitalismo contemporâneo, com trabalho flexível, temporário, terceirizado, enfatizado no curto prazo, há uma diminuição nas possibilidades das pessoas desenvolverem experiências e construir uma narrativa coerente para suas vidas. O referido autor destaca que este modo de produção leva à corrosão do caráter do trabalhador, “sobretudo aquelas qualidades de caráter que ligam os seres humanos uns aos outros, e dão a cada um deles um senso de identidade sustentável” (SENNETT, 2009, p. 27). No seu entendimento, o capitalismo pós-moderno modifica a natureza do trabalho, bem como seus modos de organização e de gestão e, sobretudo, as relações interpessoais que os trabalhadores estabelecem no contexto laboral.

Sennett (2009) explica que a expressão *capitalismo flexível* se refere a um sistema que não é somente uma simples variação do velho capitalismo; ao contrário, contraria as formas rígidas da burocracia e os males das rotinas. Nesse novo capitalismo a flexibilidade exige que os trabalhadores sejam ágeis e abertos à mudanças que podem ocorrer em curto prazo, bem como impõe a assunção de riscos contínuos, não dependendo de leis e procedimentos formais. O contexto do trabalho pede dedicação intensa uma vez que os critérios do sucesso na profissão perderam os contornos de previsibilidade e estabilidade. Com ritmo frenético, o fato de não obter o sucesso e a notabilidade no trabalho são quase sempre interpretados como sinais de fracasso e inaptidão pessoal. Portanto, a flexibilidade exigida das pessoas rompe com os paradigmas da modernidade marcada por modelos tradicionais de conduta;

na pós-modernidade os indivíduos imergem na complexidade independentes de receitas que indiquem os caminhos a serem seguidos. Nesta linha de raciocínio, Tonelli (2001, p.258) constata que “as respostas das pessoas têm sido as mais contraditórias: retomada de caminhos religiosos, abuso do álcool e das drogas, adicção ao trabalho, adicção ao amor, adicção ao sexo, esportes radicais etc.”

Ponto interessante também de ser analisado é o teletrabalho, por ser uma forte tendência da sociedade contemporânea. Esse estabelece uma nova forma de relação produtiva conferindo autonomia ao sujeito, criando novas relações de tempo e espaço rompendo com a clássica divisão entre o tempo de trabalho e o tempo livre, exigindo total envolvimento do trabalhador. Não obstante, o local onde as atividades laborais se realizam deixa de ser um espaço para a identificação profissional. Nota-se que essas novas configurações de tempo e espaço exigem dos trabalhadores grande dedicação e disponibilidade de tempo para o trabalho.

De acordo com Bauman (1999) uma das contradições latentes sobre o trabalho flexível relaciona-se com o próprio perfil do profissional, pois, segundo o autor, exige-se uma postura ágil, aberta a mudanças em curto prazo, onde não se pode ter apego emocional ao trabalho e envolvimento pessoal; sendo que a exigência de internalização dos objetivos empresariais condiciona uma alta dedicação ao trabalho, apego emocional e envolvimento pessoal entre os sujeitos, ou seja, valores diametralmente opostos. Dejours (2000) assevera que, diante deste cenário caótico, contraditório e inseguro, os trabalhadores ficam sujeitos de serem avaliados como incompetentes, caso haja falha em qualquer uma das exigências, permanecendo sob o risco de demissão.

Outra contradição que se observa é a falsa sensação de liberdade e autonomia que o trabalhador tem para as atividades do labor, calcada na ideia de que o obreiro tem somente metas e resultados a serem atingidos, executando as atividades do modo e tempo como quisessem. Entretanto, esse ideal de liberdade e autonomia não encontrou amparo no cotidiano do trabalho, na medida em que as metas e os resultados instituídos são de difícil execução a partir de uma equipe de trabalho reduzida. Para atingir o desiderato há uma tendência dos trabalhadores de manter uma jornada com ritmo incessante, com prejuízo ao atingimento sistemático das metas e dos resultados, passando a ser outro fundamento do perigo de perder o emprego (SENNETT, 2009).

Embora o perfil profissional do trabalho flexível tenha exigido um adequado relacionamento interpessoal para proporcionar um bom desempenho no trabalho em equipe, observa-se que, face às contradições vivenciadas na sociedade pós-moderna, o ambiente social do trabalho tornou-se muitas vezes de difícil convivência entre os próprios trabalhadores. “Co-

legas criam-lhe obstáculos, o ambiente social é péssimo, cada qual trabalha por si, enquanto todos sonham informações, prejudicando assim a cooperação etc.” (DEJOURS, 2000, p. 31). Dessa forma, a convivência conflituosa no ambiente de trabalho tornou-se outro fator preponderante para a possibilidade da demissão.

Como agravante de todo cenário exposto, Dejours (2000) constata que, diante do desemprego estrutural com um enorme contingente de pessoas no mercado sem vínculo trabalhista formal, os dirigentes das empresas desenvolveram a noção de que os trabalhadores podem ser facilmente substituídos em suas atividades em razão da disponibilidade de mão-de-obra; eles puderam se utilizar tanto de eventuais ameaças como até mesmo a própria demissão para substituir sujeitos considerados inadequados ao perfil que se deseja e contratar profissionais com remunerações menores. Nesse sentido, a noção de risco de demissão tornou-se presente no dia-a-dia dos trabalhadores e o medo está sendo utilizado como mecanismo de controle e obtenção de resultados para as empresas (DEJOURS, 2000).

Apesar de Giddens (2007) entender que os sujeitos tem a percepção dos riscos que estão expostos, sobretudo diante dos fenômenos da natureza, há de se destacar que na pós-modernidade surgiu o risco fabricado, ou seja, aquele que o próprio ser humano, na seara de suas ideias e concepções, produz.

Sobre o risco fabricado, Dufour (2001) argumenta que este foi concebido na ideia de *autonomização do indivíduo*, em outras palavras, na prevalência do *eu* individualizado e livre para fazer tudo o que quiser. A partir dessa concepção, os sujeitos tenderam a uma percepção deles mesmos como autofundadores. Não obstante, esse tipo de visão ocasiona, contraditoriamente, uma sensação de impotência, pois possuir liberdade e autonomia para tudo é ficção e, portanto, inalcançável. Como consequência, os sujeitos ficam à mercê do insucesso, tornando-se a vergonha do fracasso num sentimento corriqueiro da pós-modernidade.

Se por um lado há a vergonha do fracasso, de forma paralela foi desenvolvida a ideia do sucesso pessoal com base no indivíduo que consegue desenvolver e usufruir essa autonomização. Segundo Pahl (1997), a noção de sucesso foi estabelecida na modernidade como um *status* de poder e conformidade com os valores das culturas de classes, possuindo estreita relação com o trabalho, enquanto que, na pós-modernidade, devido às inseguranças causadas pela flexibilização do trabalho, o ideal de sucesso veio a representar “um estilo de vida diferente e individualizado” (p. 35), retirando o foco do trabalho e transferindo para o consumo.

O sucesso conquistado por meio de um estilo de vida diferenciado, notadamente pelo consumo de bens, tornou-se amplamente visado e valorizado pelas pessoas da sociedade pós-moderna; os sujeitos passaram a ser avaliados para fins de inclusão social pelos bens

que são capazes de consumir. Contudo, o sucesso para os sujeitos autofundadores, não pode ser integralmente conquistado, pois não há limites para o sucesso e sempre haverá novos bens de consumo a serem adquiridos; em suma, esses sujeitos também ficam passíveis do sentimento de insucesso.

Há de se destacar também que o risco fabricado em relação ao trabalho flexível marca a possibilidade de incompetência, ocasionando por via reflexa o risco de demissão e insucesso profissional. Assim, pode-se afirmar que a autonomização do indivíduo trouxe a tendência das pessoas se responsabilizarem pelo seu emprego/desemprego, sucesso-fracasso e inclusão/exclusão social, percebendo-se em constante risco.

Observa-se neste contexto que o trabalho não pode ser compreendido somente no seu conteúdo econômico ou como fator de produção de riqueza, ele também exerce influência na formação da identidade das pessoas. Entretanto, as relações de trabalho são influenciadas pelo contexto que estão inseridos e, nesse novo paradigma de uma sociedade pós-moderna, marcada pela incerteza, insegurança e riscos, os trabalhadores estão sujeitos aos efeitos maléficos. Conforme já observou Dejours (1992), o trabalho nem sempre possibilita realização profissional; ao contrário, pode até mesmo causar problemas desde insatisfação até exaustão afetam diretamente a saúde do trabalhador.

NOVAS TECNOLOGIAS: QUALIDADE DE VIDA OU QUALIDADE DE PRODUÇÃO?

Com o avanço tecnológico, e a sua consequente aplicação nos meios de produção e fabricação, houve um aumento significativo de produtividade no trabalho. Costuma-se associar às tecnologias a suposta eliminação de trabalhos pesados e desgastantes da saúde do trabalhador. Entretanto, conforme adverte Epelman et al (1991), essa nova relação homem/máquina fez surgir outros riscos, até então desconhecidos, à saúde dos trabalhadores, sendo este conceito compreendido de forma ampliada, envolvendo aspectos físicos, mentais e sociais. Nesse sentido, observar o referido autor, que estes riscos mais sutis para a saúde não podem ser analisado com base na ótica estreita da Medicina do Trabalho, que busca sempre uma conexão direta com acidentes e doenças profissionais.

No estudo de caso realizado por Oliveira (1997), demonstrou-se que essas novas relações entre os trabalhadores e as tecnologias, apesar de eliminarem de certa forma os trabalhos pesados, fez surgir outras atividades que tem profunda repercussão sobre a vida e a saúde dos trabalhadores, notadamente de ordem psíquico-social. A característica desse novo paradigma de relação homem/máquina está interligada com manifestações sintomáticas inespecíficas, que afetam di-

versas partes do organismo e se manifestam muitas vezes no campo das chamadas enfermidades psicossomáticas, que atingem a saúde e a vida individual, familiar e social do trabalhador.

Com muita propriedade Carvalho (1994) observa que produzir com qualidade é um dos pontos centrais dessa relação pós-moderna que exige interação do trabalhador com o domínio das novas tecnologias, ou seja, na visão do citado autor há uma transferência considerável da responsabilidade da qualidade para o trabalho de produção. Portanto, pode-se afirmar que no atual contexto passou a existir uma maior dependência das empresas com relação a seus trabalhadores, na medida em que torna-se necessário o acompanhamento de sistemas automatizados, pois estes podem apresentar falhas inesperadas, requerendo, deste modo, uma mão-de-obra comprometida e conhecedora dos equipamentos.

Entretanto, como outro lado da moeda, a transferência excessiva e desproporcional de responsabilidades ao trabalhador pode ocasionar danos à sua saúde. Como adverte Volkoff (1993), a utilização e o incremento de novas tecnologias para privilegiar a qualidade da produção não significa necessariamente prestar atenção à saúde daqueles que produzem, pois a modernização das técnicas e da organização do trabalho não é normalmente acompanhada de uma redução das imposições eventualmente nocivas para a saúde; o aumento frenético do ritmo de trabalho e a sobrecarga de responsabilidade são igualmente portadores de consequências patogênicas. Como adverte Oliveira (1997, p. 632)

A nova racionalização – sistêmica –, que integra as funções e eleva a complexidade das tarefas por meio da microeletrônica, torna o trabalho mais transparente e controlável. Por outro lado, no momento em que o trabalhador passa a ser responsável pela qualidade do que produz, com autonomia para intervir no processo, há a interiorização do controle. E, dessa forma, a individualização do controle de qualidade, que necessita da ampliação do envolvimento de cada trabalhador com a empresa, corre o risco de transformar o direito de participar em dever de apresentar sugestões.

Nesse sentido, as novas práticas gerenciais impostas pela tecnologia atingem diretamente a vida psíquica do trabalhador. Neste ponto, interessante se torna a observação de Lima (1994) ao indicar como possíveis impactos psicológicos uma forte identificação do trabalhador com a empresa e seu projeto de dominação, a interiorização desta associada à redução da capacidade de questionar e criticar, além do crescimento da rivalidade entre os colegas de trabalho.

Na medida em que o capitalismo se reestruturou através dos diversos modelos de produção e de técnicas de gerenciamento (fordismo, taylorismo, volvismo e toyotismo) como forma de superar as crises autofágicas do próprio capital, as relações do trabalho na mesma forma e intensidade se modificaram.

IMPACTOS DO CAPITALISMO NA SAÚDE DO TRABALHADOR

Para Mendes e Wünsch (2007), do ponto de vista científico, a *saúde* e a *doença* referem-se a fenômenos vitais, sendo formas pelas quais a vida se manifesta; assim, concluem que as experiências vividas pelos sujeitos interligadas com os ideais do meio social em que estão inseridos são fundamentais no processo de construção social da doença e da saúde. Portanto, num contexto pós-moderno marcado pelo individualismo e valorização da capacidade produtiva, estar doente pode representar, para o trabalhador, ser indesejável ou socialmente desvalorizado.

Nesse viés, ao enfrentar a questão da doença relacionada com o trabalho, é indispensável identificar as relações que se estabelecem no âmbito da saúde do trabalhador com maior amplitude possível.

Os trabalhadores apresentam um viver, adoecer e morrer compartilhado com o conjunto da população, em um dado tempo, lugar e inserção social, mas que é também específico, resultante de sua inserção em um processo de trabalho particular. (DIAS, 1996, p. 28)

A saúde do trabalhador, portanto, carece uma interface entre várias alternativas de intervenção que possa abranger as diversas formas de determinação do processo de saúde-doença dos trabalhadores. Corrobora com este argumento as alterações introduzidas na Constituição Federal de 1988, sobretudo no seu art. 196², por deixar evidente que a saúde deve ser entendida como direito de cidadania, devendo ser assegurada pelo Estado, a partir de suas políticas sociais e econômicas, bem como por meio de outras medidas que favoreçam a redução dos riscos e os agravos, ficando resguardado ainda o acesso aos serviços através do Sistema Único de Saúde.

Considerando o conteúdo programático da norma constitucional, ao se refletir, analisar e executar as ações referentes à saúde do trabalhador é *conditio sine qua non* considerar a sua organização na sociedade e no trabalho sob uma perspectiva real e integrados a uma coletividade que se desenvolve ao longo de um contexto histórico.

Mendes e Wünsch (2007), ao fazerem uma análise das mudanças ocorridas nos últimos 30 anos, apontam um avanço no sentido de que houve uma hierarquização onde o homem passou assumir a posição de protagonista e sujeito das ações, superando a posição anterior onde ele era apenas um objeto do processo de atenção à saúde. Reforçam ainda os referidos

² Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

autores que no Brasil, para tal mudança de entendimento, houve três marcos fundamentais que evidenciaram a nova relação do homem com o meio social: a realização da VIII e da IX Conferências Nacionais de Saúde (1986 e 1992, respectivamente) e a inserção do conceito de saúde na Constituição Federal.

Não obstante a este avanço, ocorre que, tradicionalmente, o foco das atenções à saúde do trabalhador se desenvolve na seara do trabalho formal. Contudo, contemporaneamente a realidade social é diferente, pois na sociedade pós-moderna as relações de trabalho são marcadas pela precariedade, complexidade, flexibilidade e heterogeneidade; enfim, há grande parcela de trabalhadores que não se enquadram no trabalho formal e, por força da lei, não estão tutelados. É justamente nestes casos que se exige uma interpretação diferente que permita a inclusão e proteção dos trabalhadores desamparados, assim como também se impõe uma visão ampla em termos de políticas públicas para enfrentar o problema da proteção da saúde do trabalhador.

Sobre o contexto social como motivo determinante para as condições de saúde do trabalho, Mendes e Oliveira (1995) sustentam que existem múltiplas causas das doenças, sendo necessário, portanto, uma dupla atividade constante: a prevenção e o tratamento, pois somente assim se dará a promoção da saúde. Dias (1996) leciona que esta se trata de um visão diferenciada da saúde do trabalhador, diferentes das concepções antigas e dicotomizadas, pois no contexto atual exige-se programas de saúde que incluam diversos aspectos, como proteção e recuperação, de forma integrada e que sejam dirigidos a todos, independentemente do *status* do trabalho ser formal ou informal.

Ao refletirmos sobre saúde, acidente, doença e trabalho na vida dos indivíduos e da coletividade, fica cada vez mais difícil falarmos de um mundo do trabalho que pertença, unicamente, à esfera da fábrica e de um outro mundo externo ao trabalho, pertencente à esfera da rua. (MENDES, WÜNSCH, 2007, p. 156)

Do trecho transcrito acima, verifica-se então a existência de uma complexa interação entre aspectos físicos, psicológicos e sociais preponderantes para a percepção do que seja a história humana, evidenciando o fato de que o processo de saúde e adoecimento ultrapassam as análises de causalidade e multicausalidade da medicina tradicional. Desta forma, assiste razão à Mendes (2003) ao sustentar que somente se terá uma concepção ampliada de saúde do trabalhador se esta for compreendida como um processo dinâmico onde se interligam e interagem as condições laborais e de vida, ou seja, tudo o que compõe a história singular e coletiva nas múltiplas lógicas inscritas nesse processo.

Ainda que se adote esta concepção, de que o processo saúde-doença compõe-se de diferentes interfaces, fruto de construções sociais, históricas e contemporâneas, o sistema atual ainda está calcado na prevenção e na reparação de danos à saúde com vistas ao sujeito em si e, secundariamente, na organização do trabalho. Aqui, há de se fazer um alerta, pois ao se constatar que as relações de produção vêm apresentando outras configurações e impondo demandas diferenciadas, as estratégias e ações para a promoção da saúde do trabalhador também devem acompanhar essas transformações com o intuito de garantir e dar efetividade ao bem jurídico tutelado.

Para que o Direito seja efetivo na proteção da saúde do trabalhador deve ter assentado em suas bases normativas o reconhecimento de que processo doença-trabalho ocorre dentro e fora do âmbito produtivo e, fundamentalmente, as diferentes expressões de agravo à saúde se manifestam em diferentes épocas e espaços profissionais.

ACIDENTES DO TRABALHO E DOENÇAS OCUPACIONAIS

No Brasil a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, atualmente regulamenta o Plano de Benefícios da Previdência Social, assim como prevê normas caracterizadoras do acidente de trabalho, sendo que estes aspectos centrais estão previstos no art. 19 ao 23, com regulamentação pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999. Entretanto, conforme observa Costa (2003, p. 63), “a bem da verdade, o País não tem uma lei de acidentes do trabalho, mas regras infortunisticas disseminadas nos benefícios da Previdência Social”.

Conforme Costa (2009) inicialmente o termo acidente do trabalho se relaciona com a ideia de um evento fortuito e anormal causador de alguma desgraça ou fatalidade que acaba por destruir de forma completa ou parcial a saúde do trabalhador, ocasionando consequências de cunho material. Não obstante, numa acepção jurídica pautada na redação do art. 19 da Lei nº 8.213/1991³ pode-se definir como sendo aquele

[...] que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa, ou ainda pelo exercício do trabalho dos segurados especiais, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause morte, a perda ou redução da capacidade para o trabalho permanente ou temporário. (MICHEL, 2001, p. 29)

Monteiro e Bertagni (1998) apontam que a lei previdenciária define o acidente do trabalho primeiro em sentido estrito, para posteriormente ampliar os seus sentidos. Assim, o art. 19 da Lei nº 8.213/1991 caracteriza o *acidente típico* (macrotrauma), ou seja, aquele de-

³ Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

corrente do exercício laboral causando lesão corporal ou perturbação nas funções, podendo ter como consequências o óbito, a perda ou redução da capacidade para a prática do trabalho, configurando um evento único e imprevisto, de consequências imediatas.

Podemos dizer que o acidente tipo, ou acidente modelo se define como um ataque inesperado ao corpo humano ocorrido durante o trabalho, decorrente de uma ação traumática violenta, subitânea, concentrada e de consequências identificadas. (MICHEL, 2009, p. 81)

Em sentido complementar, Costa (2009) assevera que no acidente tipo é possível identificar exatamente o momento da lesão, sendo possível ainda estabelecer a cronologia entre lesões sucessivas. Nas palavras de Castro e Lazzari (2014, p. 817) são “características do acidente de trabalho: a exterioridade da causa do acidente; a violência; a subaneidade e a relação com a atividade laboral”.

Ao se mencionar que o acidente de trabalho é fruto de um evento causado por agente externo deve-se compreender que o mal ofensor à integridade física e psicológica do trabalhador não lhe é congênito, nem se trata de doença preexistente. Entretanto, conforme ressalva Costa (2009), as doenças que afligem o trabalhador antes de ingressar no exercício profissional para o empregador e que por ventura venham a sofrer agravantes, ocasionando complicações no processo patológico, se demonstrado que o ambiente de trabalho provocou tais agravos devem ser consideradas como acidente do trabalho, assim sendo definido como nexo de agravamento.

O acidente de trabalho enquanto um fato violento deve ser compreendido no sentido de que produz violação à integridade do trabalhador, pois é da violência do evento que traz como consequência a lesão corporal ou a perturbação funcional que deixa o trabalhador incapaz, de forma provisória ou definitiva, ou lhe causa a morte. Portanto, o acidente que não gera danos à incolumidade física e psicológica do indivíduo não integra o conceito instituído pela norma.

Para se caracterizar o acidente do trabalho é necessário que ele tenha sido causado pelo exercício de atividade laboral. Portanto, fica excluído o acidente ocorrido fora do âmbito dos deveres e das obrigações decorrentes do trabalho. Por oportuno, destaca Castro e Lazzari (2014, p. 818) “não é necessário, neste aspecto, que o fato tenha ocorrido no ambiente de trabalho, mas tão somente em decorrência do trabalho”. Logo se conclui que os acidentes de trajeto e os sofridos em trabalhos externos, conforme enunciados no art. 21 da Lei nº 8.213/1991⁴,

⁴ Art. 21. Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para efeitos desta Lei:

I - o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação;

II - o acidente sofrido pelo segurado no local e no horário do trabalho, em consequência de:

também devem ser considerados como integrantes do conceito.

No que tange às doenças ocupacionais, estas “são as moléstias de evolução lenta e progressiva, originárias de causa igualmente gradativa e durável, vinculadas às condições de trabalho” (COSTA, 2009, p. 82). Ao se observar a legislação em vigor, percebe-se que esta subdivide e equipara as doenças ocupacionais em doença profissional e doença do trabalho, conforme art. 20, incisos I e II da Lei 8.213/1991⁵, que assim podem ser definidas:

As moléstias laborativas subdividem-se em tecnopatias, ergonopatias ou doenças profissionais típicas, inerentes a alguns trabalhos peculiares ou a determinadas atividades laborativas, com nexos causal presumido, razão pela qual o infortunado fica dispensado de comprovar o mesmo. (COSTA, 2003, p. 82)

Já as mesopatias são

[...] doenças do trabalho, também denominadas moléstias profissionais atípicas, normalmente decorrentes das condições de agressividade existentes no local de trabalho, que agiram decididamente, seja para acelerar, eclodir ou agravar a saúde do trabalhador. (COSTA, 2003, p. 83)

Monteiro e Bertagni (1998) asseveram que, enquanto as doenças profissionais decorrem de risco da atividade exercida, as do trabalho têm como causa o risco indireto. Sobre as doenças ocupacionais (profissional e do trabalho) estas vêm descritas no anexo Decreto nº 3.048/1999, que não tem caráter exaustivo, mas apenas exemplificativo.

-
- a) ato de agressão, sabotagem ou terrorismo praticado por terceiro ou companheiro de trabalho;
 - b) ofensa física intencional, inclusive de terceiro, por motivo de disputa relacionada ao trabalho;
 - c) ato de imprudência, de negligência ou de imperícia de terceiro ou de companheiro de trabalho;
 - d) ato de pessoa privada do uso da razão;

e) desabamento, inundação, incêndio e outros casos fortuitos ou decorrentes de força maior;

III - a doença proveniente de contaminação acidental do empregado no exercício de sua atividade;

IV - o acidente sofrido pelo segurado ainda que fora do local e horário de trabalho:

a) na execução de ordem ou na realização de serviço sob a autoridade da empresa;

b) na prestação espontânea de qualquer serviço à empresa para lhe evitar prejuízo ou proporcionar proveito;

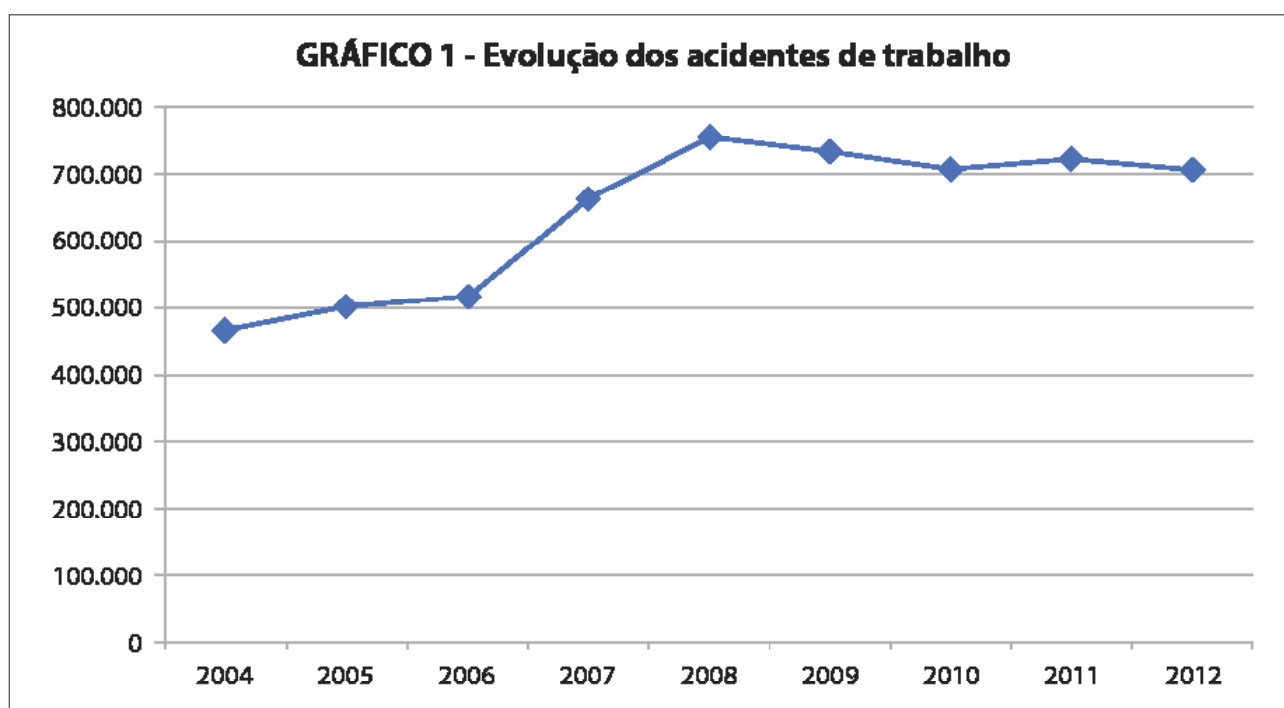
c) em viagem a serviço da empresa, inclusive para estudo quando financiada por esta dentro de seus planos para melhor capacitação da mão-de-obra, independentemente do meio de locomoção utilizado, inclusive veículo de propriedade do segurado;

d) no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela, qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do segurado.

- 5 Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:
- I - doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social;
 - II - doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I.

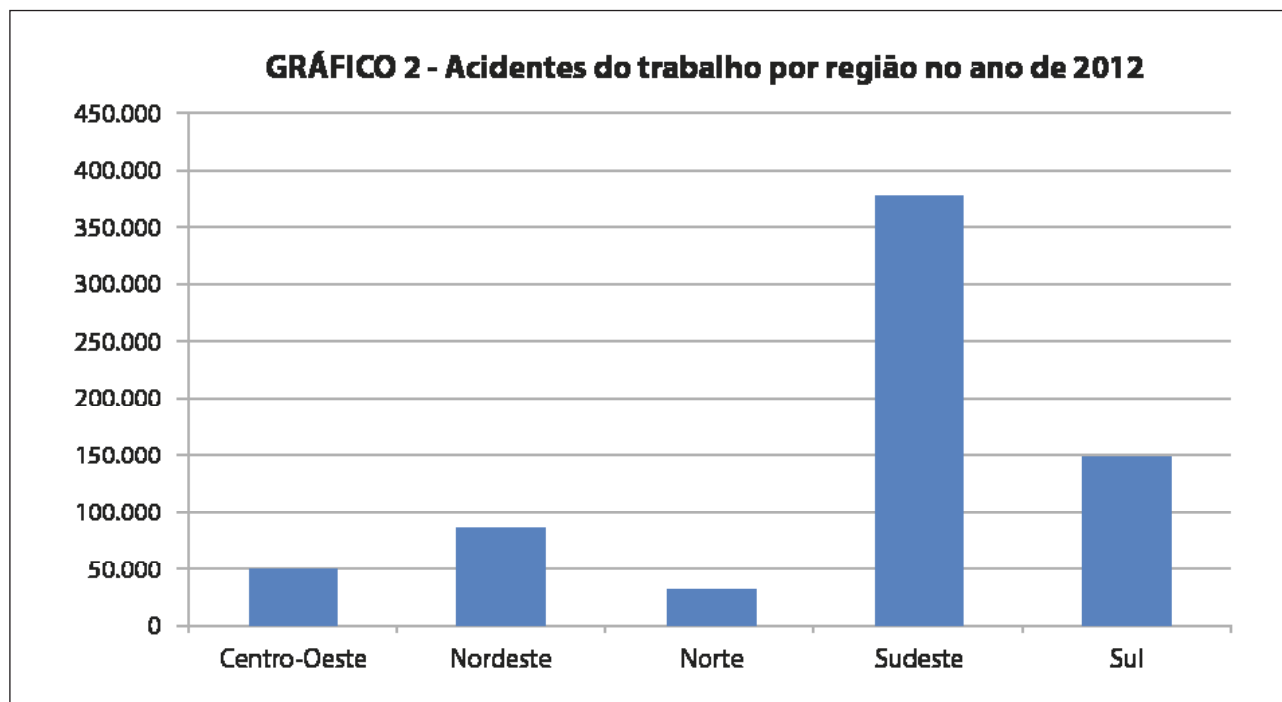
Não constando a doença profissional ou do trabalho do Anexo II, mas comprovado que ela resultou de condições especiais em que o trabalho é executado, e com ele se relacione diretamente, configura-se o acidente do trabalho. O Anexo é meramente exemplificativo e não exaustivo e as lesões dele excluídas são reparáveis quando seguramente demonstrada a natureza redutora da capacidade de trabalho do segurado. (PEDROTTI; PEDROTTI, 2003, p. 109)

Os números sobre os acidentes de trabalho no Brasil são preocupantes. Com base nos dados contidos no Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS), analisando o período compreendido entre 2004 à 2012, o número de acidentes de trabalho saltou de 465.700 para 705.239, ou seja, um aumento substancial de aproximadamente 51,6%.



Fonte: Elaborado pelo autor de acordo com os dados contidos no AEPS - 2012

Levando-se em consideração o registro de acidentes do trabalho por região no ano de 2012, verifica-se que estes estão concentrados em maior quantidade na região sudeste do Brasil, compreendendo os estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Espírito Santo, onde nestes entes da federação alcançou a marca expressiva de 386.904, ou seja, aproximadamente 54,8% dos números de acidente do trabalho registrados no Brasil no ano de 2012.



Fonte: Elaborado pelo autor de acordo com os dados contidos no AEPS – 2012

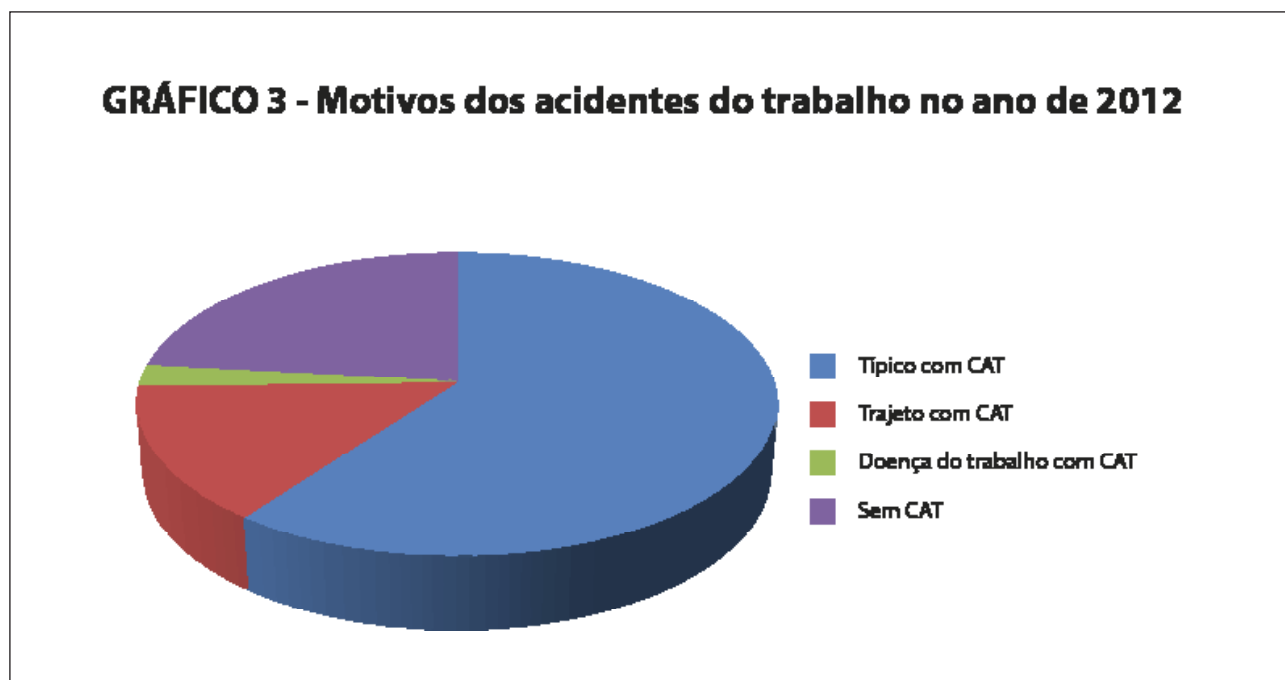
Os números apresentados são preocupantes e cabe à segurança e medicina do trabalho “oferecer condições de proteção à saúde do trabalhador no local de trabalho, e de sua recuperação quando não estiver em condições de prestar serviços ao empregador” (MARTINS, 2009, p. 631).

Entretanto Mendes e Dias (1991) argumentam que a saúde do trabalhador, no entendimento tradicional da medicina ocupacional, era compreendida e adstrita somente ao ambiente físico, pois seria nestes ambientes é que o trabalhador estaria em contato com agentes biológicos, químicos e físicos que poderiam lhe causar acidentes e doenças. Contudo, num cenário de transição democrática vivenciado na década de 80 no Brasil, surgiu um novo foco. Alessi et al (1994) identificam que o objeto da saúde do trabalhador pode ser entendido como o processo saúde e doença dos grupos humanos, em sua relação com o trabalho. Asseveram ainda que o trabalho além de ser visto como espaço de dominação e submissão do trabalhador pelo capital torna a ser compreendido como local de resistência, de constituições e do fazer histórico dos trabalhadores, que almejam o controle sobre as condições e os ambientes de trabalho, com o intuito de torná-los mais saudáveis. Contudo, trata-se de um processo lento e contraditório, que depende da inserção da classe trabalhadora no processo produtivo e no contexto sócio-político de uma determinada sociedade.

Nessa perspectiva, Laurell (1985) vislumbra que o trabalho enquanto categoria social está sujeito a múltiplas condições e suas patologias estão correlacionadas a outras variáveis,

tais como a organização do trabalho, valores e regras da sociedade. Fica, portanto, impossível de estabelecer a separação entre o *mundo do trabalho* e o *mundo fora do trabalho*. O mundo é único e os trabalhadores nele existem para transformarem e serem transformados, com um modo de viver determinado pela história, definido pela sociedade e diferenciado em classes sociais. Portanto, é através do trabalho que a pessoa se constitui como sujeito, construindo e afirmando seu processo identitário e alcançando o reconhecimento social.

Reconhecendo a estreita relação que existe entre ambiente de trabalho e espaço social, Machado e Gomez (1994) ponderam que o número de mortes por acidente de trabalho, revelada pelo registro de óbitos e pela CAT, localiza o óbito por acidente de trabalho no espaço da rua, relacionado ao incremento do processo de urbanização e de violência urbana. Corroborando com esta afirmação, a base de dados do Anuário Estatístico da Previdência Social (AEPS) – 2012 aponta que foram registrados 102.396 (14,52%) acidentes de trajeto, o que pode evidenciar a violência no espaço urbano. Sobre os demais motivos foram encontrados registros de 423.935 (60,11%) acidentes do trabalho típicos, 14.955 (2,12%) registros de doença do trabalho, 163.953 (23,25%) registros de acidente sem CAT.



Fonte: Elaborado pelo autor de acordo com os dados contidos no AEPS - 2012

Nesse sentido, Machado e Gomez (1994) sustentam que a relação entre o processo de trabalho e a violência urbana deve ser objeto de intervenção das políticas públicas preventivas de acidentes do trabalho, exigindo grande articulação do setor da saúde com outros, entre eles o planejamento urbano.

Apesar dos acidentes do trabalho representarem importante problema de ordem socioeconômica e de saúde pública, Almeida e Barbosa-Branco (2011) demonstram que os pesquisadores têm sido quase unânimes em defender a tese de que ocorre uma grande subnotificação dos eventos acidentários, subdimensionando o tamanho real do problema. Ademais, as estatísticas são confeccionadas a partir das informações lançadas na CAT desenvolvida pelo MPAS com claros fins securitários. É de se notar ainda que tais estatísticas não consideram os funcionários públicos civis e militares estatutários e trabalhadores do setor informal, pois o Plano de Benefícios da Previdência Social não contempla esses trabalhadores pelo seguro acidente, não estando enquadrado, portanto, na obrigatoriedade do referido documento.

Ademais, nos termos da Lei nº 8.213/1991, especificadamente no art. 22, *caput*⁶, para os empregados que se acidentam o fluxo das CAT até seu registro no INSS depende em grande parte, de ato voluntário de sua emissão pelo empregador. Entretanto, cumpre registrar que o próprio art. 22, §2º⁷, abre a possibilidade teórica de na falta de comunicação por parte da empresa, podem formalizar o próprio acidentado, seus dependentes, a entidade sindical competente, o médico que o assistiu ou qualquer autoridade pública.

Sobre as subnotificações, Hennington et al (2004) entendem que o fato de muitos acidentes fatais não serem considerados como relacionados ao trabalho, aparecendo nas estatísticas oficiais como homicídios comuns e acidentes em geral, contribuem para a deturpação das estatísticas e subdimensionamento do problema. Isto posto, seria necessário um redimensionamento da relação entre mortalidade por causas externas e os acidentes de trabalho como elemento fundantes para a formulação de políticas públicas para a prevenção dos acidentes do trabalho.

As recentes transformações no contexto socioeconômico provocaram profundas mudanças nas relações sociais e, conseqüentemente, do trabalho. As alterações no perfil de mortalidade dos trabalhadores brasileiro é conseqüência direta e imediata do aumento significativo da desregulação e precarização do trabalho, assim como da elevada taxa de desemprego e de violência nos grandes centros urbanos do país.

⁶ Art. 22. A empresa deverá comunicar o acidente do trabalho à Previdência Social até o 1º (primeiro) dia útil seguinte ao da ocorrência e, em caso de morte, de imediato, à autoridade competente, sob pena de multa variável entre o limite mínimo e o limite máximo do salário-de-contribuição, sucessivamente aumentada nas reincidências, aplicada e cobrada pela Previdência Social.

⁷ Art. 22, § 2º. Na falta de comunicação por parte da empresa, podem formalizá-la o próprio acidentado, seus dependentes, a entidade sindical competente, o médico que o assistiu ou qualquer autoridade pública, não prevalecendo nestes casos o prazo previsto neste artigo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito do Trabalho surgiu no século XIX com a pretensão de compensar as distorções ocasionadas pelo capitalismo. Com o domínio da doutrina do positivismo jurídico na elaboração e compreensão universal dos ordenamentos normativos, o Direito do Trabalho passou a ser entendido como um sistema fechado e autossuficiente das leis existentes em determinado território, cuja validade independeria dos elementos valorativos presentes em outros sistemas ou do conteúdo de seus dispositivos. Sua racionalidade prática pautar-se-ia pela subsunção formal dos dispositivos legais aos casos concretos.

Contudo, o neoliberalismo e a transformação produtiva da era da acumulação do capital flexível, dotadas de forte caráter destrutivo, têm acarretado, entre tantos aspectos negativos, um elevado contingente de pessoas desempregadas, uma enorme precarização do trabalho, sensações de incertezas e inseguranças nas relações trabalhistas, sobretudo marcadas pelo risco de insucesso e demissão, além dos próprios efeitos nefastos à saúde do trabalhador que vive nesse ambiente de trabalho instável que tem como foco a qualidade e quantidade de produção em detrimento da qualidade e bem-estar de vida do trabalhador.

Da mesma forma que o capitalismo se reestruturou, na mesma intensidade e veemência o Direito do Trabalho precisa se reestruturar e abrir seu sistema normativo para outras áreas do conhecimento, em especial à saúde, com o firme e claro propósito de tutelar o meio ambiente do trabalho uma vez que é neste local que se desenvolvem as relações sociais e se apresenta como palco da própria construção de identidade do trabalhador.

Portanto, hoje as ações preventivas na área de saúde do trabalhador de forma indubitável deverão romper os limites dos muros das fábricas para atender de forma satisfatória essa nova realidade do mercado de trabalho. Se deste modo proceder conquistar-se-á medidas mais efetivas de prevenção e controle dos infortúnios laborais, começando a contemplar milhares de trabalhadores brasileiros que labutam diariamente pela sobre vivência, que de certo modo também contribuem com o seu trabalho para a produção e o desenvolvimento do país, mas que formalmente estão alijados do sistema jurídico protetivo.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Neiry Primo; PALOCCI FILHO, Antônio; PINHEIRO, Sandra de Azevedo; SCOPINHO, Rosemeire Aparecida; SILVA, Graciette Borges da. **Saúde e trabalho no sistema único de saúde**. São Paulo: Hucitec, 1994.

ALMEIDA, Paulo César Andrade; BARBOSA-BRANCO, Anadergh. Acidentes de trabalho no Brasil: prevalência, duração e despesa previdenciária dos auxílios-doença. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, São Paulo, v. 36, n. 124, p-195-207, 2011.

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho?** Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. 5. ed. São Paulo: Cortez, 1998.

_____. A nova morfologia do trabalho e o desenho multifacetado da ação coletiva. In: RAMALHO, José Ricardo; SANTANA, Marco Aurélio (Org.). **Além da fábrica:** trabalhadores, sindicatos e a nova questão social. São Paulo, SP: Boitempo, 2003.

_____. **Os sentidos do trabalho:** ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2009.

_____. **A cidadania negada**. Buenos Aires: CLACSO, 2000. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/gt/20101010021549/3antunes.pdf>>. Data de acesso: 18 jul. 2014.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e ambivalência**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. **Capitalismo parasitário:** e outros temas contemporâneos. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010.

CARVALHO, Ruy de Quadros. Capacitação tecnológica, revalorização do trabalho e educação. In: FERRETI, Celso João et al (Org.). **Novas tecnologias, trabalho e educação:** um debate multidisciplinar. Petrópolis: Vozes, 1994.

CASTELLS, Manuel. **A era da informação:** economia, sociedade e cultura. v. 1. A sociedade em rede. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Venâncio Majer. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 16. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

COSTA, Hertz Jacinto. **Acidentes do trabalho na atualidade**. Porto Alegre: Síntese, 2003.

_____. **Manual de acidente do trabalho**. 3. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2009.

DEJOURS, Christophe. **A loucura do trabalho**: estudo de psicopatologia do trabalho. Tradução de Ana Isabel Paraguay e Lúcia Leal Ferreira. 5. ed. São Paulo: Cortez-Oboré, 1992.

_____. **A banalização da injustiça social**. Tradução de Luiz Alberto Monjardim. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2000.

DIAS, Elizabeth Costa. Saúde do trabalhador. In: TODESCHINI, Remigio (Org.). **Saúde, meio ambiente e condições de trabalho**: conteúdos básicos para uma ação sindical. São Paulo: CUT/Fundacentro, 1996.

DUFOUR, Dany-Robert. As angústias do indivíduo-sujeito. **Le Monde Diplomatique - Brasil**, ano 2, n. 13, fev. 2001. Disponível em: <<http://www.diplo.com.br>>. Acesso em: 18 jul. 2013.

EPELMAN, Mario; FONTANA, Daniel; NEFFA, Júlio César. **Efectos de las nuevas tecnologías informatizadas sobre la salud de los trabajadores**. Buenos Aires: Editorial Humanitas, 1991.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.

HENNINGTON, Élide Azevedo; CORDEIRO, Ricardo; MOREIRA FILHO, Djalma de Carvalho. Trabalho, violência e morte em Campinas, São Paulo, Brasil. **Cadernos de Saúde Pública**. Rio de Janeiro, v. 20, n.2, p. 610-617, mar./abr. 2004.

LAURELL, Asa Cristina. Saúde e trabalho: os enfoques teóricos. In: NUNES, Everardo Duarte. (org.) **As ciências sociais em saúde na América Latina**: tendência e perspectivas. Brasília: OPAS, 1985.

LIMA, Maria Elizabeth Antunes. Novas políticas de recursos humanos: seus impactos na subjetividade e nas relações de trabalho. **Revista de Administração de Empresas**, São Paulo, v. 34, n. 3, p. 115-124, 1994.

MACHADO, Jorge; GOMEZ, Carlos Minayo. Acidentes de trabalho: uma expressão da violência social. **Cadernos de Saúde Pública**. Rio de Janeiro, v. 10, supl. 1, p. 74-87, 1994.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MATTOSO, Jorge Eduardo Levi. O novo e o inseguro mundo do trabalho nos países avançados. In: OLIVEIRA, Carlos Alonso Barbosa de (Org.). **O mundo do trabalho**: crise e mudança no final do século. São Paulo: Editora Página Aberta, 1994.

MENDES, Jussara Maria Rosa; WÜNSCH, Dolores Sanches. Elementos para uma nova cultura em segurança e saúde no trabalho. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, São Paulo, v. 32, n. 115, p.153-163, 2007.

MENDES, Jussara Maria Rosa. **O acidente e a morte no trabalho**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

MENDES, Jussara Maria Rosa; OLIVEIRA, Paulo Antônio Barros. Medicina do trabalho: o desafio da integralidade na atenção à saúde. In: VIEIRA, Sebastião Ivone (Coord.). **Medicina básica do trabalho**. v. 4. Curitiba: Gênese, 1995.

MENDES, René; DIAS, Elizabeth Costa. Da medicina do trabalho à saúde do trabalhador. **Revista de Saúde Pública**, v. 25, n. 5, p. 341-349, 1991.

MICHEL, Oswaldo. **Acidentes do trabalho e doenças ocupacionais**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Ltr, 2001.

MONTEIRO, Antônio Lopes; BERTAGNI, Roberto Fleury de Souza. **Acidentes do trabalho e doenças ocupacionais: conceito, processos de conhecimento e de execução e suas questões polêmicas**. São Paulo: Saraiva, 1998.

OLIVEIRA, Simone. A qualidade da qualidade: uma perspectiva em saúde do trabalhador. **Cadernos de Saúde Pública**. Rio de Janeiro, v. 13, n. 4, p. 625-634, out./dez. 1997.

PAHL, Ray. **Depois do sucesso: ansiedade e identidade fin-de-siècle**. Trad. Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: Unesp, 1997.

PEDROTTI, Irineu; PEDROTTI, Willian. **Acidentes do trabalho**. 4. ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2003.

RAMALHO, José Ricardo; SANTANA, Marco Aurélio. Trabalhadores, sindicatos e a nova questão social. In: RAMALHO, José Ricardo; SANTANA, Marco Aurélio (Org.). **Além da fábrica: trabalhadores, sindicatos e a nova questão social**. São Paulo, SP: Boitempo, 2003.

SENNETT, Richard. **A corrosão do caráter: consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo**. Tradução de Marcos Santarrita. 14. ed. Rio de Janeiro: Record, 2009.

TONELLI, Maria José. Organizações, relações familiares e amorosas. In: DAVEL, Eduardo; VERGARA, Sylvia Constant (Org.). **Gestão com pessoas e subjetividade**. São Paulo, SP: Atlas, 2001.

VOLKOFF, Serge. O tempo, a saúde, a seleção: três questões relativas aos “modelos japoneses”. In: HIRATA, Helena. (Org.). **Sobre o modelo japonês: automação, novas formas de organização e relações de trabalho**. São Paulo: Edusp/Aliança Cultural Brasil Japão, 1993.

CONTRIBUIÇÕES DA TERAPIA COGNITIVO COMPORTAMENTAL NO TRATAMENTO À OBESIDADE: QUANDO PERDER É GANHAR

ERIKA COSTA BARRETO ¹
ELIETE CORREA RESENDE ²

RESUMO

Um dos problemas de saúde pública que vem sendo amplamente observado e discutido recentemente refere-se à obesidade. A busca pela perda de peso pode ser observada no número crescente de pessoas que vêm se submetendo às cirurgias de redução de estômago. Com índices alarmantes que englobam de crianças à idosos, o ganho de peso vem crescendo a cada dia e sendo atribuído à má alimentação e ao estilo de vida “workaholic”. A busca do prazer imediato, a fuga dos problemas que se acumulam, o medo de olhar para dentro de si refletem numa camada adiposa que nos envolve e nos protege de nós mesmos. Em paralelo à vida corrida, os padrões de beleza clamam por corpos esculpidos e números desejados nas balanças e nas medidas corpóreas. Mas como é possível atingir todos os padrões e estar em consonância com o desejo coletivo e ao mesmo tempo nos reconciliarmos com o nosso eu diante de tanta correria e tentações? Em uma era onde precisamos ter e ser sempre mais, perder parece fora de questão, mesmo que a perda signifique um ganho. Levando em consideração que o homem é o único animal capaz de modificar seu corpo através do pensamento, a Terapia Cognitivo Comportamental vem se configurando como um importante aliado no combate à obesidade, proporcionando uma reestruturação cognitiva capaz de modificar não apenas um corpo obeso, mas acima de tudo, ensinar uma nova forma de pensar e agir para que consigamos adquirir novas formas de pensar e existir.

Palavras-chave: Comportamental. Obesidade. Terapia.

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas é notório e significativo o aumento na prevalência de indivíduos obesos na sociedade, sua magnitude e a velocidade de sua evolução em vários países do mundo já assim classifica a obesidade como uma pandemia, tão elevada que a OMS considera esta doença como epidemia global do século XXI estando assim em países desenvolvidos como também em países em desenvolvimento, dentre eles no Brasil.

Temos observado que o panorama mundial e brasileiro de doenças crônicas não transmissíveis tem revelado um desafio para a saúde pública, onde crescem a prevalência de obesos e sobrepesos nos últimos 30 anos.

¹ Psicóloga especialista em Psicoterapia Cognitivo Comportamental. Mestre em Cognição e Linguagem. Professora do departamento de Psicologia dos Institutos Superiores de Ensino do Censa. erikacostabarreto@yahoo.com.br

² Enfermeira graduada pela Faculdade de Enfermagem e Obstetrícia da UFJF. Enfermeira da estratégia de Saúde da Família do município de Campos dos Goytacazes – RJ. eliete_resende@hotmail.com

Falar em obesidade é também falar sobre a saúde física e mental, um fator importante no desenvolvimento individual. Entretanto, observa-se que a obesidade é tratada pela maior parte das pessoas como basicamente um fator estético esquecendo que o ponto crucial é a vida, e dela dependem a saúde física e mental. Esta epidemia causa um forte impacto na saúde e bem-estar das populações assim como na economia das nações. Preocupados os órgãos de máxima autoridade em saúde a Organização Mundial da Saúde (OMS), em 2012 relatou que meio bilhão de pessoas 12% da população está obeso.

Se em algum momento da história o obeso foi tido como próspero e saudável, deixou de ser assim considerado no mundo contemporâneo. A correlação entre obesidade, complicações orgânicas e mortalidade conferiu ao obeso o status de doente e a obesidade o de doença que precisa ser tratada.

A modernização mundial trouxe mudanças econômicas, sociais e demográficas, responsáveis pela maior oferta de alimentos, como a transição nutricional, caracterizada pelo aumento do consumo de açúcares, gorduras, cereais refinados e pela redução no consumo de carboidratos complexos e fontes de fibras. Os fatores socioculturais também influenciam como causas para a obesidade, o nível socioeconômico interfere no acesso a informação e na disponibilidade de alimentos, determinando mais uma vez a prevalência para a obesidade.

Perder peso não é um trabalho fácil, requer mudança de hábito, ainda mais manter essa perda de peso. Por isto os aspectos emocionais são fundamentais serem trabalhados com indivíduos com obesidade.

O tratamento com intervenção em TCC proporciona a manutenção em longo prazo de melhora alcançada e não somente temporária. O indivíduo aprende a modificar seus pensamentos disfuncionais, sendo mais assertivos com suas emoções e comportamentos.

A OBESIDADE

A obesidade integra hoje o grupo de Doenças e Agravos Não Transmissíveis (DANTs). As DANTs podem ser caracterizadas por doenças com história natural prolongada, múltiplos fatores de risco, interação de fatores etiológicos, especificidade de causa desconhecida, ausência de participação ou participação polêmica de microrganismos entre os determinantes, longo período de latência, longo curso assintomático, curso clínico em geral lento, prolongado e permanente, manifestações clínicas com períodos de remissão e de exacerbação, lesões celulares irreversíveis e evolução para diferentes graus de incapacidade ou para a morte. (GONZALEZ, LIRA, CASTRO, 2008).

Os questionamentos sobre as razões para o aumento da obesidade a nível mundial fizeram surgir três hipóteses explicativas apresentadas por Pinheiro, Freitas e Corso (2004). A primeira delas defende que as populações possuem genes suscetíveis à obesidade, com efeitos potencializados por fatores ambientais. A segunda atribui o aumento dessa doença à diminuição do gasto energético dos indivíduos, devido à redução da atividade física e do menor esforço para a realização das tarefas diárias; uma condição associada à ingestão reduzida de fibras e ao maior consumo de gordura e açúcares. A terceira hipótese considera a obesidade uma seqüela da desnutrição; ou seja, para diminuir os efeitos dessa situação nutricional, ocorre uma modificação na regulação do sistema nervoso central, que facilita o acúmulo de gordura quando ocorre disponibilidade de alimentos, com consequente balanço energético positivo para o indivíduo.

A obesidade pode ser definida como o grau de armazenamento de gordura no organismo associado a riscos para a saúde devido a sua relação com várias complicações metabólicas (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 1995).

De acordo com Suastika, (2006) a obesidade é um distúrbio multifatorial definido como um acúmulo excessivo de gordura no tecido adiposo devido a um balanço energético positivo.

Obesidade é uma doença caracterizada pelo excesso de gordura corporal, que causa prejuízos à saúde do indivíduo. A obesidade coincide com um aumento de peso, mas nem todo aumento de peso está relacionado à obesidade, a exemplo de muitos atletas, que são “pesados” devido a massa muscular e não adiposa. (Obesidade e desnutrição).

CLASSIFICAÇÃO DA OBESIDADE

Para um diagnóstico mais fidedigno requer uma identificação de níveis de riscos, necessitando de algumas formas de quantificação (GODOY et al, apud ABESO, 2009).

A maneira mais simples de avaliar e classificar a obesidade é pelo peso, porém nem sempre o pesado é obeso. A musculatura pesa mais que o tecido adiposo, assim um indivíduo musculoso, embora pesado, não costuma ser gordo (HALPERN, 1983 apud REZENDE, 2006).

A Antropometria é um método considerável confiável, além de ser barato e de boa aceitação pela população. Os índices antropométricos são obtidos pela combinação de duas ou mais informações antropométricas básicas como peso, gênero, idade e altura (ABRANTES, et al., apud MACEDO e CANÇADO, 2009). Porém o IMC (Índice de Massa Corpórea) ou índice de Quetelet é o mais utilizado na prática, sendo um bom indicador, porém não totalmente correlacionado com gordura corporal. A classificação é adaptada pela Organização Mundial

da saúde, baseada em padrões internacionais desenvolvidos para indivíduos adultos descendentes de europeus (GODOY, et. al., apud ABESO, 2009).

Para diagnóstico em adultos, o parâmetro utilizado mais comumente é o do índice de massa corporal e em crianças utiliza-se o gráfico do cartão da criança que relacionam idade, peso e altura e circunferência abdominal, outras podem ser úteis como circunferência do braço e as pregas cutâneas tricúspita e subescapular (SIGULEM, D.; DEVINCENZI, M.; LESSA, 2000).

O IMC é calculado dividindo-se o peso do adulto pela sua altura elevada ao quadrado, sendo o padrão utilizado pela Organização Mundial de Saúde (OMS), que identifica o peso normal quando seu cálculo encontra-se entre 18,5 e 24,9.

$$IMC = \frac{\text{Peso (kg)}}{\text{Altura}^2 \text{ (m)}}$$

A classificação da obesidade é definida pela tabela do Índice de Massa Corporal (IMC) recomendado para medida da obesidade em nível populacional e na prática clínica. Este índice é estimado pela relação entre o peso e a altura, e expresso em kg/m² (ANJOS, 1992).

Quanto maior o IMC de uma pessoa, maior a chance dela morrer precocemente e de desenvolver doenças como diabetes de Mellitus, Hipertensão Arterial e doenças cardiovasculares entre outras. Mas isso não significa dizer que quanto mais magro melhor, pois o índice de mortalidade também aumenta em indivíduos com IMC muito baixo.

Sendo assim pode ser usada para estimar a prevalência da obesidade numa população, bem como os riscos associados.

Embora o IMC seja uma medida simples e de fácil utilização para os serviços, a distribuição regional de gordura está mais relacionada com a variação do risco de adoecer e morrer do que simplesmente o total de gordura corporal. A obesidade central está correlacionada a risco aumentado de várias doenças, inclusive o risco de doenças cardiovasculares e diabetes não-insulino dependente. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2006).

Considerada como doença não transmissível sua classificação no código internacional de doenças (CID) é a seguinte:

CID 10 – E66 Obesidade

CID 10 – E66.0 Obesidade devido a excesso de calorias

CID 10 – E66.1 Obesidade induzida por drogas

CID 10 – E66.2 Obesidade extrema com hipoventilação alveolar

CID 10 – E66.8 Outra obesidade

CID 10 – E66.9 Obesidade não específica

Sozinho, o IMC não é indicador suficiente da gravidade do problema de peso em excesso, pois o tipo de distribuição dessa gordura pelo organismo também é importante.

OBESIDADE E FATORES DE RISCO

A obesidade é um dos fatores de risco mais importantes para outras doenças não transmissíveis, com destaque especial para as cardiovasculares e diabetes.

O excesso de peso está claramente associado com o aumento da morbidade e mortalidade e este risco aumenta progressivamente de acordo com o ganho de peso. Observou-se que o diabetes mellitus e a hipertensão ocorrem 2,9 vezes mais frequentemente em indivíduos obesos do que naqueles com peso adequado.

As doenças e agravos não transmissíveis têm expressão clínica após longo tempo de exposição aos fatores de risco e da convivência assintomática do indivíduo. O sobrepeso por si não tem efeito imediato no desenvolvimento de doenças crônicas, porém a história de excesso de peso pode contribuir para variações nos riscos à saúde. Três questões devem ser consideradas: idade de aparecimento, duração e padrões de flutuação de peso, isto é, oscilações de peso (DUARTE, 2005).

Da mesma forma que o excesso de massa corporal traz risco, o padrão de distribuição da gordura tem implicações diferenciadas à saúde. Indivíduos com circunferência abdominal aumentada apresentam aumento de tecido adiposo visceral, que confere risco para distúrbios metabólicos, em especial à hipertensão arterial, independentemente do IMC (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 1995).

O aumento da massa corporal está associado à pressão arterial elevada, e a perda de peso em indivíduos hipertensos é geralmente acompanhada por uma redução na pressão arterial.

Do mesmo modo, o diabetes mellitus (DM) tipo 2 ou a tolerância à glicose diminuída é, hoje, considerado parte da chamada síndrome metabólica ou de resistência à insulina, que tem ainda os seguintes componentes: hiperinsulinemia, obesidade central / abdominal, hipertensão arterial, dislipidemia, microalbuminúria, etc.

Sendo o sobrepeso associado à pouca tolerância à glicose e à hipersinsulinemia (resistência à insulina), estas alterações podem ser revertidas em pouco tempo pela perda de peso. A perda de peso, em indivíduos diabéticos tipo II, melhora a tolerância à glicose e reduz a necessidade de drogas hipoglicemia.

A apnéia do sono é comum em indivíduos com obesidade e tem sido apontada como um fator de risco independente para doenças cardíacas. A obesidade é fator de aumento no risco de refluxo esôfagofaríngeo e de hérnia de hiato, muito embora quadros de esofagite severa causem disfagia, levando à perda de peso (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 1995).

A Fertilidade reduzida entre homens e mulheres, Hipertensão arterial, Diabetes, Dislipidemias, Doenças cardiovasculares, Cálculo biliar, Aterosclerose, Vários tipos de câncer (Como o de mama, útero, próstata, intestino)Doenças pulmonares, Problemas ortopédicos entre outros.

ETIOLOGIA

A etiologia da obesidade é multifatorial, ou seja, existem vários fatores, bioquímicos dietéticos e comportamentais - que podem contribuir para o acúmulo de gordura corporal; e a patofisiologia da obesidade é complexa e precariamente compreendida (DE MARIA, 2007).

Apesar da susceptibilidade individual ser evidente, dados epidemiológicos recentes indicam que a causa primária para a obesidade global reside em mudanças ambientais e comportamentais – o aumento da obesidade ocorreu num período de tempo demasiado curto para haver alterações genéticas nas populações (HILL et al, 1998).

O aumento do teor de gordura nos alimentos, bem como as dietas de grande densidade energética, associadas à redução dos níveis de atividade física e ao aumento do comportamento sedentário parecem ser os fatores mais importantes no aumento de peso global.

CONSEQUÊNCIAS DA OBESIDADE

Segundo Recine e Radaelli (2015) crianças de pais obesos apresentam maior risco de se tornarem obesas quando comparadas às crianças cujos pais apresentam peso normal. O quadro a seguir mostra a porcentagem de risco de uma criança se tornar obesa relacionada à obesidade dos pais:

Pais Risco para a criança Ambos obesos 80%

Pai ou mãe obeso (a) 40%

Ambos não obesos 10%

Já no caso das doenças multifatoriais, isto é, que apresentam diversas causas, é difícil distinguir os efeitos dos genes dos efeitos ambientais, como hábitos alimentares e sedentarismo em indivíduos que vivem no mesmo ambiente.

A influência da genética na obesidade já era reconhecida por volta dos anos 70. Mas foi na década de 90, quando se identificou o gene que expressa a leptina, que o conceito sobre essa doença começou a mudar completamente para os cientistas, comprovando a origem genética dessa patologia.

A leptina é uma proteína que “avisa” o cérebro quando o organismo está satisfeito e deve começar a queimar as calorias ingeridas.

A descoberta da leptina trouxe consigo um interesse renovado sobre o estudo do controle homeostático da energia. Sabe-se agora que o tecido adiposo branco é o maior sítio de produção da leptina. Uma vez na circulação sanguínea ela se liga a receptores específicos no cérebro, levando ao sistema nervoso central um sinal de saciedade que reflete a quantidade existente de energia em forma de gordura no organismo. Agindo por intermédio de receptores que fazem uso de transdução do sinal intracelular, a leptina modifica a expressão e a atividade de inúmeros peptídeos hipotalâmicos que regulam o apetite e o gasto de energia. Além disso, a leptina sinaliza o estado nutricional do organismo a outros sistemas fisiológicos, modulando a função de várias glândulas alvo (RECINE e RADAELLI, 2015).

A leptina é um componente integral do complexo sistema fisiológico que regula o armazenamento, o equilíbrio e o uso de energia pelo organismo, sinaliza e modula o estado nutricional do organismo para outros sistemas fisiológicos. Este segundo aspecto é evidente diante dos seus efeitos inibitórios sobre o conjunto de alterações neuroendócrinas secundárias à privação alimentar. Outro papel da leptina é a possibilidade dela ser o sinal bioquímico que informa o cérebro que as reservas energéticas são suficientes para sustentar o início da puberdade e a reprodução (NEGRÃO e LICINIO, 2000).

Outro fator que também deve ser levado em consideração é a condição hormonal. As doenças de origem hormonal são causas raras da obesidade (inferior a 10% dos casos). Algumas delas são: síndrome hipotalâmica, síndrome de cushing, hipotireoidismo, síndrome dos ovários policísticos, pseudo-hipoparatiroidismo, hipogonadismo, deficiência de hormônios do crescimento, insulinoma e hiperinsulinismo (RECINE e RADAELLI, 2015).

Uma das causas da obesidade que não pode ser descartada refere-se à atividade física. O exercício físico auxilia em um gasto total diário de 8 a 20% proporcionando um equilíbrio do apetite através da regularização dos processos químicos cerebrais no controle da ingestão de alimentos, além de melhorar o condicionamento físico, aumenta a massa magra melhorando a queima calórica e estimulando esse comportamento sadio (RECINE e RADAELLI, 2015).

Sabemos hj que não só o excesso de alimentos ingeridos (calorias) em relação a um menor gasto energético com ganho positivo é razão para o ganho de peso e conseqüente sobre peso e obesidade, pois existem outros fatores que associados a ingestão excessiva ou não de alimentos também são motivos para engordar.

Hábitos não saudáveis também auxiliam ao ganho de peso, aqui podemos ressaltar resumidamente alguns como: irregularidade para se alimentar com relação a horário, “beliscar”

toda hora a pessoa perde o controle de quanto comeu levando ao excesso de ingestão de alimentos. O exagero de alimentos gordurosos e altamente calóricos, fazer “dieta da moda” responsáveis pelo efeito sanfona com longos períodos de jejum a fome e o apetite aumentam e também quando a pessoa faz poucas refeições por dia mais em grandes volumes tem como resultado o aumento do estômago que pode aumentar a quantidade de alimentos que a pessoa consegue comer (RECINE e RADAELLI, 2015).

COMORBIDADES

Considerada do grupo de Doença Crônica não transmissível (DCNT), tem como consequência importante ser a obesidade precursora para demais DCNT mas não necessariamente, sendo assim um alto fator de risco para doenças deste grupo, como a hipertensão arterial e o diabetes de Mellitus tipo II e suas advindas co-morbidades e mortalidade (RECINE e RADAELLI, 2015).

Dentre outras consequências diversas patologias e condições clínicas associadas como exemplo: Apnéia do sono, acidentes vasculares em especial o (AVC), baixa fertilidade, Dislipidemias, Doenças cardiovasculares, cálculo biliar, Aterosclerose, vários tipos de câncer, doenças pulmonares, problemas ortopédicos e ósteo-articulares.

O estilo de vida ao qual estamos sempre nos adaptando com um novo ambiente as mudanças no estilo de vida torna as pessoas mais vulneráveis à obesidade (IBID).

Existe também consequências decorrentes ao ciclo reprodutivo, menarca, ganho de peso gestacional, números de filhos, intervalo interpartal, tempo de amamentação e menopausa estão relacionados como consequências para a obesidade.

Entre outros temos as situações no decurso da vida com interferência psicossocial como (casamento, viuvez, separação), determinadas situações de violência; fatores psicológicos como estresse, ansiedade, depressão e compulsão alimentar; alguns tratamentos medicamentosos com psicofármacos e corticóides, suspensão do hábito de fumar; o consumo excessivo de álcool; a redução drástica de atividades físicas (RECINE e RADAELLI, 2015).

ASPÉCTOS BIOÉTICOS DO TRATAMENTO PSICOTERÁPICO DA OBESIDADE

Temos observado mundialmente um aumento significativo da preocupação com relação à obesidade, considerando-se que 250 milhões de pessoas no mundo são consideradas obesas, o que caracteriza a obesidade como epidemia. Na relação paciente-terapeuta, se torna fundamental refletir sobre os aspectos ligados ao campo da comunicação verbal e não

verbal, assim como ao da bioética, com destaque para a questão da humanização, tanto no processo diagnóstico quanto no do tratamento, como forma a garantir a adesão do paciente a tal tratamento (FRANCISCH, 2000).

No contato com o paciente, o profissional da saúde deve levar em consideração aspectos importantes, como a comunicação verbal e não verbal e alguns fundamentos bioéticos no seu cuidado, porém nem sempre esse cuidado é realizado.

Por essa razão torna-se extremamente relevante discutir quais são os aspectos bioéticos e de humanização que devem ser levados em consideração no momento do diagnóstico e tratamento da obesidade para promover adesão completa do paciente no momento do atendimento psicoterápico.

O primeiro passo da avaliação psicológica é a realização da anamnese clínica ou história clínica. O profissional deve investigar, por meio de questões diretas, se existe algum fator interferindo direta ou indiretamente no estado psicológico do paciente.

A história médica é de suma importância, uma vez que faz parte do tratamento nutricional investigar a presença de complicações ou doenças associadas à obesidade e a possibilidade de desenvolvimento de efeitos colaterais (FRANCISCH, 2000).

A anamnese para o tratamento da obesidade deve investigar a partir de qual período o indivíduo começou a ganhar peso, pois seu aumento pode estar relacionado com gestação, distúrbios hormonais, inadequação na quantidade e qualidade alimentar ou problemas pessoais.

Para a avaliação psicológica, são necessários alguns critérios para verificação do envolvimento do paciente que podem contar com instrumentos de uso do psicólogo como bateria de testes e entrevistas com o paciente e familiares. O importante é estabelecer um vínculo com o paciente, ajudar a torná-lo ciente de suas forças internas, ser independente e desafiar crenças sobre a alimentação e estilo de vida, aumentar a autoconsciência de que pode existir negação dos seus problemas, afetando seu estado psicológico e que esses problemas poderão ser resolvidos ou controlados.

A forma como o diagnóstico é comunicado ao paciente influência positiva ou negativamente no processo relacional entre o terapeuta e o paciente, uma vez que a partir desse momento pode ou não haver adesão ao tratamento. A palavra comunicar provém do latim *comunicare*, que tem por significado “pôr em comum” (SILVA, 2002). Ela pressupõe o entendimento das partes envolvidas, e sabe-se que não existe entendimento se não houver, anteriormente, a compreensão acerca da doença e do programa no qual será inserido.

O tratamento atual da obesidade inclui as terapias comportamentais que se destinam a modificar os hábitos alimentares, os exercícios para aumentar o gasto calórico e as orien-

tações nutricionais para diminuir o consumo de gorduras, açúcares e calorias. A promoção da alimentação saudável e da atividade física pode variar dependendo da fase da vida – crianças, escolares, adolescentes, adultos, gestantes e idosos. As práticas alimentares e as modalidades de atividade física diferem segundo o gênero, o nível de renda, a cultura, a idade, o local de moradia, área urbana ou rural.

A responsabilidade do psicólogo com relação às mudanças de estilo de vida não deve se traduzir em um processo de normatização e, muito menos, de culpabilização do indivíduo, pois o que está em jogo não se restringe apenas à mudança do consumo de alimentos, de atividade física, mas tem influência sobre “toda a constelação de significados ligados ao comer, ao corpo, ao viver” (GARCIA, 1997). Dessa forma, o profissional deve objetivar a integralidade do ser humano em qualquer espaço de intervenção e construir uma prática que correlacione questões sociais, psicológicas, genéticas, clínicas e alimentares implicadas na obesidade, tanto individualmente como coletivamente.

Escolhas aparentemente individuais são fortemente relacionadas aos hábitos coletivos. Os hábitos ou “estilo de vida”, expressos por práticas cotidianas, não são iguais para todos, mas também não são puramente atitudes individuais conscientes, isoladas e imutáveis (CHOR, 1999).

O ato de humanizar é um eixo articulador das práticas em saúde e propõe uma mudança na cultura da atenção aos pacientes e na gestão dos processos de trabalho. É baseado na corresponsabilidade considerando as necessidades, desejos e interesses dos diferentes atores (BRASIL, 2003).

A construção de vínculo, além de corresponder à política de humanização em saúde, é um recurso terapêutico. É uma estratégia que qualifica o trabalho em saúde, entendendo a terapêutica como uma parte essencial da clínica que estuda e põe em prática meios adequados para curar, reabilitar, aliviar o sofrimento e prevenir possíveis danos em pessoas vulneráveis ou doentes (CAMPOS, 2003).

A formação de vínculo, tanto na consulta individual como em grupo, parece ser um caminho promissor na busca da adesão ao tratamento e acompanhamento da obesidade (BRASIL, 2003). O estabelecimento da relação de confiança entre pacientes e psicólogo é, sem dúvida, um ponto prioritário. Esse é um processo que deve ser construído no dia a dia, por meio das consultas, das relações pessoais e da integração. Medos, aspectos da sexualidade, segredos, questões íntimas, de violência, por vezes associados ao sobrepeso e obesidade, somente são relatados após o estabelecimento de vínculo, de confiança, de cumplicidade. Em contrapartida, o psicólogo também precisa ter confiança, acreditar no potencial de aprendizado, de mudança quando se almeja a autonomia do indivíduo.

A partir da individualidade é que as relações pessoais se estabelecem, e isso acarreta a necessidade de admitir o outro como um sujeito singular, respeitar sua autonomia e aceitar, sem discriminação, a diversidade. Conviver na diversidade, então, consiste em reconhecer que o contrário de igualdade é a desigualdade, e não a diferença (URTIAGA, 2007).

Esses valores constituem os pilares da Bioética e pressupõem fazer prevalecer o bem (princípio da beneficência) e não o mal (princípio da não maleficência), admitir a liberdade na diversidade e na diferença (princípio da autonomia) e respeitar parâmetros de igualdade e equidade (princípio da justiça social). Esses princípios se revestem de extrema importância nos dias atuais, pois a relação do profissional da saúde é uma relação privada, mas que está intimamente vinculada ao público porque exige o exercício da liberdade, tolerância às diferenças, às diversidades e, principalmente, recusa da desigualdade (URTIAGA, 2007).

Partindo do pressuposto de que todas as crenças, todas as verdades, vinculam-se de forma muito consistente aos padrões da sociedade e da cultura na qual estamos inseridos, pode-se considerar que aquilo que achamos bonito e desejável, por exemplo, não se encontra dissociado das representações sociais sobre beleza, mais gerais da sociedade em que vivemos. Uma das ideias mais poderosas que se popularizou ao longo dos últimos anos é aquela de que é necessário ser magro para ser considerado bonito (GONÇALVES, 2004).

Segundo Pace, et al (1991) os psicólogos devem auxiliar seus pacientes para serem realistas em relação a seus objetivos para redução do peso e avaliar os conflitos emocionais existentes e que podem interferir nos esforços para o controle do peso.

A autonomia, nessa perspectiva, é exercida quando o indivíduo deixa de ser objeto e assume uma condição ativa, à medida que adquire consciência de seus direitos e deveres participando das questões decisórias, tanto íntimas e individuais, quanto coletivas (URTIAGA, 2007).

Portanto, a autonomia é um princípio que se opõe ao abuso do poder, impondo, assim, um desafio para a ética, pois o livre-arbítrio só é estabelecido quando o poder não é usado como instrumento de controle e subordinação, mas de cuidado e proteção. Dessa forma, ao psicólogo não convém abdicar de seus deveres continentais, acolhedores e responsáveis, mas informar ao paciente sobre procedimentos e intervenções, conversando sobre temores, respeitando sua cultura, permitindo-lhe recusas e respeitando-as.

Nesse sentido, conferir autonomia ao paciente não significa deixá-lo sozinho em suas decisões, pois se torna uma isenção de responsabilidade, configurando uma relação de abandono, e não de liberdade. Se buscarmos outros parâmetros, usando as relações familiares como referência, percebe-se que, atualmente, há um interesse que se volta para a educação de pais capazes de fazer frente às demandas da sociedade, com a intenção de levá-los a educar

os filhos resgatando práticas que façam prevalecer o diálogo, o respeito e a flexibilidade. E, principalmente, sem esquecer os limites (URTIAGA, 2007).

Essa é a relação desejada para pais e filhos e deve ser, também, a relação legitimamente ética do nutricionista com seu paciente, pois frente aos novos paradigmas da relação profissional de saúde-paciente, que fazem prevalecer o respeito à autonomia e à privacidade, os conflitos poderão emergir. Entretanto, eles evidenciam o respeito aos direitos que caracterizam a cidadania (URTIAGA, 2007).

O papel da comunicação na humanização da atenção à saúde mais uma vez parece ser um aspecto importante também no diagnóstico e tratamento da obesidade²⁸.

A magreza, extremamente valorizada, como estereótipo de beleza, tão difundido por meio da mídia, pode ser identificada nas revistas, nas propagandas de televisão e rádio, nas novelas e filmes. Imagens de artistas, modelos e manequins consideradas ícones de beleza internacionais, figuras legítimas de imitação e de identificação, estão estampadas nas mais diversas capas de revistas e jornais. Nota-se, porém, o paradoxo que se vive hoje no mundo ocidental: ao mesmo tempo em que há uma oferta preponderante de alimentos calóricos, convivendo com um estilo de vida que incentiva o sedentarismo, tem-se também uma valorização da magreza como a forma preferencial de estética. Pode-se, ainda, observar o lado patológico desse modelo do belo, pelo aumento da anorexia e da bulimia, doenças características principalmente do gênero feminino (GONÇALVES, 2004).

A TERAPIA COGNITIVO COMPORTAMENTAL NO COMBATE À OBESIDADE

A Terapia cognitiva como sistema de Psicoterapia, surgiu no século XX - década de 60. Aaron Beck, com seus estudos empíricos na tentativa de confirmar os princípios da psicanálise, estudos estes com pacientes depressivos geraram resultados negativos contrariando o modelo psicanalítico de depressão, propondo então um novo modelo ao qual evoluiu com aspecto teórico e prático resultando um novo sistema a Terapia cognitiva (SERRA, 2013).

Segundo Serra, (2013) a trajetória histórica seja própria ou independente, a Terapia Cognitiva é frequentemente identificada com a Terapia comportamental e têm sido empregadas as denominações como Terapia Cognitiva e Terapia Cognitiva - Comportamental.

Na década de 50, nos Estados Unidos já sinalizavam uma transição para a perspectiva Cognitiva do processamento de informação, onde clínicos defendiam uma abordagem mais cognitiva aos transtornos emocionais, aparecem às convergências entre o modelo Psicanalítico da raiva retroflexa e Behaviorista do condicionamento operante (SERRA, 2013).

Final da década de 70 as cognições começam a aparecer como componente de tratamento (MARGOLIN e WEISS, 1978; apud DATTILIO 2011), resultado de um movimento de insatisfação com os modelos estritamente comportamentais (estímulo-resposta/S-R), que não reconheciam a importância dos processos cognitivos mediando o comportamento (DOBSON, et al., 1988, 2004; FALCONE, 2006; apud RANGÉ et. al., 2007).

Em 1952, Hans J. Eysenck já havia realizado um estudo onde não encontrara evidências de que a eficácia da terapia psicanalítica fosse maior do que a remissão espontânea (melhora produzida sem nenhum tratamento específico), outros autores da época afirmaram não haver indícios aceitáveis que apoiassem a eficácia do tratamento psicanalítico (RANGÉ et al., 2007). Aaron Beck relata que seus questionamentos a psicanálise tiveram início em 1956, quando verificou que a hipótese da raiva retrofletida não confirmara em seu estudo com pacientes deprimidos (RANGE, et al., 2007), frente suas observações clínicas e experimentais, propôs a teoria cognitiva da depressão, expunha que a negatividade geral expressa por seus pacientes não era sintoma, mas sim o desempenho de uma função central na instalação e manutenção da depressão. Indivíduos Depressivos distorciam a realidade, aplicando um viés negativo no processamento de informação. Beck pontua a cognição, e não a emoção, como o fator essencial da depressão, portanto, um transtorno de pensamento e não um transtorno emocional (SERRA, 2013).

Albert Ellis (1913-2007), mesmo vindo da escola psicanalista revelou insatisfações com os resultados práticos do trabalho psicanalítico (Ellis, 1997, apud RANGÉ, 2007).

Autores que contribuíram para a abordagem TCCs, Albert Bandura, 1969 (Princípios de Modificação do Comportamento) um dos mais importantes críticos do modelo operante, onde propôs uma compreensão da aprendizagem, conhecida como “modelação”, que é frequente entre os seres humanos e ocorre pela observação de um modelo, sem a necessária reprodução do comportamento. Outro que contribuiu foi Michael Mahoney em com sua publicação intitulada *Cognition and Behavior Modification* em 1974 fazendo uma análise crítica aos modelos mediacionais, enfatiza a importância do processamento cognitivo, o qual poderia ser sustentado cientificamente. Os russos, dentre os quais se destaca Lev Semenovitch Vygotsky, 1896, com os princípios estritamente comportamentais, verificou que crianças eram bem-sucedidas na aprendizagem de regras gramaticais, independente de reforçamento (RANGÉ et al., 2007). Estes autores publicaram obras importantes para a utilização de estratégias cognitivas e comportamentais na intervenção sobre variáveis cognitivas (SERRA, 2013).

O desenvolvimento da Terapia Comportamental teve como precursor as obras de Skinner na década de 50, onde os princípios fundamentais do Behaviorismo podiam ser resumidos que a mente não representava um objeto legítimo de estudo científico, o foco de avaliação e tratamento deveria ser dirigido ao que se pudesse observar operacionalizado e medido na

modificação do comportamento, o problema limitava-se ao comportamento observável. Na época com o insucesso no tratamento para pacientes com depressão pelos terapeutas comportamentais e a resistência da terapia comportamental a conceitos e técnicas cognitivas, Beck assegura através do modelo cognitivo onde incluía tarefas comportamentais, sessões estruturadas, prazo limitado de tratamento, comprovação científica e registro diário de experiências maladaptativas, surge então o interesse por parte dos comportamentais. Os comportamentais passam a incluir técnicas cognitivas em seus programas de tratamento, ao mesmo tempo em que behavioristas passaram a tomar a cognição como um construto mediando entre ambiente e o comportamento, superando as resistências (SERRA, 2013).

Toda via esta teoria contribuiu para o desenvolvimento da Psicologia Clínica resultando numa importante forma como são avaliadas as abordagens psicoterápicas, através de estudos controlados de eficácia (BAHLS e NOVALAR, 2004; SERRA, 2013).

Desta maneira, as terapias chamadas de terapias cognitivo-comportamentais (TCC), denominam-se pela integração de conceitos e técnicas cognitivas e comportamentais, hoje em dia dispõem de uma ampla gama de tratamento de diversos problemas de psicopatologias, além de trabalhos de pesquisas a fim de verificar experimentalmente a eficácia destes (BAHLS e NOVALAR, 2004).

Mesmo frente às divergências destas terapias, elas compartilham o pressuposto teórico que as mudanças terapêuticas acontecem na medida em que sofrem alterações nos modos disfuncionais do pensamento, portanto o ambiente constitui uma série de eventos que podem ser classificados de neutros, positivos e negativos, e o que o indivíduo faz destes acontecimentos (avaliação cognitiva) é que determina o tipo de resposta que será dada em forma de sentimento e comportamento. Por tanto, a TCC enfatiza o pensamento e a forma como o indivíduo interpreta seu mundo (BAHLS e NOVALAR, 2004).

De forma geral, o processo terapêutico tem como objetivo central corrigir as distorções cognitivas e levar o cliente a interpretações mais realistas dos eventos (ABREU E ROSO 2003; apud RONDINA, 2006), a metodologia utilizada é a cooperação entre terapeuta e o cliente de forma que as estratégias para superação dos problemas seja planejada em conjunto (LIMA & WIELENSKA, 1993; apud RONDINA, 2006). Busca-se definir claramente os objetivos, especificando-os de acordo com os problemas e questões trazidas pelo cliente.

O tratamento foca-se no sofrimento que o cliente trás, ou seja, nas distorções que o indivíduo avalia de si e do mundo. Denomina-se “esquemas” a base para a avaliação das experiências, as estruturas cognitivas organizam-se em níveis, durante o processo terapêutico explora-se os níveis, partindo dos pensamentos automáticos até chegar ao sistema de crenças

do indivíduo, então estas crenças são testadas a partir de argumentos e propostas de exercícios que o cliente realizará durante a terapia e em demais contextos (SHINOHARA, 1997; apud BAHLS e NOVALAR, 2004). Com tudo são utilizadas técnicas cognitivas que buscam identificar os pensamentos automáticos, testando e substituindo as distorções cognitivas; já as técnicas comportamentais são empregadas para modificar condutas inadequadas relacionadas com o transtorno psiquiátrico em questão (BAHLS e NOVALAR, 2004).

O tratamento psicoterápico da obesidade com base na TCC vem mostrando sua eficácia por trabalhar a partir da estrutura operante do cliente com objetivo de organizar as contingências para a mudança de peso e comportamentos, relacionados ao autocontrole de comportamentos alimentares e contexto situacional amplo; na avaliação e correção de pensamentos inadequados são procedimentos disparadores e frequentes no processo para mudança comportamental. A reestruturação cognitiva, imagens orientadas, o treinamento da autoinstrução, a determinação de objetivos, o estímulo ao autoreforço e resolução de problemas são alguns procedimentos inter-relacionados, de base cognitiva, incorporados a outros programas comportamentais (ABREU, 2003 apud VASQUEZ et al.,2004). Outro fator importante é o uso das técnicas comportamentais com o objetivo do cliente identificar os estímulos que antecedem ao comportamento compulsivo, bem como situações que facilitam a sua não continuidade no tratamento, as estratégias cognitivo-comportamental visam à modificação de hábitos prejudiciais ao cliente (BRITO et al.,2005).

Duchesne, (2001) com base em citações do Consenso Latino-Americano em Obesidade (CLAO), foca a TCC como estratégias eficazes no tratamento da obesidade e que apresentam diversas técnicas como a automonitoração onde auxiliam na identificação dos fatores que levam ao excesso de peso; procedimentos que envolvem controle de estímulos diminuindo a exposição do paciente às situações que facilitam a alimentação inadequada; identificação de situações que favorecem a alimentação excessiva e o planejamento de comportamentos alternativos ao tratamento; Treino em Resolução de Problemas uma estratégia útil para auxiliar na identificação de comportamentos alternativos; Treino em Habilidades Sociais como meio para favorecer um melhor enfrentamento dos estressores interpessoais que geram ansiedade, tristeza e conseqüente alimentação inadequada. Também é utilizada para estruturar estratégias facilitadoras de adesão ao programa de atividade física e conseqüentemente levando a perda de peso. A modificação do sistema de crenças leva a modificação dos comportamentos alimentares não assertivos associados ao ganho de peso. A reestruturação cognitiva favorece a adesão ao tratamento e viabiliza raciocínios mais realistas com relação ao controle de peso e aos métodos utilizados para obtenção do emagrecimento.

Portanto a orientação com cognitivo-comportamental segue o modelo que identifica a crença central e intermediária (regra, atitude, suposição), levando a um pensamento e influencia uma situação, e vice-versa trazendo reações emocionais, comportamentais e fisiológicas (HAWTON, 1997; apud VASQUES et al., 2004). Segundo esta orientação de pensamento os sistemas de crenças dos indivíduos obesos focam em sentimentos e comportamentos desencadeados por pensamentos disfuncionais acerca de seu peso, da alimentação e do valor pessoal. (ABREU, 2003; apud VASQUES et al. 2004).

Estudiosos neste assunto e na atuação em TCC como Judith Beck em 2009 lança a “dieta definitiva de Beck” desenvolvida para proporcionar um emagrecimento saudável e duradouro, aperfeiçoando este programa em 2011 desenvolveu o “Pense magro por toda vida” o foco principal está na psicoeducação de ensinar habilidades necessárias para atingir o emagrecimento permanente (NEUFELD et al.,2012).

O desafio da atuação em psicoterapia foco em TCC relacionado à obesidade tem se expandido de forma notável na última década, através de pesquisas e publicações de obras.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A literatura aponta para a necessidade que o mundo contemporâneo apresenta de pensarmos a obesidade, não apenas como uma doença médica a ser tratada apenas com intervenções médicas, mas como uma realidade epidemiológica que retrata aspectos sociais e culturais típicos de uma era.

Sendo assim, pensar o tratamento da obesidade como uma patologia que carece da interdisciplinariedade, visto que suas causas são múltiplas e seu tratamento assim também deve ser, nos leva a refletir sobre a subjetividade das pessoas que precisam perder peso, bem como a forma de diagnóstica, tratar e lidar com esse indivíduo.

Além dos aspectos bioéticos envolvidos, como a formação de vínculo entre profissional e paciente para que a adesão ao tratamento ocorra com sucesso, a forma de lidar com o diagnóstico e apresentação do plano de tratamento, analisar os fatores culturais e comunitários são de extrema relevância, bem como promover a liberdade do paciente frente a escolha de mudar suas atitudes e modo de ser sem que isso reflita num sentimento de abandono.

Nesse sentido, a orientação familiar e da rede de pertinência, aliado à técnicas cognitivas comportamentais que partem da premissa da identificação de pensamentos disfuncionais e remissão das crenças centrais e intermediárias, evidenciam-se como importantes ferramentas no tratamento psicológico da obesidade, que através da metodologia focada na cooperação

entre o terapeuta e o cliente, age de forma que as estratégias para superação dos problemas seja planejada em conjunto.

O monitoramento de hábitos alimentares, o treino de resoluções de problemas, são técnicas da TCC que fazem a diferença no processo psicoterápico fazendo com que a pessoa aprenda como agir quando estiver estressado, cansado, doente, chateado, aborrecido ou sem ter o que fazer. E conseguirá controlar não só a sua alimentação e o seu peso, mas controlará melhor a sua vida também.

REFERÊNCIAS

ABESO. **OMS: Obesidade Mata 2,8 milhões por Ano**, 2012. Pesquisado: <<http://www.abeso.org.br/lenoticia/876/oms:-obesidade-mata-28-milh%C3%B5es-por-ano.shtml>> Acessado em 09.04.2015.

ANJOS, L. **Índice de massa corporal (massa corporal estatura 2) como indicador do estado nutricional de adultos: revisão da literatura**. Revista de Saúde Pública, São Paulo. V. 26, n. 6, p. 431 – 436, 1992.

BAHLS, S. C.; NAVOLAR, A.; BASSETTI B. **Terapia Cognitivo - Comportamentais: Conceitos e Pressupostos Teóricos**, 2004. Pesquisado: Acessado em: 23.05.2015

BATISTA FILHO, M; RISSIN, A. **A transição nutricional no Brasil tendências regionais e temporais**. Caderno de Saúde Pública. Rio de Janeiro, v 19, p. 5191,

BECK, J. S. **Pense Magro. A dieta definitiva de Beck**, ed. Artmed, 2011.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. Obesidade** / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Atenção Básica. Brasília: Ministério da Saúde; 2006.

BRITO, C.L.S, BYSTRONSKI D.P., MOACH K.D., STENZEL L.M., REPETTO G. **Obesidade: Terapia Cognitivo-Comportamental. Sociedade Brasileira de Endocrinologia e Metabologia/Projetos Diretrizes**. 2005. Pesquisado: http://www.projetodiretrizes.org.br/5_volume/34-obesterap.pdf. Acessado: 29.11.2014

CAMPOS, G. W. **Saúde paidéia**. São Paulo: Hucitec; 2003.

CHOR, D. **Saúde pública e mudanças de comportamento: uma questão contemporânea**. Cad Saúde Pública. 1999;15(2):423-5.

DATILLIO, F. M. **Manual de Terapia Cognitivo-Comportamental para Casais e famílias.** Porto alegre: artmed, 2011.

DE MARIA E. **Bariatric surgery for morbid obesity.** N Engl J Med 2007;356:2176-83.

DUARTE, A. et al. **Síndrome metabólica, semiologia, bioquímica e prescrição nutricional.** Rio de Janeiro: Axcel Books do Brasil, 2005.

DUCHESNE, MONICA. **O consenso latino-americano em obesidade.** Rev. bras. ter. comport. cogn. vol.3 no.2 São Paulo dez. 2001

FELIPPE, F. M. **O peso social da obesidade.** Rev Virtual Textos Contextos. 2003;2(2):1-16.

GARCIA, R. W. D. **Representações sociais da alimentação e saúde e suas repercussões no comportamento alimentar.** Physis. 1997;7:51-68.

GONÇALVES, C. A. **O “peso” de ser muito gordo: um estudo antropológico sobre obesidade e gênero.** Mneme – Rev Virtual Humanidades. 2004;5(11);1-42.

GONZALEZ, A.; LIRA, G.; CASTRO. T. **Formas de tratamento do sobrepeso ou obesidade utilizadas por estudantes de ensino médio de uma escola pública de Salvador, Bahia.** Revista Brasileira de Obesidade, Nutrição e Emagrecimento, São Paulo v.2, n. 11, p.446-466, Set/Out. 2008. ISSN 1981-9919.

HILL J,; Peters J. **Environmental contributions to the obesity epidemic.** Science 1998;280:1371-4

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Análise da disponibilidade domiciliar de alimentos e do estado nutricional no Brasil: pesquisa de orçamentos familiares 2002-2003.** Rio de Janeiro, 2004.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Cadernos de atenção básica nº 12 – obesidade.** Série A. Normas e manuais técnicos. Brasília / DF, 2006.

NEGRÃO, A.; LICINIO, J. **Leptina: o Diálogo entre Adipócitos e Neurônios .** Artigo publicado no Arq Bras Endocrinol Metab vol.44 no.3 São Paulo Junho 2000.

NEUFELD, C. B.; MOREIRA, C. A. P. M.; XAVIER, G.S. **Terapia Cognitiva- Comportamental em Grupos de Emagrecimento: O relato de Uma Experiencia.** Porto Alegre-RS. Revista PSICO, v. 43, n. 1, pp. 93-100, jan./mar. 2012.

PINHEIRO, A.; FREITAS, S.; CORSO, A. **Uma abordagem epidemiológica da obesidade.** Rev. Nutr., v.17, n.4, p.523-533, out./dez. 2004.

RANGÉ, B. P.; FALCONE, E. M. DE O.; SARDINHA, A. **História e panorama atual das terapias cognitivas no Brasil.** REVISTA BRASILEIRA DE TERAPIAS COGNITIVAS, 2007. Pesquisado: < http://rbtc.org.br/edicao_atual.asp.> Acessado em : 09.04.2015

REZENDE, C.A.A.D. **Estudo das Características Alimentares de crianças e Adolescentes com Excesso de Peso e de seus Cuidadores, em uma Unidade Básica de Saúde do Município de Uberlândia – MG,** 2006. Pesquisado: <<http://www.teses.usp.br/teses>.> Acessado em: 29.11.2014.

RECINE E. e RADAELLI P. **Obesidade e desnutrição.** Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/obesidade_desnutricao.pdf Acesso em 24/05/2015. (RECINE e RADAELLI, 2015).

RONDINA, R. DE C. **Terapia Cognitivo Comportamental: Desenvolvimento Histórico, Tendências Atuais,** 2006. Pesquisado: <<http://www.revista.inf.br/psicologia11/pages/artigos/edic11anoVINov2008-artigo05.pdf>.> Acessado em 23.04.13

VASQUES, F.; MARTINS, F. C., DE AZEVEDO, A. P. **Aspectos psiquiátricos do tratamento da obesidade,** 2004. Pesquisado: < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=So10160832004000400013&script=sci_arttext.> Acessado em: 29.11.2014.

SERRA, A. M.; MARTINS. **Terapia Cognitiva, Terapia Cognitivo-Comportamental e Terapia Comportamental,** 2013 Pesquisado: < http://www.itcbr.com/artigo_drana_tc.shtml.> Acessado em: 23.05.15

SIGULEM, D.; DEVINCENZI, M.; LESSA, A. **Diagnóstico do estado nutricional da criança e do adolescente** *Diagnosis of the nutritional status of children and adolescents.* 2000. Disponível em <http://leg.ufpr.br/lib/exe/fetch.php/pessoais:wbonat:port.pdf>

SILVA, M. J. P. **O papel da comunicação na humanização da atenção à saúde.** *Bioética.* 2002;10(2):73-88.

SUASTIKA, K. **Update in the management of obesity.** *Acta Med Indones.* V.38, n.4, Oct-Dec, p. 231-7. 2006.

SWINBURN, B; EGGER, G; RAZA, F. Dissecting obesogenic environments: the development and application of a framework for identifying and prioritizing environmental interventions for obesity. Preventive Medicine. [51]. N 29, p. 563-570, 1999.

URTIGA, M. E. Ética, Bioética e Cidadania. Rev Acadêmica Med. 2002;7:1-4.

WORLD HEALTH ORGANIZATION Obesity: preventing and managing the global epidemic report of a WHO consultation on Obesity. Geneva 1998.

A PRIVATIZAÇÃO DA SAÚDE SOB UMA ANÁLISE DO CONCEITO DE HEGEMONIA DE ANTÔNIO GRAMSCI

WANTUIL JÚNIOR DE ANGELO LIMA ¹

RESUMO

Diante da crescente ampliação da participação privada na prestação do serviço de saúde no Brasil, se percebe que o serviço público se encontra enfraquecido e desacreditado, diante de tantos argumentos e influências que defendem ser o serviço privado de melhor qualidade e, por isso, mais adequado. Neste contexto, o presente trabalho busca aproximar o diálogo entre a questão do fenômeno “privatizador” da saúde brasileira e a teoria da hegemonia trabalhada por Antônio Gramsci. Com tal análise, busca-se compreender um fenômeno extremamente atual, trabalhado amplamente e discutido amplamente por profissionais e cientistas das mais diversas áreas. Ademais, sabe-se que a Constituição brasileira trata o direito à saúde como fundamental e social, devendo ser prestado pelo Estado, com a possibilidade de ser complementado pelo particular. Todavia, a realidade tem trazido fatos que indicam haver uma relativização destes princípios constitucionais. O que se percebe, na prática, é que interesses econômicos e políticos estão buscando asfixiar um direito fundamental e social, e, para isso, estão se utilizando de mecanismos já previstos há cerca de cem anos por Antônio Gramsci para alcançar a plena hegemonia no campo da saúde, no Brasil.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Direito à saúde. Hegemonia em Gramsci.

INTRODUÇÃO

O autor italiano Antônio Gramsci, que viveu entre os anos de 1891 e 1937, é chamado de neomarxista, por defender ideias que tiveram forte influência de pensadores como Karl Marx e Friederich Engels.

Apesar de ter vivido um século atrás, e, desde então, muita coisa ter se transformado no mundo, as teorias de Gramsci continuam muito presentes em debates acadêmicos e até mesmo em diálogos do cotidiano de pessoas instruídas, porque em muitos casos elas continuam muito atuais e completamente palpáveis à realidade de alguns aspectos das sociedades contemporâneas.

Um dos conceitos mais marcantes que se encontram nos estudos de Antônio Gramsci e que continua sendo citado e estudado até hoje é o de “hegemonia” que, como veremos, se

¹ Advogado; mestrando em Direitos e Garantias Fundamentais na Faculdade de Direito de Vitória – FDV e membro do Grupo de Estudos, Pesquisas e Extensão em Políticas Públicas, Direito à Saúde e Bioética da Faculdade de Direito de Vitória – FDV; bolsista da FAPES (Fundação de Amparo à Pesquisa do Espírito Santo). E-mail: wantuil.al@hotmail.com.

trata de uma forma de supremacia de determinado grupo social sobre os demais, utilizando, para isso, meios diretos ou indiretos que proporcione ao grupo alcançar a posição de superioridade e o possibilite continuar, intocável, nesta posição.

Entre as mudanças ocorridas no mundo atual, globalizado, predominantemente capitalista, e com fortes influências neoliberais, se nota a força que tem tido a questão das privatizações das empresas e serviços estatais, como forma de dar efetividade para a gestão da coisa pública, em detrimento de características e prestações sociais, por parte do Estado. Neste diapasão, constata-se que essa prática veio a ser muito disseminada com o enfraquecimento das políticas de Bem-estar social (Welfare state), que muitos países adotaram como forma de dar vazão aos clamores por mais tutelas sociais do Estado.

Assim, como forma de deslegitimar o legado deixado pelo Estado de Bem-estar social, a política neoliberal passou a utilizar de discursos e estratégias administrativas que promovem a competitividade e os valores do mercado. São usadas políticas que afastam das pessoas qualquer consciência de coletividade, o que lhes faz buscar somente os seus próprios interesses, em detrimento dos interesses coletivos. Então, essas medidas privatizadoras passaram a tomar conta das agendas de países, que, dentre outros meios, se utilizam dos instrumentos de comunicação em massa para propagar e popularizar os seus objetivos.

Como se percebe, o fortalecimento das políticas neoliberais representa uma luta contra os resquícios de Estado social ou de Estado de Bem-estar social. Mas, o Brasil não vivenciou efetivamente nenhum destes estados de cunho social citados. Isso contribuiu para que a Constituição de 1988 tivesse em seu texto a regulação de muitos direitos fundamentais e direitos sociais, contrariando completamente as expectativas do mercado.

Todavia, não obstante o pouco tempo de vida da Constituição brasileira, já em meados da década de 1990 o Brasil viu grandes empresas e patrimônios estatais serem privatizados, sob o pretexto de que seria benéfico para a economia do país e que haveria uma maior efetividade nas empresas quando passassem a ser geridas por particulares. Fruto desse movimento se percebe quando, no contexto atual, muito se tem ouvido falar sobre meios de privatizar o sistema de saúde pública no Brasil, ou de enfraquecer o sistema público ao ponto de deslegitimá-lo, entretanto, esses argumentos violam os direitos garantidos na Constituição Federal brasileira.

Com efeito, o presente trabalho busca trazer elementos do contexto atual que são construídos com o intuito de colocar em xeque a efetividade da prestação do serviço de saúde por parte do Estado. Por isso, uma teoria tão respeitada e tão atual em muitos contextos do mundo contemporâneo, como a de hegemonia para Antônio Gramsci, se mostra capaz de caracterizar os elementos que colaborem na compreensão do “movimento privatizador da saúde no

Brasil” e, assim, se mostra capaz de ajudar na busca pela melhor maneira como a sociedade poderá lidar com isso, para defender os direitos garantidos pelo texto constitucional pátrio.

Então, uma importante questão é trazida pelo estudo ora apresentado: é possível compreender o fenômeno da privatização da prestação do serviço de saúde no Brasil através da teoria de hegemonia trabalhada por Antônio Gramsci e, através dela, obter respostas positivas para a sociedade brasileira?

A partir deste questionamento que desenvolveremos os capítulos seguintes do presente trabalho.

A PRIVATIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

O direito à saúde, amplamente tratado e garantido pela Constituição da República de 1988, foi alcançado com muita luta e, somente assim, conseguiu ser alçado ao status de direito social fundamental.

Apesar de ter sido um debate amplamente travado nas décadas que antecederam a Constituição vigente, no ano de 1986, antes mesmo de ser formado o Congresso Nacional Constituinte, foi realizada a VIII Conferência Nacional de Saúde, onde esteve presente um grande número de membros da sociedade civil organizada. Neste evento, mesmo não havendo unanimidade entre os seus participantes, foram pactuadas muitas propostas que posteriormente vieram estar presentes na Constituição de 1988. Exemplo disso é a garantia trazida pelo artigo 196 e seguintes da Carta Magna, que afirmam ser a saúde um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. Essa prestação deverá ser realizada articulada às demais políticas sociais, dentro dos princípios de universalidade, equidade, integralidade, descentralização e controle social².

Por outro lado, o advento das ideias neoliberais, no fim da década de 1970, fomentou uma busca maior pela efetividade da economia. Com efeito, esse modelo econômico, direta ou indiretamente, pregava um afastamento cada vez maior do Estado para com as políticas sociais, onde as principais ideias estavam no afastamento das metas da agenda mundial, de industrialização e geração de empregos, para substituí-las por uma ação de investir no capital financeiro e na disseminação dessa política para todos os cantos do planeta, um processo

² GOUVEIA, Roberto; PALMA, José João. SUS: na contramão do neoliberalismo e da exclusão social. **Revista Estudos Avançados**, São Paulo, vol. 13 nº 35, janeiro à abril de 1999, p. 143 – 144.

que hoje é muito conhecido e chamado de “Globalização Corporativa Neoliberal”, ou, como popularmente é chamada, apenas “globalização”³.

Na estrutura montada para alcançar os objetivos neoliberais podemos destacar a atuação de um país específico, Estado Unidos da América, bem como de órgãos e fundações internacionais, dentre as quais podemos destacar a representatividade das articulações do Fundo Monetário Internacional e do Banco Mundial, que agem como interlocutores do mercado financeiro e das grandes corporações na busca por implantar agendas recessivas para os países que procuram neles um incentivo econômico. Todavia, para receber tais incentivos, na forma de pacotes econômicos, é requerido destes países que eles mudem a forma de gerir o seu patrimônio, acarretando nos chamados “arrochos dos orçamentos públicos”, que, dentre as metas a serem atingidas e são exigidas pelo FMI e pelo Banco Mundial, estão: as privatizações; o aumento dos juros; a diminuição ou a extinção de políticas protecionistas ao mercado interno e à sociedade; e, o que mais nos interessa neste trabalho, um corte nos gastos com políticas sociais⁴.

No cerne dessa lógica, que induz os países a cortarem os seus gastos com as políticas sociais, podemos encontrar a questão da saúde em destacada evidência. Isto porque, estruturar um país inteiro para que ele supra as demandas de tratamentos de saúde com hospitais, unidades de apoio, clínicas, equipamentos e recursos humanos, gera um custo muito elevado aos cofres públicos. Por isso, a política neoliberal, quando busca implantar este tipo de filosofia na prática das administrações públicas quer, dentre outras coisas, que haja um enxugamento nas tutelas do governo, para que a iniciativa privada tenha mais campo de atuação e que o mercado financeiro se fortaleça.

Todavia, para que haja uma transformação na perspectiva pela qual se enxerga a saúde, afastando-a da ideia de que a saúde é um direito fundamental ou um direito social, é necessário que sejam realizadas ações e políticas que induzam uma mudança no imaginário coletivo sobre o conceito de direito à saúde, como sendo um bem coletivo, para que se faça com que a população aceite e compreenda este direito como sendo um produto de consumo, e como uma responsabilidade meramente privada. A saúde então, na perspectiva das organizações internacionais pró-liberalismo, se torna um mero bem de consumo, que deve ser tratado sob os princípios do livre comércio⁵.

3 SIQUEIRA Carlos Eduardo; CASTRO, Hermano; ARAÚJO, Tânia Maria. A globalização dos movimentos sociais: resposta social à Globalização Corporativa Neoliberal. **Ciência & Saúde Coletiva**. 2003; 8(4): p. 849.

4 BORGES, Fabiano Tonaco; GARBIN, Cléa Adas Saliba; MOIMAZ, Suzely Adas Saliba; SIQUEIRA, Carlos Eduardo. **Anatomia da Privatização Neoliberal do SUS: o papel das organizações sociais**. São Paulo, SP: Cultura Acadêmica, 2012, p. 15.

5 BORGES et al., 2012, p. 17.

A agenda econômica proposta pelos incentivadores internacionais do neoliberalismo, tais como o Banco Mundial e o FMI, procura promover justificativas para legitimar a administração de bens e responsabilidades públicas por parte de particulares. Para tanto, utiliza-se de argumentos que afirmam ser a gestão privada mais eficiente do que a pública, uma vez que não precisa se utilizar de estruturas muito burocráticas, como ocorre no serviço público. Os argumentos dizem até que a eficiência da gestão privada gera um preço menor para os cofres públicos. Assim, percebe-se claramente que acontece uma política privatizadora dos sistemas públicos de saúde, quando o Estado delega os seus serviços à iniciativa privada com fins de dar efetividade aos mesmos. Mas essa política, ao final, acabará por proporcionar um processo que desencadeará na privatização do patrimônio público da saúde, delegando-o a grandes grupos internacionais do setor, que não correriam grandes riscos, pois, inicialmente, quem de fato continuará arcando com as principais despesas e que continuará tendo o dever de prestar tal serviço e garantir tal direito, ainda será o Estado⁶.

Para tanto, a mudança, precisa ser gradual, para ser bem aceita e ser requisitada e defendida pela maioria da população. Isso porque, nos sistemas públicos que acabam sendo privatizados, antes de haver uma total privatização e um afastamento completo do Poder Público em detrimento da administração privada, há uma etapa anterior, na qual, primeiramente a gestão privada atua dentro da estrutura do próprio Estado para, somente depois, quando já estiver sedimentada a ideia de que a gestão pública é pior do que a privada, ser colocado em prática a entrega total do sistema público nas mãos da iniciativa privada, que, a partir de então, ditará todas as regras de acordo com os princípios orientadores do mercado⁷.

Exemplos desta política, que podem ser vislumbrados no Brasil, é o fortalecimento dos incentivos do governo aos planos de saúde, que induzem a contratação dos mesmos, e, também, na delegação da administração de hospitais e estruturas da saúde para as Organizações Sociais, instituições que, supostamente sem fins lucrativos, se utilizam das regras da Lei 9.637 de 1998 para prestarem os serviços de atendimento ao público em saúde, sob o patrocínio do Poder Público que, além de lhe pagar pelo serviço, também lhe cede o espaço físico e disponibiliza material humano.

No Brasil, a influência externa para que o país explore este tipo de política pode ser testemunhada, por exemplo, em uma entrevista concedida por George Alleyne ao jornal Folha de São Paulo, em 14 de dezembro de 1998, quando ele ainda era diretor da Organização Pan-americana de Saúde.

⁶ BORGES, et al., 2012, p. 15.

⁷ BORGES, et al., 2012, p. 15.

Essa entrevista causou espanto em muitas pessoas, porque nela o entrevistado propôs ao governo brasileiro que ele se afastasse dos princípios constitucionais que valorizavam a saúde e passasse a garantir apenas um pacote básico para atender apenas determinadas doenças e procedimentos, algumas vacinas, ligado à atenção primária e ao saneamento; propondo também o fim da gratuidade do atendimento pelo Serviço Único de Saúde - SUS, para deixar as principais carências sob a tutela dos planos de saúde⁸.

Por trás das palavras de George Alleyne percebemos que essa proposta neoliberal não era algo descabido e desconhecido, mas que já naquela época representava claramente os anseios da política econômica neoliberal internacional, que propunha propor ao governo local o abandono da saúde como um direito fundamental, o limitando a ser tutelado pelo Estado apenas através de procedimentos menos complexos e que não fossem onerosos aos cofres públicos, repassando os outros tratamentos para as instituições privadas.

Desta maneira, vemos que as propostas privatizadoras do sistema de saúde pública no Brasil vão de encontro ao que prevê a Constituição ora vigente, a qual estabelece para o serviço de saúde os princípios da universalidade, integralidade, políticas públicas, igualdade, dentre outros. Constata-se, assim que estamos vivendo um momento em que há um imenso interesse em legitimar a privatização da estrutura social do acesso à saúde no Brasil. Até onde chegaremos não se sabe, mas é possível que, através do conceito de hegemonia trabalhado por Antônio Gramsci possamos entender o que se passa e o que poderá vir a acontecer.

A HEGEMONIA EM GRAMSCI

Alguns estudiosos afirmam que Gramsci tratou a hegemonia pela primeira vez no seus escritos sobre “*A Questão Meridional*”, mas esta afirmação não pode prosperar, já que o conceito de hegemonia é encontrado em escritos de Gramsci desde 1924, nos textos do periódico “*Ordine Nuovo*”, sendo evidente que o autor amadureceu os seus conceitos com o tempo e os tratou de maneira mais estruturada nos escritos apresentados nos Cadernos do Cárcere⁹.

O amadurecimento na compreensão do conceito gramsciano de hegemonia pode ser resumido em três principais fases: na primeira, até meados de 1926, significava, sobretudo, uma estratégia alternativa para o proletariado alcançar uma afirmação como bloco dominante. Posteriormente, já no Caderno 01, identifica-se uma segunda fase, marcada por uma mudança de campo, especificando o conceito de hegemonia como um aparelho utilizado pela classe

⁸ GOUVEIA E PALMA, 1999, p. 141.

⁹ BUCI-GLUCKSMANN, 1990, p. 227.

dominante, que inclui as práticas utilizadas para manter a dominação. Posteriormente, já na terceira fase, identificada principalmente nos Cadernos 07 e 08, se percebe que a hegemonia gramsciana ampliou o conteúdo da segunda fase e adicionou em seu contexto estruturas do Estado, como formas prática e necessária para manter a dominação¹⁰.

O aparelho de hegemonia qualifica e precisa a hegemonia, entendida como hegemonia política e cultural das classes dominantes. Conjunto complexo de instituições, ideologias, práticas e agentes (entre os quais os “intelectuais”), o aparelho de hegemonia só encontra sua unificação através da análise da expansão de uma classe. Uma hegemonia não se unifica como aparelho a não ser por referência à classe que se constitui em e através da mediação de múltiplos sub-sistemas: aparelho escolar (da escola à universidade), aparelho cultural (dos museus às bibliotecas), organização da informação, do meio ambiente, do urbanismo, sem esquecer o peso específico de aparelhos eventualmente herdados de um modo de produção anterior (tipo: a Igreja e seus intelectuais). Entretanto, Gramsci evita os tropeços de um institucionalismo a la Weber (primado das instituições sobre as práticas), pois o aparelho de hegemonia é marcado pela primazia da luta de classes. (BUCI-GLUCKSMANN, 1990, p. 70).

A hegemonia, então, passou a significar uma sobreposição dominante de uma classe sobre outra ou sobre outras. Essa forma de supremacia, para chegar ao ponto ideal, deveria ser manifestada através de estruturas, ideias e práticas que ocupam o cenário político e cultural da sociedade. Além disso, para que a hegemonia seja efetiva, ela precisa ser disseminada e pregada em vários locais, como nas escolas, nos redutos culturais e até mesmo em igrejas e em locais destinados à dedicação religiosa.

Assim, quando nos atentamos para a concepção de hegemonia utilizada por Gramsci na sua terceira fase, podemos entender que, como forma de efetivar a sua hegemonia, o grupo dominante disseminará a sua ideologia em locais estratégicos da sociedade para que seus propósitos sejam naturalmente entendidos e consentidos pela população. De outro modo, caso esta primeira estratégia não seja eficaz, há ainda a possibilidade de utilizar dos aparelhos coercitivos do Estado para que as manifestações e os protestos contrários à ideologia dominante sejam prontamente abafados¹¹.

[...] a supremacia de um grupo se manifesta de dois modos, como “domínio” e como “direção intelectual e moral”. Um grupo social domina os grupos adversários, que visa a “liquidar” ou a submeter inclusive com a força armada, e dirige os grupos afins e aliados. Um grupo social pode e, aliás, deve ser dirigente já antes de conquistar o poder governamental (esta é uma das condições fundamentais, inclusive para a

¹⁰ BUCI-GLUCKSMANN, 1990, p. 70.

¹¹ ALVES, 2010, p. 78

própria conquista do poder); depois, quando exerce o poder e mesmo se o mantém fortemente nas mãos, torna-se dominante, mas deve continuar a ser também¹².

Depreende-se, então, que, em relação aos grupos que se mostram passivos ou favoráveis à política hegemônica implantada pela classe dominante haverá apenas um domínio intelectual e moral dirigente. Por outro lado, em relação aos indivíduos e classes que se mostrarem contrários ao sistema hegemônico será utilizada a força e os meios coercitivos para que, assim, a dominação também seja eficaz em relação aos rebeldes. Ao se utilizar destes meios, a classe hegemônica se tornará dirigente e dominante ao mesmo tempo.

É importante frisar, o fato de que uma forte característica da hegemonia esta na criação e fomentação de um bloco ideológico que permita que a classe dominante seja dirigente e possua o monopólio intelectual, se utilizando, para isso, de instrumentos que atraíam as demais camadas de intelectuais e forje os futuros intelectuais dentro dos seus princípios. Como consequência disto, essa influência garantirá que a classe monopolizadora, além de exercer a sua função dirigente, terá condições e legitimidade para exercer a sua faceta dominante. Logo, caso as classes subalternas tenham interesse em criar um novo bloco histórico, elas precisarão estruturar uma forma de sobrepor a hegemonia legitimada, fazendo com que esse dirigismo mude de lado e, assim, consigam transferir os instrumentos de dominação para as suas mãos, completando assim a troca completa da antiga hegemonia pela nova¹³.

Segundo Buci-Glucksman, podemos perceber que, para Gramsci, são necessárias três condições para que qualquer classe possa se tornar hegemônica, são elas: condições econômicas, condições políticas e condições culturais¹⁴.

Na primeira, a hegemonia representará a substituição de um modo de produção sobre aquele que anteriormente vigorava; em relação às condições políticas, a hegemonia deve existir antes de se chegar ao governo e, para isso, é importante a atuação dos intelectuais na disseminação silenciosa e discreta das ideias que fundamentarão a nova classe hegemônica. Por fim, em relação às condições culturais, a transformação se dará com a disseminação da nova hegemonia através da educação e os instrumentos de formação dos cidadãos¹⁵.

Após entender que, para Gramsci, existem os três pilares essenciais para se estruturar um bloco hegemônico (as condições econômicas, políticas e culturais), podemos compreender que se uma classe é ou pretende ser hegemônica ela precisará investir na disseminação da

¹² GRAMSCI, 2002, p. 62 - 62

¹³ ALVES, 2010, p. 79.

¹⁴ BUCI-GLUCKSMANN, 1990, p. 86 – 87.

¹⁵ BUCI-GLUCKSMANN, 1990, p. 86 – 87.

sua postura política, filosófica e ideológica nestes três ramos sociais. Estes fatores, aliados ao fato de que o grupo dominante buscará incorporar o aparelho de hegemonia ao Estado, faz com que seja fácil perceber que o próprio Estado passará a atuar de forma a legitimar a hegemonia da classe que houver alcançado o posto de dominante.

Constata-se, então, que, há cerca de um século atrás Gramsci já tinha percebido que o Estado não pode ser tratado apenas como um meio social político movido a aparatos de coerção, pois o Estado ocidental é preparado para lidar com um equilíbrio entre a sociedade política e a sociedade civil, sendo que esta segunda já era predominantemente dominada por estruturas privadas, incluindo até as estruturas plurais, como a igreja, os sindicatos e as escolas.

Para chegar a tal conclusão Gramsci foi buscar inspiração em Hegel e Lênin, que lhe fizeram trazer às suas reflexões conteúdos ético-políticos do Estado, o que fundamentou sua afirmação de que a hegemonia é essencial para a concepção do Estado, entendido como uma estrutura da modernidade¹⁶.

Então, quando Gramsci concebe que a superestrutura da sociedade se forma através de uma mescla entre sociedade civil e sociedade política, ele está afirmando que a estrutura do Estado estará permeada de interesses que não necessariamente refletirão os anseios e necessidades comuns a toda a população ou, pelo menos a sua maioria. É possível afirmar, então, que este cenário possibilita existir uma verdadeira confusão nas atitudes do Estado, podendo fazer com que ele atue de uma forma que favoreça aos interesses de uma minoria dominante ou até mesmo interesses privados de uma pessoa apenas.

Neste contexto, mesmo que haja uma possível revolução na estrutura posta no Estado, se não houver uma revolução nas superestruturas e não for instaurado no Estado um aparelho novo de hegemonia, a revolução será, simplesmente, passiva¹⁷ e não terá representação significativa.

Para melhor esclarecer, é válido dizer que, para Gramsci, a palavra “hegemonia”, quando considerada como um conjunto de mecanismos capazes de garantir o consentimento das massas, não pode ser confundido com o conceito de “ideologia dominante”, trabalhado por Marx, e nem se confunde com a construção de Weber, quando este afirma que para conquistar a unidade da sociedade é legítimo o uso de instrumentos de violência. Isso porque, quando é necessário que o aparelho hegemônico instituído se utilize de arbitrariedade e

¹⁶ SEMERARO, Giovanni. **Da Libertação à Hegemonia: Freire e Gramsci no processo de democratização do Brasil**. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010444782007000200008&lng=pt&nrm=isso. Acesso em 20 de junho de 2014.

¹⁷ BUCI-GLUSKMAN, 1990, p. 79.

autoritarismos, então significa que uma crise ali está sendo representada ou está prestes a eclodir nos limites dessa região¹⁸.

Portanto, esses fatores possuem uma representatividade muito forte, porque são preciosos indicativos sociais que ajudam a identificar as transformações que podem ocorrer dentro de um país, ou então pode nos fazer ter condições de interpretar as atitudes que estão sendo tomadas no corpo social de um Estado.

A HEGEMONIA E SUA RELAÇÃO COM A PRIVATIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

Conhecer o trabalho de Antônio Gramsci em relação ao que ele apresenta sobre hegemonia, seja ela cultural, social, ou política, nos faz perceber que as interações dentro de um Estado moderno podem representar muito mais do que aspectos meramente políticos, mas nos permite entender que muitos casos, mesmo que não transpareçam ou que tenham total apoio das massas, representam estratégias de classes privilegiadas.

Gramsci afirma que a forma de Estado que mantém afastadas sociedade política e sociedade civil é compreendida através de uma “teoria ampliada do Estado”, que, segundo ele, se concretiza quando na sociedade política são mantidos os aparelhos militares e burocráticos de dominação e de coerção, ao passo que a sociedade civil fica mantida subalterna. Para o autor italiano, esse tipo de Estado é mais presente no mundo Oriental do que no mundo Ocidental. Neste aspecto, historicamente, o Brasil se parece mais com o oriente do que com o ocidente, com marcas históricas de dominação militar¹⁹.

Essa realidade sofreu mudanças na história recente brasileira, porque, na década de 1980, com o fim da ditadura militar, foi possível vislumbrar a ampliação não apenas da sociedade civil, mas também houve uma importante abertura do campo de atuação dentro da sociedade política²⁰.

Uma mudança importante como essa fez com que o Brasil se afastasse dos traços de sociedades orientais e se tornasse mais parecido com os países do ocidente no globo.

Se o Brasil é hoje uma sociedade “ocidental”, então não mais se pode imaginar formas de transição centradas na “guerra de movimento”, no choque frontal com os aparelhos coercitivos de Estado, em rupturas revolucionárias entendidas como explosões violentas concentradas num breve lapso de tempo. Começa a

¹⁸ BUCI-GLUCKSMANN, 1990, p. 82

¹⁹ COUTINHO, 1988, p. 116.

²⁰ SEMERARO, Giovanni. **Da Libertação à Hegemonia: Freire e Gramsci no processo de democratização do Brasil**. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010444782007000200008 &lng=pt&nrm=isso. Acesso em 20 de novembro de 2014.

emergir também no Brasil uma esquerda moderna, disseminada em vários partidos e organizações, mas que tem em comum o fato de haver assimilado uma lição essencial da estratégia gramsciana: o objetivo das forças populares é a conquista da hegemonia, no curso de uma difícil e prolongada “guerra de posições”²¹.

Diante do novo contexto brasileiro as represálias militares e as censuras deram lugar a um espaço maior da manifestação popular, do uso da liberdade de expressão de forma aberta e, em muitos casos, ingênua, diante da recente redemocratização do país.

Entretanto, se a esquerda brasileira se utilizou de intelectuais, da arte e de educadores para manter vivo o sonho de liberdade que a ditadura militar cerceava e, assim, juntar forças populares para combater o sistema repressor que havia instalado, é possível afirmar que a postura dos grupos que possuem ideologia diversa daquela que predominou no processo de redemocratização também mudou, pois o momento histórico não era favorável a dominação através de meios coercitivos.

Sendo assim, nos últimos trinta anos, na questão econômica e de políticas públicas, podemos destacar que o Brasil viveu uma época de predominância dos meios dirigentes de dominação, tal como concebe Gramsci, através de um domínio intelectual e moral dirigente.

No contexto atual, portanto, se observa que, no Brasil, a questão da prestação do serviço de saúde passa por um momento de influência transformadora das condições políticas e econômicas, dentro das condições elencadas por Buci-Glucksman²² e destacadas anteriormente.

Isso ocorre porque nas condições econômicas há uma grande força que visa substituir o modo de aplicação dos recursos, para fazer com que haja uma nova força produtora de recursos e capitais à iniciativa privada, tendo, inclusive, o próprio Estado como principal cliente, quando este delega sua estrutura e seus recursos para que entidades privadas prestem o serviço de saúde que cabe ao SUS.

Já em relação às condições políticas, neste contexto, a hegemonia atua hoje na formação de opinião das massas, visando legitimar a transformação que tem havido no sistema de saúde brasileiro, que tenta deslegitimar a prestação do serviço de saúde pelo Estado, e visa afirmar a iniciativa privada como a detentora dos meios ideais, mais adequados e afastado das burocracias do sistema público, de modo a oferecer um serviço de saúde muito mais eficiente do que o público. A disseminação deste discurso, silenciosa e discreta fundamentará as bases de uma nova hegemonia²³.

²¹ COUTINHO, 1988, p. 126

²² BUCI-GLUCKSMANN, 1990, p. 86 – 87

²³ BUCI-GLUCKSMANN, 1990, p. 86 – 87.

Em relação ao terceiro pilar, não podemos desconsiderá-lo, afinal, a mudança no sistema de saúde brasileiro idealizado pela Constituição Federal de 1988 está ocorrendo muito rápido, apenas pouco mais de vinte anos após a sua promulgação. Isso demonstra que há uma força tarefa atuando também no espaço cultural do país, buscando legitimar o seu discurso. Portanto, se percebe que existe um grupo dominante no Brasil que busca incorporar o aparelho de hegemonia ao Estado. Isso é facilmente perceptível, com o fato de que o próprio Estado passou a atuar de forma a legitimar a hegemonia dessa classe, conforme apregoado por Gramsci.

Esse panorama evidencia, então a busca por uma privatização do SUS, privatização não no sentido de declarar o SUS como um sistema privado, efetivamente, pelo contrário, o que se tem visto no país é um fenômeno neoliberal de deslocamento do sistema em direção ao modelo proposto pelo Banco Mundial, traduzindo-se na ampliação do mercado das seguradoras privadas de saúde, para deixar o sistema público à margem, de modo complementar ao subsistema privado²⁴. Ou seja, uma lógica de complementaridade completamente contrária daquela estabelecida no texto constitucional vigente.

Segundo Gouveia e Palma²⁵, este quadro que se apresenta diante dos nossos olhos “só reforça a importância do SUS como política social que caminha na contramão dos atuais processos ideológicos, políticos e econômicos de exclusão social.

Portanto, a batalha que foi vencida em prol do direito de acesso ao serviço público de saúde, representada pelo conteúdo da Constituição Federal brasileira de 1988 não representou o fim da guerra, pois aqueles que lutam contra um sistema universal e público de saúde mudaram a estratégia e, com isso, estão conseguindo vencer as batalhas recentes, utilizando apenas de mecanismos dirigentes para incutir no imaginário popular a hegemonia que lhes representa. Todavia, não será algo digno de escândalo se também testemunharmos a aplicação de algumas formas de implantação de hegemonia através de instrumentos de dominação, tal como pudemos observar nas repressões dos protestos mais recentes que movimentaram todo o país a partir do ano de 2013.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As informações apresentadas no presente trabalho nos permite compreender um pouco melhor tanto a questão que envolve a privatização da saúde no Brasil, quanto o conceito gramsciano de hegemonia.

²⁴ BORGES, et al, 2012, p. 96.

²⁵ GOUVEIA e PALMA, 1999, p. 142.

Atentos a estes elementos vemos ser possível afirmar que, apesar de o mundo ter passado por tantas mudanças e transformações ao longo de um século, é completamente aceitável e aplicável a teoria sobre hegemonia apresentada por Gramsci, pelo fato de as estruturas do Estado contemporâneo continuarem basicamente iguais àquela conhecida por ele.

Assim sendo, percebemos que, a partir da ideia de hegemonia, podemos dizer que a forma como tem sido implantada uma privatização da saúde no Brasil representa bem a maneira com que Gramsci afirma ser mais efetiva para que uma classe se torne hegemônica, que é através do dirigismo (dominação velada e consentida pelas massas), e não da dominação (repressão autoritária), uma vez que presenciamos um momento histórico em que o discurso é disseminado no sentido de dar credibilidade para as estruturas de atendimento médico privado e para aqueles serviços que, mesmo público, são prestados e administrados por particulares.

O que se percebe, então, são interesses econômicos e políticos querendo asfixiar um direito fundamental e social, que se utiliza de mecanismos já previstos há cerca de cem anos por Antônio Gramsci para buscar sua plena hegemonia no campo da saúde no Brasil.

A estratégia, portanto, nós conseguimos identificar. Agora recai sobre nós a responsabilidade de lutar para manter o direito à saúde nos moldes em que a Constituição vigente o delimita. Ou, então, poderemos concordar que a saúde é algo que, de fato, deve ser mercantilizado e delegado ao prestador particular, digno de melhor confiança e possuidor de uma maior credibilidade e eficácia. O que não podemos, jamais, é nos omitir diante dessa luta pela hegemonia.

REFERÊNCIAS

ALVES, Ana Rodrigues Cavalcanti. **O Conceito de Hegemonia:** de Gramsci a Laclau e Mouffe.

Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n80/o4.pdf>. Acesso em 15 de junho de 2014.

BORGES, Fabiano Tonaco; GARBIN, Cléa Adas Saliba; MOIMAZ, Suzely Adas Saliba; SIQUEIRA, Carlos Eduardo. **Anatomia da Privatização Neoliberal do SUS: o papel das organizações sociais.** São Paulo, SP: Cultura Acadêmica, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 25 de maio de 2014.

BRASIL. **Lei 9.637 de 15 de maio de 1998 – dispõe sobre as Organizações Sociais.** Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 28 maio 2014.

BUCI-GLUCKSMANN, Christinne. **Gramsci e o Estado**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.

COUTINHO, Carlos Nelson. As Categorias de Gramsci e a Realidade Brasileira. **Gramsci e a América Latina**. Nicola Badaloni ... [et al.]. Organização e tradução Carlos Nelson Coutinho, Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

GOUVEIA, Roberto; PALMA, José João. SUS: na contramão do neoliberalismo e da exclusão social. **Revista Estudos Avançados**, São Paulo, vol. 13 nº 35, janeiro à abril de 1999.

GRAMSCI, Antônio. **Cadernos do Cárcere**. Vol. 5. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2002.

SEMERARO, Giovanni. **Da Libertação à Hegemonia: Freire e Gramsci no processo de democratização do Brasil**. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782007000200008&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 20 de junho de 2014.

SIQUEIRA Carlos Eduardo; CASTRO, Hermano; ARAÚJO, Tânia Maria. A globalização dos movimentos sociais: resposta social à Globalização Corporativa Neoliberal. **Ciência & Saúde Coletiva**. 2003; 8(4): 847-858.

A CRISE ENTRE SAÚDE E PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL ATRAVÉS DA JUDICIALIZAÇÃO DE DEMANDAS: APRESENTAÇÃO DE OUTROS ATORES RESPONSÁVEIS E A NECESSIDADE DE UM PENSAMENTO BIOÉTICO

DIEGO HERMÍNIO STEFANUTTO FALAVINHA ¹
PATRÍCIA BORBA MARCHETTO ²

RESUMO

O Poder Judiciário tem sido utilizado pela sociedade brasileira para buscar a concretização do direito à saúde através da propositura de ações visando obrigar o Estado a conceder medicamentos, cirurgias e demais prestações, gerando o conceito de judicialização da saúde que é uma expressão derivada do conceito de judicialização da política que ganhou importante significado no território brasileiro. Infelizmente, como será observado nos próximos tópicos, a judicialização da saúde tomou proporções negativas concentrando críticas sobre a intervenção do Poder Judiciário na saúde e na política. No entanto, a excessiva e desordenada judicialização da saúde não tem suas razões apenas na má atuação do Poder judiciário, mas encontra sua gênese na ineficiência governamental, pela corrupção e por influências de mercado. Dessa forma, o objetivo do presente artigo é instigar que a problemática da judicialização da saúde no caso brasileiro é complexa, não bastando intervenções pontuais no Poder Judiciário, mas de um conjunto de ações para equacionar os reais dilemas e pugnar medidas efetivas capazes de solucioná-lo através da atuação balanceada de todos os atores, governamentais e sociais, envolvidos.

Palavras-chave: Saúde. Poder Judiciário. Bioética.

INTRODUÇÃO

A judicialização da saúde é uma expressão derivada do conceito de judicialização da política que ganhou importante significado no território brasileiro pela grande interferência das decisões do Poder Judiciário na saúde implicando em uma tênue relação entre Direito e Políticas Públicas. A partir do trabalho de Tate e Vallinder (1995), denominado *The Global*

¹ Diego Hermínio Stefanutto Falavinha. Doutorando em Sociologia pela Universidade Federal de São Carlos – UFSCAR. Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” - UNESP. Membro do Observatório de Direito e Bioética – UNESP. Membro do Núcleo de Estudos em Direito, Justiça e Sociedade – NEDJUS. Professor. diego.falavinha@gmail.com

² Patrícia Borba Marchetto. Doutora em Direito pela Universidad de Barcelona. Professora do curso de Administração Pública da FCL, Unesp. Professora do programa de pós-graduação em Direito da FCHS, Unesp. Líder do Observatório de Bioética e Direito UNESP/Franca. pmarchetto@fclar.unesp.br

Expansion of Judicial Power que o termo ‘Judicialização da Política’ tomou expressão mundial sendo utilizado em vários âmbitos nas ciências sociais e jurídicas³.

Infelizmente, como será observado nos próximos tópicos, a judicialização da saúde tomou proporções negativas concentrando críticas sobre a intervenção do Poder Judiciário na saúde e na política. No entanto, a excessiva e desordenada judicialização da saúde não tem suas razões apenas na má atuação do Poder judiciário, mas encontra sua gênese na ineficiência governamental, pela corrupção e por influências de mercado.

Neste sentido, utilizando dados de órgãos oficiais atrelados as informações obtidas na Audiência Pública sobre saúde realizada em 2009 no Tribunal Constitucional brasileiro (Supremo Tribunal Federal), buscou-se demonstrar que o atual problema da judicialização da saúde não se concentra apenas no despreparo do Poder Judiciário para enfrentar questões relativas ao direito à saúde, e que medidas meramente legais não são suficientes para melhorar tal quadro.

Dessa forma, o objetivo do presente artigo é instigar que a problemática da judicialização da saúde no caso brasileiro é complexa, não bastando intervenções pontuais no Poder Judiciário, mas de um conjunto de ações para equacionar os reais dilemas e pugnar medidas efetivas capazes de solucioná-lo através da atuação balanceada de todos os atores, governamentais e sociais, envolvidos.

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO CASO BRASILEIRO: APRESENTAÇÃO E CRÍTICAS AO PODER JUDICIÁRIO

A utilização da expressão ‘Judicialização da Saúde’ se dá no início da década de 1990, onde o Brasil começou a vivenciar os reflexos da nova ordem constitucional. Assim, com a abertura democrática e a garantia constitucional de direitos fundamentais e sociais, várias demandas chegaram aos tribunais buscando a efetividade dos prometidos direitos ante a insuficiência da ação estatal.

É interessante destacar que no cenário brasileiro até 1988 todas as conquistas relacionadas ao direito à saúde passavam longe dos tribunais, pois eram perpetradas com base em movimentos sociais, como o movimento sanitário iniciado por volta dos anos 70. O estado

³ Tate (1995, p. 27-37) identifica premissas para a judicialização da política que se amoldam com o caso brasileiro como: i) um regime democrático de governo; ii) uma “política de direitos”; iii) uso dos tribunais pela oposição para impedir a criação de leis que pelos procedimentos ordinários não impediria; iv) existência de “instituições majoritárias inefetivas”; v) um descrédito pelas instituições originalmente responsáveis pela criação de políticas públicas; e, vi) uma proposital inércia das “instituições majoritárias” em tomar decisões sobre casos delicados.

democrático de direito brasileiro inaugurado pela nova ordem constitucional inseriu uma nova lógica na busca da efetivação dos direitos sociais. Com o Poder Judiciário fortalecido e um ordenamento jurídico mais politizado abriu um novo leque para pressionar o Estado a concretizar o plano constitucional positivado.

É iniciado através do fortalecimento da ‘judicialização da política’ uma nova lógica de pressão aos poderes constituídos. A dinâmica das demandas judiciais relativas a prestações ligadas ao direito à saúde foi tão grande que ganhou expressão própria de ‘judicialização da saúde’, com especial atenção aos pedidos de medicamentos do coquetel para portadores de HIV. O sucesso das demandas judiciais desencadeou uma verdadeira avalanche de ações, que sacudiram as estruturas do judiciário engessado aos dilemas liberais e individuais.

Nessa lógica, é possível determinar que o recorte histórico que se amolda com as nuances da ‘Judicialização da Saúde’ é o início da década de 1990, compactuando a possibilidade de levar ao Poder Judiciário questões relativas a direitos sociais, como a saúde, para através de decisões judiciais obrigar o Estado a fornecer determinados bens materiais como medicamentos, tratamentos, internações, entre outros. Tais decisões são capazes de influenciar na seara política, por isso, é possível conceber que o termo ‘Judicialização da Saúde’ é derivado do gênero ‘Judicialização da Política’, sendo mais um de seus possíveis significados.

As políticas públicas passaram a ser discutidas diretamente em sede judiciária a partir da constituição de 1988 e o Poder Judiciário passou a ter possibilidade de influenciar em questões ligadas a direitos sociais (VIANNA *et al*, 1999). Nessa perspectiva é possível conceber que “A política se judicializa a fim de viabilizar o encontro da comunidade com os seus propósitos, declarados formalmente na Constituição” (VIANNA *et al*, 1999, p. 40).

Essa foi a lógica utilizada pelas entidades brasileiras que movimentavam suas forças para o combate à epidemia da AIDS. Conhecidas em geral como ONG/AIDS, tais entidades não governamentais estabeleceram o elo de discussão entre governo e sociedade civil, colocando as necessidades individuais de cada ser humano soropositivo com a necessidade de mobilização social para uma política pública ampla.

Diversas foram as estratégias utilizadas pelas ONG’s. Nessa gama estratégica de atuações das ONG’s o Poder Judiciário ganhou importante destaque, através de ações judiciais, perante as novas perspectivas inauguradas na constituição de 1988. O Juiz passou a ser visto como um ‘herói’⁴ capaz de garantir a vida às pessoas que precisavam dos medicamentos de alto

⁴ O ‘Juiz Herói’ se apresenta em conceito próximo ao ‘Juiz Hércules’ idealizado por Ronald Dworkin, visando a promoção do Direito através da Justiça por uma perspectiva de conhecer as nuances morais da sociedade que se encontra (VERÍSSIMO, 2006).

custo, conhecidos como ‘coquetel da AIDS’, proferindo decisões que influenciam nas políticas estatais com a redoma dos direitos estabelecidos constitucionalmente.

O sucesso da empreitada do movimento contra AIDS na sede Judicial, fortaleceu a noção de um ‘juiz-herói’ capaz de solucionar as desigualdades sociais e tido como última garantia para efetivação dos direitos sociais, pressionando o governo a tomar várias medidas para garantir o direito à saúde aos portadores do HIV, criando leis ou política públicas. Formou-se jurisprudência na temática da AIDS, onde os tribunais amplamente reconheceram a obrigatoriedade do Estado em: i) Garantir todos os medicamentos para seu tratamento; ii) Garantir o levantamento do FGTS – Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, para custear despesas com tratamentos da doença; e, iii) reintegração de trabalhadores e militares, respectivamente despedidos e excluídos, por questões discriminatórias (VENTURA, 2002, p. 99).

Diante dessa situação, o Estado se viu forçado a tomar medidas para garantir de maneira satisfatória o direito à saúde aos portadores de AIDS, assim, o direito ao tratamento foi universalizado pela Lei Federal brasileira n.º 9.313/96, através da distribuição gratuita de medicamentos. O caso da AIDS impulsionou a sociedade a buscar de maneira significativa o Poder Judiciário para buscar a efetivação do direito à saúde, em especial, através de ações individuais pleiteando bens materiais como medicamentos, cirurgias, tratamentos, próteses, entre outros.

As demandas judiciais que vinham com alto grau de urgência, fundamentadas em uma subjetivação do direito à saúde, que demonstrava a necessidade do Estado fornecer determinado bem ou serviço da saúde pressionou a máquina judiciária para conceder decisões favoráveis a imposição de obrigação ao Estado.

A partir de 2000 as ações passaram a crescer exorbitantemente e consequentemente aumentaram os valores gastos pelo Poder Executivo para cumprir as decisões judiciais (MARQUES;DALLARI, 2005; VIEIRA;ZUCHI, 2007). No âmbito da Justiça Federal em 2002 havia registro de 01 ação por ano requisitando insumos e bens da saúde, já no ano de 2011 o número de ações saltou para 1931 ações por ano (BRASIL, 2012).

Apenas o Ministério da Saúde gastou com compra de medicamentos oriundos de decisões judiciais cerca de R\$ 2,44 milhões em 2005 saltando em 2011 para cerca de R\$ 243,9 milhões, representando um aumento de 10.000% (BRASIL, 2012).

A partir de um relatório denominado “Saúde em dados: Contextualização” (NAFFAH FILHO et al, 2010) foram apresentados alguns dados sobre as ações e o gastos gerados no Estado de São Paulo – Brasil.

Ao analisar os custos referentes a 66.060 itens envolvidos nas 23.003 ações ativas no judiciário até o ano de 2010, chegou-se a um valor mensal de R\$ 42.712.559,81, estimado

em R\$ 512.550.717,72 anualmente gastos pelo poder público para cumprimento das ações judiciais, esse montante equivale a mais de 4,5 vezes o gasto anual com internações para transplantes de órgãos e tecidos, e a cerca de 90% do gasto anula do SUS com diagnóstico em laboratório clínico no Estado de São Paulo (NAFFAH FILHO et al, 2010).

Com essas informações é possível perceber que a esperança de concretizar direitos através da investida do Poder Judiciário na política começa a se desestruturar sendo capaz de ocasionar diversos abalos jurídicos, políticos e sociais. A ‘judicialização da saúde’, traz interessantes debates sobre o papel das instituições brasileiras na promoção dos direitos sociais e criação de políticas públicas nos ditames de necessidades da população. Logo, a figura do ‘juiz-herói’, capaz de influenciar de maneira positiva na seara política, a fim de concretizar direitos na sociedade, tomou lugar para o ‘juiz-vilão’, capaz de deturpar a ordem política e causar maiores desigualdades, sendo alvo de várias críticas.

Complexo é o tema, pois o magistrado ao receber o processo requerendo medicamentos ou qualquer outra prestação da saúde se vê em uma situação solitária e de alto risco, pois poderá decidir sobre a vida ou não de outro ser humano.

Por contradição, poderá o mesmo magistrado decidir pela vida de uma pessoa ou de milhares de outras (BARROSO, 2008).

Neste viés, insurgem as grandes críticas a ‘judicialização da saúde’ e o temor da “justiciabilidade individual irrestrita” (SILVA, 2011, p. 203). Wang (2009, p. 41/42) ao analisar algumas decisões dos principais Tribunais superiores brasileiros, concluiu que:

As decisões dos juízes brasileiros, em regra: (1) consideram o direito à saúde apenas como um direito individual; (2) não observam as conseqüências econômicas e distributivas de suas decisões; (3) raramente consideram a escassez de recursos e os custos dos direitos; (4) ignoram recomendações científicas que contra-indicam o tratamento pedido; (5) não levam em consideração as políticas públicas existentes; (6) ignoram a existência de custos de oportunidade, pois se enxerga apenas quem tem um direito concretizado com a escolha alocativa feita por uma decisão judicial, desconsiderando aquilo que se deixou de ganhar em termos de efetivação de direitos por um uso alternativo desses mesmos recursos; (7) não promovem um diálogo com a administração pública responsável pela implementação de políticas públicas, para saber as razões pelas quais uma determinada política não foi implementada, e nem para conhecer a possibilidade de se cumprir a decisão judicial frente aos outros direitos que o poder público precisa efetivar.

Piovesan (2010, p. 64) também identificou que a maioria das decisões em relação aos casos relativos ao direito à saúde foram procedentes para fornecer a prestação material pretendida.

As críticas são incisivas na atuação do Poder Judiciário, mas não contemplam causas extrínsecas que podem gerar uma ‘judicialização da saúde’ excessiva e prejudicial. Assim, é

necessário conceber e relacionar as críticas com outras perspectivas, como a má alocação de recursos, a corrupção e as influências do âmbito privado (planos de saúde, indústrias farmacêuticas, etc.) que interferem negativamente no processo de ‘judicialização da saúde’.

Neste ínterim, cumpre analisar as críticas à ‘judicialização da saúde’ sob as perspectivas da ineficiência estatal, corrupção, para avaliar os contrassensos existentes entre os representantes democráticos do povo e o Poder Judiciário, e a Saúde como bem mercadológico, para analisar a influência do poder do capital, sobretudo as indústrias farmacêuticas.

FATORES POLÍTICOS, SOCIAIS E MERCADOLÓGICOS QUE MÁ INFLUENCIAM A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.

Os gastos com o direito à saúde originados de decisões judiciais, são vultosos e de acordo com as críticas, não respeitam qualquer critério relacionado as escolhas democráticas e técnicas.

Os direitos ‘custam dinheiro’ (HOLMES; SUNSTEIN, 1999). Esse cenário de custos para promoção dos direitos na sociedade levanta questões sobre a inerente condição de os recursos se apresentarem escassos, fato que se comunica com a chamada teoria da reserva do possível.

A teoria da ‘Reserva do Possível’ tradução da expressão germânica ‘*Vorbehalt des Möglichen*’, é construção importada do direito alemão da década de setenta e regularmente invocada como argumento contrário ao controle judicial de Políticas Públicas e a concessão de bens materiais na área da saúde ao suscitar a importância de limites financeiros para sua concretização, um cenário de recursos escassos e que, por vezes, “escolhas trágicas” (CALABRESI e BOBBITT, 1978) são necessárias.

Em linhas gerais, tal teoria leva em conta dois aspectos, um fático e outro jurídico, o primeiro conduz a falta de capital, pessoal ou condições materiais para a realização de tal preceito constitucional, e o segundo, destaca a necessidade de previsão orçamentária e recursos financeiros para sua realização. A reserva do possível invoca elementos necessários a concretização dos direitos sociais, pois tais direitos para se tornarem efetivados na sociedade contam com gasto do dinheiro público (FAZOLI; FALAVINHA, 2010).

Inúmeros trabalhos afirmam que os recursos são escassos e não é possível empreender uma distribuição satisfatória para todos terem seus direitos garantidos, sendo necessária a realização de escolhas políticas para alocação de recursos, fato que impediria a atuação do Poder Judiciário, por não ter legitimidade para alocar recursos e não gerar justiça distributiva.

Legitimidade democrática para alocar recursos diretamente sem qualquer fundamentação é óbvio que os juízes não possuem. Mas, tem o dever de interferir quando há nítida

afronta as diretrizes constitucionais e os poderes políticos não estão cumprindo sua função de representar os interesses da sociedade.

Se não fosse assim, qual seria a razão para afirmar que os recursos são escassos sem uma análise prévia da própria distribuição desses recursos pelo governo? Com rápidas análises é possível observar que tais argumentos não operam de forma a auxiliar um debate real e capaz de concretizar os direitos de uma maneira satisfatória para a sociedade. Não basta dizer que os gastos são significantes e que o Poder Judiciário desarticula as políticas públicas existentes ao conceder bens materiais em demandas relativas a saúde, não promovendo justiça distributiva. Recursos podem ser considerados escassos, mas será que essa escassez não se opera além do Poder Judiciário?

Assim, considerar a existência de pressupostos jurídicos e fáticos (reserva do possível e recursos escassos) para garantia do direito à saúde é perspectiva importante, já que eles ‘custam dinheiro’. Mas, não deve ser banalizada e utilizada como argumento de autoridade para não prover direitos sociais ou não criar políticas públicas para determinadas situações que devem ter prevalência na agenda governamental. Logo, há nítida necessidade de fazer escolhas e compactuá-las com o controle judicial é o ponto nevrálgico da discussão das posições contrárias a intervenção, pois os juízes não têm legitimidade democrática e conhecimento técnico.

Porém, uma das razões do acúmulo crescente de ações requisitando bens e serviços da saúde se desenvolve pelo notório descrédito nos Poderes Executivo e Legislativo por parte da população brasileira. Apesar dos grandes avanços na concretização dos direitos sociais, em especial a saúde, e criação de políticas públicas no cenário brasileiro nos últimos vinte e cinco anos, questões sociais continuam a míngua, e quando falamos em saúde, é fácil de perceber a triste realidade com a ausência de medicamentos, hospitais sem estrutura, falta de médicos⁵.

As políticas públicas são instrumentos que devem pautar as necessidades da população, mas são instrumentos discricionários e de planejamento, podendo ter uma natureza ambivalente – ser “boa” ou “ruim”. São os representantes da democracia que realizarão as escolhas para alocação de recursos financeiros e materiais e positivarão a política pública para atingir determinado setor da sociedade. Assim, é possível escolher se será priorizada uma política pública relacionada a saúde ou ao setor industrial, a educação ou ao setor comercial, enfim, a natureza da política públicas permitem sua manipulação por uma rede de poder e de capital,

⁵ Neste sentido: “A Controladoria-Geral da União (CGU) identificou problemas na infraestrutura das Unidades Básicas de Saúde (UBS) de 13 dos 24 municípios visitados pelo “Programa de Fiscalização a partir de Sorteios Públicos”. Os problemas vão desde infiltrações até falta de água potável. As unidades são a porta de entrada preferencial do Sistema Único de Saúde (SUS) e têm como objetivo, atender até 80% dos problemas de saúde da população, sem que haja necessidade de encaminhamento para hospitais.” (MAIS DA METADE..., 2013).

que na maioria das vezes não priorizará as necessidades sociais mais tênues e o projeto de Estado Democrático e Social de Direito constitucional.

Essa lógica é importante por duas razões: i) desmistificar o Poder Judiciário como único ‘vilão’ da má alocação de recursos para a saúde; e, ii) mostrar que a falta de efetividade do direito à saúde e dos demais direitos sociais por parte das instituições democráticas contribuem para uma judicialização desenfreada. Portanto, para corroborar tais afirmações serão utilizados fundamentos que demonstram a má alocação de recursos por parte do governo brasileiro e casos de corrupção (no sentido de desvio de investimentos públicos em benefício a interesses particulares) fatores que prejudicam o desenvolvimento das políticas públicas na concretização do direito à saúde.

Aborda-se por primeiro a má alocação de recursos para pagamento da dívida externa em contrapartida do dispensado para a saúde, em segundo o desproporcional gasto do dinheiro público com determinadas medidas de pouco interesse social, como propaganda institucional, em detrimento ao direito à saúde, e, em terceiro, a falta de investimento do governo na área da saúde pública.

Cunha (2012) afirma que nos últimos anos o Governo brasileiro tem utilizado a maior parte de seu orçamento para o pagamento de juros e amortizações da dívida, sacrificando, em contrapartida, os investimentos sociais em educação, saúde, cultura, habitação, saneamento, dentre outros.

Tal questão é afirmada pela associação Auditoria Cidadã (2012) o qual demonstra que o governo federal gastou em 2012 quase metade de sua receita para o pagamento da dívida pública, dispensando cerca de R\$ 753 bilhões, deixando para a saúde apenas 4,17%.

Além da notória falta de priorização para questões sociais demonstrada pela baixa porcentagem dispensada para a saúde. No ano de 2012, ocorreu um corte de mais de R\$ 5 bilhões anunciado no orçamento, o que totalizou um corte de R\$ 55 bilhões, destinados para pagar a dívida pública (MENDES, 2012).

Para o professor de Economia da Saúde da Faculdade de Saúde Pública da USP, Áquilas Nogueira Mendes (2012), o orçamento da saúde vem sendo engolido pela política econômica do governo brasileiro e a ausência de gastos públicos no país pressupõe que o gasto privado vem aumentando, em 2009, se gastou com saúde privada 52% [de todos os gastos com saúde], enquanto a saúde pública, 48%.

O Brasil é o único país do mundo que possui um sistema universal e investe mais em questões relacionadas com o setor privado da saúde do que o público (CUNHA, 2012). De fato, essas escolhas não estão privilegiando as necessidades da sociedade e muito menos

promovendo a famigerada justiça distributiva que o Poder Judiciário é acusado de frequentemente desrespeitar.

Além do exemplo relacionado com a manipulação do orçamento federal para privilegiar o pagamento da dívida pública e a maioria do investimento da saúde para o setor privado, há outras incongruências nas escolhas políticas de alocação de recursos em detrimento dos direitos sociais.

O gasto com o cartão de crédito dos membros do governo federal que é subsidiado com dinheiro público, conhecido como cartão corporativo, chegou a R\$ 59,6 milhões em 2012, o gasto com festas e homenagens em 2011 foi de R\$ 54,2 milhões, a previsão orçamentária para 2011, com o gasto em publicidade, foi de mais de R\$ 600 milhões e o governo lula gastou quase R\$ 10 bilhões em publicidade (GASTOS..., 2013).

Analisando os pronunciamentos dos representantes da área da saúde na Audiência Pública sobre judicialização da saúde realizada nos dias 27, 28 e 29 de abril de 2009 e 04, 06 e 07 de maio de 2009 no Supremo Tribunal Federal – STF, foi possível observar que faltaram elogios ao governo brasileiro e sobraram reclamações indicando a ausência de políticas públicas específicas na área da saúde, orçamento baixo, má alocação de recursos e precarização dos serviços públicos.

A posição unânime apresentada por todos os representantes da área da saúde na audiência pública do STF foi relacionada a ineficiência governamental. O descaso do governo brasileiro com a saúde pública é um dos grandes pontos influentes para o processo de judicialização, pois políticas ineficazes ou inexistentes acabam sendo alvo de demandas judiciais para forçar o Estado a cumprir suas obrigações referentes à área da saúde (GUEDES, 2009).

Observou-se que tal descaso se faz pelo pequeno orçamento dispensado para a área da saúde⁶ (JATENE, 2009; GUEDES, 2009), além de problemas relacionados a própria repartição desses poucos recursos, ocasionando na expressão utilizada por JATENE (2009) um “apartheid social” que demonstra a grave precarização do sistema público de saúde brasileiro, relacionada a disparidade da distribuição dos recursos de saúde e ausência de leitos hospitalares para a população.

O sistema público também apresenta falhas na própria gestão de seus recursos humanos e sua excessiva burocratização⁷ (CUTAIT, 2009) e que aliada a casos de ausência de determi-

⁶ “Este aporte, ainda precário de recursos públicos para a saúde é o fator mais grave a induzir um lento desenvolvimento do SUS, penalizando as populações mais carentes e condenando-as à iniquidade de acesso ao sistema, muito bem referido no documento do PAC da Saúde e que não passa de uma **mea maxima culpa** do governo brasileiro.” (GUEDES, 2009)

⁷ “O SUS é um sistema público que tem seus gargalos: [...] a Administração Pública é amarrada, dificulta decisões dinâmicas; e os seus próprios recursos humanos, uma vez que ele não estimula como um sistema,

nadas políticas públicas ou ineficiência das existentes vão ao encontro de um sistema público de saúde universal, integral e equânime.

Alguns desses casos fizeram parte das explanações trazidas na audiência pública, como a ausência de políticas para doenças raras (FELIX, 2009), a necessidade reforço de iniciativas do Estado para implementação de novas tecnologias no âmbito da saúde (DINIZ, 2009; FELIX, 2009), adequação mais dinâmica dos protocolos e diretrizes de tratamentos do SUS (GUEDES, 2009; PICON, 2009), o Ministério da Saúde não financia pesquisas no âmbito do SUS (SEGALLA, 2009)

Como se não bastasse a má alocação de recursos promovida pelos representantes do povo e da democracia, há o fenômeno da corrupção responsável por desviar montantes de áreas mais necessitadas, como a saúde, para satisfazer as ambições do poder e do capital.

Assim:

De tudo resulta grave prejuízo para o Brasil, que perde recursos, na medida em que contrata acima de preços de mercado; contrata sem querer ou, querendo, contrata mal; dá incentivos fiscais que serão desvirtuados; fraudas licitações; exige propinas; vende informações, tudo em detrimento do erário público, chegando, segundo pesquisas, a prejuízos de cerca de 5% do PIB. (OLIVEIRA, 2012, p. 282).

E segundo a organização Transparency International (2012), o Brasil se apresenta em 69º lugar no ranking da corrupção mundial.

Além da baixa posição no ranking, segundo relatório publicado pela DECOMTEC/FIESP em 2010, o custo médio anual da corrupção chega a quase R\$ 70 bilhões e em relação aos valores dispensados com a saúde, quase 40% é desviado de seu orçamento público para práticas de corrupção. Em 2007, o orçamento do SUS foi de aproximadamente R\$ 41,3 bilhões e com essa quantia eram mantidos na época cerca de 367,4 mil leitos de internação, se o montante médio gasto com a corrupção fosse aplicado, seria possível criar e manter o dobro de leitos já em 2007, totalizando quase 700 mil leitos de internação (DECOMTEC/FIESP, 2010).

A junção da má alocação de recursos com a corrupção demonstra que valores significativos são gastos, mas a situação do direito à saúde permanece quase que inalterada. Imputar, unicamente, ao Poder Judiciário a responsabilidade por não concretizar o direito à saúde e desajustar as políticas públicas criadas é insuficiente para compreensão da grandeza do problema relacionado com a judicialização da saúde. Assim, se o Poder Judiciário não opera

de um modo geral, a reciclagem de todos que nele trabalham. Ou seja, muitos dos que estão trabalhando no SUS, médicos e outros profissionais de saúde, nem sempre estão com os melhores conhecimentos para os momentos do dia-a-dia. E, na integralidade, é necessário que haja uma interferência para que isso seja real, ou melhor, nos quesitos financiamento, gestão e formação de recursos humanos.” (CUTAIT, 2009)

em uma lógica de justiça distributiva, o governo brasileiro também deixa a desejar na distribuição equânime de seus recursos. É óbvio que o Poder Judiciário necessita repensar suas interferências e empreender certos limites na atuação frente as políticas públicas e ao direito à saúde, compactuando a lógica apresentada sobre a teoria da reserva do possível, mas a contemporânea tendência de imputar culpa em sua conduta de interferência é insatisfatória para buscar qualquer solução a temática. Com os dados apresentados, é possível observar que os representantes da democracia também fazem escolhas que prejudicam a concretização dos direitos sociais, em especial o direito à saúde.

Portanto, além de não satisfazerem suas funções constitucionais, as instituições democráticas ao não ‘realizarem direitos’, abrem ensejo a sua judicialização, como uma das formas de controle da democracia.

Além da má alocação de recursos e da corrupção, a saúde não deveria ser tratada como um bem de mercado, mas como um direito de cada ser humano capaz de compor um complexo número de fatores relativo ao seu bem-estar físico, mental e social, como visto na primeira parte deste trabalho. Entretanto, essa perspectiva não se amolda perfeitamente na sociedade capitalista contemporânea, que busca transformar ‘tudo’ em uma lógica de produção e consumo capaz de subverter as perspectivas de solidificação de um Estado Democrático e Social de Direito. A saúde de ‘direito’ passa a ‘bem de mercado’ e é negociada cotidianamente, na maioria das vezes, ignorando a subjetividade humana e estabelecendo parâmetros mercadológicos de lucro como sua finalidade.

O acúmulo de ações no Poder Judiciário requisitando medicamentos, cirurgias, leitos, entre outros bens materiais da saúde, ocasionando uma ‘judicialização’ excessiva e ineficaz, pode ter origem nos interesses financeiros de grandes grupos empresariais. Será que essa concessão desenfreada é culpa exclusiva da ausência de conhecimento técnico do Poder Judiciário ou existe uma rede de poderes pautada no capital que influencia substantivamente tais empreitadas? Para permitir uma compreensão satisfatória da problemática da saúde como bem mercadológico em relação as críticas realizadas a ‘judicialização da saúde’ foi realizado um recorte metodológico utilizando como principal exemplo a influência das indústrias farmacêuticas.

As indústrias farmacêuticas angariam muito capital e seu objetivo principal se transpõe para a finalidade de melhoramento de seus lucros (NWOBKKE, 2006), contrariando sua função social de buscar tratamentos, desenvolvimento de novos fármacos e novas possibilidades para ensejar uma melhor qualidade de vida para todos os indivíduos.

Nesta lógica, as indústrias farmacêuticas concedem maior preocupação com os lucros de seus produtos (medicamentos) do que propriamente com a possibilidade de acesso aos

produtos farmacêuticos para toda a população. Uma das condutas mercadológicas estratégicas utilizadas por esse ramo empresarial é a própria ‘judicialização da saúde’ como forma de impor no mercado seus produtos (Angell, 2008).

Os medicamentos para serem comercializados no Brasil necessitam de aprovação e regulamentação pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, que faz estudos capazes de comprovar a eficácia de tais fármacos para disponibilizar com segurança para toda população. Aliado a esta perspectiva, o Sistema Único de Saúde – SUS possui uma lista de medicamentos (RENAME) que devem ser fornecidos gratuitamente para população

Com objetivo de subverter a ordem dos medicamentos distribuídos gratuitamente ou, simplesmente, para implementar no mercado produtos novos, nem sempre inovadores ou mais eficazes que outros, a indústrias farmacêuticas fazem *lobby* com médicos e associações de portadores de doenças crônicas, para induzir a necessidade de determinado medicamento, muitas vezes de alto custo, atingindo pessoas que pela negativa do Estado buscam obrigá-lo, através de ações judiciais, a conceder os novos produtos (ANGELL, 2008; CHIEFFI e BARATA, 2009).

Duas pesquisas (CHIEFFI;BARATA, 2009; CAMPOS NETO et al, 2012) foram capazes de demonstrar uma possível ligação entre médicos, advogados e indústria farmacêuticas no município de São Paulo e no Estado de Minas Gerais.

Chieffi e Barata (2009) avaliando o período compreendido entre 1º de janeiro a 31 de dezembro de 2006 no município de São Paulo, foram cadastrados 3.007 processos requisitando medicamentos no Sistema de Controle Jurídico Eletrônico do Estado de São Paulo, relativos a 2.712 pacientes, havendo 2.927 ações com o nome dos advogados cadastrados.

Dentre as 2.927 ações, 549 dos agentes que ingressaram com demandas judiciais eram advogados e 878 médicos diferentes foram responsáveis pela prescrição dos medicamentos solicitados. Apenas 1% dos advogados foi responsável pelo ajuizamento de 35% das ações, retirando advogados ligados ao convênio de assistência judiciária e alguns membros do Ministério Público, apenas 02 advogados foram responsáveis por grande número dessas ações (CHIEFFI e BARATA, 2009).

Foi possível observar que apenas 32 advogados foram responsáveis por cerca de 1.463 ações ingressadas contra o Estado, requisitando, em geral, 578 medicamentos prescritos por 816 médicos diferentes. Desses médicos, 77 possuíam mais de dez receitas nos processos e 14 aparecerem em mais de 20 processos.

Apenas 21 medicamentos foram solicitados neste período, sendo que a maioria de alto custo, como “Adalimumabe 40 mg” responsável por 249 processos judiciais (que custa atualmente cerca de três mil reais) (BRASIL, 2012) e, apenas 07 eram distribuídos pelos SUS

na época. Acima de 70% das ações judiciais que pleitearam os medicamentos palivizumabe, rituximabe, bevacizumabe e aripiprazol tendo com um único advogado e cerca de 70% das ações que pleitaram os medicamentos adalimumabe, erlotinibe, peginterferona e estancercepte foram também ajuizadas por apenas um advogado.

De 31 advogados, 21 concentraram suas ações em praticamente um medicamento, sete distribuíram demandas para dois ou mais medicamentos e apenas quatro apresentaram ações para três ou mais medicamentos diferentes, fato que chama a atenção para a demasiada especificidade entre advogado e produto.

Campos Neto et al (2012) ao analisar as ações judiciais por medicamentos em Minas Gerais no período compreendido entre outubro de 1999 e outubro de 2009, analisou 2.412 ações que requeriam 2.880 medicamentos com 18 fármacos diferentes, sendo predominante a presença de advogados privados e médicos particulares nas demandas.

Dentre outros resultados, Campos Neto et al (2012) apurou a existência de uma possível relação entre advogados, médicos e laboratórios farmacêuticos, pois entre as ações representantes pelo escritório denominado “A”, 43,6% tiveram o médico denominado “X” como prescritor do medicamento adalimumabe do laboratório Abbott, demonstrando os dados uma grande concentração da distribuição de processos em poucos médicos e escritórios de advocacia. Esse fato pode ser um indício de que a Justiça e a medicina têm sido utilizadas para atender aos interesses das Indústrias Farmacêutica.

Com o extenso lapso temporal existente entre o registro de um medicamento, o estabelecimento de seu preço nacional e sua regular comercialização, as indústrias farmacêuticas observaram a via judicial como uma forma mais rápida de incluir seus novos fármacos no mercado e aplicar-lhes os preços que quiserem, pois o Estado sendo obrigado a fornecê-los com urgência, pagará os preços disponíveis sem qualquer possibilidade de negociação ou até mesmo processo licitatório (CHIEFFI e BARATA, 2009).

É possível observar que a indústria farmacêutica é capaz de manipular e agir com diversas estratégias mercadológicas para garantir sua exclusiva finalidade de lucro.

Os dados demonstrados são suficientes para os objetivos deste tópico, pois foi capaz propor uma reflexão sobre como a saúde é tratada na lógica mercadológica contemporânea, transformando-se em produto de consumo, muitas vezes, dispersa da sua característica de direito fundamental.

A influência das indústrias farmacêuticas tem fundamental importância no processo de ‘Judicialização da Saúde’ de forma excessiva e desarticulada com as diretrizes constitucionais. Elas representam um dos ramos empresariais que mais lucram no mundo e por causa da sua

forte influência econômica e financeira deveriam estar fora dos processos políticos e decisórios como forma de inibir outros interesses além dos sociais (PICON, 2009).

Com todas as informações trazidas, é possível conceber que o Poder Judiciário sofre importante pressão indireta de grandes ramos empresariais, que, por vezes, passa despercebida por ser parte de uma ação de *marketing* disfarçada, configurando um grande estrategema manipulador de situações.

Além da ausência de conhecimento técnico dos juízes, trazido pelas críticas à ‘judicialização da saúde’, é importante conceber a lógica capitalista das empresas que lidam com a saúde, pois podem ser muito influentes na utilização do Estado, via Poder Judiciário, para impor suas ganâncias lucrativas mercadológicas. Neste sentido, há imperiosa necessidade de conceber as influências causadas no processo de ‘judicialização da saúde’ por sua característica de bem mercadológico⁸.

CONSIDERAÇÕES FINAIS A PARTIR DE UM PENSAMENTO BIOÉTICO

As considerações finais sobre o trabalho desenvolvido cumprem demonstrar que outras questões influenciam uma excessiva e desmedida judicialização da política. Entretanto, o objetivo neste tópico não é repetir o que já foi abordado ao longo do texto, mas demonstrar que a compreensão da extensão da responsabilidade de outros atores, governamentais e sociais, pela judicialização da saúde merece também uma vista da bioética.

Há tempos a bioética deixou de ser, exclusivamente, a propagada na década de 70, de cunho principiológico, baseada na justiça, não-maleficência, autonomia e beneficência, a fim de estabelecer parâmetros para atuações da medicina e da biomedicina.

Essa bioética ainda é alvo de pesquisas e reflexões no cerne dos debates médicos contemporâneos, não perdendo sua maestria, porém, a bioética ganhou dimensões capazes de intervir em vários assuntos relacionados à vida e a possibilidade de lhe conceber maior dignidade.

Dessa forma, a bioética se desenvolveu para uma bioética global e se aproximando dos direitos humanos, mostrou como um importante meio de reflexão sobre questões relacionadas a vida, a saúde, a morte e ao meio ambiente (MARCHETTO et al, 2012).

Aliás, o Brasil com nomes como de Volnei Garrafa possui grande influência nesta transformação da bioética, criando a partir do Sexto Congresso Brasileiro de Bioética de 2002, o conceito de “bioética de intervenção”, vertente originariamente brasileira.

⁸ “Podemos reivindicar o direito à saúde (ou a saúde enquanto direito) e manter a expectativa de que se trata de um direito de todos, ainda que, na prática, isto é, na realidade da saúde enquanto mercadoria, saibamos que, efetivamente, trata-se de um direito exercido ainda somente por alguns.” (CINTRA, 2008, p. 437).

A “bioética de Intervenção” reconhece a desigualdade entre pobres e ricos como um dos fatores a serem considerados na análise de situações bioética e propõe práticas intervencionistas com o objetivo de contribuir para a criação de condições equânimes entre os indivíduos e o Estado (GARRAFA; PORTO, 2003b).

Ela também preza para que a ética seja observada além do prisma privado, no sentido da clássica aplicação biomédica da década de 70, e passe a se destacar pela possibilidade de análise de ações sociais, sanitárias e ambientais (GARRAFA; 2003).

O principal objetivo da bioética de intervenção é a realização dos direitos humanos e prevalência da dignidade da pessoa humana, representados pela possibilidade de acesso à saúde e a outros direitos essenciais para a sobrevivência do ser humano (GARRAFA; PORTO, 2003b). Assim, “Deslocando o foco da bioética para questões sociais, o referencial dos direitos humanos surge como mais apropriado, aliado a outro proposto pela bioética de intervenção, para lidar com essas temáticas” (OLIVEIRA, 2011, p. 102)

A bioética traz sua característica ‘multi’, ‘inter’ e ‘trans’ disciplinar para questões que envolvem dogmaticamente os conhecidos Direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito internacional e os direitos sociais na majoritária teoria constitucional nacional, sobre tudo o direito à saúde.

A bioética seria um centro para o qual convergem preocupações comuns advindas de várias disciplinas, e sua principal característica seria a justaposição das contribuições, ou seja, o jurista, o biólogo, o filósofo e assim por diante apresentariam suas perspectivas para a formação da bioética enquanto campo de reflexão (DURAND, 2003, p. 26).

E este pensamento bioético é estritamente necessário para compreender o que foi apresentado neste trabalho, pois só com um olhar multidisciplinar e capaz de compreender que outros atores, além do Poder Judiciário, contribuem para uma excessiva judicialização do direito à saúde é que se conseguirá criar medidas de cunho múltiplo para buscar um equilíbrio para a concretização do direito à saúde na sociedade brasileira, através de ações políticas, sociais, institucionais e, não apenas, tentar solucionar a problemática dentro de um viés jurídico ou de apenas uma instituição.

REFERÊNCIAS

ANGELL, M. **A verdade sobre os laboratórios farmacêuticos**: como somos enganados e o que podemos fazer a respeito. Tradução de Waldéa Barcellos. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.

BARROSO, L. R. . **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, 2008. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2013.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde, **Intervenção judicial na saúde pública**: panorama no âmbito da justiça federal e apontamentos na seara das justiças estaduais. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/Panorama.pdf>> Acesso em: 2 jul. 2013.

CALABRESI, G.; BOBBITT, P. **Tragic choices**. New York: W. W. Norton and Company, 1978.

CAMPOS NETO, O. H. et al . Médicos, advogados e indústria farmacêutica na judicialização da saúde em Minas Gerais, Brasil. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 46, n. 5, out. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S003489102012000500004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 25 jul. 2013.

CHIEFFI, A. L.; BARATA, R. B.. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. **Caderno de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 8, aug. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102311X2009000800020&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 25 jul. 2013.

CINTRA, G. Saúde: direito ou mercadoria? In: COSTA, A. B. et al. (Org.). **Direito achado na rua**: introdução crítica ao direito à saúde. Brasília, DF: CEAD : Ed. UNB, 2008.

CUNHA, J. R. A. A vida ou a dívida? A auditoria constitucional da dívida e o financiamento do direito à saúde no Brasil: uma reflexão heterodoxa. **Revista Crítica do Direito**, São Paulo, v. 42, n. 2, 2012. Disponível em: <<http://www.criticadodireito.com.br/todasas-edicoes/numero-2-volume-42/a-vida-ou-adivida-a-auditoria-constitucional-da-divida-e-o-financiamento-do-direito-a-saude-no-brasil-uma-reflexao-heterodoxa>>. Acesso em: 5 jan. 2013.

CUTAIT, R. **Audiência Pública sobre a judicialização do direito à saúde**. Brasília, DF, 6 maio 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudiencaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em: 5 jan. 2013.

DECOMTEC.FIESP. **Corrupção: custos econômicos e propostas de combate**. 2010. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/indices-pesquisas-e-publicacoes/relatorio-corrupcao-custos-economicos-e-propostas-de-combate/>>. Acesso em: 15 jan. 2012.

DINIZ, D. **Audiência Pública sobre a judicialização do direito à saúde**. Brasília, DF, 7 maio 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em: 5 fev. 2013.

DURAND, G. **Introdução geral à bioética**. São Paulo: Centro, Universidade São Camilo, 2003.

FAZOLI, C. E. F. ; FALAVINHA, D.H.S. Interpretação e Fundamentação nas decisões judiciais sobre políticas públicas. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, v. 14, p. 179-197, 2010.

FELIX. **Audiência Pública sobre a judicialização do direito à saúde**. Brasília, DF, 7 maio 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em: 5 fev. 2013.

GARRAFA, V. Reflexão sobre políticas públicas brasileiras de saúde à luz da bioética. In.: FORTES, P.; ZOBOLI, E. L. (Org.). **Bioética e saúde pública**. São Paulo: Loyola:Centro Universitário São Camilo, 2003.

_____. V.; PORTO, D. Intervention bioethics: a proposal for peripheral countries in a context of power and injustice. *Bioethics*, 2003b.

GASTOS com festividades e homenagens chegaram a R\$ 54,2 milhões em 2011. **Contas Abertas**, Brasília, DF, 23 fev. 2012. Disponível em: <<http://contasabertas.postbox.com.br/website/arquivos/1229#sthash.vRhNkGNC.dpuf>>. Acesso em: 1 out. 2013.

GUEDES, G. **Audiência Pública sobre a judicialização do direito à saúde**. Brasília, DF, 4 maio 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em: 5 fev. 2013.

HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York:W.W. Norton & Company, 1999.

JATENE, A. **Audiência Pública sobre a judicialização do direito à saúde**. Brasília, DF, 29 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em: 5 fev. 2013.

MAIS DA METADE das unidades de saúde fiscalizadas pela CGU não possuem infraestrutura adequada. **Contas Abertas**, Brasília, DF, 14 fev. 2013. Disponível em: <<http://contasabertas.postbox.com.br/website/arquivos/864#sthash.J2Kv1ZtZ.dpuf>>. Acesso em: 1 out. 2013.

MARCHETTO, P. B. et al. **Temas fundamentais de direito e bioética**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2012.

MARQUES, S. B.; DALLARI, S. G. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 41, n. 1, p. 159-175, jan./jul. 2005.

MENDES, A. N. O orçamento da saúde está sendo engolido pela política econômica do governo federal [fev. 2012]. Entrevistadora: Vivian Fernandes. São Paulo, Radioagência NP, 23 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.radioagencianp.com.br/10605-o-orcamento-da-saude-esta-sendo-engolido-pela-politica-economica-do-governo-federal>>. Acesso em: 20 mar. 2013.

NAFFAH FILHO, M.; CHIEFFI, A. L.; CORREA, M. C. S-Codes: um novo sistema de informações sobre ações judiciais da Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo. **Boletim Epidemiológico Paulista**, São Paulo, v. 7, n. 84, p. 18-30, 2010.

NWOBIKE, J. C. Empresas farmacêuticas e acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento: o caminho a seguir. **Sur Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 3, n. 4, p. 126-143, jun. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S180664452006000100008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 5 jun. 2013.

OLIVEIRA, A. A. S. **Bioética e direitos humanos**. São Paulo: Loyola, 2011.

OLIVEIRA, R. F. **Curso de direito financeiro**. 4. ed. São Paulo:Saraiva, 2012.

PICON, P. D. **Audiência Pública sobre a judicialização do direito à saúde**. Brasília, DF, 4 maio 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudiencaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em: 5 fev. 2013.

PIOVESAN, F.. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANTILHO, J. J. G.; CORREIA, M. O. G.; BARÇA CORREIA, E. P. (Org.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SEGALLA, J. G. M. **Audiência Pública sobre a judicialização do direito à saúde**. Brasília, DF, 7 maio 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudiencaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em: 5 fev. 2013.

SILVA, V. A. Derechos sociales como mandatos de optimización, su subjetivización y justiciabilidad: un análisis empírico. In: CLÉRICO, L.; SIECKMAN, J. LALANA-OLIVER, D. (Org.). **Derechos fundamentales, principios y argumentación**: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy. Granada: Comares, 2011.

TATE, C. N.; VALLINDER, T. **The global expansion of judicial power**. New York:New York University Press, 1995.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Corruption Perception Index**, p. 1-8, 5 dec. 2012 . Disponível em: <http://issuu.com/transparencyinternational/docs/cpi_2012_report?e=2496456/2010281>. Acesso em: 2 mar. 2013.

VENTURA, M. S. Assessorias jurídicas das ONGs/AIDS e sua contribuição para a efetivação dos direitos das pessoas que vivem com HIV/AIDS no Brasil. In: BUGLIONE, S. et al (Org.). **Reprodução e sexualidade**: uma questão de justiça. Porto Alegre: Fabris, 2002.

VERISSIMO, M. P. **A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988**. 2006. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

VIANNA, L. J. W et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, F. S.; ZUCCHI, P. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 41, n. 2, p. 214-222, 2007.

WANG, D. W. L. Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas. 2009. 104f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009.

A CELERIDADE PROCESSUAL NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS À LUZ DO DIREITO À SAÚDE

RAQUEL VITÓRIA DA SILVA ¹
IVY DE SOUZA ABREU ²

RESUMO

O estudo proposto tem como tema a atuação dos Juizados Especiais Cíveis para a solução de conflitos na sociedade à luz do direito à saúde e da dignidade humana. Nesse diapasão tem-se que o lapso temporal entre a propositura da ação e a prolação da sentença nos Juizados Especiais é mais rápido se comparado com os demais órgãos do Poder Judiciário. Essa situação deve-se ao fato, principalmente, dos princípios instituidores dos Juizados Especiais, que fazem com que a justiça seja efetiva na resolução do conflito de forma célere. Ocorre que, atualmente, com o crescente ajuizamento de ações e diminuição de processos finalizados de forma célere nos juizados por falta de implementação de métodos apaziguadores de conflitos, o desempenho dos juizados, por vezes, acaba sendo comprometido. Aliado a este fato, tem-se ainda o aumento de ações em sede de juizado relacionadas à saúde, em que os requerentes visam à obtenção de medicamentos, que na maioria das vezes não são disponibilizados pela rede pública, o que pretere um direito fundamental de todo e qualquer ser humano: o direito à vida. Nesse sentido, os juizados são buscados pela população em razão de sua característica de ser célere, o que conferiria um resultado prático, em tese, mais rápido para solução da lide. Entretanto, com a sobrecarga de processos nesses órgãos jurisdicionais, essas medidas judiciais que auxiliam a efetivação do direito à saúde da população, na medida em que determinam com que o Estado providencie o medicamento ao necessitado, estão sendo feitas de forma tardia, fato este que prejudica ainda mais a efetividade do princípio da responsabilidade social e saúde.

Palavras chaves: Juizados Especiais cíveis; celeridade; medicamentos.

INTRODUÇÃO

Os juizados especiais cíveis desempenham um papel de extrema relevância no âmbito jurídico. Isto porque, são considerados órgãos jurisdicionais que solucionam conflitos da sociedade de forma célere e eficiente. Estes conflitos, em sede de juizados especiais, podem ocorrer a partir de uma pretensão resistida entre particulares, sendo, neste caso, apreciados pelo crivo da justiça de âmbito estadual, bem como podem surgir do conflito de interesses entre um particular e o poder público, na pessoa jurídica da União, sendo estes últimos, tratados na esfera da justiça federal.

¹ Graduando em Direito, filiada à Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim (FDCI); (raquel.vitoria.silva@hotmail.com) O presente trabalho se insere no GT IV – Bioética Direitos Humanos, Democracia, Pluralidade e Sociedade.

Neste diapasão, os juizados especiais cíveis de âmbito federal diariamente recebem inúmeras demandas de conflitos entre particulares versus entes públicos, em que as partes esperam uma solução jurídica eficiente, e acima de tudo o mais célere possível. Assim, tendo em vista os princípios que regem os juizados especiais, quais sejam, oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, há uma exigência a fim de que as lides existentes nesses órgãos sejam solucionadas de forma mais rápida do que os processos que tramitam em rito comum.

No que se refere às demandas relacionadas à obtenção de medicamentos, tem-se, cada dia mais, o aumento dessas ações, haja vista que na maioria das vezes os remédios que o indivíduo necessita não são disponibilizados pela rede pública, não restando alternativa senão a via judicial. Esta negligência do Estado quanto ao provimento de medicamentos ao necessitado pretere um direito fundamental de todo e qualquer ser humano, ou seja, o direito à vida e saúde.

Nesse sentido, o presente artigo traz a problemática do tema de como solucionar de forma mais célere e eficaz os conflitos nos processos que tramitam em sede de juizados especiais cíveis. Quais são os melhores métodos a serem implementados para que as ações que versem sobre medicamentos se prestem a efetivar, de fato, o direito à saúde à população como um todo.

O presente estudo está centrado na análise da história e evolução dos juizados especiais cíveis federais, bem como na identificação de sua atuação no seio da sociedade, a fim de verificar os métodos utilizados para resolução das lides sanitárias de forma mais rápida e eficaz. Ao longo do trabalho é possível observar a utilização da pesquisa explicativa e bibliográfica para maior compreensão do tema proposto.

Neste contexto, através da pesquisa bibliográfica, utilizada nos procedimentos técnicos de elaboração do artigo, obteve-se uma maior abrangência da temática de juizados federais, a partir dos aspectos histórico e jurídico de sua atuação na sociedade. Assim, a coleta de instrumentos textuais como: legislações atualizadas, doutrinas, artigos, enunciados e jurisprudências, possibilitaram a execução final do artigo, que apresenta entendimentos importantes acerca da problemática das ações de medicamentos no Brasil.

Assim, o presente trabalho visa detalhar estes mecanismos de solução de conflitos utilizados nos processos que tramitam em sede de juizados especiais, a fim de encontrar alternativas ainda mais eficazes, que contribuam com a justiça como um todo, a fim de garantir a real efetivação do direito à saúde e dignidade da pessoa humana.

ASPECTOS HISTÓRICOS E EVOLUÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CIVÉIS FEDERAIS

Em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, em seu artigo 98, I houve a criação dos Juizados Especiais, para julgamento de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, adotando o procedimento oral sumaríssimo. Nesse sentido, ocorreu uma espécie de reformulação dos juizados de pequenas causas, que passaram a ser denominados Juizados Especiais. Veja-se o descrito no texto constitucional:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I- juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; § 1º Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito (BRASIL, 2014,p.76).

Insta ressaltar que, primeiramente, foram criados os juizados especiais cíveis de âmbito estadual, a partir de uma evolução no âmbito jurisdicional, cujo objetivo maior era uma reforma do poder judiciário, para facilitar o acesso à justiça das camadas menos favorecidas da sociedade, a fim de obter soluções de conflitos de menor monta. Somente após a emenda constitucional nº 22, foi prevista a instituição de juizados em sede federal.

Nesta esteira, para dar efetivo cumprimento à determinação constitucional, o Estado criou a lei 10.259/2001 com o objetivo de instituir os juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da justiça federal. Tendo em vista que os juizados na seara estadual já haviam sido criados em 1995, estes serviram como modelo para a esfera federal, que por sua vez, executou a tarefa de adaptar os institutos e aprimorar os métodos utilizados pela justiça estadual, para o seu adequado enquadramento no âmbito federal.

Assim, com a criação desses novos órgãos jurisdicionais, houve o anseio de que a lentidão do julgamento de processos seria eliminada, proporcionando a todos, sobretudo à população menos abastada, a oportunidade de resolução de conflitos com um acesso fácil à justiça. (TOURINHO NETO; FIGUEIRA JÚNIOR,2002).

Tendo em vista a existência da lei 9.099/95 que versa sobre os aspectos dos juizados especiais cíveis em cenário estadual, a opção legislativa mais viável, desde o início, foi a criação de um microsistema específico para os juizados federais, com a aplicação subsidiária da lei 9.009/95, naquilo que não lhe conflite:

Art. 1º São instituídos os Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal, aos quais se aplica, no que não conflitar com esta Lei, o disposto na Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. (BRASIL, 2014, p.1772)

Nesse sentido, tanto os juizados federais quanto os estaduais são orientados pelos mesmos princípios, que tem o condão de alcançar a celeridade desejada pelos litigantes. Com efeito, a utilização desses princípios norteadores, fez com que os juizados especiais se tornassem referência de jurisdição no Poder Judiciário, vez que além de solucionar de forma eficaz os conflitos apresentados, o faz com o máximo de celeridade possível.

PRINCIPIOS QUE REGEM OS JUIZADOS

A lei 9.099/95 trouxe em seu bojo princípios basilares para os juizados especiais que estão descritos no artigo 2º:

Art. 2º O processo orientar-se-à pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação. (BRASIL, 2012, p. 1549).

O artigo supracitado enumera cinco princípios primordiais dos juizados especiais que norteiam toda a sua estrutura e funcionamento. Ressalta-se que, todos os princípios descritos no bojo legislativo possuem como ponto em comum o objetivo de conseguir um órgão jurisdicional acessível à todas as camadas da população, e que funcione como forma de garantir a justiça na sociedade, sem demasiada morosidade. Nesse sentido, o doutrinador Jorge Alberto Quadros de Carvalho Silva revela:

Trata-se dos princípios informadores dos juizados Especiais, ou seja, daqueles que devem reger o trabalho intelectual do intérprete da lei, ao buscar o sentido e o alcance da norma jurídica. Estes princípios constituem a própria razão de ser dos Juizados Especiais, criados objetivando estender à maior parte da população brasileira a possibilidade de vindicar os seus interesses, na esfera institucional, como forma de solucionar racionalmente os problemas do cotidiano, segundo os princípios maiores do estado de direito e do regime democrático. (SILVA, 1999, p.03)

Dessa forma, princípios são conceituados como regras gerais norteadoras de todo o sistema jurídico, revelando os valores fundamentais desse sistema. Há uma extração da ideia central da norma específica para que o princípio possa ser instituído com o objetivo de informar, na medida em que armazena o núcleo valorativo extraído da norma, bem como auxilia na formação de determinado ramo. (MAZZA, 2012)

Nos juizados especiais cíveis, os princípios são a base a ser seguida a fim de que haja uma jurisdição pautada na celeridade e eficiência na resolução do conflito. Nestes órgãos jurisdicionais há um efetivo combate contra a morosidade, que infelizmente é peculiar à Justiça Brasileira. Os juizados especiais visam exatamente modificar essa característica do Judiciário, dando celeridade nos processos que são de sua competência, sem perder a qualidade na resolução do conflito.

ORALIDADE

A lei 9.099/95 criou um microsistema processual paralelamente ao sistema tradicional instituído pelo Código de Processo Civil. Mencionado microsistema tem como característica ser baseado no princípio da oralidade. (GAULIA, 2005).

Nesse sentido, a sistemática utilizada pelos juizados preconiza que os atos processuais sejam em sua maioria orais. A doutrina revela que “Nos Juizados Cíveis, do ajuizamento da ação até a execução do julgado só merecerão registro e redução a termo os atos essenciais, nos termos do art. 13, § 3º, da Lei n. 9.099/95.” (SANTOS; CHIMENTI, 2011, p.50).

Entretanto, o princípio da oralidade passou por variados deslindes até se chegar à principiologia instituída nos dias de hoje. Historicamente, era o princípio da escrita que predominava no mundo jurídico romano-canônico no século XIII, seguindo-se o princípio do latim *quod non est in actis non est in mundo* (o que não está nos autos não está no mundo). (GAULIA, 2005).

Nesse ordenamento, houve uma supressão do pouco de imediações existentes na relação entre o magistrado e as partes, devendo assim o juiz considerar somente os relatos escritos do processo, deixando de lado o contato direto com as partes e, por consequência, a oralidade. Essa situação fez com que o processo se tornasse uma sequência de escritos das partes, sem qualquer comunicação destas com o juiz. (GAULIA, 2005).

Com a chegada da revolução francesa, surgiram mudanças significativas nesse modelo jurisdicional, vez que foi feito um intenso movimento reformista, fazendo com que ruísse o princípio do segredo da prova testemunhal, e retornasse os debates orais no processo. Assim, a tese que prevaleceu nos andamentos processuais modernos foi o sistema misto, com adoção dos debates orais ao lado das peças escritas (GAULIA, 2005). Nesse sentido, preconiza-se:

A partir do início do século XX, portanto, todos os esforços de filósofos do direito, sociólogos, juristas e operadores, que se dedicaram a melhorar e modernizar os tribunais e o processo como um todo, procurando minimizar ao máximo os negativos efeitos do excesso de formalismo escrito, têm visto no princípio da

oralidade a base dos programas de reforma, que devem priorizar a publicidade efetiva, a livre apreciação da prova pelo juiz e, principalmente, um padrão dialogal entre o juiz, as partes e os advogados, sem que isso afaste a realização dos atos processuais escritos fundamentais. (GAULIA, 2005, p. 88)

Dessa forma, depreende-se que o diálogo entre as partes, o magistrado e o juiz é de grande valia e importância ímpar no que se refere a rápida resolução do conflito. Através da utilização do princípio da oralidade, somente os principais atos deverão ser levados a termo. Esta prática faz com que haja agilidade nos processos que tramitam nos juizados, proporcionando às partes o resultado prático esperado em um tempo razoável. Nesta esteira de entendimento, tem-se:

Por último, a oralidade demanda a realização pelo juiz do ato mais importante do procedimento que é a audiência, que deve ser, tanto quanto possível, única, de modo que não se percam as vantagens da imediatidade do contacto entre o juiz e as provas. A audiência deve ser, outrossim, não um mero exercício de retórica forense, mas sim o momento de discussão de todos os envolvidos no processo sobre o conteúdo do conflito. (GAULIA, 2005, p. 89-90)

Assim é que o princípio da oralidade em sede de juizado especial cível permite a existência do diálogo entre o juiz e as partes, em que o magistrado por meio de uma solução justa e célere otimiza a qualidade de convivência social, possibilitando às partes, em sede de juizado, apresentarem suas causas ao juiz natural. (GAULIA, 2005)

SIMPLICIDADE

A lei dos juizados especiais, além de ser fundamentada no princípio da oralidade, também demonstra uma preocupação maior na realização da justiça de forma simples e objetiva. É nesse contexto que o princípio da simplicidade se revela. (SANTOS; CHIMENTI, 2011). Neste diapasão, a doutrina assevera:

O procedimento do Juizado Especial deve ser simples, natural, sem aparato, franco, espontâneo, a fim de deixar os interessados à vontade para exporem seus objetivos. (TOURINHO NETO; FIGUEIRA JÚNIOR, 2002, p.68)

A lei traz como destaque previsões de simplificação do processo que reafirmam a vontade do legislador de que o princípio da simplicidade fosse seguido. Um exemplo disso é a citação postal das pessoas jurídicas de direito privado, que é efetivada pela simples entrega da

correspondência ao encarregado da recepção, enquanto que no processo ordinário, previsto no Código de Processo civil, a entrega da citação deve ser efetuada à pessoa com poderes de administração. (SANTOS; CHIMENTI, 2011).

Assim, o princípio da simplicidade retrata a ideia de um processo mais simples e com uma linguagem acessível, ao invés de um processo com diversas exceções e inúmeros recursos. (PINTO, 2013).

INFORMALIDADE

No que tange ao princípio da informalidade, depreende-se que mencionado princípio visa afastar sobremaneira os procedimentos que fazem com que o processo se torne inacessível e de difícil compreensão para a população em geral. (GAULIA, 2005). É o que preconiza a doutrina:

O que se pretende, por conseguinte, é que o processo nos juizados seja descomplicado, afastando-se os *stand-ards* procedimentais, a praxe forense tradicional, as rotinas meramente formalísticas, e adotando-se um proceder fácil e desburocratizado, que o cidadão comum consiga entender, e possa acompanhar sem a necessidade de intermediários. (GAULIA, 2005, p.104)

Segundo a Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Nancy Andrighi:

Para o sucesso desse importante instrumento processual é preciso desregrar, desformalizar, simplificar, desburocratizar, modernizando conceitos e institutos, que devem ser adaptados à exigência de celeridade imposta pelos fatos sociais da vida moderna. Os aplicadores desta nova Lei devem afastar o excesso de tecnicismo e o rigorismo das formas para que prevaleça o princípio da instrumentalidade no processo de conhecimento e faça do processo de execução um *processo de resultados*, cujo trabalho tem, como grande maestro, o juiz. (ANDRIGHI, apud GAULIA, 2005, p.104-105)

A lei 9.099/95 em seu artigo 19 traz um exemplo de informalidade aplicável aos Juizados Estaduais e também aos Federais, qual seja, a intimação das partes, que pode ser realizada por qualquer meio idôneo de comunicação, até mesmo por meio de fac-símile (fax) ou meio eletrônico. (SANTOS; CHIMENTI, 2011). Nesse sentido:

A informalidade permite que o ato processual seja praticado de forma a dar agilidade ao processo. A forma do ato processual deixou de ser um fim em si mesma para estar a serviço da aplicação do direito. Um exemplo bem ilustrativo dessa prática é a intimação dos atos processuais por telefone, com a devida

certificação nos autos ou no sistema informatizado, onde houver, o que ocorre quando há necessidade de redesignação de audiência, intimação para nova perícia, intimação de testemunhas etc. Se o ato não causar prejuízo para nenhuma das partes e atingir sua finalidade, será válido e produzirá seus efeitos(-SANTOS; CHIMENTI, 2011, p.53).

ECONOMIA PROCESSUAL

O princípio da economia processual está intimamente ligado aos princípios da celeridade, simplicidade e informalidade. É o que preconiza a doutrina:

Todas as vezes em que o juiz desburocratiza o caminhar da ação nos autos do processo, simplificando um ato processual e implementando andamento mais ágil para consubstancializar a efetividade na realização do direito material, está obedecendo ao princípio da economia processual.(GAULIA, 2005, p.130-131)

Dessa forma, a economia processual visa obter o máximo de rendimento da lei com o mínimo de atos processuais, a fim de se evitar a criação de mais incidentes processuais. (SANTOS; CHIMENTI,2001). Um exemplo desse princípio previsto na legislação dos juzizados é o seguinte:

O § 2º do art. 51 dita que, no caso de extinção do processo em razão da ausência injustificada do autor em qualquer das audiências, deve ele ser condenado ao pagamento das custas, inexistindo na hipótese a verificação da má-fé. A regra visa impedir que o autor movimente a máquina judiciária, imponha à parte contrária deslocamentos desnecessários e ainda assim não compareça à audiência designada. Se verificada a má-fé do autor, poderá ser decretada sua condenação ao pagamento dos honorários advocatícios e demais despesas. (SANTOS; CHIMENTI, 2011, p.54).

Neste contexto, tem-se que o princípio da economia processual tem como principal objetivo desburocratizar os procedimentos do processo, principalmente dentro da organização dos trabalhos nas serventias do poder judiciário, fazendo com que a estrutura operacional desses órgãos jurisdicionais busque cada dia mais a qualidade no trabalho.

CELERIDADE

O princípio da celeridade, por sua vez, é observado no lapso temporal compreendido entre o ajuizamento da ação, até o momento em que a parte autora recebe a efetiva solução do conflito proposto. Este ínterim é de extrema relevância para se aferir a efetiva prestação jurisdicional. (GAULIA, 2005). Nesse sentido, para alcançar o ideal do princípio da celeridade, preconiza a doutrina:

Não há distinção entre atos dos Juizados e das Turmas recursais. O juizado especial pode, portanto, funcionar em qualquer dia da semana, de domingo a domingo, e a qualquer hora, seja durante o dia, seja durante a noite. (TOURINHO NETO; FIGUEIRA JÚNIOR, 2002, p.68)

Portanto, os métodos que tendem a promover maior celeridade ao processo, em busca da tempestividade da tutela jurisdicional, não podem se afastar das demais garantias previstas constitucionalmente, tais como o direito ao contraditório e à ampla defesa, ou a imprescindibilidade do devido processo legal. (SILVA; BARBOSA, 2011). Assim, tem-se que:

É preciso, por conseguinte, dentro da celeridade alvitada pela lei, consagrar a busca incessante da efetividade da tutela jurisdicional, em um período de tempo razoável e sem que se descumpram a ampla defesa e o contraditório, corolários inafastáveis do devido processo legal. A própria Lei nº 9.099/95 institucionaliza certos mecanismos para que se alcance a celeridade: primeiramente, quando no artigo 41 estabelece como subprincípio as celeridade o princípio do recurso único, que se passou a chamar *inominado*, a ser julgado por uma “turma composta por três juízes togados, em exercício no primeiro grau de jurisdição” (§ 1º). (GAULIA, 2005, p.115)

Neste diapasão, quanto maior for o tempo que o cidadão precise esperar por uma solução para seu conflito, menor será a eficiência verificada na atuação do Poder judiciário, demonstrando inobservância do princípio da celeridade. (GAULIA, 2005).

JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Para a efetivação do direito à saúde, uma grande parcela da população tem se direcionado às portas do judiciário para a obtenção de medicamentos que não são disponibilizados pelo governo. Esta situação se revela cada vez mais preocupante, tendo em vista que o número de lides sanitárias só vem aumentando a cada ano, o que demonstra que o Estado está em falta com seus deveres precípuos de prover a saúde e o bem estar da população em geral.

O princípio da dignidade da pessoa humana associado ao direito à saúde são pilares para a construção de um Estado democrático, preocupado com a sua população. A própria Constituição Federal preconiza como preceito fundamental o direito à saúde:

Art. 196 A saúde é direito de todos e dever do estado, garantindo 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, 2014, p. 196)

Assim é que:

O direito à saúde deve ser encarado como direito fundamental social subjetivo, passível de ser tutelado judicialmente caso o Estado não promova as prestações materiais necessárias à sua completa realização. A intenção de se atribuir a determinados direitos a qualificação de fundamentais não pode se restringir à satisfação de objetivos meramente acadêmicos, despreocupada de qualquer consequência prática. Ao revés, todo direito fundamental é acima de tudo uma norma de caráter principiológico, dotada de força normativa, e cuja aplicação não se restringe a casos pontuais e específicos, estando apta para promover a máxima eficácia dos valores garantidos pela Constituição Federal. (GANDINI; BARIONE; SOUZA, 2008)

Nesta esteira de entendimento, a declaração de Bioética, de igual forma afirma o princípio da responsabilidade social e à saúde como um objetivo dos governos, que envolve todos os setores da sociedade. Mencionada legislação também traz a tona o dever que o Estado tem de proporcionar o acesso a cuidados de saúde de qualidade e aos medicamentos, haja vista serem elementos essenciais a própria vida de qualquer ser humano, devendo ser considerada um bem fundamental à existência humana. (UNESCO, 2006)

Infelizmente, o crescimento do acervo processual relacionado à saúde tem sido uma rotina nos juizados federais, que, apesar de seus princípios orientadores, não estão sendo capazes de absorver e solucionar tais demandas com a celeridade que lhes é peculiar.

As ações mais recorrentes são aquelas em que o indivíduo pleiteia em face do Estado medicamentos necessários para tratamento de moléstia que lhe acomete, sendo que, em razão de sua tentativa de obtenção de referido medicamento ter sido frustrada na via administrativa, necessário se fez o ajuizamento da demanda, para garantia de seu direito à saúde.

Vários são os fatores que justificam o crescimento das ações sanitárias. A ineficiência da Administração pública é uma delas. Isto porque, apesar da criação do Sistema Único de Saúde (SUS) - um dos sistemas públicos brasileiros que visa garantir o acesso à saúde de forma integral, universal e gratuita para toda a população - a efetivação do acesso à saúde adequada não está sendo feita, haja vista a precariedade que esse sistema se encontra.

A falta de infraestrutura dos hospitais públicos, reduzido investimento por parte dos entes federativos na compra de medicamentos e utensílios médicos para cirurgias, a burocratização para obtenção de consultas médicas, exames e remédios; dentre outras causas, fizeram com que o sistema de saúde no Brasil entrasse em colapso.

Dessa forma, tendo em vista a necessidade do medicamento, a população ajuíza ação judicial a fim de garantir seu direito à saúde. O Poder judiciário ao exarar sentença condenando o ente público a fornecer o medicamento acaba, indiretamente, intervindo na política

orçamentária de saúde. Assim, os magistrados tendem a ser cada vez mais criteriosos ao elaborarem a decisão final, a fim de se averiguar a real necessidade do requerente quanto a determinado medicamento, uma vez que a verba utilizada para a compra do medicamento pleiteado é uma verba pública, e como tal, deve homenagear o interesse público.

Nesse diapasão tem-se que é necessário para a solução desse conflito ações conjuntas, que se realizadas de forma concomitante poderão gerar, em longo prazo, uma saída para a efetivação da saúde da população. A maior observância do princípio ativo do medicamento na receita médica, ao invés de seguir o nome comercial do medicamento, é uma prática que tende a melhorar a situação. Isto porque muitos médicos prescrevem aos seus pacientes remédios com nomes comerciais, sendo que, no Sistema Único de Saúde existe medicamento similar com o mesmo princípio ativo, o que garantiria ao indivíduo a efetivação de seu direito à saúde.

Outra alternativa que pode ser tomada, é a melhor administração da verba pública no Sistema de Saúde. Investimentos na compra de medicamentos adequados e atualizados para cada tipo de moléstia, cursos de capacitação dos servidores, compra de materiais cirúrgicos e implementação da infraestrutura de hospitais e clínicas públicas para um melhor atendimento à população são medidas de extrema relevância para a diminuição das ações em âmbito de juizados especiais, vez que com estas implementações o direito à saúde será efetivado e a população terá seu direito satisfeito.

Por fim, é possível mencionar como uma medida igualmente eficaz a desburocratização dos procedimentos para obtenção de remédios e consultas menos complexas. Isto porque, por vezes as demandas verificadas nos juizados federais são situações de fácil resolução no âmbito administrativo, que poderiam ter sido solucionadas de forma mais célere sem a intervenção judiciária, mas não foram devido à complexidade e inúmeros requisitos exigidos para formular um pedido de um simples exame, ou consulta gratuita.

Depreende-se assim que a efetivação de medidas que visem restaurar a estrutura do sistema de saúde, e a utilização de mecanismos judiciais que tendem a obter maior celeridade na justiça, se tomadas juntas, promoverão a concretização de um direito fundamental e essencial à toda a população: o direito à saúde.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dessa forma é possível perceber que a atuação dos juizados especiais cíveis para solução de conflitos relacionados à saúde é de relevante importância no contexto atual. A utilização das técnicas preconizadas pelos juizados, como o princípio da oralidade e simplicidade, rea-

lização de mutirão, dentre outras medidas, são instrumentos eficazes para a obtenção de uma jurisdição ainda mais célere nas ações que versam sobre medicamentos.

No entanto, tem-se que ainda há muito que se fazer para que a problemática das ações de medicamentos seja solucionada de forma mais rápida. É preciso haver maior presteza no fornecimento de remédios na rede pública a fim de que exista real efetivação do direito à saúde à população, sem a intervenção do Estado- Juiz de forma tão constante, como se observa na atualidade.

Com efeito, os juizados especiais federais possibilitaram grande parte da população carente, adentrar as portas do Poder Judiciário para garantir a efetividade do direito à saúde inerente à pessoa humana. As ações de medicamentos são exemplo da necessidade que a população brasileira tem de ver o seu direito à saúde concretizado. A falta de investimento público na área da saúde é um dos inúmeros fatores que faz com que as demandas sanitárias cresçam, e o Poder judiciário fique abarrotado de processos que necessitam de uma solução demasiadamente rápida, haja vista o caráter de essencialidade que os medicamentos possuem àquele que está doente.

Nesse sentido, necessário se faz uma atuação concomitante dos poderes estatais a fim de que essa situação seja solucionada. Contudo, referida atuação não será fácil de ser colocada em prática no caso concreto. Isto porque, há de se observar que além da necessidade da população em obter o medicamento para que o seu direito a saúde seja de fato efetivado, tem-se a necessidade de uma melhor estruturação do Poder executivo, para que o mesmo tenha infraestrutura de suportar e custear um Sistema de saúde forte o bastante para atender a demanda da população, fato que, infelizmente, não ocorre nos dias de hoje.

O imenso despreparo dos integrantes do Sistema único de Saúde, tanto os operadores administrativos quando no trâmite burocrático da concessão dos medicamentos, quanto os próprios médicos integrantes da rede pública, faz com que o sistema esteja em constante colapso, o que, por conseguinte gera ineficiência na prestação do serviço à sociedade.

Dessa forma, a situação se revela ainda mais delicada, na medida em que o direito fundamental à saúde deve ser respeitado e priorizado para homenagear o interesse público e o bem estar social. Contudo, necessário se faz haver sapiência para, ao mesmo tempo, efetivar tal direito à população e investir na infraestrutura do Sistema de saúde, a fim de que o mesmo possa ter mecanismos suficientes a garantir mencionada efetivação da saúde.

Nessa esteira de entendimento, depreende-se que os juizados especiais federais, como partes do Poder Judiciário, estão desempenhando seu papel de apaziguar o conflito nas ações de medicamentos, na medida em que possibilitam a efetivação da saúde ao necessitado,

embora haja uma crescente onda de ajuizamento dessas ações todos os dias nestes órgãos jurisdicionais. Ocorre que, é preciso haver o auxílio do Poder executivo no que se refere ao investimento no Sistema único de Saúde, para que o mesmo tenha estrutura suficiente de cumprir as determinações judiciais prolatadas, e, com o passar do tempo, ocorra de fato melhorias e um melhor funcionamento no sistema de saúde brasileiro, para que assim a atuação do Poder Judiciário torne-se exceção na efetivação do direito à saúde.

A atuação dos entes, no que se refere a melhor administração e distribuição das verbas públicas, neste contexto, se revela fator importante para que o direito à vida e à saúde da população seja concretizado da melhor maneira possível. Isto porque, com os investimentos na área da saúde, não haverá necessidade de ajuizamentos de tantas ações para ver um direito fundamental ser respeitado/efetivado.

Logo, tem-se que o direito à saúde deve ser respeitado e observado por todos os poderes. O legislativo ao instituir leis que visem implementar ainda mais a abrangência de tal direito. O executivo ao administrar a verba na infraestrutura e custeio das despesas referentes à concretização de saúde a população, e o Poder Judiciário para que se aplique de forma correta essas medidas, a fim de que o princípio da responsabilidade social e saúde seja observado por todos e para todos.

REFERÊNCIAS

ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidnei Agostinho. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. **Mini Vade Mecum Constitucional e Administrativo**. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. Lei 9.099 de 26 de Setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Vade mecum**. 3.ed. São Paulo: Rideel, 2012.

BRASIL. Lei 10.259 de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. **Vade mecum**. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial – critérios e experiências. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 49, jan 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=4182&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em 02 mai. 2015.

GAULIA, Cristina Tereza. **Juizados Especiais Cíveis**: o espaço do cidadão no poder judiciário. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. **Abordagem histórica e jurídica dos Juizados de Pequenas Causas aos atuais Juizados Especiais Cíveis e Criminais brasileiros**, 2013. Disponível em: < https://scholar.google.com.br/scholar?hl=ptBR&as_sdt=0,5&q=inova%C3%A7%C3%B5es+trazidas+pela+lei+dos+juizados+especiais>. Acesso em 15.fev.2015.

SANTOS, Marisa Ferreira dos; CHIMENTI Ricardo Cunha. **Juizados especiais cíveis e criminais**: federais e estaduais. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Lei dos juizados especiais cíveis anotada**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SILVA, Júlia Lenzi; BARBOSA, Vinicius Reis. A “fetichização” do princípio da celeridade como instrumento de concretização do direito fundamental de acesso à justiça. **A democratização do acesso à justiça**: uma perspectiva a partir dos estudos realizados pelo anexo do juizado especial cível da UNESP. São Paulo: UNESP-FCHS, 2011.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais**: comentários à lei 10.259, de 10.07.2001. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

UNESCO. **Declaração Universal sobre bioética e Direitos humanos**, 2006. Disponível em: < <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>> Acesso em: 03 mai.2015.

ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DA AI Nº. 529.694 A PARTIR DO DEBATE ENTRE HART E DWORKIN

RONALDO FÉLIX MOREIRA JÚNIOR ¹
WANTUIL JÚNIOR DE ANGELO LIMA ²

RESUMO

Este trabalho busca fazer voz ao debate doutrinário havido entre os grandes juristas Herbert Hart e Ronald Dworkin no que tange à decisão judicial nos casos em que o ordenamento jurídico não traz normas específicas, ou nem regula. São os chamados *hard cases*. Para isso, a proposta é fazer uma breve descrição sobre os pontos principais das respectivas teorias e, a partir disso, analisar as decisões judiciais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça na questão que envolvia a concessão da aposentadoria para os trabalhadores que começaram a vida laboral antes da idade mínima permitida pela Lei brasileira, qual seja, 14 anos de idade. Neste caso, portanto, não se trata de uma matéria, necessariamente, não regulada pelo Direito, mas de uma situação que foge da determinação prevista pelo ordenamento. Esse estudo nos mostra que, apesar de diferentes abordagens sobre o tema, as teorias de Dworkin e Hart oferecem argumentos sólidos que permitem afirmar que as decisões proferidas pelos Tribunais brasileiros, neste caso, não foram usurpações, por parte do Judiciário, de uma atribuição que é inerente ao Poder Legislativo.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Princípios. Discricionariedade.

INTRODUÇÃO

Autores como Ronald Dworkin e Herbert Hart, de extrema importância para o contexto do *Common Law* acabaram por fazer parte dos estudos dos juristas brasileiros, muito embora essa tradição do direito como “o que é dito pelos tribunais” não seja a realidade do país, ou talvez não até a proliferação do chamado ativismo judicial.

Pode-se afirmar que ao longo do tempo, o próprio conceito de jurisdição tem sido ampliado. Uma das características dessa ampliação é, inclusive, o aumento dos poderes exercidos pelo órgão judicante³.

¹ Graduado em Direito e mestrando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV, participante do grupo de Pesquisa “Direito, Sociedade e Cultura”, da FDV, e bolsista da FAPES (Fundação de Amparo à Pesquisa do Espírito Santo). E-mail: ronaldo_fmj@hotmail.com.

² Advogado; mestrando em Direitos e Garantias Fundamentais na Faculdade de Direito de Vitória – FDV e membro do Grupo de Estudos, Pesquisas e Extensão em Políticas Públicas, Direito à Saúde e Bioética da Faculdade de Direito de Vitória – FDV; bolsista da FAPES (Fundação de Amparo à Pesquisa do Espírito Santo). E-mail: wantuil.al@hotmail.com.

³ LEAL, Pedro Henrique Peixoto. STF e casos de ativismo judicial em matéria previdenciária. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3938, 13abr. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27305>>.

Segundo Pedro Leal⁴, após o declínio do positivismo jurídico de Kelsen, o aplicador da norma jurídica, o órgão jurisdicional, não mais é um simples intérprete da legislação vigente, mas também um copartícipe na própria ação de criar o direito.

Contudo, seria correto dizer que esse ativismo judicial seria uma espécie de usurpação dos poderes atribuídos originalmente ao poder legislativo? Essa questão levantou os estudos dos mencionados autores na seara jurídica brasileira. Muito embora ambos defendem uma ativa participação dos magistrados em casos considerados difíceis, eles o fazem de maneiras distintas.

Enquanto para Dworkin o magistrado deverá buscar nos princípios a resposta correta de um caso difícil, Hart sustenta que o direito, tal como a linguagem, é incompleto e, nos casos de incompletude, deverá o juiz agir com discricionariedade e criar um novo direito para que o litígio possa ter um fim.

Diante deste panorama, o presente artigo pretende demonstrar um caso de ativismo judicial, mostrando sua ocorrência no Supremo Tribunal Federal e também no Superior Tribunal de Justiça, apontando decisões complexas em que os tribunais em questão não se limitaram a exercer o papel de aplicar determinada norma expressa.

Para atingir tal fim, será analisado neste trabalho o Agravo de Instrumento 529694/RS, julgado pelo STF em 15/02/2005⁵ a respeito do reconhecimento previdenciário do período laborativo rural anterior aos 14 anos de idade. Tema levado ao STF pelo controle difuso de constitucionalidade e julgada anteriormente pelo STJ.

Apresentado o julgado e seus detalhes principais, será feita uma análise do mesmo com base nas perspectivas de Herbert Hart e Ronald Dworkin, a respeito de sua característica de ativismo judicial. Deste modo, a partir da elucidação desse “*hard case*”, a decisão será explorada consoante tanto à atuação discricionária mencionada por Hart, quanto à busca pela resposta correta de Dworkin.

Em última análise, será discutido se esse tipo de atuação não é, em verdade um furto de papel realizado pelo judiciário no que tange à atuação do legislador ou, por outro lado, uma forma de proteção dos direitos individuais e sociais garantidos pela própria Constituição Federal.

Acesso em: 29 jan. 2015.

4 LEAL, Pedro Henrique Peixoto. STF e casos de ativismo judicial em matéria previdenciária. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3938, 13abr. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27305>>. Acesso em: 29 jan. 2015.

5 AI 529694/RS. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=22264>>. Acesso em 28/01/15.

A ATIVIDADE INTERPRETATIVA CONFORME RONALD DWORKIN

Conforme mencionado, autores como Ronald Dworkin e Herbert Hart, muito embora estejam ligados à tradição do *Common Law*, acabaram por ter suas ideias utilizadas no cenário brasileiro devido à discussão a respeito da atuação do Poder Judiciário, de modo que as decisões do Supremo Tribunal Federal foram o maior centro dessas discussões no país.

A discussão entre esses dois autores toma forma no contexto do debate cunhado nos *hard cases*, os chamados casos difíceis. Para Hart, esses casos ocorrem quando há uma lacuna na lei, que não é capaz, por si só, de abarcar as indefinidas situações que podem ensejar um processo judicial. Nesses casos, ele entende que deverá o julgador agir com discricionariedade, criando direito novo.

Dworkin, por outro lado, não acata a ideia proposta pelo autor britânico, pois prega que não há lacunas no ordenamento jurídico, haja vista que este também é composto por princípios e, na ausência de uma determinação legal específica, o julgador deverá se utilizar de um princípio adequado àquela situação e, assim, encontrar a única resposta correta para o litígio proposto.

A visão do autor tratado no presente capítulo é a de construção de uma sociedade democrática. Para tanto, o direito não deverá resumir-se à estrita legalidade, possuindo também uma dimensão moral e política. Sugere que⁶:

[...] os juízes podem e devem, com criatividade, buscar nos princípios o fundamento para suas decisões por meio da sua interpretação. Nesse sentido, essa permanente construção do direito deveria ser realizada de maneira a melhor adequá-lo aos princípios constitucionais, em uma perspectiva passada, presente e futura.

Os princípios, portanto, como base do direito, são elementos fundamentais que impediriam a existência de lacunas no ordenamento e, por conseguinte, impediria também que julgadores se valessem da discricionariedade.

Salienta Dworkin que se os tribunais tivessem totalmente o poder discricionário para realizar modificações nas regras estabelecidas, certamente tais regras não seriam vistas como obrigatórias e não haveria sequer direito no sentido ditado pelo modelo positivista⁷.

⁶ CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a suspensão de tutela antecipada n. 91. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 1, June 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322009000100003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 28 Jan. 2015.

⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 59.

Por meio de uma visão interpretativa, o autor defende que o direito não pode ser incompleto ou mesmo indeterminado, pois basta que o julgador se socorra aos princípios implícitos, pilares do ordenamento, para que sua decisão seja proferida sem que seja discricionária⁸.

Essa crítica à discricionariedade se deve ao fato de que, para Dworkin, o judiciário jamais poderá tomar o papel do legislador ao proferir decisões sobre o melhor interesse da sociedade, pois o judiciário não é, como no caso do Brasil, um órgão democrático (eleito pelo povo). Ele é legitimado apenas para decisões ligadas à proteção de direitos individuais e sociais garantidos pela Constituição⁹.

O ato interpretativo para o julgador deverá ser sempre interpretativo e não discricionário. A solução está em buscar dentro do direito existente a solução para o caso concreto. É a busca pela “resposta correta” que já se encontra dentro do próprio ordenamento, mesmo que implícita¹⁰.

Três são as principais críticas de Dworkin à noção de discricionariedade de Hart, conforme aponta Katya Kozicki e Fernanda Sanches¹¹: a) há uma descrição equivocada do processo judicial e também da atuação dos tribunais nos casos difíceis; b) a modalidade aplicada de criação do direito seria antidemocrática e injusta, já que não há participação democrática na eleição dos julgadores; c) a atividade criativa é uma forma de legislação retroativa *ex post facto*.

Pode-se dizer que, em relação à primeira crítica, tanto os juízes, quando proferem suas decisões, e os advogados, quando postulam por uma decisão, não tratam os magistrados como aqueles que criam o direito, ainda que eles estejam diante de um caso inédito. Presume-se que o juiz em questão deverá buscar uma resposta dentro do ordenamento existente. Essa resposta é preexistente, basta que o julgador a encontre. É a chamada “resposta correta”¹².

⁸ KOZICKI, Katya; SANCHES, Fernanda Karam de Chueiri Sanches. O sentido de Discricionariedade judicial visto a partir de Hart e o necessário diálogo com Dworkin. **Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência / Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**. v. 39, n. 126, p. 89–112, jun., 2012. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2012;1000954645>>. Acesso em: 28 jan. 2015.

⁹ CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a suspensão de tutela antecipada n. 91. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 1, June 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322009000100003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 28 Jan. 2015.

¹⁰ RODRÍGUEZ, César. **La decisión judicial**/ H. L. A. Hart y Ronald Dworkin. Bogotá: Siglo del Hombre Editores: Facultad de Derecho. Universidad de los Andes, 1997, p. 36.

¹¹ KOZICKI, Katya; SANCHES, Fernanda Karam de Chueiri Sanches. O sentido de Discricionariedade judicial visto a partir de Hart e o necessário diálogo com Dworkin. **Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência / Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**. v. 39, n. 126, p. 89–112, jun., 2012. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2012;1000954645>>. Acesso em: 28 jan. 2015.

¹² KOZICKI, Katya; SANCHES, Fernanda Karam de Chueiri Sanches. O sentido de Discricionariedade judicial visto a partir de Hart e o necessário diálogo com Dworkin. **Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência / Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**. v. 39, n. 126, p. 89–112, jun., 2012. Disponível em: <

Quanto às duas críticas restantes, é possível afirmar que se tratam de aspectos que tornariam o magistrado em um verdadeiro legislador (muito embora Hart negue essa hipótese). Em primeiro lugar, não poderia haver a criação de um direito (tarefa típica da atividade legislativa) no poder Judiciário, pois a legislação deve ser criada de forma democrática (ainda que em uma democracia representativa) e como não houve participação da população (ou de seus representantes) na escolha dos magistrados, seria antidemocrático que esses realizassem atividades típicas de um outro poder.

Não obstante, no exercício de criação de um direito, mesmo que para um caso específico, isso significa uma “lei”, uma “norma”, para um fato passado, algo que é antidemocrático e refutado pelo direito em geral, pois não enseja à previsibilidade de condutas para aqueles sobre qual irá recair.

A concepção de Dworkin sobre direito separa bem os campos legislativos e jurisdicionais (sua ideia de direito como integridade). Enquanto o legislativo exige que as leis sejam coerentes com a moral da comunidade, o jurisdicional exige que as decisões analisem as leis como moralmente coerentes¹³.

No quesito ativismo judicial (no qual a teoria de Dworkin já foi analisada em casos como o fornecimento de medicamentos), há uma recorrente crítica no que diz respeito à inaplicabilidade da teoria do autor na sociedade brasileira, na qual há demasiada carência de direitos sociais e também de direitos individuais. Vera Karam e Joana Sampaio¹⁴, contudo, entendem que, conforme Dworkin, os direitos sociais são extensões dos direitos individuais, de modo que a defesa de um tipo de direito não excluiria a defesa de outro, pois não há prioridade de uma espécie sobre a outra. A própria Constituição Federal os coloca em um mesmo patamar.

A VISÃO CONCRETIZADORA DE DIREITOS, POR MEIO DA ANÁLISE DE HART

De outro giro, o desenvolvimento dos estudos de Hart a respeito dos *hard cases* propõe uma estrutura jurídica que abre espaço para as práticas sociais e para os precedentes dos

<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2012;1000954645>>. Acesso em: 28 jan. 2015.

¹³ CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a suspensão de tutela antecipada n. 91. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 1, June 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322009000100003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 28 Jan. 2015.

¹⁴ CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a suspensão de tutela antecipada n. 91. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 1, June 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322009000100003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 28 Jan. 2015.

tribunais, apesar de considerar que as normas são o ponto central no sistema jurídico e o padrão principal a ser seguido pelos julgadores. O autor também manifesta entendimento no sentido de que, por meio da atividade reflexiva, os padrões que são internalizados como hábitos dentro do ordenamento jurídico acabam tendo vinculação jurídica.

Para chegar a tal compreensão este grande pensador percebeu que as sociedades complexas, como as ocidentais contemporâneas, possuem dois tipos de normas. Em primeiro lugar, se encontram as regras mais simples e primitivas, preocupadas em impor deveres e que se restringiriam a delimitar as práticas permitidas e as proibidas, dentro do seu contexto. Por outro lado, as regras secundárias seriam as responsáveis por atribuir poderes, como regras de reconhecimento.

Entretanto, a partir dessa estrutura jurídica base, o autor percebeu que, diante da complexidade das interações e contextos sociais contemporâneos, é impossível para o direito delimitar e traçar todas as peculiaridades e casos concretos que podem surgir, de modo que o direito se vê impossibilitado de regular e antever em normas jurídicas todos os problemas e diferentes casos que poderão surgir.

De fato, Hart estruturou seu pensamento a partir da ideia central de acordo com o qual compete à regra secundária de reconhecimento identificar aquilo que compõe o direito de certa comunidade. O que há de fundamental quanto a tal regra é o fato de que, segundo o autor, ela não deve incorporar de modo necessário nenhuma dimensão moral, ou seja, a presença de elementos de moralidade como meio de identificação de padrões jurídicos se dará, quando muito, apenas contingencialmente¹⁵.

Essa concepção se complementa a outro ponto importante da teoria de Hart, quando ele, de forma inédita, destaca que o caráter aberto da linguagem também se faz presente no conteúdo das normas jurídicas, uma vez que a expressão das normas jurídicas se dá através da linguagem. Essas normas, uma vez utilizadas, serão aplicadas através das decisões judiciais, que também é linguagem. Deste modo, ao aplicar este conceito ao direito, se percebe que a linguagem jurídica, expressa nas normas, também possui uma textura aberta¹⁶.

Com efeito, sempre serão vislumbrados situações e casos não regulamentados juridicamente e que, em determinados momentos, o Direito estará impossibilitado de responder de alguma maneira. Por isso, Hart¹⁷ afirma que, nessas situações, o direito é parcialmente indeterminado ou incompleto.

¹⁵ PINTO, Thiago Ferrar. Hart e Dworkin falam sobre a mesma coisa?: apontamentos sobre as condições do debate. **Universitas Jus**. n. 1., jan.-jun. Brasília: UniCEUB, 1998, p. 140.

¹⁶ KOZICKI, Katya; SANCHES, Fernanda Karam de Chueiri. O Sentido de Discricionariedade Judicial Visto a Partir de Hart e o Necessário Diálogo com Dworkin. **Revista da AJURIS**. v. 39, n. 126, junho de 2012, p. 92.

¹⁷ HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 335.

Essa deficiência dos ordenamentos jurídicos seriam uma “insuficiência da linguagem”, decorrente do caráter simbólico da norma escrita, mas que dá ao direito uma textura aberta.

Essa textura aberta não se restringe apenas aos casos não regulados por lei, mas também naqueles “casos difíceis” em que não existe precedente judicial para ser utilizado como parâmetro¹⁸:

[...] Qualquer que seja a estratégia escolhida para a transmissão de padrões de comportamento, seja o precedente ou a legislação, esses padrões, por muito facilmente que funcionem na grande massa de casos comuns, se mostrarão imprecisos em algum ponto, quando sua aplicação for posta em dúvida; terão o que se tem chamado de textura aberta. Até aqui temos apresentado isso, no caso da legislação, como uma característica geral da linguagem humana.

Portanto, apesar de o ordenamento ser incapaz de regular todos os casos concretos que podem surgir, ter uma concepção do sistema jurídico de modo aberto permite, na prática, tornar possível encontrar respostas legais para os casos difíceis, através dos aplicadores do direito.

Contudo, apesar da compreensão de que os aplicadores do direito podem trazer as respostas legais para os *hard cases*, Hart¹⁹ questiona se “o direito (ou a constituição) é o que os tribunais dizem que é”.

A princípio, mesmo que o direito não seja o que os tribunais dizem, de fato, sabe-se que, a partir da conduta estabelecida nos julgados anteriores, é possível fazer previsões sobre as possíveis decisões futuras.

Assim, Hart não desconsidera a importância que existe nas normas gerais para o sistema jurídico, mas ele reconhece que estas normas deixam aberto um campo vasto e importante para que os Tribunais e as autoridades possam exercer sua discricionariedade. Esse exercício é capaz de “tornar mais precisos os padrões inicialmente vagos, dirimir as incertezas contidas na lei ou, ainda, ampliar ou restringir a aplicação de normas transmitidas de modo vago pelos precedentes autorizados”²⁰.

Mas se engana quem pensa que a teoria de Hart pretende dar azo para uma atuação discricionária imoderada do julgador. Para ele este poder deve ser exercido de forma equilibrada, a partir de valores e respostas legais aptas para decidir os casos emblemáticos e difíceis.

A discricionariedade seria, então, um procedimento de integração capaz de concretizar o direito apenas no espaço deixado pelas questões abertas. Seria essa uma integração que

¹⁸ HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 166.

¹⁹ HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 155.

²⁰ KOZICKI, Katya; SANCHES, Fernanda Karam de Chueiri. O Sentido de Discricionariedade Judicial Visto a Partir de Hart e o Necessário Diálogo com Dworkin. **Revista da AJURIS**. v. 39, n. 126, junho de 2012, p.99.

não deixaria ser frustrada a expectativa daqueles que recorrem ao judiciário em busca da resposta jurídica para o seu caso, mesmo que este não seja diretamente determinado pelo direito. Paulini²¹ elucida este entendimento:

[...] Surge, então, o problema de saber como deve o juiz se portar quando o imediato enquadramento de uma regra a um caso concreto resulta duvidoso. A resposta oferecida por Hart a esta questão não destoa de uma proposição relativamente comum entre os autores do chamado positivismo jurídico. Em verdade, nos casos em que o juiz não tem condições para decidir com base no direito preexistente, conceder-se-ia ao magistrado um poder discricionário, autorizando a criação de um direito que lhe permita a atuação, para que não se vejam frustradas as expectativas do jurisdicionado.

Analisando a questão pelo prisma apresentado por Hart, observa-se que a necessidade de o Juiz utilizar da sua discricionariedade é flagrante, afinal, se o julgador se depara com um caso apresentado diante dele em que ele se encontra obrigado a decidir, não haverá outra possibilidade que não seja utilizar do seu poder discricionário e criar direito para aquela causa, em vez de aplicar uma norma já existente que não é capaz de satisfazer as peculiaridades inerentes ao caso concreto. “Assim, o juiz cria direito novo e aplica o direito estabelecido, que não só confere, mas também restringe, os seus poderes de criação do direito”²².

Essa discricionariedade, apesar de permitir que sejam levados em consideração crenças e valores, deve conduzir o intérprete a se valer das práticas sociais que estão presentes na sociedade na qual está inserido, utilizando elementos externos ao próprio universo jurídico. Assim, o julgador criará o direito novo, não de forma arbitrária ou ao seu bel prazer, mas sempre limitado dentro do espaço deixado em aberto pelas normas jurídicas já existentes.

Além dessa possibilidade de decisão dentro do espaço geral permitido pelo ordenamento jurídico, a decisão discricionária terá o valor de uma norma jurídica sempre que for concretizada por um órgão ou uma pessoa legitimados. Isso porque um supremo tribunal sempre tem a última palavra a dizer sobre o que é o direito e, quando o fizer efetivamente, qualquer afirmação no sentido de que o tribunal estava “errado” não tem consequências dentro do sistema²³.

Ademais, o poder de criação do direito, por parte do julgador, apesar de legítimo e vinculante, é diferente do poder atribuído aos legisladores, já que ele é intersticial, porque

²¹ PAULINI, Umberto. **Breves notas sobre a polêmica que medeia as construções teóricas de H.L.A. Hart e Ronald Dworkin.** *Revista Eletrônica do CEJUR*, v. 1, n. 1, ago./dez. 2006. Disponível em: <ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/cejur/article/view/14840/9961>. Acesso em: 24 de setembro 2012, p. 170.

²² HART, H. L. A. **O Conceito de Direito.** Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 335.

²³ HART, H. L. A. **O Conceito de Direito.** Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 155.

está restrito aos casos difíceis e não a qualquer decisão. Diferente do legislador, um juiz não pode realizar reformas em largas escalas ou criar novos códigos. Ele também não pode criar um direito de forma arbitrária, mas deve se pautar nos parâmetros sociais utilizados pelo legislador quando este cria uma lei, “sempre com o arrimo de razões gerais para justificar a sua decisão, devendo agir com as suas próprias crenças e valores”²⁴.

Kozicki e Sanches²⁵ fazem voz à esta teoria, afirmando que o que irá diferencia na postura de um juiz, quando este exercer uma atividade criativa jurisdicional, para a postura do legislador, quando ele efetivamente cria novas normas, é que, “o julgador, ao criar, deve fazer isso em harmonia com os princípios ou razões subjacentes reconhecidamente já estabelecidos no direito existente”, o que, não necessariamente deve ser observado pelo legislador.

Neste contexto, se constata que, em síntese, a teoria de Hart traz a compreensão de que para os *hard cases* o julgador tem legitimidade de criar direito, dentro da lacuna dada pelo direito já estabelecido, desde que, na sua decisão, parta dos valores morais e culturais da sociedade na qual está inserido.

ATIVISMO JUDICIAL E RECONHECIMENTO PREVIDENCIÁRIO

Em relação à atuação judicial que vai além da mera aplicação da lei, muitas decisões judiciais complexas foram analisadas em conformidade com os ditames de autores como Hart e Dworkin. O caso ora analisado trata de uma decisão proferida inicialmente pelo Superior Tribunal de Justiça e reiterada pelo Supremo Tribunal Federal em uma decisão ocorrida no ano de 2005.

A lei 8.213, de 1991, trata, dentre outros temas, dos planos de benefícios da Previdência Social. Antes da edição de tal lei, os filhos de segurados especiais (no caso em questão, aqueles ligados ao exercício do trabalho rural, em regime de economia familiar, podendo ser filhos do produtor, parceiro, meeiro, arrendatário rural, garimpeiro, pescador artesanal ou assemelhado) não eram considerados segurados, ainda que viessem a ajudar no trabalho dos pais, salvo contribuições como autônomos²⁶.

Após a edição da referida lei, em uma das primeiras versões de seu art. 11, o inciso VII²⁷

²⁴ HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 336.

²⁵ KOZICKI, Katya; SANCHES, Fernanda Karam de Chueiri. O Sentido de Discrecionabilidade Judicial Visto a Partir de Hart e o Necessário Diálogo com Dworkin. **Revista da AJURIS**. v. 39, n. 126, junho de 2012, p. 101.

²⁶ LEAL, Pedro Henrique Peixoto. STF e casos de ativismo judicial em matéria previdenciária. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3938, 13abr. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27305>>. Acesso em: 29 jan. 2015.

²⁷ BRASIL, Lei 8.213 de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm>. Acesso em 29 jan. 2015.

previa que o filho do chefe da unidade familiar também teria direito a aposentadoria, apesar de seu período laborativo ser computado apenas após completar 14 anos de idade (a referida legislação passou por uma série de reformas em muitos de seus dispositivos e atualmente essa previsão vale para companheiros, cônjuges ou filhos maiores de 16 anos de idade conforme o art. 11, VII, “c”).

Pode-se dizer que essa norma visava atender aos preceitos constitucionais previstos no art. 7º, XXXIII²⁸, da Constituição Federal ao estabelecer a:

art. 7º, XXXIII – proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

Portanto, pode-se afirmar que antes dos 14 anos de idade (à época da edição), o entendimento do INSS era de que não havia qualquer configuração de vínculo empregatício, de modo que o menor de idade não era considerado segurado.

Contudo, ressalta-se que grande foi o número de segurados que desejaram ver reconhecidos os períodos laborativos rurais em período anterior aos 14 anos de idade, tendo em vista a realidade da sociedade brasileira, onde, para que pudesse haver o sustento familiar, muitos indivíduos se viram obrigados a ajudar a família na lavoura e em situações semelhantes ainda em tenra idade.

O caso, levado ao STF e julgado em Agravo de Instrumento de nº. 529.694 consta com a seguinte ementa²⁹:

Agravo de instrumento.

2. Trabalhador rural ou rurícola menor de quatorze anos. Contagem de tempo de serviço. Art. 11, VII, da Lei nº. 8213. Possibilidade. Precedentes.

3. **Alegação de violação aos arts. 5º, XXXVI; e 97, da CF/88. Improcedente. Impossibilidade de declaração de efeitos retroativos para o caso de declaração de nulidade de contratos trabalhistas. Tratamento similar na doutrina do direito comparado: México, Alemanha, França e Itália. Norma de garantia do trabalhador que não se interpreta em seu detrimento. Acórdão do STJ em conformidade com a jurisprudência desta Corte.**

4. Precedentes citados: AgRAI 105.794, 2ª T., Rel. Aldir Passarinho, DJ 02.04.86; e RE 104.654, 2ª T., Rel. Francisco Rezek, DJ 25.04.86

5. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

²⁸ BRASIL, Constituição Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 29 jan. 2015.

²⁹ Agravo de Instrumento nº 529.694/RS. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=22264>>. Acesso em: 29 jan. 2015.

Inicialmente decidido pelo STJ, foi entendido na Suprema Corte que não deveria prosperar a pretensão do INSS, muito embora a legislação fosse clara no que tange à impossibilidade de computação do prazo do trabalhador menor de 14 anos (à época). Uma complexa decisão, ainda mais devido à proibição existente na Constituição Federal em relação ao trabalho infantil.

Não obstante, o Ministro relator Gilmar Mendes cita a decisão proferida no STJ por Francisco Rezek³⁰:

Ademais, a tese esposada pelo Tribunal está em consonância com a jurisprudência desta Corte, conforme se depreende do julgamento do AgRAI 105.794, 2ª T., Rel. Aldir Passarinho, DJ 02.05.86 e do julgamento do RE 104.654, 2ª T., Rel. Francisco Rezek, DJ 25.04.86, o que por si só afastaria a incidência do artigo 97, da Carta Magna, nos termos do artigo 481, parágrafo único, do CPC. Observe-se, trecho do voto de Rezek, no RE supra citado:

“Está claro, ainda, que a regra do inciso X do mesmo dispositivo constitucional - proibindo qualquer trabalho ao menor de doze anos - foi inscrita na lista das garantias dos trabalhadores em proveito destes, e não em seu detrimento. Não me parece, assim, razoável o entendimento da origem, que invoca justamente uma norma voltada para a melhoria da condição social do trabalhador, e faz dela a premissa de uma conclusão que contraria o interesse de seu beneficiário, como que a prover nova espécie de ilustração para a secular ironia summum jus, summa injuria.”

Em linhas gerais, é possível afirmar que a decisão também encontra fundamentação constitucional, pois, a vedação do trabalho infantil estabelecida busca restringir a violação de direitos dessas crianças, mas uma maior violação viria da negação desses direitos. Conforme disse o relator, a norma estaria contrariando o interesse de seu beneficiário, causando maiores violações, pois a própria Constituição assegura direitos de previdência aos trabalhadores. Segundo Gilmar Mendes, não se poderia aplicar uma regra protetiva em desfavor do menor de idade³¹.

Resta realizar, no estudo presente, a análise a respeito desse ativismo, segundo Hart e Dworkin e responder à indagação se o caso seria uma hipótese de afronta ao legislativo ou se estaria dentro das prerrogativas de julgamento do magistrado.

³⁰ Agravo de Instrumento nº 529.694/RS. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=22264>>. Acesso em: 29 jan. 2015.

³¹ Agravo de Instrumento nº 529.694/RS. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=22264>>. Acesso em: 29 jan. 2015.

ANÁLISE DO JULGADO SEGUNDO HART E DWORKIN

Nota-se que o caso apontado no capítulo anterior se trata de um verdadeiro caso de ativismo judicial, mas atualmente se questiona até onde poderia chegar o Supremo Tribunal Federal para proteger os princípios constitucionais e direitos individuais, como o direito à previdência demonstrado na situação.

Indaga-se se o caso em questão seria uma afronta aos demais poderes, principalmente o Poder Legislativo, que teve uma de suas normas editadas propositalmente não aplicada pelo órgão julgador.

Este caso, segundo a perspectiva de Hart, mostra a seguinte questão: se por um lado há uma vedação que visa proteger e afastar do trabalho a pessoa menor de 14 anos de idade, por outro há pessoas que, por conta das necessidades da vida, precisaram trabalhar antes mesmo de completar a idade mínima permitida até então pela Lei.

Inicialmente, uma análise do caso em questão, a partir da teoria de Hart, nos leva a destacar que a norma jurídica que veda o trabalho das pessoas menores de 14 anos possui uma característica de norma primária, uma vez que impõe um dever aos empregadores de não empregar nenhum trabalhador que ainda não tenha a idade mínima estipulada pela lei.

Por conseguinte, vemos que se uma norma surgisse para melhor regular toda a problemática que envolve o trabalho dos menores de 14 anos, esta norma poderia ter características de uma norma secundária. Desta forma, uma norma jurídica com este contorno poderia dar o devido reconhecimento de trabalhador para aquelas pessoas que, inevitavelmente, começaram a trabalhar antes da idade mínima permitida por Lei.

Este reconhecimento se mostra necessário para aquelas pessoas que já trabalharam antes dos 14 anos. Isso porque, a lógica da estrutura previdenciária de aposentadoria é a de garantir direitos para aqueles que trabalharam. Diante disso, se ela impõe uma idade mínima para a pessoa trabalhar, de maneira lógica se espera que alguém que ainda não completou esta idade não precise trabalhar.

Mas, infelizmente, esta não é a realidade para todos, já que muitas crianças começam a trabalhar ainda bem cedo, não por vontade própria, mas, em regra, por questão de sobrevivência.

Neste caso, se uma criança já trabalhou e não teve outra escolha, cercear o seu direito de ter considerado esse tempo laborado para efeitos de aposentadoria seria puni-la duas vezes, primeiro porque essa pessoa não teve outra escolha a não ser trabalhar enquanto outras crianças da sua idade gozavam dos benefícios de não trabalhar até os 14 anos. A segunda punição seria forçar esta mesma pessoa a trabalhar mais, por um tempo maior do que as

demais pessoas, simplesmente porque o tempo que ela já trabalhou, antes de completar 14 anos de idade, não é considerado para nada.

Portanto, o trabalho infantil constitui uma violação dos direitos da criança. Contudo, maior violação existe quando essa pessoa é obrigada a trabalhar por mais tempo do que as demais para conseguir se aposentar.

Dentro deste contexto, segundo o exercício interpretativo do caráter geral das normas, atribuído por Hart, as decisões do STJ e do STF estariam perfeitamente de acordo com o Ordenamento Jurídico e representariam a criação de uma norma de reconhecimento de direitos para este caso concreto.

Além disso, se uma decisão desta for feita utilizando apenas princípios contidos no Ordenamento, ela será criticada por Hart, tal como ele critica o que ele chama de “núcleo construtivista” da teoria de Dworkin, que não elimina o momento de criação judicial do direito, uma vez que, em tal caso difícil, podem apresentar-se diferentes princípios que apoiam analogias concorrentes e o julgador não se encontrará isento de escolher um princípio dentre estes, confiando, como um legislador consciencioso, no seu sentido sobre aquilo que é melhor³².

Sobre a crítica de que se esta decisão for tomada segundo a teoria de Hart ela seria uma forma de o Poder Judiciário invadir uma atribuição que é do Legislativo, o autor inglês afirma que, em primeiro lugar, este pode ser um “preço a ser pago para evitar o inconveniente de métodos alternativos de regulamentação desses litígios”, como seria o de esperar uma decisão partir somente do Legislativo. Em segundo lugar, ele diz que, da mesma forma que é aceitável delegar determinados poderes legislativos limitados ao Executivo, também é traço inerente à democracia moderna delegar determinados poderes legislativos ao Judiciário³³. Ainda assim, isso não seria extrapolar os poderes inerentes ao Judiciário, pois trata-se de algo necessário ao julgador, para que este atue com discricionariedade.

Por outro lado, em uma análise feita segundo Dworkin, é preciso dizer mais uma vez que os juízes podem e devem buscar nas bases principiológicas do direito o fundamento para suas sentenças, o que ocorre por meio da interpretação. Deve essa construção do direito ser realizada adequadamente a esses princípios, em perspectivas passada, presente e futura³⁴.

³² HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 338.

³³ HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 338.

³⁴ CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a suspensão de tutela antecipada n. 91. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 1, June 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322009000100003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 28 Jan. 2015.

Nesse caso não seria forçoso dizer que a dignidade do trabalhador teria sido levada em conta no momento de proferir a decisão, pois não poderia o judiciário permitir que um juiz tomasse uma atitude passiva ao ver um direito violado, pois, conforme mencionado pelo relator, a vedação do trabalho infantil tem o intuito de proteger o indivíduo e não violar seus direitos.

É mister afirmar que a decisão está de acordo com os ideais de Dworkin a respeito do direito como integridade, pois o legislativo deverá consistir na exigência de que as leis sejam, em regra, coerentes com a moral de uma sociedade; enquanto o jurisdicional deverá consistir na obrigatoriedade das decisões em analisar as leis como moralmente coerentes.

Não obstante, o juiz deverá considerar como provisórios quaisquer princípios ou métodos empíricos gerais, sendo capaz de abandoná-los em favor de uma análise diferente e sofisticada quando a decisão assim o exigir³⁵. Com muito mais razão não deverá o mesmo juiz ser limitado por regras infraconstitucionais violadoras ou não adequadas à observância de um determinado princípio.

A Constituição demanda efetividade e por mais que o legislativo crie leis gerais e abstratas, elas não são suficientes para a verificação completa dos preceitos constitucionais. A efetividade de direitos se inicia, certamente, com o processo legislativo de criação de normas, mas, para sua conclusão, é necessário que haja uma atuação do judiciário³⁶. Nesses casos seria incoerente exigir que o magistrado ficasse adstrito puramente às normas infraconstitucionais editadas por outros poderes.

Segundo o caso julgado, pode-se dizer que o relator atuou em conformidade com os preceitos estipulados por Dworkin e não que se tratou de uma afronta a outros poderes, pois em momento algum o juiz tomou o papel do legislador em definir normas para o melhor interesse social, pelo contrário, agiu em consonância com suas diretrizes: a proteção de direitos individuais e sociais garantidos pela Constituição Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o que foi exposto no trabalho, é possível alcançar a conclusão de que, muito embora talvez haja a possibilidade de, em um determinado caso, o judiciário agir de uma maneira que extrapole suas atribuições, não foi esse o fato estudado.

³⁵ Dworkin, 2003, p. 308

³⁶ CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a suspensão de tutela antecipada n. 91. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 1, June 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322009000100003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 28 Jan. 2015.

Tanto na perspectiva de Hart quanto em Dworkin (apesar das diferenças entre ambos os autores) é possível vislumbrar o caso decidido tanto pelo STF quanto pelo STJ como um “*hard case*”, com a real necessidade de uma postura mais ativista por parte dos magistrados julgadores.

Segundo Hart, conforme já dito, para que se tenha resultados justos em um litígio, é preciso que algumas vezes determinadas características do Legislativo passem para o Judiciário (da mesma forma que alguns poderes legislativos limitados passam para o Poder Executivo). Contudo, isso não quer dizer que o Judiciário afrontou diretamente outro poder, pelo contrário, ele forneceu ao julgador determinada discricionariedade, o que está completamente de acordo com suas atribuições.

Na perspectiva de Dworkin, também estaria acertada a decisão, pois não haveria justiça com a pura aplicação pelo Legislativo de suas normas gerais e abstratas, insuficientes para uma efetiva garantia de direitos constitucionais.

O que ocorreu, segundo as ideias do autor, foi uma decisão com base em princípios constitucionais (qual seja a própria dignidade humana) que fez com que os relatores deixassem de aplicar a norma posta, que acabaria por trazer mais malefícios ao indivíduo do que bem, tendo em vista que a própria norma constitucional que veda o trabalho infantil tem como objetivo a proteção dos indivíduos trabalhadores, motivo pelo qual a atuação ativista dos magistrados foi, certamente, um meio de buscar a resposta correta para o caso.

REFERÊNCIAS

Agravo de Instrumento nº 529.694/RS. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=22264>>. Acesso em: 29 jan. 2015.

BRASIL, Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 jan. 2015.

BRASIL, Lei 8.213 de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm>. Acesso em 29 jan. 2015.

CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a suspensão de tutela antecipada n. 91. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 1, June 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322009000100003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 28 Jan. 2015.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério.** Tradução: Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

KOZICKI, Katya; SANCHES, Fernanda Karam de Chueiri. O Sentido de Discricionariiedade Judicial Visto a Partir de Hart e o Necessário Diálogo com Dworkin. **Revista da AJURIS**. v. 39, n. 126, junho de 2012, p. 89 – 112.

LEAL, Pedro Henrique Peixoto. [STF e casos de ativismo judicial em matéria previdenciária](#). **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 19, n. 3938, 13abr. 2014](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27305>>. Acesso em: 29 jan. 2015.

PAULINI, Umberto. **Breves notas sobre a polêmica que medeia as construções teóricas de H.L.A. Hart e Ronald Dworkin**. *Revista Eletrônica do CEJUR*, v. 1, n. 1, ago./dez. 2006. Disponível em: <ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/cejur/article/view/14840/9961>. Acesso em: 24 de setembro 2012.

PINTO, Thiago Ferrar. Hart e Dworkin falam sobre a mesma coisa?: apontamentos sobre as condições do debate. **Universitas Jus**. n. 1., jan.-jun. Brasília: UniCEUB, 1998.

RODRÍGUEZ, César. **La decisión judicial**/ H. L. A. Hart y Ronald Dworkin. Bogotá: Siglo del Hombre Editores: Facultad de Derecho. Universidad de los Andes, 1997.

O PODER JUDICIÁRIO COMO SUPEREGO DA SOCIEDADE: ANÁLISE DO ATIVISMO JUDICIAL NO CASO DA MÚSICA “E POR QUE NÃO?”

RODRIGO MONTEIRO DA SILVA ¹

RESUMO

O estudo aborda o ativismo judicial, com enfoque na discussão em torno da possibilidade de o Judiciário intervir em todos os descompassos enfrentados pela sociedade, inibindo impulsos contrários às regras comportamentais e morais. Para tanto, são postas em discussão a expansão da atividade interpretativa do Judiciário; limites à atuação proativa dos magistrados; existência (ou não) de legitimidade democrática dos juízes e interferência destes nas funções do Poder Legislativo; enfraquecimento da doutrina e da produção científico-jurídica. Hodiernamente, com o acréscimo da judicialização das mais variadas questões sociais, ocorreu um conseqüente protagonismo do Poder Judiciário, elevando-o, por vezes, à condição de superego da sociedade, eis que ao Judiciário são submetidas as mais diversas demandas. Nesse contexto, analisa-se o julgamento do A.I. n.º 70013141262 pelo TJ-RS, a fim de compreender se houve censura à música “E por que não?”, da banda gaúcha “Bidê ou Balde”, que traria uma mensagem de incentivo à prática de incesto, por evidenciar uma suposta atração física de um pai por sua filha, aparentemente, criança ou adolescente. É avaliado, assim, se os fundamentos da decisão estão em consonância com a liberdade de expressão consagrada no artigo 5º, IX, da Constituição Federal.

Palavras-chaves: Ativismo judicial. Limites.

INTRODUÇÃO

A expansão da atividade interpretativa exercida pelo Poder Judiciário é tema recorrente em nossa doutrina.

É possível perceber com clareza como o Poder Judiciário tem sido cada vez requisitado pelos cidadãos na defesa dos mais diversos direitos.

Em razão, especialmente, do crescente déficit de dignidade popular verificado na sociedade contemporânea, é preciso reconhecer o papel proeminente, assumido paulatinamente pelo Poder Judiciário como destinatário comum das decepções sociais levadas cada vez mais aos tribunais.

¹ Especialista em Direito Público pela Universidade Gama Filho (RJ); Mestrando em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV); Membro do Grupo de Pesquisa “Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais” (FDV); Promotor de Justiça. Trabalho apresentado junto ao I CONIBDH, perante o Grupo de Trabalho GT III - Bioética, direitos humanos, democracia, pluralidade e sociedade. Desenvolvido no âmbito do Mestrado em Direitos e garantias fundamentais, sob a orientação do professor Adriano Sant’Ana Pedra. (rodrigomonteiro.es@gmail.com).

De outra sorte, faz necessário delinear o verdadeiro papel do Poder Judiciário, de modo a evitar a existência de um “governo de juízes”.

Equivocadamente, o Judiciário tem sido erigido como verdadeiro parlamento ou última instância da definição de todos os valores da sociedade, de modo que esse Poder recebeu contornos de veneração religiosa, transformando os juízes em “profetas” ou “deuses do direito”.

Não se pretende com o presente estudo afastar do Judiciário a análise parcial das demandas que lhe são direcionadas, mas sim, entender como esse Poder galgou, paulatinamente, o espaço de verdadeiro “superego da sociedade”.

Torna-se necessário, assim, discutir os limites dessa expansão da atividade jurisdicional, especialmente, o poder discricionário dos juízes.

ATIVISMO JUDICIAL

O assunto ativismo judicial é seguramente um daqueles que tem proporcionado debates no direito brasileiro. Enquanto muitos acastelam que o magistrado seja ativo, outros rechaçam essa possibilidade.

Vivemos a era de uma verdadeira *expansão global do Poder Judiciário*², que, segundo Rodrigo Brandão³, não tem se traduzido apenas na “globalização da jurisdição constitucional”, mas também na transferência de poder decisório às Cortes sobre questões nucleares da política.

Ao analisar o contexto em que o debate é inserido, mostra-se perceptível que o fenômeno do ativismo judicial está fundamentalmente conectado à crescente judicialização dos conflitos e a ampliação da participação dos juízes, especialmente, na realização de políticas públicas. Mas, então, o que expressa o termo ativismo judicial e qual a sua origem?

Para Luís Roberto Barroso⁴, o ativismo judicial, é um estilo, uma escolha do Juiz na maneira de interpretar as normas constitucionais, de modo a ampliar seu sentido ou alcance, em regra está diretamente ligado a uma contração do Poder Legislativo; o autor escreve que o ativismo judicial está associado à idéia de uma participação maior do Poder Judiciário na materialização de direitos, mas principalmente na aplicação direta da Constituição Federal em casos não expressamente contemplados em seu texto, sem que para tanto haja a manifestação do Poder Legislativo. Além disso, a postura ativista também está ligada à obrigação do Poder Pública de praticar ou se abster de praticar determinadas condutas.

² A expressão ficou célebre com o seminal estudo de *The global expansion of judicial power*. TATE, C. Neal; TORBJÖRN, Vallinder. New York University Press, 1995.

³ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** 2ª Tiragem. Lumen Juris, p. 05.

⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 02/01/2015.

Luiz Flávio Gomes⁵, assevera que há ativismo judicial quando o juiz se considera no dever de interpretar a Constituição para garantir direitos fundamentais.

Por sua vez, Luis Roberto Barroso⁶, sustenta que o ativismo judicial é a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, que permite uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.

No Brasil o fenômeno ativismo judicial deriva de um novo padrão constitucional adotado pela Carta Magna de 1988, que abraçou uma nova ordem constitucional, em que foi instituído um Estado Democrático de Direito, baseado nos direitos e garantias fundamentais em substituição a um Estado autoritário, onde os direitos e garantias fundamentais se subordinavam ao Estado.

Não é desnecessário afirmar que um dos principais órgãos do Poder Judiciário “ativista”, é o Supremo Tribunal Federal, que dispõe de ferramentas constitucionalmente previstas para tomada de suas decisões.

O assunto é polêmico tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, entretanto, antes de trazer tal celeuma, é deveras fazer uma distinção entre ativismo judicial e judicialização. Para Luiz Flávio Gomes⁷, quando há interpretação da constituição para garantir um direito, há judicialização, o ativismo ocorre, quando o magistrado inova o ordenamento jurídico pátrio.

A judicialização é um fato que deriva do modelo constitucional que se adotou. Se de uma norma é possível deduzir uma pretensão, deve o magistrado conhecer da matéria, decidindo-a. O ativismo judicial é uma atitude, é uma forma escolhida pelo Juiz de interpretar as normas constitucionais que acontecem quando há uma não atuação do Poder Legislativo, ou seja, quando há um impedimento em que as demandas sociais não são atendidas de modo efetivo.

Tal entendimento não vem sendo bem recebido junto ao Poder Legislativo, como se vê de manifestação exarada pelo Deputado Federal Nazareno Fonteles⁸, que afirmou em sessão plenária que “*se a gene deixar que eles (os juízes) tomem conta da República,*

⁵ GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <<http://http://jus.com.br/revista/texto/12921>>. Acesso em: 02/01/2015.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo.** Disponível em: <http://www.luistrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf>. Acesso em: 02/01/2015.

⁷ GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <<http://http://jus.com.br/revista/texto/12921>>. Acesso em: 02/01/2015.

⁸ O Deputado Nazareno Fonteles é autor da proposta de emenda constitucional (PEC n.º 03/2011) destinada a alterar o artigo 49, inciso V, da CF/1988, para autorizar o Legislativo a, por maioria simples, sustar a eficácia não só dos atos normativos do Executivo que exorbitem o poder regulamentar, mas também das decisões judiciais que invadam as competências do Legislativo.

*estaremos caminhando, se não para uma ditadura, pelo menos para uma oligarquia comandada pelo Judiciário*⁹.

O ativismo judicial está associado à idéia de uma participação intensa do magistrado para concretizar direitos e garantias fundamentais.

Lênio Streck¹⁰, ao tratar do assunto, afirma que:

Judicialização é contingencial. Num país como o Brasil, é até mesmo inexorável que aconteça essa judicialização (e até em demasia). Mas não se pode confundir aquilo que é próprio de um sistema como o nosso (Constituição analítica, falta de políticas públicas e amplo acesso à Justiça) com o que se chama de ativismo. O que é ativismo? É quando os juízes substituem os juízos do legislador e da Constituição por seus juízos próprios, subjetivos, ou, mais que subjetivos, subjetivistas (solipsistas). No Brasil esse ativismo está baseado em um catálogo interminável de “princípios”, em que cada ativista (intérprete em geral) inventa um princípio novo. Na verdade, parte considerável de nossa judicialização perde-se no emaranhado de ativismos.

Tanto o ativismo judicial, quanto a judicialização constituem fato inelutável. O Poder Judiciário, quando provocado, não possui alternativa a não ser se pronunciar sobre a questão. Entretanto, a maneira como irá exercer tal competência é o que determinará ou não a existência do ativismo judicial. A judicialização sempre vai existir, uma vez que ao Poder Judiciário não é dada a faculdade de se omitir quando provocado; já o ativismo judicial é uma faculdade, uma atitude do magistrado.

João Maurício Adeodato¹¹, ao escrever sobre o assunto, esclarece que:

No Brasil o problema a que a autora se refere aparece muito mais claramente, sobretudo diante de um poder legislativo inoperante e de uma legislação inadequada sobre os processos de escolha política. Daí que juízes singulares, e não apenas tribunais superiores, criam literalmente comandos gerais, que só o purismo da técnica dogmática impede de chamar de “leis”, dado seu caráter genérico erga omnes.

Decerto é que esta atuação proativa dos nossos Tribunais tem levantado grandes discussões na doutrina e jurisprudência, restando inegável que o principal elemento propulsor da expansão do Poder Judiciário foi a consolidação da democracia brasileira.

⁹ JUNQUEIRA, Caio. **Câmara Reage ao ativismo judicial**. Disponível em <<http://www.valoronline.com.br/imprensa/politica/100/402129/camara-reage-ao-ativismo-judicial>>. Acesso em 02 jan 2015.

¹⁰ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10^a Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. P.15.

¹¹ ADEODATO, João Maurício. **Uma Teoria Retórica da Norma Jurídica e do Direito Subjetivo**. São Paulo. Ed. Noeses, 2011. p. 243.

ENTENDIMENTOS FAVORÁVEIS AO ATIVISMO JUDICIAL

O Poder Judiciário possui legitimidade para inovar a legislação brasileira, o principal fundamento estaria na Constituição Federal, que confere tal prerrogativa ao Supremo Tribunal Federal, principalmente se essa atuação for para defesa de direitos fundamentais.

O ativismo judicial é um instrumento a ser utilizado em prol da democracia brasileira. O artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição, logo, a atuação proativa do magistrado seria importante para ampliar e concretizar a aplicação do direito, trazendo justiça para o caso concreto.

É cediço que para uma verdadeira aplicação dos direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Magna, principalmente quando se trata de políticas públicas, torna-se de extrema necessidade a participação do Poder Judiciário.

No Judiciário brasileiro, é perceptível, principalmente no Supremo Tribunal Federal, uma jurisprudência mais proativa.

A fim de ilustrar a tese, é possível citar vários casos de aplicação direta da Constituição a situações não contempladas em seu texto e sem prévia manifestação do Poder Legislativo. A fidelidade partidária é um desses. O Supremo Tribunal Federal declarou que a vaga no Congresso é do partido político, aplicando como fundamentação o princípio democrático. Outra situação é a vedação do nepotismo aos Poderes Legislativo e Judiciário, previsto na súmula vinculante nº. 13, fundamentada principalmente nos princípios da impessoalidade e da moralidade.

Aliás, as súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal, com previsão no artigo 103-A da Carta Magna, tem se mostrado um importante instrumento do ativismo judicial, uma vez que após reiteradas decisões sobre determinada matéria, o STF de ofício poderá editar as referidas súmulas que terão aplicação imediata em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

A polêmica é intensa, entretanto, pode ser intensificada quando se fala na categoria de ativismo judicial quando da imposição de condutas ou de abstenção ao Poder Pública, em matéria de políticas públicas.

Cotidianamente o Poder Judiciário, em especial, as Justiças Estadual e Federal de todo país, uma vez que o STF ainda não apreciou tal matéria em caráter definitivo, têm decidido condenando a União, Estado e Município, a custear medicamentos e serviços médicos, até mesmo não previstos na lista e protocolo do Ministério da Saúde ou das Secretarias Estaduais e Municipais.

O Poder Judiciário e o Ministério Público intervêm nas hipóteses em que há violação ao núcleo essencial dos direitos fundamentais – em se tratando de direitos sociais – e aos direitos da liberdade irredutíveis, que compõem a teoria do mínimo existencial.

Há situações que o Ministério público deve intervir, por meio da ação civil pública e o Judiciário não pode se negar de conceder tais prestações, sob pena de violação aos direitos fundamentais essenciais para o cidadão.

Ressalta-se que havendo a necessidade de ponderação de acordo com critérios de conveniência e oportunidade, uma fixação de prioridades do Estado, especialmente não se tratando de direitos ligados ao mínimo existencial, deve ser preservada a separação de poderes, reconhecendo a competência da Administração Pública na realização dos referidos juízos.

Aqui, deve-se trazer a baila que a intervenção do Poder Judiciário deve-se pautar no controle jurídico da razoabilidade do ato do poder público. Ou seja, é possível concretizar por meio da intervenção judicial o núcleo básico de direitos, através de coercitividade, mas com justa medida para alcançar os fins pretendidos.

É forçoso concluir a existência de uma nova conceituação para os direitos e deveres tratados na Constituição de 1988. Existe uma intensa demanda advinda da sociedade para tutela destes direitos. Assim, a legitimidade da atuação “protagonista” do Poder Judiciário decorre da própria vontade da Constituição.

Por fim, mas sem encerrar o debate, mostra-se essencial citar o posicionamento de Luis Roberto Barroso¹²:

(...) o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.

ENTENDIMENTOS CONTRÁRIOS AO ATIVISMO JUDICIAL

A primeira crítica à atitude ativista dos magistrados reside na análise de legitimidade. O Poder Judiciário não teria legitimidade democrática, para se levantar contra os atos dos Poderes instituídos pelo povo. Os membros da magistratura brasileira, não foram eleitos por

¹² BARROSO, Luís Roberto. **Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 02 jan 2015.

voto do povo, logo como poderia alterar ou criar legislação elaborada justamente por aqueles que foram eleitos pela vontade popular.

Entretanto, não é possível esquecer que alguns magistrados, para buscar justiça, passam a descuidar de seus deveres de fundamentar razoavelmente os seus julgados e proferem decisões sob as vestes do politicamente correto, mas travestido de uma retórica inflamada. Com essa prática o magistrado pode fazer tudo o que quiser o que pode trazer danos irreversíveis a valores conquistados pelo Estado Democrático de Direito.

Esse decisionismo do magistrado pode ser danoso à democracia, uma vez que, juízes não eleitos pela vontade popular, em regra, estão passando por cima de criações do legislador, o que influência na separação dos poderes, princípio basilar esculpido na Carta Magna. Além disso, essa atuação atentaria diretamente contra o princípio da segurança jurídica, uma vez que o direito ficaria preso ao temperamento peculiar do magistrado.

Toda vez que o Juiz em uma atuação proativa inova o ordenamento jurídico, estaria interferindo na função do Poder Legislativo.

O jurista Lênio Streck¹³ afirma:

Os juízes (e a doutrina também é culpada), que agora deveriam aplicar a Constituição e fazer filtragem das leis ruins, quer dizer, aquelas inconstitucionais, passaram a achar que sabiam mais do que o constituinte. Saímos, assim, de uma estagnação para um ativismo, entendido como a substituição do Direito por juízos subjetivos do julgador. Além disso, caímos em uma espécie de pan-principiologismo, isto é, quando não concordamos com a lei ou com a Constituição, construímos um princípio. (...) Tudo se judicializa. Na ponta final, ao invés de se mobilizar e buscar seus direitos por outras vias (organização, pressões políticas, etc.), o cidadão vai direto ao Judiciário, que se transforma em um grande guichê de reclamações da sociedade. Ora, democracia não é apenas direito de reclamar judicialmente alguma coisa. Por isso é que cresce a necessidade de se controlar a decisão dos juízes e tribunais, para evitar que estes substituam o legislador. E nisso se inclui o STF, que não é — e não deve ser — um super poder.

João Maurício Adeodato¹⁴ assevera que:

A doutrina tem procurado não apenas explicar essa evolução do direito positivo, mas também, em sua importante função pragmática, controlar o poder criador do juiz e evitar decisionismos. Isso não apenas nos casos de antinomias e lacunas, nos quais falha claramente a concepção silogística, mas também no dia a dia do direito.

¹³ STRECK, Lênio Luiz. **Ativismo judicial não é bom para a democracia**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>. Acesso em 02/01/2015

¹⁴ ADEODATO, João Maurício. **Uma Teoria Retórica da Norma Jurídica e do Direito Subjetivo**. São Paulo. Ed. Noeses, 2011. p. 245.

Há, ainda, segundo Rodrigo Brandão¹⁵, os chamados *departamentalistas*, contrários à ideia da supremacia judicial, que negam existir um único intérprete final para todas as questões constitucionais, na medida em que sustentam que cada “poder” tem igual autoridade para interpretar a Constituição. Há, basicamente, duas variações dessa teoria: i) supremacia departamental, segundo a qual cada “poder” goza de autoridade para proferir a palavra final sobre a interpretação de determinado subsistema constitucional; ii) interpretação coordenada, que postula a igualdade de cada “poder” na interpretação de qualquer norma constitucional, de maneira que o sentido da Constituição é determinado por uma interação complexa entre os “poderes”.

É de bom alvitre acrescentar que a aplicação do ativismo traduz uma ineficiência administrativa na resolução da demanda, além, é claro, de representar uma crise de legitimidade democrática: cada vez mais demandas que antes poderiam se resolver no âmbito dos poderes Executivo e Legislativo, com legitimidade investida para tal, acaba exaurindo-se no âmbito do Judiciário.

Há, assim, na visão de Marcus André Melo¹⁶, uma espécie de hiperconstitucionalização, entendida como o estímulo à judicialização das atividades legislativa e administrativa, visto que, com base em amplíssimo parâmetro, o Judiciário pode controlar a constitucionalidade dos atos estatais e extrair deveres de agir aos demais Poderes.

Nessa vertente, o Judiciário assume um papel exorbitante, de modo que, desproporcionalmente, sobressai-se em relação dos demais Poderes. Para Larry Kramer¹⁷ denota-se irônico que a única forma de dar suporte ao poder pretensamente mais fraco seja tornando-o o mais forte deles: permitindo que ele dê ordens aos demais poderes impunemente, ao mesmo tempo em que se proíbem os outros Poderes de resistirem às suas decisões e se insiste que a única saída é aguardar que os membros das Cortes morram ou se aposentem.

Em sistemas de supremacia judicial há uma nítida dificuldade na aferição da capacidade de o legislador participar efetivamente da interpretação constitucional. Cuida-se, segundo Rodrigo Brandão¹⁸, do “problema do descumprimento antecipado da Constituição”: como os legisladores sabem que as suas leis estarão sujeitas à revisão judicial, tal circunstancia os desonera de um julgamento consistente a respeito da fidelidade à Constituição, antes esti-

¹⁵ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** 2ª Tiragem. Lumen Juris, p. 18.

¹⁶ MELO, Marcus Andre. **Hiperconstitucionalização e qualidade da democracia. In: Democracia brasileira – balanços e perspectivas para o século 21.** Belo Horizonte: Editora UFMG, p. 255.

¹⁷ KRAMER, Larry. *The people themselves – Popular Constitutionalism and judicial review.* Oxford University Press: Oxford, 2004.

¹⁸ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** 2ª Tiragem. Lumen Juris, p. 18.

mulando uma irresponsável postura de tomada de posição, na qual o legislador opta pela alternativa popular, deixando o ônus de aferir a sua constitucionalidade ao Judiciário.

Tal constatação tecida por Brandão acerca da comparação entre sistemas de supremacia judicial com eventual irresponsabilidade legislativa parece-nos um tanto frágil, eis que subestima o Parlamento, além de eximi-lo de sua real responsabilidade constitucional.

Por fim, ressalta-se que o ativismo dos magistrados tende a gerar uma exclusividade do Poder Judiciário e um enfraquecimento dos demais poderes.

O PODER JUDICIÁRIO COMO VERDADEIRO SUPEREGO DA SOCIEDADE

A democracia brasileira tem se consolidado após a Carta de 1988, que trouxe aos cidadãos uma amplitude de direitos e garantias, possibilitando uma expansão do acesso à Justiça em razão da omissão e/ou inobservância a tais conquistas.

É inegável que o Poder Judiciário exerce um papel essencial na manutenção do Estado Democrático de Direito, de modo que possibilita a todos, indistintamente, o acesso às conquistas advindas do novo modelo constitucional.

Nesse cenário Luís Roberto Barroso¹⁹ afirma:

Sob a Constituição de 1988 aumentou de maneira significativa a demanda por justiça na sociedade brasileira. Em primeiro lugar, pela redescoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos. Em seguida, pela circunstância de haver o texto constitucional criado novos direitos, introduzido novas ações e ampliado a legitimação ativa para tutela de interesses, mediante representação ou substituição processual. Nesse ambiente, juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel simbólico no imaginário coletivo.

Em razão dessa ascensão do Poder Judiciário verificou-se (e verifica-se) uma crescente judicialização de questões sociais.

Nada de errado nessa busca por cidadania e por Justiça. Contudo, hodiernamente vislumbramos um momento histórico em que o Poder Judiciário se faz autossuficiente, vivendo enclausurado numa espécie de “ensimesmamento”.

Os membros desse Poder estão dando as costas à doutrina e à produção científico-jurídica como um todo. Hoje, o Direito não mais está nas obras doutrinárias, mas sim, naquilo que é dito pelos Tribunais.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4ª Ed. São Paulo. Saraiva, 2013. p. 410.

Em julgamento ocorrido no Superior Tribunal de Justiça, o ministro Humberto Gomes de Barros assim se pronunciou:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgReg em ERESP nº 279.889-AL. 2002. Voto do Ministro Humberto Gomes de Barros)

O afastamento da doutrina, segundo Lênio Streck²⁰, leva à mediocretização do ensino e da escrita sobre o direito. Como consequência, percebe-se um enfraquecimento e uma “produção em série” na prestação jurisdicional.

Essa produção seriada se deve, principalmente, à crescente expansão da atividade jurisdicional, com uma corrida desenfreada ao Poder Judiciário.

Tal constatação leva ao inevitável campo do subjetivismo das decisões judiciais e, segundo Ingeborg Maus²¹, uma tendência ao biografismo, que demonstra uma reação passiva da personalidade em face de uma sociedade dominada por mecanismos objetivos. O aspecto típico dessas biografias de juízes parece se configurar na ideia de que os pressupostos para uma decisão racional e justa residem exatamente na formação da personalidade de juízes.

Frise-se, assim, que a grande luta tem sido a de estabelecer as condições para o fortalecimento de um espaço democrático de edificação da legalidade, plasmado no texto constitucional, diversamente do que se observa atualmente.

²⁰ STRECK, Lênio. **Juízes devem fazer ou usar a doutrina somente na hora do lazer?** Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-jan-01/senso-incomum-juizes-usar-doutrina-somente-hora-lazer>. Acesso em 03 de jan 2015.

²¹ MAUS, Ingeborg. “Justiz as gesellschaftliches Über-Ich — Zur Funktion von rechtsprechung in de ‘vaterlosen Gesellschaft’”. In: Faulstich, Werner e Grimm, Gunter E. (orgs.). *Stürzt der Götter Frankfurt/M.:* Suhrkamp, 1989. Traduzido por Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Judiciário como supereiro da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. Novos Estudos. CEBRAP. Novembro de 2000. p. 185.

Lênio Streck²² descreveu com precisão a situação atual da atividade jurisdicional:

Em vez de as pessoas reivindicarem no plano da política (e com os políticos), o establishment colocou a disposição do pobre do utente um advogado para entrar em juízo. É mais fácil resolver o problema do utente a partir de uma atitude ad hoc do que implementar políticas para todos. Simbólico disso é que o Ministério da Saúde tem até um roteiro no seu site para ensinar o utente a entrar em juízo. Binguíssimo! Preciso dizer mais? A população de Santa Clara do Herval, em vez de batalhar por ônibus escolares, vai na Defensoria. Que entra em juízo. Com pedido liminar. Que é concedida. Que enseja recurso. E outro recurso. Mas, o que falta mesmo são “recursos públicos”. Como administrar a escassez? Um ônibus “conquistado” em juízo para as crianças do lugar X, representa recursos retirados de outros para fazer a felicidade daquelas. Isso fere a igualdade (é como isentar o IPI de quem compra automóvel às custas de quem anda de ônibus!) E isso não pode ser tarefa do Judiciário.

Nesse sentido, observa-se que ao Poder Judiciário são submetidas as mais diversas demandas, as quais, por certo, não deveriam estar ao alvedrio dos magistrados, mas sim, solucionados pelos próprios interessados.

Tais soluções se operam, por vezes, a partir de visões claramente solipsistas, restando a materialização do acesso à Justiça prevista na Constituição Federal em seu artigo 5º, XXXV²³ na qual preceitua que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”, dependente de posições subjetivas de cada magistrado.

Segundo Lênio Streck²⁴, estamos diante do paradigma da subjetividade (filosofia da consciência), que envolve exatamente as questões relativas ao ativismo, decisionismo e a admissão do poder discricionário.

Há, na dicção de Streck, o temor de que a decisão de uma contenda judicial passe a não mais depender daquilo que está positivado, mas sim, do que a consciência do juiz indicar, no que chamou de “*motivação ideológica da sentença*”. A decisão não pode ser o “*produto de um conjunto de imperscrutáveis valorações subjetivas, subtraídas de qualquer critério reconhecível ou controle intersubjetivo*”.

Para Ingeborg Maus²⁵ a atuação do Poder Judiciário tem se equiparado a um verdadeiro

²² STRECK, Lênio. **Juízes devem fazer ou usar a doutrina somente na hora do lazer?** Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-jan-01/senso-incomum-juizes-usar-doutrina-somente-hora-lazer>. Acesso em 03 de jan 2015.

²³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03 jan 2015.

²⁴ STRECK, Lênio. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2ª Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2010. p. 23.

²⁵ MAUS, Ingeborg. “Justiz as gesellschaftliches Über-Ich — Zur Funktion von rechtsprechung in de ‘vaterlosen Gesellschaft’”. In: Faulstich, Werner e Grimm, Gunter E. (orgs.). *Stürzt der Götter Frankfurt/M.*: Suhrkamp, 1989. Traduzido por Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Judiciário como superego da sociedade: o papel

parlamento ou última instância da definição de todos os valores da sociedade. Não houve, segundo a cientista política alemã, *pari passu* à expansão desse Poder, o fortalecimento equivalente de mecanismos de controle. Segundo a autora, Justiça passa a receber contornos de veneração religiosa, servindo de suporte para a solução de todos os problemas contemporâneos, no papel de superego da sociedade.

Há, assim, a ascensão da Justiça à última instância de consciência da sociedade.

ANÁLISE DO ATIVISMO JUDICIAL NO CASO DA MÚSICA “E POR QUE NÃO?”

Exemplo claro da intromissão do Poder Judiciário, na qualidade de superego da sociedade, ocorreu no julgamento do Agravo de Instrumento n.º 70013141262, analisado pela Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, de relatoria do Desembargador Ricardo Raupp Ruschel, ocasião em que restou submetida à apreciação daquele Poder a mensagem trazida na música “E por que não?”, da banda gaúcha Bidê ou Balde, que tem a seguinte letra²⁶:

E por que não?

Eu estou amando a minha menina
E como eu adoro suas pernas fininhas
Eu estou cantando pra minha menina
Pra ver se eu convenco ela a entrar na minha
E por que não?
Teu sangue é igual ao meu, é igual ao meu
Teu nome fui eu quem deu
Te conheço desde que nasceu
E por que não?
Eu estou adorando
Ver a minha menina
Com algumas colegas
Dela da escolinha
Eu estou apaixonado
Pela minha menina
O jeito que ela fala, olha,
O jeito que ela caminha.

da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Novos Estudos. CEBRAP. Novembro de 2000. p. 185.
²⁶ Bide ou Balde. E por que não? Disponível em: <http://musica.terra.com.br/interna/o,,OI600005-EI1267,00.html>, Acesso em 07 jan 2015.

Segundo pedido deduzido pelo Ministério Público, mencionada música trazia uma mensagem de incentivo à prática de incesto, por evidenciar uma suposta atração física de um pai por sua filha, aparentemente, criança ou adolescente.

A Decisão proferida nos autos merece uma consideração, a saber: cabe ao Poder Judiciário imiscuir-se em assuntos corriqueiros que poderiam ser tratados pela própria sociedade? Vejamos²⁷:

Agravo de instrumento. Ação civil pública. Letra de música que faz apologia à pedofilia e ao incesto. Antecipação de tutela. Possibilidade, em termos. Inegável que a letra da música “E por que não?”, da banda “Bidê ou Balde”, materializa apologia ao incesto e à pedofilia, sendo impossível, material e constitucionalmente, a pura e simples extirpação do material do universo social, já entranhada nos lares e à disposição em centenas de “sites” na Internet. Hipótese de reconhecimento judicial da ofensa, com minimização de seus efeitos, com aplicação de multa, por veiculação e decorrente de parcela dos lucros, em benefício de órgão estadual de bem estar do menor. Recurso parcialmente provido, por maioria. (TJRS, Agravo de Instrumento nº 70013141262, 7ª C. Civ., Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel, j. 07/12/2005)

Há de ser ressaltado ainda, o conteúdo do voto do Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, no mesmo Julgado²⁸:

Início saudando a iniciativa do Ministério Público em pedir providências enérgicas contra essa música de profundo mau gosto intitulada “E por que não?”, que banaliza a violência sexual contra crianças e até incentiva o incesto e à pedofilia, como assevera o eminente Relator. De fato, os seus versos sugerem tratar-se de uma criança: (...) E sugerem tratar-se de um envolvimento entre pai e filha:(...).E evidenciam um desejo anormal, doentio e repugnante do letrista e daqueles que cantam essa música, sugerindo pedofilia: Com razão o eminente Relator na medida em que tais versos não podem ser interpretados de outra forma. Certamente não se trata de uma poesia, nem se cogita de amor paternal, mas de um amor puramente carnal e, acrescento, bestial. Tanto a intenção era chocar e evocar o relacionamento incestuoso, que, como bem flagrou o eminente Relator, houve a supressão, no texto original, da palavra “não” dos versos do refrão: “Teu sangue (não) é igual ao meu...Teu nome (não) fui eu quem deu...”Concordo também com o eminente Relator, que houve manifesto propósito provocativo e atentatório aos mais comezinhos princípios que regem uma vida social minimamente saudável. No entanto, essa música já está sendo tocada à exaustão há aproximadamente cinco (5) anos, sendo encontrada inclusive nos mais diversos sites musicais na Internet, isso sem falar nas incontáveis cópias espalhadas pelo país (e isso sem

²⁷ RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo de Instrumento nº 70013141262, 7ª C. Civ., Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel, j.07/12/2005. Disponível em: <http://www.mprs.mp.br/infancia/jurisp/idt259.htm?impressao=1&>. Acesso em 03 de jan de 2015

²⁸ RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo de Instrumento nº 70013141262, 7ª C. Civ., Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel, j.07/12/2005. Disponível em: <http://www.mprs.mp.br/infancia/jurisp/idt259.htm?impressao=1&>. Acesso em 03 de jan de 2015.

falar nas outras tantas que são ‘piratas’). Essa música, no entanto, sugere pedofilia e sugere relacionamento incestuoso. Mas não estimula pedófilos ou anormais a prosseguirem na sua senda bestial. Nem tem o condão de transformar tais fatos que ferem a sensibilidade de pessoas normais em fatos normais ou capazes de serem aceitos pela sociedade. É oportuna, no entanto, essa discussão. Vivemos uma época em que é proibido proibir, em que tudo está sendo relativizado, onde a imposição de limites é questionada, onde a licenciosidade grassa até mesmo em programas televisivos infantis, onde vulgaridade está presente sempre, onde pornografia, a promiscuidade e a pederastia são banalizadas e não pedem licença para entrar nos lares e nas escolas. Não é apenas essa música que choca, até por que ela apenas mostra o sentimento de um pedófilo e de um pai que nutre uma atração doentia pela filha. Peço vênia para lembrar os colegas outros exemplos de péssimo gosto, que tocam nas rádios e em programas de televisão, nos mais diversos horários, e estão gravados em CDs à disposição do público consumidor. São músicas que explicitam e estimulam pornografia, violência sexual, pedofilia, práticas criminosas, uso de drogas e até discriminação racial. Mas não vejo providência alguma ser tomada por qualquer associação. E também não chamaram a atenção do Ministério Público. Mas são músicas que são ouvidas por adolescentes e até por crianças. Destaco para exemplificar, uma dúzia de letras de péssimo gosto, indicando também o nome ‘artista’ ou da ‘banda’ e o nome da ‘música’, com grifo de algumas partes que ferem a sensibilidade e são capazes de constranger qualquer pessoa desavisada, como segue: 1) Mc Serginho: “Vai Serginho”. 2) Tati Quebra Barraco: “Espanhola”. 3) Mc’s Vina E Fandangos: “Festa Da Paula”. 4) Bonde do Tigrão: “Caçador De Tchutchuquinha”. 5) Menor do Chapa: “Bonde dos 12 Mola”. 6) Menor do Chapa: “Do Boldinho”. 7) Tati Quebra Barraco: “Abre As Pernas, Mete a Língua”. 8) Tati Quebra Barraco: “Ardendo Assopra”. 9) Furacão 2000: “Punheta Arretada”. 10) Furacão 2000: “Quer Bolete?”. 11) Planet Hemp : “Queimando Tudo”. 12) Mc Frank: “Pra Gatinhas”. Esclareço que estou retirando do voto o inteiro teor das letras dessas músicas, dada a situação de constrangimento que provocam a qualquer pessoa de mediana sensibilidade. Esclareço, também, que no julgamento fiz a leitura das letras. Como se vê, essas músicas são também de péssimo gosto. E não apenas sugerem pedofilia, vista sob a ótica doentia de um pedófilo, mas constituem verdadeiras aulas de pornografia explícita e que estão ao inteiro dispor de crianças e adolescentes. E nessas músicas as crianças e os adolescentes não são meros alvos de um desejo bestial, mas atores de um festival de pornografia. Mas essas ‘obras de arte’ permanecem intocadas, sendo exibidas publicamente, tocadas em rádio e em programas de televisão... Não se trata de consentir que a música “E por que não?” continue a destilar a sua estupidez, mas por reconhecer que retirá-la do mercado, em sede de antecipação de tutela não trará qualquer resultado útil, nem impedirá que continue a ser ouvida, como vem sendo ouvida há cinco anos... Talvez venha apenas a valorizar essa música e chamar a atenção de quem jamais pretendia ouvi-la. Prefiro, portanto, aguardar que o processo tenha seu curso normal, observando-se o devido processo legal, e que seja lançada a sentença definitiva, para então, se for o caso, apreciar, serenamente, o pleito recursal, seja ele qual for. O que me parece inoportuno é, nesse contexto, decidir ao sabor da emoção, ainda que essa emoção seja motivada por uma justa indignação. Estou confirmando, pois, a decisão de primeiro grau. (TJRS, Agravo de Instrumento nº 70013141262, 7ª C. Civ., Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel, j.07/12/2005) (Destaques não contidos no original)

Se a canção “ultrapassou os limites do mau gosto”, conforme afirmou o Des. Ricardo Raupp Ruschel, não caberia ao Poder Judiciário tecer tal juízo de valor, partindo de premissa claramente subjetiva (solipsista).

A letra da música pode levar o ouvinte a reflexões diversas, a partir daquilo que se propõe a interpretar ou que se permite “ouvir”.

Há, sem dúvida, a possibilidade de se enxergar uma mensagem vinculada a um amor/desejo de um homem, supostamente um pai, por sua filha. Noutro contexto, é perfeitamente possível verificar a assimilar, sim, a presença de um amor fraterno, desprovido de qualquer conotação sexual.

Músicas polêmicas como a da banda Bidê ou Balde “passaram de passagem” pelo imaginário popular e sequer são lembradas atualmente (“E rala o Tchan”, “Vai descendo na boquinha da garrafa”, “Só as cachorras”, entre outras). Uma intromissão dessa natureza, ao contrário do que se propôs o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, tem o condão unicamente de provocar um maior acesso e divulgação daquilo que se quis censurar.

E o verbo aqui utilizado não poderia ser outro: censurar!

Em momento algum a música “E por que não”, mesmo na interpretação conferida pelo Poder Judiciário gaúcho, faz apologia a qualquer ilícito penal (artigo 287, do Código Penal Brasileiro), não havendo que se falar, assim, em razoabilidade na intervenção promovida pelo Estado.

Poder-se-ia questionar até que ponto a sociedade, em nome da democracia e da liberdade de expressão, deve tolerar manifestações artísticas dessa natureza? É difícil responder, sobretudo pelo fato de ainda sermos muito imaturos em matéria de liberdade de expressão.

Se a resposta à questão acima é de difícil obtenção, uma coisa é clara: não cabe ao Poder Judiciário decidir o que o cidadão deve ou não ouvir em seus aparelhos eletrônicos. Essa “censura” deve ser feita pela própria sociedade.

Há quem cabe definir se uma música é boa ou ruim?

Decidir se algo é bom ou não passa por um campo de uma subjetividade sem tamanhos, não devendo tal mister ficar ao encargo do Estado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Poder Judiciário exerce um papel essencial na manutenção do Estado Democrático de Direito, de modo que possibilita a qualquer cidadão o acesso às conquistas advindas do novo modelo constitucional.

Diante da inércia na materialização desses direitos, o Poder Judiciário, cada vez mais, tem sido buscado pela sociedade em geral.

O equívoco se concentra na visão contemporânea brasileira de enxergar o Judiciário como o único concretizador de direitos.

Essa condição de protagonista entre os Poderes transformou o Judiciário num verdadeiro “super poder”, de modo que seus membros submeteram-se a uma ascensão, erigindo-se à condição de “deuses do Direito”.

Tece-se essa analogia, uma vez que é recorrente no cotidiano a prática do “dizer o direito” com base em acepções puramente subjetivas e discricionárias, desprovidas de apego ou vinculação à lei.

O Direito tem se transformado naquilo que o intérprete quer que ele seja e, nessa ótica, o Poder Judiciário tem, sim, assumido o papel de superego da sociedade, agindo como uma consciência geral coletiva.

Nessa condição de superego, o Judiciário, por vezes, a exemplo do que se viu no julgamento do Agravo de Instrumento de n.º 70013141262, analisado pela Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, faz as vezes de censor e dita as regras no sentido de delinear o que é ou não moralmente aceito pela sociedade.

Esse não é (e não pode ser) o papel do Poder Judiciário.

Ao magistrado não deve ser conferido o encargo de intérprete ou última instância da consciência social. Não são os juízes os únicos capazes de assegurar a solidez da ordem do Estado Democrático de Direito.

O Judiciário é, sem dúvidas, um Poder essencial à manutenção e concretização dos direitos oriundos do regime democrático posterior à Carta Constitucional de 1988, contudo, não pode assumir o encargo de “consciência coletiva”, passando a delinear todos os valores da sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Uma Teoria Retórica da Norma Jurídica e do Direito Subjetivo**. São Paulo. Ed. Noeses, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo:Saraiva, 2013.

_____. Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em:<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 03/01/2015.

_____. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)**. In: A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Luís Roberto Barroso (organizador). 2ª Edição. Rio de Janeiro : Renovar, 2006.

_____. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdfAcesso em: 02/01/2015.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** 2ª Tiragem. Lumen Juris.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 03 de jan de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgReg em ERESP nº 279.889-AL. 2002. Voto do Ministro Humberto Gomes de Barros.

GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <<http://http://jus.com.br/revisita/texto/12921>>. Acesso em: 02/01/2015.

KRAMER, Larry. **The people themselves – Popular Constitutionalism and judicial review**. Oxford University Press: Oxford, 2004.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do patrimônio público**. 4ª ed. São Paulo:RT, 2010.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. Publicado originalmente como “Justiz as gesellschaftliches Über-Ich – Zur Funktion von rechtsprechung in de ‘vaterlosen Gesellschaft””. In: Faulstich, Werner e Grimm, Gunter E. (orgs.). *Stürzt der Götter?* Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1989. Traduzido por Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Novos Estudos. CEBRAP. Novembro de 2000.

MELO, Marcus Andre. **Hiperconstitucionalização e qualidade da democracia**. In: **Democracia brasileira – balanços e perspectivas para o século 21**. Belo Horizonte: Editora UFMG, p. 255.

SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Coordenadores. Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10^a Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2^a Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Verdade e Consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2011.

RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo de Instrumento n° 70013141262, 7^a C. Civ., Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel, j.07/12/2005. Disponível em: <http://www.mprs.mp.br/in-fancia/jurisp/idt259.htm?impressao=1&>. Acesso em 03 de jan de 2015.

TATE, C. Neal. Why the expansion of judicial power. In: TATE, C. Neal; TORBJÖRN, Vallinder (Ed.). **The global expansion of judicial power**; New York: New York University Press, 1995.

O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: A BUSCA PELA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS

EDUARDA FONTANA E OLIVEIRA MACHADO ¹

RESUMO

O presente trabalho, por meio do método de abordagem dialético e de pesquisas documentais, doutrinárias e jurisprudencial, tem como objetivo analisar a atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas e os limites impostos a este. Para tanto será discutida a questão dos direitos fundamentais sociais no que tange a sua eficácia e justiciabilidade, para posteriormente abordar a discricionariedade administrativa na implementação de políticas públicas, eis que meios de efetivação desses direitos, e os limites orçamentários impostos à esta ação governamental, destacando o confronto que há entre a garantia do Mínimo Existencial e a Reserva do Possível.

Palavras-chave: Direitos Sociais. Políticas Públicas. Controle Judicial.

INTRODUÇÃO

Embora tendo surgido com a Constituição Brasileira de 1934, à época do governo de Getúlio Vargas, os direitos sociais ganharam caráter de fundamentais a pouco menos de três décadas, com a Constituição Federal de 1988, que ineditamente traz em seu segundo capítulo um rol – exemplificativo, por assim dizer – de direitos de cunho positivo.

A reserva de um capítulo, em nossa Carta maior, para garanti-los, só torna mais evidente a grande desigualdade social que há no país, tornando necessária a intervenção estatal para garantir uma melhor qualidade de vida aos cidadãos – ou condições dignas para que indivíduos (sobre)vivam.

Surgiu com isso, um grande número de demandas no judiciário, uma vez que frente às necessidades da população – na área da saúde principalmente - cabe ao Estado cumprir (efetivar) àquilo que a Constituição garante a todos.

Contudo, efetivar tais direitos tem como consequência um aumento nas despesas públicas, de forma que obrigar perante o Poder Judiciário, que o Estado garanta à todos os necessitados, direitos prestacionais, seria o mesmo que atolar o mesmo em dívidas infundáveis.

¹ Discente do 4º período de Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV. E-mail: eduarda.fontana@hotmail.com.

Diante disso, o discurso da “Reserva do Possível”, exposto com maiores detalhes no transcorrer desse trabalho, vem sendo utilizado pelo Estado como um princípio limitador da aplicabilidade dos direitos sociais, eximindo-o de seu dever de cuidado e de garantista da igualdade material em alguns casos concretos.

A implementação de Políticas Públicas surge como um mecanismo por parte do Governo a fim de suprir essas demandas, como um canal de efetivação de direitos sociais fundamentais, estabelecendo metas a serem buscadas pela administração pública e constitucionalmente.

Contudo, impossível é suprir por meio desses programas de ação governamentais todas as demandas sociais, cabendo à Administração optar pelos direitos mais relevantes e necessários no momento.

Esse poder discricionário de que detém o ente público, ao privilegiar certos direitos, faz com que outros, de igual importância, não sejam implementados da maneira que deveriam por meio das políticas públicas, fazendo com que grande parcela da população busque a tutela jurisdicional a fim de satisfazer suas pretensões.

Fica então a dúvida no que tange à essa possível interferência judicial nos assuntos públicos e políticos do Poder Executivo, buscando entender de que maneira o Poder Judiciário poderia limitar a discricionariedade do Governo e ajudar na efetivação dos direitos sociais prestacionais implantados por meio de políticas públicas.

Para tanto, o desenvolvimento deste trabalho se dará por meio do método de abordagem dialético, já que este deduz, segundo Orides Mezzaroba e Cláudia Servilha Monteiro (2005, p. 71), “[...] a arte de saber argumentar e contra argumentar sobre assuntos cuja demonstração, típica dos raciocínios analíticos, não é possível.”

Isso significa expor ideias distintas, e algumas vezes contrárias, sobre o mesmo objeto de estudo desde que bem fundamentadas, evidenciando a importância e influência da realidade na formação e criação de cada teoria.

A utilização do método dialético então, possibilitará uma rica discussão sobre as possíveis maneiras de controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, que será feita por meio de pesquisas bibliográfica, precisamente de análise documental (Constituição Federal de 1988), jurisprudencial e doutrinária.

DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS

A Constituição de 1988 formou-se à imagem dos anseios de todo o povo brasileiro, mostrando grande preocupação com a proteção de direitos humanos, fundamentais à uma vida

mais digna. Incorporou, para isso, os valores mais relevantes dos já vividos Estado Liberal e Estado Social a fim de alcançar uma sociedade mais justa e igualitária.

Nesse contexto, OLSEN (2008, p. 13) nos acrescenta que uma das mais marcantes inovações trazidas pelo novo texto constitucional foi o enquadramento de um rol de direitos antes relegados à Ordem Econômica e Social, considerados hoje, autênticos direitos fundamentais.

Os direitos sociais elencados, principalmente, no artigo 6º na Constituição Federal de 1988² pode ser considerado um passo jurídico-político importantíssimo, garantindo (ao menos no “papel”) que aqueles cidadãos mais necessitados terão especial atenção do Estado, cuja meta ou finalidade – de acordo com o que traz o “novo” texto constitucional – é a concretização da igualdade social.

Em concordância, entende Alexandre de Moraes que eles (os direitos sociais) são:

[...] direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado Democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal. (2007, p. 177).

São, ademais, direitos mais amplos, com vistas a proteger direitos individuais de suma importância, como por exemplo, o direito à vida. Direitos que podem ser vistos também, como deveres impostos ao Estado, na medida em que este deve se projetar a cumprir o que suas normas prescrevem, eis que fundamento do próprio Estado Democrático de Direito.

Contudo, intenso é a discussão sobre a fundamentalidade, ou não, deles, já que doutrinadores e aplicadores do próprio direito não se mostram pacíficos, tendo quem defenda até a sua inexistência³.

Nesse sentido, a doutrina de Ingo Sarlet, defende seu caráter fundamental, uma vez que os direitos sociais são parte integrante e fundamental da Constituição Brasileira de 1988 (fundamentalidade em sentido formal⁴) e, além disso, corolário lógico do princípio da Dignidade

² Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

³ Cf., por exemplo, Fernando Atria, “Existem Direitos Sociais?” in: Cláudio Ari Mello (Coord.), *Os Desafios dos Direitos Sociais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 09-46.

⁴ “A fundamentalidade em sentido formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos devidamente adaptados ao nosso direito constitucional pátrio: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice do ordenamento jurídico, de tal sorte que – neste sentido – se cuida de direitos de natureza supralegal; b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF), cuidando-se, portanto (pelo menos num certo sentido) [...] de direitos pétreos [...]; c) por derradeiro, cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma

da Pessoa Humana, pilar da ordem jurídica vigente (fundamentalidade em sentido material⁵).

Acompanhando essa corrente, pode-se dizer (devido ao grande reconhecimento dos direitos fundamentais no passar dos séculos) que a vontade do poder constituinte de 1988 em afirmá-los foi tamanha, que para além daquilo que está posto, o texto constitucional proporcionou, com a “cláusula de abertura”⁶, o reconhecimento de outros direitos – sejam eles derivados da própria interpretação de seu texto, ou de Tratados Internacionais – o que nos leva a desviar de qualquer leitura reducionista,

[...] já que sem dúvida se cuida de posições que – independentemente de outras razões que possam justificar a fundamentalidade no plano material e axiológico - já de partida receberam no momento do pacto constitucional fundante a proteção e força normativa reforçada peculiar dos direitos fundamentais pela relevância de tais bens jurídicos na perspectiva dos “pais” da Constituição (o que, aliás, aponta para uma legitimação democrática, procedimental e deliberativa, mas também substancial!), decisão esta que não pode pura e simplesmente ser desconsiderada pelos que (na condição de poderes constituídos!) devem, por estar diretamente vinculados, assegurar a esses direitos fundamentais a sua máxima eficácia e efetividade. (SARLET, 2009, p. 222)

Isso nos remete a assuntos conturbados na área do Direito Constitucional, uma vez que apesar de sua aplicabilidade imediata garantida pela Constituição Federal⁷, ainda se mostram carentes no que tange a exigibilidade.

A EFICÁCIA E JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Como dito anteriormente, normas definidoras de direitos sociais, são normas que desde sua entrada em vigor têm encontrado limites quanto a sua exigibilidade.

Isso acontece, porque apesar de sua aplicabilidade imediata (artigo 5º, §2º da CF), demandam uma ação positiva do Estado para satisfazer aquilo que está em seu texto, como é o caso do

imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, §1º, da CF)”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 86-87).

⁵ A fundamentalidade em sentido material “[...] decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade.” SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 86-87).

⁶ Art. 5º, §2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁷ Art. 5º, § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

direito à saúde, por exemplo, que necessita da disponibilidade de recursos públicos e, em certos casos, da interferência do Poder Judiciário caso aquele não cumpra com o que lhe foi destinado.

Isso porque direitos sociais, segundo José Afonso da Silva são normas de caráter programático, ou seja, princípios dirigidos aos Poderes constituídos, a serem observados na realização de suas atividades, e dirigidos aos fins sociais do Estado (SILVA, 2001, p. 138).

De acordo com o citado autor, normas garantidoras de direitos sociais são normas de eficácia limitada, eis que exigem do legislador uma integração infraconstitucional para que possam surtir o efeito que seu texto requer (SILVA, 2001, p. 139), o que se mostra equivocado se comparado com o § 1º do artigo 5º de nossa Constituição Federal, que diz que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. (Grifo nosso)

E, nessa linha de pensamento, segue Daniel Sarmiento, para quem

Conceber direitos sociais como normas programáticas implica deixá-los praticamente desprotegidos diante das omissões estatais, o que não se compatibiliza nem com o texto constitucional, que consagrou a aplicabilidade imediata de *todos* os direitos fundamentais (art. 5º, Parágrafo 1º), nem com a importância destes direitos para a vida das pessoas. O (2010, p. 193.)

Somando-se a este entendimento o da corrente majoritária doutrinária, o modelo que melhor se aplica é o de direito fundamental *prima facie*⁸, segundo o qual direitos sociais devem ser ponderados antes de sua aplicação imediata, em cada caso concreto, com outros bens jurídicos – ou direitos em sentido contrário, que possam estar em jogo, mediante análise da proporcionalidade (SARMENTO, 2010, p. 195).

Sendo assim, indispensável é a análise de cada caso em questão, do qual pode decorrer uma necessidade urgente, garantida pelas normas de direitos sociais, e aquilo de que o Estado pode dispor para satisfazê-la.

⁸ “Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*. Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contrarrazão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas.” ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 103-104.

Pois como se sabe, direitos sociais possuem uma dimensão economicamente relevante, ou seja, possuem custos, demandam uma ação positiva por parte desse órgão para que possam ser observados.

Contudo, o Poder Executivo, à quem essas normas são dirigidas, muitas vezes não dispõe de recursos suficientes para satisfazer as demandas de toda uma sociedade, que desde os tempos remotos já se mostra marcada por uma grande desigualdade social e, consequentemente, pobreza.

Casos assim fazem com que o Poder Judiciário seja a saída para efetivação, em alguns casos, dos direitos sociais, como um instrumento importante na fiscalização da atuação do ente público, para que este não se valha reiteradamente de discursos como o da “Reserva do Possível” (visto mais à frente) para se afastar de suas responsabilidades.

POSSÍVEIS LIMITES À APLICAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL

Foi na Alemanha que surgiram as primeiras discussões sobre a existência de um rol mínimo de direitos necessários à uma vida digna (MOREIRA, 2011, p. 154).

O chamado Mínimo Existencial, termo que o define, apesar de não explícito no Ordenamento Jurídico brasileiro, é fundamento da própria ideia de Direitos Humanos e da Dignidade da Pessoa Humana, devendo ser observado implicitamente da leitura do texto constitucional e de todos os valores que este carrega.

Assim define Ingo Sarlet:

[...] a atual noção de um direito fundamental ao mínimo existencial, ou seja, de um direito a um conjunto de prestações estatais que assegure a cada um (a cada pessoa) uma vida condigna, arranca da ideia de que qualquer pessoa necessitada que não tenha condições de, por si só ou com auxílio de sua família (a depender do caso) prover o seu sustento, tem direito ao auxílio por parte do Estado e da sociedade, [...] (2013, p.307)

De forma mais detalhada, Daniel Sarmento acrescenta a esta ideia, que o direito ao **Mínimo Existencial**

[...] ostenta tanto uma dimensão negativa como uma positiva. Na sua dimensão negativa, opera como um limite, impedindo a prática de atos pelo Estado ou por particulares que subtraíam do indivíduo as referidas condições materiais indispensáveis para uma vida digna. Já na sua dimensão positiva, ele envolve um conjunto essencial de direitos prestacionais. (2010, p. 204)

Depreende-se daí, que além do dever de proteção, o ente público deve garantir a todo e qualquer cidadão o mínimo de direitos necessários para sua (sobre)vivência. O que não é visível diante das péssimas condições de vida de grande parte da população brasileira.

O (re)conhecimento de tal garantia possibilitou que muitos cidadãos aprendessem o caminho da tutela jurisdicional, exigindo do Estado a execução daquilo que a constituição prevê, como o direito de todos à saúde, à educação, à previdência social, entre outros.

Contudo, diante desse tipo de pretensões economicamente relevantes, vale dizer, que demandam disponibilidade de recursos, faz com que o ente público utilize-se reiteradamente de discursos baseados na Reserva do Possível⁹, que nas palavras do Ministro do Celso de Mello

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. (ADPF nº 45, de 04 de maio de 2004.)

O conceito da Reserva do Possível também teve origem germânica, em que a Corte Constitucional da Alemanha reconheceu a existência de limites fáticos à aplicação de alguns direitos.

Contudo, a realidade alemã é diversa da brasileira. Enquanto aquele é um país desenvolvido e que já garante a todos seus cidadãos o mínimo existencial, o mesmo não se pode dizer do Brasil, que ainda é um país em desenvolvimento.

O Poder Público, então, não deveria utilizar esse discurso com intuito de livrar-se de suas responsabilidades, ele deve comprovar a insuficiência de recursos, se for o caso, para que não se viole partes de grande valor da Constituição, já que a Reserva do Possível é um argumento limitado pelo Mínimo Existencial, como reforça o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável **limitação na garantia constitucional do mínimo existencial**, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da es-

⁹ “A expressão “reserva do possível” foi difundida por uma célebre decisão da Corte Constitucional alemã, proferida em 1972, e conhecida como o caso *Numerus Clausus*, que versou sobre a validade da limitação do número de vagas em universidades públicas, [...] frisou que este direito “se encontra sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo razoavelmente exigir da sociedade””. SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 196.

sencial dignidade da pessoa humana. (...) A noção de ‘mínimo existencial’, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). (**ARE 639.337-AgR**, rel. min. **Celso de Mello**, julgamento em 23-8-2011, Segunda Turma, *DJE* de 15-9-2011.) (Grifo nosso).

De suma importância então se mostra a atuação do Poder Judiciário na ponderação entre interesses públicos e sociais, atuando de forma a proteger os mais necessitados quando não lhes é garantido o Mínimo Existencial, ou fiscalizando as políticas públicas, eis que instrumento de efetivação de direitos fundamentais sociais.

OS DIREITOS SOCIAIS E AS POLÍTICAS PÚBLICAS

Os direitos sociais, elencados e protegidos pela Constituição Federal de 1988, são normas, como já dito, de aplicabilidade imediata. Contudo, grande é a discussão e dificuldade no que tange a aplicação dessas normas, tendo em vista a necessidade de disponibilidade de recursos financeiros para efetivá-los.

O ente público, a quem essas normas são dirigidas, usam o discurso da Reserva do Possível como tábua de salvação, uma vez que esses direitos são “caros” e sobrecarregam os cofres públicos.

Contudo, esse não pode se valer sempre desta cláusula e abster-se de suas responsabilidades para com a sociedade. O direito do Estado à Reserva do Possível não se reduz apenas a sua mera declaração, sendo indispensável sua comprovação, já que limita direitos e garantias constitucionais.

Diante disso, para uma melhor gestão, em atendimento aos preceitos legais e às necessidades do povo brasileiro, o Poder Executivo pode se valer das chamadas políticas públicas, que são meios de se estabelecer prioridades para a aplicação das normas de direitos sociais.

Em consonância com essa linha de pensamento, nos acrescenta Américo Bedê Freire Júnior (2005, p. 47), para quem difícil a definição do conceito de Políticas Públicas, que de um modo geral “pretende significar um conjunto ou uma medida isolada praticada pelo Estado com o desiderato de dar efetividade aos direitos fundamentais ou ao Estado Democrático de Direito”.

Em outras palavras, esclarece o autor que “as políticas públicas são os meios necessários para a efetivação dos direitos fundamentais, uma vez que pouco vale o mero reconhecimento formal de direitos se ele não vem acompanhado de instrumentos para efetiva-los” (FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 48).

A reserva do possível então, é tida em certos casos, como limitadora à implementação dos direitos sociais por meio de políticas públicas, tendo a Administração Pública papel fundamental na resolução da questão, compatibilizando os direitos em conflito em cada caso, e fazendo prevalecer o que aparenta ser de maior relevância no momento (SOUZA, 2013, p. 209).

Como atenta Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 264), as políticas públicas devem ser vistas como “processo ou conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito”, ou seja, o Estado para atingir ao máximo as metas estipuladas pela Constituição e por seu plano administrativo, utiliza-se de seu poder de escolha para ponderar interesses, e decidir pelo que possui maior relevância ao próprio Direito.

Esse poder de escolha que detém o ente público é conhecido como poder discricionário, que deve estar sempre de acordo com o princípio da razoabilidade e com os preceitos legais, sob pena de se incorrer em abuso de poder ou arbitrariedade.

OS LIMITES AO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO

Para que a Administração Pública atue em consonância com os fins constitucionais deve priorizar em seu orçamento aqueles direitos que se mostram mais necessários à sociedade, como a saúde, educação, alimentação, etc., eis que difícil é a tarefa de atender a todas as demandas de um povo cujo país ainda se encontra em desenvolvimento, marcado por desigualdades, injustiça e pobreza.

Entretanto a discricionariedade administrativa não pode se dar de forma tão livre e abstrata, estando limitada pelos fins legais, pela Constituição vigente e pelos princípios e direitos fundamentais que dela emanam, sob pena de ser tida como arbitrária.

Sendo que se o agente estatal for além desses limites ou, aquém de suas obrigações para com o corpo social, cabe então ao Poder Judiciário intervir a fim de garantir a ordem e os fins estabelecidos pela Constituição Federal, como defende Juliana Maia Daniel:

[...] sempre que a conduta da administração ultrapassar os limites da discricionariedade – limites esses que vão além da finalidade legal, englobando os princípios fundamentais e o dever de boa administração – o Poder Judiciário, uma vez provocado, está autorizado a intervir. (2013, p. 107)

Passaremos então a uma breve análise do poder discricionário, a fim de compreender sua origem e seus limites para, posteriormente, chegarmos ao objetivo do presente trabalho, qual seja: a análise da atuação do Poder Judiciário, já que defensor e guardião da Ordem Jurídica nacional, frente a não implementação dos direitos sociais por meio das políticas públicas.

AS LIMITAÇÕES IMPOSTAS À DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Indispensável é a análise da origem e dos limites impostos ao poder discricionário do agente público, já que este é o responsável pela aplicação das normas de direitos sociais, retirando-a do plano meramente formal da Constituição Federal e dando efetividade a elas por meio de políticas públicas.

Sob a perspectiva do poder discricionário, Juliana Maia Daniel (2013, p. 96) acredita que há uma distinção rígida em sua composição, entre “atos vinculados” e “atos discricionários”, definindo aquele como sendo uma ação completamente predeterminada pela lei, em que para o agente só existiria um único caminho de resolução para o caso concreto; e este, existiria “quando a lei não teria previsto exatamente todos os elementos para a atuação do administrador, reservando-lhe uma margem de liberdade de apreciação subjetiva em uma dada situação concreta, segundo critérios de conveniência e oportunidade”.

Entretanto, a citada autora defende a ideia de que apesar de pertinente é utópica a divisão e crença de que tanto atos vinculados como os atos discricionários poderiam ser realizados de maneira absolutas, uma vez que

Como toda criação de Direito, a atuação administrativa situar-se-á entre os polos de inteira liberdade e rigorosa vinculação, sem que as extremas possibilidades jamais se realizem. Afinal, da mesma forma que a vinculação não sucumbe a um “*guia ou prontuário repleto e não-lacunoso para solução de casos*”, a discricção completamente desvinculada resulta em arbitrariedade, o que jamais encontra respaldo na Carta Constitucional. (DANIEL, 2013, p. 96-97)

Posto isso, relevante é entender que a discricionariedade é um mecanismo necessário frente à abertura normativa que o texto constitucional impõe, afinal não é possível ao Parlamento legislar sobre todos os assuntos e interesses sociais, sendo imprescindível uma margem de livre atuação para que ente público conduza a vida em sociedade.

Não obstante essa margem de liberdade que possui a administração pública, constantemente as decisões estatais tornam-se arbitrarias, obstaculizando a efetivação de direitos sociais em razão de outras medidas ou ações governamentais que julga mais importante.

A LEGALIDADE DAS DESPESAS PÚBLICAS

Políticas públicas, discricionariedade administrativa e orçamento são conceitos intrinsecamente ligados e interdependentes. Afinal, para que se alcance as metas e objetivos constitucionais, estabelecidos principalmente pelas políticas públicas, é necessário ao Estado o planejamento sobre suas finanças ou, nas palavras de Regis Fernandes de Oliveira

A decisão de gastar é, fundamentalmente, uma decisão política. O administrador elabora um plano de ação, descreve-o no orçamento, aponta os meios disponíveis para seu atendimento e efetua o gasto. A decisão política já vem inserta no documento solene de previsão de despesas. (2006, p. 246)

Apreende-se daí, que o orçamento, estabelecido sob a forma de três leis pela Constituição Federal de 1988 – Lei do Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e Lei Orçamentária Anual (LOA)¹⁰ – além de objetivar o desenvolvimento nos planos econômico e social, pode, em alguns casos, atuar como limite à implementação de direitos fundamentais, uma vez que ao Poder Executivo cabe executar apenas aquilo que está previsto nas Leis Orçamentárias e que foi autorizado pelos Representantes do povo.

Dentre esses limites encontra-se, por exemplo, o argumento do agente estatal pautado na Reserva do Possível frente às constantes demandas ingressadas no Poder Judiciário, principalmente no que tange aos direitos sociais, caracterizados pelo dever de prestação e, que apesar de sua aplicabilidade imediata garantida pelo texto constitucional, encontra limites fáticos à sua realização.

O problema surge, quando frente à supremacia desses direitos fundamentais na contemporaneidade, o Poder Judiciário decide por sua execução em todo e qualquer caso, sem considerar os prejuízos que tal concessão poderia causar nos cofres públicos, ou pior, sem considerar que sua decisão poderia sobrecarregar o erário, o que a longo prazo tenderia a um colapso na ordem econômica do país.

Nesse sentido, atual e polêmica é a discussão referente a colisão entre normas de direitos fundamentais e normas orçamentárias, o que diante deste embate nos leva a questionar se o Poder Executivo poderia ir além daquilo que impõem o Poder Legislativo para dar cumprimento a uma decisão judicial.

Esse é um ponto de grande relevância para o Direito, uma vez que a decisão judicial pela aplicação de uma norma social, como é o caso do direito à saúde e a concessão de remédios,

¹⁰ Art. 165, *caput*, “Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I - o plano plurianual; II - as diretrizes orçamentárias; III - os orçamentos anuais”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2007;

poderia prejudicar a sociedade como um todo, na medida em que opta pela aplicação dos recursos já previstos no orçamento público, cuja destinação seria voltada para toda coletividade, para resolver casos particulares e individuais.

Nessa mesma linha de pensamento segue Cesar Augusto Alckmin Jacob, para quem:

Questão reflexa, portanto, é saber se esse controle da conformação de determinada política pública com o Direito, levando em consideração a característica generalista desses programas sociais e o fato de que qualquer interferência feita pode acabar por prejudicar todas as metas almejadas, enfim, se esse controle pode ser feito – ou é recomendado que seja – por demandas individuais, ou seja, difusa ou concretamente do ponto de vista processual. (2013, p. 262)

Indispensável então é a análise do princípio da separação dos poderes, fundamento da ordem jurídica vigente e redigido na forma do artigo 2º da Constituição Federal de 1988, para que se possa compreender essa possível “invasão” do Poder Judiciário nas outras esferas de poder e, saber se esta é justificável no paradigma atual.

A SEPARAÇÃO DOS PODERES E A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO

O princípio da separação dos poderes, cuja existência já ultrapassa dois séculos¹¹, é conceituado por Nuno Piçarra como sendo:

[...] a distinção material das funções estaduais, devendo o desempenho de cada uma delas caber a um órgão ou grupo de órgãos específicos, independentemente dos demais; [...] há-de fazer com que cada um constitua perante o outro um freio e simultaneamente um contrapeso, prevenindo-se assim a concentração e o abuso do poder, a favor da liberdade individual. (1989, p.12-13)

Esse princípio, redigido na forma do artigo 2º da atual carta constitucional, representa um dos pilares do nosso Estado Democrático de Direito, tendo por objetivo, como se depreende do concito ora citado, a proteção dos direitos humanos.

Sendo assim, argumentos do ente público pautados em tal princípio, cujo objetivo seria inviabilizar a prestação de um direito perante o Judiciário, se mostrariam inválidos ao meu ver, já que a própria definição e origem da separação dos poderes é voltada a proteção de direitos. Pensamento esse, reforçado por um atual julgamento do Supremo Tribunal Federal:

¹¹ Segundo Nuno Piçarra “é indubitável que a doutrina ou teoria da separação dos poderes tem desempenhado um papel primordial na conformação do tipo de Estado que, a partir da revolução Inglesa, da que deu origem aos Estados Unidos da América e, sobretudo, da Revolução Francesa, se foi propagando a todo o mundo ocidental, no decurso dos últimos dois séculos.”. PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como doutrina e Princípio Constitucional**. Lisboa: Coimbra Editora Limitada, 1989, p 11.

O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes, inserto no art. 2º da Constituição Federal. (**RE 669.635-AgR**, rel. min. **Dias Toffoli**, julgamento em 17-03-2015, Segunda Turma, DJE de 13-4-2015)

A questão da aplicação de direitos fundamentais sociais por meio de políticas públicas merece grande atenção, já que, como atenta Maria Dallari Bucci (2006, p. 241), “adotar a concepção das políticas públicas em direito consiste em aceitar um grau maior de interpenetração entre as esferas jurídica e política ou, em outras palavras, assumir a comunicação que há entre os dois subsistemas [...]”.

Entretanto, apesar dessa comunicação entre as esferas jurídica e política, a atuação do Poder Judiciário não pode se dar de forma indiscriminada – mesmo quando o assunto são os direitos fundamentais -, pois isso poderia ser considerado uma “ilegítima invasão de poder reservado a outra função estatal.” (FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 51).

Então qual seriam os limites impostos ao Poder Judiciário ao controle de políticas públicas? Poderia ele decidir pela supremacia dos direitos fundamentais sem levar em consideração os limites e planejamentos previstos no orçamento? Este ainda é um tema polêmico, visto que a doutrina e jurisprudência não possuem um entendimento uníssono.

Penso que, de acordo com o princípio da separação de poderes cabe ao Poder Executivo realizar o que está previsto no orçamento, e que por sua vez foi autorizado pelo Legislativo, eis que as duas esferas de poder representam escolhas feitas pelo povo para cumprir suas funções, delineadas pela Constituição Federal.

Nas palavras de Américo Bedê Freire Júnior os juízes não são legitimados pelo povo,

“[...] não são eleitos e, mesmo nos países em que são eleitos, não o são para a função de elaborar o direito. [...] Por melhor intencionado que estivesse o magistrado, sua ação careceria de conteúdo constitucional, configurando-se, invariavelmente, num arbítrio. Haveria, portanto, um insanável déficit democrático na atuação de juízes exercendo controle de atividades políticas.” (2005, p. 51)

Contudo, mesmo essa sendo a regra, acredito que em situações excepcionais – inexistência de políticas públicas ou sua implementação de forma insuficiente – caberia ao Poder Judiciário intervir já que uma de suas funções constitucionais é a de garantir a intangibilidade dos direitos fundamentais, que em grande parte, como é o caso de uma parcela dos direitos sociais, necessitam de políticas públicas para que sejam observados. Posição essa que encontra amparo no relato do Ministro Luiz Fux do Supremo Tribunal Federal:

A controvérsia objeto destes autos – possibilidade ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do STF na SL 47-AgR, rel. min. Gilmar Mendes, DJ de 30-4-2010. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do ‘mínimo existencial’ e da ‘reserva do possível’, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. (RE 642.536-AgR, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 5-2-2013, Primeira Turma, DJE de 27-2-2013).

Conclui-se, portanto, no sentido de que os limites impostos ao controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário encontram limites no próprio texto constitucional e nos princípios que dele emanam, com destaque para o princípio da separação de poderes. Sendo que apenas em casos de violação deste texto, como guardião da ordem jurídica, sua interferência seria justificada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente trabalho foram analisados o conceito, a aplicabilidade e a justificabilidade das normas definidoras de direitos sociais, cujo caráter programático cria obrigações ao Poder Executivo e aos fins sociais do Estado.

Ademais, foi exposto o embate existente entre o Mínimo Existencial e a Reserva do Possível a fim de entendermos as limitações fáticas no que tange à aplicação de todo e qualquer direito social, devendo o Estado ponderar os interesses sociais e escolher os direitos mais necessários à sociedade para implementá-los por meio de políticas Públicas.

Nesse sentido caberia ao Poder Executivo, eis que legitimado pelo povo, executar aquilo que foi programado e permitido pelo Poder Legislativo nas Leis Orçamentárias, já que a decisão referente às suas funções – implementação de políticas públicas – é eminentemente política, sendo temerária a intervenção do Poder Judiciário nestas esferas de poder.

Entretanto, penso que em situações excepcionais, havendo omissão constitucional fundada na não garantia dos direitos fundamentais, justificaria a intervenção do Poder Judiciário para garantia de um mínimo existencial fundado nos direitos em tela, já que as normas programáticas não poderiam ser efetivadas apenas num juízo de discricionariedade da Administração Pública, sob pena de se frustrarem legítimas expectativas depositadas pela população em seus governantes.

Casos assim justificariam a intervenção do Judiciário para garantir a efetividade das políticas públicas fulcradas na dignidade da pessoa humana, não se configurando, portanto,

como ofensa à separação constitucional dos poderes da República. Muito pelo contrário, apenas, visa cumprir mandamentos constitucionais de eficácia plena e imediata, garantindo a observância do princípio hermenêutico da unidade da Constituição e do poder normativo de suas disposições.

Tem-se, pois, que o ativismo judicial fundado na garantia de um Mínimo Existencial vinculado aos direitos e garantias fundamentais se dá com base num verdadeiro controle de constitucionalidade, sob pena de inadmissível violação à máxima eficácia da Constituição.

Há de se considerar, contudo, que a intervenção judicial para fim de garantia das políticas públicas deverá se dar com ponderações, respeitando a estrita legalidade e os princípios implícitos da proporcionalidade e da razoabilidade. Havendo uma omissão constitucional, violadora dos direitos e garantias fundamentais e de seu núcleo axiológico – a dignidade da pessoa humana -, a intervenção judicial nas políticas públicas será medida que se impõe.

Tudo isso nada mais é do que o Poder Judiciário cumprindo seu papel essencial, qual seja, garantir o integral cumprimento das políticas públicas voltadas à garantia da dignidade da pessoa humana (ativismo judicial fundado na observância da supremacia da Constituição).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008;

ATRIA, Fernando. “Existem Direitos Sociais?”. In: MELLO, Cláudio Ari (Coord.). **Os Desafios dos Direitos Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 09-46.

BRASIL. Constituição [da] República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2007;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 45, de 04 de maio de 2004. Disponível em: <<http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPauloLeivas/arquivos/ADPF45.htm>>. Acesso em: 17 mai. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 642.536-AgR**. Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 5-02-2013, Primeira Turma, DJE de 27-2-2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 669.635-AgR**, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 17-03-2015, Segunda Turma, DJE de 13-4-2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 639.337-AgR**, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 23-8-2011, Segunda Turma, DJE de 15-9-2011.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DANIEL, Juliana Mania. Discricionariedade Administrativa em Matéria de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.); WATANABE, Kazuo (Coord.). **O controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: RT, 2005.

JACOB, Cesar Augusto Alckmin. O Orçamento e a “Reserva do Possível”: Dimensionamento no Controle Judicial de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.); WATANABE, Kazuo (Coord.). **O controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MEZZAROBIA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA, Aline da Matta. **As restrições em torno da Reserva do Possível: Uma análise Crítica**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: RT, 2006.

PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como doutrina e Princípio Constitucional**. Lisboa: Coimbra Editora Limitada, 1989.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009, p. 213-253.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 86-87.

_____. Dignidade Humana, Mínimo Existencial e Jurisdição Constitucional. In: ALEXY, Robert (Org.); BAEZ, Narciso Leandro Xavier (Org.); SANDKÜHLER, Hans-Jörg (Org.); HAHN, Paulo (Org.). **Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais Cíveis e Sociais: um diálogo entre Brasil e Alemanha**. Joaçaba: 2013, p. 305-334.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidades das normas constitucionais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001

SOUZA, Lucas Daniel Ferreira de. Reserva Do Possível E O Mínimo **Existencial**: embate entre direitos fundamentais e limitações orçamentárias. **Revista Faculdade de Direito Sul de Minas**, Pouso Alegre, v.29, n.1, p. 205-226, jan./jun. 2013. Disponível em: <<http://www.fdsm.edu.br/site/posgraduacao/volume2013.1/08.pdf>>. Acesso em: 17 de maio de 2015.

PARA UMA EMANCIPAÇÃO CURRICULAR NOS CURSOS JURÍDICOS: OS ESPAÇOS DE MEMÓRIA E OS MOVIMENTOS SOCIAIS

LÍVIA SALVADOR CANI¹

RESUMO

Esta pesquisa analisa a utilização do tripé educacional do ensino superior brasileiro, pesquisa, ensino e extensão, de acordo com o artigo 207 da Constituição Federal de 1988. Este tripé, conforme proposição desta pesquisa será utilizado, como espaços de resgate da memória para a ressignificação dos movimentos sociais existentes no Brasil, pelos cursos jurídicos. Procura-se verificar o ensino jurídico brasileiro para além de um dogmatismo, estrutura marcante nos cursos de direito, utilizando-se da pesquisa, ensino e extensão como ferramentas de resgatar a memória e conscientizar o educando da realidade social. A importância do resgate da memória dos movimentos sociais é fundamental para a construção de um diálogo, universidade e sociedade. Em um segundo momento, a partir do projeto pedagógico emancipatório de Boaventura de Sousa Santos, será analisado de que maneira é possível a ressignificação dos movimentos sociais nos currículos jurídicos, objetivando a emancipação do futuro operador do direito. A roupagem metodológica deste artigo se limitará a uma pesquisa qualitativa bibliográfica de cunho descritivo.

Palavras-chave: Memória. Ensino Jurídico. Movimentos Sociais. Currículo.

INTRODUÇÃO

Os últimos vinte anos, o Brasil foi marcado pela expansão do ensino superior, com uma significativa expansão dos cursos jurídicos. Estes cursos, tradicionalmente elitizados no Brasil, vêm reafirmando seu status a partir de um ensino que privilegia as relações privadas formando um graduando alienado socialmente. Entretanto, as faculdades de Direito, devem assumir um papel que vise ir além da formação tradicional, visando uma compreensão jurídica crítica e conscientes da realidade social.

Este tripé é a base da educação superior no Brasil, estando previsto no artigo 207 da Constituição da República Federativa do Brasil, sendo estes três elementos indissociáveis, e a partir destes, almeja-se a sua utilização como espaços de resgate dos movimentos sociais. A comunicação das universidades com os movimentos sociais é uma maneira de trazer para a

¹ Mestra em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV, Pós Graduada em Direito Individual e Processual do Trabalho pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV, professora da Faculdade Castelo Branco. Advogada. Email: liviascani@gmail.com.

pesquisa, ensino e extensão a realidade de luta por reconhecimentos dos movimentos sociais, objetivando a formação de um cidadão crítico.

Propõe-se uma formação além do dogmatismo, procurando cumprir a Resolução 09/2004, do Conselho Nacional de Educação, que institui as Diretrizes Curriculares Nacionais dos Cursos de Direito, desenvolvendo no corpo discente uma formação humanística.

A questão fulcral é a crise do ensino jurídico, com a prevalência do dogmatismo e a alienação deste curso com a realidade social existente. Propõe-se com a utilização destes espaços, uma maneira de conscientizar o graduando, para a sua futura atuação profissional e também como cidadão.

Inicialmente será desenvolvida uma análise do ensino jurídico além do dogmatismo e a utilização dos espaços de resgate da memória. E em um segundo momentos, a partir do projeto pedagógico emancipatório de Boaventura de Sousa Santos, verifica-se de que maneira é possível uma ressignificação dos movimentos sociais pelos currículos jurídicos.

Objetiva-se nesta pesquisa analisar o ensino jurídico além do dogmatismo; descrever a utilização da pesquisa, ensino e extensão como espaços de resgate da memória, bem como verificar a ressignificação dos movimentos sociais nos currículos jurídicos a partir do projeto pedagógico emancipatório de Boaventura de Sousa Santos.

Diante do exposto, e sem a pretensão de exaurir a temática, pretende através estudo analisar de que forma que a pesquisa, ensino e extensão utilizados como espaços de memória podem ser ferramentas de ressignificação dos movimentos sociais nos currículos jurídicos, a partir do projeto pedagógico emancipatório de Boaventura de Sousa Santos. A roupagem metodológica deste ensaio é uma pesquisa qualitativa bibliográfica, de cunho descritivo.

Diante do exposto, esta pesquisa funda-se no seguinte questionamento: Em que medida um currículo pós crítico nos cursos jurídicos, utilizando-se da pesquisa, ensino e extensão como espaços de resgate da memória, poderão servir de forma a ressignificar os movimentos sociais?

A ESTRUTURA DO ENSINO SUPERIOR NO BRASIL E OS CURSOS JURÍDICOS PARA ALÉM DE UM DOGMATISMO

A educação brasileira é regulamentada pela Lei 9.394 de 20 de dezembro de 1996, instituindo as Diretrizes e Bases da Educação brasileira – LDB, esta legislação estabelece desde a educação básica até o ensino superior. Em relação ao último ciclo da educação, o ensino superior, a LDB disciplina ao longo do Capítulo IV, finalidade, estrutura organizacional, dentre outros pontos. O artigo 43 ao dispor sobre a finalidade do ensino superior é enfático:

Art. 43º. A educação superior tem por finalidade:

- I - estimular a criação cultural e o desenvolvimento do espírito científico e do pensamento reflexivo;
- II - formar diplomados nas diferentes áreas de conhecimento, aptos para a inserção em setores profissionais e para a participação no desenvolvimento da sociedade brasileira, e colaborar na sua formação contínua;
- III - incentivar o trabalho de pesquisa e investigação científica, visando o desenvolvimento da ciência e da tecnologia e da criação e difusão da cultura, e, desse modo, desenvolver o entendimento do homem e do meio em que vive;
- IV - promover a divulgação de conhecimentos culturais, científicos e técnicos que constituem patrimônio da humanidade e comunicar o saber através do ensino, de publicações ou de outras formas de comunicação;
- V - suscitar o desejo permanente de aperfeiçoamento cultural e profissional e possibilitar a correspondente concretização, integrando os conhecimentos que vão sendo adquiridos numa estrutura intelectual sistematizadora do conhecimento de cada geração;
- VI - estimular o conhecimento dos problemas do mundo presente, em particular os nacionais e regionais, prestar serviços especializados à comunidade e estabelecer com esta uma relação de reciprocidade;
- VII - promover a extensão, aberta à participação da população, visando à difusão das conquistas e benefícios resultantes da criação cultural e da pesquisa científica e tecnológica geradas na instituição. (BRASIL)

Este dispositivo ao regulamentar o desenvolvimento do espírito científico e do pensamento reflexivo como finalidade da educação superior, almeja não somente a formação técnica profissional do estudante, como também formar um sujeito consciente da sociedade na qual está inserido. Isso ainda se verifica, quando propõe estimular o conhecimento dos problemas do mundo presente e prestar serviços a comunidade, com quem manterá uma relação de reciprocidade (BRASIL).

A educação superior brasileira, de acordo com esta legislação está baseada, no seguinte tripé: pesquisa, ensino e extensão, devendo as universidades, conforme art. 52 da LDB, promover e estimular o seu desenvolvimento. Esta mesma lei estabelece diversas outras normas, assegurando diversos direitos e obrigações do ensino superior.

Há sem dúvida que se destacar, nesta mesma perspectiva, que o artigo 207 da Constituição da República Federativa do Brasil estabelece que as universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão (BRASIL).

É possível verificar, a forte ligação entre os termos, haja vista o princípio da indissociabilidade entre estes, previstos na Carta Magna. Seja a pesquisa, ensino ou extensão, devem possuir igualdade de tratamento e cumpridos na sua integralidade, junto às instituições de ensino superior.

Moita e Andrade (2009) acreditam que a indissociabilidade é um princípio orientador da qualidade da produção universitária, porque afirma como necessária a tridimensionalidade do fazer universitário autônomo, competente e ético.

Ainda sobre o tripé do ensino superior brasileiro, acredita Martins:

Os processos de transmissão e apropriação do saber historicamente sistematizado, a pressupor o ensino; processos de construção do saber, a pressupor a pesquisa e os processos de objetivação ou materialização desses conhecimentos, a pressupor a intervenção sobre a realidade e que, por sua vez, retornam numa dinâmica de retroalimentação do ensino e pesquisa. (MARTINS, s/d, p. 05)

Mesmo que cada termo designe ao desenvolvimento de uma atividade específica, verifica-se a existência de uma rígida correlação entre estes, devido ao princípio da indissociabilidade nas instituições de ensino superior, ocorrendo a sua execução de maneira concomitante.

O ensino é tudo aquilo que envolve a transmissão de conhecimento, através das disciplinas ofertadas nos cursos conforme o que determina os currículos de cada curso superior, já a pesquisa, é fortemente desenvolvida com programas de pós graduação strictu sensu e a extensão surgiu devido a demanda da sociedade, exigindo uma intervenção técnico científica.

A resolução nº 09/2004 do Conselho Nacional de Educação, que institui as Diretrizes Curriculares Nacionais dos Cursos de Direito, dispõe no artigo 2º, §1º, inciso VIII que o projeto pedagógico deverá incentivar a pesquisa e à extensão, como necessário prolongamento da atividade de ensino e como instrumento para a iniciação científica (BRASIL).

Martins (s/d) ainda nos remete que sobre a importância da utilização da pesquisa, ensino e extensão, pois o exercício de tais funções é requerido como dado de excelência no ensino superior, fundamentalmente voltado para a formação profissional, à luz da apropriação e produção do conhecimento científico.

Diante da expansão do ensino superior, ocorrido a partir da década de 90 e o considerável aumento de vagas no ensino superior brasileiro, a utilização do tripé educacional para o resgate da memória pode ser acessado por um número maior de estudantes.

Assim como os demais cursos superiores, os cursos jurídicos presenciaram um aumento significativo de vagas ofertadas, seja no ensino público ou no privado. Todavia, esse aumento não caminhou conjuntamente com políticas de garantia de um ensino de qualidade. O que se verifica é um ensino pautado na leitura de legislações, discussões de doutrina positivistas, formando um operador do direito dogmático e alienado socialmente.

Esta graduação, no processo de formação de seus alunos, privilegia demasiadamente ao dogmatismo, demonstrando a forte presença da tradicionalidade. Esta realidade é considerada para alguns autores, como Streck, (2004, p. 37) uma crise do ensino jurídico:

É preciso compreender que a crise do ensino jurídico é, antes de tudo, uma crise do direito, que na realidade é uma crise de paradigmas, assentada em uma dupla face: uma crise de modelo e uma crise de caráter epistemológico. De um lado, os operadores do direito continuam reféns de uma crise emanada da tradição liberal-individualista-normativista (e iluminista, em alguns aspectos); e, de outro, a crise dos paradigmas epistemológico da filosofia da consciência – metafísica moderna – e aristotélico-tomista, da metafísica clássica. O Resultado dessa(s) crise(s) é um direito alienado da sociedade, questão que assume foros de dramaticidade se compararmos o texto da Constituição com as promessas da modernidade incumpridas.

Esta alienação social presente nos cursos jurídicos ocasiona a formação de bacharéis tecnoburocratas, que se limitam a mera aplicação da lei, não observando as peculiaridades da sociedade como a exclusão da maioria e o privilégio de uma minoria.

Para Francischetto (2013) a crise no ensino jurídico está inserida numa crise maior, que é do próprio papel da universidade, que tem esvaziado a sua tarefa de ser um local de produção do conhecimento para transformar-se em reproduzidor do mesmo, viando apenas o mercado.

A formação do graduando deve se ater o desenvolvimento de uma visão ampla da realidade social, necessária para a sua formação como indivíduo na sociedade. O ensino jurídico deve ir além da mera reprodução de aulas dogmáticas, buscando a conscientização do aluno, retirando-o de sua zona de conforto.

Sobre o ensino jurídico meramente dogmático, com efeito, Streck (2004) nos remete sobre a existência de um hiato hermenêutico, entre a concepção de direito vigente no modelo de Estado Liberal e no Estado Democrático de Direito e a conseqüente crise de paradigma de dupla face, retratam desta feita, a incapacidade histórica da dogmática jurídica em lidar com os problemas decorrentes de uma sociedade excludente como a brasileira.

A Resolução 09/2004 que fixa as Diretrizes Curriculares e o conteúdo mínimo dos cursos jurídicos em seu artigo 3º (BRASIL) disciplina o que o curso de Direito deverão assegurar no perfil do graduando, sólida formação geral humanística e axiológica, ainda nos deparamos com a perpetuação do dogmatismo nos cursos jurídicos.

Quando a realidade social adentra nas universidades, Santos (2011, p. 44) acredita que desta forma, obriga o conhecimento científico a confrontar-se com outros conhecimentos e exigem um nível de responsabilização social mais elevado às instituições que o produzem e, portanto, às universidades.

A comunicação das faculdades de Direito com as questões sociais, a partir do seu tripé de ensino é uma maneira de trazer para o ambiente formal da universidade a realidade muitas vezes desconhecida por muitos, conscientizando o graduando em Direitos dos mais diversos movimentos que lutam pela efetivação de direitos básicos.

A PESQUISA, ENSINO E EXTENSÃO COMO ESPAÇOS DE RESGATE DA MEMÓRIA DOS MOVIMENTOS SOCIAIS NOS CURSOS JURÍDICOS

Na busca da ressignificação dos movimentos sociais pelos cursos jurídicos, propõem-se a utilização da pesquisa, ensino e extensão como espaços de memória, fortalecendo desta maneira, as lutas existentes por reconhecimento de diversos grupos. A partir deste resgate é possível não somente a construção de uma memória coletiva, bem como a desinvisibilização de movimentos sociais que buscam a efetivação de direitos fundamentais.

Sobre este diálogo do Direito com os movimentos sociais, é de valia destacar a necessidade de trazer para a universidade, os mais diversos tipos de conhecimentos, fazendo com que o graduando olhe a sociedade para além do dogmatismo amplamente difundido nos cursos jurídicos. Faz-se necessário, uma transdisciplinariedade dos conhecimentos, um diálogo entre as ciências, deixando de ser um conhecimento universitário para ser um conhecimento pluriversitário:

[...] o conhecimento pluriversitário e um conhecimento contextual na medida em que o princípio organizador da sua produção é a aplicação que lhe pode ser dada. Como essa aplicação ocorre extramuros, a iniciativa da formulação dos problemas que se pretende resolver e a determinação dos critérios da relevância destes é o resultado de uma partilha entre pesquisadores e utilizadores. (SANTOS, 2011, p. 42)

Esta comunicação entre as ciências, dentro do ambiente universitário, através do tripé educacional, utilizados como espaços de resgate da memória são de grande relevância para o conhecimento mais amplo da sociedade na qual o graduando em direito está inserido. Seria de grande valia a utilização da pesquisa, ensino e extensão como espaços de memória para o resgate dos movimentos sociais existentes no país, movimentos estes invisíveis por parte da sociedade,

A utilização destes espaços, para a ressignificação dos movimentos sociais, nas graduações jurídicas, fundadas no dogmatismo, encontra-se no que Santos (2008, p. 75) denomina de outro lado da linha abissal:

Em cada um dos dois grandes domínios – a ciência e o direito – as divisões levadas a cabo pelas linhas globais são abissais no sentido em que eliminam definitivamente quaisquer realidades que se encontrem do outro lado da linha. Esta negação radical de co-presença fundamenta a afirmação da diferença radical que, deste lado da linha compreende uma vasta gama de experiências desperdiçadas, tornadas invisíveis, tal como os seus autores, e sem uma localização territorial fixa.

Os cursos de direito seriam um importante mecanismo de dessinvizibilização destes movimentos, utilizando-se destas experiências desperdiçadas ou invisíveis para compreensão de sua relevância. Importante destacar as palavras de Santos (2008) que acredita na ideia da diversidade sociocultural do mundo, que vem ganhado notoriedade nos últimos trinta anos, o que favorece o reconhecimento da diversidade e pluralidade epistemológica como uma das suas dimensões.

Assim sendo, na busca do reconhecimento dos movimentos sociais pela sociedade, as faculdades de Direito seriam um importante espaço de memória através do ensino, pesquisa e extensão para a ressignificação dos futuros operadores do direito da realidade social brasileira.

É preciso destacar que, a luta dos movimentos sociais na busca de seu reconhecimento, é marcada por tensões e contradições sociais consideráveis. Estas lutas buscam a efetivação de direitos básicos, assim traz Gohn (2012, p. 20):

O cidadão coletivo presente nos movimentos sociais reivindica baseado em interesses de coletividade de diversas naturezas. Assim, temos grupos de mulheres que lutam por creches, grupos de favelados que lutam pela posse de terra, grupo de moradores pobres que lutam pelo acesso a algum tipo de moradia etc. Junto com as demandas populares – de forte conteúdo social por expressarem o lugar que ocupam no processo de divisão do trabalho, a exploração e espoliação a que são submetidos e a ausência de direitos sociais elementares –, encontramos demandas advindas de grupos não tão explorados no plano de produção ou dos direitos humanos, vida, saúde, educação e moradia, mas igualmente expropriados no plano de seus direitos civis de liberdade, igualdade, justiça e legislação. Temos assim os grupos que lutam pelo exercício da cidadania dos negros, homossexuais, mulheres, pela paz, em defesa da ecologia etc.

Independente da causa defendida por determinado movimento social é de relevância a visibilidade destas lutas no ensino superior, haja vista ser o Brasil uma recente democracia em que minorias têm seus direitos violados e não concretizados. A partir do resgate destes movimentos sociais por meio da pesquisa, ensino e extensão, os estudantes dos cursos jurídicos, irão compreender a realidade e reais necessidades da sociedade, que buscam a efetivação de direitos por meio dos movimentos sociais.

De forma bem consiste, Gohn (2012) afirma que ao se falar da existência de um processo educativo no interior de processos que se desenvolvam fora do formalismo escolar, resulta, como pressuposto básico, uma concepção de educação que não se restringe ao aprendizado de conteúdos específicos transmitidos através de técnicas e instrumentos do processo pedagógico.

Esta proposição de ampliação do ensino universitário para além dos conteúdos básicos, de formação técnica do futuro profissional é essencial para a construção da cidadania. Haja

vista a concepção da educação superior como um projeto pedagógico libertador do indivíduo, a sua conscientização o torna livre e crítico da realidade a qual está inserido.

Com isso, seriamente estaria definido o mérito da utilização do ensino, pesquisa e extensão para o resgate a memória dos movimentos sociais. A educação conforme Gohn, (2012, p. 21) “ocupa lugar central na acepção coletiva da cidadania, isto porque, ela se constrói no processo de luta que é em si próprio, um movimento educativo”.

Tudo isso demonstra que a construção de uma consciência social a partir da educação superior não somente conscientiza o indivíduo dos problemas sociais existentes. Fazendo com que o desenvolvimento explorador do capitalismo e a intensificação do consumo que ocasionam o desrespeito ao fundamento primordial da Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana.

Desta forma, através do tripé da educação superior, pesquisa, ensino e extensão busca-se a ressignificação dos currículos jurídicos uma forma de dar visibilidade aos movimentos sociais existentes na sociedade brasileira.

Freire (1980, p. 28) acredita que “quanto mais conscientizados nos tornamos, mais capacitados estamos para ser anunciadores e denunciadores, graças ao compromisso de transformação que assumimos”. Isso demonstra que a formação do graduando em Direito deve ir além de mero dogmatismo, buscando na aproximação com as questões sociais uma maneira de ressignificar ao aluno a importância do papel do operador do Direito.

O PROJETO PEDAGÓGICO EMANCIPATÓRIO DE BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS PARA A RESSIGNIFICAÇÃO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS NOS CURRÍCULOS JURÍDICOS

Compreendendo a necessidade da ressignificação da memória dos movimentos sociais, verifica-se que o uso dos currículos das faculdades de Direito como ferramenta de retirar da invisibilidade, tendo como consequência o reconhecimento dos movimentos sociais.

Porém, antes uma melhor compreensão desta temática é necessária a conceituação de currículo. Masetto,(2012, p. 76) escreve por currículo:

A ideia de currículo parece ser encontrada, em geral, na vida dos docentes: um conjunto de disciplinas que transmitem os conhecimentos necessários para a formação de um profissional, disciplinas estas que estão justapostas por semestres ou anos e cujos créditos obtidos permitirão a formatura do profissional. São disciplinas justapostas e sem integração entre si que fundamentam o currículo. Cada disciplina, por sua vez, segundo seus especialistas, define em si o que é necessário ser ensinado. Ao aluno que cursará as disciplinas caberá estabelecer uma possível integração, o que possivelmente vai acontecer, terminará sua

faculdade com conhecimento distribuído por compartimentos, soltos, devendo conseguir essa façanha a duras penas durante o exercício da sua profissão.

O currículo, desta forma, consiste na relação das disciplinas que deverão ser cumpridas pelo docente, seja de maneira obrigatória ou facultativa, objetivando concluir o curso, seja uma licenciatura ou bacharelado. Este conceito de Masetto, demonstra a mera formação tecnoburocrática do futuro operador do direito.

A partir de uma visão emancipadora do educando, Oliveira (2012) acredita que os currículos podem ser considerados como tudo aquilo que se passa nas escolas, envolvendo os conteúdos formais de ensino, relações sociais, manifestações culturais e conjuntos de conhecimentos não escolares; entendendo, ainda, que todos esses aspectos estão impregnados de relações sociais, epistemológicas e culturais de caráter mais global.

Diante desta conceituação de currículo, que busca a emancipação social do indivíduo, os cursos jurídicos devem procurar ir além da mera formação técnica do futuro operador do direito. Esta realidade obriga o conhecimento científico a confrontar-se com outros conhecimentos e exige um nível de responsabilização social mais elevado às instituições que o produzem e, portanto, às universidades.

A Resolução 09/2004, disciplina que a formação do futuro bacharel não se limitará somente a obrigatoriedade do cumprimento das disciplinas curriculares, abrangendo ainda ao estágio curricular supervisionado e as atividades complementares. (BRASIL).

O artigo 6º desta mesma resolução, ainda estabelece o conteúdo mínimo do curso jurídico, além do estágio, compreendendo as seguintes matérias que podem estar contidas em um ou mais disciplinas do currículo pleno de cada curso; as ditas fundamentais: Introdução ao Direito, Filosofia (geral e jurídica; ética geral e profissional); Sociologia (geral e jurídica), Economia e Ciência Política (com Teoria do Estado); Profissionalizantes: Direito Constitucional, Direito Civil, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Processual Civil, Direito Processual Penal, Direito do Trabalho, Direito Comercial e Direito Internacional. (BRASIL)

Ainda que a Resolução 09/2004, fixe as diretrizes curriculares e os conteúdos mínimos dos cursos jurídicos, conforme acima demonstrado, verifica-se a possibilidade da inclusão de disciplinas, projetos de extensão ou ainda de pesquisas que traga ao aluno conteúdos além dos estipulados na grade curricular.

De relevância destacar os questionamentos de Silva sobre os objetivos da educação escolarizada:

[...] formar o trabalhador especializado ou proporcionar uma educação geral, acadêmica, à população? O que se deve ensinar: as habilidades básicas de escrever, ler e contar; as disciplinas acadêmicas humanísticas; as disciplinas científicas; as habilidades práticas necessárias para as ocupações profissionais? (2013, p. 22)

Isso demonstra a importância dos currículos no alcance dos objetivos da educação superior para a formação do profissional. “A questão central que serve de pano de fundo para qualquer teoria do currículo é saber qual conhecimento deve ser ensinado” (SILVA, 2013).

Sobre a seleção do que deve ser ensinado nas faculdades de Direito, nos deparamos com um ensino dogmático e pautado no direito privado. Constatando a elitização deste curso superior, ao privilegiar conteúdos em seu currículo, relativos a relações jurídicas privadas.

Os currículos dos cursos de Direito demonstram e reafirmam a sua elitização, que remonta desde a criação das primeiras faculdades de direito. Sendo este curso destinado a estudante das classes abastadas, sendo reafirmada em seus currículos.

Sobre esta realidade nas universidades, Santos (2012) escreve que o sistema educacional como um todo, sempre esteve ligado à construção do projeto de um país, um projeto nacional quase sempre elitista que a universidade deveria formar. O que vem ocorrendo, nestes cursos é a dominação de disciplinas que privilegiam as relações privadas, como importância dada ao Direito Civil, presente em quase todo o curso, demonstrando a área de interesse das elites, grupo dominante no Brasil.

Esta realidade é verificada nos currículos jurídicos, o que nas palavras de Silva (2012) a seleção que constitui o currículo é o resultado de um processo que reflete os interesses particulares das classes e grupos dominantes. Sendo os cursos jurídicos destinados a uma parcela privilegiada da sociedade, verifica-se em muitos destes, a alienação das questões sociais que vivenciam a sociedade.

Santos (2011) acredita que a universidade, ao especializar-se no conhecimento científico e ao considerá-lo a única forma de conhecimento válido, contribui ativamente para a desqualificação e mesmo destruição de muito conhecimento não científico e que, com isso, contribui para a marginalização dos grupos sociais que só tinham ao seu dispor essas formas de conhecimento.

O uso dos currículos jurídicos como mecanismos de resignificação dos movimentos sociais brasileiros é uma forma de realizar um diálogo das universidades com a realidade social, assim, conscientizando o futuro profissional e cidadão. Para Moreira (2011) os currículos centrados em problemas sociais são vistos como refletindo um interesse em compreensão.

O uso dos espaços de memória para o resgate dos movimentos sociais pelos cursos jurídicos, viria por trazer um novo ideal, desenvolvendo uma visão humana da realidade so-

cial. O ensino humanista nos cursos de Direito não deve ser um ideal, já que é assegurado na Resolução 09/2004, no artigo 3º, ao delimitar o perfil dos cursos de graduação em Direito.

Limitar os cursos jurídicos a aulas dogmáticas, em aulas expositivas é o Paulo Freire (2013) denomina de concepção bancária, em que os alunos são meros depósitos de informações e que ao final é retirado um extrato do que foi depositado, por meio das avaliações. Nesta concepção, para Freire (2013) a educação se torna um ato de depositar, em que os educandos são os depositários e o educador, o depositante.

O que se busca, é uma educação vai além da mera transmissão de conteúdos, trazendo para a universidade as demandas advindas dos movimentos sociais. Compreende-los a partir da sua busca pela efetivação de direitos básicos, bem como o reconhecimento de minoria pela sociedade, trazendo ao graduando, um novo olhar sobre os problemas sociais existentes.

A partir desta realidade dos cursos jurídicos, é necessário o que propõe Boaventura de Sousa Santos, um projeto educativo emancipatório. E diante deste projeto a utilização dos currículos como ferramenta de emancipação do indivíduo.

Sobre o projeto educativo emancipatória, assim dispõe Santos:

O projeto educativo emancipatório é um projeto de aprendizagem de conhecimentos conflituantes com o objetivo de, através dele, produzir imagens radicais e desestabilizadoras dos conflitos sociais em que se traduziram no passado, imagens capazes de potencializar a indignação e a rebeldia. Educação, pois, para o inconformismo, para um tipo de subjetividade que submete a uma hermenêutica de suspeita a repetição do presente, que recusa a trivialização do sofrimento e da opressão e veja neles o resultado de indesculpáveis opções (1996, p. 17-18).

Este projeto proposto por Santos, a partir da produção de imagens radicais e desestabilizadoras dos conflitos sociais, é uma maneira de sensibilizar e conscientizar o educando da realidade social, na qual existem lutas sociais, de diversos movimentos de minorias, em busca de afirmação e reconhecimento. Este diálogo entre os cursos jurídicos com os movimentos sociais é uma importante ferramenta para a formação de um profissional crítico e engajado socialmente.

O projeto educativo emancipatório de Santos, propõe o desenvolvimento de um currículo pós crítico, objetivando desta feita, a emancipação do indivíduo, para que compreenda criticamente os problemas sociais que o cercam.

Os currículos possuem, não somente, uma relevância para o sistema educacional, como também, são fundamentais para o desenvolvimento social. Pelo fato de possibilitarem a inserção nos cursos superiores de conteúdos básicos para a formação técnico profissional,

formando assim, um cidadão consciente e crítico. O que se propõe é um currículo jurídico emancipatório, privilegiando o desenvolvimento da criticidade do graduando juntamente com as disciplinas básicas para a formação do futuro operador do direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa buscou explorar uma nova alternativa para os cursos jurídicos, a partir da utilização do tripé do ensino superior, pesquisa, ensino e extensão para o resgate e ressignificação da memória dos movimentos sociais. Este tripé, além de ser previsto pela Constituição Federal de 1988, também está presente na Resolução 09/2004, que institui as Diretrizes Curriculares Nacionais dos cursos de Direito.

Por meio da utilização destes três pilares da educação superior, os cursos jurídicos, diante da necessidade de um diálogo com a sociedade, deverão ir além do dogmatismo jurídico. Assim sendo, verifica-se que a função dos cursos de Direito não se limitam somente a formação profissional do futuro operador do direito, mas também a responsabilidade social conferida a este profissional.

A utilização da pesquisa, ensino e extensão como espaços de resgate da memória funcionariam como mecanismos de fortalecimento e de reconhecimento dos movimentos sociais brasileiros. A partir deste entendimento, estes espaços seriam uma importante ferramenta no processo de reconhecimento de diversas minorias. Na entanto, os cursos jurídicos demonstram uma exacerbada preocupação com o dogmatismo, desconsiderando as questões sociais de seus currículos.

É importante ainda ressaltar a relevância dos cursos superior de uma forma geral, seja com a formação do futuro profissional do direito ou ainda a sua responsabilidade social na formação do indivíduo. Destacando que o resgate à memória proporciona o desenvolvimento da identidade e como também o reconhecimento de um grupo social.

Por outras palavras, busca-se a utilização dos currículos jurídicos como ferramenta de ressignificação dos movimentos sociais. Assim, os currículos jurídicos, deixariam de se limitar as meras disciplinas básicas de formação do futuro bacharel em Direito, sendo um mecanismo de emancipação do indivíduo.

A partir do projeto educativo emancipatório de Boaventura de Sousa Santos, propõe-se o desenvolvimento de um currículo pós-crítico, trazendo para os cursos jurídicos através de imagens radicais e desestabilizadoras a realidade social, desconhecida por muitos. E desta forma, sensibilize o aluno dos sofrimentos humanos.

Assim sendo, os cursos jurídicos, a partir do projeto pedagógico emancipatório proposto por Santos, a partir de um currículo pós-crítico nos cursos jurídicos resgataria a memória dos movimentos sociais. É de grande valia a utilização dos pilares da educação superior, seja pesquisa, ensino ou extensão, para o diálogo dos movimentos sociais com esta graduação objetivando, não somente a visibilidade e reconhecimento, como também a formação crítica humanista do educando e do cidadão.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em 03 de dez. 2014.

BRASIL. **Lei de Diretrizes Básicas**. Disponível em: < <http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/ldb.pdf>> Acesso em 03 de dez. 2014.

BRASIL. **Resolução CNE/CES nº 9, de 29 de setembro de 2004**. Disponível em: < <http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/ces092004direito.pdf>> Acesso em 03 de dez. 2014.

FRANCISCHETTO, Gilsilene Passon Picoretti. Resignificação da aula nos cursos de Direito: a dramatização e o estudo de meio como estratégia de ensino. In: _____ (Org.) **Repensando as estratégias de ensino nos cursos jurídicos**. Curitiba: CRV, 2013, p. 09-28.

FREIRE, Paulo. **Conscientização: teoria e prática da libertação uma introdução ao pensamento de Paulo Freire**. São Paulo: Cortez & Moraes, 1980.

_____. **Pedagogia do oprimido**. 54. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2013.

GOHN, Maria da Glória. **Movimentos sociais e educação**. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2012.

MARTINS, Lígia Márcia. **Ensino-pesquisa-extensão como fundamento metodológico na construção do conhecimento na universidade**. Disponível em: <http://www.ppg.ufrn.br/conteudo/documentos/cursoiniciacao/ensino_pesquisa_extensao.pdf> Acesso em 10 ago. 2014.

MASETTO, Marcos Tarciso. **Competência pedagógica do professor universitário**. 2. ed. São Paulo, Summus, 2012.

MOREIRA, Antonio Flavio B. **Currículos e programas no Brasil**. 18. ed. Campinas: Papyrus, 2011.

OLIVEIRA, Inês Barbosa de. Contribuições de Boaventura de Sousa Santos para a reflexão curricular: princípios emancipatórios e currículos. Disponível em:

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A universidade no século XXI**: para uma reforma democrática e emancipatória da Universidade. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

_____. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). **Cidadania e Inclusão Social**: estudos em homenagem à professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 73-102.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma pedagogia do conflito. In: SILVA, Luiz Heron Da; AZEVEDO, José Clóvis de; SANTOS, Edmilson Santos dos. (Orgs.) **Novos mapas culturais, novas perspectivas educacionais**. Sulina: Porto Alegre, 1996.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e ensino jurídico em Terrae Brasilis. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, n. 1, p. 27-50, 2004.

SILVA, Tomaz Tadeu da. **Documentos de Identidade**: uma introdução às teorias dos currículos. 3. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2013.

HOMESCHOOLING NO BRASIL: COMO DIREITO FUNDAMENTAL DA FAMÍLIA À EDUCAÇÃO

MICHELE DE OLIVEIRA SAMPAIO ¹
IVY DE SOUZA ABREU ²

RESUMO

O presente artigo se propõe à análise do *Homeschooling* no Brasil à luz do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana dos Direitos Humanos) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que em seu artigo 26.3 estabelece: “os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada para seus filhos”. A acepção do *Homeschooling* é a prática adotada pelos pais ou responsáveis legais de promover a educação domiciliar – em casa. Consiste em um trabalho educativo que desenvolve (direta ou indiretamente) a educação dos filhos, com vistas ao segmento de educação básica, fora das escolas regulares. O ordenamento jurídico brasileiro é contraditório em relação ao tema, de modo que a sua interpretação assume correntes distintas entre os juristas, políticos, estudiosos da educação e a própria família. Muito embora, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto de São José da Costa Rica sejam legislações com status supralegal, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB – Lei nº 9394/96) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei nº 8069/90) impõem a obrigatoriedade da matrícula de crianças, a partir dos quatro anos de idade, nas escolas regulares de ensino. Criando, desse modo, um conflito entre normas. Ocorre que para a promoção da educação doméstica, as famílias precisam comprovar, judicialmente, a eficácia de seus métodos educativos. Ademais, caso não seja passível de comprovação, a família responde pelo crime de abandono intelectual (artigo 246 do Código Penal). A prática do *Homeschooling* é bem empreendida em países como os Estados Unidos e ganhou relevância mundial. No Brasil, decisões recentes dos tribunais superiores apontam para uma mudança no arquétipo da educação brasileira, fazendo com que o *homeschooling* ganhe força, e quiçá passe a ser cada vez evidenciado como um direito fundamental da família.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. *Homeschooling*. Direito à educação.

INTRODUÇÃO

A educação domiciliar, ou *homeschooling*, como é conhecida nos Estados Unidos, recomenda uma forma de ensino que foge à regra convencional, ou seja, a educação que se propõe está longe dos muros e paredes das salas de aulas das escolas regulares de ensino.

O *homeschooling* é um método de estudo, em que os pais optam por educar seus filhos em casa, sem a necessidade de matriculá-los em uma escola de ensino regular. A educação é

¹ Especialista em Educação. Especialista em Gestão de Políticas Públicas em Gênero e Raça pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Graduanda em pedagogia pela Fundação Educacional Padre Cleto Caliman (Funpac). Graduanda em Direito da Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim (FDCI). Servidora Pública Municipal.

² Doutoranda do curso em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV).

promovida pelos próprios pais ou por uma pessoa que viva no recinto familiar. O currículo pode ser dirigido, semelhante ao existente nas escolas, ou os pais/tutores/orientadores podem seguir um currículo livre, ou ainda optar por não seguir qualquer currículo, permitindo à criança que aprenda de forma auto-didática. A maioria dos países que permitem essa modalidade de educação exigem uma avaliação anual das crianças educadas pelo *homeschooling*.

Promover o *homeschooling*, no Brasil, hoje é tarefa que requer, no mínimo, o ajuizamento de uma ação judicial, a fim de que os pais tenham segurança jurídica acerca de como pretendem conduzir a educação dos filhos. Isso ocorre devido às incoerências legislativas e interpretativas acerca do ordenamento jurídico brasileiro, como será discutido adiante.

Os motivos que levam os pais a escolherem o *homeschooling* vão desde a insatisfação com as escolas, bem como o medo em relação a integridade física e psicológica dos filhos. O fato é que a família segue um sistema de formação com o objetivo de estimular a curiosidade e o autodidatismo dos filhos, como defendem muitos autores.

Nesse caminho, esse estudo objetiva analisar o *homeschooling* sobre o viés normativo. Apesar da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como as referências ao ensino doméstico pontuadas em Constituições anteriores, até as legislações infraconstitucionais, como a Lei de Diretrizes e Bases Nacionais – Lei n. 9.394/96 – e o Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei n. 8.069/90, frente à Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil.

A LDB, em seus vários artigos, muitos recentemente alterados e o ECRID, em seu art.º 55, dispõem sobre a obrigatoriedade da matrícula da criança a partir dos quatro anos de idade em escolas regulares de ensino, sob pena de os pais incidirem no tipo penal do artigo 246 do Código Penal: “Crime de Abandono Intelectual”.

No entanto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi ratificada pelo Brasil ainda no ano de 1968, anterior à própria Constituição Federal e as leis infraconstitucionais perquiridas, argumentam no sentido de que a educação depende, acima de tudo, da família.

É de ver, assim, que o conflito normativo gera a insegurança jurídica para a prática do *homeschooling* no Brasil. Desta feita, o ingresso no judiciário tem sido o caminho para que se alcance uma resposta imediata, porém, não definitiva, às indagações em relação ao tema. Com isso, discute-se a legalidade do *homeschooling* no Brasil.

Por meio de análise da legislação brasileira, observa-se que o direito fundamental da família à educação tem sido reprimido pelo Estado. O modo como normas infraconstitucionais apresentam-se direcionadas, muitas com recente alteração nesse sentido, apontam para a ilegalidade da prática do *homeschooling*.

Com tais premissas, surgiu uma indagação: *Homeschooling*, como prática de direito fundamental à educação, na ordem constitucional, é permitido no Brasil? Assim, a pesquisa adentrou no conjunto de normas que delimitam o tema a fim de dar uma resposta ao que se propôs em análise.

HOMESCHOOLING

O *Homeschooling* ou a educação domiciliar é um método de ensino que funciona em diversos países e oferece aos pais a possibilidade de educar seus filhos em sua própria casa, sem a necessidade de frequentar o ensino regular.

No Brasil, entretanto, essa prática de educação domiciliar tem os pés fincados no período imperial. Vieira (2012) acentua que havia três modelos básicos de educação domiciliar: o primeiro era composto pelos “professores particulares”, mestres que não residiam nas casas de família onde davam aulas; o segundo modelo era o de “preceptores” que moravam na residência familiar; o terceiro modelo era o das aulas-domésticas, ministradas por membros da família ou por clérigos, como o padre-capelão, que não cobrava pelas lições.

Na edição de 15 de janeiro de 1889, o *Jornal do Comércio* trazia o anúncio do que aparentava ser de uma “professora particular”. “O jornal foi utilizado como uma das principais fontes da historiadora Maria Celi Chaves Vasconcelos em estudo realizado sobre a educação domiciliar no Brasil oitocentista.” (VIEIRA, 2012, p. 24):

PROFESSORA. Uma senhora, de uma das primeiras famílias da corte, perfeitamente habilitada a leccionar inglez, francez, portuguez, arithmetica, geographia, historia, princípios de piano e trabalhos de agulha, offerece seus préstimos aos Srs. Pais de família, podendo dar de si as melhores referencias; informa-se na travessa de S. Francisco de Paula n. 22 A. (*Jornal do Comércio*, 15/01/1889, p. 7 apud VASCONCELOS, 2005).

Ainda nesse sentido, importante se faz a observação do texto constitucional de 1946, no qual dispunha em seu artigo 166: “A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola, deve inspirar-se nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana.” E, além disso, a LDB de 1961 previa tanto a educação domiciliar quanto a institucional:

Art. 30. Não poderá exercer função pública, nem ocupar emprego em sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público o pai de família ou responsável por criança em idade escolar sem fazer prova de matrícula desta, em estabelecimento de ensino ou de que lhe está sendo ministrada educação no lar. (BRASIL, 1946).

Como se pode observar, tanto a Constituição de 1946 quanto a LDB de 1961 reconheciam e regulamentavam a prática da educação domiciliar. Nesse caminho, o Brasil ratificou em 1968 a Declaração Universal dos Direitos Humanos, trazendo em seu artigo 26.3: “Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos” E em 1992, o Brasil também ratificou o Pacto de São José da Costa Rica que estabelece: Artigo 12.4 “Os pais e, quando for o caso, os tutores, têm direito a que seus filhos e pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções”.

Recentemente, a prática do *homeschooling* vem causando polêmica e discussão no Judiciário. Netto (2005) atenta para o exame da hipótese de uma família brasileira pretender educar seus filhos em casa impõe-se, inicialmente, seja levada a efeito cuidadosa ponderação entre as disposições constitucionais e infraconstitucionais sobre o direito à Educação no Estado de Direito e sua relação com o os direitos de liberdade e de organização familiar.

Na última década, o assunto tem sido debatido por estudiosos da educação, convidados frequentemente por veículos de imprensa, mas a literatura acadêmica brasileira que o examina ainda é modesta: compõem-se quase por inteiro de revisões de literatura, estudos de caso, discussões jurídicas e arguições filosóficas. (VIEIRA, 2012, p.7).

A proposta é dar aos filhos um ambiente de aprendizagem diferente aos que são apresentados na escola. Martin (2011) assevera que “no Brasil, o ensino domiciliar, conhecido internacionalmente como o chamado “*homeschooling*” é proibido por lei”. No intuito de sustentar o seu entendimento, o referido autor menciona o artigo 55 do ECRIAD que, por sua vez, é imperativo ao dispor: “Os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino”.

Nesse mesmo caminho, sobreveio, ainda, a LDB que em recente alteração, trouxe em seu artigo sexto, a obrigatoriedade da matrícula das crianças a partir dos quatro anos de idade, em escolas regulares de ensino: “Art. 6º É dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 (quatro) anos de idade. (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013)”.

Em contrapartida, Vieira (2012) acerca do tema em discussão pontua que promover *homeschooling* não é proibido expressamente por lei. Para o autor, em muitos casos, a legislação é vaga – em alguns, contraditória – sendo interpretada diversamente por juristas, políticos e educadores. Nos Estados Unidos, a prática que no início era dominada por famílias cristãs da região do sul rural, tem conquistado importantes adeptos. Há pelo menos 11 organizações nacionais de apoio ao *homeschooling*.

Alexandre Magno Aguiar é diretor jurídico da Associação Nacional de Educação Domiciliar – ANED, indica que o ensino domiciliar, como substituto do ensino escolar não é proibido expressamente por nenhuma norma Do ordenamento jurídico brasileiro, seja constitucional, legal ou regulamentar. Nem, tampouco, é expressamente permitido ou regulado por qualquer norma. O fundamento dessa omissão é que o assunto somente está sendo debatido recentemente. Assim, por não ser um tema pacífico e regulamentado, existem divergências nas decisões judiciais e na atuação do Ministério Público.

DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

Preceitua o artigo 227 da Carta Magna que é dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Netto (2005) assevera que se os pais pretendem educar seus filhos em casa, compete ao Estado somente à fiscalização de modo a garantir que a educação ofertada pela família efetivamente possibilite o pleno desenvolvimento da pessoa, preparando-a para o exercício da cidadania e a sua qualificação para o mercado de trabalho, do mesmo modo assegurar a formação básica comum e o respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e religiosos, em consonância com o artigo 210 da Constituição Federal de 1988.

Para o referido autor, “a família é o primeiro templo em que a criança aprende a rezar; a primeira escola que lhe ensina a falar; enfim, o mundo onde começa a caminhar”. O fato é que se os pais se mostram capazes de garantir a educação de qualidade aos filhos, não há motivo suficiente para que haja a interferência do Estado em detrimento do direito natural da família. Ao Estado cabe um poder coordenador; não determinador ou impositor. (NETTO, 2005, p.12).

Dessarte, o conteúdo das normas constitucionais disciplinadoras do direito à educação deve ser investigado em consonância com os preceitos relativos à família, de maneira a evitar qualquer contradição. Se é dever do Estado e da família garantir a educação e ao Estado a promoção do bem-estar da família, a vontade familiar prevalece na determinação dos métodos e concepções pedagógicas. (Netto, 2005, p.12).

Moreira (2008) entende que a educação dos filhos é uma questão eminentemente privada que, como qualquer questão privada, somente admite a interferência do Estado quando esta revelar-se não só benéfica, mas também imprescindível, ou seja, quando o próprio Estado perceber que a família não está promovendo a educação de forma adequada. A atuação

estatal em todos os domínios da sociedade, além de prejudicial ao bem-estar individual, é característica marcante dos regimes totalitários e não das democracias. Naqueles regimes, todos os interesses individuais devem estar subordinados ao Estado.

POSSÍVEIS PREJUÍZOS À SOCIALIZAÇÃO

Posicionamentos contrários ao *homeschooling* alegam um prejuízo acerca da socialização da criança. “E a socialização?” Pergunta-se frequentemente.

A Apelação Cível 70052218047 RS que em sua peça inicial que fora indeferida pelo magistrado e indeferida em sede de Recurso pelo TJRS, onde se argumentou que a escola é um ambiente de socialização essencial na formação dos indivíduos. Nela se aprende a conviver com o outro, desenvolvendo-se a alteridade necessária à vida em sociedade.

Entretanto, os estudiosos da educação, sustentam a ideia de que a socialização da criança começa muito antes dela frequentar a escola. Afinal, a família está inserida dentro de uma sociedade, estabelece relações sociais, vínculos de empregos e familiares, depende de estabelecer convívio com as pessoas, com o comércio, com a igreja etc. Como se pode verificar,

Para BERGER e LUCKMANN (1973), a internalização da realidade para a criança se dá através das relações sociais. Estas podem ser divididas em socialização primária e secundária.

A socialização primária diz respeito aos primeiros contatos sociais da criança e se dá com a presença dos outros significativos que lhe apresentam a realidade em que vivem e como a percebem. É também neste contato que a criança começa a significar os elementos culturais presentes na sociedade em que está inserida. Faz parte desse processo a família e as pessoas mais próximas à criança. Quando atinge a idade escolar, inicia-se o processo de socialização secundária, onde as pessoas envolvidas são os outros generalizados, que se apresentam principalmente na figura dos professores e dos colegas de escola. No processo de socialização primária, não há escolha dos outros significativos. Nesta etapa estão presentes os pais, irmãos, avós, tios e todos aqueles que participam diretamente da vida da criança, que passa a identificar-se automaticamente com eles, internalizando a realidade particular das pessoas à sua volta passando a conhecer o mundo do outro como sendo o único mundo existente, por isso, o mundo internalizado pela criança na socialização primária torna-se muito mais enraizado em sua consciência do que os possíveis mundos conhecidos em sua socialização secundária. (BERGER e LUCKMANN, apud RIBEIRO, 2011, p.1).

Assim, o argumento de um possível prejuízo à socialização mostra-se fraco se levado em consideração todas as outras possibilidades que as crianças tem para desenvolver-se socialmente. Afinal, as crianças não ficam internadas nas escolas, elas participam de uma vida em sociedade, com inúmeras condições para o desenvolvimento da socialização.

DOS ASPECTOS INFRACONSTITUCIONAIS À CONDUTA CRIMINOSA TIPIFICADA NO ARTIGO 246 DO CÓDIGO PENAL

Numa análise jurisprudencial da Apelação Cível 70052218047 RS, os pais ajuizaram um Mandado de Segurança a fim de defender o direito ao ensino domiciliar, o direito de estudar em casa, pelo sistema conhecido como *Homeschooling*, ao argumento de que a frequência escolar em “turmas multiseriadas” é causador de inúmeros problemas, tais como o convívio com alunos mais velhos, com sexualidade bem mais avançada, a existência de hábitos distintos, desde o linguajar até a própria educação sexual, e, ademais, que por princípio religioso discorda de algumas imposições pedagógicas do ensino regular.

A apelante impetrou o presente mandado de segurança postulando que a “autoridade impetrada respeite o direito de liberdade, abstendo-se de abrigá-la a frequentar as aulas na rede regular de ensino, permitindo a educação em casa, no período do ensino fundamental e do ensino médio, por ser a melhor forma de educação, no entender da Requerente, diante das razões antes referidas, mas submetendo-se normalmente às avaliações regulares da instituição de ensino, no caso a Escola Municipal Santos Dumont de Canela/RS” (fls. 2/19). (...) O magistrado, por sua vez, indeferiu o mandamus. (...) Inexiste previsão constitucional e legal, como reconhecido pelos impetrantes, que autorizem os pais ministrarem aos filhos as disciplinas do ensino fundamental, no recesso do lar, sem controle do poder público, mormente quanto à frequência no estabelecimento de ensino e ao total de horas letivas indispensáveis à aprovação do aluno. APELAÇÃO CÍVEL. ECA. DIREITO À EDUCAÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO AO SISTEMA DE EDUCAÇÃO DOMICILIAR. INEXISTÊNCIA. TJ-RS - AC: 70052218047 APELAÇÃO DESPROVIDA. RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Data de Julgamento: 16/05/2013, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 21/05/2013).

É possível conceber da jurisprudência em análise que, muito embora, os argumentos da família possam indicar seu desejo de prover a educação de seus filhos, conforme suas próprias convicções e assim o fazem comprovadamente, o Estado na figura do Judiciário, determinou como imperativo a obrigatoriedade da matrícula, negando à família o direito de promover o *homeschooling*.

Assim, fica claro que tal imposição não considera de fato a eficiência ou a eficácia do método que segue em estudo, mas preocupa-se tão somente em determinar que seja obedecido o estabelecido na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional em seu artigo quarto, *verbis*:

Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

I - **educação básica obrigatória e gratuita** dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, organizada da seguinte forma: (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013)

- a) pré-escola;
- b) ensino fundamental;
- c) ensino médio;

Como se pode observar da transcrição do texto legislativo, a educação é exercida como um direito/dever do cidadão, a ser efetuado mediante matrícula obrigatória nos segmentos de Educação Infantil, Ensino Fundamental e Ensino Médio. Outros dispositivos da referida norma regulamentadora evidenciam o controle que o Estado quer manter sobre a educação, *verbis*:

Art. 31. A educação infantil será organizada de acordo com as seguintes regras comuns.

(...)

IV - controle de frequência pela instituição de educação pré-escolar, exigida a frequência mínima de 60% (sessenta por cento) do total de horas;

Art. 32. O ensino fundamental obrigatório, com duração de 9 (nove) anos, gratuito na escola pública, iniciando-se aos 6 (seis) anos de idade, terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante:

Desse modo, além da matrícula aos quatro anos de idade, é preciso observar um controle de frequência, assim não basta matricular os filhos na escola, a família precisa atentar para um requisito de frequência mínima exigida por lei.

Finalmente, para aqueles que defendem a ilegalidade do *homeschooling*, os pais que deixam de colocar seus filhos em escolas regulares de ensino, incide na conduta criminosa do artigo 246 do Código Penal que, por sua vez, define como crime: “Art. 246. Deixar, sem justa causa, de prover a instrução primária de filho em idade escolar. Pena - Detenção de 15 (quinze) dias a 01 mês, ou multa”.

Analisando a existência da conduta penal típica, Netto argumenta que não se pode “condenar” uma família cuja pretensão, por amor aos filhos, seja a de garantir-lhes uma educação de forma alternativa à escola.

Não há, tampouco, como tipificar a conduta dos pais de educarem seus filhos em casa como delito de abandono intelectual. Pelo contrário, o único crime que lhe poderia imputar seria, *in casu*, o “desabandonamento” intelectual. (...) Segundo Celso Delmanto, ao analisar o elemento objetivo do tipo, “deixar de prover tem a significação de não tomar as providências necessárias”. (...) A conduta dos pais-educadores, ao reverso, será sempre comissiva, pois, diuturnamente, se empenham em prover a educação primária de seus filhos e “obrigação se cumpre não somente pelo fazer frequentar o filho escola pública ou particular, como também ministrando o ensino em casa.” (NETTO, 2005, p. 16/18).

Nessa esteira, sustentam alguns autores que não existe norma isolada no ordenamento jurídico, e a sua interpretação precisa ser sistemática, devendo considerar todo o conjunto de normas jurídicas. Assim,

Em primeiro lugar, a constitucionalidade ou não de qualquer ato deve ser mensurada levando-se em conta o conjunto da Constituição e não um artigo isolado. Esse é o princípio da unidade da Constituição, segundo o qual “as normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados num sistema unitário de regras e princípios, que é instituído na e para a própria Constituição”. Intimamente ligado a ele, está o princípio da concordância prática ou da harmonização, que consiste, essencialmente, numa recomendação para que o aplicador das normas constitucionais, em se deparando com situações de concorrência entre bens constitucionalmente protegidos, adote a solução que otimize a realização de todos eles, mas ao mesmo tempo não acarrete a negação de nenhum. (Mendes apud Moreira, 2008).

As normas infraconstitucionais quando analisadas isoladamente, fora do contexto normativo constitucional e também dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, apontam para uma possível ilegalidade na prática do *homeschooling*, embora, diga-se de passagem, não fale expressamente que tal prática é ilegal, trata-se, tão somente, de uma conclusão interpretativa.

Desta feita, resta compreendido, que o Estado brasileiro, obriga os pais a promoverem a matrícula dos filhos, ainda na tenra infância, nas escolas regulares de ensino, usando-se para tal, os dispositivos infraconstitucionais estudados.

Pelo entendimento de Netto (2005, p. 22): “Levada à obrigatoriedade de imposição do Estado sobre a dos cidadãos e da família, menos não fora do que copiar modelos, fascistas, nazistas ou totalitários”.

Com a utilização dos preceitos legais acima citados, muitos pais que decidiram, pelas razões mais justificadas possíveis, tendo em vista o quadro de organização da educação pública no Brasil, são processados civil e criminalmente pelo tipo penal descrito no artigo 246 do Código Penal.

O fato é que o intuito de exercer seu poder coercitivo faz com que o Estado utilize, equivocadamente, deste tipo penal descrito, que ao contrário, não descreve a conduta dos pais adeptos ao *homeschooling*.

Todavia, a jurisprudência não é pacífica, mas várias decisões judiciais estão admitindo a prática do *homeschooling*, cujos posicionamentos recentes indicam uma positiva para os adeptos.

Em decisão judicial inédita do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (em Brasília) deferiu pedido de liminar para que uma jovem, que estudou por três anos em casa, obtenha

certificado de conclusão do Ensino Médio e possa se matricular no curso de jornalismo, a qual havia sido aprovada no vestibular.

O assunto em discussão ganha maior destaque com a recente decisão do STF que admite o julgamento de questão da prática do ensino domiciliar, dando provimento ao Recurso de Agravo convertendo-o em Recurso Extraordinário, fundamentando-se no grande debate que ora se instala no Poder Judiciário quanto ao mérito da questão, *in verbis*:

Trata-se de agravo cujo objeto é decisão que negou seguimento a recurso extraordinário. Na situação concreta, o recorrente recolheu as custas federais e o porte de remessa e retorno, deixando de acudir às custas estaduais. Tendo em vista a excepcional relevância da matéria de fundo e o interesse público na sua definição, supero tal vício formal para permitir o pronunciamento de mérito do STF sobre o tema. 2. No caso, discute-se se a recorrente pode ou não ter seu direito à educação atendido por sua família, por meio da educação domiciliar (homeschooling). É relevante o debate acerca dos limites da liberdade de escolha dos meios pelos quais a família deve prover a educação de crianças e adolescentes, de acordo com as suas convicções pedagógicas, morais, filosóficas, políticas e/ou religiosas. A controvérsia envolve, ainda, a relação entre o Estado e a família quanto à educação, bem como os limites da autonomia privada contra imposições estatais. 3. O caso em questão, apesar de não ser frequentemente judicializado, não está adstrito ao interesse das partes que ora litigam. Segundo a ANED (Associação Nacional de Educação Domiciliar), após o reconhecimento pelo MEC da utilização do desempenho no ENEM como certificação de conclusão de ensino médio, em 2012, o número de adeptos do homeschooling no Brasil dobrou e atingiu 2.000 famílias <http://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2015/02/1594329-ex-alunos-contam-experiencia-de-ensino-domiciliar-que-cresce-no-pais.shtml>). 4. A admissão do presente recurso tem como precedente, neste Tribunal, o julgamento do RE 583.523, sob a sistemática da repercussão geral, quando se superou a extinção da punibilidade pela prescrição e julgou-se o mérito do paradigma, tendo em conta a relevância da questão ali discutida (recepção ou não do art. 25 da LCP pela Constituição de 1988). 5. Por fim, uma vez reconhecida a repercussão geral do tema, nada impede a eventual substituição do paradigma por outro feito a ser distribuído por prevenção, nos termos do art. 325-A do RI/STF. 6. Diante do exposto, dou provimento ao agravo e determino a sua conversão em recurso extraordinário. 7. À Secretaria para as providências cabíveis. Brasília, 12 de maio de 2015 Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO Relator (STF - ARE: 778141 RS - RIO GRANDE DO SUL, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 12/05/2015)

Tal posicionamento do STF se firmou tendo em vista a grande repercussão do tema, ao argumento de que, muito embora não seja frequentemente judicializada, a questão não está adstrita somente ao interesse das partes litigantes, mas de repercussão geral.

Tal entendimento do STF conforme acima julgado vem demonstrar que o assunto visualiza questão de relevante interesse da sociedade, pois como se sabe, são muitas famílias interessadas nesta modalidade de educação.

Com isso, compreende-se que a questão da licitude ou ilicitude da educação domiciliar será analisada gradativamente, levando-se em consideração a hierarquia do ordenamento jurídico brasileiro: Constituição Federal, tratados internacionais de humanos e leis ordinárias e também o interesse social na promoção da educação do *homeschooling*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Evidencia-se, portanto, que as incoerências acerca do tema são muitas. Além da discrepância entre as normas jurídicas, há também discursos duvidosos a respeito da proibição do *homeschooling*, como é o caso das argumentações sobre a socialização.

Desse modo, não é possível conceber-se que promover a educação domiciliar tenderia a prejudicar a socialização da criança. Longe disso, é possível, de acordo com a condição social da família, que se possa ter muitas possibilidades enriquecedoras de abordagens pedagógicas, superiores àqueles que são encontradas no sistema público de educação atual.

Afinal, a prática do *homeschooling* não significa dizer que os pais sejam omissos ou não estejam promovendo a educação de seus filhos. Ao contrário, é importante respeitar a liberdade de escolha dos pais. Se a eles é dado o direito de escolher entre escolas públicas e particulares, por que privá-los do direito de educar seus próprios filhos, submetendo essa educação às avaliações oficiais de suficiência?

Pode ser que a resposta a tal indagação esteja intimamente ligada às questões políticas e ideológicas e, sendo assim, não representam apenas o intuito do Estado na promoção da educação. A respeito disso, é extremamente pertinente o entendimento do filósofo Olavo de Carvalho, quando considera que se deve reservar ao governo um papel meramente auxiliar na educação, deixando que a própria sociedade tenha o direito de ensaiar soluções, criar alternativas, aprender com a própria experiência.

De qualquer modo, é possível concluir que não há nenhuma norma que proíba expressamente a prática da educação domiciliar no Brasil, como também não há nenhuma norma que a regule. O que se pode fazer, em casos como esse, é aclamar a aplicação do princípio constitucional da legalidade, no qual será considerado lícito qualquer ato que não seja proibido por lei.

Logo, antevê-se que longos debates serão travados em torno do assunto, mas já se sabe, por esse ângulo, que a educação domiciliar está inclusa no contexto do direito fundamental e, certamente, introduzida no direito positivo, face o disposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos e no Pacto de São da Costa Rica (Convenção Americana dos Direitos Humanos).

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, A. M. F. M. **A situação jurídica do ensino domiciliar no Brasil**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2929, 9 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19514>>. Acesso em: 20 jun. 2015.
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário 778141 RS - RIO GRANDE DO SUL, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 12/05/201. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/188943368/recurso-extraordinario-com-agravo-are-778141-rs-rio-grande-do-sul>> Acesso em: 21. jun. 2015.
- BRASIL. **Presidência da República**. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm> Acesso em: 21. jun. 2015.
- BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível n. 70052218047 RS da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, RS. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112832131/apelacao-civel-ac-70052218047-rs>> Acesso em: 21. jun. 2015.
- CARVALHO, Olavo de. **Abandono Intelectual**. In: Diário do Comércio, 31 de jul. de 2008. Disponível em: <<http://www.olavodecarvalho.org/semana/080731dce.html>> Acesso em: 21. jun. 2015.
- LIMA, H. C. **O homeschooling é liberado no Brasil**. In: Terça Livre. Disponível em: <<http://tercalivre.com/2015/04/02/homeschooling-liberado/>> Acesso em: 21. jun. 2015.> Acesso em: 21. jun. 2015.
- MARTIN, C. F.M. **Educação Domiciliar: o direito de escolha**. In: Biblioteca Jurídica. Disponível em: <<http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-constitucional/180751-educacao-domiciliar-o-direito-de-escolha.html>> Acesso em: 21. jun. 2015.
- MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **Homeschooling: uma alternativa constitucional à família da Educação no Brasil**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>> Acesso em: 21. jun. 2015.
- NETTO, D.F. **Aspectos constitucionais e infraconstitucionais do ensino fundamental em casa pela família**. In: As vertentes do direito constitucional contemporâneo. Ed. América Jurídica, 2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/coletanea/article/viewFile/468/472>> Acesso em: 21. jun. 2015.

VIEIRA, A.H.P. “**Escola? Não, obrigado**”: Um retrato do *homeschooling* no Brasil. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/files/literature/TCC%20-%20Andr%C3%A9%20de%20Holan-da%20-%20Vers%C3%A3o%20UnB.pdf>> Acesso em: 21. jun. 2015.

SOUZA, M.L. **Decisão inédita coloca jovem que estudou em casa na faculdade**. In: Educação. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/educacao/2015/04/1615768-decisao-inedita-coloca-jovem-que-estudou-em-casa-na-faculdade.shtml>> Acesso em: 21. jun. 2015.

TRABALHO INCLUSÃO SOCIAL E EMANCIPAÇÃO: PENSANDO UMA POLÍTICA PÚBLICA DE EDUCAÇÃO

SABRINA DE SOUZA MENEZES ¹

RESUMO

O presente artigo pretende analisar a política pública de educação que oferece para alunos da rede pública estadual do estado do Espírito Santo de cursos de língua estrangeira e bolsas de intercâmbio. Compreendendo a escolaridade e a qualificação profissional como ferramentas inclusão social, a reflexão proposta nesse artigo relaciona com a dinâmica pela qual as Políticas educacionais são concebidas, bem como se os fins a que se propõem são realmente atingidos. Ou seja, se o objetivo apresentado pelo projeto é promover inclusão de camadas populares a níveis de qualificação profissional que antes não tinham acesso, será que essa chamada inclusão não reproduz desigualdades?

Palavras-chave: Educação. Política pública. Escola. Inclusão.

INTRODUÇÃO

As políticas públicas de educação são de grande importância para a promoção da cidadania e a democratização de oportunidades. Para compreendê-las é preciso considerar como se apresenta o contexto em que elas são elaboradas e entender as concepções e manifestações da educação. Essas políticas são normalmente de largo alcance e, em geral, envolvem várias dimensões e atores, partindo da esfera governamental e chegando às salas de aula.

Encontramos políticas educacionais formuladas em todas as instâncias educativas: União, estados, municípios, secretarias de educação, escolas e sala de aula, sendo formuladas de acordo com as perspectivas e análises feitas a partir de cada contexto.

A base das políticas públicas educacionais é a construção da qualidade da educação. De acordo com Vieira (2008), políticas públicas são ações governamentais que o Estado estabelece para atender às necessidades da população e garantir os direitos sociais básicos previstos na Constituição, como: moradia, educação, saúde, segurança pública, etc.

O foco desse estudo parte da implementação da política de educação do Governo do Estado do Espírito Santo que criou o Centro Estadual de Idiomas (CEI) para a oferta de língua

¹ Bacharela em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Espírito Santo - UFES, bolsista PROSUP/CAPES no mestrado em Sociologia Política pela Universidade de Vila Velha - UVV.

estrangeira aos alunos do ensino médio da rede pública estadual com bom aproveitamento, bom rendimento e frequência escolar.

Criado em 2009 pelo governo Paulo Hartung, o projeto objetiva acesso aos alunos da rede pública e diminuir a deficiência do estado no ensino de idiomas, assim como preparar o aluno para o mercado de trabalho oferecendo ainda a oportunidade de viver uma experiência de intercâmbio. A ideia de implantar o programa Bolsa Sedu Idiomas surgiu durante uma viagem que fez a Dubai, nos Emirados Árabes, e a Cingapura. De acordo com o então governador, o Estado do Espírito Santo e o Brasil vivem um momento de muitas oportunidades, mas frisou que ainda existem poucos profissionais qualificados.

Visitamos o navio- plataforma FPSO Cidade de Vitória, que estava sendo convertido em Dubai e que hoje está operando no litoral capixaba. Lá, encontramos 20 jovens capixabas, que estavam sendo treinados pela Petrobras para atuar na operação da plataforma. Eles nos disseram que a grande dificuldade que estavam tendo era relacionada ao domínio do idioma inglês” (Paulo Hartung em entrevista concedida ao jornal A Gazeta em Novembro 2010).

As atividades começaram com cursos de inglês em seis unidades no Estado – Vitória, Vila Velha, Serra, Cariacica, Cachoeiro de Itapemirim e Colatina. Em 2012 foi iniciada a oferta de curso de espanhol nas unidades da Grande Vitória. O CEI atende hoje 5.310 estudantes do ensino médio da rede pública estadual de ensino.

O estudo aqui proposto com como recorte região da Grande Vitória, onde está reunida a maior parte dos recursos, das vagas de dos centros de Idiomas. O objetivo do projeto estadual é propiciar a oportunidade de aprendizagem de outro idioma para uso nas diversas situações em que seu conhecimento é necessário. Nesse sentido o ensino de uma língua estrangeira aliado ao programa de intercâmbio para alunos da rede pública, pode ser entendido como um programa de inclusão social³, uma vez que oferece a alunos de baixa renda familiar a oportunidade de estudar fora do país. Para que o aluno seja selecionado para ganhar a bolsa no curso de idiomas, ele precisa, no mínimo, ter frequência escolar acima dos 75% exigidos e média 7,0 (sete) nas disciplinas português e inglês.

Inserida em um contexto mundial, onde a educação tende a transpor cada vez mais os limites regionais, há de se questionar assim a ideia de objetividade⁴ do conhecimento da língua inglesa e do progresso como linear e único para todas as sociedades.

Dessa forma, se faz necessária a reflexão acerca dos processos de educação que objetivam incluir, mas por falta de sensibilidade ao considerar as carências mais específicas do público o qual pretendem atender, são capazes de reproduzir algumas desigualdade sociais.

Mesmo ambicionando equalizar as oportunidades que qualificação laboral, muitas política em educação continuam a deixar à margem grande parcela da população estudantil da rede pública. É importante também que se considere a escola como agente múltiplo de relações e não só como processo pedagógico/sala de aula e relação professor/aluno, assim como pensar a escola como polo dinâmico em suas relações de externalidade. Isso não significa que a escola não gere processos de exclusão/inclusão social em seu interior, mas que se deva considerar que esse processo envolve tanto relações internas como externas à escola.

Este estudo procura desenvolver uma reflexão acerca do ensino das línguas estrangeiras, colocando nova luz a debates que circundam a questão. Trata-se de compreender as estruturas da organização do sistema educativo e do projeto de ensino das línguas estrangeiras no Espírito Santo no contexto desse sistema educacional. O que se pretende apontar no presente trabalho não é a escola e as políticas educacionais como instrumentos da reprodução da lógica capitalista neoliberal (ANDRIOLLI, 1999) mas indicar que as políticas destinadas a esta, nem sempre conseguem romper com padrões de dominação ideológica. Como é o caso do programa criado em 2009 pelo governo Paulo Hartung. De acordo com o documento “Projeto Básico do Curso de Língua Estrangeira para Estudantes do Ensino Médio da Rede Pública”⁵ produzido pela Sedu o projeto objetiva dar acesso aos alunos da rede pública a oportunidade de viver uma experiência internacional, e diminuir a deficiência do estado no ensino de idiomas, assim como preparar o aluno para o mercado de trabalho. O questionamento aqui proposto não se refere a existência de tal programa, mas o sucesso deste em emancipar esses alunos como atores capazes transcender as próprias condições materiais existência através desse projeto.

EDUCAÇÃO E EMANCIPAÇÃO

A emancipação é o pressuposto da democracia e se funda na formação da vontade particular de cada um, tal como ocorre nas instituições representativas. Ela não se refere apenas ao indivíduo como entidade isolada, mas fundamentalmente como um ser social (ADORNO, 1999). É preciso supor, para evitar um resultado irracional, que cada um possa se servir de seu próprio entendimento. A emancipação é a formação para a autonomia, mas ela só pode ser bem sucedida se for um processo coletivo, já que na nossa sociedade a mudança individual não provoca necessariamente a mudança social mas esta é pré-condição daquela. A educação deve contribuir, portanto, para o processo de formação e emancipação, contribuindo para criar condições em que os indivíduos, socialmente, conquistem a autonomia.

Adorno afirma que há um processo real na sociedade capitalista capaz de alienar o homem das suas condições de vida, para o autor, a crise da Educação é, na verdade, a crise da formação cultural da sociedade capitalista como um todo (ADORNO & HORKHEIMER), 1985, pg. 91).

Segundo sua análise, o problema da Educação está no fato de ela ter se afastado de seu objetivo essencial, que é promover o domínio pleno do conhecimento e a capacidade de reflexão. A escola, assim, se transformou em simples instrumento a serviço da indústria cultural, que trata o ensino como uma mera mercadoria pedagógica em prol da “semiformação”. Essa perda dos valores, segundo o autor, anula o desenvolvimento da autorreflexão e da autonomia humana. Adorno critica a escola de massa por ela instalar e cultivar a massificação. O resultado disso é a deformação da consciência,

Numa escola em que impera a banalização do conhecimento, o aluno é induzido a deixar de ler com profundidade as principais obras literárias, por exemplo, dando lugar à absorção de apenas alguns trechos necessários para responder aos exercícios escolares. São repassados nada mais do que conhecimentos fragmentados e o trabalho pedagógico está somente orientado para conseguir a aprovação em exames e um diploma. Seria a famosa “decoreba” de respostas prontas, em vez do estímulo ao raciocínio. Assim, é preciso compreender que a escola deve ser capaz de produzir no educando ferramentas que ajudem esses jovens a transcender a dominação imposta pelo capital e pela cultura de massa (ADORNO, 1993; p. 9).

Por fundamento, “a escola é um instrumento que deve ser capaz de possibilitar a liberdade e a autonomia do educando” (GADOTTI, 2000; p.6). Partindo dessa compreensão é importante saber se o modelo educacional proposto pelo poder público tem conseguido efetivar, de fato, essa proposta. Surgindo assim a necessidade de se estudar em que medida as políticas públicas em educação, apresentam semelhanças e diferenças em relação a esse exposto. E inserido neste contexto de rearranjo e implementação de novas políticas públicas de financiamento da educação,

Compreender as medidas governamentais tomadas no setor educacional nos últimos anos não é das tarefas mais simples, faz-se necessária uma descrição empírica dos acontecimentos com profundidade para realmente podermos avaliar o peso e a funcionalidade dessas medidas no contexto da sociedade brasileira. Levando-se em consideração, que mais que discutir o conteúdo de estilos de definições ou propostas de tipos de educação, é necessário procurar de onde elas vêm e a que estão a serviço. (BRANDÃO, 1995).

É preciso questionar até que ponto as políticas públicas desenvolvidas pelo Estado nestes últimos anos tem a capacidade de educar para a emancipação política, econômica e social de seus assistidos, buscando verificar até que ponto o discurso estatal acerca da autonomia e qualidade do ensino, em especial do ensino fundamental e médio, é condizente com a prática. ⁶

Os estudos realizados sobre o atual modelo de educação tendem a se apresentar como um conjunto à procura de homogeneidade (RAGAZZINI, 1998, p.30). A ideia da inexorabilidade da globalização hegemônica como única saída para o desenvolvimento pós-guerra fria tem marcado grande parte do debate acadêmico e midiático atual, inclusive no campo educacional. Verificam-se as convergências e as divergências das relações entre a globalização e a educação, especialmente quanto ao estabelecimento de uma cultura educacional mundial comum ou de uma “agenda globalmente estruturada para a educação” (DALE, 2004, p.17). Quando se pretende ensinar uma língua entendida como “universal”, a reflexão sobre o caráter hegemônico da educação não pode ser ignorado, considerando principalmente o programa de intercâmbio oferecido por essa política.

Fazendo referência a Durkheim, Freitag (1986), vê a educação não como um fator de desenvolvimento e de superação de estruturas de dominação, mas sim de manutenção da estrutura e o funcionamento de uma sociedade dada, em que o sistema educacional garante a “transmissão hereditária do poder e dos privilégios, dissimulando sob a aparência da neutralidade o cumprimento desta função” (BOURDIEU, 1982, p.82) onde, em geral: “a exclusão do educando é explicada em termos de falta de habilidades, capacidades, mau desempenho, etc., colocando-se o sistema educacional, e por consequência o Estado, como árbitro neutro”. (FREITAG, 1986, p.26). Precisamos então refletir no critério de mérito escolar para a seleção do público atendido pelo CEI, pois o sucesso acadêmico dos alunos pode ser diretamente influenciado pelas condições materiais de existência dos educandos.

Além disto, devemos lembrar o caráter da educação como investimento econômico do aumento quantitativo e qualitativo da produção inserido na passagem, nos países capitalistas centrais, da produção de Larga Escala (bens tangíveis), para produção de Alto Valor (Pesquisa e desenvolvimento), que faz necessário que os países da periferia capitalista se integrem à nova ordem com a produção de bens tangíveis, (REICH, 1994; p. 79) o que não é possível sem uma parcela de investimentos em educação, onde a força de trabalho não é qualificada. Não há interesse no trabalhador, para que ele melhore sua vida, e se emancipe das relações de trabalho vigentes, mas sim, para aprimorar e tornar mais eficazes essas relações, ou seja, a dependência do trabalhador em relação ao capitalista. (ALTVATER, apud FREITAG, 1986). Assim a escola, na medida em que qualifica os indivíduos para o trabalho, inculca-lhes uma certa ideologia que os faz aceitar a sua condição de classe, sujeitando-os ao mesmo tempo ao esquema de dominação vigente. Essa sujeição é, por sua vez, a condição sem a qual a própria qualificação para o trabalho seria impossível. (FREITAG, 1986).

Muitos autores então entendem o fenômeno educativo a partir de sua interdependência em relação à sociedade, uma instância dentro da sociedade que reproduz o modelo vigente, perpetuando-o: a educação é um elemento da própria sociedade, determinada pelos seus

condicionantes sociais, políticos e econômicos (LUCKESI, 1994). Essa visão, de acordo com Saviani (1986) é crítica à medida que considera esses determinantes no processo educacional, mas de um ponto de vista pessimista, porque não vê uma saída para tal determinismo. É como se a educação estivesse fadada a simplesmente reproduzir sociedade de classes e o modo de produção capitalista. Ela reproduz, isso é verdade. É no entanto importante considerar que os insumos ligados a educação transcendem a necessidade de mercado. A crítica de Saviani aponta que tais teorias não têm uma proposta pedagógica; apenas analisam o fenômeno educativo, entendendo-o como uma forma de reprodução dos próprios fatores que a condicionam. De acordo com Saviani (1986, p. 20), algumas das teorias que se incluem nessa tendência são: a) a teoria do sistema de ensino enquanto violência simbólica; b) a teoria da escola como AIE (Aparelho Ideológico do Estado); c) a teoria da escola dualista.

Apenas para ilustrar essa tendência, abordaremos a teoria que trata a escola como um aparelho ideológico do Estado, conforme postulado por Althusser (2001). O autor analisa a reprodução das forças produtivas e das relações de produção, fazendo uma distinção entre os Aparelhos Repressivos do Estado. Althusser caracteriza a escola como: “aparelho ideológico do estado” (AIE) localizada no ponto de intersecção da infraestrutura dos aparelhos repressivos e ideológicos do Estado. A escola preenche a função básica de reprodução das relações materiais e sociais de produção. Ela assegura que se reproduz a força de trabalho, qualificações e o *savoirfaire* – saber fazer – necessários para o mundo do trabalho, e faz com que ao mesmo tempo os indivíduos se sujeitem à estrutura de classe. (ALTHUSSER, 2001) Enquanto os Aparelhos Repressivos funcionam principalmente pela violência, os AIE funcionam, sobretudo, pela ideologia (materializada nos aparelhos). Nas palavras de Althusser,

(...) a escola (mas também outras instituições do Estado, como a Igreja e outros aparelhos como o Exército) ensina o “know-how”, mas sob formas que asseguram a submissão à ideologia dominante ou o domínio de sua “prática” (ALTHUSSER, 2001, p. 58)

A escola, segundo Althusser, ensina um conhecimento que pode ser diretamente utilizável em diferentes postos da produção, “uma instrução para os operários, uma outra para os técnicos, uma terceira para os engenheiros, uma última para os quadros superiores, etc.” (p. 58). Além dessas técnicas e conhecimentos, aprende-se na escola as regras de bom comportamento, isto é, as conveniências que devem ser observadas por todo agente da divisão do trabalho conforme o posto que ele esteja “destinado” a ocupar; as regras de moral e de consciência cívica e profissional, o que na realidade são regras de respeito à divisão social-técnica do trabalho e, em definitivo, regras de ordem estabelecida pela dominação de classe.

ENSINO DE LÍNGUA ESTRANGEIRA

Entender a relação entre educação e sociedade pode nos ajudar a entender o papel desempenhado pelo ensino de línguas estrangeiras (LEs). Ao longo das últimas décadas no contexto brasileiro. O processo educacional está repleto de conceitos, valores, e finalidades que lhe dão sentido e direcionamento. O ensino de línguas, como parte do processo mais amplo da educação, está igualmente sujeito a esses valores, expressos de diversas formas, inclusive em documentos oficiais. Para muitos, ainda hoje o professor de línguas, sobretudo o de inglês (por se tratar de uma língua hegemônica), é visto como alguém que representa o “colonizador” em sala de aula. O professor, mentalmente colonizado, agiria como o vírus de computador chamado de “Cavalo de Tróia”, invadindo as máquinas (as mentes dos alunos) para abrir caminho aos reais invasores, os “hackers” colonizadores (LEFFA, 2005).

Contudo, a conscientização de que a língua inglesa é hoje em dia uma língua franca, e vista não mais como a língua do colonizador somente, traz importantes mudanças na prática de sala de aula: a cultura do “outro” não é mais vista como a cultura a ser ensinada (e assimilada), mas é no encontro com “o outro” que nos vemos e construímos nossas próprias identidades (GIMENEZ, 2005). Essa percepção faz cair por terra também a ideia de que o modelo de LE a ser ensinado é o do falante nativo, já que todas as variantes linguísticas são igualmente válidas.

No contexto do ensino de línguas estrangeiras, esses mecanismos de adaptação, de que nos fala Saviani, se dariam por meio de discursos globalizantes, em sua maioria construídos em inglês, fortemente influenciados pelo capitalismo norte-americano. A mídia – como a televisão e a internet – cumpre o papel de disseminar tais discursos, reproduzindo e reforçando as relações de produção do mundo capitalista. No entanto, alguns autores acreditam na força da transformação que pode advir do ensino da língua estrangeira. Para Moita Lopes (2003) e Leffa (2005) o professor de idiomas tem um importante papel político. Professores e alunos precisam entender o mundo em que vivem, em seus aspectos políticos, sociais, econômicos e tecnológicos, para poder participar de uma educação transformadora. Segundo Moita Lopes (2003, p. 31), “não se pode transformar o que não se entende bem”, acrescentando que “sem a compreensão do que se vive, não há política”. O ensino de línguas, e, portanto, o professor de inglês, está no centro da vida contemporânea, dada a importância que a linguagem tem na vida social.

Moita Lopes (2003) salienta que há o perigo do discurso único, global, “que atravessa o mundo em tempo real, tornando as massas mais facilmente manipuláveis” (p. 35). O

discurso da lógica neoliberal, do capitalismo global, transforma tudo em produtos a serem consumidos – incluindo a própria educação –, dando-nos a falsa impressão de que todos podem participar desse “grande bazar que se tornou a vida contemporânea” (p. 36), mas que na verdade beneficia apenas uma pequena parte da população mundial. Além disso, os discursos moldam nossas identidades sociais e determinam formas de participação política. O professor de línguas, nesse contexto, pode mediar a compreensão de como os discursos circulam nas práticas sociais, contribuindo para a desconstrução de discursos únicos, globais, e colaborando para a reconstrução de práticas sociais fundamentadas em princípios éticos.

POLÍTICA PÚBLICA E EDUCAÇÃO

É fato inegável que a maior contribuição a respeito da burocracia foi a do alemão Max Weber, um dos mais importantes pensadores e estudiosos dessa temática. Ele, no entanto, não se preocupou em conceituar a burocracia de forma objetiva. Ela foi definida através da especificação de suas características. Assim, o autor considerava que burocracia é um tipo de poder ou dominação. A escola, no entanto, pode ser entendida como instituição social cuja estrutura e funcionamento acaba indo ao encontro dos propósitos de um sistema burocrático.

A burocratização do ensino acontece através do estabelecimento de normas e regulamentos que fazem a legislação da educação, apresentando uma sistemática divisão do trabalho, competência profissional, hierarquia na autoridade, ou seja, a dinâmica dos sistemas educacionais revela-se como um espaço apropriado para a efetivação da burocracia moderna, cujo objetivo é alcançar a máxima de eficiência social.

Se objetiva-se então uma sociedade mais eficiente, há de se perguntar se políticas públicas voltadas para a educação estão apontadas para os indivíduos atendidos por ela, ou se estão a serviço da própria estrutura. Esses são os questionamentos que circundam a implementação da política de educação do Governo do Estado do Espírito Santo que criou o Centro Estadual de Idiomas (CEI).

Marx via na instrução das fábricas, criada pelo capitalismo, qualidades a serem aproveitadas para um ensino transformador – principalmente o rigor com que encarava o aprendizado para o trabalho. O mais importante, no entanto, seria ir contra a tendência “profissionalizante”, que levava as escolas industriais a ensinar apenas o estritamente necessário para o exercício de determinada função. Marx entendia que a educação deveria ser ao mesmo tempo intelectual, física e técnica.

Por isso as políticas públicas de educação são de grande importância para a promoção da cidadania e a democratização de oportunidades. Política Pública é um conceito muito uti-

lizado no discurso dos gestores e das lideranças da sociedade civil, mas dificilmente paramos para pensar em seu significado.

É importante então atentar para o rebatimento dessas influências nas políticas educacionais brasileiras. Em meio a estas colocações insere-se o estudo das políticas públicas em educação que exige muita cautela do pesquisador visto os problemas de afirmação de campos e elementos chaves da investigação. Verificamos que no início da década de 80 os estudos sobre políticas públicas passaram a ganhar uma maior atenção no Brasil, possibilitando a afirmação de um campo investigativo a respeito desta temática, ligado, sobretudo à Ciência Política e à Sociologia, mas que extrapolaram o campo destas, pelo próprio caráter interdisciplinar que está implicado no fenômeno. Neste sentido, tal como ocorreu com outras áreas voltadas para a questão social, “no campo educacional passou-se a produzir estudos que privilegiam a abordagem da educação na sua dimensão de política pública” (AZEVEDO, 1997, p.1-2).

De uma forma geral a caracterização das políticas públicas foi necessária quando, em dado momento da história moderna, as pessoas perceberam que a burocracia estatal não deveria apenas garantir a ordem e a segurança social, mas também prover serviços destinados a diminuir as desigualdades sociais e promover o crescimento econômico. Portanto, política pública compreende o conjunto de intervenções e ações do Estado orientadas para a geração de impactos nas relações sociais, sendo as mais conhecidas as políticas de saúde, assistência social, transporte, habitação e, nesse caso, educação. Questionamos, portanto, em que medida isso implica que os recursos do poder estatal têm operado em favor do encontro da justiça social através da educação.

Conforme o Relatório da UNESCO⁷, os quatro pilares da educação do futuro são: aprender a conhecer (construir conhecimentos para a compreensão do mundo), aprender a viver juntos (participar e cooperar com os outros nas atividades), aprender a fazer (agir sobre o meio envolvente) e aprender a ser. Ao observar esses quatro pilares diz existir um elo que os une: a vivência da condição humana na escola⁸. O resgate do ser humano na sala de aula. A educação só será viável se for uma educação integral do ser humano, se compreendê-lo em todas as suas dimensões, e não apenas num dos seus aspectos. É preciso abandonar o pensamento de que a educação serviria apenas para o saber-fazer. A educação tem o papel de ajudar o indivíduo no seu desenvolvimento integral. Quando voltamos para a burocracia, percebemos que, para os burocratas, a escola constitui-se numa empresa. E, como tal, seu sistema e sua estrutura visam racionalizar as atividades para conseguir o máximo de eficiência das pessoas.

Os Centros Estaduais de Idiomas oferece o ensino de uma língua estrangeira aliado ao programa de intercâmbio para alunos da rede pública. Nesse sentido o projeto desenvolvido

pela Secretaria de Educação pode sim ser entendida como um programa de promoção social, uma vez que oferece a alunos de baixa renda familiar a oportunidade de estudar fora do país. A política pública pretende agenciar a admissão de alunos da rede pública a espaços e oportunidades de qualificação laboral que antes não tinham acesso, democratizando assim não só a educação, mas a diversificação de suas experiências, além da ampliação das possibilidades de ação do jovem acolhido pelo programa. A medida, no entanto, é amplamente burocratizada. Percebe-se isso nos exames, nos critérios de seleção, de promoção e nos programas. Baseando-se no critério de rendimento escolar como forma de seleção para o ingresso desses jovens ao Centro de Idiomas, é intenção dessa política educacional contemplar apenas alunos que tendam esse quesito⁹.

Ora, se é feito esse recorte, é certa a conclusão que os alunos que não comprovem sucesso escolar mediante testes padronizados que constituem indicadores de sucesso/fracasso escolar, estão excluídos do programa. Se, por um lado, aferem competências e habilidades requeridas para um ensino de qualidade, por outro não possuem efetividade, visto que poucas são as medidas políticas ou administrativas requeridas a partir dos seus resultados, ou seja, não possuem validade consequencial. No sentido que a seleção meritocrática pode não considerar as diferentes experiências e condições materiais de existência desses alunos.

Resultado desse processo seletivo, e a baixa presença de negros e pardos no projeto. De acordo com o senso do IBGE 2010, da população em idade escolar (entre 15 e 19 anos), 122.539 são branco e 186.146 são pretos e/ou pardos. Se compreendermos que a maior parte dos alunos escolas públicas das capixabas são pardos e negros, onde estão essas pessoas? É preciso questionar também escolas cujos alunos não frequentam o projeto. Por que isso ocorre? O conceito de qualidade não se atrela somente ao rendimento escolar, e nem pode ser referência única para se reafirmar diante de um *ranking* entre as instituições de ensino e alunos.

A ideia a ser considerada necessita conceber a educação com qualidade social fundamentada por uma relação de elementos variantes, intra e extraescolares, os quais envolvem componentes abrangentes da realidade histórica e social, como as condições de vida dos alunos e de suas famílias, assim como as particularidades do universo escolar: projeto pedagógico, recursos, instalações, estrutura organizacional, ambiente, etc. Para as classes mais baixas, a escola além de possibilidade de ascensão, é também a possibilidade de aprender a tirar proveitos do que a ordem estabelecida apresenta. O saber que é transmitido nas escolas não apenas está relacionado com a divisão técnica do trabalho existente na sociedade, mas também com a divisão social correspondente. Pode-se só então fazer uma análise dos impactos que os insumos educacionais, o contexto socioeconômico e cultural e as práticas escolares têm mediante aprendizagem dos alunos que são atendidos pelos Centro Estadual de Idiomas.

AVALIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Avaliar políticas públicas tornou-se um desafio tanto para centros de pesquisa quanto para organizações dos governos. Para os pesquisadores, as demandas por se rastrear e inovar em conceitos e metodologias avaliativas pautam-se na rejeição crescente aos modelos tradicionais, que não conseguem apreender, na sua totalidade, os fluxos e nexos entre a tomada de decisão, a implementação, execução, resultados e impactos produzidos pelas políticas públicas.

Entre as diversas estratégias de avaliações comumente utilizadas, existe um grande ausente: a população-alvo da política. Para preencher essa lacuna, vem sendo desenvolvida a chamada avaliação participativa (Cohen, 1998). A avaliação participativa torna-se um procedimento rico, dado que sua realização e partilhada com os agentes e beneficiários envolvidos na política, “permitindo para além da avaliação uma apropriação reflexiva e socializada entre os diversos sujeitos da ação em movimento” (Carvalho, 1998: 89). O objetivo desse tipo de avaliação é minimizar a distância existente entre as posições de avaliador e beneficiário de uma política pública. Avaliações participativas são realizadas em políticas que buscam criar condições para que seja gerada uma resposta endógena do grupo. Assim, temos que “a avaliação participativa é um componente de uma estratégia diferente de projetos, fazendo com que sua adequada implementação dependa em grande parte da população afetada por ele” (Cohen, 1998:114). De acordo com Rios (1998), o que se quer com um processo de avaliação participativa é que os sujeitos possam, de verdade, *fazer parte* do processo. Para essa autora “a sociedade é feita pelos sujeitos que a compõem, que dela fazem parte”, e fazer parte é diferente de ser parte. Entende-se que ‘fazer parte’ é atuar, e contribuir para com o planejamento, programação, execução, operação e avaliação de uma política pública.

Por esse motivo, em termos metodológicos, o procedimento terá como base pesquisa qualitativa fundamentada na perspectiva dos jovens acolhidos por essa política públicas de educação e das ações implementadas para o melhor desenvolvimento do processo educacional e maior qualificação dos alunos das escolas públicas. Nesse sentido, esta pesquisa pretende dar voz aos atores sociais através de uma pesquisa empírica para analisar os múltiplos aspectos e particularidades que envolvem a experiência escolar de alunos de camadas populares.

DADOS PRELIMINARES

Vinculada ao projeto desde 2012, venho observando durante esse período manifestações interessantes que fomentam as discussões propostas acerca do programa. É importante destacar que o CEI de Vitória, unidade selecionada para a pesquisa, funciona dentro da EEEM

Fernando Duarte Rabelo, localizada numa área nobre da capital. Estando dentro de uma escola pública de ensino médio, é possível observar as diferenças dos alunos nas escolas com relação aos alunos do CEI. Na escola uma grande parte dos alunos é parda ou negra. Embora dados do IPEA aponte os negros como minoria dos alunos de ensino médio, quando comparados na número de alunos brancos, no CEI de Vitória, essa proporção parece ser bem maior.

No Brasil, há uma diferença nas taxas de escolarização líquida entre homens e mulheres e negros e brancos. A taxa de escolarização líquida fornece a proporção da população matriculada no nível/modalidade de ensino considerado adequado conforme as seguintes faixas etárias: educação infantil: menores de 6 anos; ensino fundamental de 7 a 14 anos; ensino médio de 15 a 17 anos e ensino superior de 18 a 24 anos. Em 2003, conforme aumenta o grau de ensino, diminuem as taxas de escolarização líquida. No ensino médio as mulheres têm uma diferença significativa em relação aos homens, o que vai refletir em sua maior escolaridade, mas não necessariamente em sua melhor inserção, por exemplo, no mercado de trabalho

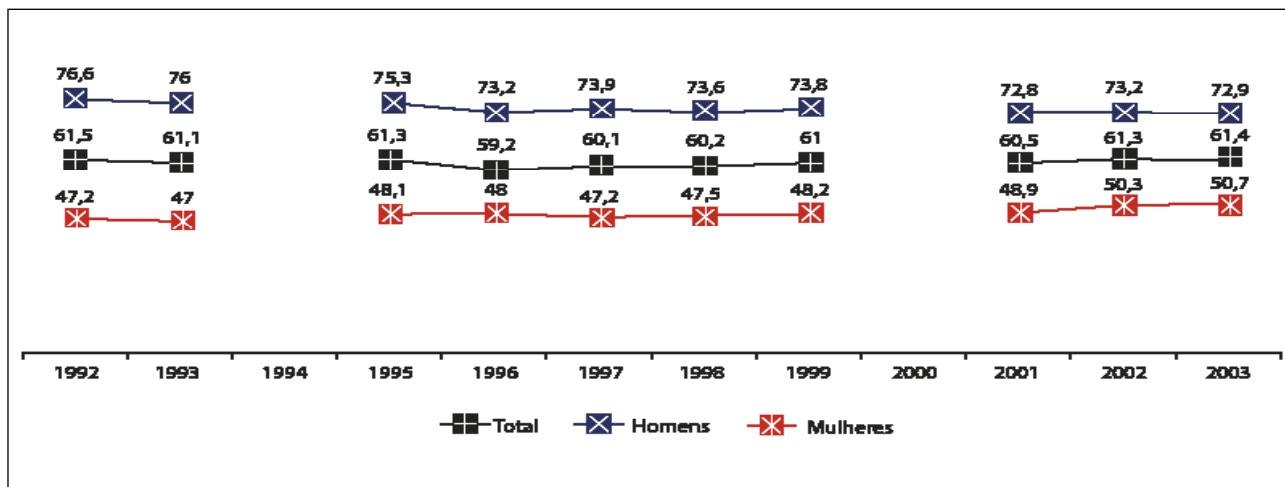
Tabela I - Taxa de escolarização líquida por nível de ensino, segundo cor/raça e sexo- Brasil, 2003

	homem branco	mulher branca	homem negro	mulher negra
Educação Infantil	34,4	35,2	32,2	33,1
Ensino Fundamental	94,8	95,2	92,2	93,3
Ensino Médio	49,5	60,1	27,9	36,3
Ensino Superior	14,9	18,2	3,7	5,2

Fonte: Ipea – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

Os dados disponíveis sobre as desigualdades de gênero e raça no mercado de trabalho apontam para uma pior situação de negros e mulheres em praticamente todos os indicadores analisados. Expressam, ainda, a perversa manifestação da dupla discriminação que atinge mulheres negras, e que faz com que estas, vítimas do racismo e do sexismo, encontrem-se concentradas nos piores postos de trabalho, recebendo os menores rendimentos, sofrendo com as relações informais de trabalho (e sua conseqüente ausência de proteção social tanto presente quanto futura – aposentadoria) e ocupando as posições de menor prestígio na hierarquia profissional. A entrada no mercado de trabalho.

Gráfico I – Taxa de atividade por sexo - Brasil – 1992/1003



Fonte: Ipea – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

Baseado nesse questionamento, foram aplicados 30 questionários com contendo 15 perguntas cujo objetivo era montar um perfil preliminar dos alunos contemplados pela bolsa SEDU Idiomas. Os questionários foram aplicadas nos três turnos em que o curso existe. Foram oito questionários no turno matutino, onze no vespertino e também onde no noturno. Essa divisão foi feita pelo número médio de alunos matriculados nesses turnos. A seleção dos alunos foi e aleatória. Os questionários foram deixados na coordenação do curso, e respondia o questionário o aluno que entrasse no espaço.

Desse universo foi possível perceber que a maioria dos alunos do ensino médio que são bolsistas do centro de idiomas, bem como acontece no Brasil, são mulheres que se autodeclaram brancas. Em seguida, homens também brancos também compõem expressivamente o grupo de alunos pertencentes ao programa. Entretanto, enquanto a diferença em números líquidos nos dados do IPEA entre mulheres bancas e negras no ensino médio é de 23,8, no programa a diferença aumenta para 43,3.

Gráfico II - Alunos do Centro Estadual de Idiomas - Procentagem por sexo e raça



■ Mulheres brancas ■ Homens brancos ■ Mulheres Negras ■ Homens negros

Há uma diferença sensível nos números das diferenças raciais apresentadas. Essa diferença é visível dentro das salas de aulas. Em números absolutos, dos trinta alunos que responderam o questionário, 16 eram mulheres brancas, 9 eram homens brancos, apenas 3 eram mulheres autodeclaradas negras ou pardas e somente dois homens negros responderam o questionário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ideia a ser considerada necessita conceber a educação com qualidade social fundamentada por uma relação de elementos variantes, intra e extraescolares, os quais envolvem componentes abrangentes da realidade histórica e social, como as condições de vida dos alunos e de suas famílias, assim como as particularidades do universo escolar: projeto pedagógico, recursos, instalações, estrutura organizacional, ambiente, etc. O saber que é transmitido nas escolas não apenas está relacionado com a divisão técnica do trabalho existente na sociedade, mas também com a divisão social correspondente. Pode-se só então fazer uma análise dos impactos que os insumos educacionais, o contexto socioeconômico e cultural e as práticas escolares têm mediante aprendizagem dos alunos que são atendidos pelo Centro Estadual de Idiomas.

A questão raça/gênero deve ser contemplada para que possamos compreender a inserção dessas populações dentro da seara trabalhista pois ensino de idiomas pode ser compreendido como um meio de qualificação laboral mas, além disso, é imprescindível investigar o porquê de tamanha diferença entre os alunos que são atendidos por um projeto que objetiva a inclusão de camadas populares em cursos de qualificação.

REFERÊNCIAS

- ADORNO, Theodor W, **O fetichismo na música e a regressão da audição**. São Paulo, Abril Cultural, 1999.
- ADORNO, Theodor W., & HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 1985.
- ALMEIDA, Maria Ângela Vinagre de. **História da Educação Brasileira: o problema de sua periodização**. Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos. 69,161, p. 112-41, jan/abr.1998.
- ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos de estado: Nota sobre os aparelhos ideológicos de estado**. 3 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1985.
- _____. **Ideologia e Aparelhos ideológicos de estado**. Lisboa: Presença, 1970.
- ARAÚJO, Maria Mafalda Baldoíno de. **Estudos do Cotidiano**.IN: Cadernos de Teresina, abril de 1996.
- AZEVEDO, Janete M. Lins de. **A educação como política pública**.—Campinas SP. Autores Associados, 1997. BRANDÃO, Carlos Rodrigues. O que é Educação? 33^oed. – São Paulo: Brasiliense, 1995.
- BOURDIEU, Pierre & PASSERON, Jean-Claude. **A Reprodução: Elementos para uma teoria do sistema de ensino**. 2^a edição. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1982.
- BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas simbólicas**. São Paulo: Perspectiva, 1992.
- BURKE, Peter. A Escola dos Annales: **A Revolução Francesa da Historiografia**. São Paulo. Editora UNESP, 1992.
- CARNIELLI, Beatrice Laura. **Recursos Federais para Educação Fundamental: A Longa História do Descompromisso**. Fundação CESGRANRIO. Ensaio: Avaliação Políticas Públicas em Educação. (v.1, n^o1, out/dez,1993),v.8, n^o26, —Rio de Janeiro, jan/mar, 2000.
- DALE, Roger. **Globalização e educação: demonstrando a existência de uma “cultura educacional mundial comum” ou “localizando uma “agenda globalmente estruturada para a educação”**, in Revista Educação e Sociedade. Campinas, vol. 25, n.º 87, pp. 423-460, maio/agosto, 2004.
- ESTRADA, Adrian Alvarez e VIRIATO, Edaguimar Orquizas. **A Escola Enquanto Organização Burocrática: A Gestão Escolar Na Perspectiva Dos Diretores Escolares De Cascavel**. Revista HISTEDBR On-line, Campinas, número especial, p. 18-33, maio 2012

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Globo, 1997.

FREITAG, Bárbara. **Escola, Estado e Sociedade**. 6. ed. Coleção Universitário. São Paulo: Moraes, 1986.

GADOTTI, Moacir. **Escola Cidadã**. 6^a ed.—São Paulo: Cortez; 2000. HABERMAS, Jürgen. **Habermas: sociologia**. —São Paulo: Ática, 1980.

MARRA, Fátima. **Plano de Desenvolvimento da Escola: conceito, estrutura e prática**.— Brasília. FUNDESCOLA-Mec/BIRD, 1999.

MENDONÇA, Nadir Domingos. **O uso dos conceitos**. Vozes 1994.

MORAES, Silvia Elizabeth. **Autonomia e gestão democrática da escola à luz da teoria da ação comunicativa de habermas**. Disponível em <<http://www.usp.com.br>> acesso em 25 setembro 2013

NETO, Marcelo. **Políticas Públicas em Educação: Reflexões Histórico-Sociais** UFPI, 2002. Disponível em <http://www.ufpi.br/subsiteFiles/ppged/arquivos/files/eventos/evento2002/GT.3/GT3_8_2002.pdf> acesso em 13 Outubro 2013.

RAGAZZINI, Dario. **Os estudos históricos-educativos e a história da educação**. IN: SAVIANI, Demerval;

VAINFAS, Ronaldo. **“História das Mentalidades e História Culturais”** IN: CARDOSO, Ciro Flamarion e VAINFAS, Ronaldo (org.). **Domínios da História: ensaios de história e metodologia**. Rio de Janeiro. Campus. 1997. P. 127-162.

VELLOSO, Jacques. **Colóquio sobre mecanismos e problemas de financiamento da educação. série debates**, 4. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em VIEIRA, Sophia Lerchel. **Educação: política e gestão da escola**. Fortaleza: LiberLivro, 2008.

A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL: FALÁCIA E IMEDIATISMO

GABRIEL SARDENBERG CUNHA¹

RESUMO

Tomadas as recentes discussões no Congresso Nacional a respeito da possibilidade de ampliação da imputabilidade penal ao menor de dezoito anos, o presente estudo científico tem como propósito analisar a o cerne da proposta sob o viés da sua viabilidade e aplicabilidade. Serão observadas as searas da aplicabilidade e eficácia da possível medida em relação às condições do sistema carcerário brasileiro, como também serão analisadas as questões da coerência e da constitucionalidade desta mesma medida frente à Carta Maior de direitos de 1988 afim de se aferir o quão interessante é a proposta e quais são seus limites práticos e legais. Para tanto, será feito uso do método metodológico dialético, assim como da documentação direta e indireta, seja por uso de pesquisas bibliográficas, seja por uso de estudos estatísticos, respectivamente.

Palavras-chave: Redução da maioridade penal. Maioridade penal. Imputabilidade penal.

INTRODUÇÃO

Comumente, ao ligar a televisão no horário nobre ou abrir o jornal em um dia qualquer, é fácil se deparar com uma notícia de algum crime brutal, realizado da maneira mais desumana e aterradora possível. Aquela crime transmitido com uma eloquência inflamada e passional do repórter que, com seus exagerados brados por justiça e com seus argumentos aparentemente sensatos nos coloca no lugar da vítima ou de sua família e faz com que rompamos nossos próprios grilhões da sensatez e da imparcialidade, e assim surge um pendente desejo de justiça, que mais beira à vingança do que a qualquer outro sentimento.

Não menos raro nesse mesmo tipo de situação, termos colocado à nossa frente que o agente dessa brutalidade é, na realidade, um menor. Aquela, chamado de frágil, em formação, essa “criança”, que foi o realizador de um estupro, de um assassinato, de um latrocínio. É este tipo de situação que prolifera a indignação. Essa mensagem de raiva que o menor transmite na sua condição barbárica de dejetos social, e o afago do Estado, que prefere elevá-lo à uma condição de intocável. É aí que o povo, em alguns momentos, ao ter essa situação empurrada pela televisão, pede o suplício e a desforra do jovem por meio do cárcere.

Pelo tipo de situação exposto acima, o presente trabalho científico tem o intuito de estudar, justamente, a ideia do recrudescimento do sistema penal. Uma proposta séria, mas

¹ Acadêmico da Faculdade de Direito de Vitória (FDV).

defendida às cegas pelos meios midiáticos brasileiros e pelas várias propostas políticas populistas, com uma retórica quase poética, a qual os dois primeiros parágrafos desse texto tentaram, talvez com um excesso metalinguístico, imitar.

Esquece-se, porém, que há mais ao assunto do que os estrondosos aplausos da população alfinetada pela raiva ao ver na TV o desamparo alheio. A questão abrange toda uma questão principiológica, legal e prática que, ao contrário do que pensam os que defendem incondicionalmente a medida, não pode ser esquecida e substituída pelo tipo de proposta imediatista que acompanha a política brasileira ancestral.

Cabe a reflexão acerca de ser viável ampliar a instituição da prisão, uma instituição com altos índices de reincidência, a uma camada da sociedade ainda em formação física e psicossocial, a qual se busca punir, mas que, via de regra, são as vítimas do desamparo familiar e do abandono estatal perante as condições positivadas, inclusive na Constituição Federal, que o Estado se compromete a cumprir.

Ainda é vital refletir a ampliação da prisão sob outra ótica: a própria condição da prisão no Brasil. Não mais do que centros de isolamento, as prisões no brasileiras que, segundo denúncias de diversas instituições, inclusive da ONU, se tornou uma casa de tortura e abandono, torna a idealizada função de ressocialização da pena privativa de liberdade uma utopia ideológica. Por outro lado, a prisão assume o papel de tornar invisíveis indivíduos que não interessam ao Estado, mas que em certo ponto vão retornar à sociedade, e que aí sim, após estadia em um ambiente inumano frente ao desamparo ao egresso, tornam pífias as possibilidades de uma reinserção.

Além do mais, será o enfoque central a questão prática da proposta: sua aplicabilidade diante do atual sistema carcerário brasileiro; da eficácia da redução frente à legislação especial já existente e da coerência da medida com os limites impostos pela Carta Maior do ordenamento jurídico brasileiro e em especial pela falsa noção de impunidade gerada por uma tosca interpretação da lei e do próprio conceito de inimputabilidade.

Tal discussão, por sua vez, perpassará pela situação do menor a quem se pretende punir: produto social e evidência concreta do abandono do Estado; vítimas da inflamada influência da mídia numa dita espetacularização da violência, em uma espécie de política do medo. Pretende-se, dessa forma, criminalizar o adolescente pobre, atribuindo-lhe elevados índices de criminalidade, mesmo que isso não se confirme pelas estatísticas oficiais.

Como o estudo proposto irá pautar-se no embate de argumentos contrários, a redação que se segue utilizar-se-á do modo metodológico dialético de reconstrução paradigmática,

que se resume à desconstrução de um paradigma, chamado de tese, por meio de uma antítese cujo contato permutaria em uma nova tese, denominada de síntese ².

Por meio dessa forma de pesquisa, será possível discutir a cultura do aparato penal como solução para a violência, em especial por meio da proposta de redução da maioridade penal.

Com enfoque nessa dialética, o proposto estudo tem o objetivo de trazer e esclarecer tal discussão controversa e tecer um comentário a fim de favorecer a formação de opinião sobre que se de fato, a proposta de redução da maioridade penal é viável, considerando sua aplicabilidade e eficácia frente a condição do sistema carcerário brasileiro, e sua coerência e constitucionalidade frente às normas do ordenamento jurídico brasileiro.

REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

A proposta de redução da maioridade penal é tema recorrente de diversos projetos que já tramitaram no Congresso Nacional. Tais projetos visam, em suma, alterar a redação do artigo 228 da Constituição Federal para que os menores possam sofrer a sanção legal imposta a um maior de 18 anos.

É importante frisar que esse tipo de medida não surgiu do nada, sendo, na realidade, resposta aos índices de violência e ao clamor da sociedade chocada pelo espetáculo feito da brutalidade que é televisionado todos os dias. A proposta, então, surge como uma possível solução para o problema da violência, no caso, praticado pelo menor.

O que nossos nobres deputados falham em perceber, no entanto, é que tal medida não é compatível com o atual sistema prisional brasileiro, mais um casa de tortura de dejetos sociais do que instituição de repreensão, prevenção e ressocialização. Quer-se ampliar o cárcere brasileiro, já sem investimento, com carência de vagas e perpetuador de índices de violência altíssimo a uma camada da população que pratica estatisticamente menos de 10% de todos os crimes ou contravenções no país, sendo que apenas 0,09% da população adolescente é identificada como infratora (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2013, p.4).

É mais fácil criminalizar o jovem sob o pretexto da ressocialização, do que efetivamente o socializar. Isso só mostra o fracasso do Estado frente à criança e ao adolescente, preferindo excluí-lo a garantir condições justas para o seu desenvolvimento.

² Nas palavras de Marina de Andrade Marconi e Eva Maria Lakatos (2004, p.81): Como lei do pensamento, assume a seguinte forma: o ponto de partida é a tese, proposição positiva; essa proposição nega-se ou transforma-se em sua contrária – a proposição que nega a primeira é a antítese e constitui a segunda fase do processo; quando a segunda proposição, antítese, é, por sua vez, negada, obtém-se a terceira proposição ou síntese, que é a negação da tese e antítese, mas por intermédio de uma proposição positiva superior – a obtida por meio da dupla negação.

Para melhor ilustrar essa situação, seguem as palavras do parecer do Conselho Federal de Psicologia sobre o assunto (2013, p.7).

O Estado precisa se reconhecer nos adolescentes autores de atos infracionais, considerados “espelho” de uma sociedade esmaecida de parâmetros éticos, cuja adolescência tem servido de “bode expiatório” para seus recorrentes fracassos. Criar estratégias para manter a estigmatização e a exclusão, especialmente dos pobres, significa manter o falseamento da realidade de que os conflitos sociais serão resolvidos com o aprisionamento ou a internação e pouco se investirá nas potencialidades dos jovens, nos processos educativos, socioeducativos, articulados pelas diferentes políticas voltadas para essa população.

Na realidade, a proposta de redução da maioridade penal se finda muito mais numa condição política do que realmente prática, de eficiência. É uma proposta imediatista, que foge da real situação do problema, e que mesmo que se aplicada, não terá nem de perto o efeito esperado de redução da violência.

Mesmo que a proposta possa parecer favorável e viável quando sentida por um ponto de vista passional, ao ver a história de um jovem cujos sonhos foram impedidos pelo disparo da arma de um menor, por exemplo, a redução encontra obstáculos práticos, seja no ordenamento jurídico brasileiro, seja na atual condição do sistema carcerário.

Por isso, serão analisados esses obstáculos sob a ótica de quatro fatores primordiais; primeiro pela **inaplicabilidade** e a **ineficácia** da medida, quando posta em relação com a incapacidade estatal de gerir do sistema carcerário, seja pela já carência de vagas ou abandono da prisão, seja pela já existência de uma legislação mais eficiente para o menor ou pela ideia do aumento do índice de reincidência sugerido pelo contato do menor com a população carcerária. Em segundo lugar, pela **incoerência** e pela **inconstitucionalidade** do proposto frente ao que já é positivado na Constituição Federal de 1988.

Prima-se, aqui, pela questão prática da medida e seus possíveis efeitos, mesmo que haja fatores econômicos e sociais que explicam a falácia política de cunho eleitoreiro que enraíza à medida. Esses fatores, porém, serão deixados para outro estudo.

INAPLICABILIDADE E INEFICÁCIA

Partindo do ponto da inaplicabilidade, constata-se que a atual condição do sistema prisional brasileiro não tem capacidade para suportar a redução da maioridade penal, que ampliaria o número de presos a ingressar no sistema. Segundo dados estatísticos do Con-

selho Nacional de Justiça³ o Brasil hoje possui um total de 542.728 presos, para um total de 350.742 vagas, o que demonstra um déficit total de 191.986 vagas. Desse número, 223.601 são presos provisórios, indevidamente misturados com presos comuns, e ainda 3.073 presos em delegacias, que não possuem condições adequadas para encarcerar detentos em caráter prolongado, sendo apenas o local para o conhecimento inicial do auto de prisão, com limite de 48 horas (LEMOS, 2007, p.41).

Ademais, há o relatório penitenciário do Ministério da Justiça⁴, o InfoPen, que disponibiliza as informações do sistema penitenciário brasileiro, que, quando em um momento diverge um pouco em termos numéricos da informação do CNJ, no outro só confirma a situação alarmante do país.

Nos dados da pesquisa de dezembro do ano de 2012 foi constatado um total de 548.003 presos para um total de 318.739 vagas, evidenciando um resultado de um déficit de 229.264 vagas. Ressalve-se, aqui, nesse número também constam os presos provisórios, indevidamente misturados, e os presos em delegacias com caráter permanente, em clara situação irregular.

O problema não se esgota, pois a Lei de Execuções Penais, que define as regras do encarceramento em regime fechado, estabelece no seu artigo 88 que para o preso destinado à esse regime deve ser providenciado uma cela individual (BRASIL, 1984), o que certamente é uma utopia jurídica, que se verifica pelas constantes denúncias de superlotação de celas⁵.

Nota-se, destarte, o já descumprimento do Estado frente à legislação, que apenas seria agravado caso fosse aumentado o contingente de indivíduos destinados ao sistema penitenciário. Dessa forma, seria inteligente destinar mais indivíduos a uma instituição que já descumpra a lei, e que mesmo descumprindo-a já carece de vagas, aumentando ainda mais essa carência?

Se já não bastasse o déficit no número de vagas, a prisão no Brasil figura como uma casa de tortura do que efetivamente um lugar que alegadamente, prima pela repreensão e prevenção crime, o que, de fato, só agrava a questão da superlotação carcerária. Sobre essa questão, Löic Wacquant (2001, p.11), em seu estudo sobre a violência e desigualdade urbana definiu as prisões brasileiras como “campos de concentração para pobres”. Discorre:

³ Dados disponíveis no site estatístico do CNJ contendo estudo detalhado de cada unidade prisional do país: <<http://www.cnj.jus.br/geo-cnj-presidios/?w=1920&h=1080&pular=false>> Acesso em: 08 de outubro de 2013. Note-se que esses dados foram os colhidos na data do acesso.

⁴ Disponível no site do InfoPen: <<http://www.infopen.gov.br/>> Acesso em: 03 de outubro de 2013.

⁵ A título de exemplo: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2013-01-10/brasil-e-denunciado-oea-por-mas-condicoes-de-presidio-em-porto-alegre>> <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/12/121226_presos_brasil_aumento_rw.shtml> <<http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/o,,MUL1529473-5598,00-SUPERLOTACAO+EM+PRESIDIOS+DO+ESPIRITO+SANTO+SERA+DISCUTIDA+PELA+ONU.html>> Acesso em: 03 de outubro de 2013.

É o estado apavorante das prisões do país, que se parecem mais com campos de concentração para pobres, ou com empresas públicas de depósito industrial dos dejetos sociais, do que com instituições judiciárias servindo para alguma função penalógica – dissuasão, neutralização ou reinserção. O sistema penitenciário brasileiro acumula com efeito as taras das piores jaulas do Terceiro Mundo, mas levadas a uma escala digna do Primeiro Mundo, por sua dimensão e indiferença estudada dos políticos e dos públicos: ... condições de vida e higiene abomináveis, caracterizadas pela falta de espaço, ar, luz e alimentação... negação de acesso à assistência jurídica e aos cuidados elementares de saúde... difusão da tuberculose e do vírus do HIV... violência pandêmica entre detentos, sob forma de maus-tratos, extorsões, sovas, estupros e assassinatos em razão da **superlotação superacentuada** (grifo nosso)

Ainda a respeito da situação dos estabelecimentos prisionais, o Juiz de direito Carlos Eduardo Ribeiro Lemos (2007, p.42), em sua experiência com relação aos estabelecimentos prisionais do estado do Espírito Santo, os definiu como “grutas úmidas e escuras” Tendo, além disso, criticado a péssima comida oferecida aos presos, as condições insalubres e de proliferação de doenças infectocontagiosas, à inexistência de assistência jurídica ao detento, o tráfico de drogas intramuros, o clima de guerra entre presos e agentes penitenciários, a presença de facções criminosas dentro dos presídios e a pífia atuação do Estado frente toda essa situação (LEMOS, 2007, p. 64-75).

Portanto, não prospera a ideia de ser interessante incluir nesse ambiente, já carente de espaço e vagas, os menores (dos quais devido ao péssimo gerenciamento estatal também entrariam os provisórios) ainda em formação bio-psicológica e em relação de hipossuficiência frente ao Estado. Será que introduzir esses indivíduos em uma masmorra, covil de facções criminosas, e aqui entra-se no plano da eficácia, contribuiria para sua eventual reinserção na sociedade?

É lógico pensar que um menor ao ser submetido à esse ambiente poderá ser claramente influenciado por ele. Isso porque, a condição de formação psicossocial do menor é notória, e o introduzir em um ambiente repleto de criminosos cuja taxa de ressocialização se mostra como estatisticamente pobre⁶, nos leva a crer que esses menores sofrerão diretamente a influência do meio ao qual estão submetidos. Não sendo, destarte, retirados da situação de exclusão familiar e social da qual saíram, já que ainda no presídio serão cooptados pelas facções criminosas, ou até deliberadamente optarão por se envolver em tráfico de drogas ou outras atividades ilícitas.

No caso, a prisão se torna muito mais uma instituição da depravação da ética e da inversão de valores. Apoia-se, aqui, na crença de que um ambiente deletério e inumano, populado

⁶ Índice de reincidência no Brasil é de 80% segundo pesquisa encomendada pelo Ministério da Justiça ao instituto ILANUD, 2001

por aqueles que o Estado considerou como dejetos sociais, efetivamente também não terá eficácia em reinserir os menores, causando o efeito oposto: de proliferação da violência, já que esse menor brutalizado retornará à sociedade.

Por isso, partindo do pressuposto da influência do meio para a formação do menor, há de prosperar a tese da superioridade das medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente em relação ao sistema carcerário. Enquanto o primeiro dialoga com diversas possibilidades de educação e de formação, de contato familiar e de reinserção e ressocialização, essa seara é pobre e quase que inexistente na segunda opção, pautada em uma lógica muito mais repreensiva.

Sobre isso já dizia o renomado jurista Nelson Hungria (apud CUNEO, 2003, p.74):

Não devemos crer no fatalismo da delinquência. O próprio adulto inveterado na trilha do crime é corrigível, pois, como diz Saldaña, não é ele uma pedra; (...) é preferível, sem dúvida, tentar corrigi-lo por meios pedagógicos.

Para tanto, há a prevalência do propósito pedagógico da legislação especial e agora lança-se mão da psicologia, por meio do artigo “A Redução da Maioridade Penal: Questões Teóricas e Empíricas” (2006), publicado pela revista *Psicologia, Ciência e Profissão*:

A ciência comportamental ressalta que a melhor maneira de se desenvolver comportamentos pró-sociais ou de se inverter as tendências ou práticas infratoras está em implementar programas educativos que envolvam os pais e os próprios adolescentes ou crianças. O objetivo desse procedimento é propiciar a identificação das práticas educativas inadequadas e incrementar aquelas capazes de facilitar o aparecimento de comportamentos adaptativos sociais. (2006, p.651)

O mesmo estudo aponta que “certamente, apenas o encarceramento não seria capaz de produzir os efeitos positivos desejados” (2006, p.655), e preconiza a importância do ECRAD, na sua forma, em alcançar a problemática lançada à cima:

O entendimento de que a gravidade do crime acontece em função das experiências vividas em gangs e na rotina do crime é que justifica um atendimento especial oferecido pelo ECA a partir de medidas socioeducativas. A política do ECA é de reabilitação com características não punitivas. Essa atitude diferencia fortemente as duas correntes de pensamento. Por um lado, o ECA estabelece uma política educacional que visa a reinserção do adolescente infrator ao meio social; por outro, o código penal preconiza que o infrator deve receber pena, considerada estratégia suficiente para inibir o crime futuro. (2006, p.656)

No mais, o exposto acima se comprova pela prevalência, em questão de eficácia, do sistema de medidas socioeducativas frente ao aparato prisional regular, ao contrário do que se pensa, como em estudo realizado por Eros Roberto Grau e Telles Júnior (2003, p.31):

Experiências bem sucedidas realizadas em diversos pontos do país demonstram claramente que uma aplicação correta das medidas socioeducativas, feita em conjunto com os familiares do menor, com a comunidade e com organizações não- governamentais, resulta em redução significativa da criminalidade juvenil. Tanto é assim que o índice de reincidência de adolescentes submetidos a medidas socioeducativas (...) perfaz 7,5% (sete e meio por cento), enquanto que, no sistema carcerário, 47% (quarenta e sete por cento) de todos os egressos voltam a delinquir.

É claro que é possível arguir que os estabelecimentos para menores não são plenamente capazes da efetiva aplicação, como demonstram o Ministério da Justiça e o IPEA (apud CUNHA, 2006, p.655), que 71% das unidades de internamento do País não estão em condições para o cumprimento das medidas. Porém, aqui, a ideia é de que seria muito mais interessante investir no que é ditado por uma legislação avançada, com otimistas possibilidades, do que simplesmente lançar mão de uma medida falaciosa e consubstancialmente populista, de despejar mais seres humanos à uma barbárie já existente e não remediada do sistema prisional, a proporcionar, assim, uma imediata, mas falsa, sensação de segurança e de devido cumprimento do Direito Penal.

Alguns projetos de Emenda Constitucional, no entanto, como o da PEC 33, determinam que os menores a serem imersos no sistema prisional devem ficar em estabelecimento diverso dos presos adultos por assim eliminar o problema da influência deletéria do ambiente dos reclusos.

Todavia, mesmo que a proposta aconteça dessa maneira, ela continua sendo ineficaz frente ao sistema já existente. Primeiro, porque é lúdica a ideia do governo se dispondo a construir mais presídios especializados no Brasil, somente para os menores, quando já há um imenso déficit de vagas, inclusive sem ter onde colocar os presos provisórios. Além de que, em segundo lugar, em termos práticos, a medida socioeducativa se revela em certos casos, inclusive, mais rígida do que a própria pena privativa de liberdade. Entretanto, para isso, teremos de explicar como funciona o sistema progressivo penalístico em vigor no Brasil e visitar alguns artigos do Código Penal.

O Brasil adota, pelo § 2º do artigo 33 do nosso Código Penal e pelo artigo 112 da Lei de Execução Penal, o sistema progressivo, como explicado por Rogério Greco (2013, p. 498):

(...) o art. 112 da Lei de Execução Penal diz que a pena privativa de liberdade será executada de forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinado pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menor **um sexto da pena no regime anterior** (...) (grifo nosso)

Para entender isso em numerologia palpável, tomemos o seguinte exemplo: um condenado a doze anos de reclusão em regime fechado. Após um sexto do cumprimento da pena, ou seja, 2 (dois) anos, o indivíduo tem a possibilidade de ingressar no regime semiaberto. Após esses dois anos, havendo a progressão e restando o cumprimento de 10 (dez) anos de pena, o indivíduo tem direito à outra progressão, em um sexto desses dez anos restantes (GRECO, 2013, p.499), ou seja, aproximadamente em um ano e oito meses.

Dessa forma, um indivíduo condenado a doze anos de reclusão em regime fechado, por um crime não hediondo, em três anos e oito meses, se estiver trabalhando ao tempo da segunda progressão e se possuir bom comportamento, estará em regime aberto.

Se tomarmos a realidade do regime aberto, poderemos ter uma noção do quanto esse sistema não funciona. Isso porque, no Brasil inteiro só há 67 estabelecimentos para o regime aberto, as chamadas Casas de Albergado ⁷ / ⁸. Dessa maneira, graças à quase inexistência desses estabelecimentos, a progressão se torna uma forma velada de impunidade, à medida que alguns juízos, diante dessa situação, concedem a progressão de regime para o regime aberto em situação de cumprimento por prisão albergue domiciliar.

Nesse diapasão, Mirabete (2004, p.467-468) coaduna com o entendimento de que a falha do Poder Público em construir os estabelecimentos não permite a concessão da prisão domiciliar, que carece de total controle ou fiscalização das condições ditadas em juízo.

E ainda afirma que:

A prisão albergue domiciliar passou assim a ser forma velada de impunidade, de que os juízes lançavam mão em último recurso, na impossibilidade de o benefício ser desfrutado em local adequado. (2004, p.467-468)

Assim, tomado o exemplo acima, o indivíduo só ficaria preso efetivamente por dois anos, mais um ano e oito meses em regime semiaberto e o restante da pena praticamente em uma condição de quase liberdade, caso fossem supridas as condições para progressão para o regime aberto, e caso fosse concedido a prisão albergue domiciliar.

⁷ Dados disponíveis no site estatístico do CNJ contendo estudo detalhado de casa unidade prisional do país: <<http://www.cnj.jus.br/geo-cnj-presidios/?w=1920&h=1080&pular=false>> Acesso em: 08 de outubro de 2013. Note-se que esses dados foram os colhidos na data do acesso.

⁸ Na mesma fonte acima mencionada, o CNJ ainda constata um total de 36 Colônias agrícolas e industriais (estabelecimentos para o regime semiaberto) para o Brasil inteiro. Será que esse número ínfimo é suficiente para suprir as necessidades do regime semiaberto?

Agora, observe que essa realidade inexistente no sistema especial para os menores, regulado pelo ECRIAD. No caso do mesmo exemplo apresentado, o menor poderia ficar preso em privação de liberdade, segundo o art. 121 § 3º do ECRIAD por no máximo três anos, sujeito a reavaliação de medida socioeducativa de seis em seis meses e sob o tratamento pedagógico. Inexiste, aqui, a progressão de regime, sendo os 3 anos cumpridos efetivamente em caráter privativo de liberdade, aliado às já mencionadas políticas propostas pela legislação especial.

Basicamente, o que se pretende mostrar aqui é existem condições que beneficiam o recluso e o detento, podendo ele ficar, inclusive, pouco tempo, ou até menos tempo preso do que o menor internado. Outrossim, o preso do sistema carcerário possui várias circunstâncias que podem atenuar a pena, assim como causas que podem diminuí-la, como o rol de atenuantes do artigo 65 do Código Penal (1940) ou como por exemplo, o arrependimento posterior (art. 16) e a tentativa (art. 14, II, parágrafo único) como causa de diminuição.⁹ Esse tipo de “benefício” não é previsto pelo ECRIAD e, portanto, não pode ser aplicado ao menor infrator por ele estar sujeito, em caso de internação, aos 3 anos fixados em lei.

No entanto, ao contrário da privação de liberdade em regime prisional, é muito mais vantajoso para o Estado, privar o menor de liberdade (nos casos em que a medida é cabível) em um ambiente de contato familiar e com apoio pedagógico e psicossocial, do que lançá-lo em uma masmorra criminosa.

Isso posto, já foi vencida a questão da proposta de redução sob uma ótica funcional: da aplicabilidade e da eficácia. No primeiro caso, o sistema se revela ineficiente e desprovido de qualquer possibilidade de suportar um acréscimo, e, no segundo, mesmo que aconteça esse acréscimo, e mesmo ignorando os problemas e obstáculos, o resultado ainda não seria o almejado, havendo legislação superior muito mais eficaz que deve ser posta devidamente em prática.

INCOERÊNCIA E INCONSTITUCIONALIDADE

Afim de analisar a possibilidade da proposta tomados os aspectos da incoerência e da inconstitucionalidade da medida, verificar-se-á o conceito de inimputabilidade e sua confusão com impunidade, sob a ótica da doutrina constitucional que protege os menores. Em seguida, analisar-se-á o reforço da impossibilidade da medida pelo fato da imputabilidade penal se resguardar na égide constitucional, tendo sua alteração caráter imaleável, embora nossos doutos legisladores ignorem esse feito.

⁹ Ressalva-se aqui que há também agravantes de pena e causas de aumento no Código Penal.

O primeiro passo para se discutir a proposta de redução da maioridade penal, sob uma ótica legal, é saber efetivamente qual é a exceção imposta pela legislação no caso do menor. Há uma certa tendência na sociedade brasileira em acreditar que a legislação brasileira imuniza a criança ou o adolescente e por isso, quaisquer sejam seus atos, ele continuará impune. O que não é verdade.

Vejamos: o Constituinte brasileiro elevou o menor à situação de inimputável, como exposto pelo artigo 228 da Carta Magna: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”. (BRASIL, 1988)

Nesse caso, a imputabilidade para o menor brasileiro, decorre de um fator puramente biológico, por considerar que os menores de 18 anos não gozam do pleno entendimento que lhes permita imputar a prática de um crime (GRECO, 2013, p. 387). Como implícito no artigo 26 do Código Penal Brasileiro:

É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Dessa forma, o menor não pode se sujeitar às sanções normalmente impostas a um crime, pois é isento de pena. O que acontece, na realidade, é uma confusão conceitual. O menor não recebe pena, porque, por ser inimputável, não pode praticar o que se tem conceitualmente como crime, mas isso não quer dizer que não há previsão de retratação para o menor que subverte a lei. Isso significa que o menor apenas não se qualifica ao que tange os conceitos de crime e pena propriamente ditos, mas se enquadram em uma outra área, da legislação especial, que define os parâmetros para sua punição.

Munir Cury (2003, p.84), por sua vez, afirma que o limite legal de 18 anos para imputabilidade penal baseia-se, na realidade, em um critério de política criminal, não vinculado a uma capacidade ou não de entendimento. Afirma também que os adolescentes são “capazes de perceber que é reprovado furtar, danificar, matar”, mas que não são submissos às regras penais porque a Criminologia não entendeu o sistema aplicado aos adultos como eficaz para o propósito de repressão e prevenção desses jovens além de que o legislador primou pela eficiência de um conjunto de medidas protetivas e/ou socioeducativas “capazes, conforme o caso, de proteger, educar, e até punir, prevenindo práticas antissociais”.

Note, portanto, que isso não significa que o menor é “imune” à lei, pois mesmo que não sujeito às penas, está sujeito às medidas da legislação especial vigente, o ECRID.

Esse mesmo dispositivo dá o nome do crime ou contravenção praticado pelo menor de ato infracional (BRASIL, 1990, art. 103), e regula sua prática do artigo 103 ao artigo 128. Assim, na prática de um ato infracional, o indivíduo estará sujeito a uma série de medidas socioeducativas (advertência, semiliberdade, liberdade assistida e internação).

Nos casos mais graves, há a internação do indivíduo nas chamadas unidades educacionais de internação, com caráter privativo de liberdade, como explicado no tópico anterior, pelo prazo de até 3 anos como dispostos nos artigos 122 e 123 do estatuto:

Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

(...)

§ 3º Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos

Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa;

II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves;

III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

As medidas ainda se configuram como resposta devida aos atos infracionais cometidos, pois estabelecem que o critério de resposta estatal é o menor e não o ato cometido por ele, diferentemente das penas. Assim, reforçando essa primazia das medidas previstas no ECRID, como exemplificado em capítulo anterior, segue trecho do parecer do Conselho Federal de Psicologia (2013, p.3):

A medida socioeducativa como resposta aos atos infracionais está corretamente relacionada à estrutura burocrática-formal destinada ao processo de emancipação socioeconômica da juventude no Brasil, considerando que há uma expectativa de que, aos 18 anos, jovens já tenham concluído o ensino médio, profissionalizante, estando preparados para inserção no mercado de trabalho. A medida socioeducativa tem caráter pedagógico e de responsabilização e, diferentemente das penas, inclui medidas de proteção, tais como o direito à convivência familiar e comunitária a partir de seus territórios, a matrícula em escola, a inclusão em programas sociais.

Diante do exposto, fica evidente que mesmo que haja certa confusão conceitual, não há dúvidas de que a legislação responsabiliza o menor pelos seus atos, inclusive em caráter privativo de liberdade, mesmo que de forma especial. Não há de se falar, portanto, em impunidade.

No mais, mesmo que o Código Penal, no seu artigo 26, veicule a ideia de incapacidade de discernimento do menor, e esse fator seja argumento a favor das propostas de redução, essa ideia não prospera na Carta Magna de 1988.

O Código Penal brasileiro surge em 1940, que mesmo após reformas, ainda carrega traços das convicções da época. Só em 1959, com a Declaração Universal dos Direitos da Criança, promulgada pela ONU, é que as crianças começam a ser sujeitos de direito e sujeitos de proteção por parte do Estado.¹⁰ Daí surge o que é chamado de Doutrina da Proteção Integral, positivada no ECRID e também no já citado artigo 228 da Constituição Federal e também no artigo 227 do mesmo dispositivo:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão

Por isso, segundo a doutrina seguida pela nossa própria Carta Maior de direitos, o menor se encontra em peculiar condição de desenvolvimento, com base nas dimensões sociais, políticas e econômicas afetadas (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2013, p.3), sendo assim, a garantia estabelecida pela Constituição não se vincula à capacidade de discernimento, mas a essa qualidade de hipossuficiente.

Figura como insuficiente, portanto, a ideia de curvar a garantia constitucional positivada sobre o pretexto de que ela na realidade se submete à capacidade de discernimento dos adolescentes, quando a realidade é, como já explicado, outra.

Contudo, a discussão não se encerra pelo plano da incoerência. Além de existir um devaneio acerca do conceito constitucional de inimputabilidade e além de existir doutrina constitucional positivada que rechaça a proposta de mudança, há ainda outra questão a qual essa se submete: a questão do artigo 228 da Constituição Federal como sujeito às condições limítrofes à alteração do dispositivo constitucional, sendo, portanto, cláusula pétreia.

Isso acontece porque o Constituinte estipulou critérios para atuação do Poder Reformador (responsável pelas emendas à Constituição) elencados no art. 60 da Carta Maior. Dentre eles, destaca-se o interessante à discussão em voga, que é justamente a impossibilidade de extinção ou supressão dos direitos chamados de individuais. Assevera o referido diploma:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

...

§4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

¹⁰ A convenção não inclui adolescentes. No entanto, possui como padrão internacional o fato de todo menor de 18 anos ser considerado criança. Dessa forma, os parâmetros da Declaração são claramente compatíveis com os do ordenamento jurídico brasileiro.

...

IV – os direitos e garantias individuais

Desta maneira, a Constituição nos remete precipuamente ao artigo 5º, que dispõe, dentre outros, dos direitos e garantias individuais que fazem parte do rol de direito que não podem ser abolidos, nem por força de emenda constitucional. Contudo, verifica-se que o rol elencado pelo dispositivo não é taxativo, nem exaustivo, e o próprio artigo, por força de seu parágrafo segundo, institui que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados (...)” (BRASIL, 1988).

Em consonância com essa ideia, à luz da interpretação do art. 60, §4º, IV, fica claro que este não institui a necessidade de que toda garantia e direito individual esteja disposto no rol do art.5º. Isso, por sua vez, dialoga com a ideia de que por todo corpo do texto podem haver outros direitos e garantias a serem tutelados pela rigidez constitucional disposta pelo art. 60. (MAIA, 2011, p.5)

Portanto, fica sujeita à proteção da égide constitucional, o art. 228 que postula o menor como inimputável, se este for considerado um direito individual, que é justamente o entendimento de Daniel Maia (2011, p.6):

Restando, dessa maneira, uma responsabilização especial, não penal, o que, sem dúvida, denota que essa garantia é um direito individual do adolescente e, portanto, inserido inegavelmente em uma cláusula pétrea, absolutamente impossível de sofrer reforma ou alteração mesmo por emenda constitucional que importe no seu extermínio ou restrição.

E ainda dispõe Rolf Koerner Júnior (1996), cujo parecer se coaduna com o exposto a respeito do artigo 228:

Apesar de a norma do art. 228, da Carta Magna, encontrar-se no Capítulo VII (Da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso), do Título VIII (Da Ordem Social), não há como lhe negar, em contraposição às de seu art. 5º (...), a natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias. Escreveu J.J. Gomes Canotilho que “os direitos de natureza análoga são os direitos que, embora não referidos no catálogo dos direitos, liberdades e garantias, beneficiam de um regime jurídico constitucional idêntico aos destes. Então, nesse aspecto, na regra do art. 228, da Constituição Federal, há embutida uma ‘garantia pessoal de natureza análoga’, dispersa ao longo do referido diploma ou não contida no rol específico das garantias ou dos meios processuais adequados para a defesa dos direitos.

À vista disso, não é só possível, mas é correto afirmar que o artigo 228 da Constituição Federal 1988, que preconiza o menor de 18 anos como inimputável, é um direito individual, na medida que protege o menor, sujeito às normas do ECRIAD, da aplicação do Direito Penal, o que se perfaz como liberdade negativa frente ao Estado.

Logo, se configura como cláusula pétrea, haja vista que se enumera ao rol dos direitos e garantias individuais resguardados de qualquer abolição ou restrição, sujeitos apenas à ampliação e, por isso, qualquer tentativa de aplicação da redução da maioridade penal por meio de emenda constitucional ao referido artigo figura como uma tentativa supérflua e claramente inconstitucional.

A proposta de redução da maioridade penal, destarte, encontra limitações não só na qualidade e na eficácia a que se submete o sistema prisional, mas, outrossim, na ordem jurídica imposta pela Constituição Federal, e na própria Constituição, na forma da cláusula pétrea em que consiste o artigo 228 e na forma da Doutrina de Proteção Integral.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tratou-se nesse breve estudo sobre a viabilidade da ampliação da imputabilidade penal as limitações às quais essa se submeteria se aplicada hodiernamente. E, mormente, verificou-se o sistema carcerário na sua atual condição como inapto para receber a ampliação no contingente de presos. Constatou-se, ainda, a supremacia da legislação especial avançadíssima brasileira em detrimento de um Direito Penal ineficaz que a cada ano fortalece seu anacronismo pungente. Não esgotado o tema, a proposta de redução encontrou barreiras na Constituição, norma fundamental e raiz de todo o ordenamento jurídico brasileiro, se mostrando completamente incoerente frente à doutrina adotada pela própria Lex Matter e claramente inconstitucional, ao se analisar os instrumentos dispostos para a emenda da Carta Maior.

Por consequência, em resposta ao questionamento lançado no texto que introduz este trabalho científico, não há outra afirmativa a não ser a de que a ideia de tornar imputáveis os menores de 18 anos não é só inviável, como também não é inteligente.

Ora, é lógico afirmar que ao tempo que a sociedade deseje a punição do infrator, ela também espera que este deixe de cometer crimes, contravenções e afins. O que, de fato, não acontece. À medida que o sistema penal atende a primeira noção, ele falha espetacularmente bem em cumprir a segunda, o que se prova pelas pesquisas de reincidência e pela própria violência sentida pela população diariamente.

O que realmente prospera é uma tentativa de proposta imediatista, de cunho indiscutivelmente eleitoreiro, que amparada pela espetacularização do medo proporcionaria elevados índices de aprovação, mas que, no entanto, só agravaria a situação carcerária alarmante do país.

Deve-se procurar cumprir o que a lei especial, o tão citado ECRIAD, preleciona, para que, aí sim, haja uma verdadeira tentativa, não só de responsabilização pelo ato, mas também de ressocialização de menores que, em sua maioria, são produtos de uma condição de abandono familiar, econômico, afetivo, psicológico, moral, ético, e, na realidade, sequer foram socializados.

Por fim, ampliar a imputação de crimes aos menores de dezoito anos é fugir aos limites impostos pela hodierna estrutura do sistema carcerário e pelo Constituinte, além de primar por uma lógica política que se apossa da consciência cidadã de que ampliar a prisão combateria a violência, quando, de fato, a prisão, falida, criminaliza e brutaliza àqueles que já em primeiro momento foram ocultados pelo manto da pobreza.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 de ago. de 2013.

BRASIL, Decreto-Lei Nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal). **Diário Oficial**, Brasília, DF. 31 de dez. de 1940. p. 2.391. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 29 de ago. de 2013.

BRASIL, Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial**, Brasília, DF. 13. jul. 1984. p. 10.227. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm> Acesso em: 30 de ago. de 2013.

BRASIL, Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispões sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, DF. 16. jul. 1990. p. 13.564. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 29 de ago. de 2013.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Parecer do CFP sobre a PEC 33/2012**. Brasília, 2013. Disponível em: <http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2013/06/Parecer-PEC-33_FINAL.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2013.

CUNEO, M. R. Inimputabilidade não é impunidade: derrube este mito, diga não à redução da idade penal. In: LEAL, C. B (Org.); PIEDADE JÚNIOR, H. (Org.) **Idade da responsabilidade penal: A falácia das propostas reducionistas**. Belo Horizonte: Delrey, 2003.

CUNHA, P. I.; ROPELATO, R.; ALVES, M.P. **A redução da maioridade penal: questões teóricas e empíricas**. In: _____ Psicologia, Ciência e Profissão, v. 26 n. 4 Brasília, mar. 2006.

CURY M. Reduzir a idade penal não é a solução In: LEAL, C. B (Org.); PIEDADE JÚNIOR, H. (Org.) **Idade da responsabilidade penal: A falácia das propostas reducionistas**. Belo Horizonte: Delrey, 2003.

GRAU, E. R.; TELLES JÚNIOR, G. S. A desnecessária e inconstitucional redução da maioridade penal. In: LEAL, C. B (Org.); PIEDADE JÚNIOR, H. (Org.) **Idade da responsabilidade penal: A falácia das propostas reducionistas**. Belo Horizonte: Delrey, 2003.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

KOERNER JÚNIOR, R. **A menoridade é carta de alforria?**. Curitiba, 24 de jun. 1996. Disponível em: <http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_7_2_5.php>. Acesso em: 25 de set. de 2013.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. A. **Metodologia Científica**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. LEMOS, C. E. R. **A dignidade humana e as prisões capixabas**. Vila Velha: Univila, 2007. MAIA, D. Maioridade penal e a impossibilidade de sua redução no Direito brasileiro. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 16. n. 3016. 04 de out. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20134>>. Acesso em: 11 de set. de 2013.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA & IPEA. **Mapeamento Nacional de Situação do Atendimento dos Adolescentes em Cumprimento de Medidas Socioeducativas**. Secretaria do Estado dos Direitos Humanos e Departamento da Criança e do Adolescente, 2002.

MIRABETE, J. F. **Execução Penal**, 11^a ed., São Paulo: Atlas, 2004. WACQUANT, L. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

A (IN) EFICÁCIA DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS APLICADAS AOS MENORES ENVOLVIDOS COM O TRÁFICO DE DROGAS EM MARATAÍZES-ES Á LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

NAYLLA RAMOS GONÇALVES NUNES 1
IVY DE SOUZA ABREU 2

RESUMO

O presente trabalho se propõe a analisar a (in) eficácia da aplicação das medidas socioeducativas aos menores infratores envolvidos com tráfico de drogas no município de Marataízes-ES à luz dos direitos fundamentais. A proteção integral foi eleita como doutrina minorista pela Constituição da República Federativa do Brasil e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, garantindo-se, assim, uma blindagem protetiva de direitos. Entretanto, os infantes serão punidos pela prática de condutas tipificadas pelo direito penal, os atos infracionais. As medidas socioeducativas são as punições aplicáveis aos menores, dentre elas, a mais gravosa é a internação. O tráfico de drogas é um problema social (e de saúde pública) que tem afetado cada vez mais crianças e adolescentes, não só pelo uso de entorpecentes, mas também pela participação nos atos criminosos. A ilusão de dinheiro rápido e fácil e o *status* advindo da prática criminosa (e dos bens de consumo que se tornam acessíveis) são apresentados aos jovens já no primeiro contato com o tráfico. Muitas vezes, a falta de punição efetiva e a impunidade são fatores favorecedores da inserção dos infantes nestes crimes. No município de Marataízes-ES, ocorre um fenômeno que merece discussão: a reiteração dos menores infratores nos casos que envolvem tráfico de drogas. Assim, se faz necessário analisar quais medidas foram e são aplicadas a estes menores, o motivo da reincidência e da não eficácia da medida e se a internação é a medida mais eficaz.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Medidas Socioeducativas. Reiteração.

INTRODUÇÃO

A proteção da criança e do adolescente se inicia no Brasil através do Código de Menores de 1927, e se finda até o presente momento com o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990. Sendo assim, tem-se que analisar todo contexto histórico para uma base do direito da criança e do adolescente em relação às garantias constitucionais.

¹ Graduanda do 5º ano de Direito pela Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim; (naylla_ramos@hotmail.com), GT IV.

² Doutoranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV; Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV; Especialista em Direito Público; MBA em Gestão Ambiental; Avaliadora da Revista Brasileira de Políticas Públicas (qualis B1); Advogada; Bióloga; Professora Universitária.

Há de se analisar que o menor, mesmo em condições de extrema proteção, que prática ato infracional, deve ser punido nos moldes do Estatuto da Criança e do Adolescente para que tome ciência do seu erro e que possa repará-lo de acordo com o feito. É possível refletir neste contexto que o ato infracional vem a ser conduta descrita como tipo ou contravenção penal, cuja denominação se aplica aos inimputáveis, ou seja, será aplicado às pessoas que no tempo do fato não hajam chegado aos 18 anos de idade.

As medidas socioeducativas são punições aplicadas ao menor que comete um ato infracional tipificado no Código Penal. Nesse sentido, é preciso verificar a eficácia da aplicação de mencionadas medidas à luz do princípio da proteção integral. Isto porque, embora haja uma robusta proteção em torno dos infantes, quando o menor comete um ato infracional ele deve ser punido como forma de disciplinar o seu comportamento, bem como visa sua adequação no seio da sociedade.

Inicialmente, o presente trabalho abordará o direito à vida e à saúde do menor como um dos principais direitos fundamentais, preconizados na própria Carta Magna. Neste diapasão, tem-se que, o uso de entorpecentes pelos menores além de contribuir para o aumento do tráfico de drogas, trás malefícios à própria integridade física do infante, o que fere o direito à saúde.

Neste contexto, tem-se que as medidas socioeducativas são divididas em seis mecanismos punitivos, quais sejam, advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviço à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade e por fim a internação em estabelecimento educacional. Dentre elas a internação tende a ser a medida mais gravosa e eficaz nos casos de reiteração no tráfico de drogas, tendo em vista a gravidade do crime praticado pelo menor (tráfico de drogas), dificilmente uma medida mais branda conseguirá surtir o efeito esperado de reabilitação, para que conviva novamente com a família e a sociedade.

Assim, ao longo do estudo será analisado que no Município de Marataízes/ES, os menores em conflito com a lei em relação ao tráfico de drogas por sua reiteração, são postos em regime de internação, como forma de necessidade de tratamento especial, tendo como foco o tratamento psicológico para sua reestruturação no seio familiar e social. Assim, pergunta-se: As Medidas Socioeducativas aplicadas a estes menores são eficazes?

O presente trabalho tem como objetivo geral expor o problema da reiteração praticada pelos menores no crime de tráfico de drogas na realidade do Município de Marataízes/ES, tendo como objetivos específicos à análise das Medidas Socioeducativas aplicadas aos menores em conflito com a lei, mostrar quais as Medidas Socioeducativas são aplicadas em casos de reiteração dos menores no tráfico de drogas, especificamente no Município de Marataízes/ES, mostrando quais estão sendo eficazes e apresentar em quais situações os menores precisam de internação como a medida mais eficaz.

Em relação à metodologia trabalhada para a realização da presente pesquisa, será utilizado o método dedutivo. Para o desenvolvimento do trabalho, será pertinente a utilização da pesquisa bibliográfica ou documental, através de livros e documentos, os quais poderão proporcionar maiores informações sobre o tema, como também definir objetivos e formular hipóteses para a pesquisa. Para uma melhor análise quanto ao tema, será necessário ainda à pesquisa de campo, em que serão feitas entrevistas com aplicadores do Direito no Município de Marataízes/ES.

DIREITO À VIDA E À SAÚDE DO MENOR

A Constituição Federal quando foi promulgada em 1988 previu vários direitos para a criança e adolescente, dentre eles o direito à vida e à saúde, consagrando não só dever da família, mas também do Estado e da sociedade em resguardar os infantes desde a concepção da vida. Veja-se o descrito no texto constitucional:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 2014,p.134).

Nesse sentido, verifica-se que para a garantia dos direitos dos menores é preciso que haja uma ação concomitante do Estado, da família e da sociedade. No que se refere ao Estado tem-se que incube ao Poder Executivo separar verbas orçamentárias, afim de que políticas públicas relacionadas aos direitos do menor sejam efetivadas. A omissão do ente público em referida efetivação pode ser sanada através de ação civil pública proposta pelo Ministério Público que detém legitimidade para seu ajuizamento. (ISHIDA, 2014)

Ademais, é possível analisar que a Carta Magna de 1988 juntamente com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe um olhar mais amplo sobre os infantes, ao incluir diretrizes da Convenção Internacional dos Direitos da Criança. Ainda convém ressaltar que o Brasil é um dos poucos países que prevê legalmente a constituição de conselhos paritários e deliberativos na área das políticas para crianças e adolescentes, bem como a estruturação de conselhos tutelares eleitos pelas próprias comunidades.

Insta ressaltar que, o menor precisa de um ambiente familiar com uma base de exemplo dos pais, para que nesta fase que é a de desenvolvimento eles possam crescer com saúde, uma

vez que o seu desenvolvimento passa por mudanças extremas nesta fase e o dever da família é primordial para que tal desenvolvimento possa ser alcançado da melhor maneira. Neste sentido é possível analisar que a criança e o adolescente têm direito de ser criado em ambiente livre de entorpecentes, ou seja, um ambiente sadio para que se desenvolva adequadamente.

Insta salientar que, a sociedade tem um papel importante na formação do indivíduo, porque está diretamente ligada à família e ao Estado, participando como um todo na vida dos menores. Isto porque o papel da sociedade está vinculada com a criação de um cidadão para convívio social.

Assim, a própria sociedade proporciona diretrizes de comportamento adequado ao menor visando a sua integridade física e psicológica, haja vista que o menor que se envolve com o tráfico de drogas, além de prejudicar a sua saúde é mal visto pela população como um potencial infrator das normas legais. Dessa forma, verifica-se a grande relevância que a sociedade tem no próprio desenvolvimento social do menor.

As medidas sócio educativas aplicadas aos infantes têm como objetivo primordial gerar efeitos positivos às suas respectivas vidas, para que não pratiquem novamente atos infracionais, assim é que:

Independente da modalidade aplicada, devem produzir impacto positivo na vida do jovem. Contudo, as dificuldades em sua implementação não têm permitido superar o estigma da predição de fracasso atribuído aos adolescentes autores de ato infracionais e ao próprio sistema socioeducativo. O descrédito atribuído às instituições de atendimento ao adolescente em conflito com a lei deriva, em geral, dos resultados negativos advindos da inadequação estrutura ou da ineficácia dos programas no fornecimento de apoio e proteção necessários ao jovem na superação de suas dificuldades (BAZON; BRITO; OLIVEIRA, apud ASSIS, 2006,p.76).

Neste diapasão, em 1959 a Organização das Nações Unidas – ONU aprovou a Declaração Universal dos Direitos da Criança, senão veja-se:

Explicitamente que a criança, em decorrência de sua imaturidade física emental, precisa de proteção e cuidados especiais, antes e depois donascimento. Afirma, ainda, que a humanidade deve à criança o melhor deseus esforços. Apela a que os pais (grifo nosso), cada indivíduo de per si, asorganizações voluntárias, as autoridades locais e os governos reconheçamesse direitos e liberdades enunciados, empenhando-se todos pela suaobservância, mediante medidas legislativas de outra natureza. (ONU, p.21, 1975).

Com efeito, salienta-se que o direito da criança e do adolescente é reconhecido em todo bojo internacional e merece atuação sempre com prioridade, mas com cautela e com respon-

sabilidade de que o menor deve ser punido de acordo com o fato cometido. Isto porque, as Medidas Socioeducativas vão, da mais branda a mais gravosa, precisando neste caso que os aplicadores do Direito se respaldem no delito cometido.

DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Dá-se o nome medida socioeducativa a providência originada através da sentença proferida pelo juiz de direito da Vara da Infância e Juventude, advinda do devido processo legal de natureza sancionatória para o menor como resposta de um ato infracional praticado pelo adolescente. Insta ressaltar que, a medida socioeducativa por vezes possui como natureza administrativa, resultante de homologação judicial de remissão cumulada com alguma medida permitida por lei.

Dessa forma, é possível analisar o papel do Ministério Público como sendo aquele que tem atuação direta por meio de representação quando realizado o ato infracional, para que possa ser instaurada uma ação socioeducativa. E também o papel do juiz como julgador final do processo, o qual aplica a medida socioeducativa mais adequada.

No que se refere à criação do Estatuto da Criança e do Adolescente e as medidas socioeducativas tem-se que:

Em 1990, promulgou-se o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (MS, 1991), fruto da ratificação da Declaração Universal dos Direitos da Criança e do Adolescente da Organização das Nações Unidas (ONU), que passou a considerar a população infanto-juvenil como sujeito de direito e merecedora de cuidados especiais e proteção prioritária. Esta lei revogou o Código de Menores de 1979. Este Estatuto, considera que são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos que cometem crime ou contravenção penal. A estes jovens não podem ser perpetradas penas, e sim medidas sócio-educativas de advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semi liberdade, internação em estabelecimento educacional, além de outras medidas que visem ao acompanhamento do infrator na família, escola, comunidade, serviços de saúde etc. (OLIVEIRA; ASSIS, 1999, p.833)

Diante todo contexto apresentado, há de se analisar que os direitos da criança e do adolescente merece ser discutido e avaliado em todo seu parâmetro e estrutura, vez que é um direito novo e que traz muitas tutelas, cautelas e deveres aos menores, tanto para os que precisam de proteção quanto àqueles que precisam de medidas socioeducativas por estar em conflito com a lei.

Neste sentido, tem-se ainda o artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente, veja-se:

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

I - advertência;

II - obrigação de reparar o dano;

III - prestação de serviços à comunidade;

IV - liberdade assistida;

V - inserção em regime de semi-liberdade;

VI - internação em estabelecimento educacional;

VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

§ 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

§ 2º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado.

§ 3º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições. (BRASIL, 1990)

Com isso, as medidas previstas no artigo 101, I a VI, por força do artigo VII do artigo 112, também podem ser aplicadas ao adolescente que pratica ato infracional, assim, recebido do legislador uma nuance socioeducativa.

Além do carácter pedagógico, que visa à reintegração do jovem em conflito com a lei na vida social, as medidas socioeducativas possuem outro, o sancionatório, em resposta que a sociedade possui pela lesão decorrente da conduta típica praticada.

Nesse sentido tem-se que:

A medida socioeducativa é a manifestação do Estado, em resposta ao ato infracional, praticado por menores de 18 anos, de natureza jurídica impositiva, sancionatória e retributiva, cuja aplicação objetiva inibir a reincidência, desenvolvida com finalidade pedagógica-educativa. Tem carácter impositivo, porque a medida é aplicada independente da vontade do infrator – com exceção daquelas aplicadas em sede de remissão, que tem a finalidade transaccional. Além de impositiva, as medidas socioeducativas têm cunho sancionatório, porque, com sua ação ou omissão, o infrator quebrou a regra de convivência dirigida a todos. E, por fim, ela pode ser considerada uma medida de natureza retributiva, na medida em que é uma resposta do Estado à prática do ato infracional praticado. (MORAES; RAMOS. Et al, 2011,p.1073)

No que se refere à medida de advertência deve-se analisar o artigo 115, da Lei 8.069/90 no qual consagra que “A advertência constituirá em admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinalada”. (ANGHER, 2013, p. 1034)

Com efeito, essa medida é a mais leve dentre as demais medidas existentes no ordenamento jurídico sendo realizada pelo juiz da Infância e da Juventude, senão veja-se:

A advertência é típica medida a ser aplicada em remissão (adiante vista), e deve ser relegada aos casos de menor gravidade, cometidos sem violência contra a pessoa ou grave ameaça, e envolvendo adolescente sem antecedentes.[...] A advertência é uma admoestação que faz o adolescente ver o equívoco do seu ato e as consequências negativas que poderão advir da reiteração de práticas semelhantes. Para infratores renitentes ou violentos, é uma medida normalmente inócua. (MEZZOMO, 2004,p.07)

Insta salientar ainda acerca da advertência que, justamente por ser a medida mais branda/singela das medidas socioeducativas, o ECRIAD admite sua aplicação quando existente a prova de materialidade, mesmo que não esteja comprovada autoria do ato infracional, sendo suficientes indícios da autoria. (DUPRET, 2012)

Em relação a obrigação de reparar o dano, tem-se de acordo com a legislação do Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 116, *caput*, que “Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima”. (MORAES; RAMOS. Et al, 2010)

É cediço que, essa medida é aplicada apenas nos casos em que o menor infrator cometer um ato infracional que o seu fim vier a ser a restituição da coisa, por um dano causado com reflexos patrimoniais. Uma vez que visa desenvolver no adolescente o senso de responsabilidade, compensando a vítima pelo dano patrimonial causado, seja por meio da reparação ou por meio de compensação.

No que se refere à medida de prestação a serviços à comunidade tem-se que:

A prestação de serviços à comunidade é sem dúvida uma das medidas mais eficazes. O período e a quantidade de horas semanais deve levar em conta a condição do infrator e a gravidade da infração, estabelecendo-se uma proporcionalidade. O período máximo é de seis meses, em regime de oito horas semanais. O cumprimento da medida não pode causar prejuízo a outros direitos do infrator, como a educação. (MEZZOMO, 2004,p.07)

Nota-se que essa medida apresenta aplicação mais efetiva no que se refere ao preenchimento do tempo ocioso dos adolescentes, impedindo que estes voltem a entrar em conflito com a lei, tendo em vista que se trata de uma resposta social à coletividade pela conduta infracional praticada pelo menor.

No que se refere à medida de liberdade assistida, estase consagra assim como as outras medidas expostas até aqui no Estatuto da Criança e do Adolescente por força dos artigos 118 e 119. Esta é considerada a última medida em se tratando de meio aberto, utilizada logo de início ou quão mecanismo de progressão.

Neste sentido, tem-se que:

“O artigo 119 traz em rol exemplificativo alguns dos encargos do orientador: Promover socialmente o adolescente e sua família, fornecendo-lhes orientação e inserindo-os, se necessário, em programa oficial ou comunitário de auxílio e assistência social; supervisionar a frequência e o aproveitamento escolar, promovendo inclusive sua matrícula; diligenciar no sentido da profissionalização do adolescente e de sua inserção no mercado de trabalho; e apresentar relatório do caso.” (DUPRET, 202, p. 229)

Em casos de infrações intermediárias, passível é o entendimento da Aplicação de medidas como a liberdade assistida. Nesse sentido:

A liberdade assistida é medida apropriada para os casos residuais, onde uma medida mais branda possa resultar ineficaz, mas nos quais o infrator não se revela perigoso, de modo que fosse recomendada uma internação ou regime de semiliberdade. Trata-se de uma medida que pode ter excelentes resultados nestes casos intermediários. A execução de medida faz-se através de um orientador, que deve ser escolhido preferencialmente entre profissionais ou agentes de serviços estatais de assistência social ou conselheiros tutelares. (MEZZOMO, 2004,p.07)

Ademais, é possível verificar que esta medida deve ser aplicada com o prazo mínimo de seis meses, podendo ser prorrogada, sempre que observada alguma necessidade de o adolescente receber acompanhamento, auxílio e orientação, por parte de pessoa competente através da autoridade judicial e apta para o atendimento.

Destarte que, é de relevante importância o papel do orientador, já que a este cabe a condução da medida, que envolve não só o adolescente, mas também sua família, devendo diligenciar para que seja obtivo êxito pelo menos nos segmentos dispostos no art. 199, incisos I a III – cujo rol não é exaustivo – como exemplo em relação à frequência escolar e na profissionalização. (MORAES; RAMOS. Et al, 2010)

No que se refere à medida de semiliberdade, analisa-se que não comporta prazo determinado, está disposto no artigo 120 do ECRID, sendo aplicada aos menores infratores no que couber nas disposições relativas à internação, tendo em vista a mesma ter subsidiariamente o tratamento dado àquela.

O Estatuto da Criança e do Adolescente não define o contexto de semiliberdade, nem estabelece o local e forma de cumprimento, prevendo somente que poderá ser determinada pelo juiz logo no início ou como forma de transação para o meio aberto (DUPRET, 2012). No caso prático, é possível verificar a ocorrência de uma série de dificuldades para a instituição da medida denominada semiliberdade. Isto porque a falta de infraestrutura e a inexistência

de locais apropriados para executar e acompanhar o procedimento de tal medida faz com que a mesma não seja aplicada nos casos necessários.

A semiliberdade pode ser aplicada como regime de transição posteriormente a uma internação ou como medida autônoma. São obrigatórias a escolarização e profissionalização do infrator. Na verdade, a aplicação desta medida é difícil. Não há locais adequados para sua execução que acaba sendo procedida em estabelecimentos destinados à internação. O reduzido número destes, de seu turno, torna prioritárias a execução das medidas de internação. (MEZZOMO, 2004, p.08)

A medida socioeducativa de internação é aquela que consome mais disposições no ECRID, sendo esta tratada nos artigos 121 a 125. Esta medida tem como função privar a liberdade do adolescente em conflito com a lei, ficando este internado em estabelecimento próprio para este fim, e importante salientar que não é possível permanecer o menor internado em sede policial ou em estabelecimento prisional. (DUPRET, 2012) Tem-se ainda que, a internação e a semiliberdade, sujeitam-se aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, conforme está disposto no artigo 121 do ECRID.

A internação em nenhuma hipótese poderá exceder o prazo máximo de três anos e uma vez que o menor infrator estiver internado, precisa haver manutenção e reavaliação a cada seis meses, mediante decisão fundamentada, além da manutenção também precisa-se atentar com os prazos estabelecidos nos artigos 121, §3º, 108, 122, §1º, ambos do ECRID.

Insta ressaltar que, além do prazo previsto de três anos, no máximo, é preciso atentar-se também na idade permitida para o cumprimento da internação, que é de 21 anos, consoante disposto no parágrafo 5º do artigo 121, do ECRID.

Contudo, no que se refere à internação provisória, sua disciplina está inserida nos arts. 108, 174, 183 e 184 do ECRID, o qual fixa o prazo máximo de quarenta e cinco dias, sendo definidas de acordo com algumas hipóteses, são elas: I) existência de indícios suficientes de autoria e materialidade, devendo ser demonstrada a imprescindibilidade da medida ou II) garantia da segurança pessoal do adolescente ou para manutenção da ordem pública, quando o exigirem, em função da gravidade do ato infracional e de sua repercussão social. (MORAES; RAMOS. Et al, 2011)

Após transcorrido o prazo de quarenta e cinco dias, o juiz deverá de ofício ou atendendo a requerimento, determinar a liberação do adolescente. Durante este prazo fixado, o magistrado deve providenciar para que o procedimento judicial seja finalizado, como regra o artigo 183. (ROSSATO, LÉPORE e CUNHA, 2011)

Em relação à medida mais gravosa, qual seja, internação, depreende-se que:

A medida de internação é aquela que coloca o infrator sob custódia do Estado, privando-o de liberdade total ou parcial. Esta medida somente pode ser aplicada pelo juiz em caso de infração cometida por meio de grave ameaça ou violência à pessoa e no caso de reincidência de ato infracional grave. Não há previsão de tempo para a internação, contudo, a permanência do jovem nesse estabelecimento não pode ultrapassar o prazo de três anos, devendo ser a mesma avaliada a cada semestre. A libertação será compulsória aos vinte e um anos de idade. (OLIVEIRA; ASSIS, 1999, p.833)

Assim, tem-se que a medida socioeducativa de internação é a medida mais eficaz nos casos de menores que se envolvem no tráfico de drogas. A uma porque por ser a internação a medida mais gravosa, sua metodologia de aplicação faz com que o menor repense suas atitudes e não se reinsira na seara do crime, haja vista que sendo a internação uma modalidade de privação da liberdade total ou parcial do menor, análoga à pena privativa de liberdade, respeitado os direitos inerentes aos infantes, o menor infrator que é submetido à internação, por si só, compreenderá o motivo da medida aplicada e por conseguinte se afastará das práticas ilícitas; A duas porquanto os casos de atos ilícitos que envolvem tráfico de drogas, por vezes, gerar grave ameaça ou violência à pessoa, sendo a medida socioeducativa internação a mais adequada no caso concreto.

Com isso, em relação à reiteração, é importante destacar que este conceito não se confunde com o de reincidência, que necessita a realização de novo ato infracional após o trânsito julgado de decisão anterior, enquanto que aquela exige seja a conduta infracional revestida de especial gravidade que imponha o regime de privação de liberdade como alternativa mais eficaz.

(IN)EFICÁCIA DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS NO TRÁFICO DE DROGAS NA LOCALIDADE DE MARATAÍZES/ES

Conforme dito alhures, as crianças e os adolescentes passam por uma fase de crescimento, pelo qual suas estruturas biológicas, emocionais e sociais estão em constante desenvolvimento para se tornarem adultos e se inserirem no rol da sociedade como cidadãos. Por esse motivo, o cuidado com os infantes deve ser maior a fim de que estes possam crescer de forma sadia e terem supridas todas as suas necessidades básicas. Infelizmente, o Estado deixa a desejar no que se refere a investimentos na educação e saúde do menor.

Este cuidado não deve ser atribuído tão somente ao Estado, mas também a própria família do menor e a sociedade, que juntos, devem zelar pelo bem estar dos infantes. A negligência

de qualquer destes responsáveis (Estado, família e sociedade) é um de vários fatores ensejadores do aumento de criminalidade entre os menores culminando na majoração de usuários de entorpecentes desde a tenra idade.

Neste diapasão, as medidas socioeducativas visam minimizar este quadro lastimável. Com o objetivo de ressocialização, tais medidas, sendo aplicadas da maneira correta, trazem o menor de volta ao convívio no seio da sociedade, mesmo que para isso precise de uma medida mais gravosa e severa, como o caso tratado no presente capítulo, à internação. Nesse sentido:

Como as demais experiências vivenciadas na adolescência, o período da medida será dotado de significativa importância para o desenvolvimento, sobretudo por ser esta uma fase em que as mudanças – biológicas, cognitivas, emocionais e sociais – são vivenciadas de modo bastante intenso. Na adolescência ocorre um aumento da variabilidade de experiências de vida e de demandas sem que haja equivalente incremento de suportes sociais e recursos disponíveis para lidar com tantas situações. Este aspecto torna ainda mais urgente que as medidas socioeducativas desempenhem papel protetivo num projeto ético e coletivo de produção de sentidos renovadores aos adolescentes atendidos pelo sistema. (SILVA; HUTZ, apud ASSIS, 2006, p. 76)

Com efeito, na cidade de Marataízes/ES, infelizmente, o quadro de envolvimento de menores em tráfico de drogas não é diferente da realidade do país como um todo.

A cidade litorânea conta com um número de aproximadamente 34.140 (trinta e quatro mil cento e quarenta) habitantes, segundo o último censo demográfico realizado pelo IBGE em 2010. A reclamação da crescente ronda de violência na cidade é unânime por parte dos moradores. O número de crianças e adolescentes envolvidos na criminalidade também aumenta a cada dia, fato este lamentável que pode ser modificado com um maior apoio do Estado, sociedade e a própria família do menor.

Os casos de tráfico de drogas são os mais recorrentes na Vara da Infância e Juventude da cidade. Assim, o menor que entra para a vida dos crimes de tráfico de entorpecentes por vezes já adentrou na seara criminosa através de pequenos furtos e prática de diversos outros atos ilícitos menores.

A necessidade fisiológica de utilizar a droga faz com que os menores usuários pratiquem pequenos atos ilícitos a fim de angariar fundos para comprar a droga. Isto porque, na maioria das vezes os menores que se inserem na vida criminosa são de baixa renda, situados na periferia da cidade, marginalizados pela própria sociedade. Por vezes, estes menores praticam atos ilícitos porque a sociedade/Estado não dão o devido apoio/auxílio, preconizado no Estatuto da Criança e do Adolescente para que estes infantes vivam com qualidade de vida.

Entretanto, não são somente os menores de famílias menos favorecidas que entram na vida do crime. Nos últimos anos houve um aumento considerável de jovens de famílias abastadas que se envolveram no tráfico de drogas. O falso sentimento de poder bem como de impunidade invade o pensamento desses menores que acabam praticando atos infracionais, aumentando o índice de delinquentes na cidade de Marataízes/ES.

Dessa forma, para mudança desse quadro lastimável que não só afeta a cidade de Marataízes/ES, mas também assola todo o país, necessário se faz a atuação concomitante da família do menor, utilizando de métodos para auxílio, através de psicólogos e outros que possam ajudar a família do menor em como proceder com os filhos nesses casos, para que possa auxiliar na vida pessoal; atuação do Estado que deve efetivar o dever preconizado no Estatuto da Criança e do Adolescente para se exista infraestrutura na saúde/educação no trato de todos os menores; bem como a atuação da sociedade que deve estar aberta a receber este menor, auxiliando na vida profissional e no convívio social do infante.

Segundo entrevista com o assessor da Promotoria da Infância e Juventude da Comarca de Marataízes/ES acerca do caso, expõe seu posicionamento pautado em se reconhecer a medida socioeducativa de internação como a última medida a ser adotada, no qual deve-se buscar as outras medidas que não exijam a retirada do adolescente infrator do convívio social e familiar, afirmando que a prestação de serviços à comunidade ou a liberdade assistida são medidas que podem se revelar úteis, dependendo do caso concreto.

Neste sentido afirma o assessor: “A toda sorte, reforço que a internação deve ser uma resposta aos casos em que as outras medidas postas à disposição do Juiz se revelem insuficientes; como uma porta que se abre apenas quando todos os demais caminhos restarem bloqueados”.

Em relação à reiteração do tráfico de drogas no Município de Marataízes/ES, foi perguntado ao assessor da Infância e Juventude se havia muitos casos de reiteração, nesse sentido:

Sim, embora me faltem números mais precisos, creio que eles são consideravelmente altos. Múltiplos fatores pesam em desfavor da cidade: população flutuante, pobreza, falta de estrutura em diversos níveis (familiar, social, estatal).

Diante desse quadro de total falta de perspectiva, é cada vez mais comum que mais e mais adolescentes ingressem nas fileiras do tráfico de drogas, seduzidos pelo dinheiro fácil que lhes é oferecido. Muitos desses adolescentes são apresentados mais de uma vez ao Promotor de Justiça e, mesmo quando suspeitam que serão internados não se mostram arrependidos.

Perguntado acerca do local onde os menores em conflito com a lei são postos em regime de internação, respondeu que geralmente são enviados para a cidade de Cachoeiro de Itape-mirim/ES, no IASES (Instituto de Atendimento Socioeducativo do Espírito Santo).

Por fim, ao analisar sobre este assunto com o juiz de Direito da Comarca de Marataízes/ES, este expôs seu posicionamento a favor da medida de internação quando se tratar de tráfico de drogas, e este ato for reiterado, ou pelo mesmo fato ou que envolva violência ou grave ameaça, uma vez que em seu entendimento é que o tráfico de drogas está equiparado à violência e possui grave ameaça a toda a sociedade, como forma de necessidade de tratamento especial, tendo como foco o tratamento psicológico para sua reestruturação no seio familiar e social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através da análise descritiva realizada no presente artigo, percebe-se que a aplicação de medidas socioeducativas mostra-se eficaz em alguns aspectos no município de Marataízes-ES. Isto porque, em casos de internação quando há reiteração do ato ilícito (neste artigo em questão o tráfico de drogas), não se resta outro meio a não ser tal medida para a aplicação eficaz; vez que o menor, quando recebe esta privação, tem um tempo para se adequar e repensar os atos por ele praticados que não estão de acordo com a lei.

Ainda, durante este período, recebe auxílios médicos e psicológicos na seara da unidade de tratamento, para que sua saúde se reestabeleça. No que concerne às outras medidas, são eficazes em casos onde não há reiteração, e sua aplicação uma única vez é capaz de reestruturar o menor.

No tocante à restrição de liberdade proporcionada pela aplicação da internação, em qualquer de suas modalidades, deve ser considerada a mudança da conduta do infrator mediante esta restrição, tendo em vista que, por ser a sanção mais gravosa, apresenta resultados mais representativos, embora afete momentaneamente um direito do menor. No entanto, é importante salientar que, em caso de reincidência do menor, a aplicação de medidas alternativas à internação melhor atendem ao propósito de recuperação do infrator.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Simone Gonçalves de et al. Fatores protetivos a adolescentes em conflito com a lei no contexto socioeducativo. **Psicologia & Sociedade**, v. 18, n. 3, p. 74-81, 2006.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. **MiniVademecum Constitucional e Administrativo**. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Vademecum acadêmico de direito Rideel**. 16.ed. São Paulo: Rideel, 2013.

DUPRET, Cristiane. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. 2.ed. Belo Horizonte: Ius, 2012.

IBGE. **Espírito Santo/Marataízes/infográficos: dados gerias do município**. Disponível em: <<http://www.cidades.ibge.gov.br/painel/painel.php?lang=&codmun=320332&search=%7Cmarataizes>> Acesso em 14 de maio de 2015.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência**. 15.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MEZZOMO, Marcelo Colombelli. Aspectos da aplicação das medidas protetivas e sócio-educativas do Estatuto da Criança e do Adolescente: teoria e prática. **Site do Curso de Direito da UFSM**, 2004.

MORAES, Bianca Mota De; RAMOS, Helane Vieira. Et al. A prática do ato infracional. In: **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 4.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

MORAES, Bianca Mota De; RAMOS, Helane Vieira. Et al. A prática do ato infracional. In: **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 5.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

OLIVEIRA, Maruza B.; ASSIS, Simone G. Os adolescentes infratores do Rio de Janeiro e as instituições que os “ressocializam”. A perpetuação do descaso Teenagelawoffenders in Rio de Janeiro and institutionsthat “rehabilitate” them. **Cad. saúde pública**, v. 15, n. 4, p. 831-844, 1999.

Organização das Nações Unidas. **O trabalho das Nações Unidas em prol dos direitos humanos**. New York, NY, 1975.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

O RECONHECIMENTO DA ASSISTÊNCIA RELIGIOSA, PREVISTO NA LEI 7210/84, UM INSTRUMENTO ESTATAL PARA RESSOCIALIZAÇÃO VERSO O PRINCÍPIO DO ESTADO LAICO

ROMERITO OLIVEIRA DA ENCARNAÇÃO ¹
PAULO SÉRGIO RIZZO ²

RESUMO

O reconhecimento da assistência religiosa pelo Estado, previsto na lei de execução penal, é um instrumento de Estado para ressocialização, logo, existem convergências e divergências em relação ao princípio do Estado laico. Assim sendo, nasce uma indagação a ser respondida: O reconhecimento da assistência religiosa pelo estado, previsto na lei de execução penal, como um instrumento estatal para ressocialização fere o princípio do estado laico. O objetivo da pesquisa é abordar conceitos da prática forense e doutrinária para equacionar o problema apresentado na tentativa de criar uma solução para possíveis conflitos, abrangendo caráter transdisciplinar entre searas distintas das Ciências humanas, tais como Direito penal, Direito Constitucional, bem como do comportamento social. O tema é extramente importante do ponto de vista social, e um bom instrumento de discussão, envolvendo os anseios da sociedade, haja vista que recai sob essa mesma sociedade o ônus pela reincidência advinda da inoperância do estado. As mudanças estruturais readaptativas ocorridas na vida do condenado sobre custódia do Estado, em sua maioria, correspondem aos estímulos impetrados pelos agentes voluntários designados pelo Estado na prestação da assistência religiosa. O rol das assistências do artigo 11 da lei 7210/84, não concorrem entre si, mas se completam, motivo pelo qual não há que se falar em hierarquia ou independência, mas sim, harmonia, autonomia e interdependência, ligadas por uma questão desde sua origem, que é a ressocialização. Desta forma, observado a teoria da tríplice finalidade da pena, exige-se do poder coercitivo, persecução à readaptação deste individuo, uma questão social complexa, envolvendo a preservação pelo Estado a manutenção da convivência pacífica em sociedade garantida pelo pacto social.

Palavras-chave: Constituição. Lei de Execução Penal. Ressocialização.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente projeto de pesquisa é traçar um caminho para a elaboração do Trabalho de Conclusão de Curso a ser apresentado no 9º período do Curso de Direito da Faculdade Doctum de Vitória, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito. O futuro trabalho consistirá em uma monografia com o tema: o reconhecimento da assistência religiosa pelo Estado como um dos instrumentos oficiais previstos na Lei de Execução Penal para a ressocialização verso o princípio do Estado laico.

¹ Bacharel em Direito, Conselheiro da Secretaria de Justiça, Professor da EPEN – Escola Penitenciária do Estado do Espírito Santo, Ministro Religioso. E-mail: pr.romerito@hotmail.com.

² Mestre e Professor Universitário.

O projeto fará uma delimitação do tema proposto, levantando a hipótese que pretende responder ao final das investigações realizadas. Para tanto, serão propostos objetivos específicos a fim de que o pesquisador possa planejar a busca pautada do conhecimento. Segue, ainda, o cronograma das atividades propostas que conduzirão ao resultado pretendido.

O tema escolhido para a monografia envolve um assunto de bastante relevância jurídica: A assistência religiosa e o princípio do Estado laico. O cerne da pesquisa consistirá na análise de dois institutos legítimos proposto pelo legislador, porém, nem sempre em harmonia quanto a sua aplicação pelo Estado, suscitando grandes debates e divergentes opiniões acadêmicas. Para tanto, serão analisadas posições doutrinárias, além de casos concretos ocorridos na efetivação do instituto em unidades de internação coletiva bem como, incompreensões de setores governamentais e sociedade civil organizada quanto à aplicação do tema.

A dignidade da pessoa humana é um conceito com grande abrangência, incluindo na amplitude de sua definição e delimitação, o sentido à valorização do ser, englobando diversas concepções e significados, compreendido historicamente pelo direito natural desde a preexistência do homem à civilização. Com o advento da elaboração do contrato social constituinte em nosso ordenamento jurídico, conhecida no mundo acadêmico como Constituição Cidadã, foi estabelecido um marco das garantias e direitos individuais, os elevando ao status de cláusula pétrea, com incidência fundamental a condição basilar de um Estado Democrático de Direito, contemplado a inviolabilidade da liberdade à manifestação individual e coletiva de crença, culto e associação pacífica, previsto pelo art. 5º, VII e XVI da Constituição de 1988.

Fica assegurada nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva, e de acordo com o postulado da interpretação por uma questão de raciocínio lógico, a legitimidade do direito a convicção religiosa entre outros, se equipara ao da convicção filosófica e ao sufrágio universal, representado pelos direitos políticos garantidos ao cidadão com a segurança da inviolabilidade constitucional.

Assim sendo, a proposta é analisar as convergências e divergências entre o Estado laico, na utilização da assistência religiosa, normatizada em sua Lei de Execução Penal, proposto pelo legislador como instrumento eficaz para reconstruir conceitos e valores, que uma vez ausente na vida do ser humano, colaboram para agressão as regras de convivência, perturbando a paz social, afetando todo o conjunto da sociedade.

A importância jurídica ganha relevância no tema, pois trata com questões não pacificadas no dia-a-dia forense, poucos autores abordam a temática, apesar da alta relevância quando pensado, que de uma forma direta ou indireta o tema envolve toda estrutura da sociedade, pois a pessoa privada de sua liberdade irá cumprir sua pena, a única certeza é que esta pes-

soa retornará para essa sociedade e não se sabe se estará pronta para tal convívio ou se fará aumentar os índices de reincidência cometendo novos crimes.

Sob o ponto de vista normativo, a assistência religiosa além do estado de qualidade em conformidade com a lei e o direito, concentra em si a eficácia do caráter transformador podendo ser aferida objetivamente. Em momentos de grande ira, rancor e ódio onde os instintos mais selvagens do homem são aflorados, uma pessoa provavelmente se absterá de cometer um ilícito, não porque o Estado tipifica tal conduta como crime, mas sim em razão do arrependimento gerado em seu coração, por se tratar de algo abominável segundo a doutrina que passou a praticar.

A fim de se atingir os objetivos desse projeto, utilizar-se-á a pesquisa teórico-dogmática, tendo em vista que são abordados conceitos da prática forense e doutrinários para equacionar o problema apresentado na tentativa de criar uma solução para o conflito. Os setores de conhecimento abrangidos pela presente pesquisa apresentam caráter transdisciplinar, com incidência de investigações contidas entre searas distintas das Ciências humanas, tais como Direito penal, Direito Constitucional, bem como do comportamento social e individual.

O artigo em tela está dividido em pesquisa exploratório, biográfica e documental, onde é feita demonstração na prática forense desse instituto na execução penal, bem como a função social contida na pena, quando da aplicação dessa pelo Estado e sua aferição à propiciar integração social da pessoa humana privada da liberdade, e ainda, a garantia celebrada pelo direito constitucional para execução do instituto, entendendo o ser humano pelo conceito de denominação psicológica, bio-psico-socioespiritual.

DA ASSISTÊNCIA RELIGIOSA

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana contemplado pelos direitos fundamentais é no Brasil um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, responsável por tutelar o rol de garantias e liberdade dos indivíduos, sendo previsto pelo art. 5º, VII da Constituição de 1988, que enuncia: é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva; Tendo em vista o princípio da hierarquia das normas, a Constituição Federal é nossa lei suprema, toda a legislação infraconstitucional, portanto deverá absorver e obedecer tal princípio. (BRASIL, 1988)

A inviolabilidade constitucional, bem como a segurança por motivo de crença religiosa se equipara a convicção filosófica e ao sufrágio universal, representado pelos direitos políticos garantidos ao cidadão.

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; (BRASIL, 1988).

Entre o rol das assistências do artigo 11 da Lei de Execução Penal, pensada pelo legislador está à assistência religiosa, com previsões legais em dispositivos específicos assegurando a liberdade religiosa e garantindo os direitos fundamentais de dignidade da pessoa humana previsto no texto constitucional, com abrangência às convicções religiosas e suas consequências. Essa assistência é um poderoso mecanismo de reabilitação, uma vez que enfrenta os piores instintos do homem em seus momentos ódio e vingança, moldando um comportamento de equilíbrio para com o próximo e estabelecendo freios aos impulsos mais primitivos do seu coração.

Art. 11. A assistência será:

I - material;

II - à saúde;

III - jurídica;

IV - educacional;

V - social;

VI - religiosa. (BRASIL, 1984)

Não se trata do Estado esta ferindo sua separação com a igreja, é uma questão de cumprimento do seu dever de readaptar, o qual se não cumprir, prevarica. Para isso o Estado garante pluralidade religiosa na efetivação dessa assistência, o que o exime de privilegiar qualquer grupo em detrimento de outro, assim oportunizando a todas as matrizes religiosas, a partir de manifestação e interesse que, adentre as unidades de internação coletiva para efetivar tal assistência.

A histeria demonstrada por alguns a esse respeito escancara não só recusa à pluralidade e diversidade religiosa da sociedade, mas também, uma tendência de alguns a vocação totalitária. Pois como bem se sabe, o totalitarismo, para cujo porto a jovem democracia Brasileira vem sendo levada, não pode conviver com sistemas de valores que não sejam ditados pelo Estado, esse tem sido atualmente o conceito utilizado por alguns ditos pensadores para descrever o princípio do Estado laico condenando a assistência religiosa.

OS CRITÉRIOS INFORMADORES DA SECRETARIA DE JUSTIÇA DO ESPIRITO SANTO

Ao Estado compete aplicar os tipos de penas existentes ao transgressor da ordem social. Sendo a pena de uma forma ampla, a perda de bens jurídicos impostos pelo órgão da justiça, a quem pratica algum crime. Aplicada a pena ao indivíduo infrator da ordem social, espera-se que a mesma cumpra sua função social, que entre outras, está à readaptação. Cabe agora ao Estado através da Secretaria de Justiça - SEJUS à obrigação e dever de executar a mesma. Utilizando-se de todos os dispositivos cabíveis em direito a efetivação dos objetivos.

Cumprir salientar, que fácil não é nos dias atuais realizar a execução da pena. Onde são cada vez maiores as dificuldades sofridas pelo Estado em conseguir fazer cumprir os dispositivos legais de direito à pessoa humana privada de liberdade. Não tendo o Estado à preparação necessária para dar efetividade à execução da pena, não cumpre com sua função tornando às leis, simples indicativos. Deixando de praticar, indevidamente, ato de ofício contra disposição expressa em lei.

Os principais princípios da aplicação e da execução da pena são na maioria elencados pela nossa Constituição Federal. Sendo tais princípios basilares do Estado Democrático de Direito. A Constituição Federal é considerada uma das melhores do mundo, se tratando de direitos e deveres. Pois poucas são as constituições no mundo que trazem tantos direitos e garantias a sociedade, como a constituição brasileira.

Nosso ordenamento jurídico está organizado em hierarquia entre as normas conforme a teoria da pirâmide de Hans Kelsen tem-se o entendimento que as normas infraconstitucionais, devem estar em ordem com a Constituição Federal. Sendo assim, cabe ao Ente administrador da execução da pena, ou seja, a Secretaria de Justiça cumprir todos os dispositivos celebrados em nosso ordenamento, entre os quais, reza o artigo 11 da lei 7210/85 – Lei de Execução Penal que a assistência religiosa ao preso e ao internado é um dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

AS TÉCNICAS DE CONTROLE NA EFETIVAÇÃO DA ASSISTÊNCIA RELIGIOSA

A efetivação deste conjunto de normas legislativa está sobre encargo do Estado através de sua secretaria de justiça, a qual detém a administração do sistema carcerário na execução penal, uma vez existindo previsibilidade normativa, cabe ao ente Estatal efetivar a assistência religiosa, respeitando a pluralidade religiosa de seus internos sem intervir nas convicções dogmáticas de cada grupo, garantindo a diversidade religiosa celebrada pelo Estado Democrático de Direito e o respeito para um convívio amistoso e pacífico existente no Estado Laico, sem

parcialidade a qualquer confissão utilizada pelo Estado em detrimento de outra na execução da assistência religiosa, com os que estão sobre sua custódia. Evidenciando assim a assistência como mecanismo de construção para readaptação da pessoa humana privada de liberdade.

TEORIA DA TRÍPLICE FINALIDADE DA PENA

A função social da pena, aponta três aspectos relevante inerente ao poder do Estado, que são; o aspecto preventivo, retributivo e o readaptativo. O Estado cumpre seu papel de prevenção ao recolher sobre sua custódia o delinquente em espaço de segurança, bem como cumpre seu papel retributivo suspendendo alguns direitos da pessoa humana privado da liberdade, porém lhe resta o terceiro dever que é a readaptação, ou seja, recuperar este cidadão para o retorno em sociedade.

É nessa direção que surge o conceito de política criminal, onde o Estado em sua organização jurídica vive em busca contínua por mecanismos que combata o crescimento da conduta criminosa de seus cidadãos, não sendo permitido pelo ordenamento jurídico pátrio, a nenhum cidadão fazer justiça com as suas próprias mãos. Logo se entende que cabe ao Estado o dever em efetivar políticas de integração social que possibilite ao condenado e ao internado a efetiva ressocialização que é a função social da pena, pois se espera que este reintegre ao meio social após cumprir a mesma.

O Código Penal brasileiro não norteia a possibilidade da existência da pena de morte ou prisão perpétua que não seja, em caso de Estado de sítio e guerra declarada, logo há uma certeza, que o infrator em poder do Estado irá voltar ao meio social para o qual se espera um convívio harmônico e pacífico em sociedade, pois a tríplice finalidade da pena consiste; além de prevenir e retribuir, que haja a readaptação, logo ao Estado compete o poder dever na efetivação deste tripé.

O PODER – DEVER DO ESTADO EM FACE DA EXECUÇÃO DA PENA

A efetivação deste conjunto de normas legislativa está sobre encargo do Estado, o qual detém o poder coercitivo na execução penal, uma vez existindo previsibilidade normativa, não se trata de uma questão de vontade, de querer ou não querer ou escolha do ente público, mas sim uma obrigação, o Estado tem o dever da prevenção, recolhendo o individuo, evitando que a sociedade volte a sofrer com novos ilícitos praticados pelo delinquente, bem como a retribuição pelo mal causado por este, nem tão pouco, há óbice em interpretar o papel obrigatório do Estado na readaptação deste delinquente.

Entre os mecanismos do rol das assistências do artigo 11 da lei 7210/84 para o processo de readaptação da pessoa privada de liberdade, menciona o inciso VI o dever do Ente Estatal em efetivar a assistência religiosa, respeitando a pluralidade religiosa e manifestação de vontade de cada interno, sem intervir nas convicções dogmáticas dos grupos religiosos, garantindo a diversidade religiosa e o respeito para um convívio amistoso e pacífico atinente ao Estado Democrático de Direito, sem parcialidade a qualquer confissão em detrimento de outra na efetivação dessa assistência, garantindo assim como mecanismo de construção para readaptação da pessoa humana privada de liberdade pelo Estado com os que estão sobre sua custódia.

RECEPÇÃO DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL AO INSTITUTO DA ASSISTÊNCIA RELIGIOSA

A assistência religiosa como um dos institutos jurídicos estabelecidos na Lei de Execução Penal, é visto por doutrinadores do direito como um importante mecanismo de readaptação desenvolvido na execução da pena a fim de fomentar a ressocialização da pessoa humana em privação da liberdade. Ensina de forma proeminente Luiz Regis Prado. (*apud* GALÚCIO, 2012) prelecionam, a propósito, que: A oportunidade e liberdade do culto religioso são de extrema importância para o regular cumprimento da sanção penal aplicada e no resultado ressocializador almejado. A própria ideia de crença transcende a compreensão de sua importância [...]. Não é difícil perceber que, nas unidades de internação coletiva em que a assistência religiosa é garantida, como preconiza a lei, os resultados são percebidos não só pela administração, mas também pelos próprios familiares e a sociedade.

Inseri-se na primeira classe dos direitos aos presos não só os direitos civis e sociais, como os direitos intrínsecos à pessoa humana, radicados na lei natural. Os chamados direitos da pessoa humana, também mencionado por Iarani Galúcio citando Bueno Arus: o direito à vida, o direito à integridade física e moral, o direito à dignidade humana, o direito à intimidade e o direito à liberdade religiosa. Podemos assim observar o caráter jurídico da assistência religiosa, prevista pelo legislador para execução da pena nos espaço de internação coletiva, restringindo ao Estado a efetivação das disposições de sentença, detentor exclusivo do poder coercitivo, objetivando aplicar a pena.

O ENTENDIMENTO DO LEGISLADOR CONCERNENTE A ASSISTÊNCIA RELIGIOSA

O Poder Legislativo, em suas casas de leis tem debatido através dos seus representantes eleitos pelo povo que a assistência religiosa é um instrumento eficaz no difícil processo de readaptação do indivíduo sobre custódia do estado. E nesse contexto de

debate e discussão que o legislador atenta para uma das praticas mais primitivas do ser humano, que é sua espiritualidade.

Não resta duvida que mais do que legalidade, a assistência religiosa também contempla a natureza da legitimidade, a contar da sua própria origem, seus fundamentos extraída de fontes jurídicas como o costume social até a emersão como norma positivada, que como se não fosse o suficiente para justificar sua existência, está mais do que sabido por grande parte dos penitenciarista sua real eficácia na contribuição pela ressocialização.

O objetivo do Poder Legislativo é elaborar normas de direito de abrangência geral ou individual que são aplicadas à toda sociedade, com o objetivo de satisfazer os grupos de pressão, a administração pública, a sociedade e a própria causa, assim o instituto da assistência religiosa é mais um instrumento na demonstração de bons resultados na disposição da sentença.

OS LIMITES DA ATUAÇÃO DA ASSISTÊNCIA RELIGIOSA DENTRO DO ESPAÇO DE SEGURANÇA

Não resta duvida que quando se trata de espaço de segurança a atenção deve ser redobrada, logo nem todos os direitos a manifestação do culto assegurado ao cidadão livre em sociedade poderão ser integralmente garantidos dentro da unidade prisional por uma questão de segurança, art. 12, II, Pacto São José Costa Rica. O fato do presídio está sobre constante alerta quanto a sua segurança, leva a administração buscar caminhos seguros na efetivação dos direito, tendo cautela em cada movimentação desenvolvida neste espaço, o que gera um óbice à liberdade integral do culto dentro da unidade, sendo necessária uma interpretação mitigada dessa liberdade litúrgica do culto atendendo as garantias do direito da assistência religiosa ao interno.

Essa assistência, não tem caráter proselitista, bem como, não se presta a instrumento de exceção para tolher direitos e garantias religiosas previstas em normas Constitucionais ou restringir direitos normatizados em leis ordinárias como os já preconizados, art. 24 da lei 7210/85.

Art. 24. A assistência religiosa, com liberdade de culto, será prestada aos presos e aos internados, permitindo-se-lhes a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa.

§ 1º No estabelecimento haverá local apropriado para os cultos religiosos.

§ 2º Nenhum preso ou internado poderá ser obrigado a participar de atividade religiosa. (BRASIL, 1985).

Sua relevância ganha dimensões garantistas ainda mais importante na seara dos direitos internacionais, sendo parte de inúmeros debates resultando em acordos e tratados internacionais como o Pacto de São José da Costa Rica

Artigo 12 - Liberdade de consciência e de religião

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado.
2. Ninguém pode ser submetido a medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças.
3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita apenas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.
4. Os pais e, quando for o caso, os tutores, têm direito a que seus filhos e pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções. (BRASIL, 1992)

Tratado universal dos Direitos Humanos

Artigo XVIII

Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, em público ou em particular. (BRASIL, 1968)

O Estado discute a política criminal buscando saídas e possibilidades de reflexão aos próprios atos cometidos quando ainda em sociedade não foram observados por estes, e por isso não há a preocupação do estado em que tipo de crença o interno vai participar ou se identificar, desde que todas as religiões tenham o mesmo direito em entrar na unidade de segurança, a escolha religiosa é uma questão de foro íntimo e direito individual do preso, pois o Estado apenas cumprir seu dever de ofertar a assistência religiosa como instrumento para readaptação desses indivíduos garantindo o direito do interno em participar ou não da assistência, art. 24, § 2^a da lei 7210/85. (BRASIL, 1985)

Assim sendo as práticas litúrgicas de cada religião passam a ser mitigadas, pois entendendo se tratar de uma unidade de segurança há diversos objetos e utensílios litúrgicos que representam riscos à própria integridade do espaço, o que exige uma reflexão cuidadosa por parte do agente religioso na hora da celebração e culto ministrado aos internos, sempre com muito preparo operacional, submetendo as regras de segurança entendendo que as limitações decorrem da própria natureza do espaço não ser o templo comumente usado por este ministro.

MECANISMOS JURÍDICOS E RECURSOS HUMANOS PARA EFETIVAÇÃO DA ASSISTÊNCIA RELIGIOSA

O Estado tem grandes desafios nas observações dos marcos legais previstas pelo legislado, entre os quais, esta a efetivação da assistência religiosa como um instrumento de reintegração social, não basta fazer leis é preciso fiscalizar o seu cumprimento, dado à inoperância e letargia da máquina pública, tal assistência torna-se inadequada ao propósito pensado pelo legislador sendo insuficiente sua aplicabilidade, pois nas raras vezes em que se encontra efetivada no espaço prisional e aderida em sua grande maioria pelos presos, em raras exceções não é respeitada pelo sistema administrativo como um instrumento para a reintegração social do apenado sendo um dever do Estado, porém vista por alguns como uma forma de acesso a determinados privilégios.

Os mecanismos jurídicos necessários para o adimplemento da assistência religiosa estão postos em todo nosso ordenamento jurídico, com respeito aos direitos do condenado esculpido na Constituição da República e na Lei de Execução Penal decorrente do princípio da humanidade. Assim, o condenado, na lição de Iñaki Rivera Beiras (*apud*, MOURA, 2006) reveste-se de “um status jurídicos particular: é um sujeito titular de direitos fundamentais, mesmo com certas limitações imposta pelas circunstâncias de sua situação de reclusão”.

A Secretaria de Justiça do Estado do Espírito Santo, desde 2008 tem implementado uma espécie de conselho denominado GINTER – GRUPO INTERCONFISSIONAL, que vem implantando uma gestão que regula, fiscaliza e garante as atividades da assistência religiosa tendo suas ações nas unidades de segurança do Estado pautadas pela portaria nº 991-S, publicada em 2011 pela SEJUS. Através deste conselho, são desenvolvidos cursos e treinamentos gratuitos de capacitação para voluntários de qualquer confissão religiosa, uma vez estando capacitados são nomeados, revestidos de investidura Estatal para o exercício da assistência religiosa ganhando status de agente público sem remuneração.

Art. 2º da lei 8429/92 Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração (voluntários), por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior. (BRASIL, 1992).

A lei da improbidade administrativa - Lei 8429/92, compreende como “agente público sem remuneração” todos os voluntários que exercem função no Estado por meio de nomeação ou designação ainda que transitoriamente, tanto na administração pública direta

(no caso dos presídios) quanto indireta (terceirizados ou empresas públicas e sociedades de economia mistas) que seja de obrigação do Estado, considerando as devidas exceções em especial da obrigatoriedade normatizada, é o que acontece com os voluntários do tribunal do Júri, bem como pelos voluntários chamados nas eleições para servir como mesários, no exercício da função estão investidos de função pública, logo sendo reconhecidos como agentes públicos sem remuneração.

Desta feita, em alguns momentos a assistência religiosa é a última opção do Estado, para cumprir o dever legalmente imposto advindo da custódia que lhe foi conferido, como tutor das regras da prevenção, retribuição e readaptação previstas no diploma penal, utilizando o voluntariado elevando-o a função estatal, dando equiparação equivalente a agente público na efetivação do dever do Estado.

A DIFERENÇA DO ESTADO LAICO PARA O ESTADO LAICISTA

A leitura dos preceitos que os constituintes de 1988 discutiram a exaustão ao incluírem em nossa Carta Magna sobre o tema esclarece, acima de qualquer dúvida, qual era o espírito legislativo desejado na construção da norma em questão, ou seja, proteger todas as possibilidades de crença da sociedade limitando a intromissão do Estado e não das pessoas, suas religiões e igrejas, como agora, de forma maliciosa, alguns leem a carta pelo avesso, pretendendo nos fazer crer. A leitura fática da Constituição determina ser “inviolável a liberdade de consciência e de crença”, que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença” e que o Estado não pode estabelecer ou impedir cultos ou assistência religiosa.

Não é correto invocar o princípio do Estado laico para desqualificar opiniões, religiões e instituições religiosas. Frequentemente aparecem manifestações públicas de preconceito religioso, pondo em risco conquistas históricas do próprio Estado democrático de direito, com invocações equivocada à laicidade, que mais demonstram ensaios de ideologias totalitárias com vista a acabar com o Estado democrático de direito, Estado laico não se confunde com Estado laicista, muito menos com oficialização de ateísmo, pois o estado é laico mais o seu povo não é, o pacto social não foi celebrado para tolher, reprimir ou dificultar a manifestação religiosa da sociedade, mas sim as garantir.

Percebe-se que não são as opiniões de indivíduos ou, mesmo, de figuras públicas em que se percebe inspiração religiosa que violam a Constituição, mas as tentativas de silenciá-los, privando o direito à liberdade de expressão, aos brados de “Estado laico”. Foi exatamente contra essa pretensão que os constituintes ergueram barreiras constitu-

cionais petrificando temas como da liberdade religiosa que garante a esta assistência nos espaços de internação coletiva.

A POSIÇÃO ESPERADA DO ENTE ESTATAL LAICO

O Estado laico é fundamentado entre outros, pela sua incipiência ao tema religião, alheio a interesses dogmáticos da fé e da moral comum, isento as convicções de matrizes religiosas, o que também pode ser chamado de Estado leigo ou secular, ou seja, é um Estado neutro, oposto ao Estado confessional, porém comprometido com o respeito pertinente a um Estado Democrático de Direito e garantidor da diversidade e pluralidade religiosa de seu povo, bem como, da convivência pacífica das mais diversas manifestações religiosas desses cidadãos, uma conquista das lutas protestantes.

Conforme leciona Celso Lafer (*apud*, RUSSAR, 2012), “laico significa tanto o que é independente de qualquer confissão religiosa quanto o relativo ao mundo da vida civil”. Para Andrea Russar Rachel, preconiza a liberdade de consciência como poder de orientar-se tanto no sentido de não admitir crença alguma, o que ocorre com os ateus, cépticos e os agnósticos entre outros, quanto também pode resultar na adesão ou mudança de opinião a determinado conceito filosófico ou religioso promovido por uma sociedade seja majoritário ou minoritário, ou ainda a valores morais e espirituais que não se confunde com nenhuma religião, tal como se verifica em alguns movimentos pacifistas que, apesar de defenderem a paz, não implicam qualquer fé religiosa.

Artigo 19, Inciso I, da Constituição de 1988: “É vedado à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público”. (BRASIL, 1988)

John Leland escreveu nos inalienáveis Direitos de Docência de 1791 (*apud*, BILL FEDERER, 2015), que eles queriam não apenas tolerância, mas a igualdade:

Todo homem tem de dar contas de si mesmo a Deus e, portanto, cada um deve ter a liberdade de servir a Deus de uma forma que ele possa conciliar melhor com a sua consciência. Se o governo puder responder por indivíduos no dia do juízo, que os homens possam ser controlados por ele em questões religiosas; de outro modo, que os homens sejam livres

Ou seja, o Estado deve ser laico, se neutralizando em relação às escolhas religiosas da sociedade.

Uma das primeiras nações do ocidente a defenderem e adotarem em sua estrutura jurídica o caráter de Estado Laico foi os Estados Unidos. Em primeiro de janeiro de 1802 (*apud*, FEDERER, 2015), Jefferson respondeu com a sua famosa carta, concordando com os batistas de Danbury:

Senhores ... Acreditando como vocês que a religião é um assunto que é da competência exclusiva entre o homem e o seu Deus, que ele não deve dar contas a ninguém pela sua fé ou pelo seu culto, que os poderes legislativos do governo atingem apenas as ações, e não opiniões, eu contemplo com reverência solene que o agir de todo o povo americano que declararam que a sua legislatura 'não deve fazer nenhuma lei considerando o estabelecimento de uma religião, ou proibindo o seu livre exercício', construindo um muro de separação entre a Igreja e o Estado.

Desta forma percebe-se que para melhor convivência em sociedade e garantia dos direitos individuais assistidos no ordenamento jurídico, o Ente Estatal não tem competência para definir as peculiaridades e meandros da convicção religiosa de seus cidadãos, sendo mais pertinente que, na sua função de Estado se ocupe a manutenção da ordem social e da paz na sociedade, deixando livre o caminho da crença, sem obstruir a convicção religiosa como um direito natural dos indivíduos na sua pluralidade e diversidade.

O PERIGO EM CONFUNDIR ESTADO LAICO COM ESTADO ATEÍSTA

A liberdade religiosa celebrada pela manifestação da crença de um povo, expressa como pensamento motivador para a vida de alguém, o qual ver inspiração nas verdades bíblicas ou outras filosofias para expressar opinião e confessar sua fé, é uma das conquistas dessa separação entre igreja e Estado, chamada juridicamente de Estado laico. Qualquer tentativa sofista de interpretar este princípio a luz de um Estado ateu se assemelha a tentativas reducionistas ideológicas e de perseguição religiosa, desconsiderando o respeito à diversidade religiosa, das mais variadas expressões de fé atinentes à sociedade ao longo de séculos, sem adentrar no mérito de que trata-se de um dos mais expressivos direitos constitucionais individual do cidadão celebrados e garantido pela manifestação de consciência, não cabendo interpretações utilitaristas.

Confundir Estado laico com Estado ateu expressa intenção de desdenhar do espírito legislativo do constituinte, comprometendo a segurança jurídica que norteia o nosso siste-

ma de leis, soa de forma temerária ao princípio constitucional das garantias fundamentais, violentando à manifestação de opinião, expressão, crença, culto e conversão, como se estes não fosse um mecanismo de direito previsto pelo ordenamento jurídico Pátrio, pacificado originariamente no diploma constitutivo da nação, em leis e jurisprudências dos tribunais, até mesmo no âmbito internacional, com demonstração prática de resultados na sociedade desaforando o Estado, em especial pela assistência religiosa que exercem tamanha relevância social através do trabalho de instituições como igrejas que atuam em áreas de alto risco social e unidades de internação coletiva.

É temerária a postura de alguns grupos, que a título de suposta “defesa” da separação de igreja e estado pleiteiam golpear a sociedade, que assiste anestesiada, a implementação de uma plataforma social pautada em viés ideológico de esquerda que desqualifica alguns segmentos da sociedade civil organizada, apenas por terem natureza religiosa em detrimento de outros na sociedade, como se o fator religião, desqualificasse todo um lindo trabalho tão legítimo quanto qualquer outro, criando socialmente uma inconsciente escala de desvalorização na opinião emitida por instituições que amparam o fator religioso, gerando intolerâncias e rupturas como rejeição do tecido social para alguns desses segmentos, desmerecendo-os frente a opinião social, sendo implantada uma inversão de valores, desprezando a moral, os costumes e as manifestações de opinião desses tais segmentos da sociedade, onde a legitimidade jurídica de alguns grupos proposto pelo legislador, são alijados do debate social, expelido como se não representasse nenhum segmento da sociedade e reduzindo-os a um desmerecido “grupelho social”.

Filósofos, sociólogos, psicólogos e cientistas sociais entre outros da área, concordam que está em curso na sociedade ainda que de forma inconsciente, profundas mudanças de valores sociais, morais, éticos gerando um campo de embate social, que vai da aceitação ou rejeição a diversos temas e segmentos sociais, sendo utilizando por alguns grupos dominantes como instrumento para este fim, a cooptação do próprio Estado através do aparelhamento da ciência, mídia, educação, sumulas vinculantes, jurisprudências, a direito e etc, ou seja, o próprio ativismo judicial de forma sorrateira encampa parte dessa ideia, uma vez que juízes não eleitos decidem na canetada temas não consensuais do congresso nacional, impondo mudanças de regras para a sociedade. Que de forma orquestrado vem implantando uma agenda progressista ateia, desenvolvida com mecanismos da engenharia social utilizando como ferramenta a própria máquina estatal, ou seja, o Estado servindo de instrumento ideológico dos grupos dominantes do poder. Esses setores do poder exercem censores e patrulha contra qualquer que seja manifestação de aproximação e diálogo do poder público com os valores morais defendidos por opinião embasada em conceito religioso.

Hoje, não é difícil encontrar alguém que sem senso de razoabilidade vem a público desqualificar importantes segmentos da sociedade apenas por terem cunho religioso, sem antes analisar as ações fundamentais desenvolvidas no contexto social por estas instituições confessionais, seja na recuperação de dependências de viciados, orientação de vida do indivíduo desamparado pelo poder público ou familiar, bem como na reorganização do tecido social no combate aos conflitos promovendo a paz social.

A interpretação sofista do termo Estado laico dado por grupos ateístas em desprezo ao legítimo espírito legislativo da constituinte de 1988, entre outros é utilizado para definir um sistema de austeridade e intransigência que governa os imperativos políticos contra os direitos fundamentais. O que se percebe é que a pretexto do Estado laico, está sendo implantada uma patrulha dentro da administração pública, com base em *in odium fidei* [“em [explícito] ódio da fé”], ou seja, uma cultura do NÃO, onde tudo que tenha um aspecto baseado na religião é negado por ofender a “laicidade do estado”.

A PLURALIDADE E DIVERSIDADE RELIGIOSA DOS CIDADÃOS

A muito que se percebe o antigo e crescente debate sob o tema da pluralidade e diversidade religiosa, destacando a necessidade de respeito e tolerância nas relações em sociedade decorrente da liberdade de manifestação de crença, conquanto se façam longos discursos e infinitas produções com base no tema, à realidade prática do nosso cenário global é preocupante.

Uma sociedade livre evoca que haja nessa sociedade liberdade para expressar suas opiniões e confessar suas crenças, assim sendo, o princípio de pluralidade religiosa é um viés que comporta uma convivência pacífica e harmoniosa das mais diversas matrizes religiosas, isso significa dizer que há nessa sociedade capacidade para divergir de dogmas sem agredir pessoas. É nesse contexto que se pretende viver uma sociedade plural, onde seus cidadãos tenham toda a liberdade de escolher e confessar sua fé sem serem patrulhados pelo Estado, muito pelo contrário, espera-se que este seja o ente de defesa dos direitos e garantias por este normatizadas.

Esta diversidade deve contemplar a convivência em sociedade, ou seja, não basta ser diferente é preciso aceitar que a liberdade de escolha contemplada no ordenamento jurídico tem um custo, e esse custo passa por ter divergências de opinião, o que pode gerar debates ou pontos de vista diferentes, desde que não haja nas manifestações agressões ou violências, porém garantindo o convencimento persuasivo e a mudança de opinião seja individual ou coletivamente.

Artigo XVIII do Tratado universal dos Direitos Humanos

Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, em público ou em particular. (BRASIL, 1968).

Não resta dúvida que não haverá respeito e tolerância religiosa em uma sociedade enquanto não houver garantido pelo estado os direitos mínimos do cidadão expressar seu pensamento com ampla e irrestrita convicção, pautada na liberdade de crença com um elemento do direito natural de existência humana, seja ensinando ou praticando essa fé, seja observando e cultuando em público ou em particular, de forma protegida como garante a lei, sem ser embaraçado pelo estado.

DO DIREITO FUNDAMENTAL A ASSISTÊNCIA BIO-PSICO-SOCIOESPIRITUAL

Quando analisado o direito e dever no tempo e espaço pelo Estado percebem-se as mudanças da ciência ao longo da história, a evolução alçada pela ciência psicológica concernente ao conceito multidimensional adotado para compreender o ser humano na sua inteireza unidade, com características próprias que o identificam como tal.

Essa noção de ser um todo em hipótese nenhuma exclui a verdade de ter partes distintas que compõe este todo humano. O ser humano está situado dentro de um contexto múltiplo que o abriga, o envolve e que o influencia, e é por ele influenciado, fazendo parte de uma rede de relações com o universo e suas dimensões que o tornam único e diferente dos outros seres.

Portanto, a necessidade em compreender essa múltipla dimensão do ser, foi pensada pelo legislador na criação do rol das assistências do art. 11 da lei 7210/84, visando alcançar o diálogo entre as assistências previstas, entendendo o homem como um todo sem perder sua particularidade, ao mesmo tempo, como parte de um todo maior que o reveste. A prisão em si torna-se inútil quando não cumpri sua função social, que é a ressocialização, não é possível o alcance dessa proposta ignorando o caráter multifacetário das dimensões humanas.

O sucesso para readaptação do apenado perpassa indiscutivelmente por não desprezar os elementos objetivos e subjetivos, entre os quais; biológico, psicológico, social e espiritual, é preciso oferecê-lo sobre o aspecto da mitigação, sem risco a segurança, resgatando vínculos morais e éticos que correspondam a um habitat natural, o que chamamos de humanização do sistema carcerário, criando possibilidades dentro do seu contexto, tecendo uma malha de relações contemplando o aspecto bio-psíquico-socioespiritual.

O SER NA SUA INTEGRALIDADE

A pessoa humana na sua individualidade é uma unidade substancial com várias dimensões. Elementos materiais, psicológicos, biológicos e religiosos estão diretamente associados aos impactos em torno do que acontece com o ser humano, motivo este não prosperar a ideia de um ser monista.

A dimensão biológica refere-se aos aspectos físicos do corpo: anatomia, a fisiologia, os sistemas muscular, digestivo, ósseo, hormonal, respiratório, as funções e disfunções dos diversos órgãos, a inter-relação desses sistemas e suas dimensões fisiológicas. A dimensão espiritual relaciona-se a um Ser Supremo, que os Cristãos denominam de Deus, aquele que dá sentido a vida, fazendo o indivíduo entender seu propósito neste mundo, de ser uma parte do Universo, à noção da existência de forças maiores que o entendimento humano não pode explicar ou tem dificuldade em entender, é uma dimensão que ultrapassa a matéria tal como a conhecemos.

Essa noção de integralidade também depende da dimensão psicológica referente aos aspectos ligados à personalidade, manifestada no comportamento motivado por instâncias conscientes, pré-conscientes e inconscientes. Incluem-se nesta dimensão o pensamento, a memória, os raciocínios o contato e a expressão de sentimentos, emoções, desejos, vontades, necessidades de segurança, de autoestima, de realização, bem como, a dimensão social que diz respeito a todos os aspectos ligados à vida em grupo possíveis no universo do cárcere, além do religioso, o recreativo, o esportivo, o político, o educacional, o ideológico e o cultural. O Papa emérito Joseph Ratzinger explica que a alma é uma noção que exprime unidade pessoal do homem com um ser supramaterial.

[...] toda declaração sobre corpo e alma... visa sempre ao homem uno, mas dentro de seu estado interiormente diferenciado de um princípio de ser espiritual e material isto quer dizer de um ser que participa igualmente da dimensão espiritual e da dimensão de espaço e tempo. – As duas afirmações não podem se referir a dois seres distintos, mas também não podem ser simplesmente identificadas. Isso vale também no que diz respeito à declaração sobre plenificação de alma e corpo. A expressão que fala de um estado intermediário de alma sem corpo, ‘antes’ da ressurreição do corpo, não quer (lido teologicamente) fixar nada, além da diferenciação necessária das duas afirmações. Só em conjunto elas realmente definem o ser do homem e sua plenificação. (RATZINGER *apud* MEDEIROS, 2006).

Quando o sistema falha na efetivação dos quatro viés aqui demonstrado, o Estado torna-se inoperante na efetivação do seu papel coercitivo, pois na sua tríplice finalidade, não basta prevenir e retribuir, é preciso elem dessas readaptar, para não incorrer em prevaricação

da sua função social originária, permitindo que o cárcere não cumpra seu objetivo primordial, que deve ultrapassar a ideia vingativa do ódio, como se a retribuição do mal bastasse para transformar o delinquente, ignorando a noção de integralidade nem sempre claro para as pessoas, como se o tempo pudesse ressocializar o infrator.

O VAZIO EXISTENCIAL COMO FATO GERADOR DA AUSÊNCIA DE SENTIDO PARA A VIDA

A espiritualidade pode ser desenvolvida através de alguns caminhos entre os quais a religião, gerando transformação da forma vivida por quem pouco se importou com os limites e disciplina imposta a sociedade. Quando o legislador insere a proposta da assistência religiosa no rol das assistências da lei de execução penal, ele contempla a possibilidade de preencher o vazio existencial da alma do ser humano, não necessariamente pela religião institucionalizada, mas pelas possibilidades advindas desta, como em especial o interesse individual desenvolvido através do contacto a Deus, vias desconhecidas no plano das demais assistências.

1 Co 5:3

Pois bem! Ausente de corpo, mas presente de espírito, como se estivesse presente, eu já fiz o julgamento daquele que fez isso. (BIBLIA SAGRADA, 2015)

Em momentos de grande ira, rancor e ódio onde os instintos mais selvagens do homem são aflorados, uma pessoa provavelmente se absterá de matar alguém – ou de qualquer outra conduta tipificada como crime - não porque o Estado considera tal conduta ato ilícito, mas sim em razão do arrependimento gerado em seu coração, por se tratar de algo abominável segundo a doutrina de Jesus Cristo.

A assistência religiosa consegue objetivamente aferir este vazio existencial proporcionando sentindo a vida da pessoa humana privado de sua liberdade, o estado pode se valer de instrumentos disponíveis no ordenamento jurídico, implementando uma abordagem eficaz, de qualidade em conformidade com a lei e o direito, isso significa dizer que sua obrigação em readaptar este indivíduo ao convívio social, contemplando suas necessidades, alcançando a satisfação os resultados e seu funcionamento estão dentro dessas dimensões.

O HOMEM E SUA DEPENDÊNCIA DE DEUS

A liberdade de consciência, crença e culto, resultado de observação ao princípio da dignidade da pessoa humana, celebrou em legislação infraconstitucional o instituto da

assistência religiosa. Observando o princípio máxima eficácia verso mínimo restrição, a existência do ser humano deve ser pensada em sua integralidade, ou seja, tanto os elementos implícitos quanto os explícitos não podem ser isolados uns dos outros, ademais, não representa o ser humano integral.

Há uma conexão entre o nosso ser, nosso intelecto, nossa vontade, nossas emoções, nossas intuições, estando diretamente envolvidos em nossa percepção de Deus. O ser espiritual integra essa natureza, motivo pelo qual se constata pessoas bem sucedidas em outras dimensões do ser, sem conseguir se sentir realizada, estando em contínua procura em busca por encontrar sentido à vida.

1 Cr 28:9

Quanto a você, Salomão, meu filho, reconheça o Deus do seu pai e o sirva de todo o coração e com generosidade de espírito, pois O Senhor sonda todos os corações e penetra todas as intenções do espírito. Se você o procurar, ele se deixará encontrar. Mas, se você o abandonar, ele se afastará para sempre. (BIBLIA SAGRADA, 2015)

Entender nossa dependência em Deus é compreender o ser humano no aspecto material quanto imaterial, percebendo que Deus não se relaciona com este ser de forma fragmentada, e este entendimento contempla o que foi concebido pelo legislador na composição das assistências do artigo 11 da lei 7210/84, instituindo a assistência religiosa como um instrumento para a ressocialização, descartando uma política reducionista envolvida apenas à parte do problema social.

PRÁTICA FORENSE DAS ATIVIDADES NO ESPAÇO PRISIONAL

No cenário nacional é sabido que a assistência religiosa tem sido em grande parte renegada pelo ente estatal, que detém a primazia na execução da pena, como se isso já não fosse um contrassenso, existe ainda de forma mais absurda, uma minoria de servidores do sistema penitenciários ignorantes e truculentos, que acabam por estragar ainda mais a política penitenciária, por manifestação de preconceito e perseguição religiosa contra os agentes públicos voluntários nomeados e designados para efetivação da assistência religiosa, numa completa rejeição as políticas públicas necessárias a readaptação do apenado.

A efetivação deste conjunto de normas legislativa está a cargo do Estado, uma vez existindo previsibilidade normativa, cabe ao ente efetivar a assistência religiosa da forma mais imparcial possível, respeitando a pluralidade religiosa dos internos, bem como sua mani-

festação de vontade, sem intervir nas convicções dogmáticas de cada grupo, garantindo a diversidade religiosa e o respeito para um convívio amistoso e pacífico pertinente ao Estado Democrático de Direito, o que no Estado do Espírito Santo tem sido construído pelo Grupo Interconfessional – GINTER, uma espécie de conselho ligado ao Secretário de Justiça que regula a efetivação da assistência religiosa no âmbito da Secretaria de Justiça.

O GINTER elabora cursos de capacitação para os voluntários que serão nomeados pela secretaria de justiça, para designação da assistência religiosa dentro do espaço penitenciário, respeitando todos os crédulos religiosos, quaisquer instituições formalmente constituídas podem participar deste processo, sempre primando pela manifestação de vontade do interno com o crédulo que ele confessar, para que haja legitimidade nas instituições ofertadas pelo Estado, sem reducionismo das liberdades de crença, convicção e manifestação, conforma tratados internacionais a qual o Brasil é signatário.

Artigo XVIII do Tratado universal dos Direitos Humanos

Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, em público ou em particular. (BRASIL, 1968).

Desta forma, nasce uma esperança não só para sociedade, mas também ao encarcerado, que mesmo envolvido com a prática criminoso, carrega no íntimo da alma o desejo de mudança para uma vida digna e longe do crime. Se o Estado se comprometer na efetivação desta assistência, não resta dúvida que haverá dias melhores no processo de ressocialização em nosso sistema carcerário.

O DIÁLOGO ENTRE AS ASSISTÊNCIAS PREVISTAS NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Considerando que este é o tempo do chamado núcleo essencial, conhecido como direitos de 4º e 5º dimensão que contemplam os direitos e garantias fundamentais valorados pelo Princípio da dignidade da pessoa humana, superando a fase do direito negativo onde tudo era negado, e sua interpretação se valia pelo não sem justificativa, bem como, o Estado Social com o direito positivo onde nada que não estiver escrito em papel era permitido, uma visão fria da letra no papel, sem margem para interpretar a norma, que não foi capaz de evitar a segunda guerra mundial, período dos direitos difusos e coletivos, uma vez que o regime nazista estava munido de todo instrumento cenário legislativo a serviço do regime.

Este é um tempo de aproximação entre os saberes, um tempo de transdisciplinaridade com abordagem científica que visa a unidade do conhecimento, procurando estimular uma nova compreensão dos desafios manifestados na readaptação do apenado, articulando elementos que passam entre, além e através das diversas assistências e suas disciplinas, numa busca pela compreensão da complexidade da ressocialização, demonstrando uma atitude empática de abertura ao outro e seu conhecimento presente em cada agente das diversas assistências. (ROCHA FILHO, 2007).

Não há concorrência entre as assistências nomeadas pelo legislador, mas sim diálogo entre elas, não estão estas competindo entre si, mas si somam, motivo pelo qual não há hierarquia ou independência entre elas, mas sim, harmonia, autonomia e interdependência, uma vez que estão entre si ligadas por uma questão natural e normativa contempladas no ordenamento jurídico. Os efeitos da assistência religiosidade na vida e espaço do cárcere são tão palpáveis quanto suas co-irmãs, podem ser evidenciados por meio da própria vivência e experiência cristã na realidade do cárcere que se faz com Deus, trazendo consigo a sensação de liberdade que se pode ter nessa prática gratuita por adesão. Percebe-se também que a religiosidade exerce grande influência para o equilíbrio na administração dos presídios e redução dos conflitos nos interiores das unidades.

SOMATÓRIA DE ESFORÇOS PARA UM BEM COMUM

Quando pensado a ideia de um mundo melhor, não resta dúvida que a perseguição por este objetivo seja de responsabilidade de cada cidadão, pois nunca teremos um espaço de convivência harmônico estando cada indivíduo preocupado somente com seus interesses. O bem estar social é uma possibilidade pautada na responsabilidade em que cada um precisa fazer a sua parte.

O menino que cresce na periferia, abandonado pelos pais, sem lazer, família e nem expectativa, esquecido pelo poder público e discriminado por parte da sociedade, logo será apadrinhado pelo trafico, servindo com muita utilidade a vida do crime, enganam-se aqueles que pensam não ter nada com isso, pois é este mesmo menino que, amanhã estará no semáforo impondo uma pistola rendendo, roubando e sequestrando sua vítima, que pensava não ter nada com isso.

É ele também que escolherá o portão da escola dos filhos dessa sociedade, que pensam não ter nada com isso, para incentivar o primeiro trago de um cigarro de maconha, ou uso de cocaína constringendo tais filhos a se sentirem caretas por ser o único a não experimentar a “onda” que seus amiguinhos estão sentindo. Não há que se pensar que este é um problema exclusivo do Estado e que não temos nada com isso.

Uma sociedade em busca de um convívio melhor e mais saudável tem o dever moral de assumir um papel ativo na expectativa de enfrentamento contra a expansão e domínio de atuação do crime e seus agentes delinquentes, pois mais cedo ou mais tarde este problema estará batendo à sua porta. Nessa linha segue o raciocínio devido a todos os agentes das diversas assistências previstas pelo legislador.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A assistência religiosa é um dos institutos previsto pelo legislador, como um instrumento de grande eficácia, proposto a alcançar a função social da pena, não é pretensão em nenhuma hipótese desse instituto, ser uma ciência de resultados exatos em desconexão com o contexto que esta inserida entre os demais institutos previstos no artigo 11 da lei 7210/84. São melhores os resultados quando recepcionados por um conjunto de ações aferidos por múltiplos instrumentos pensados pelo legislador para o mesmo fim.

O sistema prisional brasileiro encontra-se em estado de decadência, mergulhado em um abismo de completa distorção da sua finalidade. A assistência religiosa é relegada ao segundo plano ao condenado durante o período de cumprimento da pena, em completa inaplicabilidade das garantias constitucionais em um ambiente de desrespeito ao preso, como sujeito de direitos.

Em determinadas ocasiões, o instituto da assistência religiosa, torna-se a última opção do Estado para cumprir o dever legalmente lhe conferido, porque não dizer lhe imposto, uma vez ser o poder coercitivo prerrogativa exclusiva do Ente Estatal, advindo da custódia torna-se o tutor das regras da prevenção, retribuição e readaptação previstas no diploma penal, utilizando o voluntariado na efetivação deste dever Estatal, através de nomeação ou designação do voluntário, elevando-o a equiparação a MÚNUS PÚBLICO equivalente ao de um agente público não remunerado na função do Estado.

Desta forma, a legitimidade deste instituto, não obstante a relação de separação entre Igreja e Estado não é prejudicado. Para entender sua convergência e divergência é preciso buscar no próprio conceito de Estado laico, que de uma forma simplificada é fundamentado pela sua incipiência ao tema religião, alheio a interesses dogmáticos da fé e da moral comum, isento as convicções de matrizes religiosas, por isso chamado de Estado leigo ou secular, ou seja, um estado neutro, oposto ao estado confessional, porém comprometido com o respeito pertinente do Estado Democrático de Direito e garantidor da diversidade e pluralidade religiosa de seu povo, bem como, da convivência pacífica das mais diversas manifestações religiosas de seu cidadão.

Dentro das hipóteses da teoria da tríplice finalidade da pena, a readaptação é o motivo pelo qual o legislador nomeou as 06 (seis) assistências previstas no artigo 11º da lei 7210/84, uma busca pelo processo de readaptação social do indivíduo, não há que se falar em hierarquia ou independência entre as assistências, mas sim, harmonia, autonomia e interdependência, pois não há concorrência entre si, mas sim completude, motivo pelo qual, estão entre si ligadas por uma questão comum na sua origem, que é a ressocialização.

Desta forma, as diretrizes implantadas pelo atual sistema apresentam-se em posição antagônica aos princípios fundamentais esculpidos na Constituição, criando um clima de descontentamento na seara social, bem como a rejeição do preso na sua própria aceitação do cumprimento da pena. Assim, quando o condenado é posto em liberdade acaba novamente vivendo a margem da sociedade, em situação econômica e social insustentável, voltando à prática criminosa.

Como acima mencionado, a não ressocialização destes indivíduos acarretam perdas a todo conjunto da sociedade, faz necessário unirmos força com todos os instrumentos possíveis e legais capaz de mudar a atual crise estabelecida no sistema carcerário, bem como na falta de alcance da função da pena, pois do contrário, todo este sistema ruirá pela incapacidade de produzir seus efeitos emanados do poder coercitivo conferido pelo pacto social.

Portanto, ficou claro pelo estudo que o reconhecimento da assistência religiosa pelo Estado, previsto na lei de execução penal, como um instrumento estatal para ressocialização não fere ao princípio do Estado laico, uma vez que respeita na sua totalidade o conceito de separação do Estado da ceara religiosa da igreja pretendida pelo legislador, sem portanto ignorar a pluralidade e diversidade desses valores praticados no seio da sociedade.

O espírito legislativo atinente à construção da norma, nunca teve a presunção e arrogância de estabelecer um Estado ateus, que fosse imposto gargalo abaixo de sua sociedade, bem diferente dessa ideia, o este espírito legislativo caminhou em direção a valorização e o respeito à todas as formas de confissão e crença, de forma a possibilitar sua pratica em território nacional sob a égide da tolerância e do respeito, motivo este responsável pela pacificação religiosa que o Brasil goza em todo seu território, o que países do oriente não simpatizantes do Estado laico, sangram pela intolerância, consequência da escolhe de um Estado confessional, sofrendo as mais terríveis guerras advinda das paixões individuais do egoísmo humano.

Concluimos assim, que o instituto da assistência religiosa não fere o principio do Estado laico, uma vez que não estabelece cultos religiosos, mas respeita a religiosidade individual da pessoa humana privada de sua liberdade, bem como, não subvenciona, nem embaraça o funcionamento e manutenção das instituições religiosas, porém nomeia e designa agentes

públicos sem remuneração, ofertados pelas sociedades civis organizadas, que não necessariamente deva ser igreja.

O Estado pode constitucionalmente, quando na forma da lei estabelecer parcerias, relações de dependências, alianças de interesse público com representantes de qualquer dessas organizações, uma vez que estas instituições colaborarem para uma necessidade do Estado, e nesta linha entendeu ser o instituto da assistência religiosa uma previsão do ordenamento jurídico pátrio, e, portanto, plenamente munido de legalidade sem qualquer tipo de afronta ao Estado laico.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 02 set. 2014.

BRASIL. Lei nº 7.210, Lei de Execução Penal. Promulgada em 11 de julho de 1984. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 21 set. 2014.

BRASIL. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Ratificação em 1968. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/2decla.htm>. Acesso em: 01 Jun. 2015.

BRASIL. Artigo traduzido por Dionei Vieira do autor Bill Federer. *O real significado da “separação entre a Igreja e o Estado”*. 16 Jan. 2015. Disponível em: <http://www.midiasemmascara.org/artigos/direito/15632-2015-01-16-15-20-23.html>. <http://www.midiasemmascara.org/artigos/direito/15632-2015-01-16-15-20-23.html>. Acesso em 06 Abr. 2015.

BRASIL. Artigo Científico. Andrea Russar Rachel. *A Laicidade e a liberdade Religiosa desde a Constituição da Republica de 1988*. 01 Jan. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/22219/brasil-a-laicidade-e-a-liberdade-religiosa-desde-a-constituicao-da-republica-federativa-de-1988>. Acesso em 17 Abr. 2015.

BRASIL. Artigo Científico. José Artur Teixeira Gonçalves. *Assistência Religiosa e suas barreiras: Uma leitura à luz da LEP e do Sistema Prisional*. 16 Nov. 2011. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/INTERTEMAS/article/viewFile/2782/2561>. Acesso em 27 Abr. 2015.

BRASIL. Artigo Científico. Décio Martins Medeiros. *O ser na sua integralidade*. 16 Set. 2006. Disponível em: <http://www.deciomedeiros.com.br/teologia/estudoserhumanointegral.html>. Acesso em 15 Mai. 2015.

BRASIL. Artigo Científico. José Gilson Cavalcante. *O Ser Humano Como Unidade Bio-psico-sócioespiritual*. 01 Fev. 2009. Disponível em: <http://www.libertas.com.br/libertas/o-ser-humano-como-unidade-bio-psico-socio-espiritual/>. Acesso em 15 Mai. 2015.

BRASIL. Artigo Científico. Larani Augusto Soares. Galúcio. *Os impactos da assistência religiosa no processo de ressocialização de presos*. Jan. 2012. Disponível em: <http://anais.est.edu.br/index.php/congresso/article/view/124>. Acesso em 22 Mai. 2015.

BRASIL. Artigo Científico. Arthur da Motta Trigueiros Neto. *Você sabe a diferença entre as teorias absoluta, relativa e eclética, referentes às penas?* Mar. 2012. Disponível em: <http://arthurtrigueiros.jusbrasil.com.br/artigos/121940213/voce-sabe-a-diferenca-entre-as-teorias-absoluta-relativa-e-eclética-referentes-as-penas?>. Acesso em 22 Nov. 2014.

BÍBLIA. Língua Portuguesa. Título Aplicação Pessoal. Tradução João Ferreira de Almeida. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 2013.

O NASCIMENTO DA VIGILÂNCIA COMO INSTRUMENTO DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA ALTERAÇÃO PELA ERA DA INFORMAÇÃO

RONALDO FÉLIX MOREIRA JÚNIOR¹

RESUMO

O presente artigo realiza uma análise do surgimento da vigilância segundo Michel Foucault e demonstra, conforme os estudos dos epistemas em “Arqueologia do Saber”, que da mesma forma que ocorreu uma ruptura entre os séculos XVIII e XIX (que alterou a forma como a punição meramente física passou para a vigilância panóptica), com o advento da era da informação, uma nova ruptura fez com que esse processo de vigilância deixasse os muros e prisões para agir em toda sociedade de forma global, favorecendo à violação realizada por Estados e grandes corporações a uma série de direitos fundamentais (como intimidade e privacidade).

Palavras chave: Arqueologia do saber. Vigilância. Era da informação. Direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A sociedade contemporânea se encontra em um constante processo de vigilância pelo qual a intimidade e a privacidade dos indivíduos são rotineiramente violadas não somente por determinados entes (sejam eles públicos ou privados), mas também pelos próprios indivíduos que atuam, muitas vezes inconscientemente, dentro dessa técnica de vigília. A ideia de vigilância considerada no presente trabalho parte daquela tratada inicialmente por Michel Foucault ao analisar o modelo prisional Panóptico proposto por Jeremy Bentham no final do século XVIII.

O modelo em questão apenas foi possível de ser trabalhado devido a uma radical mudança na forma de punir do Estado que abandonou o paradigma antes adotado do suplício e passou a se valer de instrumentos como o encarceramento.

Nota-se que essa mudança não ocorreu por meio de uma evolução repentina do pensar social acerca da forma de punir que teria passado de um ideal violento para um mais huma-

¹ Graduado em Direito e mestrando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV), participante do grupo de pesquisa: Direito, Sociedade e Cultura, da FDV e bolsista pela FAPES (Fundação de Amparo à Pesquisa do Espírito Santo). E-mail: Ronaldo.fr32@gmail.com. Trabalho inserido no GT III – Bioética, Direitos Humanos, Democracia, Pluralidade e Sociedade.

nista condizente com os preceitos da dignidade da pessoa humana, mas sim por uma mudança nas estruturas de uma época.

Para Foucault, não existe uma linearidade ou evolução histórica, de forma que a concepção de progresso não passa de um mito criado para representar um suposto desenvolvimento célebre e contínuo da figura do homem ocidental. Dessa forma, por não existir a continuidade mencionada, o que governaria a passagem da história seriam os epistemas, ou seja, relação entre os vários discursos que compõem os blocos de constituição de determinados saberes na sociedade².

Assim, é necessário afirmar que a substituição do suplício pelo encarceramento não se deu por meio de um processo de amadurecimento de um juízo mais humanista, mas pela influência de estruturas surgidas na época, quais sejam os interesses econômicos crescentes na sociedade. Esse novo modelo de punição favoreceu, então, o surgimento do Panóptico como uma forma não somente de punir e vigiar, mas também de disciplinar o indivíduo inspecionado dentro daquela estrutura prisional.

Era preciso criar no imaginário do detento uma aceção de um estado consciente e constante de sua visibilidade, o que possibilitaria o funcionamento mecânico do poder coercitivo, de uma forma que a vigilância seria permanente em seus efeitos ainda que não o fosse em suas ações³.

O modelo arquitetônico, segundo Zimmer, funcionava da seguinte maneira⁴:

O projeto previa a construção de celas individuais, dispostas num círculo (preferencialmente, mas não necessariamente), em cujo centro ficaria uma torre de vigilância. A partir desse centro, seria emitida uma luz para cada uma das celas, fazendo com que os presos não vissem o guarda (a quem Bentham chama de inspetor) nem soubessem se, efetivamente, havia ali alguém os vigiando (como citado acima, caso não pudesse estar sendo observado de fato, o detento deveria pensar que estava sendo). Cada cela abrigaria apenas um detento, impedindo, assim, sua comunicação com os demais.

Esse modelo não deveria ficar adstrito à prisão, pois, conforme proposto por Bentham, escaparia de sua concepção original para que permeasse em diferentes setores da sociedade

² REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia. V. 7:** de Freud à atualidade. Tradução: STORNILOLO, Ivo. São Paulo: Paulos, 2006, p. 97.

³ FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir:** nascimento da prisão. Tradução: Raquel Ramallete. 33.ed. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 166.

⁴ ZIMMER, Marco Vinício. **O Panóptico está superado? Estudo etnográfico sobre a vigilância eletrônica.** Repositório digital. UFRGS, 2009. p. 27. Disponível em: < <http://hdl.handle.net/10183/15833>>. Acesso em: 26 de agosto de 2014.

(como hospitais, hospícios e escolas) por meio de sua cessão à iniciativa privada⁵.

Assim, consoante os estudos de Foucault, a vigilância caracterizaria a principal atividade de uma sociedade disciplinar, na qual se busca a docilização de corpos de indivíduos por meio de seu enclausuramento e também pela criação de um sentimento de autovigilância derivado da estrutura panóptica nessas instituições sociais⁶.

Contemporaneamente, diversos autores versam a respeito do tema de diferentes maneiras, como Marco Vinícius Zimmer⁷ que salienta que a sociedade na qual Foucault tratava o estudo do Panóptico não é mais a mesma, de modo que a vigilância caminhou por uma trilha diversa da tratada originalmente, pois a presença do inspetor foi substituída por instrumentos novos de tecnologia, tais como cartões funcionais de acesso, câmeras de vigilância, perfis eletrônicos, etc.

Sendo assim, o presente trabalho tem como principal objetivo responder à seguinte indagação: da mesma forma que uma mudança de epistemas de uma época substituiu a forma de punir do suplício pela vigilância panóptica, com o advento da era da informação, uma mesma mudança teria alterado o próprio processo de vigilância que abandonou as prisões e hospitais para permear em toda sociedade? Considerando essa hipótese, a vigilância valer-se-ia de ferramentas diversas de estruturas arquitetônicas, mas outras ainda mais eficazes (por meio de instrumentos surgidos com o avanço tecnológico), que conseguem violar uma série de direitos fundamentais sem que os vigiados se deem conta disso.

Para que tal indagação seja respondida, serão analisados os estudos a respeito de epistemas, vigilância e sociedade disciplinar na perspectiva de Foucault, bem como a contribuição realizada por autores contemporâneos, como Zygmunt Bauman e David Lyon, que trazem a nova noção de segurança como um fator determinante para a mudança da vigilância na perspectiva foucaultiana para a vigilância na era da informação (processo chamado pelo autor de *surveillance*).

5 ZIMMER, Marco Vinício. **O Panóptico está superado? Estudo etnográfico sobre a vigilância eletrônica**. Repositório digital. UFRGS, 2009. p. 28. Disponível em: < <http://hdl.handle.net/10183/15833>>. Acesso em: 26 de agosto de 2014.

6 CARDOSO, Monique Fonseca; RAMOS, Anália Saraiva Martins. **Vigilância eletrônica e Cibercultura: reflexões sobre a visibilidade na Era da Informação**. Revista Espaço Acadêmico. N. 115. Ano X, dezembro 2010. P. 163. Disponível em: < <http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/11079>>. Acesso em: 26 de agosto de 2014.

7 ZIMMER, Marco Vinício. **O Panóptico está superado? Estudo etnográfico sobre a vigilância eletrônica**. Repositório digital. UFRGS, 2009. P. 32. Disponível em: < <http://hdl.handle.net/10183/15833>>. Acesso em: 26 de agosto de 2014.

O ESTRUTURALISMO EM FOUCAULT

Estrutura é um termo de uso em diversos ramos científicos, seja no campo das ciências naturais, como física, química ou geologia, seja até mesmo na área das ciências humanas, como na sociologia e na filosofia, estudada por autores como Lacan e Foucault⁸.

O estruturalismo, segundo a concepção desses estudiosos, iria de encontro às ideias das doutrinas existencialistas, subjetivistas idealistas e humanistas personalistas, pois estas proclamariam o ser humano como detentor de seu próprio destino e sua própria história, o homem fruto da liberdade e da autoconsciência, enquanto o estruturalismo abdicaria dessas ideias ao propor que, em verdade, o ser humano como uma entidade livre não pode existir, tendo em vista que ele é condicionado por estruturas de diversos ramos, como psicológicas, biológicas, linguísticas e econômicas. As estruturas responsáveis por essas ocorrências seriam leis que instituiriam e definiriam um âmbito de matérias (sociais e psicológicas, por exemplo) e as relacionariam entre si, explicando o comportamento derivado dessa relação⁹.

Assim, o papel desempenhado pelos autores estruturalistas seria mudar a direção na qual as ciências humanas estavam direcionadas, qual seja, um caminho em que o ser, em sua plenitude de consciência, era considerado livre e possuidor de uma autodeterminação, quando na realidade qualquer caminho traçado por esse ser humano era na verdade condicionado por uma série de estruturas existentes em sua sociedade. Para Giovanni Reale e Dario Antiseri, o papel do estruturalismo filosófico não é o estudo de um ser, mas de uma relação; também não se trata do estudo de um sujeito, mas de uma estrutura¹⁰.

Para Foucault, existem dois tipos de estruturalismo: aquele que, como método, permitiu a fundação de determinadas ciências como a linguística; a renovação de algumas, como a história das religiões e o desenvolvimento de outras, como a sociologia; e aquele que, como atividade, serve para definir as relações atuais que podem existir entre tal e tal elemento de nossa cultura¹¹. Dessa maneira, a filosofia estruturalista para Foucault serviria não apenas para a criação de novas ciências, mas também diagnosticar a própria realidade social.

⁸ REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia. V. 7: de Freud à atualidade.** Tradução: STORNILO, Ivo. São Paulo: Paulos, 2006, p. 81

⁹ REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia. V. 7: de Freud à atualidade.** Tradução: STORNILO, Ivo. São Paulo: Paulos, 2006, p. 81

¹⁰ REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia. V. 7: de Freud à atualidade.** Tradução: STORNILO, Ivo. São Paulo: Paulos, 2006, p. 83

¹¹ FOUCAULT, M. **Arqueologia das Ciências e História dos Sistemas de Pensamento.** 3. ed. MOTTA, Manoel Barros da [Org.]. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012, p. 59.

Contudo, o autor não se considera estruturalista ao dizer que mantém certa distância com essa corrente filosófica pois não a pratica diretamente, mas apenas trata dela como uma de suas matérias¹².

Não obstante, corrobora seu pensamento com a filosofia estruturalista ao entender que na história não existe uma continuidade, a ideia de progresso histórico não passa de um mito para representar um suposto desenvolvimento humano. Em verdade, a história é governada por epistemas que atuam em sua profundidade. Esses epistemas são as relações existentes em uma época entre os vários campos do discurso e a ciência que os estuda é chamada pelo autor de arqueologia do saber¹³.

Nesse estudo, o que realmente prevalece na história são as rupturas, as relações de força e o olhar do historiador deve estar dirigido esses limites, como ocorreu ao final do século XVIII, quando eram celebrados os ideais democráticos trazidos pela Revolução Francesa. No momento em que o centro eram os temas da revolução, Foucault mudava o foco para as prisões que nasciam não como uma forma humanista de progresso, mas por uma mera sofisticação nas formas de dominação e do exercício da violência.¹⁴

Em Arqueologia do saber estabeleceu¹⁵:

Atos e liminares epistemológicos [...] suspendem o acúmulo indefinido dos conhecimentos, quebram sua lenta maturação e os introduzem em um tempo novo, os afastam de sua origem empírica e de suas motivações iniciais, e os purificam de suas cumplicidades imaginárias; prescrevem, desta forma, para a análise histórica, não mais a pesquisa dos começos silenciosos, não mais a regressão sem fim em direção aos primeiros precursores, mas a identificação de um novo tipo de racionalidade e de seus efeitos múltiplos.

Os chamados epistemas não mais fazem com que as pesquisas analíticas e históricas sejam em relação à origem de algo, mas a identificação de um novo tipo de racionalidade ou pensamento, bem como seus efeitos, pois os conceitos mudam com o tempo.

Nesse sentido, o presente trabalho analisará as rupturas que determinaram as mudanças da punição do suplício ao surgimento das prisões, determinando as causas estabelecidas

¹² FOUCAULT, M. **Arqueologia das Ciências e História dos Sistemas de Pensamento**. 3. ed. MOTTA, Manoel Barros da [Org.]. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012, p. 62.

¹³ REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia**. V. 7: de Freud à atualidade. Tradução: STORNILO, Ivo. São Paulo: Paulos, 2006, p. 93

¹⁴ SALGUEIRO, Eduardo de Melo. **Michel Foucault: uma crítica historiográfica em a Arqueologia do Saber**. Revista História em Reflexão. v. 3. n. 6. UFGD. Dourados. Jul/dez 2009, p. 12. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufgd.edu.br/index.php/historiaemreflexao/article/viewArticle/482>>. Acesso em: 26 de agosto de 2014.

¹⁵ FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber**. Tradução: Luiz Felipe Baeta Neves. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense-Universitária. 1987, p. 4

por Foucault e as relações de forças existentes à época ao estudar a ascensão do processo de vigilância e sociedade disciplinar segundo sua perspectiva.

Além disso, o trabalho irá buscar apresentar uma nova ruptura surgida com a ocorrência da Era da Informação, que fez com que a vigilância em questão rompesse com sua estrutura original estabelecida em prisões e instituições como hospitais, escolas e manicômios e passasse a coexistir em toda sociedade, um fenômeno chamado por outros autores de pós-panoptismo.

DO SUPLÍCIO AO PANÓPTICO

PUNIÇÃO E DISCIPLINA

Ao tratar das rupturas que ocorrem em determinadas épocas, Foucault corrobora com a ideias de descontinuidade da história. Trata-se de um processo cujo escopo principal é destronar o homem como artífice de suas ações, há uma negação das ideias de evolução histórica, ou seja, um amadurecimento do ser humano para se tornar uma figura mais humanista. Esse processo de destronamento ocorre pela percepção de que, em verdade, o que rege a ação humana são epistemas, um conjunto de saberes e discursos que determinariam uma atuação histórica. Nesse passo, a suposta evolução seria nada mais que uma ruptura de antigos epistemas realizada por outros mais atuais e condizentes com a época que veio a surgir. O papel do pesquisador é realizar uma escavação a procura das condições em que ocorreram essas rupturas e desses discursos regentes, uma verdadeira arqueologia.

Durante o século XIX, na França e por todo continente europeu, o castigo dado ao ser humano considerado criminoso passou do suplício, da tortura física aplicada a muitos crimes, para a pena de prisão, o encarceramento. O corpo do condenado ainda era o alvo por excelência do exercício legítimo da força pelo Estado, mas dessa vez em um diferente viés. Os castigos físicos foram substituídos pelo cerceamento da liberdade, o indivíduo não mais era alvo de fogueiras, água fervente ou dilaceração, mas isso não significava que sobre ele não era exercido o controle, que surgiu por meio da vigilância. O poder sobre o corpo de uma forma mais velada.

A respeito dessa mudança, explicita o autor¹⁶:

Em todo caso em menos de vinte anos, o princípio tão claramente formulado na Constituinte, de penas específicas, ajustadas, eficazes, que formassem em cada caso, lição para todos, tornou-se a lei de detenção

¹⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução: Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987, p. 96.

para qualquer infração pouco importante, se ela ao menos não merecer a morte. Esse teatro punitivo, com que se sonhava no século XVIII, e que teria agido essencialmente sobre o espírito dos cidadãos, foi substituído pelo grande aparelho uniforme das prisões cuja rede de imensos edifícios se estenderá por toda a França e a Europa.

O presente capítulo demonstrará as rupturas ocorridas com a chegada do século XIX abordadas por Foucault em relação à vigilância e as razões do surgimento dessa nova forma de punir, bem como a utilização desse poder fora até mesmo do âmbito das prisões.

O SUPLÍCIO E O CORPO DOS CONDENADOS

É preciso, inicialmente, entender o que eram e como eram aplicados os suplícios na fase pré-prisional para que possa se compreender como ocorreu seu rompimento e como finalmente foi instaurado o instituto da prisão.

Conforme Foucault, em *Vigiar e Punir*¹⁷, o suplício não pode ser comparado à barbárie ou aos extremos de uma raiva sem lei, pois ele é, antes da aplicação desmedida da dor, uma técnica, considerado “A poesia de Dante posta em leis” ou “[...] a arte de reter a vida no sofrimento, subdividindo-a em ‘mil mortes’ e obtendo, antes de cessar a existência, *the most exquisite agonies*.”

Para que uma pena seja caracterizada como um suplício, é preciso, conforme salienta o autor, que ela obedeça a três critérios¹⁸: 1) primeiramente deverá produzir sofrimento a um indivíduo em quantia determinada ou, caso não possa ser medida exatamente, ao menos apreciada, comparada e hierarquizada. A morte não seria considerada um suplício, a não ser caso seja o termo final de uma escala medida em sofrimento; 2) deverá ser também a pena, no que tange à vítima, marcante. Deverá tornar infame aquele que carrega sua marca. Sobre o corpo daquele que foi condenado deverá marcar lembranças e sinais que não podem ser apagados: 3) por último, já em relação à justiça que impõe a pena, deverá o suplício ser constatado por todos presentes, considerado seu triunfo, um fato ostentoso, pois os gritos e a agonia da vítima são parte integrante do cerimonial de exibição de força por parte do órgão detentor do monopólio do exercício punitivo.

O espetáculo público que era a forma de se utilizar o suplício como pena começou a desaparecer já no fim do século XVIII. Nota-se que essa prática punitiva não constituía a

¹⁷ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução: Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987, p. 31.

¹⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução: Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987, p. 31-32.

ferramenta mais ocorrente, já que a maior parte das condenações eram de banimento ou multa, muito embora grande parte das penas não corporais fosse acompanhada de eventos como exposição, roda, açoite, marcações, etc.¹⁹

Já com a virada do século, a Justiça europeia passou por uma série de reformas, com uma nova teoria da lei e do crime, supressão de determinados costumes e uma nova justificativa para o direito de punir. Entre tantas alterações, desapareceu a pena-suplício. Essa ausência, vista por muitos como um processo de “humanização”, é, para Foucault, apenas uma sutil mudança na arte de fazer sofrer, com punições mais veladas e despojadas de ostentação²⁰.

DO CORPO À ALMA DO CONDENADO

Se o discurso dominante no período anterior ao século XIX era o da ostentação do suplício e o caráter público do sofrimento, é certo que com a passagem para o novo século essa não mais era a ideia vigente. Resta saber, então, os reais motivos que levaram o fim às penas dolorosas para que o encarceramento tomasse seu lugar.

Primeiramente, é preciso lembrar que mesmo com o nascimento das prisões e da vigilância, o poder sobre o corpo jamais deixou de existir, pois castigos como a prisão ou trabalhos forçados sempre eram somados a fatores como a redução alimentar, privação sexual, expiação física e masmorra, como consequências inevitáveis da própria condição gerada pelo encarceramento²¹.

Contudo, determinados fatores foram cruciais para essa ruptura. Foucault bem salienta que²²:

As novas exigências econômicas, o medo político dos movimentos populares, que se tornara lancinante na França depois da Revolução, tornaram necessário outra delimitação da sociedade. Foi preciso que o exercício do poder se tornasse mais fino, mais ajustado e que se formasse, a partir da decisão tomada centralmente até o indivíduo, uma rede tão contínua quanto possível. Foi o surgimento da polícia, da hierarquia administrativa, a pirâmide burocrática do Estado napoleônico.

¹⁹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução: Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987, p. 30.

²⁰ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução: Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987, p. 11-12.

²¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução: Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987, p. 18

²² FOUCAULT, Michel. **Segurança, penalidade, prisão**. Org. Manoel Barros da Motta. Tradução: Vera Lucia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012, p. 32

Consoante o afirmado, é válido recordar que a conquista das colônias europeias aumentou significativamente a demanda por bens de consumo e o desenvolvimento incessante da indústria passou a gerar oportunidades de trabalho, muito embora a Europa tenha vivido uma queda no crescimento demográfico – A França sofreu uma queda de aproximadamente sete milhões de pessoas após a Guerra dos Cem Anos²³.

Destarte, a carência demográfica fez com que condenados passassem a integrar instituições como o exército, de modo que magistrados eram consultados a respeito da adequação (física apenas) dos criminosos ao serviço militar, considerado um tipo de organização penal²⁴.

A prisão se tornou o modelo ideal, pois, influenciada por uma técnica de vigilância, controle e identificação surgida desde o século XVI em colégios, escolas, exércitos, acabou por se demonstrar como a principal figura de toda uma era das disciplinas²⁵.

Conforme demonstrou Foucault²⁶:

Houve, durante a época clássica, uma descoberta do corpo como objeto e alvo de poder. Encontraríamos facilmente sinais dessa grande atenção dedicada então ao corpo – ao corpo que se manipula, se modela, se treina, que obedece, responde, se torna hábil ou cujas forças se multiplicam.

Percebe-se então o surgimento de uma necessidade de disciplinar aquele que antes era vítima de penas tormentosas. Sobre seu corpo ainda era dirigido o poder, porém agora esse poder não mais seria de morte, mas um poder disciplinar.

O objetivo desses métodos disciplinares (que antecederiam a prisão, mas foram aprimorados por ela) era o controle total do corpo, sujeitando-o a uma condição de docilidade-utilidade. As disciplinas se tornaram as fórmulas gerais de dominação²⁷.

Foucault considerava o panóptico proposto por Bentham como a figura arquitetural da composição desse poder disciplinar, uma máquina que criasse e sustentasse uma relação de

²³ ZIMMER, Marco Vinício. **O panóptico está superado?:** estudo etnográfico sobre a vigilância eletrônica. UFRGS, Repositório Digital, 2009. Disponível em: < <http://hdl.handle.net/10183/15833>>. Acesso em: 12 de set. de 2014, p. 80.

²⁴ ZIMMER, Marco Vinício. **O panóptico está superado?:** estudo etnográfico sobre a vigilância eletrônica. UFRGS, Repositório Digital, 2009. Disponível em: < <http://hdl.handle.net/10183/15833>>. Acesso em: 12 de set. de 2014, p. 82.

²⁵ FOUCAULT, Michel. **Segurança, penalidade, prisão.** Org. Manoel Barros da Motta. Tradução: Vera Lucia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012, p. 33.

²⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** nascimento da prisão. Tradução: Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987, p. 117.

²⁷ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** nascimento da prisão. Tradução: Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987, p. 118.

poder que fosse independente daquele que o exercesse; “que os detentos se encontrem presos numa situação de poder de que eles mesmos são os portadores”²⁸.

Nasceu assim uma sujeição verdadeira por meio de uma relação fictícia, não seria mais necessário para as instituições recorrer à força para fazer valer o poder sobre o corpo. Não seria necessário obrigar o condenado ao bom comportamento, o operário ao seu trabalho ou o estudante a seus deveres²⁹.

Vale lembrar que muito embora a ideia do panóptico esteja relacionada à figura de uma prisão perfeita, menciona o autor que³⁰:

[...] o Panóptico não deve ser compreendido como um edifício onírico: é o diagrama de um mecanismo de poder levado à sua forma ideal; seu funcionamento, abstraindo-se de qualquer obstáculo, resistência ou desgaste, pode ser bem representado como um puro sistema arquitetural e óptico: é na realidade uma figura de tecnologia política que se pode e se deve destacar de qualquer uso específico.

Assim, pode-se dizer que o objetivo do esquema panóptico é se difundir no corpo social, tornando mais fortes as forças sociais, fazendo com que aumente a produção, desenvolva a economia, seja espalhada a instrução e que seja elevado o nível da considerada moral pública³¹.

Por fim, vale ressaltar que o panóptico não teria um uso único vinculado necessariamente ao encarceramento, mas também em diversos campos da sociedade como, conforme demonstrado, sua institucionalização agrupava escolas, hospitais e manicômios.

A VIGILÂNCIA NA ERA DA INFORMAÇÃO

NO QUE CONSISTE A ERA DA INFORMAÇÃO

Certamente não coube a Foucault realizar uma análise da vigilância contemporânea, muito embora diversos autores da atualidade – em especial, Zygmunt Bauman – a estudam com base nos preceitos propostos pelo primeiro autor. O objetivo do presente capítulo será apontar as diferenças entre a ideia de vigilância e sociedade disciplinar nos termos de Michel Foucault e a ideia proposta por esses autores contemporâneos e demonstrar como essas

²⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução: Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987, p. 166.

²⁹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução: Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987, p. 167.

³⁰ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução: Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987, p. 170.

³¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução: Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987, p. 172.

diferenças evidenciam uma mudança de epistemas de uma época, conforme os discursos de disciplina, uniformização, hierarquia e controle físico foram dando lugar a novos discursos, como segurança, diferenciação e controle eletrônico.

Pretende-se também indicar como a mudança do controle (antes mais vinculado a instituições e que agora permeia em toda sociedade) afeta de maneira drástica uma série de direitos, não apenas aqueles tocantes à privacidade, mas também os próprios direitos humanos.

Assim, é preciso dizer que toda essa mudança apenas foi possível devido a ascensão da chamada era da informação, que consiste no período em que ocorre demasiada difusão de novas tecnologias de informação e também de comunicação, de modo que a consequência mais clara desse processo é a alteração drástica de padrões adotados em várias dimensões, como as relações de trabalho, a noção de espaço e temporalidade (já que agora o espaço é des-territorializado e o tempo é dinâmico) e também as formas de socialização dos indivíduos³².

O desenvolvimento tecnológico foi um grande fator para o nascimento do período em questão. Já presente em grande escala desde o final da Segunda Guerra Mundial, os computadores e ferramentas de comunicação ainda eram grandes máquinas que ocupavam salas inteiras e serviam quase que unicamente para cálculos e finalidades militares, o que mudou apenas após o nascimento do movimento da “contracultura”, surgido na Califórnia³³, quando o uso das máquinas passou do mero processamento de dados para a criação de textos, músicas, ferramentas de apoio a decisões jurídicas, pesquisa, jogos, etc.

Entretanto, a era da informação não está ligada somente ao nascimento de novas tecnologias, mas também à noção de ciberespaço, para onde foi direcionada a vida cotidiana do cidadão em períodos mais recentes, principalmente após o aparecimento da rede mundial de computadores.

Nesse contexto, André Lemos recorda que os computadores pessoais da década de 1980 (PC ou *personal computers*) passaram, com a popularização da internet a partir dos anos 1990, para computadores coletivos (CC ou *coletive computers*). Assim, o ciberespaço (visto não apenas como a infraestrutura material do ambiente virtual, mas também como as informações existentes na rede e as pessoas a ela conectadas) começou a fazer parte de uma importante transformação social³⁴.

³² CARDOSO, Monique Fonseca; RAMOS, Anátalia Saraiva Martins. **Vigilância Eletrônica e Cibercultura:** reflexões sobre a visibilidade na Era da Informação. Revista espaço acadêmico. N. 160, setembro de 2014. Disponível em: <<http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/11079>>. Acesso em: 10 de set. de 2014, p. 151.

³³ LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução: Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, 1999, p. 32.

³⁴ LEMOS, André. **Cibercultura e Mobilidade:** A Era da Conexão. Revista Razón y Palabra. N. 41, outubro-novembro 2004. Disponível em: <<http://www.razonypalabra.org.mx/antiores/n41/alemos.html>>. Acesso em: 12 de set. de 2014.

Nasceu então a ideia de cibercultura, como um aglomerado de técnicas, práticas e até atitudes e modos de pensamento desenvolvidos com o amadurecimento do ciberespaço, em um contexto no qual ocorreu a comunicação, sociabilidade e disseminação do conhecimento humano³⁵, mas também um contexto no qual foi imposta uma nova noção de vigilância, ligada a ferramentas eletrônicas, conforme será demonstrado.

UM NOVO TIPO DE VIGILÂNCIA E A VIOLAÇÃO GLOBAL DE DIREITOS

O panóptico de Bentham consistia em uma enorme estrutura arquitetônica, uma torre composta por celas em formato circular. De um ponto no alto o vigilante, ou inspetor, podia observar quaisquer detentos sem se preocupar em ser visto de volta. A vigilância atual também permite um monitoramento de indivíduos sem que esses vejam quem os está monitorando, mas vai além.

A vigilância contemporânea por si já demonstra a primeira mudança em relação ao modelo anteriormente existente, visto que não mais se trata de uma vigilância hierárquica, mas eletrônica. Compõe a vigilância eletrônica o monitoramento que faz uso de tecnologias tais como câmeras, satélites ou computadores, além de bancos de dados, sistemas de informações e até mesmo *hardwares* que monitoram informações³⁶. A hierarquia como fator determinante nesse processo cedeu seu lugar a um conjunto de aparatos e ferramentas que tornaram a figura do inspetor obsoleta. A sociedade disciplinar (orientada a formar corpos dóceis) foi substituída pela sociedade do controle.

Essa nova sociedade caracteriza-se pela brusca mudança na relação existente entre espaço e tempo ocorrida com a crescente utilização de sistemas de informações. Há uma interpenetrabilidade do ciberespaço e uma instauração de um tempo ilimitado, gerando uma sensação aos controlados de que as atividades não possuem fim, mas estão sempre em formação. Além disso, a vigilância antes vertical agora se torna horizontal e impessoal, disseminada entre os indivíduos³⁷.

³⁵ CARDOSO, Monique Fonseca; RAMOS, Anátalia Saraiva Martins. **Vigilância Eletrônica e Cibercultura:** reflexões sobre a visibilidade na Era da Informação. Revista espaço acadêmico. N. 160, setembro de 2014. Disponível em: <<http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/11079>>. Acesso em: 10 de set. de 2014, p. 152.

³⁶ CARDOSO, Monique Fonseca; RAMOS, Anátalia Saraiva Martins. **Vigilância Eletrônica e Cibercultura:** reflexões sobre a visibilidade na Era da Informação. Revista espaço acadêmico. N. 160, setembro de 2014. Disponível em: <<http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/11079>>. Acesso em: 10 de set. de 2014, p. 153.

³⁷ CARDOSO, Monique Fonseca; RAMOS, Anátalia Saraiva Martins. **Vigilância Eletrônica e Cibercultura:** reflexões sobre a visibilidade na Era da Informação. Revista espaço acadêmico. N. 160, setembro de 2014. Disponível em: <<http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/11079>>.

Não obstante, o caráter local da vigilância também desapareceu. Ela agora é disseminada na sociedade, conforme citam Cardoso e Ramos³⁸:

Há uma espécie de vigilância disseminada no social, já que todos podem, de certa forma, seguir os passos de todos. O controle exercido é generalizado, multilateral. As empresas controlam seus clientes; as ONGs controlam as empresas e os governos; os governos controlam os cidadãos; e os cidadãos controlam a si mesmos, já que precisam estar atentos ao que fazem.

Zygmunt Bauman aponta a vigilância como um aspecto relevante da modernidade, que se tornou “líquida”, pois as formas sociais hoje acabam por se desmancharem mais rapidamente do que são criadas novas formas. Não é mais possível à modernidade manter um determinado molde nem mesmo solidificar-se em arcabouços de referência para todas as ações dos indivíduos. A vigilância, inerente a essa ideia de modernidade, também sofre desse processo de “liquidação”, de forma que³⁹:

Uma série de teóricos tem observado as maneiras pelas quais a vigilância, antes aparentemente sólida e estável, se tornou muito mais móvel e flexível, infiltrando-se e se espalhando em muitas áreas da vida sobre as quais sua influência era apenas marginal.

Nota-se aí que o processo de vigilância não mais detém um caráter tão simples como uma mera consequência da punição criminal ou como elemento disciplinador (aplicado a escolas, manicômios e instituições similares). Mais do que isso, ela se aplica à sociedade como um todo, é global, não mais local, nem mesmo institucional, ocorre de forma efetiva e em tempo integral.

Para Bauman, o mundo de hoje é pós-panóptico, já que inicialmente o panóptico, como instrumento fundamental para manutenção do controle, consistia na imobilização dos prisioneiros e na livre circulação daqueles que observavam (apesar da necessidade de presença física destes na maioria das vezes) e hoje a figura do “inspetor” pode se encontrar em domínios inalcançáveis, não mais se busca a imobilização, já que a mobilidade e nomadismo são pontos valorizados (ainda que controlados)⁴⁰. O panóptico seria, portanto, uma parte da história do

Acesso em: 10 de set. de 2014, p. 154

³⁸ CARDOSO, Monique Fonseca; RAMOS, Anatalia Saraiva Martins. **Vigilância Eletrônica e Cibercultura:** reflexões sobre a visibilidade na Era da Informação. Revista espaço acadêmico. N. 160, setembro de 2014. Disponível em: <<http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/11079>>. Acesso em: 10 de set. de 2014, p. 155

³⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância líquida:** diálogos com David Lyon. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 11

⁴⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância líquida:** diálogos com David Lyon. Tradução: Carlos Alberto Medeiros.

“antes”, enquanto o “depois” é formado pela modernidade líquida⁴¹.

A figura panóptica tal como Foucault a demonstrava em sua época, entretanto, não desapareceu completamente, apesar de não mais ser o padrão de dominação na atualidade. Enquanto a vigilância líquida se alastrou pela sociedade, o panóptico sofreu um processo de isolamento para determinados campos da sociedade.

Segundo Zygmunt, o panóptico isolou-se nas instituições totais, não tendo saído de prisões, campos de confinamento, clínicas psiquiátricas, etc., limitando-se a cuidar dos indivíduos considerados inúteis⁴².

Indaga-se, portanto, quais seriam, além do crescimento e desenvolvimento de novas tecnologias, os discursos dessa nova época que causaram essa disseminação e esse pós-panoptismo? Zygmunt Bauman aponta um importante ponto a respeito a respeito desse processo: a questão da segurança.

O autor entende que disciplina e segurança sempre foram fatores interligados, algo que Foucault tratava como coisas distintas, mas essa ligação entre esses pontos permitiu que a segurança fosse tratada por meio da vigilância, tal como a disciplina, de modo que ela⁴³:

[...] funciona a distância tanto no espaço quanto no tempo, circulando de maneira fluida, juntamente com os Estados-nação, mas para além deles, num domínio globalizado. Tranquilidade e recompensas acompanham esses grupos móveis para os quais essas técnicas são feitas como se fossem “naturais”. Processos de estereotipia e medidas de exclusão estão à espera dos grupos desafortunados o bastante para serem rotulados de “indesejados”.

Surgiu aí uma outra figura que marcou uma essencial diferença entre o antigo panoptismo e o chamado pós-panoptismo, a preocupação com a segurança no lugar da disciplina faz com que a vigilância hoje tenha uma tarefa além de manter “indivíduos dentro”, mas mantê-los também “à distância”. Essa ideia é trabalhada pelo autor Didier Bigo, cunhada de “ban-óptico”, que explica o processo de distanciamento por meio de câmeras de TV ao redor de comunidades fechadas, *shopping centers*, aeroportos, impedindo a entrada e identificando categorias de indivíduos não condizentes com determinados padrões impostos⁴⁴.

Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 12

⁴¹ BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância líquida**: diálogos com David Lyon. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 57

⁴² BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância líquida**: diálogos com David Lyon. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 58

⁴³ BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância líquida**: diálogos com David Lyon. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 13

⁴⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância líquida**: diálogos com David Lyon. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 65.

Tem-se aí a capacidade não só de analisar comportamentos considerados desviantes, mas também de se estabelecer listas de *outsiders*, pessoas não pertencentes à um grupo dominante em particular, como a lista específica de pessoas, ou grupos, impedidos de voar ou mesmo ingressar em aeroportos.

Essa função extrapola os limites de um Estado-nação, agindo como um verdadeiro sistema violador de direitos fundamentais. Suas três principais características, segundo David Lyon, são⁴⁵: o extremo poder em sociedades liberais, favorecendo a manutenção de um estado de exceção permanente; traçar perfis de minorias indesejadas (são criadas categorias de pessoas que são excluídas devido a um potencial comportamento futuro); e criar uma normalização de grupos que não foram excluídos, uma padronização criada com base na crença no suposto livre movimento de bens, capital e também de informações e pessoas. Isso faz com que a vigilância atual não se limite a violar direitos como privacidade e liberdade (principalmente em relação aos *outsiders*), mas também a criar divisões sociais.

Pode-se dizer que o processo analisado, movido por esse desenvolvimento tecnológico, atua, portanto, na violação de direitos fundamentais por duas maneiras, conforme menciona Elias Jacob e Jose Luis Bolzan⁴⁶: pela identificação, rastreamento e monitoramento relacionados à intimidade e identidade dos indivíduos; e por meio de práticas de coleta, armazenamento, processamento, individualização e também classificação das pessoas em grupos determinados.

Inferre-se, com esse raciocínio, que o discurso da segurança, como principal motivador da mudança de pensamentos entre as épocas mencionadas, muito embora possa ter rompido com a forma de como a vigilância é tratada (da simples vigilância para a ideia de *surveillance*), favoreceu uma violação de direitos de forma muito mais velada, assegurando com que os indivíduos afetados não somente não percebam tal atuação, como também contribuam com ela.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em linhas gerais, tem-se epistemas (ou epistemes) como o conjunto de saberes (e a relação entre eles) que permitem o estudo de uma determinada época. Esse estudo partiria de uma ruptura, que seria o que realmente prevalece na história, que não é contínua. Assim,

⁴⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância líquida**: diálogos com David Lyon. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 63.

⁴⁶ MENEZES NETO, Elias Jacob de; MORAIS, Jose Luis Bolsan de. Direitos Fundamentais, **Democracia e Surveillance**: As insuficiências do Modelo Estatal na Sociedade em Rede, 2º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade, junho 2013. Disponível em: < www.ufsm.br/congressodireito/anais/2013/6-11.pdf>. Acesso em: 12 de set. de 2014, p. 895.

conforme já mencionado, Foucault estudou a Revolução Francesa a partir de uma ruptura, desconstruindo a ideia de progresso usualmente exaltada e alterando o foco não para uma suposta evolução humanista, mas para as novas formas de dominação que surgiam na época. O presente trabalho partiu de uma análise da vigilância também por meio de rupturas existentes em épocas específicas.

A passagem da punição por meio das penas físicas para a privação da liberdade marcou o surgimento da vigilância panóptica e institucionalizada. A ruptura encontrada nesse contexto é comumente atribuída a uma visão mais justa das formas de punição, muito embora, em verdade, as estruturas determinantes da época estão ligadas à necessidade do mercado em se conseguir indivíduos dóceis, o que era realizado por meio da vigilância, não apenas vinculadas à prisão, mas instituições como escolas, manicômios e hospitais.

Foucault, entretanto, não chegou a vivenciar a chegada da era da informação, mas apesar disso, seu conceito de vigilância continuou sendo estudado por outros autores, tais como David Lyon e Zygmunt Bauman, mas aplicado à época contemporânea de uma maneira diversa da forma institucionalizada como ocorria antes. Isso ocorre, conforme demonstrado, devido a uma nova ruptura que alterou a forma como a vigilância fosse vista (agora denominada de *surveillance*).

A era da informação desinstitucionalizou a figura da vigilância. A ideia do panóptico ainda persiste, mas de forma marginal, a vigilância atual passou a fazer parte de toda sociedade, mantendo algumas estruturas básicas do panóptico, mas agindo de uma forma diversa.

As principais mudanças tocantes ao novo processo de *surveillance* são o fim da hierarquia como instrumento de controle e a substituição da sociedade disciplinar pela sociedade do controle.

A estrutura determinante para esses acontecimentos foi a preocupação com a ideia de segurança que tomou o lugar da disciplina na era contemporânea. Atualmente governos e corporações agem em conjunto para o controle da população, o que ocorre não mais dentro dos limites de uma nação, mas globalmente. Os indivíduos, por meio da utilização de aparatos eletrônicos, contribuem eles mesmos para que esse controle seja efetivo, mas não somente isso, o modelo de *surveillance* dissemina não apenas o controle, mas a violação a uma série de direitos.

Além da própria intimidade e privacidade, que atualmente sofrem com violações em redes sociais, e-mails e diversos outros aparatos, o pós-panoptismo afeta questões concernentes aos direitos humanos. Isso ocorre pela sua característica de “manter fora” indivíduos controlados, pois não apenas consegue estabelecer e normatizar condutas para aqueles sob seu controle, mas também classificar grupos indesejáveis.

Com efeito, existem inúmeros casos de violações que ocorrem em locais como aeroportos, *shoppings*, condomínios e em diversos outros lugares, todas motivadas pela noção de segurança que englobou a sociedade atual e foi ainda mais exaltada com o surgimento da era da informação.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância líquida**: diálogos com David Lyon. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

CARDOSO, Monique Fonseca; RAMOS, Anatalia Saraiva Martins. **Vigilância eletrônica e Cibercultura**: reflexões sobre a visibilidade na Era da Informação. Revista Espaço Acadêmico. N. 115. Ano X, dezembro 2010. P. 163. Disponível em: <<http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/11079>>. Acesso em: 26 de agosto de 2014.

FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber**. Tradução: Luiz Felipe Baeta Neves. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense-Universitária. 1987.

FOUCAULT, M. **Arqueologia das Ciências e História dos Sistemas de Pensamento**. 3. ed. MOTTA, Manoel Barros da [Org.]. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

FOUCAULT, Michel. **Segurança, penalidade, prisão**. Org. Manoel Barrros da Motta. Tradução: Vera Lucia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Tradução: Raquel Ramallete. 33.ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

LEMOS, André. **Cibercultura e Mobilidade**: A Era da Conexão. Revista Razón y Palabra. N. 41, outubro-novembro 2004. Disponível em: <<http://www.razonypalabra.org.mx/anteriores/n41/alemos.html>>. Acesso em: 12 de set. de 2014.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução: Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, 1999.

MENEZES NETO, Elias Jacob de; MORAIS, Jose Luis Bolsan de. Direitos Fundamentais, **Democracia e Surveillance**: As insuficiências do Modelo Estatal na Sociedade em Rede, 2º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade, junho 2013. Disponível em: <www.ufsm.br/congressodireito/anais/2013/6-11.pdf>. Acesso em: 12 de set. de 2014, p. 895.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia. V. 7:** de Freud à atualidade. Tradução: STORNILO, Ivo. São Paulo: Paulos, 2006.

SALGUEIRO, Eduardo de Melo. **Michel Foucault: uma crítica historiográfica em a Arqueologia do Saber.** Revista História em Reflexão. v. 3. n. 6. UFGD. Dourados. Jul/dez 2009, p. 12. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufgd.edu.br/index.php/historiaemreflexao/article/viewArticle/482>>. Acesso em: 26 de agosto de 2014.

ZIMMER, Marco Vinício. **O Panóptico está superado? Estudo etnográfico sobre a vigilância eletrônica.** Repositório digital. UFRGS, 2009. P. 27. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/15833>>. Acesso em: 26 de agosto de 2014.

O USO DE TECNOLOGIAS E A PARTICIPAÇÃO POLITICA NO BRASIL: TIRANIA DA MINORIA?

SONIA DO CARMO GROBÉRIO ¹

RESUMO

Trata do estudo da utilização dos aplicativos online como engajamento popular nas discussões sobre política. O uso da tecnologia na participação política é uma realidade em países como a Suíça e Alemanha com a utilização do Sistema "Smartvote". No Brasil, existem algumas iniciativas similares como o Vote na Web, Transparência.org., Newsletter incancelável.br, dentre outras. Existe também em andamento um Projeto de Lei para validar a assinatura eletrônica para a iniciativa popular e uma Lei Estadual já aprovada nesse sentido, no Estado de Santa Catarina. Com a ampliação dessas tecnologias a tendência é dinamizar o sistema eleitoral e a participação política oferecendo mais informações aos cidadãos visando a democracia participativa. Utilizou-se como embasamento teórico os conceitos de democracia, democracia participativa, políticas públicas e os direitos fundamentais que fazem parte do jogo democrático. Foram apresentadas e analisadas as ferramentas tecnológicas existentes os dados de acesso a elas e os dados do IBGE com o percentual de cidadãos que possuem acesso à Internet. Verificou-se que segundo dados do IBGE o acesso à Internet é pequeno, bem como o acesso às ferramentas disponibilizadas para participação política, mostrando que grande parte da população está excluída do processo o que é incompatível com os princípios democráticos. Dessa forma, estão sendo limitados em seus direitos fundamentais, como a Liberdade de expressão, direito de igualdade e informação e contribuindo para uma inversão da regra da maioria, prevalecendo a tirania da minoria.

Palavras-chave: Democracia Participativa. Políticas Públicas. Inclusão digital.

INTRODUÇÃO

O uso da tecnologia é uma realidade em países como a Suíça e Alemanha, como forma de participação popular nas inúmeras questões que envolvem discussões voltadas para eleições de representantes bem como no traçado de políticas públicas visando atender os anseios da sociedade. Na Suíça é utilizado o Sistema "Smartvote" que é um sistema desenvolvido por uma associação politicamente neutra e sem fins lucrativos com informações aos cidadãos ajudando na hora da escolha de seus candidatos.

No Brasil, existem algumas iniciativas similares como o Vote na Web; Transparência.org.; Newsletter incancelável.br; dentre outras. E está em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei N. 7005/2013 para estabelecer a possibilidade de assinatura eletrônica para apresentação do projeto de lei de iniciativa popular, além da lei que já validou a referida assinatura no Estado de Santa Catarina.

¹ Doutoranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). E-mail: sonia.groberio@gmail.com

Essas ferramentas são muito interessantes e com a ampliação dessas tecnologias a tendência é dinamizar o sistema eleitoral e a participação política em diversas questões públicas, oferecendo mais informações aos cidadãos visando a democracia participativa. E ainda, aproximando cada vez mais governantes e governados.

Em um primeiro momento foi tratado sobre a teoria da democracia, democracia participativa e a regra da maioria, apresentando seus conceitos e relação com a temática pesquisada. Da mesma forma, acrescentou-se a teoria sobre os direitos fundamentais que fazem parte do jogo democrático e a conceituação sobre políticas públicas.

Posteriormente, foram apresentadas e analisadas as ferramentas tecnológicas existentes, os dados de acesso a elas e os dados do IBGE com o percentual de cidadãos que possuem acesso à Internet. Com a comparação dos dados a pretensão é demonstrar se grande parte da população está excluída da participação política, o que é incompatível com os princípios democráticos. E ainda, buscou-se apontar se está ocorrendo uma limitação dos direitos fundamentais, como a liberdade de expressão, o direito a igualdade e informação, dentre outros que fazem parte do jogo democrático, resultando numa inversão da regra da maioria, prevalecendo a tirania da minoria.

DEMOCRACIA E PARTICIPAÇÃO

Dentre os inúmeros conceitos existentes sobre democracia utilizou-se o apresentado por Bobbio (2002) pelo fato do conteúdo possuir correlação direta com os tópicos aqui tratados. O referido autor nos traz uma definição mínima de democracia, tratando-a como um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos.

Dessa forma, quem está autorizado a tomar decisões, é o povo, como conjunto de legitimados ao processo de elaboração normativa. A participação ativa de todos os interessados promove a inclusão do cidadão nas decisões tomadas por seus representantes por meio do acompanhamento contínuo daqueles que exercem o poder por representação. Segundo Bobbio (2002), a complexidade social torna desejável a participação nas decisões coletivas. E acrescenta que

Um sistema de poder só será democrático caso as decisões coletivas sejam tomadas por todos os membros da coletividade [...]. Significa, genericamente, que as deliberações coletivas são tomadas, não diretamente por aqueles que dela fazem parte, mas por pessoas eleitas para essa finalidade. E para que tais decisões sejam aceitas, é preciso que sejam tomadas com base em regras – por maiorias a quem compete tomar

decisões. É preciso que aqueles que são chamados a decidir sejam colocados diante de alternativas reais e em condição de escolher entre uma e outra. Para que se realize tal condição, é necessário que se garantam direitos de liberdade, opinião, expressão, reunião e associação.

Os procedimentos aos quais se refere o autor ocorrerão através de regras, dentre as quais se inclui a regra maioria, que se insere na definição mínima de democracia enquanto regra do jogo. Para melhor esclarecimento, é necessário tratar mais detalhadamente sobre a regra da maioria, como se segue no próximo tópico.

REGRA DA MAIORIA

A regra da maioria e suas formas detalhadas como maioria simples, absoluta e qualificada, foram elaboradas pelos monges, nas ordens religiosas do Sec VIII. Conforme relatado por Sartori (1994), eles criaram essa forma de realizarem escolhas porque não podiam usar da violência e nem da hereditariedade para elegerem seus líderes.

O referido autor trata a regra da maioria como uma forma de tomada de decisões coletivas que “maximiza a liberdade individual e assegura a ampla e igual participação política dos cidadãos, aproximando governantes e governados por meio de uma prática social e legitimação eventual, finita no espaço e no tempo” (SARTORI, 1994). O conceito apresentado se complementa com a minoria cuja ampla liberdade deve ser assegurada.

Atualmente o procedimento da maioria é utilizado no contexto constitucional, eleitoral, bem como na sociedade de modo geral. Embora possua inúmeras limitações a regra da maioria é utilizada nos contextos referenciados e em certas situações pode ocorrer uma tirania da maioria ou tirania da minoria. A tirania da maioria, segundo Sartori (1994), na perspectiva constitucional é a que se relaciona aos direitos da minoria, quando estes não são respeitados. Para tanto, o autor trata do princípio da maioria limitada, pois uma maioria governante não pode esmagar os direitos da oposição.

Quanto à tirania da minoria é preciso destacar que o referido autor trata a minoria como a extensão e modalidade do poder de controle político de grupos menores que metade do universo sobre qual tal poder é exercido. Assim, complementa Sartori(1994), que um poder controlador é político quando sua fonte principal é o exercício de uma função ou cargo político, e/ ou ainda quando atua por meio dos canais políticos e afeta as decisões dos que determinam as políticas concretas, constituindo dessa forma, um grupo de controle, ou “elite”, cujas fontes de poder podem ser políticas, econômicas ou outras.

Para o pleno exercício da democracia é preciso que sejam respeitados os direitos fundamentais que exercem uma função de garantia das minorias contra possíveis desvios de poder praticados pela maioria no poder, ressaltando-se a liberdade de expressão de informação, bem como outros direitos que fazem parte do jogo democrático que serão tratados a seguir.

DIREITOS FUNDAMENTAIS A LIBERDADE DE EXPRESSÃO, A IGUALDADE E A INFORMAÇÃO

A democracia e os direitos fundamentais são interdependentes e recíprocos, em virtude de não existir democracia sem os direitos fundamentais e também não há que se falar em direitos fundamentais se o regime não for democrático. Nesse sentido, Sarlet (2010, p.63) enfatiza que os direitos fundamentais podem ser considerados simultaneamente

Pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo, mediante o reconhecimento do direito de igualdade(perante a lei e oportunidades), de um espaço de liberdade real, bem como por meio da outorga do direito à participação(com liberdade e igualdade), na conformação da comunidade e do processo político, de tal sorte que a positivação e a garantia do efetivo exercício de direitos políticos(no sentido de direitos de participação e conformação do *status* político) podem ser considerados o fundamento funcional da ordem democrática e nesse sentido parâmetro de sua legitimidade.

Porém, para que o cidadão seja capaz de interferir na vida política de qualquer Democracia é necessário que sejam garantidos os direitos fundamentais que fazem parte do jogo democrático como o direito a informação, direito de igualdade e direito a liberdade de expressão. Além disso, é imprescindível que sejam oferecidos meios de participação popular que fortaleçam a cidadania e permita uma união entre os cidadãos para um comprometimento com a administração política e com o desenvolvimento local e regional.

Nesse sentido, Dahl (2001, p. 49) estabelece uma série de normas, direitos e garantias essenciais aos cidadãos que permitiriam a ampliação da participação política, assegurando a liberdade de contestação; liberdade de associação, expressão e de voto; livre competição entre líderes políticos; existência de meios alternativos de informação; instituições que respeitem e garantam o poder das urnas, além de tratamento equânime, independentemente das preferências do cidadão, dentre outros.

A participação política está ligada estreitamente à democracia, pois através dela ocorre a troca de idéias entre governantes e governados garantindo decisões de acordo com a vontade do povo. No caso brasileiro a Constituição Federal prevê explicitamente em seu artigo primeiro que o exercício do poder será exercido pelo povo através de seus representantes

eleitos ou diretamente. Dessa forma, conforme BENEVIDES (2003) temos uma combinação de representação com formas de democracia direta configurando um regime de democracia semidireta ou como a classificam muitos autores a democracia participativa que será tratada no próximo tópico.

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

A Democracia é uma realidade crescente no mundo, mas paralelamente vem sendo registrada e vivenciada uma crise da representação política, ou seja, da democracia representativa. Nesse contexto, aliada às transformações econômicas e sociais surgem novas formas de envolvimento dos indivíduos e grupos sociais em fóruns diversificados para a tomada de decisão e de gestão de políticas públicas. Essas formas caracterizam a Democracia Participativa e são inovações democráticas que ocorrem em contextos sócio-históricos próprios de cada local, cada região ou no país.

No Brasil, a participação popular teve como marco a abertura política a partir de 1985, na articulação para o movimento “diretas já” quando a população se organizou melhor, e progressivamente foi conquistando mais espaço público e cobrando mais efetivamente de seus representantes. Diante disso, houve a necessidade de uma aproximação maior entre representantes e representados, surgindo uma atuação semidireta com participação ativa da população.

A Democracia Participativa utiliza mecanismos que propicia ao povo um envolvimento nas questões políticas legitimando decisões relevantes para a comunidade, como classifica MOREIRA NETO (1992) através dos institutos polivalentes de participação, representação política, a publicidade, a informação a certidão e a petição e institutos de participação legislativa como o plebiscito, referendo, audiências públicas, iniciativa popular, orçamento participativo, veto popular, dentre outros.

Importante tratar também da Participação política que é definida pelo Dicionário de política, de Bobbio (1986), e geralmente usada para designar uma série de atividades: o ato do voto, a militância partidária, a participação em manifestações, a discussão sobre acontecimentos políticos ou a difusão da informação política, dentre outras. Para o autor, o termo participação tomado em sentido estrito, poderia ser reservado para situações em que o indivíduo contribui direta ou indiretamente para uma decisão política.

Por sua vez, o poder do povo no sentido de apresentar proposta de emenda à Constituição Federal ou projeto de lei é exercido na forma de iniciativa popular. Este instrumento de democracia direta permite que o cidadão dê início ao processo legislativo mediante a

apresentação de proposta previamente construída. Porém, é exigido que o número mínimo de assinaturas previsto na Constituição seja atingido, conforme artigo 61, §2º da CRFB/88 que prevê que a iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos em cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

A Constituição Cidadã de 1988, que elegeu a forma semidireta, ou participativa, como regime político, prevê em seu artigo 14 que a “soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com igual valor para todos e, nos termos da lei, mediante: I – plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular”. Porém, não se verifica na prática um esforço político para maior utilização dessas formas de participação, e além do mais quando são aplicados, mostram que são insuficientes para a realização de plena participação democrática.

Além dessas formas, a Constituição brasileira de 1988 faz previsão de outras para a participação efetiva do povo nas questões públicas. De acordo com Pedra (2014) merecem destaque, por exemplo:

[...] a instituição do júri [...] (artigo 5º, XXXVIII), a ação popular (artigo 5º, LXXIII), a cooperação no planejamento municipal (artigo 29, XII), a iniciativa popular de projeto de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros (artigo 29, XIII), a participação do usuário na administração pública direta e indireta (artigo 37, § 3º), a denúncia de irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União (artigo 74, § 2º), [...].

Tem-se ainda as modalidades do orçamento participativo e das audiências públicas, por meio das quais a população pode participar de discussões orçamentárias e debates em âmbito local. Embora essas formas estejam à disposição do cidadão, infelizmente muitas vezes elas são desconhecidas ou mesmo as conhecendo não demonstram interesse na participação.

POLITICAS PÚBLICAS

Atualmente com o aprofundamento e expansão da democracia o Estado passou a desempenhar um papel de promover o bem estar da sociedade. Para tanto, é necessário o desenvolvimento de uma série de ações em área diversificadas como a área da saúde, segurança, educação, meio ambiente, dentre outras. Para atingir bons resultados nessas diversas áreas são utilizadas pelos governos Políticas Públicas que podem ser definidas por Caldas (2008), como

a totalidade de ações, metas e planos que os governos (nacionais, estaduais ou municipais) traçam para alcançar o bem-estar da sociedade e o interesse público. É certo que as ações que os dirigentes públicos (os governantes ou os tomadores de decisões) selecionam (suas prioridades) são aquelas que eles entendem serem as de- mandas ou expectativas da sociedade.

As Políticas Públicas estão relacionadas a todos os indivíduos, de todas as escolaridades, independente de sexo, religião, raça ou nível de renda e afetam o dia a dia e a qualidade de vidas dessas pessoas. Consideradas como um processo dinâmico no qual ocorrem negociações, pressões, mobilizações, alianças, e também, os conflitos de interesses. Ocorre que muitas vezes a agenda formulada pelo Governo não se coaduna com os interesses da maioria da população o que depende do grau mobilização da sociedade e também da existência de mecanismos que permitam uma efetiva participação dos interessados.

Visando uma maior facilidade para a participação da sociedade têm surgido diversas tecnologias para permitir o conhecimento e a aproximação nas inúmeras questões que envolvem discussões voltadas para eleições de representantes bem como no traçado de políticas públicas visando atender os anseios da sociedade, como destaca-se a seguir.

TECNOLOGIAS

O desenvolvimento das tecnologias e sua utilização têm avançado muito e propiciado a abertura de espaços para a participação do cidadão e o acesso à informação em diversos setores do Governo com serviços disponibilizados através da internet.

Acrescenta-se a criação de aplicativos específicos para a participação popular e engajamento das pessoas no processo político e nas discussões de questões relacionadas às políticas públicas o que vem ocorrendo em outros países e também no Brasil permitindo o acesso cada vez maior por parte da população. Para melhor ilustração serão apresentados no próximo item alguns desses aplicativos mostrando o alcance de cada um deles.

APLICATIVOS

Dentre os inúmeros aplicativos disponibilizados para o cidadão participar das discussões políticas, temos o utilizado na Suíça e similar na Alemanha que é o Sistema “Smatvote”. Além desse aplicativo, destacamos as iniciativas existentes no Brasil que são o Vote na Web, transparência.org., Newsletter incancelável. br, e ainda o Projeto de Lei N. 7005/2013 que acrescenta os §§3º e 4º na Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1988, para

estabelecer a possibilidade de assinatura eletrônica para apresentação de projeto de lei de iniciativa popular e a aprovação recente da utilização da assinatura digital, com o mesmo objetivo, no Estado de Santa Catarina.

O Sistema Smartvote é utilizado na Suíça durante as eleições para o poder legislativo, os partidos políticos e seus candidatos, utilizam esse sistema. Conforme Muniz (2014), os candidatos respondem a um questionário com perguntas sobre as principais questões atuais do país, agrupadas por temas. De acordo com essas respostas é criado um perfil para cada político elegível. O eleitor também é convidado a responder as mesmas questões propostas aos candidatos. Ao final, o cidadão recebe uma lista dos candidatos e partidos que têm maior convergência de opiniões e com isso, realiza uma melhor escolha qualitativa do seu candidato.

No Brasil, temos o “Vote na Web” que é um site de engajamento cívico apartidário que apresenta, com linguagem simples e forma resumida, os projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional. Qualquer pessoa pode votar contra ou a favor das propostas e dar a sua opinião e os responsáveis pelo *site* são encarregados de encaminhar ao Congresso os resultados dessa participação popular.

Além de permitir uma visualização da atuação dos congressistas e das suas iniciativas de projetos de lei, de forma mais acessível que os *sites* oficiais do Senado e da Câmara Federal, o “Vote na Web” possibilita também um acompanhamento através de postagens, da opinião dos cidadãos sobre cada projeto de lei, e conseqüentemente, um melhor exercício do direito de liberdade de expressão, do direito de informação e direito à igualdade de participação. Mas, sem dúvida, como registra Portilho (2014) a contribuição mais interessante do *site* é que ele funciona como uma espécie de termômetro da representatividade das opiniões dos cidadãos, pois ao clicar em “arquivo” é possível realizar uma comparação entre os “votos dos cidadãos” e os “votos dos políticos”.

Por sua vez o aplicativo “política de boteco” é um projeto que está sendo desenvolvido em alguns bares em São Paulo. Os Bares situados na Vila Madalena apresentam nos televisores disponíveis do local uma proposta de lei e os clientes podem votar nas propostas através do aplicativo “política de boteco”. O projeto é fruto da parceria entre as empresas Webcitizen e Enox On-Life, com o objetivo de atrair o interesse dos jovens que estão nos bares brasileiros para acompanhar os projetos de lei que estão em tramitação no Congresso, conhecer e discutir o conteúdo, compartilhar e opinar por meio de votos e comentários.

Os resultados dessas opiniões do aplicativo “política de boteco” também são computados e enviados ao Congresso. O projeto está ligado ao “Vote na Web” e da mesma forma, possui de forma resumida os projetos em tramitação no congresso nacional. Pode-se opinar pelo sim

ou pelo não, de forma quantitativa, e fazer comentários e enviar mensagens aos parlamentares. Além disso, é possível verificar a atuação e opinião dos parlamentares e saber quem apresentou os projetos e quem votou em qual projeto. De acordo com Portilho (2014) o que desperta a atenção é que os parlamentares também utilizam a opinião popular via internet e segundo alguns, qualquer projeto que estiver com 51% de votos contrários eles retiram da tramitação, como relata o Deputado Federal Romário Faria(PSB-RJ), pois consideram uma prova da representatividade popular,

Por sua vez o aplicativo Colab.re - rede social para cidadania é utilizado pelo cidadão quando ele identifica irregularidades na sua cidade, faz registro fotográfico e envia pelo *Smartphone* ou *web* para as prefeituras e/ou propõe serviços de reparos para aquelas situações encontradas.

O Transparência (transparencia.org.br), é um programa que traz um perfil dos candidatos com dados sobre bens, certidões criminais e propostas permitindo ao cidadão conhecer previamente seus candidatos e fazer uma escolha mais acertada.

No Newsletter incancelável (newsletterincancelavel.com.br), o cidadão indica em quem quer votar e começa a receber via internet todas as informações daquele candidato. Se após análise dos dados recebidos, quiser trocar de candidato passará a receber dados do outro candidato escolhido. Após as eleições, o cidadão passará a receber por todo o período do exercício da candidatura informações sobre o desempenho de seu representante através newsletter incancelável. Dessa forma, é possível acompanhar se as propostas do candidato estão sendo efetivadas e o cidadão também não se esquecerá em quem votou.

Existe ainda a questão da validade de assinatura eletrônica para a iniciativa popular. Este instrumento de democracia direta permite que o cidadão dê início ao processo legislativo mediante a apresentação de proposta previamente construída. É imprescindível que o número mínimo de assinaturas previsto na Constituição seja atingido, conforme artigo 61, §2º da CRFB/88 que é um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

A coleta de assinaturas conforme previsão da constituição dificulta o processo de criação de leis por iniciativa da população. Visando a utilização de tecnologias para minimizar essas dificuldades, está em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei N. 7005/2013 que acrescenta os §§3º e 4º na Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1988, para estabelecer a possibilidade de assinatura eletrônica para apresentação de projeto de lei de iniciativa popular e não será mais necessário coletar milhares de assinaturas em papel.

No Estado de Santa Catarina Lei no mesmo sentido passou a vigorar no início de 2015. O grande número de abaixo-assinados realizados pela internet foi um reforço para a apro-

vação da lei estadual que entrou em vigor no início de 2015 naquele Estado permitindo que projetos de iniciativa popular possam ser “assinados” de forma digital, o que certamente em breve será uma realidade em todo o Brasil.

A maioria dos aplicativos citados existentes no Brasil, foram criados em 2009 e neles já são registrados muitos usuários. Verifica-se nesses acessos petições e denúncias voltadas para a cobrança ou qualquer discussão de problemas da cidade, cada vez mais comuns, o que mostra um interesse grande da população em ser ouvida e participar dessas questões. Mas será que o número de acessos representam a maioria da população? Os resultados da participação através dos aplicativos no Brasil estão sendo utilizados como parâmetro principalmente para análise dos projetos de lei. Dessa forma, estaria sendo limitado o acesso da maioria? Buscando responder às indagações, alguns dados de acesso às ferramentas citadas e do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) serão apresentados e analisados no próximo tópico.

REGISTROS DE ACESSO E INCLUSÃO DIGITAL: TIRANIA DA MINORIA?

Segundo dados do IBGE, em pesquisa realizada em 2013, o Brasil tem propiciado de forma lenta o acesso à Internet. O registro é de que, 83 milhões de brasileiros podem ser considerados ‘internautas’, ao menos no conceito estatístico de pelo menos um acesso nos três meses antes da pesquisa, como trata o Instituto. Como indicador, significa que 42,1% da população utiliza a rede de internet, seja por acesso nas residências ou através do telefone móvel.

O Sudeste manteve o maior percentual de internautas (57,0%). Norte (39,2%) e Nordeste (36,4%) ficaram abaixo do percentual verificado para a média nacional (49,2%). Porém, nas duas regiões o crescimento (12,7% e 8,2%) foi maior que a média – 1,3 milhão e 600 mil novos usuários, respectivamente. De 2011 para 2012, houve aumento do contingente de pessoas que acessaram a internet, em todos os grupos etários, especialmente nas faixas até 29 anos de idade, em que o contingente aumentou 3,4%. Nas faixas acima de 30 anos de idade esse crescimento foi de 11,2%.

Os dados do IBGE foram coletados a partir da faixa etária de 10 a 14 anos que representou um percentual de 13%. Esse percentual foi subtraído do total e foi considerado para a soma a partir da faixa etária de 15 a 19 anos, na qual estão incluídos os cidadãos com direitos políticos. Dessa forma, ao final registra-se que 36,4% dos cidadãos brasileiros têm acesso à internet ou realizaram pelo menos um acesso nos últimos três meses.

Pelos dados apresentados, verifica-se uma limitação para a utilização de tecnologias nos processos participativos, que é a falta de inclusão de digital. Segundo Sánchez (1999),

acrescenta-se à falta de inclusão digital a estratificação digital que refere-se às desigualdades de acesso físico ao aparato tecnológico ou à conexão telefônica, à habilidade pessoal de utilizar este aparato e à capacidade de adaptação psicológica e cultural às tecnologias. Como destaca o autor, pode-se afirmar que a não utilização de tecnologias vai além das condições econômicas para aquisição de aparelhos conectados à rede, ou do nível de conhecimento de utilização das ferramentas tecnológicas.

A Empresa Webcitizen, por sua vez, forneceu por email os dados de acesso registrados no Vote na Web em 25 de junho de 2015. Na data informada o *site* possuía mais ou menos 250 mil usuários cadastrados, 6,9 milhões de votos em projetos de lei e 224 mil comentários, tendo registrados 5.700 projetos de lei em sua plataforma. Acrescenta-se aqui um dado relevante para análise do quantitativo de acesso tanto à Internet, bem como o acesso aos aplicativos, que é o da população brasileira conforme Censo de 2014 realizado pelo Instituto de Geografia e Estatística (IBGE) que foi estimada em 201.032.717 pessoas.

O acesso desigual às tecnologias apontados tanto pela Empresa Webcitizen, como pelos dados do IBGE em relação ao total da população brasileira, nos leva a questionar essa utilização em busca de uma efetiva democracia participativa. Verifica-se que grande parte da população está excluída do processo o que é incompatível com os princípios democráticos. Ainda como aponta Sánchez (1999), a estratificação digital estabelece desigualdades entre as sociedades, regiões, pessoas, empresas e instituições que dispõem de condições materiais e culturais para funcionar no mundo digital e as que não têm acesso ou simplesmente não podem se adaptar ao ritmo das mudanças. Dessa forma, a incorporação das tecnologias ao sistema democrático ao invés de permitir uma aproximação maior da população com seus representantes, irá provocar desigualdades na tomada de decisões e também na representatividade.

Outra limitação entre a relação do uso das tecnologias e a política apontada por Sanchez é a falta de cultura participativa entre governantes e governados e a Internet dificilmente modificará os hábitos políticos dos cidadãos. As novas tecnologias podem ser úteis para impulsionar essa relação. Nesse ponto o autor destaca que “cabe analisar se estamos diante de uma participação social que opta pela democracia eletrônica ou se é apenas uma nova forma de controle da elite que estende sua influência até o meio virtual” (SÁNCHEZ, 1999).

Corroborando com o autor e pelas pesquisas sobre inclusão digital do IBGE e a utilização das tecnologias disponibilizadas verifica-se que as discussões políticas on-line, são dominadas por poucos e da forma como estão sendo utilizadas nos processos participativos, excluem os cidadãos do debate político, cerceando os direitos à liberdade de expressão, de opinião, de informação, invertendo-se a regra da maioria e vigorando a tirania da minoria.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, o conceito mínimo de Democracia conforme Bobbio (2002) é um conjunto de regras que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos e nos indica que quem está autorizado a tomar decisões, é o povo, como conjunto de legitimados ao processo de elaboração normativa. A participação ativa de todos os interessados promove a inclusão do cidadão nas decisões tomadas por seus representantes, através de um acompanhamento contínuo. Os procedimentos ocorrerão através de regras, dentre as quais se inclui a regra da maioria que se complementa com a minoria.

Embora possua inúmeras limitações a regra da maioria é utilizada nos contextos constitucional, eleitoral e social e em certas situações pode ocorrer uma tirania da maioria ou tirania da minoria. Na perspectiva constitucional a tirania da maioria é a que se relaciona aos direitos da minoria, quando estes não são respeitados. Quanto à tirania da minoria ela é tratada como a extensão e modalidade do poder de controle político de grupos menores que metade do universo sobre qual tal poder é exercido. Acrescenta-se que para o pleno exercício da democracia é preciso que sejam respeitados os direitos fundamentais que exercem uma função de garantia ressaltando-se a liberdade de expressão e de informação, bem como outros direitos que fazem parte do jogo democrático.

Com a crise da representatividade política, surgem novas formas de envolvimento dos indivíduos e grupos sociais em fóruns diversificados para a tomada de decisão e de gestão de políticas públicas. Essas formas caracterizam a Democracia Participativa. No Brasil, a participação popular teve como marco a abertura política a partir de 1985, na articulação para o movimento “diretas já” quando a população se organizou melhor, conquistou mais espaço público e passou a cobrar mais efetivamente de seus representantes.

Diante disso, houve a necessidade de uma aproximação maior entre representantes e representados, surgindo uma atuação semidireta com participação ativa da população nas questões políticas, bem como nas Políticas Públicas que estão relacionadas a todos os indivíduos e são consideradas como um processo dinâmico no qual ocorrem negociações, pressões, mobilizações, alianças e os conflitos de interesses o que depende do grau mobilização da sociedade e também da existência de mecanismos que permitam uma efetiva participação dos interessados.

Visando uma maior facilidade para a participação da sociedade já existem diversas tecnologias para permitir o conhecimento e a aproximação nas inúmeras questões que envolvem discussões voltadas para eleições de representantes bem como no traçado de políticas

públicas visando atender os anseios da sociedade. Tem-se também a criação de aplicativos específicos para o engajamento das pessoas no processo político e nas discussões de questões relacionadas às políticas públicas o que vem ocorrendo em outros países e também no Brasil permitindo maior acesso da população.

Dentre os diversos aplicativos disponibilizados para o cidadão participar das discussões é utilizado na Suíça e na Alemanha, o “Smatvote”. E no Brasil temos iniciativas como o Vote na Web, Transparência.org., Newsletter incancelável. br, Proposta de Lei para iniciativa popular por assinatura eletrônica e ainda a aprovação recente da utilização da assinatura digital para a iniciativa popular no Estado de Santa Catarina.

As tecnologias são importantes, mas pelos dados do IBGE, bem como os dados apresentados pela Empresa Webcitizen, quem acessa a Internet e participa das discussões é uma minoria. Apesar das enormes vantagens essa comunicação não garante uma esfera de discussão pública justa, representativa, relevante, efetiva e igualitária. As condições de acesso a essas tecnologias geram mais exclusão. As novas tecnologias podem ser úteis para impulsionar a relação entre governantes e governados. Mas se a sociedade escolher a democracia eletrônica diante da exclusão da participação da maioria, será uma nova maneira de controle da elite com alcance e influência estendida ao meio virtual.

Pelas pesquisas do IBGE apresentadas sobre inclusão digital e a utilização das tecnologias disponibilizadas verifica-se que as discussões políticas on-line, são dominadas por poucos e da forma como estão sendo utilizadas nos processos participativos, excluem os cidadãos do debate político, cerceando os direitos à liberdade de expressão, de opinião, de informação, invertendo-se a regra da maioria e vigorando a tirania da minoria.

REFERÊNCIAS

BENEVIDES, Maria Victória de Mesquita. **A cidadania ativa**: referendo, plebiscito e iniciativa popular. 3 ed. São Paulo: Ática, 2003.

BOBBIO, Norbert. O futuro da democracia. 8 ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

CALDAS, Ricardo Wahrendorff. **Políticas Públicas**: conceitos e práticas / supervisão por Brenner Lopes e Jefferson Ney Amaral; coordenação de Ricardo Wahrendorff Caldas – Belo Horizonte : Sebrae/MG, 2008.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. 2.ed. São Paulo: Max Limonad,2000.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: UnB, 2001.

MELO, José Marques. **Políticas públicas para a mídia digital interativa**: Olhar brasileiro. Congresso Panamericano de comunicação. Brasília, 2010.

MUNIZ, Valter Hugo. Quando o povo tem voz. **Revista Cidade Nova**, São Paulo, n.8, p. 18-20, ago. 2014.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Mutação Constitucional**: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PORTILHO, Gabriela. A vez dos cidadãos. **Revista Cidade Nova**, São Paulo, n.10, p.10 – 12, out. 2014.

SALET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. E ampl. ; 2. tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SÁNCHEZ, Jordi. Internet como instrumento de participación. In: FONT, Joan. (Coord). **Ciudadanos y decisiones públicas**. Barcelona: Ariel, 2007.

SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. Trad. Dinah de Abreu Azeredo. São Paulo: Ática, 1994.

O POLÊMICO MÉTODO DE IMPLANTAÇÃO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS: O CASO DAS COTAS RACIAIS

LYA DE OLIVEIRA MOURA ¹

RESUMO

É notório que o Brasil ainda enfrenta graves consequências decorrentes da época da escravidão; assim, visando concretizar uma igualdade real, o governo passou a adotar ações afirmativas, que são instrumentos temporários de política social para obter resultados imediatos. Diante disso, esse estudo tem o escopo de debater o modo como o Poder Público implementou o sistema de cotas para afrodescendentes, tanto no que tange ao critério único de cor da pele, quanto ao caráter permanente dessa política pública. Dessa forma, para adentrar ao cerne da celeuma, são objetivos da pesquisa: analisar o princípio constitucional da igualdade; conceituar as ações afirmativas, bem como apresentar a origem e os objetivos dessas; e expor argumentos favoráveis e contrários às cotas raciais. Outro fator que merece destaque neste trabalho é refletir sobre o dever do Estado de fornecer educação gratuita e de qualidade para todo o povo brasileiro. Contudo, é evidente a má prestação do serviço na área educacional e que o Poder Público se utiliza das cotas para justificar sua omissão. Na realidade, ele adota políticas meramente assistencialistas para transmitir uma imagem de governo politicamente correto, enquanto deveria implantar medidas para criar bases sólidas para solucionar os problemas educacionais. Por fim, é possível constatar que as ações afirmativas devem ter prazo determinado para garantir a igualdade material à população enquanto o governo investe na área deficitária, senão estaremos sendo coniventes com a má qualidade da educação pública de base. Ademais, num país em que a esmagadora maioria de seus cidadãos é miscigenada, como o Brasil, é extremamente difícil executar cotas raciais, pois a identificação dos beneficiários é complexa diante de um critério tão subjetivo, a cor da pele.

Palavras-chave: Princípio da igualdade. Ações Afirmativas. Cota raciais.

INTRODUÇÃO

É evidente que a população negra do Brasil ainda enfrenta consequências decorrentes da época da escravidão. Isso porque este grupo foi literalmente “abandonado” com a abolição da escravatura, pela Lei Áurea, já que tal documento previa, em apenas dois artigos, que os negros estariam livres e não vinculados mais a um dono.

Em outras palavras, a Lei Áurea não conferiu qualquer garantia ao negro; assim, se eles quisessem a tão sonhada liberdade, teriam que se responsabilizar pelo próprio sucesso, sem qualquer ajuda dos brancos. Ocorre que, como os escravos foram trazidos como mercado-

¹ Pós-Graduada em Direito Constitucional pela Faculdade Integrada da Grande Fortaleza (FGF), advogada atuante nas áreas civil e previdenciário, e-mail profissional lyamoura@hotmail.com. GT IV – Bioética, Direitos Humanos, Democracia, Pluralidade e Sociedade.

rias para as terras brasileiras, eles não sabiam realizar outra atividade senão a braçal, não possuíam moradia, não recebiam dinheiro para comprar uma terra; enfim, em suma, muitos se viram obrigados a continuar trabalhando nas terras de seus “antigos” donos em troca de comida e habitação.

Essa lamentável realidade perdurou por um bom tempo e, até os dias atuais, os afrodescendentes, arrimados em um passado perverso, ainda buscam uma igualdade real em relação aos brancos.

Diante disso, o governo brasileiro passou a instituir medidas com o fito de mitigar as desigualdades presentes na sociedade, que são as ações afirmativas. Essa política pública consiste em instrumento temporário de política social para obter resultados imediatos.

Todavia, importante aclarar que o caráter transitório das ações afirmativas estão intimamente relacionados com a necessidade de medida urgente para amenizar desigualdades; entretanto, no Brasil, em relação às cotas raciais, não é possível verificar um árduo investimento estatal para que a desigualdade em relação aos negros diminua. Pelo contrário, o Estado se vale de medidas assistencialistas, como as cotas raciais, para justificar suas omissões e transmitir uma imagem de governo politicamente correto, e se mantém inerte.

Dessa forma, o presente estudo tem o escopo de debater o modo como o Poder Público implementou o sistema de cotas raciais para afrodescendentes, tanto no que tange ao critério único de cor da pele, quanto ao caráter permanente dessa política pública.

Para que tal objetivo fosse alcançado, foi utilizada a metodologia teórico-dogmática para obter o desenvolvimento desse estudo, haja vista que com base na análise do ordenamento jurídico pátrio, no estudo de doutrinas, de jurisprudência e de artigos científicos, se buscou a possível resposta ao problema apresentado.

Assim, para adentrar ao cerne do tema, iremos analisar o princípio constitucional da igualdade, distinguindo a isonomia formal e material. Em seguida, passaremos a conceituar as ações afirmativas, bem como apresentar a origem e os objetivos dessas. E, por fim, iremos expor argumentos favoráveis e contrários em relação às cotas raciais.

A partir da explanação de tais questões, iremos criticar a forma como as cotas raciais têm sido impostas, desvirtuando a natureza de seu caráter provisório, já que, como o Poder Público não cumpre seu dever constitucional de fornecer educação pública de qualidade e não investe concomitantemente às ações afirmativas na área deficitária, é evidente que apesar de serem instituídas com prazo determinado, o sistema de cotas será renovado a cada final de tempo imposto, configurando um caráter permanente dessa discriminação positiva.

Ademais, num país em que a esmagadora maioria de seus cidadãos é miscigenada, como o Brasil, é extremamente difícil executar cotas raciais, pois a identificação dos beneficiários é complexa diante de um critério tão subjetivo, a cor da pele.

PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Desde a primeira Constituição brasileira (1824), na fase imperial, a igualdade era objeto de positivação, o que, por conseguinte, se repetiu nas constituições subseqüentes. Vale salientar que essa igualdade é aquela reconhecida perante a lei, uma igualdade formal.²

Na Constituição em vigor a igualdade formal é prevista em seu artigo 5º, conferindo a este direito o *status* de direito fundamental, todavia ao longo do texto o constituinte dispôs outros artigos que têm por objetivo concretizar a igualdade material, principalmente na parte dos direitos sociais substanciais, como o artigo 7º, incisos XXX e XXXI. Nesse sentido, Carta Política brasileira vedou qualquer distinção baseada meramente em determinados fenótipos, dentre eles a cor da pele.

O princípio da igualdade, também conhecido como princípio da isonomia, é de grande importância, pois determina o tratamento igualitário a todos os seres humanos, sem distinção de cor, sexo, raça, etnia, posição socioeconômica, entre outros.

Importante elucidar que a igualdade formal é aquela conferida perante a lei, é o direito de todo o cidadão não ser tratado de forma diferente pela lei e não abarcando qualquer flexibilidade no tratamento entre as pessoas.

Já a isonomia material, também denominada de igualdade real, consiste, conforme assenta Alexandre de Moraes, no tratamento desigual aos desiguais na medida de suas desigualdades, e essa é uma exigência tradicional do próprio conceito de justiça. Esse doutrinador ainda salienta que, na visão de Fabio Konder Comparato, as intituladas igualdades materiais visam a isonomia de condições sociais, que deve ser atingida por meio de leis, aplicação de políticas ou programas de ação estatal.³

Dessa forma, constata-se que os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Lei Suprema, desde que haja uma finalidade proporcional para obter determinado fim.

Sobre essa questão, o Supremo Tribunal Federal é pacífico:

² SILVA, José Afonso da, Curso de direito constitucional positivo. 35 ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

³ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica, suscetível de regulamentação ou de complementação. Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar s discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei; (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador, que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais Poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade (STF, MI 58, rel. Min. Celso de Mello).

Nesse diapasão, veremos ao longo do estudo se o sistema de cotas raciais, cujo único requisito exigido é a cor da pele do indivíduo, infringe o princípio da igualdade material.

AÇÕES AFIRMATIVAS

No Brasil, o sistema de cotas no mercado de trabalho existe desde a década de 90, com a Lei nº 8.213/91; contudo os debates sobre as ações afirmativas são relativamente recentes. Interessante expor, que a primeira vez que nosso país se manifestou apoiando as políticas públicas destinadas a beneficiar classes historicamente discriminadas foi em 2001, na III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, que ocorreu em Durban, na África do Sul.⁴

É válido salientar que, antes de conceituar ações afirmativas, é extremamente relevante expor sua origem histórica e as circunstâncias em que foram criadas, tendo em vista que, para formar uma opinião sobre o tema em comento, é preciso sopesar as diferenças e as peculiaridades existentes.

As ações afirmativas foram criadas nos Estados Unidos da América, durante o governo de John Kennedy. Tais medidas foram implantadas, pois a segregação racial perdurara no país mesmo após a efetiva abolição da escravatura, instituída pela Emenda 13^a à Constituição local. Ressalta-se que o fim da escravidão conferiu aos afrodescendentes apenas uma igualdade formal, já que esse grupo continuava a ser vítima da discriminação racial.⁵

⁴ OLIVEN, Arabela Campos. Ações afirmativas, relações raciais e política de cotas nas universidades: Uma comparação entre os Estados Unidos e o Brasil. 2007. Disponível em: <http://www.redeacaoafirmativa.ceao.ufba.br/uploads/pucrs_artigo_2007_ACOliven.pdf>. Acesso em: 05 abr 2015.

⁵ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. Ações Afirmativas à Brasileira: necessidade ou mito? Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007.

Insta frisar, que a carga histórica trazida pelo trabalho servil manteve uma acentuada dicotomia na sociedade norte americana. Em outras palavras, era como se existissem duas sociedades rigorosamente delimitadas pela raça num mesmo país, em que a comunicação entre essas divisões não era permitida e condenada por ambos os grupos, brancos e negros.

No início, a adoção de políticas públicas tinha o escopo de proibir a discriminação racial e pôr fim aos movimentos separatistas, ante aos inúmeros confrontos; todavia, tais medidas não foram suficientes para integrar os afrodescendentes na sociedade.

Assim, o presidente verificou a premente necessidade de implantar uma ação afirmativa realmente eficaz na inserção do negro nas mais diversas esferas da sociedade e instituiu que todas as empresas que contratassem com o Poder Público deveriam destinar um número específico de vagas aos afrodescendentes, a denominada cota, além de impor que quaisquer atos discriminatórios estariam terminantemente proibidos.

A partir desse momento, as políticas públicas para erradicar a discriminação foram servindo como exemplo e inspiração no setor privado, nas escolas, entre outros. Entretanto, com a sucessão presidencial esses instrumentos foram significativamente reduzidos nas gestões de Ronald Reagan e George Bush, que durou de 1981 a 1993.⁶

Diante dessa breve exposição histórica a respeito da origem das ações afirmativas, é possível afiançar que a situação vivida nos Estados Unidos da América em nada se assemelha ao Brasil, visto que não há segregação racial neste país, há apenas uma lamentável desigualdade social desde a época da colonização, que indigna a esmagadora maioria da população.

Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes prefaciou o livro de Kaufmann:

No Brasil, como muito bem explicado por Roberta, ainda que a democracia racial seja um mito, o preconceito racial existente nunca chegou a se transformar uma espécie de ódio racial coletivo, tampouco ensejou o surgimento de organizações contrárias aos negros, como a Ku Klux Klan e os Conselhos de Cidadãos Brancos, tal como ocorrido nos Estados Unidos. Em nosso país, nunca houve formas de segregação racial legitimadas pelo próprio Estado através de leis e decisões judiciais.

Enfim, enquanto nos Estados Unidos o preconceito sempre foi uma questão de raça, ou seja, de cor da pele, no Brasil o problema vem associado a outros vários fatores, dentre os quais sobressai a posição ou o *status* cultural, social e econômico do indivíduo. Como já escrevia Caio Prado Júnior [...], “a classificação étnica do indivíduo se faz no Brasil muito mais pela sua posição social; e a raça, pelo menos nas classes superiores, é mais função daquela posição que dos caracteres somáticos”.

⁶ Idem.

Após a explanação sobre a origem das ações afirmativas passaremos a conceituá-las. Primeiramente, é válido frisar que possuem como finalidade o engendramento de mudanças culturais e sociais relevantes, de modo que a sociedade em geral obedeça aos princípios do pluralismo e da diversidade nos mais diversos setores do convívio humano.⁷

Kaufmann conceitua brilhantemente as ações afirmativas ao defini-las⁸:

como um instrumento temporário de política social, praticado por entidades privadas ou pelo governo, nos diferentes poderes e nos diversos níveis, por meio do qual se visa a integrar certo grupo de pessoas à sociedade, objetivando aumentar a participação desses indivíduos sub-representados em determinadas esferas, nas quais tradicionalmente permaneceriam alijados por razões de raça, sexo, etnia, deficiências física e mental ou classe social, Procura-se, com tais programas positivos, promover o desenvolvimento de uma sociedade plural, diversificada, consciente, tolerante a diferenças e democráticas, uma vez que concederia espaços relevantes para que as minorias participassem na comunidade.

Outro conceito de ações afirmativas é dado pelo ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa⁹:

Consistem em políticas públicas (e também privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional, de competição física. Impostas ou sugeridas pelo Estado, por seus entes vinculados e até mesmo por entidades puramente privadas, elas visam a combater não somente as manifestações flagrantes de discriminação, mas também a discriminação de fundo cultural, estrutural, enraizada na sociedade. De cunho pedagógico e não raramente impregnadas de um caráter de exemplaridade, têm como meta, também, o engendramento de transformações culturais relevantes, inculcando nos atores sociais a utilidade e a necessidade de observância dos princípios do pluralismo e da diversidade nas mais diversas esferas do convívio humano.

Ainda nesse diapasão, a renomada doutrinadora supra aludida assenta que os programas positivos se justificam basicamente a partir de duas teorias: a da Justiça Compensatória e a da Justiça Distributiva. Aquela consiste em indenizar um dano ocorrido no passado, mas que ainda apresenta reflexos no presente; e esta se pauta em retificar as injustiças ocorridas no presente, sendo função do Estado oportunizar a igualdade burlada por preconceitos e discriminações.¹⁰

⁷ SANTOS, Renato Emerson dos; LOBATO, Fátima. *Ações Afirmativas: Políticas públicas contra as desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: Editora DP&A, 2003.

⁸ KAUFMANN, Roberta Frago Menezes. *Ações Afirmativas à Brasileira: necessidade ou mito?* Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007.

⁹ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.6-7.

¹⁰ KAUFMANN, Roberta Frago Menezes. *Ações Afirmativas à Brasileira: necessidade ou mito?* Porto Alegre:

No Brasil, é notório que o fundamento das ações afirmativas relacionadas às cotas raciais está na Teoria da Justiça Compensatória, já que objetivam quitar uma dívida histórica diante das mazelas de nosso passado escravocrata.

Mister acrescentar ainda que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, motivado pela Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186-2, proposta em 2009, se manifestou quanto à constitucionalidade do sistema de cotas raciais, entendendo acertadamente que essa discriminação positiva não fere os preceitos constitucionais, principalmente porque previa a reavaliação das medidas daqui a alguns anos.

Todavia, o mais interessante do julgamento foram os votos dos ilustres ministros, que elucidaram diversas questões extremamente relevantes sobre as ações afirmativas. Dessa forma, é conveniente a glosa dos entendimentos de alguns dos ministros que participaram do acórdão sobre o tema ora em debate.¹¹

Como relator do caso jurídico supra aludido, o ministro Ricardo Lewandowski destacou em seu voto, de quase cinquenta páginas, o conceito de ações afirmativas, ressaltando o caráter transitório dessas medidas, a aplicação da teoria da justiça distributiva, a diferenciação de igualdade formal e igualdade material, e os critérios adotados.

Deste voto, deveras relevante citar parte do trecho sobre a transitoriedade das políticas de ação afirmativa, vejamos¹²:

É importante ressaltar a natureza transitória das políticas de ação afirmativa, já que as desigualdades entre negros e brancos não resultam, como é evidente, de uma desvalia natural ou genética, mas decorrem de uma acentuada inferioridade em que aqueles foram posicionados nos planos econômico, social e político em razão de séculos de dominação dos primeiros pelos segundos.

Assim, na medida em que essas distorções históricas forem corrigidas e a representação dos negros e demais excluídos nas esferas públicas e privadas de poder atenda ao que se contém no princípio constitucional da isonomia, não haverá mais qualquer razão para a subsistência dos programas de reserva de vagas nas universidades públicas, pois o seu objetivo já terá sido alcançado.

Voltando, novamente, ao direito comparado, resalto que esse também foi o entendimento da Suprema Corte norte-americana ao julgar o caso *Grutter v. Bollinger* (2003).

Para aquele Tribunal "(...) políticas de admissão baseadas na consciência racial devem ser limitadas no tempo. Esse requisito reflete que classificações raciais, embora agindo nessa qualidade, são potencialmente perigosas tanto que não devem ser empregadas mais amplamente que o necessário.

Editora Livraria do Advogado, 2007.

¹¹ STF. Acórdão da ADPF nº 186-2. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Inteiro teor. 205f. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/acordao-adpf-186-cotas-raciais.pdf>>. Acesso em: 26 abr 2015.

¹² STF. Acórdão da ADPF nº 186-2. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Inteiro teor. 205f. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/acordao-adpf-186-cotas-raciais.pdf>>. Acesso em: 26 abr 2015. p.89-90

Consagrar uma justificativa permanente para preferências raciais ofenderia o princípio fundamental da igualdade. Não vemos razões para dispensar tais programas do requisito de que toda ação governamental que usa a raça deve ter um termo final lógico. A Escola de Direito também admite que ‘programas raciais devem ter um tempo de duração limitado’. (...) A necessidade de que todo programa afirmativo baseado na raça deve ter termo final ‘assegura a todos os cidadãos que o desvio na igualdade de tratamento entre todas as raças e grupos é uma medida temporária, uma medida tomada a serviço do próprio objetivo de igualdade’”. Assim, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática.

No mesmo sentido, mas com particularidades em cada pronunciamento, foram os votos dos outros Ministros. Dentre eles, é válido expor resumidamente alguns pontos.

O Ministro Gilmar Mendes brilhantemente aprofundou que a ínfima quantidade de afro-descendentes nas universidades é consequência de um conjunto de fatores: histórico com modelo escravocrata de desenvolvimento, péssima qualidade do ensino nas escolas públicas e da extrema dificuldade de acesso às universidades por meio de vestibular. Ademais, diante de tais justificativas transcritas, ressaltou a possibilidade de ocorrer situações indesejáveis, para não dizer injustas, gerada pela adoção de critério exclusivamente racial.

O Ministro Marco Aurélio frisou a importância das políticas públicas para a correção de desigualdades, enfatizando que elas devem ser fixadas impreterivelmente com prazo determinado. Ademais, anotou ainda que essas medidas evidenciam o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica e que o Brasil está bem longe dessa isonomia.

O Ministro Celso de Mello destacou que “as políticas públicas têm na prática das ações afirmativas um poderoso e ilegítimo instrumento impregnado de eficácia necessariamente temporária, já que elas não deverão ter a finalidade de manter direitos desiguais depois de alcançados os objetivos”.¹³

Carmem Lúcia anotou que “as ações afirmativas não são a melhor opção, mas são uma etapa. O melhor seria que todos fossem iguais e livres.”. Dessa forma, tais métodos de compensação não podem ser impostos isoladamente, sendo necessário estarem acompanhadas de outras políticas para não configurar preconceito; sustentando, por fim, que as ações afirmativas decorrem de responsabilidade social e do Estado.¹⁴

¹³ STF. Acórdão da ADPF nº 186-2. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Inteiro teor. 205f. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/acordao-adpf-186-cotas-raciais.pdf>>. Acesso em: 26 abr 2015.

¹⁴ STF. Acórdão da ADPF nº 186-2. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Inteiro teor. 205f. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/acordao-adpf-186-cotas-raciais.pdf>>. Acesso em: 26 abr 2015.

Aires Brito mencionou que concorda com as ações afirmativas destinadas a proteger os setores sociais histórica e culturalmente desfavorecidos, e que são tais medidas que conferem a isonomia para se construir uma nação. Continuou seu voto distinguindo cotas sociais e cotas raciais, destacando que a desigualdade econômica potencializa a desigualdade de cor e expondo que na sociedade brasileira “nossas relações sociais de base não são horizontais. São hegemônicas, e, portanto, verticais.”¹⁵

Diante dessas ponderações feitas na Suprema Corte brasileira, é possível perceber que, apesar das políticas compensatórias serem de extrema valia para a concretização da igualdade material, a adoção de um critério de cor como único para se valer de tais medidas pode configurar um problema maior que o benefício que as ações afirmativas trariam.

Em outras palavras, é notório que o rendimento dos negros ou pardos nas provas tanto de vestibulares quanto de concursos públicos, na grande maioria das vezes, é menor que o dos participantes da regra geral do processo seletivo. Isso demonstra que, a médio prazo, haverá uma queda significativa na qualificação das instituições, já que parte dos cotistas não tiveram suporte educacional adequado.

Apenas concluindo esse pensamento, Kaufmman entende que “o mérito seria relegado ao segundo plano, em que as possibilidades de as pessoas ingressarem nas universidades públicas pelas maiores notas seria diminuído”. Por tais motivos, a sociedade brasileira corre o risco de sofrer uma discriminação reversa, diante do modo como o sistema de cotas raciais é implantado no Brasil.¹⁶

Outro fator que merece destaque é a atuação estatal na fixação das cotas raciais, tendo em vista que, apesar de ser inegável a maldita herança trazida pelo modelo escravocrata, não há investimento suficiente na educação pública de base para que as ações afirmativas gerem resultados satisfatórios. Este fato é, sem dúvida, determinante para a tamanha divergência de opiniões sobre políticas públicas.

De nada adianta implementar medidas imediatistas para amenizar desigualdades se não há trabalho conjunto do Estado e da sociedade para obter resultados satisfatórios.

O que ocorre, na realidade, é que o Poder Público institui políticas de ações afirmativas para suprir o descumprimento do dever de prestação educacional de qualidade, previsto constitucionalmente.

¹⁵ STF. Acórdão da ADPF nº 186-2. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Inteiro teor. 205f. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/acordao-adpf-186-cotas-raciais.pdf>>. Acesso em: 26 abr 2015.

¹⁶ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações Afirmativas à Brasileira: necessidade ou mito?* Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007.

Dessa forma, a adoção, pelo Estado, de políticas compensatórias de cunho meramente assistencialista, tem o fito de transmitir uma imagem de governo politicamente correto.

Contudo, o governo deveria implementar medidas para criar bases sólidas para solucionar os problemas da educação básica concomitantemente com a implantação das ações afirmativas. Assim, como consequência lógica, a maioria dos aprovados em processos seletivos seriam negros ou pardos, sem desequivalência de notas e por seus próprios méritos, visto que a maioria da população brasileira é composta por esses dois grupos humanos.

OS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS E FAVORÁVEIS AO SISTEMA DE COTAS RACIAIS

Diante do exposto, verifica-se a dificuldade de discutir as políticas públicas que possuem como critério a raça, visto que esse assunto atinge vários pontos nevrálgicos da sociedade. Por isso, é pertinente expor alguns argumentos das pessoas que são contra e das que são a favor ao sistema de cotas adotado no Brasil.

O principal argumento daqueles que são favoráveis ao sistema de cotas raciais, sem dúvida, é baseado na teoria da justiça compensatória, já conceituada anteriormente.

Os adeptos deste entendimento visam a pluralidade racial nos ambientes comuns, de modo a formar uma sociedade multiétnica, miscigenada e tolerante.

Entretanto, quando se trata de Brasil tal justificativa perde sentido, por ser um país multiracial, onde a mestiçagem foi a característica tônica na formação étnica dos brasileiros.

A sociedade altamente miscigenada do Brasil é uma das principais características que põe em xeque a segurança do sistema de cotas raciais, já que o critério imposto para o indivíduo se beneficiar dessa política pública é meramente a cor da pele.

Ainda sob a ótica daqueles que são favoráveis às ações afirmativas raciais, a discriminação contra os afrodescendentes permanece enorme, podendo ser percebida na quantidade ínfima de negros que frequentam universidades públicas federais; assim, justificam que as cotas raciais são um mal menor para tentar diminuir um mal maior.

Nesse sentido, pertinente enfatizar o argumento de que as ações afirmativas são vistas como medidas para reparação de danos causados desde a escravatura, de modo que nem o decorrer das gerações foi capaz de suprir o abandono do negro após a abolição. Além disso, essa situação se agravou com o tratamento oposto concedido pelo Estado aos imigrantes europeus em detrimento da população negra brasileira.

Por um outro viés, aqueles que são contrários ao sistema de cotas raciais criticam a teoria da justiça compensatória alegando ser descabido responsabilizar, no presente, brancos que des-

cem de pessoas que, em um passado remoto, possuíram escravos. Acreditam que se assim fosse, os brasileiros deveriam exigir de Portugal uma compensação pelo longo período de tempo que as terras brasileiras serviram exclusivamente para a exploração de riquezas naturais.¹⁷

Diante disso, a injustiça estaria imperando, porque além de “punir” inocentes que, sem dúvida, repudiam os atos praticados na escravidão, beneficia pessoas que não sofreram diretamente o dano. Em outras palavras, implantação das cotas raciais embasando-se apenas na cor da pele tem como consequência culpar inocentes ao invés de tentar alcançar a equidade.¹⁸

Ademais, outro objeto de crítica é a forma como as políticas públicas de cotas raciais têm sido propostas, pois é incabível imaginar que uma ação afirmativa de custo material zero seja capaz de erradicar a desigualdade racial, social etc.¹⁹

Como as ações afirmativas possuem caráter transitório, deveria haver, por parte do governo, investimentos pesados na educação de base para fazer valer a implantação dessas discriminações positivas.

Numa visão superficial da questão, é possível afirmar que o Brasil, mesmo não se assemelhando aos Estados Unidos da América no que tange à rígida segregação racial, implantou programas positivos nos mesmo moldes norte-americanos, focando exclusivamente na raça.

A partir dessa conclusão, é inevitável reforçar a ideia de que, nos Estados Unidos da América, a relação entre negros e brancos era mínima, facilitando a identificação da raça da pessoa. Em contrapartida, a população brasileira, por ser altamente miscigenada, não pode afirmar com certeza quem é ou quem não é negro.

Na realidade, a adoção de um critério único de cor da pele faz com que o sistema de cotas tenha como consequência uma discriminação reversa.

Por fim, percebe-se que a carência de critérios para se beneficiar dessa ação afirmativa enfraquece esse tipo de medida de tamanha valia para a concretização da igualdade material. Na celeuma em comento, não importa a condição socioeconômica do beneficiado, nem se são imigrantes que estão a pouco tempo no país, muito menos com a real herança genética do indivíduo; a único requisito importante é a cor da pele.

¹⁷ BORIS, Fausto. História concisa do Brasil. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, Imprensa Oficial do Estado, 2008.

¹⁸ KAUFMANN, Roberta Frago Menezes. Ações Afirmativas à Brasileira: necessidade ou mito? Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007.

¹⁹ FRY, Peter; MAGGIE Yvonne. A reserva de vagas para negros nas universidades brasileiras. USP Estudos Avançados, Dossiê o negro no Brasil, São Paulo, v. 18, n.50, p. 67-80, jan./abr. 2004.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscamos neste estudo um número variado de explicações plausíveis a respeito da implantação das cotas raciais no Brasil, do modo como elas são implementadas e dos critérios exigidos para se valer dessa política pública.

Desta feita, verifica-se que a Constituição Federal em vigor reconhece a necessidade da adoção de ações afirmativas visando amenizar as desigualdades sociais e garantir uma igualdade real, com o fito de promover a ascensão social do beneficiário da política pública. Note-se que a Carta Magna se refere a desigualdades sociais apenas.

Diante disso, constata-se que para que o princípio da igualdade material não seja infringido, não se faz possível a utilização de um critério isolado, como a cor da pele; é necessária a observância de peculiaridades regionais e de particularidades endêmicas para adoção de requisitos que possibilitem se beneficiar das ações afirmativas.

Imperioso frisar que, no Brasil, a raça em si nunca foi um impeditivo para ascensão social ou um obstáculo para o exercício de determinadas atividades, como no caso da segregação racial dos Estados Unidos da América.

Ademais, é hialino que a discriminação e o preconceito que ocorrem no Brasil está intimamente ligado às questões socioeconômicas e não relacionado exclusivamente a um fenótipo, como a cor da pele.

Ante o exposto, vislumbrar ações afirmativas mais justas numa população miscigenada e num país onde a desigualdade social é assustadora, só seria possível se fosse fundamentada na justiça com equidade, analisando individualmente a pessoa e os diferentes grupos sociais a qual pertence. Além de estabelecer critérios específicos para atingir o cerne do problema e evitar que indivíduos se beneficiem quando não possuem direito nem se prejudiquem por ausência de requisitos.

Deveras pertinente realçar, que a necessidade de implantação de ações afirmativas para inclusão de afrodescendentes em instituições de ensino ou concursos públicos se origina de um ciclo vicioso composto pela precária condição econômica do indivíduo e pela má qualidade do ensino nas escolas públicas de base. Assim, aceitar a existência desse ciclo desmitifica que a raça seja a principal causa da desigualdade e da exclusão social no Brasil.

Na realidade, o que ocorre é que o Estado implementa políticas públicas de cunho meramente assistencialistas para transmitir uma imagem de governo politicamente correto e não age no foco dos problemas que dão causa a criação das ações afirmativas.

Como no caso em tela, não há qualquer diferença no investimento da educação de base nem um resultado totalmente satisfatório decorrente do sistema de cotas raciais. O Poder

Público apenas institui tais medidas como soluções imediatistas de rápido resultado, enquanto deveria estar investindo efetivamente na educação de base simultaneamente a essas discriminações positivas, que deveriam ser tratadas como provisórias.

Contudo, perante a inércia estatal tais medidas passam a ter caráter permanente, já que o motivo que ensejou sua implantação continua deficitário e sem investimento adequado.

Em suma, é extremamente relevante ressaltar que as ações afirmativas são instrumentos de grande valia, principalmente no que tange a mitigação das desigualdades. Entretanto, para que tais medidas sejam realmente eficientes, devem ser instituídas conforme sua natureza, o que não ocorre no caso das cotas raciais no Brasil, tendo em vista que é utilizado critério único subjetivo de cor da pele para que o cidadão se autodetermine afrodescendente, em um país altamente miscigenado; e que o governo, diante de sua inércia em solucionar problemas de longo ou médio prazo, instituem isoladamente medidas assistencialistas para garantir solução imediata.

REFERÊNCIAS

BORIS, Fausto. História concisa do Brasil. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, Imprensa Oficial do Estado, 2008.

CARVALHO, Natalia Fernandes Garcia de. **A política de cotas sob o olhar dos cotistas** [TCC]. 2010. Disponível em: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/CCBS/Cursos/Ciencias_Biologicas/10_2012/Biblioteca_TCC_Lic/2010/10_2010/Natalia_F._G._de_Carvalho.pdf>. Acesso em: 22 abr 2015.

FRY, Peter; MAGGIE, Yvonne. A reserva de vagas para negros nas universidades brasileiras. USP Estudos Avançados, Dossiê o negro no Brasil, São Paulo, v. 18, n.50, p. 67-80, jan./abr. 2004.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade**: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.6-7.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações Afirmativas à Brasileira: necessidade ou mito?** Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

OLIVEN, Arabela Campos. **Ações afirmativas, relações raciais e política de cotas nas universidades:** Uma comparação entre os Estados Unidos e o Brasil. 2007. Disponível em: <http://www.redeacaoafirmativa.ceao.ufba.br/uploads/pucrs_artigo_2007_ACOliven.pdf>.

Acesso em: 05 abr 2015.

SANTOS, Renato Emerson dos; LOBATO, Fátima. **Ações Afirmativas: Políticas públicas contra as desigualdades raciais.** Rio de Janeiro: Editora DP&A, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9^a ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 35 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

STF. **Acórdão da ADPF nº 186-2.** Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Inteiro teor. 2015f. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/acordao-adpf-186-cotas-raciais.pdf>>. Acesso em: 26 abr 2015.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

A VULNERABILIDADE E A PROPAGANDA INFANTIL: DO CONTROLE À PROIBIÇÃO ABSOLUTA COMO GARANTIDORES DA PROTEÇÃO INTEGRAL À INFÂNCIA

TATIANA MARETO SILVA ¹

RESUMO

A controvérsia da publicidade infantil reacendeu nos debates acadêmicos em âmbito nacional após publicação de polêmica resolução do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) em 2014, que restringiu quase que totalmente a propaganda voltada para crianças e adolescentes no formato que se apresenta contemporaneamente. O presente trabalho tem como objetivo analisar a criança e o adolescente em sua vulnerabilidade, bem como confrontar o princípio da proteção integral e a Resolução 163/2014 do CONANDA e delinear o papel do estado e da sociedade na regulação da publicidade infanto-juvenil, visando concluir sobre a legitimidade do referido conselho em restringir proibitivamente essa publicidade e as implicações sobre a liberdade de imprensa e expressão.

Palavras-chave: Criança e adolescente. Vulnerabilidade. Publicidade.

INTRODUÇÃO

Após a publicação da Resolução 163/2014 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), reacendeu o debate sobre a publicidade voltada para o público infanto-juvenil e suas consequências. Considerando o restritivo teor da resolução em comento e o formato nacional de propagandas com foco em crianças e adolescentes (digamos publicidade de produtos infantis feitas para que crianças possam se interessar por eles), chegou-se a considerar que o CONANDA tinha como objetivo proibir a propaganda infantil e não apenas regulamentá-la - o que supostamente violaria a liberdade de imprensa e expressão.

Ainda, iniciou-se uma discussão de legitimidade, uma vez que há órgãos nacionais competentes para regular a propaganda e a publicidade, como o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR). Assim sendo, não caberia ao CONANDA tal regulação.

¹ Professora do curso de Direito do Centro Universitário São Camilo - Espírito Santo e advogada, Doutoranda do Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Trabalho aprovado para apresentação oral no I Congresso Internacional de Bioética e Direitos Humanos (CONIBDH) no GT IV – Bioética, direitos humanos, democracia, pluralidade e sociedade. E-mail: tmareto@gmail.com

O presente trabalho visa analisar a questão da publicidade infantil em confronto com princípios fundamentais de proteção à criança e ao adolescente e o referencial bioético da vulnerabilidade. Em um primeiro momento, analisaremos a vulnerabilidade em suas variantes e como crianças e adolescentes podem ser consideradas vulneráveis, para logo em seguida tratar do princípio da proteção integral e suas consequências para o estado, a sociedade e a família.

Uma necessária abordagem da criança como consumidora e da criança consumidora como duplamente vulnerável, ou detentora de uma vulnerabilidade agravada vem para demonstrar a relevância e pertinência da resolução 163/2014 do CONANDA como política garantidora da proteção integral.

VULNERABILIDADE E INFÂNCIA

Vulnerabilidade é um referencial bioético (HOSSNE, 2009) que se desvela em três sentidos conceituais: como condição humana universal, como características particular de grupos e pessoas e como princípio ético universal (FELICIO; PESSINI, 2009). Semanticamente, tem-se que vulnerabilidade é a condição do vulnerável, de quem está ferido ou pode se ferir, de fragilidade. (Referenciar)

Vulnerável, então, é todo o ser humano, ou seja, todos nós somos, de uma forma ou de outra, vulneráveis (HOSSNE, 2009). Essa condição, no entanto, não se manifesta o tempo todo, fazendo com que o ser vulnerável se desdobre em *estar vulnerável*, ou seja, em uma situação de vulnerabilidade concreta. Como identifica Daniel Serrão (...),

cada ser humano é, no tempo, uma pluralidade de estados físicos e de situações, com profundas diferenças quanto à sua capacidade para acolher e suportar as ações externas, de todos os tipos, que sobre ele possam ser exercidas. As diferenças nesta capacidade são a medida da vulnerabilidade que parte da diferença como um valor humano digno de respeito e de ponderação.

Isso significa que o ser, em seu desenvolvimento, passa por estágios que o colocam em uma situação de maior vulnerabilidade, ou seja, nesses estágios, o ser *está* vulnerável e, portanto, deve estar sujeito a uma maior proteção pelos outros seres e pelo estado. Ruth Macklin (2003) entende essa proteção, principalmente o interesse da bioética, com a compreensão de que “indivíduos e grupos vulneráveis estão sujeitos à exploração, e esta é moralmente errada”.

Determinando que a vulnerabilidade é essa condição do ser humano, não podemos considerar todos os indivíduos ou grupos como vulneráveis e, assim, dispender a todos proteção especial. É preciso que se determine os indivíduos e grupos que estão vulneráveis

e que, assim, devem ser preservados em sua fragilidade. Para o Conselho das Organizações Internacionais de Ciências Médicas (CIOMS - em Inglês), pessoas vulneráveis são “relativa ou absolutamente incapazes de proteger seus próprios interesses” (MACKLIN, 2003). Para o Conselho Nacional de Saúde, a resolução 196/96 define vulnerabilidade como o “estado de pessoas ou grupos que, por quaisquer razões ou motivos, tenham a sua capacidade de auto-determinação reduzida ou impedida”.

Ana Elisabete Ferreira define que a vulnerabilidade ultrapassa a simples característica ontológica de fragilidade, devendo ser compreendida também como “evidência de um desnível no domínio potencial da linguagem para a comunicação; uma diminuição na capacidade de comunicação, simbolização e expressão.” (FERREIRA, 2014, p. 1025)

Grande parte da discussão sobre vulnerabilidade e sua conceituação serve precipuamente para fins de pesquisas científicas, ou seja, como a vulnerabilidade atinge a pesquisa realizada com seres humanos dentro de padrões éticos desejáveis. O Direito, caminhando na esteira da bioética e do biodireito, ocupou-se de inserir a vulnerabilidade como característica de alguns grupos, como o dos consumidores, positivada no artigo 4º, I, criando uma categoria de vulneráveis legais:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da **vulnerabilidade** do consumidor no mercado de consumo;
[...] (sem grifos no original)

Observamos, dessa forma, que o estado definiu que o consumidor, assim definido no artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, é membro de um grupo vulnerável legalmente estabelecido, ou seja, as características da fragilidade são delimitadas e determinadas pela lei e não pelas condições físicas ou intelectuais dos componentes do grupo. Qualquer indivíduo, independentemente de suas características pessoais, que seja classificado como consumidor, ou seja, que esteja inserido no grupo, é vulnerável em relação às práticas de consumo, ou seja, em relação ao fornecedor e suas práticas.

O legislador também utiliza a vulnerabilidade para tratar da violência implícita no estupro, conforme descrito no artigo 217-A do Código Penal Brasileiro. Nesse caso, a vulnerabilidade é de crianças e adolescentes com menos de quatorze anos, compreendendo-se, assim, pessoas com fragilidades específicas de formação física e psíquica. Ou seja, perce-

bemos que o legislador compreendeu, ao considerar implícita a violência sexual contra os menores de quatorze anos, que todas as crianças e adolescentes nessa faixa etária seriam vulneráveis, objetivamente.

Daí questionamos se a vulnerabilidade é inerente à condição da criança ou se ela pode ser relativizada conforme determinadas situações específicas. Se considerarmos a conceitualização de vulnerabilidade da CIOMS, toda criança e adolescente serão vulneráveis pois não são capazes de decidirem por si ou protegerem-se de abusos ou explorações. Em verdade, a criança e o adolescente *são* vulneráveis e *estão* vulneráveis. “Devido a sua condição de ‘pessoa em desenvolvimento, o adolescente traz em si uma condição intrínseca de vulnerabilidade, necessitando assim, de proteção física, psíquica e moral, com atenção integral.” (PESSALACIA; MENEZES; MASSUIA, 2010, p. 424).

É importante diferenciar, no presente trabalho, duas concepções de vulnerabilidade - a intrínseca (*latu sensu*) e a social. Adorno (2008) identificou indivíduos e grupos em situação especial de fragilidade por sua condição social, como jovens que moram em periferias. Nesse caso, não se trata de uma vulnerabilidade relacionada à fragilidade do indivíduo em si, mas do meio social em que ele está inserido. O jovem da periferia corre mais riscos do que o jovem, de mesma idade, que reside em zonas centrais ou mais seguras.

Essa diferenciação possui relevância pois o objeto de nosso estudo é a vulnerabilidade infantil, ou seja, da criança por sua condição de criança, e não pelo meio social em que está inserida. *Toda criança é vulnerável*, é o que demonstramos, e, portanto, necessita de proteção especial. Não importa se está inserida em grupos específicos ou se analisada de forma individual, a infância traduz vulnerabilidade.

A vulnerabilidade em sentido lato é relacionada à fragilidade do ser, seja em seu aspecto psíquico ou físico, e que submete todos os indivíduos ou grupos de indivíduos em uma mesma situação. Dessa forma, se entendemos que a criança é vulnerável por sua condição de criança, ela o é independentemente do ambiente e contexto social em que está inserida. Assim considerando, crianças e adolescentes são frágeis por sua natureza humana e por sua condição de formação intelectual incompleta e, independente de classificações legislativas, são vulneráveis como indivíduos. Se inseridos em grupos vulneráveis, essa condição pode ser agravar.

Em verdade, grande parte dos estudos relacionados à vulnerabilidade infanto-juvenil nas ciências sociais relaciona-se com a vulnerabilidade social, ou seja, com a criança e/ou o adolescente inseridos em situações que agravam a sua fragilidade intrínseca à condição natural de formação cognitiva incompleta. Porém, para o presente estudo, esse agravamento é irrelevante, pois a nocividade que pretendemos mostrar mais a frente relaciona-se à vulnerabilidade natural.

O Judiciário nacional, ao deparar-se com a adultização da infância e da adolescência, tende a relativizar a vulnerabilidade prevista no artigo 217-A do Código Penal, já mencionado, tratando de uma bipartição do contexto original - vulnerabilidade absoluta e relativa (BITENCOURT, 2012). O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao julgar Apelação nº 70046185104, entendeu que

A vulnerabilidade da vítima [aqui, a criança ou adolescente] – tal como disposta no art. 217-A do Código Penal – não pode ser entendida de forma absoluta simplesmente pelo critério etário – o que configuraria hipótese de responsabilidade objetiva –, devendo ser mensurada em cada caso trazido à apreciação do Poder Judiciário, à vista de suas particularidades. Afigura-se factível, assim, sua relativização nos episódios envolvendo adolescentes.

Entendeu o julgador que a vulnerabilidade dos adolescentes pode ser relativizada, ou seja, a capacidade de compreensão e decisão, bem como sua habilidade de proteger-se deve ser aferida caso a caso e não entendida de forma absoluta e hipotética. Ou seja, o adolescente seriam vulneráveis como seres mas não estariam, sempre, em condição de vulnerabilidade. Nada tratou, no entanto, o julgador em relação a crianças, sendo explícito ao entender a relatividade da vulnerabilidade possível entre adolescentes (com idades a partir de 12 anos).

Nesse sentido, não obstante a possibilidade de entendimentos diversos sobre a natureza absoluta ou relativa da vulnerabilidade dos adolescentes, não restam dúvidas quanto à fragilidade das crianças, aquelas em faixa etária inferior a 12 anos.

A PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A proteção integral é um princípio constitucional subsidiado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, garantindo, por meio do artigo 227 da Constituição Federal de 1988, que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, possuem prioridade absoluta e devem ser respeitados na incompletude de seu desenvolvimento.

Essa doutrina veio em substituição à anterior, prevista no revogado Código de Menores, a da situação irregular. Nesse sentido,

O papel do Estado estava alinhado à perspectiva de um modelo autoritário que supostamente o sustentava, onde a atuação estava direcionada para a contenção pela via da violação e restrição dos direitos humanos; tendo por conseqüência a (re)produção das condições planificadas de exclusão social, econômica e política, assentada em critérios individuais que acentuavam as práticas de discriminação racial e de gênero, segundo o qual o marco referencial construía uma imagem de infância por aquilo que ela não tinha e não era. (CUSTÓDIO, 2008)

A doutrina da situação irregular surgiu com a preocupação do estado em regulamentar as camadas mais pobres da sociedade, com objetivo de disciplinar e normatizar as crianças e adolescentes para que se tornassem cidadãos úteis para o trabalho (NERI; OLIVEIRA, 2010). A proposta do Código de Menores (tanto o de 1927 quanto o de 1979) era exclusivamente disciplinadora e voltada para os menores (termo que adquiriu conceito pejorativo e, contemporaneamente, foi abandonado) desviados, sem, contudo, preocupar-se em garantir direitos para os menores em situação regular (NERI; OLIVEIRA, 2010).

Corroborando com essa constatação, Gustavo de Melo Silva (2011) informa que

A Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979 promulgou o novo Código de Menores, consagrando a Doutrina da Situação Irregular, mediante o caráter tutelar da legislação e a ideia de criminalização da pobreza. Crianças e jovens considerados em situação irregular passam a ser caracterizados como objeto potencial de intervenção do sistema de justiça, os Juizados de Menores, que não faziam qualquer distinção entre menor abandonado e delinquente.

Assim, observamos que a lei e o estado não consideravam a criança e o adolescente como sujeitos de direitos fundamentais ou não estavam preocupados diretamente em tutelá-los para garantir-lhes direitos. A preocupação primordial do estado era de cuidar dos desviados, ou seja, punir os ‘menores’ que não agissem conforme a expectativa da sociedade sem qualquer preocupação em evitar que tais desvios acontecessem, por meio de políticas públicas de inclusão e cuidado.

A Organização das Nações Unidas (ONU), no entanto, já preconizava outra compreensão sobre crianças e adolescentes e a conseqüente ruptura com o termo ‘menor’, ou seja, com a objetificação da infância. Em verdade, desde a Convenção de Genebra, em 1924, a preocupação com a necessidade de se garantir proteção especial à criança, o que repercutiu também no Pacto de San José de Costa Rica (Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos) em 1969 e, ainda, na Declaração dos Direitos da Criança, de 1989. É possível observar que

na década de 1980, surge uma mobilização para construir uma sociedade na qual todos poderiam gozar de direitos humanos reconhecidos como fundamentais na nova Constituição que se elaborava. Esse processo de transição contou com a colaboração indispensável dos movimentos sociais, da reflexão produzida em diversos campos do conhecimento, da Organização das Nações Unidas. (RAMOS et al, 2012)

A proteção dos interesses das crianças e adolescentes consubstancia-se em uma construção gradativa e que “foi seguida de um processo gradual de incorporação pelos Estados, em

seus ordenamentos jurídicos, da defesa das crianças como princípio de absoluta prioridade. “ (OLIVEIRA; CARVALHO, 2014, p. 03)

Com o advento da Constituição Federal de 1988, consolidou-se a doutrina da proteção integral, que considera a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, estabelece a prioridade absoluta e os respeita em suas condições peculiares de desenvolvimento (CUSTÓDIO, 2008). Esse foi um passo definitivo para o abandono da doutrina menorista e incorporação definitiva da proteção integral como substrato para a construção de um novo direito da criança e do adolescente.

Em 1990 o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECRIAD) sedimenta a proteção integral como diretriz maior que vincula Estado, sociedade e família como garantidores dos interesses de crianças e adolescentes, mais precisamente em seu artigo 4º. Para Ricardo Costa e Juliana Fraga (2009, p. 221), o ECRIAD “inaugurou uma nova ordem jurídica e institucional no trato das questões da criança e do adolescente, estabelecendo limites e responsabilidades às diversas instâncias de poder que afetam a sua vida: às ações do Estado, do Juiz, dos Órgãos Legislativos, das Empresas e dos próprios pais.”

A doutrina da proteção integral, ao colocar a criança e o adolescente em situação de prioridade absoluta, direciona políticas públicas do Estado no sentido de proteger e garantir-lhes direitos, de forma priorística. Cabe a todos, de forma indistinta, a tutela das crianças e dos adolescentes, não mais com a intenção de corrigir-lhes comportamentos transviados, mas para proporcionar-lhes condições adequadas e dignas de crescimento e desenvolvimento. E mais, ainda podemos afirmar que “a proteção integral garantida pelos documentos internacionais e pelo ordenamento jurídico pátrio decorre da condição de vulnerabilidade da criança e do adolescente” (CARDIN; MOCHI, xx), demonstrando de forma inegável a conexão entre o referencial bioético da vulnerabilidade com a caracterização do que contemporaneamente é a infância, para o Direito.

Observamos o desdobramento da proteção integral em outros princípios e diretrizes que devem conduzir a atuação do Estado, da família e da sociedade, para efetivação dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, como a prioridade absoluta, já mencionada, a participação popular e a ênfase nas políticas sociais básicas, por exemplo (CUSTÓDIO, 2008). O reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direito que devem receber atenção especial tríplice, com destaque para a atuação estatal, sugere a compreensão de uma atuação intervencionista, na qual o Estado seja garantidor e efetivador de direitos, resguardando sempre o melhor interesse da criança e do adolescente e realizando políticas públicas específicas para atender a suas necessidades.

Não podemos entender toda essa proteção legislativamente conferida com a opressão de crianças e adolescentes pelo Estado ou por sua família. A relação entre crianças e adultos, não obstante apareça como de dependência daqueles para com esses, deve ser encarada como de alteridade, pois, para a infância, influenciam os projetos de desejos da vida adulta (PEREIRA, 2002). Mesmo assim, não obstante a relação de alteridade estabelecida, com o reconhecimento dos infantes como sujeitos, o Estado tem o dever de implementar políticas públicas, fiscalizar e interferir para garantir que crianças e adolescentes tenham seus direitos fundamentais respeitados - mesmo que, para isso, tenha que interferir no poder familiar (CARRION, xx).

O Estado de bem estar social, instituído pela Constituição Federal de 1988, legitimador do princípio da proteção integral, é precipuamente intervencionista, ou seja, exerce a função de atuar positivamente para efetivar direitos fundamentais. Dessa forma, entendemos que a interferência estatal no resguardo do princípio da proteção integral está em sua essência,

CRIANÇAS E ADOLESCENTES COMO CONSUMIDORES E A PUBLICIDADE

Consumidor, em sentido jurídico, possui definição legislativa positivada no artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, assim descrito como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Assim, ao se considerar a regulamentação estatal sobre direitos e deveres do consumidor, é fundamental ater-se ao dispositivo legal, pois, aqueles que não se inserem no conceitual mencionado, não recebem a proteção da legislação consumerista.

Pergunta-se se a criança e o adolescente, incapazes civilmente e reconhecidamente vulneráveis, poderiam ser encaradas como consumidores, no contexto legislativo-normativo, ou simplesmente no contexto genérico-capitalista. Para responder à questão, entendemos necessário uma breve consideração sobre o papel da criança e do adulto na sociedade contemporânea do consumo: a criança tornou-se cliente. Como bem descreve Rita Marisa Ribes Pereira (2002, p. 84),

Olhada inicialmente como filho de cliente que se relacionava com o mercado a partir do uso de bens materiais e culturais que se ofereciam a ela à margem de sua opinião, a criança é elevada ao status de cliente, isto é, um sujeito que compra, gasta, consome e, sobretudo, é muito exigente.

Essa percepção dá-se, também, em razão da dinâmica social moldada pelo capitalismo, que conduz ao consumismo e até mesmo a novas relações entre adultos e crianças (PEREIRA,

2002). Ou seja, a criança e o adolescente estão plenamente inseridos na sociedade de consumo e são potencialmente influenciados por suas práticas, inclusive a publicidade. Devemos considerar que crianças e adolescentes são consumidoras, pois utilizam produtos e serviços, mesmo que não adquiridos por eles, conforme definição normativa.

O diploma consumerista em vigor no Brasil presume, como observamos no artigo x, a vulnerabilidade do consumidor. Como vimos mais acima, a vulnerabilidade pode relacionar-se a grupos inteiros que são suscetíveis à exploração, portanto, o legislador entendeu que o consumidor está em posição de fragilidade frente ao fornecedor, o outro lado da relação de consumo. Se o consumidor é vulnerável e a criança e o adolescente, já vulneráveis por sua condição psico-intelectual, então, a criança e o adolescente como consumidores são duplamente vulneráveis, ou possuem a vulnerabilidade agravada.

Essa constatação é alarmante pois dela decorre que crianças e adolescentes são muito mais frágeis em relação à publicidade do que pessoas adultas que não estão vulneráveis por sua condição psico-intelectual. Isso porque a publicidade possui forte representatividade na sociedade de consumo, sendo elaborada de forma específica para conduzir a audiência a adquirir o que está sendo anunciado (TAVARES; COELHO, 2013). Isso não quer dizer que a audiência precise dos bens que consome, uma vez que a mídia não se preocupa com a necessidade efetiva do consumidor (OLMOS, xxx).

A publicidade tem o condão de gerar padrões de comportamento, moda, status, e a criança e o adolescente estão inseridos nesse verdadeiro bombardeio de informações. Como explica Ana Olmos (xxx, p. 41), “quando é educada para o consumo, a criança constrói valores a partir de modelos que lhe são apresentados como ideais. Nesse caso, por uma sociedade que valoriza quem tem poder de compra e exclui quem não tem acesso a bens de consumo [...]”.

Em razão da vulnerabilidade genérica do consumidor, como grupo juridicamente delimitado, o Estado desempenha papel regulador e até mesmo intervencionista para controlar a publicidade, mesmo frente o disposto no artigo 5º, IX da Constituição Federal. É preciso uma breve descrição histórica de acontecimentos ligados à publicidade no Brasil para chegarmos ao cenário que se encontra hoje, no Século XXI. Antes da redemocratização do estado, mais precisamente 10 (dez) anos antes da promulgação da Constituição de 1988, o setor privado relacionado à comunicação e mídia reuniu-se para elaborar o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, o que aconteceu durante o Congresso Brasileiro de Propaganda em São Paulo (TAVARES; COELHO, 2013).

Posteriormente, em 1980 foi criado o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), órgão alegadamente responsável por garantir a liberdade de expressão e

regular os interesses das partes envolvidas no processo publicitário, inclusive o consumidor. Sucede que o CONAR não é órgão estatal, ao contrário, foi originariamente constituído pelo setor privado, o que nos faz questionar sua neutralidade quanto ao interesse efetivo em proteger o consumidor em suas regulamentações.

O Código de Defesa do Consumidor (1990) veio também para garantir proteção a consumidores em relação à publicidade. Em seu artigo 37, tratou da publicidade abusiva e suas implicações, considerando-a ilegal (proibida) e passível de sanções previstas na lei. A norma explicita que a propaganda que ataque a vulnerabilidade infantil é abusiva:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

[...]

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, **se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança**, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. (sem grifos no original)

Observamos que a norma supracitada não proíbe a publicidade voltada para o público infantil mas, consciente da vulnerabilidade agravada da criança como consumidora, considera ilegal a publicidade que explore suas fragilidades. Porém, se o objetivo da publicidade é instigar e induzir ao consumo de bens e serviços, independentemente da necessidade do indivíduo, como ela seria capaz de se estruturar para atingir suas metas sem explorar a fragilidade da criança?

O assunto não se esgota com uma simples leitura legislativa ou semântica, no que tange ao consumidor infantil e sua fragilidade. Em 2014 o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) editou a Resolução 163 que considerou abusiva toda propaganda voltada para o público infantil, especificando ainda mais o que prevê o artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor ao descrever elementos proibidos na publicidade, que a caracterizariam como ilegal: a presença de personagens, jogos de cores e vozes que possuam apelo para a criança, entre outros.

Essa resolução reacendeu o debate sobre o tema da publicidade infantil, fazendo surgir argumentos favoráveis e contrários à interferência do CONANDA. Há quem entenda que a publicidade infantil é benéfica pois aumenta o espaço para a criança na mídia e permite que ela possa ser apresentada a novos produtos (FONSECA, xx). A voz mais soante a contestar a resolução 163/2014 do CONANDA foi a de Maurício de Sousa, criador da Turma da Mônica, que encomendou um estudo para analisar os impactos da norma, caso ela seja cumprida in-

tegralmente. O estudo sugeriu prejuízos de aproximadamente 33 bilhões de Reais na cadeia produtiva, com fechamento de aproximados 700 postos de trabalho e redução de 2,2 bilhões de arrecadação para o estado (TEIXEIRA, 2014).

Falando em nome de sua empresa, Maurício de Sousa garante que é responsável por diversos programas sociais e educativos e que a sua personagem mais famosa, a Mônica, foi embaixadora da UNICEF em 2007 exatamente por dialogar com as crianças de forma mais compreensível.

Para o assessor da presidência da Associação Brasileira de Propaganda (ABAP), Stalimir Vieira, o excesso na regulamentação da propaganda, e o conseqüente banimento da publicidade infantil, interferiria na forma como os pais decidem criar seus filhos, retirando-lhes a autonomia (ANJOS, 2014).

Já para aqueles que apoiam a resolução 163/2014 do CONANDA, a publicidade voltada para o público infantil é viciante e manipuladora. Nas palavras de Ana Paula Rocha do Bonfim e Andrea Cardoso (2012, p. 03), “aproveitando-se da inexperiência, da incapacidade de julgamento da criança, da atração e da influência exercidas sobre as mesmas, a publicidade direciona esforços na tentativa de atrair esse público.” Para estimular e convencer crianças a consumir produtos que elas sequer compreendem o que significam, a publicidade utiliza-se de linguagem específica para atrair os pequenos consumidores, como cores, formas, cantigas e personagens que criem identificação com a audiência. Não é essa sequer uma prática recente; podemos verificar a construção de personagens de grande apelo do público infantil ao longo da história da publicidade Brasileira e que apenas evoluiu e massificou-se nos dias atuais (SOUZA; BAADER, 2011).

Uma das instituições de maior representatividade na crítica à publicidade infantil, o ALANA, desenvolve o projeto “infância sem consumismo”, focando na regulamentação da publicidade e respeito à vulnerabilidade de crianças e adolescentes. Para o ALANA,

As crianças, que vivenciam uma fase de peculiar desenvolvimento e, portanto, mais vulneráveis que os adultos, não ficam fora dessa lógica [do consumismo] e infelizmente sofrem cada vez mais cedo com as graves conseqüências relacionadas aos excessos do consumismo: obesidade infantil, erotização precoce, consumo precoce de tabaco e álcool, estresse familiar, banalização da agressividade e violência, entre outras. Nesse sentido, o consumismo infantil é uma questão urgente, de extrema importância e interesse geral.

Podemos agravar esse cenário quando conjugamos publicidade e televisão. Dados do IBGE de 2012 afirmam que pelo menos 97% dos lares brasileiros possuem aparelho de TV (o censo de 2010 indicava 76% de casas com televisão), e as crianças têm o hábito de passar até

x horas por dia na frente da telinha, comparadas à média de 3 horas diárias em sala de aula (BONFIM; CARDOSO, 2011). Considerando que a televisão Brasileira, desde a sua criação, foi viabilizada por grandes patrocinadores, a programação televisiva aberta é inevitavelmente permeada de anúncios publicitários diversos, atingindo tanto público adulto quanto infantil, independentemente de horário.

Para Ana Paula Rocha do Bonfim e Andréa Cardoso (2011), “os espetáculos exibidos por esse meio de grande abrangência e fácil assimilação, disseminam e legitimam valores, constroem hábitos e referências, destroem heróis, costumes e tradições e em seus lugares são erigidas modas, celebridades e modelos identitários fundados pela cultura do consumo.” Ou seja, a televisão potencializa ainda mais o poder de manipulação da publicidade infanto-juvenil e sugere uma regulamentação ainda mais severa quando ao conteúdo e a forma de veiculação de produtos por este meio.

Parte da discussão, portanto, reside na questão: pode o estado interferir na regulação da publicidade infantil de forma incisiva, a ponto de ditar o que pode e o que não pode ser veiculado, sem ferir a autonomia dos pais e a liberdade de expressão? Destacamos essa indagação pois ela é recorrentemente invocada por aqueles que criticam a resolução 163/2014 do CONANDA e, via de regra, defendem o ‘direito de escolher’ da criança e do adolescente e dos próprios pais.

Críticos do consumismo infantil afirmam que a regulação estatal à publicidade infanto-juvenil não fere o direito de expressão e a liberdade de imprensa, sendo realidade em países como Alemanha, Holanda e etc. (referenciar). Afirmações contrárias à regulamentação indicam que a resolução 163/2014 do CONANDA inviabiliza o anúncio de produtos infantis e, com isso, decreta a morte da programação infantil televisiva, pelo menos na TV aberta (não paga), o que levaria crianças a assistirem programação adulta e, conseqüentemente, mais agressiva e inadequada para a faixa etária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Possivelmente, o questionamento levantado durante este estudo não possui uma resposta que agrade ou satisfaça todas as vozes soantes sobre o tema da publicidade infantil. Em verdade, o embate entre aqueles que defendem a publicidade para crianças e adolescentes, em sua maioria publicitários ou empresários do ramo de produtos infantis, que sobrevivem hoje de anúncios veiculados nas mais variadas formas de mídia, e os que desejam uma regulamentação mais forte do estado para coibir práticas abusivas, grupo formado por especialistas em desenvolvimento infantil, suscita outras questões até mesmo mais profundas.

Algumas conclusões podem ser facilmente elencadas: i) a criança e o adolescente são vulneráveis, vulnerabilidade assim considerada como referencial bioético que deve nortear a atuação do estado e do Direito; ii) a criança e o adolescente são consumidores, assim considerado o conceito jurídico de consumidor, uma vez que são destinatários finais de produtos e serviços, mesmo que não adquiridos por si próprios; iii) a criança e o adolescente são titulares de proteção especial, com esteio no princípio da proteção integral, que abrange os pais, a sociedade e o estado, este último devendo promover políticas públicas que assegurem os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990.

A criança e o adolescente como consumidores os coloca em posição de vulnerabilidade agravada, pois, além de sua condição peculiar de desenvolvimento incompleto, ainda estão inseridos em grupo suscetível à exploração, tanto em uma concepção bioética quanto jurídica. Crianças são vulneráveis, consumidores são vulneráveis, crianças consumidoras são duplamente vulneráveis - o que sugere a necessidade de maior atenção da sociedade em geral para impedir práticas abusivas decorrentes da relação de consumo.

O que observamos é que a publicidade infantil é abusiva por si só, e que sequer seria preciso a resolução 163/2014 do CONANDA para tanto, sendo suficiente o que prevê o artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor. Se é abusiva toda publicidade que se aproveita da deficiência de julgamento e inexperiência da criança, como prevê a norma consumerista, toda publicidade voltada para o público infantil deve ser considerada, dessa forma, ilícita, pois o objetivo primordial da publicidade é manipular e induzir. O CONANDA tratou apenas de especificar e delimitar o que já é previsto em outras normas, sugerindo implicitamente que a publicidade de produtos infantis deve ser voltada para os pais, não para as crianças e adolescentes.

A indução de hipervulneráveis ao consumo fere também a ética publicitária - previsões do próprio Código de Autorregulamentação Publicitária, invocado pelos críticos da resolução 163/2014 do CONANDA, determinam preceitos que devem ser observados no tocante à publicidade infanto-juvenil para sua adequação ética. Muitos desses preceitos são ignorados em anúncios publicitários, como podemos citar: a) crianças e adolescentes são frequentemente colocados em situações incompatíveis à sua condição, como se percebe na propaganda do suco ADES, na qual duas crianças escalam montanhas e realizam diversas atividades radicais que não são compatíveis com suas idades²; b) propagandas como a do Sustagen³, Milnutri⁴ e Nescau⁵

² O comercial do suco ADES (o mundo de Max) está disponível para visualização em <https://youtu.be/QbT3cQKbWAA>

³ Cf. <https://youtu.be/dZmEpP1KqjI>

⁴ Cf. <https://youtu.be/B5dTynVjIDg>

⁵ Cf. <https://youtu.be/4YUqJQOA6-w>

sugerem que seus consumidores serão mais fortes e preparados do que os outros, afrontando a recomendação de que o consumo do produto não pode induzir superioridade; c) a publicidade da sapatilha Twist da marca Pampili utiliza crianças que conversam com a audiência recomendando e sugerindo diretamente o uso do produto⁶, o que é descumprido o preceito de que crianças não possam ser usadas para vocalizar apelo direto, sugestão de uso ou consumo; entre tantas outras que, pela extensão da lista, não serão mencionadas neste momento.

Dessa forma, o que observamos é que a resolução 163/2014 do CONANDA, apesar de seu conteúdo aparentemente inibitório, tem como objetivo especificar e reforçar regulamentações que já existem e estão em vigor no ordenamento jurídico brasileiro com signos precisos e de interpretação estrita, para evitar dar margens ao abuso da publicidade infantil. Entendemos também que a publicidade infanto-juvenil é abusiva, por estar voltada para a manipulação de hipervulneráveis, devendo ser regulamentada com rigor pelo estado - sem qualquer intenção de censura, apenas como parte dos princípios que regem a proteção à criança e ao adolescente no Brasil.

Ainda, a publicidade de produtos infantis não se presume “morta” com a regulamentação, bastando a percepção, por parte da mídia, de que os comerciais devem ser voltados para aqueles que realmente detém o poder de decisão e compra - os adultos. Os produtos infantis devem ser escolhidos e adquiridos por adultos, não por incapazes com personalidade em formação, que nem mesmo aptos a celebrar contratos estão. A propaganda se volta para a criança na intenção de aproveitar-se de sua fragilidade intrínseca, independente de condição social ou formação educacional, e assim se configura a sua abusividade, o que justifica a intervenção estatal em sua regulação.

REFERÊNCIAS

ANJOS, Anna Beatriz. Publicidade infantil: proibir é o caminho? **Revista Fórum Semanal**, ed. 143-2014, disponível em <http://www.revistaforum.com.br/blog/2014/04/publicidade-infantil-proibir-e-o-caminho/>, acesso em 30 abr. 2015.

ARAGÃO NETO, Dario. **Direitos humanos e a publicidade infantil no Brasil e na Argentina**. Anais do 2º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade - Mídias e Direitos da Sociedade em Rede. Santa Maria: Universidade Federal de Santa Maria, 2013.

ARÁN, Márcia; PEIXOTO JUNIOR, Carlos Augusto. Vulnerabilidade e vida nua: bioética e biopolítica na atualidade. **Revista de Saúde Pública**.

⁶ Cf. https://youtu.be/TZLITu5_FDA

BARROS, Mari Nilza Ferrari de; SUGUIHIRO, Vera Lúcia. **Abuso sexual e vulnerabilidade de crianças e adolescentes**: da cumplicidade do contexto familiar para o descompromisso social. II Jornada Internacional de Políticas Públicas. Universidade Federal do Maranhão: São Luis, 2005.

CABRAL, Adilson; BRAGAGLIA, Ana Paula; SEABRA, Ingrid. A publicidade infantil no Brasil e suas implicações ético-legais: estudo empírico em campanhas voltadas ao Dia da Criança. **Revista Temática**, ano VIII, n. 12, dezembro/2012.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; MOCHI, Tatiana de Freitas Giovanni. Do papel do Poder Judiciário nos casos de violência intrafamiliar: uma intervenção necessária na proteção dos direitos fundamentais infantojuvenis. xxxx

COSTA, Ricardo; FRAGA, Juliana. Os direitos da criança diante da publicidade.

CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente.

DINIZ, Débora; GUILHEM, Dirce. Feminismo, bioética e vulnerabilidade. **Estudos Feministas**, ano 8, 1º semestre/2000.

FELICIO, Jônia Lacerda; PESSINI, Leo. Bioética da Proteção: vulnerabilidade e autonomia dos pacientes com transtornos mentais. **Revista Bioética**, 2009.

FERREIRA, Ana Elisabete. A assunção jurídica da vulnerabilidade – os grandes debates do final do Século XIX à Primeira República. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**, ano 2, n. 4, 2013.

_____. A vulnerabilidade humana e a pessoa para o Direito – breves notas. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**, ano 3, n. 2, 2014.

FERREIRA, Luiz Antonio Miguel; DOI, Cristina Teranise. A proteção integral das crianças e adolescentes vítimas.

HAULY, Luiz Carlos. **Publicidade infantil: um polêmico projeto**. Centro de Documentações e Informações, Coordenação de Publicações: Brasília, 2009.

HOSSNE, William Saad. Dos referenciais da Bioética – a vulnerabilidade. **Revista Bioethikos**. Centro Universitário São Camilo: São Paulo, 2009.

MAGALHÃES, Edineia Nascimento de. O consumidor infanto-juvenil.

NERI, Cristiano; OLIVEIRA, Luiz Carlos. **A doutrina da situação irregular e a doutrina da proteção integral:** infância e adolescência sob controle e proteção do estado. II Simpósio Nacional de Educação, XXI Semana de Pedagogia. Infância, Sociedade e Educação - Cascavel - SantaCatarina, 2010.

OLIVEIRA, Thaynara de Souza; CARVALHO, Diógenes. A proteção do consumidor-criança frente à publicidade no Brasil. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan.-jun./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-protecao-do-consumidor-crianca-frente-a-publicidade-no-brasil/>>. Acesso em 23 abr 2015.

PATRIOTA, Bárbara Cistina Nascimento; FARIAS, Victor Varcelly Medeiros. **Criança, vulnerabilidade e publicidade**. Anais do 2º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade - Mídias e Direitos da Sociedade em Rede. Santa Maria: Universidade Federal de Santa Maria, 2013.

PEREIRA, Sandra Eni Fernandes Nunes. Crianças e adolescentes em contexto de vulnerabilidade social: Articulação de redes em situação de abandono ou afastamento do convívio familiar.

PESSALACIA, Juliana Dias Reis; MENEZES, Elen Soraia de; MASSUIA, Dinéia. A vulnerabilidade do adolescente numa perspectiva das políticas de saúde pública. **Revista Bioethikos**. Centro Universitário São Camilo: São Paulo, 2010.

SANTOS, Eleonora Dutra Waldeck de Almada. A proteção dos direitos da criança e adolescentes em situação de vulnerabilidade à luz do PNDH-3 e a Convenção de Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças.

SILVA, Gustavo de Melo. Adolescente em conflito com a lei no Brasil: da situação irregular à proteção integral. **Revista Brasileira de História e Ciências Sociais**, vol. 3, n. 5, julho/2011.

TEIXEIRA, Maíra. **Maurício de Sousa lidera reação em defesa da publicidade infantil**. Disponível em <http://economia.ig.com.br/empresas/2014-12-11/mauricio-de-sousa-lidera-reacao-em-defesa-da-publicidade-infantil.html>, acesso em 30 abr 2015.

DA EXIGÊNCIA DO INÍCIO DA INVALIDEZ OCORRER ANTES DA EMANCIPAÇÃO OU DO PERFAZIMENTO DE 21 ANOS

CAROLINE BONACOSSA LIMA ¹

JOÃO GUILHERME SALVE ²

IVY DE SOUZA ABREU ³

RESUMO

A previdência social, como direito fundamental, é tema cada vez mais abordado no ordenamento jurídico, eis que se trata de fator significativo quando o assunto é inclusão social. Nesse contexto, a previdência social deve ser utilizada como instrumento de inclusão social, de modo que toda hermenêutica que tratar de forma contrária a esse fim deve ser rechaçada. O presente trabalho discute a exigência de o início da invalidez, do filho ou irmão, ocorrer em data anterior à emancipação ou perfazimento dos 21 (vinte e um) anos à luz dos direitos fundamentais e da bioética. A interpretação trazida pelo art. 108, do Decreto 3.048/99 ao art. 16 da lei 8.212/91, de forma a delimitar a data de início da invalidez, ter, necessariamente, que ocorrer antes de o indivíduo completar 21 anos é inconstitucional e ilegal. Inconstitucional, pois a própria Constituição de 1988 não traz distinção entre inválidos em seu art. 201 e ilegal, eis que um Decreto tem como função regulamentar a lei e jamais impor novos requisitos à mesma. Além do escancarado desvirtuamento da finalidade de proteção e subsistência familiar, ocorre também um grande afrontamento aos princípios da isonomia substancial, da dignidade da pessoa humana, da reserva legal, da proibição da insuficiência. Por analogia, se uma ex-cônjuge (que recebia pensão alimentícia) tem direito à reaquisição superveniente da sua qualidade de dependente, não seria razoável o filho ou irmão, inválido, do instituidor não ser considerado dependente dele, se comprovada a dependência econômica e o fato gerador morte ter ocorrido após a invalidez. Por óbvio, um inválido necessitaria muito mais de ajuda financeira que uma ex-cônjuge sadia.

INTRODUÇÃO

O debate sobre a previdência social tem encontrado cada vez mais abertura no meio acadêmico. Esse sistema de proteção social tem guarida na seara jurídica, decorrência natural de sua expressa previsão como direito social no art. 6º da Constituição de 1988, aliada ao reconhecimento de sua jusfundamentalidade.

Existe um grande avanço nessa disciplina, dado o perceptível aumento da produção jurídica sobre a matéria nos últimos anos, pois o estudo do direito previdenciário era algo

¹ Graduanda do 5º ano de Direito da Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim (FDCI);

² Graduando do 5º ano de Direito da Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim (FDCI);

³ Doutoranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV; Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV; Membro do BIOGEPE – Grupo de Estudos, Pesquisa e Extensão em Políticas Públicas, Direito a Saúde e Bioética da FDV; Professora universitária; GT V – Situações emergentes da Bioética

limitado a poucos especialistas e de escasso desenvolvimento. Um evidente reflexo desse passado inglório é o fato de essa disciplina, até os dias de hoje, ainda não se encontrar entre as matérias obrigatórias na maioria das faculdades de direito.

O benefício previdenciário pensão por morte é devido aos dependentes do segurado, relacionados no artigo 16, da Lei nº 8.213/91, pela ocorrência do evento morte do segurado, independentemente se o segurado se encontrava em atividade ou aposentado, tendo início a partir do óbito, por meio do requerimento administrativo.

No entanto, ocorre uma discrepância no momento em que o Decreto 3048/99, alterado pelo Decreto 6.939/09, que “regulamenta” a Lei nº 8.213/91, cria novos requisitos para a percepção da pensão por morte, desviando-se totalmente de sua finalidade. Enquanto que a Lei nº 8.213/91 e a Constituição não estabelecem data de início da invalidez para se ter direito ao benefício, o Decreto estipula idade máxima de até 21 (vinte e um) anos para o inválido permanecer na qualidade de dependente.

Assim, o presente trabalho busca fazer uma análise dos dispositivos, bem como de toda a sistemática do ordenamento jurídico, para vislumbrar se há ou não a possibilidade de tal interpretação.

DA ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA DO INÍCIO DA INVALIDEZ OCORRER ANTES DA EMANCIPAÇÃO OU DO PERFAZIMENTO DE 21 ANOS

O art. 16 da Lei 8.213/91 trata da proteção aos dependentes. Neste sentido, observa-se que a proteção previdenciária vai além da proteção direta aos seus segurados, mas, também, a pessoas com quem mantém relação contributiva indireta, como é o caso daqueles que estão intimamente ligadas a um segurado da Previdência Social.

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente;

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente; [grifou-se].⁴

⁴ BRASIL, Lei Nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm> Acesso em 25 abril. 2015.

Obviamente há que se notar que a proteção ao filho e ao irmão, na qualidade de dependente, cessa ao se emancipar ou ao completar 21 anos, salvo se inválido. Depreende-se, portanto, que, caso inválido, ainda que maior de 21 anos de idade, restaria mantida a proteção previdenciária ao filho ou ao irmão na condição de dependente do segurado do RGPS.

Entretanto, o art. 108 do Regulamento da Previdência Social (RPS), alterado pelo Decreto 6.939/09, explica este dispositivo quando induz que:

Art. 108. A pensão por morte somente será devida ao filho e ao irmão cuja invalidez tenha ocorrido antes da emancipação ou de completar a idade de vinte e um anos, desde que reconhecida ou comprovada, pela perícia médica do INSS, a continuidade da invalidez até a data do óbito do segurado. [grifou-se].⁵

Para exemplificar, imagine que um filho se invalida aos 23 anos de idade e como não tem condições de trabalhar é mantido pelo pai. Quando esse filho se encontra com 25 anos de idade, seu pai morre. Nesta situação, o filho inválido não teria direito à pensão por morte, pois sua invalidez ocorreu após seus 21 anos (ainda que antes da morte do instituidor – fato gerador).

No momento em que o RPS determinou que a pensão por morte só seria devida ao filho e ao irmão inválido se a invalidez tiver ocorrido antes da emancipação ou de completar 21 anos de idade, restou presente um grande confronto com o princípio da legalidade.

O presente trabalho propõe demonstrar o grande afrontamento dessa condicionante de início de invalidez frente aos princípios basilares do Direito Previdenciário, bem como aqueles da Constituição Federal de 1988.

PROTEÇÃO À INVALIDEZ COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Os Direitos Sociais são considerados Direitos Fundamentais partindo-se da concepção de que o Estado não deve se manter inerte diante dos problemas decorrentes das desigualdades causadas pela conjuntura econômica e social⁶. Conforme sintetiza Alexandre de Moraes⁷,

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida dos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social.

⁵ BRASIL, Decreto N° 3.048, de 6 de maio de 1999. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm> Acesso em: 25 abril. 2015.

⁶ CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro, 2014. p. 104

⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15. Ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 203.

O art. 6º da Constituição Federal de 1988⁸ trata dos direitos sociais e nele está presente a previdência social, bem como a assistência aos desamparados:

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

Mais adiante se encontra, no art. 201 da Carta⁹, como direito fundamental, a Previdência Social:

201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; [grifou-se].

Desse modo, pode-se concluir que a cobertura da invalidez trata-se de direito fundamental passível de proteção e efetivação judicial por meio do exercício do direito de ação.

Contudo, nenhum direito fundamental é absoluto, podendo ser relativizado primeiramente porque eles podem entrar em conflito (aparente) entre si e um deles terá de sobressair, em segundo lugar porque não pode ser usado para a prática de ilícitos. Nesse sentido, Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁰ aduz que:

(...) os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos. (...) Até o elementar direito à vida tem limitação explícita no inciso XLVII, a, do art. 5º, em que se contempla a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada.

Por outro lado, essas limitações que os direitos fundamentais sofrem não são irrestritas, de forma que só se pode limitar até o estritamente necessário. Além disso, a restrição aos direitos fundamentais só é admitida quando compatível com os ditames constitucionais e quando respeitados os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e igualdade, entre outros¹¹.

⁸ BRASIL, Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 29 marc. 2015.

⁹ BRASIL, Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 29 marc. 2015.

¹⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, et al. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007. pp. 230 e 231.

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.589

O Supremo Tribunal Federal¹² acolheu o parâmetro de controle do Estado Alemão quanto às restrições de direitos fundamentais dos cidadãos. Segundo a jurisprudência alemã, o princípio da proporcionalidade se subdivide nos subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Segundo Konrad Hesse¹³, a limitação de direitos fundamentais deve, por conseguinte, ser adequada para produzir a proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é efetuada. Ela deve ser necessária para isso, o que não é o caso, quando um meio mais ameno bastaria. Ela deve, finalmente, ser proporcional em sentido restrito, isto é, guardar relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental.

As normas restritivas podem ser tanto do tipo regra (exemplo: dever de usar capacete é uma regra que restringe uma liberdade fundamental *prima facie*), como do tipo princípio (exemplo: o princípio da defesa do meio ambiente restringe a atividade econômica)¹⁴.

Por fim, a restrição somente pode ocorrer em relação a princípios de direito fundamental¹⁵. No caso de regras de direitos fundamentais, por já serem o resultado de uma ponderação realizada pelo legislador constituinte, não são admitidas restrições, ao menos no sentido jurídico do termo aqui utilizado. Isso não significa, no entanto, a impossibilidade de afastamento de uma regra constitucional no caso concreto (derrogabilidade) ou da criação de uma exceção a ela. Logo, restrições a direitos fundamentais são normas (princípios ou regras) constitucionalmente fundamentados que intervêm no âmbito de proteção de princípios jusfundamentais¹⁶.

Os direitos fundamentais, por terem hierarquia constitucional, somente podem ser restringidos por normas constitucionais (restrições diretamente constitucionais) ou em virtude delas, no caso de normas infraconstitucionais criadas a partir de sua autorização (restrições

¹² BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Segurança (RMS) nº 23.452/RJ. Rel. Min. Celso de Mello. Órgão julgador: Tribunal Pleno. DJ de 12.05.2000, p. 20. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2823452%2EENUME%2E+OU+23452%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/my45j8b>>. Acesso em 12 mai. 2015.

¹³ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p.256.

¹⁴ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.540-MC. Rel. Min. Celso de Mello. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJ 03/02/2006. p. 14: “Relações entre economia (CF, art. 3.º, II, c/c o art. 170, VI) e ecologia (CF, art. 225) – Colisão de direitos fundamentais – Critérios de superação desse estado de tensão entre valores constitucionais relevantes – Os direitos básicos da pessoa humana e as sucessivas gerações (fases ou dimensões) de direitos (RTJ 164/158, 160-161) – A questão da precedência do direito à preservação do meio ambiente: uma limitação constitucional explícita à atividade econômica (CF, art. 170, VI)”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283540%2EENUME%2E+OU+3540%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/onuoaqy>>. Acesso em 12 mai. 2015.

¹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 285. apud NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Editora Método, 2013. p. 1234.

¹⁶ NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Editora Método, 2013. p. 1233.

indiretamente constitucionais)¹⁷.

As restrições a direitos fundamentais são consideradas diretamente constitucionais quando impostas por outras normas de hierarquia constitucional¹⁸ e indiretamente constitucionais quando a Constituição autoriza alguém a estabelecer as restrições, como no caso das cláusulas de reserva legal¹⁹.

A reserva legal pode ser: **i.** expressa (simples ou qualificada) ou **ii.** implícita. No caso da reserva legal simples, o dispositivo constitucional consagra uma competência para estabelecer restrições sem fazer qualquer tipo de exigência quanto ao conteúdo ou à finalidade da lei restritiva. Na reserva legal qualificada, a Constituição autoriza que a lei estabeleça restrições, mas limita o conteúdo destas, fixando condições especiais, estabelecendo os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados²⁰.

Nesse sentido, já se posicionou Alexy, citado por Marcelo Novelino²¹, “normas são restrições a direitos fundamentais somente se forem compatíveis com a Constituição”. Caso uma intervenção não seja constitucionalmente fundamentada, trata-se de uma violação, e não de uma restrição.

No caso de direitos fundamentais sem reserva legal expressa, não prevê a Constituição, explicitamente, a possibilidade de intervenção legislativa. Também nesses direitos vislumbra-se o perigo de conflitos em razão de abusos perpetrados ou de desenvolvimento de situações singulares. Todavia, no caso dos direitos fundamentais sem reserva legal expressa não pode o legislador, em princípio, ir além dos limites definidos no próprio âmbito de proteção²².

Novelino²³ complementa aduzindo que a intervenção legislativa será legítima quando feita para proteger direitos fundamentais de terceiros ou outros princípios de hierarquia constitucional.

Nesse contexto, outro aspecto distintivo importante entre as duas espécies de reserva legal são os fins a serem perseguidos pela norma restritiva. No caso da reserva legal expressa,

¹⁷ NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Editora Método, 2013. p. 1234.

¹⁸ ALEXY faz uma distinção – que considera como imprescindível para o direito alemão – entre restrição (pertencente à perspectiva do direito) e cláusula restritiva (pertencente à perspectiva da norma). A **cláusula restritiva** “é uma parte de uma norma de direito fundamental completa, que diz como aquilo que, *prima facie*, é garantido pelo suporte fático do direito fundamental foi ou pode ser restringido. Cláusulas restritivas podem ser *escritas* ou *não escritas*”. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 286. apud NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Editora Método, 2013. p. 1236.

¹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 291. apud NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Editora Método, 2013. p. 1239.

²⁰ NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Editora Método, 2013. p. 1238.

²¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 281. apud NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Editora Método, 2013. p. 1234.

²² Cf., no direito alemão, Pieroth/Schlink, Grundrechte – Staatsrecht II, cit., p. 61.

²³ NOVELINO, op. cit. p. 1240.

os fins a serem implementados pelo legislador podem ser livremente escolhidos, desde que não ofendam o ordenamento constitucional. Em se tratando de reserva legal implícita, a restrição só poderá ser considerada legítima quando a medida legal tiver por objetivo fomentar um fim constitucionalmente protegido.

No momento em que o art. 108, do Decreto 6.939/09, interpreta o art. 16, da Lei 8.213/91, diferenciando o inválido maior de 21 anos do inválido menor de 21 anos, ocorre uma restrição de um direito fundamental incompatível com a Constituição Federal de 1988, pois não pode o legislador ir além dos limites definidos no próprio âmbito de proteção. Resta presente, também, violação ao Princípio da Igualdade substancial, pois dois inválidos são tratados de forma desigual entre eles, em detrimento unicamente da faixa etária. Esta discrepância nos faz aduzir que um inválido com 21 anos precisa de mais proteção do Estado do que um de 21 anos e 01 (um) mês, o que é totalmente incoerente.

A própria Constituição Federal não fez diferenciação entre inválidos. Pelo contrário, estabeleceu no próprio art. 5º o princípio da igualdade quando traz que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”.

Propõem-se, na verdade, uma igualdade que discrimina para não excluir. Doutrina e jurisprudência já assentam o princípio de que a igualdade jurídica consiste em assegurar às pessoas de situações iguais os mesmos direitos, prerrogativas e vantagens, com as obrigações correspondentes, o que significa “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desigualem”²⁴, visando sempre o equilíbrio entre todos.

Nesse sentido, estabelecer uma restrição a um direito fundamental trazido pela Constituição Federal, no sentido de retirar o direito ao inválido ali estabelecido, é inteiramente inconstitucional e atenta contra toda a sistemática do ordenamento. Se nem a constituição fez diferenciação de idade entre os inválidos protegidos, jamais poderia uma lei ordinária, lei complementar, decreto, ou qualquer ato normativo fazer. Atenta contra um fim constitucionalmente protegido!

²⁴ Esta definição de igualdade que predomina em toda doutrina nacional decorre de discurso escrito por Rui Barbosa para parabenizar os formandos da turma de 1920 da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, em São Paulo, intitulado Oração aos Moços, onde se lê: “A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real”. WIKIPÉDIA. Desenvolvido pela Wikimedia Foundation. Apresenta conteúdo enciclopédico. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Princ%C3%ADpio_da_igualdade> Acesso em: 12 mai. 2015.

PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA INSUFICIÊNCIA

Manifesta-se, também, o princípio da proibição de proteção insuficiente, que assegura que o direito fundamental social prestacional não pode ser iludido pelo Poder Público, quer mediante a omissão do dever de implementar as políticas públicas necessárias à satisfação desses direitos, quer mediante a adoção de políticas públicas inadequadas ou insuficientes²⁵

Observe a jurisprudência:

DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PRINCÍPIOS DA UNIVERSALIDADE DA SEGURIDADE SOCIAL E DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE. PRECEDENTE DO STF. INCAPACIDADESUPERVENIENTE À CONCESSÃO DE APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. ACRÉSCIMO DE 25%. DIREITO DO SEGURADO APOSENTADO À SUBSTITUIÇÃO DO BENEFÍCIO.

1. A universalidade da proteção social (CF/88, art. 94, I), enquanto objetivo fundamental desta política social, não pode ser iludida por norma infraconstitucional que culmine por proteger insuficientemente o direito fundamental aos meios de subsistência em situação de adversidade.
2. O princípio da proibição de proteção insuficiente assegura que o direito fundamental social prestacional não pode ser iludido pelo Poder Público, quer mediante a omissão do dever de implementar as políticas públicas necessárias à satisfação desses direitos, quer mediante a adoção de políticas públicas inadequadas ou insuficientes (Precedente do STF na Reclamação 4.374, j. 19/11/2013).
3. É preciso interpretar a legislação ordinária de modo a evitar-se que o direito fundamental social seja esvaziado em determinadas circunstâncias e culmine, como no caso, por não guardar possibilidade de prover ao segurado os recursos materiais necessários para assegurar-lhe o mínimo existencial.
4. Se o segurado aposentado mantém a qualidade de segurado e cumpriu período de carência sabidamente superior ao exigido para concessão de um benefício por incapacidade, ele fará jus à adequação previdenciária na hipótese de superveniência dos requisitos específicos às prestações por incapacidade.
5. É devida a substituição de aposentadoria espontânea por aposentadoria por invalidez com acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento), desde que comprovada a superveniente incapacidade para o trabalho e a assistência permanente de outra pessoa (Lei 8.213/91, art. 42 c/c art. 45. (Recurso Inominado 5005574-30.2011.404.7001, Terceira Turma Recursal do Paraná, nos termos do voto do Relator José AntonioSavaris).

Fica evidente que interpretar a legislação ordinária, de modo a retirar os direitos de um inválido maior de 21 anos de receber a pensão por morte de seu pai (que faleceu após ele tornar-se inválido) o estará impossibilitando de obter o mínimo necessário para assegurar a sua subsistência.

²⁵ BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 4 Região**. Recurso Inominado 5005574-30.2011.404.7001. nos termos do voto do Relator José AntonioSavaris. Órgão Julgador: Terceira Turma Recursal do Paraná. j. 04/09/2013. Disponível em: <<http://joseantoniosavaris.blogspot.com.br/2013/10/substituicao-de-beneficio-para.html>> Acesso em: 29 mar. 2015.

O vocábulo “proporcional” deriva do latim *proportio*, que se refere principalmente à divisão em partes iguais ou correspondentes a uma dada razão. Logo, é diretamente ligada à ideia de quantidade, de justa medida, de equilíbrio.

Por meio deste princípio é possível analisar a legitimidade das restrições a direitos fundamentais, para verificar se respeitam a justa medida, a proporção entre causa e efeito, entre meio e fim.

Ao mesmo tempo em que a proporcionalidade significa a necessidade de limitar a restrição de direitos fundamentais (proporcionalidade em sentido negativo), também indica a obrigação do Estado de proteger de forma eficiente os bens jurídicos mais caros à sociedade (proporcionalidade positiva).

Nesse sentido, Ingo Sarlet²⁶ entende que:

(...) o princípio da proporcionalidade quer significar que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução de seus objetivos. Exageros, para mais (excessos) ou para menos (deficiência), confrontam irretorquíveis violações ao princípio.

O professor Jairo Schafer²⁷ explica que a proporcionalidade é um critério para analisar a constitucionalidade das restrições a direitos fundamentais, quando entrem em conflito com outros direitos também constitucionais. De acordo com ele, temos três aspectos em análise: **i.** um direito que é objeto de restrição; **ii.** um direito que é objeto de proteção; **iii.** o meio que se usa para restringir um direito em benefício de outro.

Nesse contexto, a restrição a um direito deve ser proporcional na medida em que um direito só deve ser restringido se isso servir de base a alcançar o que se quer atingir (adequação); o direito restringido deve ser limitado pelo meio menos gravoso possível (necessidade) e deve ser limitado na medida em que isso for exigido para garantir o direito que é assegurado (ponderação, proporcionalidade em sentido estrito).

A possibilidade de uma medida reducionista deverá sempre ser justificada, como bem lembra Ingo Wolfgang Sarlet²⁸ e não poderá implicar supressão do princípio. Por essa razão, a redução legítima não pode atentar contra o núcleo do direito fundamental que está sendo objeto de medida de cunho retrocessivo. E a identificação desse núcleo essencial se dá com a ponderação entre a restrição gerada e o objetivo a ser com ela alcançado.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e Proporcionalidade**. Revista de Estudos Criminais vol. 3, n. 12. Porto Alegre: 2003. p. 111.

²⁷ SHAFER, Jairo Gilberto. **Direitos Fundamentais: proteção e restrição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 108.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 144.

Destarte, embora a Constituição de 1988 estabeleça que todos são iguais perante a lei, deve ser observada a igualdade substancial aqui exigida. De forma que o indivíduo é único em sua individualidade, exigindo-se, assim, um tratamento próprio à realidade de cada um. O método para se aferir o tratamento dado a cada indivíduo deve ser proporcional, de forma que não pode trazer ocorrências discriminatórias de direitos fundamentais, principalmente no que diz respeito a inválidos devido à idade. Não é proporcional²⁹.

Em síntese: a lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada³⁰.

DA ILEGALIDADE DO DECRETO 6.939/99

Da mesma forma que a Constituição Federal de 1988, a Lei 8.213/91 não traz qualquer limitação etária, nem início da invalidez do filho ou irmão inválido. Pode-se extrair somente que a invalidez deve ocorrer anteriormente ao fato gerador do benefício (morte). Nesta ocasião, no momento do óbito deve ser verificado o preenchimento de todos os requisitos do benefício, inclusive a qualidade de dependente.

Como pode um Decreto (no caso o Decreto 6.939/2009) incluir novos critérios de exigência em uma lei, sendo que a função de um Decreto é estritamente regulamentar?

Esta imposição de novos requisitos ao inválido para a percepção da pensão por morte extrapolou a esfera regulamentar do Decreto, de forma a restringir o rol de beneficiários da referida lei e limitar o início da invalidez.

Leciona Nelson Nery Junior³¹,

(...) a edição de decreto tem a lei como seu fundamento de validade, de sorte que encontra limitação da lei regulamentada e não pode criar nem extinguir direitos e obrigações não constantes da lei regulamentada.

Tal Decreto, além de inconstitucional, é deliberadamente ilegal, uma vez que impôs exigências que não estão expressas na lei. Se a própria Constituição e a lei não fazem distinção

²⁹ Nesse sentido também asseverou Pimenta Bueno: “a lei deve ser uma e a mesma para todos; qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público será uma injustiça e poderá ser uma tirania” (Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império, Rio de Janeiro, 1857). Apud MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **“O conteúdo jurídico do princípio da igualdade”**, 3. Ed. São Paulo, Malheiros, 1998, p. 18.

³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

³¹ NERY JÚNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição federal comentada e legislação constitucional**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.p. 446.

entre inválidos, como pode um Decreto assim fazer? Daí demonstra-se a total inconstitucionalidade e ilegalidade parcial do Decreto 6.939/2009.

DA OFENSA AO PRINCÍPIO DO *TEMPUS REGIT ACTUM*

O Direito Previdenciário no tempo observa o princípio do *tempus regit actum* (art. 5º, XXXVI, CF/88), que consiste na aplicação da lei vigente à época do fato gerador. Dessa forma, uma vez preenchidos os requisitos legais para a percepção da pensão por morte, na data do fato gerador (morte), o beneficiário terá direito às prestações.

Como a lei não determina data de início da invalidez do filho ou irmão, mas somente determina que ela tenha ocorrido antes do fato gerador morte, torna-se razoável aferir como dependente o maior de 21 anos que se invalidou antes da morte do segurado instituidor do benefício. Em outras palavras, uma vez constatada a qualidade de segurado do instituidor, a qualidade de dependente do inválido e a dependência econômica (no momento da morte daquele), não há razões lógicas e menos ainda legais para se negar o benefício.

Segundo o Procurador Federal Nilson Rodrigues Barbosa Filho³²,

Ao exigir que a invalidez do filho ou do irmão do segurado tenha se iniciado antes dos 21 anos de idade, o Decreto viola a noção de *tempus regit actum*, ao ignorar a situação fática e jurídica existente ao momento do evento gerador do benefício, para investigar situações pretéritas, ocorridas antes, algumas vezes muito antes, do surgimento da contingência social.

DA DESCARACTERIZAÇÃO DA FINALIDADE DE PROTEÇÃO E SUBSISTÊNCIA FAMILIAR

Como já foi tratado anteriormente, os benefícios previdenciários destinados aos dependentes têm a finalidade de garantir a proteção e subsistência familiar deles, em decorrência de contingências sociais (morte e prisão) que impossibilitam o instituidor de dar continuidade a tais garantias.

No momento em que um filho ou irmão de um segurado torna-se inválido, caso ele não tenha outras formas para se manter economicamente, ele terá, ao menos em tese, os cuidados de seu pai ou irmão. Sendo estes, portanto, responsáveis pela subsistência daquele.

³² BARBOSA FILHO, Nilson Rodrigues. Benefícios previdenciários aos dependentes maiores inválidos. Uma reflexão quanto à exigência do início da invalidez em data anterior à emancipação ou ao perfazimento dos 21 anos de idade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3460, 21 dez. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23295>>. Acesso em: 09 marc. 2015.

Nesse diapasão, torna-se irrelevante que o surgimento da invalidez tenha ocorrido antes ou depois dos 21 anos, já que a dependência pode existir nos dois casos. Não pode deferir benefício previdenciário a um filho/irmão inválido menor de 21 anos e indeferir a um maior de 21 anos, simplesmente pela faixa etária. Como já foi demonstrado, além de ser inconstitucional e ilegal, é também contra inúmeros princípios do ordenamento jurídico como o da isonomia, da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana.

Restringir o filho/irmão inválido maior de 21 anos a receber a pensão por morte do instituidor é anuir com o desamparo de um indivíduo sem condições de subsistir por meios próprios. E, na grande maioria das vezes, este inválido tinha como única fonte financeira para sua sobrevivência o auxílio financeiro do segurado.

Há quem entenda que o maior inválido não está desamparado, pois existe o LOAS. Contudo, a questão a ser discutida não reflete unicamente no amparo ou não deste inválido, consiste, na verdade, num direito constitucionalmente e legalmente garantido e que deve ser respeitado.

Para a concessão do benefício de assistência social (LOAS) faz-se necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: **i.** ser pessoa portadora de deficiência ou idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais (art. 34 do Estatuto do Idoso - Lei n.º 10.741 de 01.10.2003); **ii.** não possuir meios de subsistência próprios ou de tê-la provida por sua família, cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 do salário mínimo (art. 203, V, da CF; art. 20, § 3º, e art. 38 da Lei n.º 8.742 de 07.12.1993).

A título de curiosidade, quanto ao requisito que tange a renda per capita ser inferior a 1/4 do salário mínimo, trata-se de elemento objetivo. De tal modo, nada impede que o indivíduo que receba mais que 1/4 do salário-mínimo possa ser considerado pobre ou miserável. O critério adotado pelo legislador, pertinente a este elemento objetivo, simplesmente atesta que aqueles que recebem renda inferior a 1/4 do salário-mínimo presumem-se, de forma absoluta, que são pobres ou miseráveis, por outro lado, aqueles que recebem acima desse patamar têm presunção relativa, dependendo, portanto, de provas documentais para se aferir a necessidade. Nesse sentido,

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. POSSIBILIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CONDIÇÃO DE MISERABILIDADE DO BENEFICIÁRIO POR OUTROS MEIOS DE PROVA, QUANDO A RENDA PER CAPITA DO NÚCLEO FAMILIAR FOR SUPERIOR A 1/4 DO SALÁRIO MÍNIMO. RECURSO REPETITIVO. ART. 543-C DO CPC. COMPROVAÇÃO DA DEFICIÊNCIA E DA HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. **1. A jurisprudência do STJ pacificou-se no sentido de que a limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de provar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou tê-la provida por sua**

família, pois é apenas um elemento objetivo para aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando demonstrada a renda per capita inferior a 1/4 do salário mínimo. Orientação reafirmada no julgamento do REsp 1.112.557/MG, sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC). 2. Hipótese em que o Tribunal de origem concluiu, com base na prova dos autos, que a agravante não preenche os requisitos legais, no que tange à comprovação da hipossuficiência econômica. A revisão desse entendimento implica reexame de fatos e provas, obstado pelo teor da Súmula 7/STJ. 3. Agravo Regimental não provido. (STJ - AgRg no AREsp: 409974 SP 2013/0337806-9, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 26/11/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/12/2013).[grifou-se]

O LOAS deve ser usado de forma subsidiária, caso o inválido maior, além de não ter direito a algum benefício previdenciário (seja aposentadoria por invalidez, seja pensão por morte, etc.), preencher os requisitos já expostos.

Se a pensão por morte for um direito maior desse inválido (no caso concreto), não há que se falar em LOAS. Até porque a pensão por morte tem muito mais regalias que o benefício assistencial, tal como o 13º salário (abono anual), o valor mensal pode ser superior a 01 (um) salário mínimo e não corre risco de perder a pensão caso a renda per capita da família alcance valor superior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo ou ele não seja mais considerado miserável.

DA ISONOMIA SUBSTANCIAL

Como o princípio da isonomia já foi objeto de discussão anterior, não se pretende aqui estender ainda mais a discussão. Notadamente, a distinção feita entre filho/irmão inválido menor de 21 anos com o filho/irmão maior de 21 anos gera uma injustificada discriminação.

Não se pode jamais aferir que a proteção social de um inválido seja medida de acordo com a sua idade, sendo que ambos possuem as mesmas necessidades de amparo. O que importa verdadeiramente não é a idade do inválido, mas sim se na data da comprovação de sua invalidez ele ainda comportava dependência e auxílio financeiro de seu segurado.

DA DEPENDÊNCIA SUPERVENIENTE

Para melhor compreender sobre a dependência superveniente e o direito do maior inválido, é necessário iniciar com um exemplo. Imagine um casal que se divorciou e no momento do divórcio ficou estabelecido que a esposa não necessitava de pensão alimentícia. Neste momento fica claro que ela deixa de ser dependente de seu ex-cônjuge.

Contudo, passados 03 (três) anos, a ex-companheira começa a passar necessidades financeiras e o seu ex-cônjuge, com espírito de solidariedade, começa a ajudá-la economicamente. Caso o ex-cônjuge morra, conforme a legislação previdenciária, Súmula do STJ, doutrina e jurisprudência, essa ex-companheira que inicialmente havia renunciado à pensão alimentícia (perda da qualidade de dependente), passa a ter direito a receber a pensão por morte do instituidor (readquire a qualidade de dependente).

Para corroborar o que foi exposto no exemplo acima, basta observar a Súmula 336 do STJ³³: “A mulher que renunciou aos alimentos na separação judicial tem direito à pensão previdenciária por morte do ex-marido, comprovada a necessidade econômica superveniente”.

Assim também dispõe o art. 323, § 1º da Instrução Normativa nº 45/2010 do INSS³⁴:

Art. 323 - O cônjuge separado de fato, divorciado ou separado judicialmente, terá direito à pensão por morte, mesmo que este benefício já tenha sido requerido e concedido à companheira ou ao companheiro, desde que beneficiário de pensão alimentícia, conforme disposto no § 2º do art. 76 da Lei nº 8.213, de 1991.
1º - Equipara-se à percepção de pensão alimentícia o recebimento de ajuda econômica ou financeira sob qualquer forma, observando-se, no que couber, o rol exemplificativo do art. 46.

O que importa é notar que, ainda que tenha havido renúncia aos alimentos quando do ato de extinção do vínculo matrimonial, o benefício será concedido caso demonstrada a posterior percepção de pensão alimentícia, caracterizada pelo recebimento de ajuda econômica ou financeira de qualquer forma.

Assim, a partir dos enunciados normativos e jurisprudenciais mencionados, e em consonância com o princípio do *tempus regit actum*, temos que o que impende observar é se à época do óbito é possível comprovar a existência de auxílio financeiro ou econômico, contínuo e não esporádico, do instituidor da pensão ao ex-cônjuge³⁵.

O § 7º, do art. 16, do Decreto 3.048/99, ensina que “a dependência econômica das pessoas de que trata o inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada”. Fazem parte do inciso I: cônjuge; companheira; companheiro; filho não emancipado menor de 21 anos ou inválido. Nesse sentido, o filho que se tornou inválido antes de completar 21 (vinte e um) anos é presumidamente dependente do instituidor.

³³ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula 336. Órgão Julgador: Terceira Seção. Domínio: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='336'>>. Acesso em 12 mai. 2015.

³⁴ BRASIL, Instrução Normativa INSS/PRES Nº 45, de 06 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/inss-pres/2010/45_1.htm>. Acesso em 25 abr. 2015.

³⁵ BARBOSA FILHO, Nilson Rodrigues. Benefícios previdenciários aos dependentes maiores inválidos. Uma reflexão quanto à exigência do início da invalidez em data anterior à emancipação ou ao perfazimento dos 21 anos de idade. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3460, 21 dez. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23295>>. Acesso em: 09 marc. 2015.

Diferentemente ocorre com o irmão inválido maior de 21 (vinte e um) anos. O irmão inválido maior de 21 anos faz parte da Classe 3 (art. 16, III, da Lei 8.213/91) e conforme o mesmo § 7º, do art. 16, do Decreto 3.048/99, é necessário que ele comprove que dependia economicamente do segurado instituidor na data de seu falecimento para ter direito ao benefício.

Em situações em que a invalidez ocorre após 21 (vinte e um) anos, porém anteriormente à morte do instituidor, o inválido deixa de ser considerado “presumidamente” dependente. Nesse caso, ações em que o INSS deseja indeferir o benefício a esse filho inválido maior de 21 anos, a autarquia deve comprovar que esse inválido não era dependente econômico do segurado na época do fato gerador morte.

Ivan Kertzman³⁶ entende que:

(...) um filho que se invalida aos 23 anos, obviamente não fará jus à pensão por morte do seu pai, mesmo que falecido após a sua invalidez. **Consideramos essa regra bastante razoável, pois a Previdência garante a condição de dependente até completar 21 anos (ou emancipar-se), idade na qual o cidadão deve manter-se com o próprio esforço laboral ou assumir todos os riscos.** Na situação proposta, se o filho estivesse trabalhando, teria direito a aposentadoria por invalidez, tendo o seu sustento garantido pela Previdência Social. [grifou-se]

Contudo, há que se destacar que a jurisprudência pátria já se consolidou no sentido de que a invalidez deve anteceder à morte do instituidor para que o filho inválido tenha direito à pensão por morte. O entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é de que, em se tratando de filho inválido, a concessão da pensão por morte depende apenas da comprovação de que a invalidez é anterior ao óbito do instituidor do benefício.

Se indivíduo laborava ou não antes de tornar-se inválido serviria somente para aferir se o mesmo, na qualidade de segurado, teria direito a algum benefício previdenciário. A pensão por morte é benefício assegurado ao dependente e não ao segurado. Dessa maneira o que deverá ser observado é, na verdade, se há compatibilidade ou não para a percepção conjunta dos benefícios ou se ele deverá optar pelo o que entender mais vantajoso.

PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO MISERO*

O *in dubio pro misero* deriva do princípio similar utilizado no Direito do Trabalho, *in dubio pro operário*, cuja aplicação é defendida por alguns e repudiada por outros³⁷.

³⁶ KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 12. ed. Bahia, Jus Podivm, 2015. p. 439

³⁷ Cuidando do Direito do trabalho, CARRION, Valentim. **Comentário à Consolidação das Leis do Trabalho**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, afirma: “o princípio do *in dubio pro misero* não existe; o que há é a proteção ao hipossuficiente

O INSS, sendo uma autarquia, conforme define Marçal Justem Filho³⁸ é “pessoa jurídica de direito público, instituída para desempenhar atividades administrativas sob regime de direito público, criada por lei que determina o grau de sua autonomia em face da Administração direta.” Assim, o INSS é o órgão responsável pela operacionalização dos benefícios previdenciários, ou seja, pelo reconhecimento dos direitos da clientela do Regime Geral da Previdência Social – RGPS.

Existem certas peculiaridades nas lides previdenciárias do Regime Geral que, embora ainda não justifiquem uma codificação processual própria, não prescindem de alguns parâmetros científicos específicos adequados na utilização da processualística civil.

Certas situações como a ocupação do polo passivo sempre pela autarquia previdenciária, a condição genérica de hipossuficiência econômica e informativa do autor, a natureza alimentar das verbas derivadas de um direito fundamental social, a análise de atos administrativos que são dotados de presunção de veracidade e de validade, necessitam de um desenvolvimento na teoria do processo previdenciário, para que sejam evitadas injustiças materiais através de um processo não adaptado à realidade do seguro.

É preciso invocar-se uma solução “*pro misero*” contra uma instituição cujo papel social e político o coloca como o mais eficiente instrumento estatal de redistribuição de renda e de amparo. Tem-se, na verdade, uma grande e importante parcela da população, e cujo patrimônio pertence exclusivamente aos próprios segurados após ser amealhado mediante um critério de justiça distributiva, em um método de custeio em que os mais abastados financiam o sistema pelos menos afortunados.

O mísero no processo previdenciário é a parte hipossuficiente econômica e de informação. Não é o miserável na acepção do termo, mas aquele que tem considerável dificuldade, em relação ao outro (INSS), de dar conta do processo³⁹.

A aplicação absoluta do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado em sede do processo previdenciário faria com que se criasse um critério de presunção sempre a favor dos argumentos da administração (no caso, INSS). Segundo Daniel Sarmiento (2005)⁴⁰,

pela própria norma legal, que para isso é posta. Menos ainda em direito processual. Busca-se o ônus da prova; quem o tinha, e não provou, será vencido na sentença”.

³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

³⁹ TAVARES, Marcelo Leonardo. **O Devido Processo Previdenciário e as Presunções de Provas**. Impetus. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:yUYepTc__5gJ:www.impetus.com.br/noticia/download/20/o-devido-processo-legal-previdenciario-e-as-presuncoes-de-prova+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 30 abril. 2015.

⁴⁰ SARMENTO, Daniel. **Interesses Públicos vs. Interesses Privados na perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional**. In (Org.): Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005, p. 58.

É visivelmente organicista a ideia de que existiria um interesse público inconfundível com os interesses pessoais dos integrantes de uma sociedade política e superior a eles. Só que, no Estado Democrático de Direito, ela não se sustenta.

Logo, parte-se do pressuposto de que o referido princípio não encontra respaldo constitucional, já que a organização democrática e plural do Estado de Direito brasileiro de 1988 está apoiada na proteção dos direitos fundamentais. Não se nega, no entanto, a existência em si do interesse público ou a possibilidade de o Estado restringir direitos fundamentais. O que se sustenta é que tal ação não pode ser realizada sem a devida justificativa racionalmente compreensível, para a proteção de outros valores merecedores de atenção moralmente defensável⁴¹.

Destarte, o que não pode ocorrer é o interesse do Estado, na voz do INSS, prevalecer sobre o interesse do segurado, a menos que ele apresente um valor político social fundamental para o sistema constitucional. Por isso que a presunção da supremacia do interesse público sobre o particular, no processo previdenciário, acaba encontrando um forte fator de temperamento: o princípio *in dubio pro misero*.

Dessa maneira, o direito processual previdenciário deve proporcionar subsídios para a prolação de uma decisão que pacifique a questão relativa à fruição de um direito social fundamental e que tenha compromisso com o seguro, a fim de proteger adequadamente os beneficiários, sem onerar o grupo e a sociedade de forma indevida.

No que diz respeito à hermenêutica da problemática relacionada à idade do inválido, obviamente a solução mais justa e cabível seria uma interpretação *pro misero*. Assim, não pode o art. 16, da Lei 8.213/91, ser interpretado de forma que prejudique o hipossuficiente, que restrinja seus direitos. À luz da nova hermenêutica, juntamente com o caso concreto, é preciso que haja uma ponderação entre o princípio do interesse público sobre o privado e o do *pro misero*, de forma que haja de fato justiça social, eis que se está diante de um direito fundamental.

⁴¹ SCHIER, Paulo Ricardo. **Ensaio sobre a Supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais**. In SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 236.

DO RECEBIMENTO CONCOMITANTE DE PENSÃO POR MORTE E APOSENTADORIA POR INVALIDEZ

O fato do inválido perceber aposentadoria por invalidez não impede a concessão da pensão por morte do instituidor, pois os institutos têm natureza e fatos geradores distintos, além de inexistir impedimento legal para tanto.

O ponto a ser discutido reside na caracterização ou não da dependência econômica presumida, tendo em vista a dependência superveniente⁴² e a percepção de renda própria decorrente do benefício de aposentadoria por invalidez.

Nesse contexto, sendo o marco inicial da percepção da aposentadoria por invalidez anterior ao óbito do instituidor da pensão, resta afastada a presunção de dependência econômica, a qual agora deve ser comprovada. Nesse sentido,

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO INTERPOSTO PELO INSS. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. FILHO MAIOR APOSENTADO POR INVALIDEZ. INCAPACIDADE OCORRIDA APÓS A MAIORIDADE E ANTES DO ÓBITO DA GENITORA. POSSIBILIDADE. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. PRESUNÇÃO RELATIVA. QUESTÃO DE ORDEM Nº 20 DA TNU. INCIDENTE CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Proferida sentença que, entendendo não restar demonstrada a dependência econômica do filho - que se tornou inválido após a maioridade -, em relação à genitora, julgou improcedente o pedido de concessão de pensão por morte. A Primeira Turma Recursal do Rio Grande do Sul reformou o decisum monocrático sob o fundamento de que a presunção de dependência é absoluta. 2. Pedido de uniformização de jurisprudência interposto, tempestivamente, pelo INSS, com fundamento no art. 14, § 2º, da Lei nº 10.259/2001. Alegação de que o acórdão recorrido é divergente do entendimento do STJ e da TNU. 3. Incidente inadmitido na origem, sendo os autos remetidos a esta Turma Nacional após agravo. 4. O INSS trouxe como paradigmas os julgados do STJ (REsp 718.471/SC e REsp 751.757/RS), que entendem que se extingue a qualidade de dependência do filho que completa 21 (vinte e um) anos de idade e o PEDILEF nº 2005.71.95.001467-0 desta Casa, no sentido de ser relativa a presunção de dependência do filho que se torna inválido após a maioridade. 5. Não há similitude fática e jurídica entre o acórdão recorrido (que tratou de dependência econômica de filho que se torna inválido após a maioridade) e os acórdãos do Eg. STJ aqui colacionados pelo Requerente, pois estes tratam de extinção da qualidade de segurado de filho não inválido que adquire a maioridade e que cursa ensino superior (ou seja, não cuida de “reaquisição” de qualidade de dependente). 6. Entendo, entretanto, configurado dissídio jurisprudencial com o julgado da TNU apresentado, com o que conheço do Incidente. Não olvido que recente jurisprudência deste Colegiado era no mesmo sentido do acórdão recorrido – pela presunção absoluta da dependência econômica (ex vi o PEDILEF nº 2010.70.61.001581-0). Contudo, na sessão de julgamento passada – de 09.10.13 -, no PEDILEF nº 0500518-97.2011.4.05.8300, o Nobre Relator Juiz

⁴² Em analogia à Súmula 336 do STJ: “A mulher que renunciou aos alimentos na separação judicial tem direito a pensão previdenciária por morte do ex-marido, comprovada a necessidade econômica superveniente”.

Federal Gláucio Maciel trouxe à baila jurisprudência da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça que passou a julgar causas previdenciárias, e com isso renovou o tema para debate. 7. Ultrapassado a questão do conhecimento, passo à análise do mérito. 8. Embora já tenha decidido no sentido de que não se afigura mais possível o “retorno” à classe dos dependentes a pessoa que ingressa à vida adulta, economicamente produtiva, seja pela maioria ou emancipação (pois para o sistema de proteção previdenciário, traduz-se em um novo contribuinte, ou seja, um novo segurado), **curvo-me à Jurisprudência sedimentada pelas Cortes Superiores, para entender ser possível que filho maior ou emancipado que se torna inválido seja dependente nos termos do artigo 16, inciso I, da Lei nº 8.213/91.** 9. **Isto posto – possibilidade de o filho que se torna inválido após a maioridade ou emancipação ser considerado dependente dos pais, o cerne da controvérsia cinge-se em estabelecer se a presunção de dependência econômica é absoluta ou relativa.** 10. **Embora a literalidade do artigo 16, inciso I e § 4º, da Lei nº 8.213/91 possa levar à conclusão de que é absoluta a dependência econômica que estamos a tratar, a melhor exegese deve ser aquela que torna relativa essa presunção, máxime quando o filho maior inválido possui renda própria, como no caso em tela.** 11. Consta da sentença como um dos argumentos para a relativização da presunção ora tratada, o princípio da seletividade da Seguridade Social, e cita lição do Ilustre Juiz Federal Luiz Cláudio Flores da Cunha, atual integrante desta Casa, segundo o qual, “o princípio da seletividade é aquele que propicia ao legislador uma espécie de mandato específico, com o fim de estudar as maiores carências sociais em matéria de seguridade social, e que ao mesmo tempo oportuniza que essas sejam priorizadas em relação às demais” (Direito Previdenciário, aspectos, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1988, p. 35). 12. Diz-se que a proteção aos dependentes elencados no inciso I do artigo 16, da Lei nº 8.213/91 excluiu as demais classes e cria para eles a presunção *iures et de iure* de dependência econômica, e o fundamento encontra-se no direito de família. **E aqui não posso deixar de fazer um paralelo entre o filho maior que posteriormente adquire invalidez e o cônjuge ou companheiro que se separa e se defronta com a necessidade de alimentos (os doutrinadores a denominam de “dependência econômica superveniente”).** Note-se que em ambos os casos houve uma ruptura da relação, seja pela maioridade ou emancipação do filho, seja pela separação do convívio marital, no caso de cônjuge/companheiro. Neste último caso, a lei previdenciária prevê expressamente nos §§ 1º e 2º do artigo 76, da Lei de Benefícios a possibilidade de percepção da pensão por morte ao cônjuge ausente ou separado desde que haja prova da dependência econômica. **E a mesma regra deve ser aplicado ao filho maior que se torna inválido, pois onde existe a mesma razão, deve-se estatuir o mesmo direito – “*ubieademratio, ibi idem jus statuendum*”.** Deveras, há de estar caracterizado o restabelecimento do amparo material fornecido pelo segurado ainda em vida, para aqueles com quem, a despeito da “ruptura” (entendida como a maioridade/emancipação, no caso dos filhos ou separação judicial/ou de fato, tratando-se de cônjuge/companheiro), manteve-se (caso de recebimento de alimentos) ou retornou à condição de dependente econômico. **Não será demais recordar que a pensão por morte destina-se aos “dependentes supérstites”, ou seja, não será devida para aqueles que não dependiam economicamente do falecido quando este ainda era vivo.** 13. O Eg. STJ tem-se manifestado igualmente no sentido de ser relativa a presunção de dependência econômica em se tratando de filho maior inválido. Confira-se: AgRg no REsp

nº 1.369.296/RS, Rel. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 23/04/13; AgRg no REsp nº 1.254.081/SC, Rel. MIN. ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA, DJe 25/02/13; AgRg nos EDcl no REsp 1.250.619 / RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS DJe 17/12/2012. 14. Incidente de Uniformização de Jurisprudência conhecido e parcialmente provido para firmar o entendimento de que **(i) o filho que se torna inválido após a maioridade ou emancipação, mas antes do óbito dos genitores pode ser considerado dependente para fins previdenciários; (ii) essa presunção da dependência econômica é relativa.** Retornem os autos à Turma Recursal de origem para adequação do julgado conforme as premissas jurídicas ora fixadas. (TNU - PEDILEF: 50442434920114047100, Relator: JUÍZA FEDERAL KYU SOON LEE, Data de Julgamento: 13/11/2013, Data de Publicação: 10/01/2014).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do estudo realizado, foi possível verificar que a previdência social é um direito fundamental. Nesse sentido qualquer tipo de restrição a este direito deve ter compatibilidade com toda a sistemática de proteção assegurada, no sentido de que não estaremos diante de uma restrição somente, mas sim de uma violação a toda hierarquia constitucional.

Foi possível demonstrar, ainda, a inconstitucionalidade e ilegalidade parcial do Decreto 6.939/09, pois quando este interpreta o art. 16, da Lei 8.213/91, no sentido de criar novos requisitos para o dependente perceber o benefício, extrapola seus limites, sua finalidade, que é regulamentar. Resta presente uma tentativa de inovar no ordenamento jurídico, o que não é possível por meio de decreto.

Além disso, ficou claro também a incoerência do tratamento desigual entre dois iguais. Nesse contexto, a isonomia material (ou substancial) foi violada porquanto dois inválidos estariam recebendo tratamento desigual, devido, unicamente, à sua idade.

Foi demonstrado também, a importância da interpretação *in dubio pro misero*, dado que em situações como esta, o dependente é hipossuficiente e se encontra em total desamparo frente ao Estado como ser soberano. Caso fosse levado à frente unicamente o interesse público em detrimento do particular, estaríamos diante de um verdadeiro caos social, injustiça e insegurança jurídica. Sem contar a violação ao princípio da reserva legal.

Ante todo o exposto, é possível concluir que ao excluir o filho ou irmão inválido maior de 21 anos da qualidade de dependente, unicamente pelo fator idade, tolhendo-lhe o direito de perceber a pensão por morte, o Estado estaria produzindo o oposto do que é assegurado pela própria Constituição Federal no art. 201. O Estado, aquele que deveria ser o guardião dos direitos fundamentais e dos princípios, quando deixa de cumprir o seu papel, acaba deixando à mercê da sorte estes inválidos desamparados ou submetendo-os ao preenchimento dos requisitos do LOAS para a percepção de ajuda assistencial, quando na verdade possuem direitos ao benefício.

REFERÊNCIAS

BARBOSA FILHO, Nilson Rodrigues. Benefícios previdenciários aos dependentes maiores inválidos. Uma reflexão quanto à exigência do início da invalidez em data anterior à emancipação ou ao perfazimento dos 21 anos de idade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3460, 21 dez. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23295>> Acesso em: 09 marc. 2015.

BRASIL, Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 29 marc. 2015.

BRASIL, Decreto Nº 3.048, de 6 de maio de 1999. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm> Acesso em: 25 abril. 2015.

BRASIL, Instrução Normativa INSS/PRES Nº 45, de 06 de agosto de 2010. Domínio: <http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/inss-pres/2010/45_1.htm> Acesso em 25 abril. 2015.

BRASIL, Lei Nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm> Acesso em 25 abril. 2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF) – ADI 3.540-MC, rel. Min. Celso de Mello (1.º.09.2005): “Relações entre economia (CF, art. 3.º, II, c/c o art. 170, VI) e ecologia (CF, art. 225) – Colisão de direitos fundamentais – Critérios de superação desse estado de tensão entre valores constitucionais relevantes – Os direitos básicos da pessoa humana e as sucessivas gerações (fases ou dimensões) de direitos (RTJ 164/158, 160-161) – A questão da precedência do direito à preservação do meio ambiente: uma limitação constitucional explícita à atividade econômica (CF, art. 170, VI)”

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Inominado 5005574-30.2011.404.7001, Terceira Turma Recursal do Paraná, nos termos do voto do Relator José Antonio Savaris. Reclamação 4.374, j. 19/11/2013. Disponível em: <<http://joseantoniosavaris.blogspot.com.br/2013/10/substituicao-de-beneficio-para.html>> Acesso em: 29 mar. 2015.

BRASIL, VADE MECUM DIGITAL. Domínio: <<http://www.legjur.com/sumula/busca?tri=stj&num=336>>. Acesso em 08 mar. 2015.

CARRION, Valentim. Comentário à Consolidação das Leis do Trabalho. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2006,

CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro, 2014. p. 104

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**, 3. ed. Malheiros, 2005.

- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 589.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15. Ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 203.
- NERY JÚNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição federal comentada e legislação constitucional**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 446.
- NOVELINO, Marcelo apud SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e Proporcionalidade**. Revista de Estudos Criminais vol. 3, n. 12, p. 111. Porto Alegre: 2003.
- NOVELINO, Marcelo apud. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 285.
- NOVELINO, Marcelo apud. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 291.
- NOVELINO, Marcelo apud. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, et al. Curso de Direito Constitucional, pp. 230 e 231. São Paulo: Saraiva, 2007.
- NOVELINO, Marcelo apud. Cf., no direito alemão, Pieroth/Schlink, Grundrechte – Staatsrecht II, cit., p. 61.
- NOVELINO, Marcelo apud. HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p.256.
- NOVELINO, Marcelo apud. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 144.
- NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Editora Método, 2013. p. 1238.
- SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vc. Interesses Privados na perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In (Org.): Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005, p. 58.
- SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico Dos Direitos Fundamentais. In SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 236.

SHAFER, Jairo Gilberto. **Direitos Fundamentais: proteção e restrição**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 108.

STF, Pleno, RMS 23.452/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 12.05.2000, p. 20.

TAVARES, Marcelo Leonardo. O Devido Processo Previdenciário e as Presunções de Provas. Impetus. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:yUYepTc__5gJ:www.impetus.com.br/noticia/download/20/o-devido-processo-legal-previdenciario-e-as-presuncoes-de-prova+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 30 abril. 2015.

AS ENTRAVES DA ADOÇÃO BRASILEIRA

MICHELE MIRANDA ABU DIOAN ¹

RESUMO

A adoção no Brasil não tem as mesmas características da sua origem na antiguidade. Ela já existia no mundo antigo, entre os egípcios, hebreus e romanos. Sua origem tinha a finalidade religiosa, ou seja, destinava-se à perpetuação do culto dos antepassados, assegurando-lhes a continuidade do culto sagrado. Posteriormente, a adoção assume a função de transmitir ao adotado o patrimônio do adotante (ALBERGARIA, 1996). A adoção, até anos atrás, era tratada como uma cultura do segredo. As crianças eram adotadas e criadas como legítimas e a adoção e a origem biológica não costumavam ser reveladas. O segredo era visto como um modo lógico de proteger as crianças do estigma e do preconceito que envolvia o tema. Diante deste contexto, é possível perceber que a adoção brasileira servia especialmente aos interesses dos adultos e não aos da criança em casos de adoção, estabelece a equiparação dos direitos dos filhos adotivos aos dos filhos biológicos. O Código de Menores Brasileiro, na Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979, realizou notável avanço na adoção, concentrando-se no objetivo da adoção atual, que consiste na proteção integral do menor sem família. Enfim, enquanto a adoção clássica procurava garantir a descendência para casais sem filhos, a adoção moderna enfatiza a solução para a crise da criança abandonada, usando como fundamento possibilitar uma família para uma criança que não possui essa convivência em um meio familiar. (VARGAS, 1998). O presente visa demonstrar de forma objetiva os princípios que envolve a adoção brasileira, os sistemas que cuidam deste tema no país e como o CNJ faz o controle de adoção uma análise comparativa da localização dos principais focos que prejudicam o processo de adoção, e porque tem tantas crianças para serem adotadas e tantas famílias nas filas de espera.

Palavras chaves: Princípios. Adoção. Modalidades. CNJ. Entraves.

INTRODUÇÃO

A adoção hoje é um instituto do Direito, mas a sua origem é de natureza religiosa. A procriação, no passado, tinha uma importância não só para a perpetuação da raça humana, mas também para a sua redenção, pois os homens achavam que os filhos eram responsáveis pelos cultos fúnebres. Até mesmo na Bíblia existem passagens onde à mulher que não pudesse ter filhos, acabava por entregar uma escrava ao marido, para que esta lhe servisse, dando-lhe um filho que dele se regozijasse como se seu filho fosse. Conforme cita Rui Ribeiro de Magalhães, na passagem de Gêneses 16 em que Sara esposa de Abraão fala: “Visto que o Senhor fez de mim uma estéril, peçote que vás com a minha escrava. Talvez, por ela, eu consiga ter Filhos”¹. Percebe-se que nesta passagem já ocorre o princípio da Adoção quando

¹ Graduando em Direito, filiada à Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim (FDCI); (michelly_bidu@hotmail.com) O presente trabalho se insere no GT III – Bioética Direitos Humanos, Democracia, Pluralidade e Sociedade.

Sara diz: “por ela também terei filhos”. Semelhante passagem pode ser verificada no Código de Hamurabi em que os homens aos quais as esposas não podiam ter filhos, acabavam por gerá-los com outra. O Código de Hamurabi prescreve expressamente acerca do Instituto da Adoção em seu art. 185 como pode verificar nas palavras de Antônio Chaves:

Enquanto o pai adotivo não criou o adotado, este pode retornar à casa paterna; mas uma vez educado, tendo o adotante despendido dinheiro e zelo, o filho adotivo não pode sem mais deixá-lo e voltar tranquilamente à casa do pai de sangue. Estaria lesando aquele princípio de justiça elementar que estabelece que as prestações recíprocas entre os contratantes devam ser iguais, correspondentes, princípio que constitui um dos fulcros do direito babiloniense e assírio. (Magalhães p.267)

Nesta época entre o anos de 1728-1686 a.C., o Código de Hamurábi, além de tratar desta questão, ia mais longe, ao prever soluções nas relações adotivas e sucessórias. Funcionavam mais ou menos assim: se o adotado viesse a reclamar pela família biológica, este deveria voltar ao seio desta família, contudo, se o adotante ensinasse um ofício ao adotado este não poderia ser reclamado pela família biológica. Porém, se o pai adotivo porventura viesse a ter filhos naturais e resolvesse abandonar o adotado, teria que dar a terça parte dos seus bens móveis a título de herança. Como pode ser verificado, mesmo nesta época já existia uma preocupação com a sustentabilidade do filho adotado, no caso do pai adotivo o abandonasse. Pode-se depreender, quando Antônio Chaves faz menção à palavra “contratante” na citação acima, demonstra que nesta época o caráter contratual da relação já era utilizado no instituto da adoção. No Código de Manu, que foi redigido entre os séculos II a.C. e II d.C., havia os mesmos dispositivos, quando prevê o enaltecimento da procriação. O homem casado por mais de 08 (oito) anos e que a esposa não procriasse, o marido poderia substituí-la. O interessante neste Código é o caso do homem estéril que poderia autorizar a esposa a ter com o irmão ou outro parente o seu primogênito. Outro ponto que também chama atenção no Código de Manu é que a adoção já era tratada com rigor em relação ao direito sucessório, conforme no seu artigo 558:

Um filho dado a uma pessoa não faz mais parte da família de seu pai natural e não deve herdar de seu patrimônio. O bolo fúnebre segue a família e o patrimônio; para aquele que deu seu filho não há mais oblação fúnebre feita a esse filho. (MONACO p.19)

Verifica-se que a maior preocupação dos homens naquela época era no sentido religioso, quando mencionava-se cerimônia fúnebre, pois para eles, eram os filhos varões que conduziriam os cultos fúnebres dos seus ancestrais. Já no Direito Romano e segundo a Lei

das XII Tábuas, havia dois tipos de adoção a serem praticados: a *ad rogatio* que era adoção na forma mais complexa e a *adoptio* adoção propriamente dita. Em ambos os casos era necessário que o adotante fosse *sui juris (homem)*, mais velho ao menos 18 (dezoito) anos em relação ao adotado e não possuir filhos legítimos ou adotados. Só depois de serem analisados estes requisitos, no caso da *ad-rogatio*, que a igreja e a lei autorizavam a adoção. Como se pode ver a *ad-rogatio* somente se realizava por força de uma lei, em concurso sucessivo da Religião e do Estado. Para a efetivação da *ad-rogatio* era necessário, ainda, a concordância das partes interessadas, ou seja, do *ad-rogante* e do *ad-rogado*.

Já *adoptio* ou adoção em sentido estrito ou propriamente dita do Direito Romano é a que mais se assemelha à concepção moderna do instituto. A adoção, neste caso, possuía característica bem peculiar, segundo a Lei das XII Tabuas, em que o pai que vendesse o filho por três vezes perderia o poder paterno, diferente da *ad-rogatio* aqui deveria ocorrer anuência dos dois *pater familias* e não interessando a opinião do adotado. A efetivação da *adoptio* dependia de duas solenidades: a *mancipatio*, que extinguiu o pátrio poder do pai natural, e a *in juri cessio*, que consistia na cessão de direito pura e simples em favor do adotante, que deveria ser realizada perante o pretor. A forma pela qual a civilização romana se estruturava religiosamente e socialmente favoreceu o desenvolvimento e a plenitude dos efeitos da adoção. Já em Portugal, o instituto da adoção não teve aceitação. Mesmo sendo um país de exagerada fé católica e com grande influência dos romanos, a Igreja não aceitou, indo a valorizar somente os filhos concebidos das relações matrimônios religiosas católicas. A adoção só foi reintroduzida na legislação portuguesa com o Código Civil de 1966, em seu art.1973 e SS. No Brasil, a adoção foi introduzida por influência do Reino de Portugal, fortemente influenciado pelo Direito Canônico.

No entanto, somente com a introdução do Código Civil de 1916, que adoção passa a ser disciplinada no ordenamento jurídico brasileiro, nos termos dos artigos 368 a 378 em que somente poderiam adotar os maiores de cinquenta anos, e pelo menos dezoito anos mais velhos que os adotados, desde que não possuíssem filhos legítimos ou legitimados, colocando obstáculos àqueles que tivessem a intenção de adotar. Quanto a esse aspecto, é interessante observar a necessidade de o adotante não possuir filhos. Este detalhe importante demonstra como a adoção possuía, à época, a função primordial de dar a oportunidade àquele que não podia ou não quis ter um filho biológico, mantendo-se o caráter que a adoção já possuía desde suas origens.

A Lei nº 3.133 de 8 de maio de 1957 veio modificar o Código Civil no Capítulo que faz referência a adoção, mudando requisitos indispensáveis como: a idade mínima de 50 (cinquenta) passou para 30 (trinta) anos, e a diferença de idade entre adotado e adotante de 18

(dezoito) anos para (16) dezesseis anos. A partir daqui os casais que tivessem filhos também poderiam adotar, desde que, comprovassem estabilidade conjugal. Verifica-se, através da citada Lei, uma pequena evolução no que se refere ao caráter da adoção, uma vez que são colocados menos objeções a quem queira adotar. Em 2 de junho de 1965, entra em vigor a Lei nº 4.655, introduzido em nosso ordenamento jurídico a chamada legitimação adotiva. Poderia ser adotado os menores expostos, cujos pais fossem desconhecidos ou que manifestasse por escrito que o menor poderia ser concedido a adoção ou menores de sete anos cujos pais tivessem sido destituído do pátrio poder. Porém era exigido que passassem por um período de adaptação de no mínimo 03(três) anos.

Em 1979, foi recepcionado em no ordenamento jurídico brasileiro, o Código de Menores, por meio da Lei nº 6.697 de 10 de outubro. Esta lei veio por substituir a legitimação adotiva, pela adoção plena. E em 13 de julho de 1990, um estatuto legal veio modificar o instituto da adoção, com a Lei nº 8.069, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente ECRIADE. O ecriad veio para revogar o Código de Menores e modificar a ideia de adoção, visando proteger o melhor interesse da criança e do adolescente, já luz da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1998, Nesta perspectiva, o Estatuto da Criança e do Adolescente outorga ao adotado a condição de filho, atribuindo-lhe os mesmos direitos e deveres, em relação aos filhos biológicos, inclusive os sucessórios. O parentesco resultante da adoção não se limita ao adotante e adotado, envolvendo toda a família do adotante.

NATUREZA JURIDICA

A natureza jurídica da adoção é uma questão que gerou grandes discussões entre os doutrinadores vez que se trata de questão um tanto controversa. E segundo Carlos Roberto Gonçalves diz:

É controversa a natureza jurídica da adoção. No sistema do Código de 1916, era nítido o caráter contratual do instituto. Tratava-se de negócio jurídico bilateral e solene, uma vez que se realizava por escritura pública, mediante o consentimento das duas partes. Se o adotado era maior e capaz, comparecia em pessoa, se incapaz, era representado pelo pai, ou maiores, pelo acordo de vontade [...]. A partir da constituição de 1988, todavia, a adoção passou a constituir-se por ato complexo e a exigir sentença judicial, prevendo-a expressamente o art.47 do Estatuto da Criança e do Adolescente e o art 1623, paragrafo único do Código Civil de 2002 (GONÇALVES, 2008, p. 338)

Por sua vez, Venosa (2007, p.320) assim afirma:

[...] A adoção no Código Civil de 1916 realçava a natureza negocial do instituto, como contrato do direito de família, tendo em vista a singela solenidade da escritura pública que a lei exigia (art 375). Por outro lado, na adoção no Estatuto da criança e do Adolescente não podemos considerar somente a existência de simples bilateralidade na manifestação de vontade, porque o Estatuto participa necessária e ativamente do ato, exigindo-se uma sentença judicial tal como faz o código civil de 2002 [...]

Dessa forma, pode-se dizer que no que tange a natureza jurídica da adoção, verifica-se que a mesma se trata de um ato solene e bilateral, não podendo esta ser subordinada a condição ou termo, fazendo-se necessária a presença do Estado e uma sentença judicial para que esta seja então possível.

PRINCIPIOS DA ADOÇÃO

Quando falamos de princípio principalmente o que tange a adoção, o mais significativo em todos os ramos do direito brasileiro é o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, este princípio vem trazer a preocupação com a ordem dos direitos humanos e da justiça social, foi o que levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional, é considerado o mais universal de todos os princípios, pois o mesmo irradiam todos os demais; liberdade, autonomia, cidadania, igualdade e solidariedade.

Este princípio encontra na família, o local apropriado, pois a ordem constitucional da uma especial proteção independentemente da sua origem, desta maneira favorece o desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideias pluralista, solidarista, democráticos e humanistas.

Outro princípio muito relevante no direito de família é o da proteção integral da criança e do adolescente é encontrado no dispositivo referente à adoção, previsto no artigo 227 da Magna Carta: Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Tal princípio preceitua que o adotante deverá observá-lo e, ainda fornecer ao adotado, um ambiente familiar favorável ao seu desenvolvimento que, por algum motivo, foi privado de sua família biológica.

Portanto, denota-se da Constituição Federal de 1988, que o legislador optou por assegurar a proteção à criança, ao adolescente e ao jovem, como um optou por assegurar a proteção

à criança, ao adolescente e ao jovem, como um dever da família, da sociedade e do Estado, não só para os filhos havidos da relação ou não do casamento, mas também aos adotados, sem nenhuma distinção.

Com isso, denota-se que, os casais ou pessoas que pretendam adotar precisam ter ciência da responsabilidade e da complexidade desse ato. A decisão de adotar uma criança ou adolescente é de suma importância, e antes de ocorrer deve haver uma análise pautada na seriedade pelo adotante, pois, tal ato é reconhecer no filho gerado por outro, seja por caráter consanguíneo ou afim, o próprio filho.

É importante destacar o Princípio da Afetividade pois ele fundamenta as relações interpessoais e o direito de família nas relações sócios afetivas de caráter patrimonial ou biológico e na comunhão de vida. Vem trazer exatamente a ideia de que o afeto é o resultado de todas as mudanças e evoluções ocorridas nos últimos anos na família brasileira, tem como base os valores consagrados pela lei maior e acaba sempre balizando importantes doutrinas e jurisprudência do direito de família.

A constituição Federal elenca um enorme rol de direitos individuais e sociais, como forma de garantir a dignidade de todos, deste modo o estado confere para si obrigações para com seus cidadãos, é uma forma de ter assegurado o afeto, e a adoção também é uma escolha afetiva com igualdade de direitos.

O código civil não traz a palavra afeto, porém invoca o laço da afetividade como um componente indicativo para a definição da guarda do filho quando há a separação dos pais.

O princípio da Igualdade e respeito a diferença trata que a lei deve tratar todos de forma igual. O tratamento isonômico da pessoa igualitária, que traz o sistema jurídico, é assegurada a todos os cidadãos no âmbito social, o código civil consagra o princípio da igualdade no âmbito do direito das famílias essa relação deve ser pautada não pela pura e simples igualdade entre iguais mas pela solidariedade entre seus membros, caracterizada pelo afeto e pelo amor.

O princípio da solidariedade familiar traz um conteúdo ético e moral, tendo origem nos vínculo afetivo, uma vez que solidariedade é o que cada um deve o outro, compreendendo a fraternidade e a reciprocidade, este vínculo é o que impõe que cada pessoa tem os deveres de cooperação, assistência, amparo, ajuda e cuidado em relação as outras. Este princípio se resumi no dever de mútua assistência que os parentes possuem um pelo outro.

O princípio da pluralidade das entidades familiares é visto com o reconhecimento pelo Estado da existência de várias possibilidades de arranjos familiares, a Constituição federal de 1988, reconheceu o princípio da pluralidade familiar, admitindo em seu ordenamento, além das famílias ditas tradicionais aquelas decorrentes de união estável e as famílias monoparental.

Quando trata do Direito de Família é importante ressaltar o princípio da proteção integral a crianças, adolescentes, jovens e idosos, é uma diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado. E a Constituição Federal em seu artigo 227, assegura as crianças e os adolescentes o direito a vida, a saúde, a alimentação ao lazer, a profissionalização, a cultura, a dignidade, ao respeito, a liberdade e a convivência familiar e comunitária.

De forma expressa, fica determinada a garantia de absoluta prioridade aos jovens (art 4º), que compreende a primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstância; precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas e destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção integral á infância e a juventude.

A Carta Magna também veda discriminação em razão da idade, bem como garante especial proteção ao idoso, impondo a família, á sociedade e ao Estado, em seu artigo 230, a obrigação de assegurar sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar, bem como lhe garantindo o direito a vida.

REGIMES E ENTRAVES DA ADOÇÃO BRASILEIRA

O tema da adoção no Brasil é um desafio de enormes dimensões, como comprova a análise dos dados do Cadastro Nacional de Adoção (CNA) e do Cadastro Nacional de Crianças e Adolescentes Acolhidos (CNCA), administrados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). “Este dado é muito alarmante, hoje existe cerca de 5.500 crianças em condições de serem adotadas e quase 30 mil famílias na lista de espera do CNA. O Brasil tem 44 mil crianças e adolescentes atualmente vivendo em abrigos, segundo o CNCA, em fevereiro do ano passado, eram 37 mil”. O mais interessante é o questionamento de um numero tão alarmante, se tem famílias para recebê-las porque os dados continuam os mesmo, em que esfera pode estar o erro.

A primeira situação a ser analisada é a chamada de adoção “à brasileira” está pratica ilegal continua crescendo muito no país, consiste em um modo pelo qual a mãe ou a família biológica “dá” a criança para outra pessoa, escolhida por ela, à margem dos trâmites legais. Muitas vezes, o casal adotante registra a criança como se fosse filho biológico desta maneira essa modalidade de adoção fica fora de qualquer tipo de controle judicial ou institucional, esse tipo de prática acaba afetando famílias que não tem uma situação econômica estável, pois vivem uma pressão social. A adoção à brasileira também pode encobrir casos de venda ou tráfico de crianças. E, sobretudo, esse modo de adoção não leva em conta os interesses da

criança, o que é o mais importante para a lei em vigor, e sim o interesse de quem já possui um determinado fim para o mesmo.

Outrossim, após análise dos perfis do CNA indica que é falsa a crença comum de que o maior obstáculo às adoções no Brasil é a questão racial. Cerca de um terço (32,36%) dos pretendentes só aceita crianças brancas, que representam exatamente três em cada dez das cadastradas. Por esse viés, portanto, não existiria dificuldades. Até porque quase 100% das famílias se dispõem a acolher crianças negras ou pardas, que são duas em cada três do cadastro. Além disso, nada menos que 38,72% se declaram indiferentes em relação à raça do futuro filho ou filha.

A incompatibilidade difícil de ser suplantada é, na verdade, o fato do perfil adotante não se identificar com o perfil adotado, apenas um em cada quatro pretendentes admite adotar crianças com quatro anos ou mais, enquanto apenas 4,1% dos que estão no cadastro do CNJ à espera de uma família têm menos de 4 anos. Esta situação é tão alarmante que em 13 de março deste ano, eram apenas 227 em um universo de 5.465, por isso, cada dia que passam nos abrigos afasta as crianças ainda mais da chance de encontrar um novo lar. Um novo fator muito importante e que não deve ser esquecido é a saída de crianças e adolescentes das instituições de acolhimento, de acordo com as estatísticas do CNJ, é a baixa disposição dos pretendentes para adotar mais de uma criança ao mesmo tempo, ou para receber irmãos. Entre os aptos à adoção do CNA, 76,87% possuem irmãos e a metade desses tem irmãos também à espera de uma família na listagem nacional e como a chance é muito pequena cada vez torna-se mais difícil um irmão mais velho encontrar uma família tornando um problema ainda mais e o separando de sua família de origem.

O importante seria se cada casal que se dispusesse a adotar estivesse pronto para superar a corrida de obstáculo que envolve o processo, paciência para esperar em uma longa fila, precisa também ter uma capacidade financeira e uma estrutura familiar para acolher a criança que não tem família. Isto faz parte da adoção que geralmente o perfil adotado reflete em casais casados com idade equivalente entre 30 e 50 anos, com uma renda consideravelmente boa. Além do estado civil e da idade, dois outros fatores são comuns à grande maioria dos candidatos à adoção no Brasil: a região onde moram e a situação econômica.

A mesma homogeneidade do perfil socioeconômico dos integrantes do cadastro de adotantes pode ser observada em relação às aspirações quanto à criança que esperam acolher na família. Em primeiro lugar está o desejo de adotar uma criança ainda pequena, apenas 4,77% dos pretendentes aceitariam receber um filho com 6 anos ou mais, realidade que se choca com o perfil das crianças aptas à adoção no país.

Mais ainda, são os bebês os mais procurados. Menos de um 1% está disposto à tarefa de acolher um adolescente como filho. Conclui-se, portanto, que o grande empecilho para as adoções, mais do que os entraves burocráticos ou as exigências legais, é mesmo a exigência de pouca idade por parte dos pretendentes. A duração média de um processo de adoção deveria se em torno de um ano, porém na prática, tem processos que demoram até 12 anos. Muitos pais adotivos, mesmo sabendo que a guarda provisória foi concedida, que não há condição da criança voltar à família biológica, ficam na angústia pelo tempo que dura o processo. Esse processo tão prolongado afasta muitas pessoas que têm condições e vontade de serem pais adotivos.

O preconceito racial não é, pelas estatísticas, um fator determinante nas chances que uma criança tem de ser adotada, a maioria dos casais que desejam adotar optam hoje por uma criança negra, ou seja, não se trata de um mito, mas também não é uma verdade absoluta no que diz respeito aos pais postulantes à adoção de crianças negros ou pardos.

O cadastro de pretendentes foi uma das mais importantes vitórias da nova legislação, sem um casal ou uma pessoa disposta a adotar, as crianças não vão ter famílias, no entanto a exigência de candidatos devidamente habilitados em um curso para adoção pode estar sendo um empecilho adicional na redução da fila, Mas as adoções precisam ser preparadas por alguém que tenha capacidade técnica, emocional, que tenha amor em seu coração.

Um outro dado a ser averiguado é o perfil das crianças que estão disponíveis para adoção, em março deste ano segundo dados do CNJ apenas cerca de cinco mil quatrocentos e sessenta e cinco estavam aptas a serem recebidas por novas famílias em um ambiente de mais de 44 mil crianças. E ainda segundo o CNJ Apenas 1 em cada 8,15 crianças abrigadas no país figuravam no Cadastro Nacional de Adoção. São mais meninos (56%) do que meninas (44%), classificados em totais nacionais como pardos (47%), brancos (33%) e negros (19%), além de um pequeno número de indígenas e amarelos. Só na Região Sul o contingente de brancos (54%) supera o de pardos, certamente em razão do perfil étnico dos moradores daqueles estados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Adoção tem que estar dentro do nosso coração. Não é qualquer pessoa que vai adotar. Não se pode pedir a ninguém para adotar uma criança e, quando ela quer adotar, os grupos preparam o casal para uma adoção legal, segura e para sempre, pois vivemos num mundo em constante transformação, onde a cultura das pessoas é deficiente e o preconceito ainda existe. A adoção é um exemplo transparente disso. Adotar um filho é sempre um ato de coragem, afinal é preciso enfrentar o desejo da família em ter consigo alguém que não carregue suas

características genéticas, o preconceito da sociedade em relação às crianças abandonadas, e, principalmente, um medo irracional que muitas vezes se sente de não tratar como filhos crianças que não sabemos a origem. Para quem quer adotar existe uma burocracia imensa.

Entretanto a atuação da atual cultura da adoção tem dificultado os processos de adoção em seus mais diferentes estágios, ou seja, desde o processo de discernimento e decisão do casal/família postulante à adoção até o processo de construção dos vínculos que produzirão os tão almejados laços de família. Assim, identificamos a atual cultura da adoção como um nó, metaforicamente falando. Postulamos como tarefa dos chamados profissionais da adoção (psicólogos, assistentes sociais, advogados, promotores de justiça, juízes, etc.) o urgente exercício ético de “cuidado” com a temática, de modo a não reproduzirmos os mitos e medos existentes, mas que, pelo contrário, trabalhemos em função de suas desconstruções.

A construção de uma nova cultura da adoção é, um dos desafios e um dos caminhos que podemos decidir enfrentar e percorrer para que o contingente de crianças e adolescentes sem famílias comece a diminuir no Brasil. Este é um direito inalienável da criança e do adolescente e um dever ético, e para mudar a realidade brasileira basta toda a política se voltar para essa situação e de maneira eficaz cuidar dessas crianças e adolescentes, para que as mesmas possam ter o encontro com uma família de verdade e viver de forma digna para que também contribua com a futura geração brasileira.

REFERÊNCIAS

ROCHADO TEIXEIRA, Ana Carolina e PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Manual de Direito das Famílias e Sucessões**. Belo Horizonte, Del Rey e Mandamentos, 2008.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. **Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família**. Belo Horizonte, Del Rey, 2006.

HINOKARA, Giselda Fernandes Novaes. **Família e casamento em evolução**. Revista Brasileira de Direito de Família. Proto Alegre; IBDFAM, v.1,n.1, p.17, abr/jun. 1999.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil – Direito de Família**. vol. IV. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2002.

QUEIROGA, Antônio Elias. **Curso de Direito Civil, Direito de Família**. ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2004.

GRANATO, Eunice R. F. **Adoção – Doutrina e Prática. 2º ed. São Paulo: Revista Ampliada. 2010.** Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/revista/realidade-brasileira-sobre-adoção.aspx>> Acesso em 21 de setembro.

ALBEGARIA, Jason. **Adoção Plena. 3º ed.** Belo Horizonte, 1996.

GRANATO, Eunice ferreira Rodrigues. **Adoção. 2º ed.** Curitiba, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro – direito de família. Vol. 6. 5 ed.** São Paulo: Saraiva, 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil – direito de família. Vol 6.7 ed.** São Paulo: Atlas, 2007.

A CONSTRUÇÃO DO ESTADO DE DIREITO SOCIOAMBIENTAL A PARTIR DA PERSPECTIVA DE JÜRGEN HABERMAS: A CONSOLIDAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL SOCIOAMBIENTAL COMO ELEMENTO DE AFIRMAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL ¹

RESUMO

É necessário colocar em destaque que o Estado, na modernidade, de maneira paulatina, sofreu uma sucessão de reconstruções em prol de um Estado social e democrático de direito, passando a aglutinar e refletir os anseios apresentados pela população. Tal fato deriva, sobretudo, das forças contidas na dinamicidade concreta, manifestado pelos direitos fundamentais, em especial os direitos de liberdade e de participação popular, propiciando o robustecimento do liame entre direito e democracia, de maneira que aquele não pode ficar alheio ao poder comunicativo contido nos discursos que orientam para a construção de um Estado Socioambiental do Direito. Tratam-se de manifestar, de maneira maciça, os ideários de solidariedade e de dignidade da pessoa humana que passam a alçar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à sadia qualidade de vida como pilar de reconstrução do Estado, conferindo-lhe um aspecto que objetive ofertar tutela ao meio ambiente. Neste passo, a *Teoria da Ação Comunicativa*, proposta por Jürgen Habermas, atua como filtro de análise para justificar a onda de juridificação contemporânea, consistente na edificação do Estado Socioambiental do Direito.

Palavras-chaves: Estado Socioambiental de Direito. Mínimo Existencial Socioambiental. Teoria da Ação Comunicativa.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Debruça-se o presente nos pressupostos apresentados por Jürgen Habermas, em sua *Teoria da Ação Comunicativa* e que é estendido, posteriormente, para *Direito e Democracia*, consistente no primado que as teorias sociais modernas não podem estas alheias ao efetivo papel desempenhado pelo direito, no que toca à consolidação dos ideários da democracia. Faz-se necessário considerar que o Estado, no decorrer da modernidade, de maneira paulatina, foi edificando-se em um Estado social e democrático de direito, passando a refletir os anseios da população. Neste passo, as forças decorrentes da dinamicidade concreta, exteriorizado por

¹ Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFF. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

meio dos direitos fundamentais, dentre os quais sobreleva destacar os direitos de liberdade e de participação popular, ofertaram as condições de se vindicar, de modo determinante, a consolidação do liame existente entre direito e democracia, de modo que o Estado de direito não pode ficar indiferente ao poder comunicativo desencadeado pelos procedimentos discursivos, em instâncias democráticas e que, diretamente, afetam as dimensões que a própria sociedade reclama que sejam normatizadas sob a tutela do Estado. Impregnado por tais considerações, é possível, contemporaneamente, sustentar a construção de um Estado Socioambiental de Direito, dispensando ao meio ambiente, em decorrência da proeminência assumida globalmente, tutela jurídica.

Baseado em Jürgen Habermas, objetiva-se discorrer acerca da conformação do Direito ao Estado Socioambiental, incluindo-se mais um elemento ao Estado social e democrático de direito. Assim, ao erigir duas colunas essenciais, a participação sustentada e a prevalência de princípios ecológicos, o Estado Socioambiental de Direito ambiciona, sobretudo, a construção da igualdade entre os cidadãos, manifestado a partir do controle jurídico do uso racional do meio ambiente, considerado em uma esfera de bem de uso comum. É patente que a complexidade que emoldura as questões ambientais, fortemente acentuadas em um cenário marcado por desigualdades sociais, conjugado com a massificação da pobreza e o agudo agravamento da degradação ambiental, assim como com o esvaziamento da capacidade regulatória do Estado, afiguram obstáculos a estruturação do Estado Socioambiental de Direito. Entrementes, é carecido que a viabilidade seja intermediada pela ação conjunta do Estado e da coletividade, ressoando, no território nacional, o aspecto de corresponsabilidade, em relação ao meio ambiente, expressado no Texto Constitucional de 1988, em seu artigo 225 que erige o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como elemento integrante do ideário da dignidade da pessoa humana.

É notório que incumbe ao Estado à promoção de educação e de informação ambiental, estruturando espaços de proteção ambiental e a execução do planejamento ambiental, tal como editar normas que objetivem a proteção e a preservação do ambiente e assegurar o acesso à justiça por meio de instrumentos eficientes para a tutela do meio ambiente. Por sua vez, a coletividade responsabilizada pelo dever constitucional de preservar e proteger o meio ambiente deve conscientizar-se da crise ambiental global e da importância do exercício de uma cidadania pautada na participação. Nessa linha, cuida salientar que o Estado Socioambiental de Direito reclama uma concepção integrada do ambiente na qual a proteção ambiente ocorre de maneira global e democrática, considerando todos os impactos provenientes da instalação de atividades ou obras potencialmente causadoras de poluição.

Assim, o presente propõe estabelecer uma análise assentada em uma ponderação ecológica, na qual os interesses e direitos envolvidos sejam analisados de maneira plural e a par da defesa do ambiente, o legislador edifica outros fitos a serem perseguidos pelo poder público, como desenvolvimento econômico, necessidade de emprego, independência energética e defesa da concorrência. De igual modo, o presente socorre-se do aporte doutrinário apresentado pelo Direito Ambiental e Direito Constitucional, calcado nos conceitos tradicionais e imprescindíveis para o fomento da discussão, utilizando, para tanto, do discurso apresentado por Paulo Affonso Leme Machado, Celso Antonio Pacheco Fiorillo e José Afonso da Silva, tal como a visão apresentada por Jürgen Habermas no que se refere à ideia de dignidade e direitos fundamentais, expressado em especial na obra *Sobre a constituição da Europa*. No que tange à edificação da ótica do Estado de Direito Socioambiental, será utilizado como insumo, sobretudo, as impressões apresentadas por Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer.

BREVE PAINEL DA ESTRUTURAÇÃO DO ESTADO NA MODERNIDADE: A JURIDIFICAÇÃO NA VISÃO HABERMASIANA

Em *Teoria da Ação Comunicativa*, Habermas apresenta como objeto de análise a patologia vivenciada pelas sociedades modernas capitalistas, em razão do liame e a interpenetração dos subsistemas Economia e Estado, que devido aos meios monetários e burocráticos, passam a interferir na reprodução simbólica do *mundo da vida*. Quadra salientar que o *mundo da vida* “é o espaço da interação mediada linguisticamente para o entendimento intersubjetivo orientado por pretensões de validade referentes às esferas axiológicas” (CARVALHO, 2009, p. 68). De maneira complementar, o *mundo da vida* pode ser descrito como o espaço em que ocorrem as experiências, relações intersubjetivas e valores que são familiares no trato cotidiano com os homens e as coisas. Pizzi, ao discorrer acerca do tema, coloca, com bastante ênfase, que no *mundo da vida*:

[...] o sujeito, enquanto tal, tem um mundo ao seu redor e a ele pertence – como os demais seres -, não necessitando recorrer à ciência experimental para afirmar a certeza disso. Não se trata, portanto, do mundo na virtude natural [...] mas é o mundo histórico-cultural concreto, das vivências cotidianas com seus usos e costumes, saberes e valores, ante os quais se encontra a imagem do mundo elaborado pelas ciências. (PIZZI, 2006, p. 63).

Com efeito, é patente que a introdução de elementos capazes de modificar o *mundo da vida* reflete, de maneira direta, na percepção a ser apresentada pelo indivíduo, decorrendo

tal fato da representação simbólica que passa a subsistir. “A economia e o Estado asseguram a reprodução material e institucional da sociedade moderna, sem, contudo, admitir o questionamento dos princípios que regem o seu funcionamento” (FREITAG, 1995, p. 142). Assim, o processo de modernização societária está intimamente relacionado às transformações ocorridas no sistema, à modernidade cultural e às transformações no *mundo da vida*. “Em função dessa leitura é sinalizada que a interferência sistêmica no *mundo da vida* traz consigo, inevitavelmente, processos de juridificação constituídos pela tendência de as sociedades modernas ampliarem significativamente a extensão do direito escrito” (BANNWART JÚNIOR; OLIVEIRA, 2009, p. 2.217).

É denotável que o direito estende, maciçamente, a sua incidência sobre novos assuntos sociais que eram tratados, principalmente, de maneira informal no *mundo da vida* tradicional. Cuida destacar que a regulação jurídica, no que se refere a novos âmbitos da sociedade, é densamente caracterizada pela extensão do direito em consonância com o desmembramento da matéria jurídica global em múltiplas searas peculiares que reclamam especificidades próprias, a exemplo do que se observa com a questão ambiental, em especial a partir da década de 1970, com a construção de tratados internacionais a respeito do tema. Segundo Andrews (2010, p. 09) aponta, “o termo ‘juridificação’ tem um sentido próximo ao termo ‘judicialização’, que corresponde à substituição do debate político pela regulação legal; ainda assim, ele tem um sentido mais abrangente, pois se refere à formalização de todas as relações sociais e não apenas à substituição do debate político por normas e leis”. Nessa perspectiva, a juridificação é descrita como um processo pelo qual os conflitos humanos são inteiramente despidos de sua dimensão existencial própria por meio do formalismo jurídico, sofrendo, via de consequência, desnaturação em razão da respectiva submissão a processos de resolução de natureza jurídica. Trata-se, assim, de conferir aspecto jurídico a temas que florescem na dinamicidade da sociedade, a fim de dispensar tutela.

Consoante destaca Bannwart Júnior e Oliveira (2009, p. 2.217), “Habermas demonstra que o processo de juridificação nos âmbitos de ação estruturados comunicativamente, passa a ser organizado sob forma do direito moderno”. Insta observar que em *Teoria da Ação Comunicativa*, especificamente no capítulo intitulado “Jornadas de Juridificação”, Habermas apresenta quadro ondas de juridificação que, em apertada síntese, estariam estruturadas: (i) Estado burguês que se desenvolveu na Europa ocidental, na forma de sistemas de Estados na época do Estado absolutista; (ii) Estado de direito, externalizado por meio do modelo paradigmático da monarquia alemã do século XIX; (iii) Estado Democrático de direito, robustamente difundido na Europa e na América do norte, como consequência advinda dos

ideários defendidos e hasteados na Revolução Francesa; e (iv) Estado social e democrático de direito, estruturando no desenrolar do século XX, como fruto das lutas do movimento operário ocorrido na Europa. Em mesmo passo, Andrews coloca em observação que:

Habermas (1984) identifica quatro “ondas” de juridificação a partir do início da modernidade. A primeira teria sido a institucionalização do Estado burguês no período absolutista, correspondendo à demarcação entre Estado e o restante da sociedade. Essa fase de juridificação corresponderia à perspectiva hobbesiana: o mundo-da-vida seria apenas o *ambiente* para o Estado, este último sendo a única dimensão relevante. A segunda onda de juridificação corresponderia ao Estado burguês constitucional. Essa nova fase de juridificação seria caracterizada pela incorporação de garantias individuais contra as interferências do Estado, delimitando as fronteiras do Estado *vis-à-vis* a sociedade civil. A terceira onda de juridificação corresponderia ao Estado constitucional democrático, que introduziu o direito à participação política dos cidadãos. A partir dessa terceira onda de juridificação, as leis passaram a demandar uma base de legitimidade democrática, cujo pressuposto é a existência de interesses gerais. A emergência da tese da separação dos poderes — Executivo, Legislativo e Judiciário — seria típica dessa terceira onda de juridificação, pois reflete o problema de relacionamento entre as diferentes esferas. Cabe notar que, na fase o Estado constitucional, a juridificação se refere apenas ao relacionamento entre o Executivo e o Judiciário. Finalmente, a quarta onda de juridificação corresponderia à emergência do Estado Democrático de Bem-Estar Social. Nessa etapa, os controles anteriormente introduzidos para a contenção do subsistema administrativo são estendidos ao subsistema econômico. Aqui também as políticas do Estado de Bem-Estar Social seguiram na direção da expansão e garantia das liberdades. (ANDREWS, 2010, p. 09-10).

Verifica-se, a partir do posicionamento apresentado por Habermas, que o liame existente entre a história do direito e a lógica evolutiva da consciência moral encontra guarida na premissa de que a derrocada de uma determinada forma de legitimação do direito advém em função da emergência de novos modelos e estruturas de consciência moral. “Várias indicações situam o direito moderno – com suas ideias peculiares de racionalidade interna, contrato social, relação direito e justiça sem pressupostos substanciais – dentro de estruturas pós-tradicionais de consciência moral” (BANNWART JÚNIOR; OLIVEIRA, 2009, p. 2.218). Prima sublinhar que Habermas, em sua *Teoria da Ação Comunicativa*, descreve, de maneira esquemática, que os patamares de consciência moral (pré-convencional, convencional e pós-convencional) correspondem, de maneira clara, a três espécies de direito (revelado, tradicional e formal) e a três concepções éticas (mágica, estatuto da lei, e a da intenção e da responsabilidade). Dessa feita, a relação vinculativa do direito moderno ao nível pós-convencional possibilita a formação de condições procedimentais para que as normas estabelecidas sejam avaliadas e fundamentadas em harmonia com princípios universais. É possível assinalar que as normas não são concebidas de maneira sacralizada, impassíveis de serem tocadas ou modificadas; ao

reverso, ao erigir os princípios universais como filtros de validação e, concomitantemente, flâmulas a serem observadas, é facilmente observável que aqueles passam a gozar de status de metarregras, influenciando, de modo direto, as estruturas procedimentais a serem edificadas.

ANOTAÇÕES AO PROCESSO DE EDIFICAÇÃO DO ESTADO SOCIOAMBIENTAL DE DIREITO A PARTIR DA TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA DE HABERMAS

Em decorrência das ondas de juridificação apresentadas por Habermas, notadamente em seu desdobramento na condição de mola propulsora para a evolução do Estado, o presente busca estruturar a visão do denominado Estado Socioambiental de Direito, colocando em destaque que a problemática ambiental apresenta moldura que se estende além da dimensão dos direitos humanos, assumindo aspecto caracterizador de uma percepção contemporânea do Estado. Com efeito, para a edificação do Estado Socioambiental do Direito é imprescindível a existência do Estado que ostente as características de ser de direito, democrático e social, que para prevalecer reclama todos os elementos ora descritos, considerando como inseparáveis e indispensáveis para a sua amoldagem. Em um contato inicial, quadra ponderar que o Estado Socioambiental do Direito deriva da construção de um desenvolvimento duradouro, aplicando-se os feixes axiomáticos encerrados no ideário de solidariedade econômica e social para alcançar um desenvolvimento pautado na sustentabilidade, orientando a busca pela igualdade robusta entre os cidadãos, por meio do controle exercido pelo sistema jurídico do uso racional do patrimônio natural. Trata-se, com efeito, de lançar mão dos ideários proveniente dos direitos de terceira dimensão que são, segundo Bonavides (2007, p. 569), dotados de proeminente teor de humanismo e universalidade, cristalizando, no final do século XX, os direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou mesmo de um Estado específico.

A miséria e a pobreza, como claras manifestações da falta de acesso aos direitos sociais essenciais, tais como: saúde, saneamento básico, educação, moradia, alimentação e renda mínima, caminham juntas com a degradação e a poluição do meio ambiente, atentando contra a dignidade das populações de baixa renda. Em razão de tais aspectos, imperioso faz-se a adoção de uma tutela que alcance, concomitantemente, os direitos sociais e os direitos ecológicos, com o fito exclusivo de assegurar as condições mínimas para a preservação e manutenção da qualidade de vida, promovendo, deste modo, o superprincípio norteador da Constituição da República Federativa do Brasil (2015a), qual seja: o da dignidade da pessoa humana. Desta feita, com o escopo de promover a ampliação do núcleo de direitos sociais, impende salientar

que aqueles compreendem tanto os direitos relacionados à educação, formação profissional e trabalho, como os direitos à alimentação, moradia, assistência médica e os demais que, no transcurso do tempo, podem ser encarados como integrante da concepção de vida digna. Destarte, a partir da novel interpretação concedida ao direito a um meio ambiente saudável, é possível colocar em evidência a proeminência de tal tema, constituindo, inclusive, a extensa rubrica dos direitos sociais.

Como bem evidenciam Sarlet e Fensterseifer (2012, p. 101), cogente faz-se frisar, notadamente em razão da consolidação do entendimento do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a existência de uma dimensão social quanto de uma dimensão ecológica constituintes da dignidade da pessoa humana. A configuração do Estado Socioambiental de Direito apresenta como questão dotada de relevância a segurança ambiental, que passa a assumir posição central, incumbindo ao Ente Estatal a função de salvaguardar os cidadãos contras novas formas de violação de sua dignidade e dos seus direitos fundamentais, em razão dos efeitos devastadores dos impactos socioambientais produzido pela sociedade de risco contemporânea.

É fato que a construção do Estado Socioambiental de Direito não se faz de maneira a apenas afixar limites aos direitos, liberdades e garantias, em uma clara acepção da tradição liberal de Estado de direito, o que desencadearia uma visão pautada no minimalismo ambiental. Doutra ângulo, o Estado Socioambiental de Direito, com o fito de promover a tutela da dignidade humana, em razão dos diversos riscos ambientais e da insegurança propiciados pela sociedade tecnológica, deve ser capaz de conjugar os valores fundamentais que são ejetados das relações sociais e, por meio de suas instituições democráticas, garantir aos cidadãos a segurança carecida à manutenção e proteção de vida com qualidade ambiental, observando, inclusive, as consequências futuras resultantes da adoção de determinadas tecnologias. “É precisamente nesse contexto que assume importância o reconhecimento dos deveres de proteção do Estado, em especial a partir da assim chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 102). Subsiste, *in casu*, um dever estatal de garantia da segurança ou de prevenção de riscos, o que é verificável em todas as dimensões da socioambientalidade, tais como a segurança alimentar ou mesmo na produção e comercialização de medicamentos, e da própria segurança pública e pessoal.

Assentado em tais ideários, é possível salientar que, por meio da concretização dos deveres de proteção em relação aos direitos fundamentais e a dignidade humana, o Estado contemporâneo deve se ajustar, e em sendo necessário se remodelar, às novas ameaças e riscos ecológicos, os quais têm o condão de fragilizar a própria existência humana. Assim,

em consonância com a proteção do meio ambiente, enquanto um reforço da proteção da dignidade da pessoa humana, a ordem constitucional brasileira, conforme se extrai dos dispositivos 170, 186 e 225, todos da Constituição Federal (2015a), inauguram um modelo jurídico-político-econômico em harmonia com o princípio do desenvolvimento sustentável. Com efeito, com o escopo de ilustrar tais ponderações, curial se faz citar a manifestação do Ministro Celso de Mello, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 3.540/DF, em especial quando destaca que:

O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações (BRASIL, 2015c).

Denota-se, assim, que “o novo modelo de Estado de Direito objetiva uma salvaguarda cada vez maior da dignidade humana e de todos os direitos fundamentais (de todas as dimensões), em vista de uma (re)construção histórica permanente dos seus conteúdos normativos” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 103). Ao lado do esposado, o modelo de Estado de Direito Socioambiental revela tão somente a incorporação de uma nova dimensão, com o intuito de contemplar o elenco dos objetivos fundamentais do Estado de Direito contemporâneo, a saber: a proteção do ambiente, que se articula, de modo dialético, com as demais dimensões já consagradas, de maneira plena, no decorrer do percurso histórico de formação do Estado de Direito, notadamente no que concerne à proteção dos direitos fundamentais, consistente na realização de uma democracia política participativa, a disciplina e regulação da atividade econômica pelo poder político democrático e a materialização dos objetivos de justiça social. Ora, em uma acepção última, é possível afirmar que o Estado Socioambiental de Direito, de maneira cristalina, configura a afirmação dos direitos de terceira dimensão e a influência que passam a apresentar na configuração contemporânea. Nesta linha, é possível ilustrar o apresentado com a manifestação do Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 1.856/RJ, em especial quando destaca:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os

integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível (BRASIL, 2015c).

Com efeito, o corolário constitucional da solidariedade apresenta-se como um axioma do Estado Socioambiental de Direito, conjugado com a liberdade e a igualdade, com o escopo de concretizar a dignidade em todos os seres humanos. Ademais, no contexto das relações jurídicas que se trava no âmbito ambiental, é possível, dada a proeminência do tema, reconhecer e tutelar a dignidade das gerações futuras, valorando a denominada solidariedade transgeracional. “O discurso da necessidade de preocupação das gerações presentes com as futuras gerações ganha força nas últimas décadas com o desenvolvimento da técnica e sua utilização de forma irracional pelo sistema capitalista” (SCARPI, 2008, p. 76). Da mesma forma, não se pode olvidar que é imperioso a garantia de um mínimo, em termos de qualidade ambiental, na perspectiva das gerações humanas futuras, materializando a tutela insculpida no artigo 225 da Constituição Federal de 1988 (2013a). “A responsabilidade pela preservação de um patamar ecológico mínimo deve se atribuída, tanto na forma dos deveres de proteção do Estado como na forma de deveres fundamentais dos particulares, às gerações humanas presentes” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 106), materializando para estas o dever de preservar as bases naturais mínimas para o desenvolvimento da vida das gerações futuras.

A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

É perceptível que a edificação de um Estado Socioambiental de Direito guarda umbilical relação, no cenário nacional, com o ideário da dignidade da pessoa humana, sobremaneira devido à proeminência concedida ao tema na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Cuida assinalar que a acepção originária de dignidade rememora a priscas eras, tendo seu sentido evoluído, de maneira íntima, com o progresso do ser humano. Em sua gênese, as bases conceituais da dignidade se encontravam sustentadas na reflexão de cunho filosófico, proveniente de um ideal estoico e cristão. Por oportuno, prima evidenciar que o pensamento estoico, ao edificar reflexões no que tange ao tema, propunha que “a dignidade seria uma qualidade que, por ser inerente ao ser humano o distinguiria dos demais. Com o advento do Cristianismo, a ideia grande reforço, pois, a par de ser característica inerente apenas ao ser humano” (BERNARDO, 2006, p. 231). No mais, ainda nesta trilha de raciocínio, não se pode olvidar que o pensamento

cristão, em altos alaridos, propugnava que o ser humano fora criado à imagem e semelhança de Deus. Ora, salta aos olhos que aviltar a dignidade da criatura, em último estágio, consubstanciaria violação à própria vontade do Criador. Com efeito, a mensagem, inicialmente, anunciada pelo pensamento cristão sofreu, de maneira paulatina e tímida, um sucedâneo de deturpações que minaram o alcance de suas balizas, maiormente a partir da forte influência engranzada pelos interesses políticos. Desta sorte, uma gama de violações e abusos passou a encontrar respaldo e, até mesmo, argumentos justificadores, tendo como espora rotunda o pensamento cristão, subvertido e maculado pelas ingerências da ganância dos detentores do poder.

Nesse prisma, impende realçar que o significado da dignidade da pessoa foi, de modo progressivo, objeto de construção doutrinária, sendo imprescindível sublinhar as ponderações, durante a Idade Média, de São Tomás de Aquino que, na obra *Summa Theologica*, arquitetou significativa contribuição, precipuamente quando coloca em evidência que “a dignidade da pessoa humana encontra fundamento na circunstância de que o ser humano fora criado à imagem e semelhança de Deus” (SCHIAVI, 2013, p. 04), ajustado com a capacidade intrínseca do indivíduo de se autodeterminar. Resta evidenciado, a partir do cotejo das informações lançadas alhures, que o ser humano é livre, orientando-se, negrite-se com grossos traços, segundo a sua própria vontade. Ainda no que concerne ao desenvolvimento dos axiomas edificadores da acepção da dignidade da pessoa humana, durante o transcurso dos séculos XVII e XVIII, cuida enfocar a atuação de dois pensadores, quais sejam: Samuel Pufendorf e Immanuel Kant. Aduzia Samuel Pufendorf que incumbia a todos, abarcando o monarca, o respeito da dignidade da pessoa humana, afigurando-se como o direito de se orientar, atentando-se, notadamente, para sua razão e agir em consonância com o seu entendimento e opção. Immanuel Kant, por sua vez, “talvez aquele que mais influencia até os dias atuais nos delineamentos do conceito, propôs o seu imperativo categórico, segundo o qual o homem é um fim em si mesmo” (BERNARDO, 2006, p. 234). Não pode o homem nunca ser coisificado ou mesmo empregado como instrumento para alcançar objetivos.

Afora isso, é necessário destacar que as coisas são dotadas de preço, já que podem ser trocadas por algo que as equivale; as pessoas, doutro modo, são dotadas de dignidade, sendo repudiável a estruturação de uma troca que objetive a troca por algo similar ou mesmo que se aproxime. Oportunamente, Martins (2008, p. 07) leciona, em conformidade com os ideários irradiados pelo pensamento kantiano, que todas as ações norteadas em favor da redução do ser humano a um mero objeto, como instrumento a fomentar a satisfação de outras vontades, são defesas, eis que afronta, de maneira robusta, a dignidade da pessoa humana. No intento de fortalecer as ponderações estruturadas até aqui, há que se trazer o magistério de Schiavi:

No âmbito do pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, a concepção da dignidade da pessoa humana, assim como a idéia do direito natural em si, passou por um processo de racionalização e laicização, mantendo-se, todavia, a noção fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade. A dignidade da pessoa humana era considerada como a liberdade do ser humano de optar de acordo com a sua razão e agir conforme o seu entendimento e opção, bem como – de modo particularmente significativo – o de Immanuel Kant, cuja concepção de dignidade parte da autonomia ética do ser humano, considerando esta (a autonomia) como fundamento da dignidade do homem, além de sustentar o ser humano (o indivíduo) não pode ser tratado – nem por ele próprio – como objeto. É com Kant que, de certo modo, se completa o processo de secularização da dignidade, que, de vez por todas, abandonou suas vestes sacrais. Sustenta Kant que o Homem e, duma maneira geral, todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade. (SCHIAVI, 2013, p. 04).

Não se pode perder de vista que, em decorrência da sorte de horrores perpetrados durante a Segunda Grande Guerra Mundial, os ideários kantianos foram rotundamente rememorados, passando a serem detentores de vultosos contornos, vez que, de maneira realista, foi possível observar as consequências abjetas provenientes da utilização do ser humano como instrumento de realização de interesses. A fim de repelir as ações externadas durante o desenrolar da Segunda Grande Guerra Mundial, o baldrame da dignidade da pessoa humana foi maciçamente hasteado, passando a tremular como flâmula orientadora da atuação humana, restando positivado em volumosa parcela das Constituições promulgadas no pós-guerra, mormente as do Ocidente. “O respeito à dignidade humana de cada pessoa proíbe o Estado e dispor de qualquer indivíduo apenas como meio para outro fim, mesmo se for para salvar a vida de muitas outras pessoas” (HABERMAS, 2012, p. 09). É perceptível que a moldura que enquadra a construção da dignidade da pessoa humana, na condição de produto da indignação dos humilhados e violados por períodos de intensos conflitos bélicos, expressa um conceito fundamental responsável por fortalecer a construção dos direitos humanos, tal como, de maneira atrelada, de instrumentos que ambicionem evitar que se repitam atos atentatórios contra a dignidade de outros indivíduos.

Por óbvio, a República Federativa do Brasil, ao estruturar a Constituição Cidadã de 1988 (2013a) concedeu, expressamente, relevo ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo colocada sob a epígrafe “dos princípios fundamentais”, positivado no inciso III do artigo 1º. Com avult, o aludido preceito passou a gozar de *status* de pilar estruturante do Estado Democrático de Direito, toando como fundamento para todos os demais direitos. Nesta trilha, também, há que se enfatizar que o Estado é responsável pelo desenvolvimento da convivência humana em uma sociedade norteadas por caracteres pautados na liberdade e

solidariedade, cuja regulamentação fica a encargo de diplomas legais justos, no qual a população reste devidamente representada, de maneira adequada, participando e influenciando de modo ativo na estruturação social e política. Ademais, é permitida, inda, a convivência de pensamentos opostos e conflitantes, sendo possível sua expressão de modo público, sem que subsista qualquer censura ou mesmo resistência por parte do Ente Estatal.

Nesse almiré, verifica-se que a principal incumbência do Estado Democrático de Direito, em harmonia com o ventilado pelo dogma da dignidade da pessoa humana, está jungido na promoção de políticas que visem a eliminação das disparidades sociais e os desequilíbrios econômicos regionais, o que clama a perseguição de um ideário de justiça social, ínsito em um sistema pautado na democratização daqueles que detém o poder. Ademais, não se pode olvidar que “não é permitido admitir, em nenhuma situação, que qualquer direito viole ou restrinja a dignidade da pessoa humana” (RENON, 2009, p. 19), tal ideário decorre da proeminência que torna o preceito em comento em patamar intocável e, se porventura houver conflito com outro valor constitucional, aquele há sempre que prevalecer. Frise-se que a dignidade da pessoa humana, em razão da promulgação da Carta de 1988, passou a se apresentar como fundamento da República, sendo que todos os sustentáculos descansam sobre o compromisso de potencializar a dignidade da pessoa humana, fortalecido, de maneira determinante, como ponto de confluência do ser humano. Com o intuito de garantir a existência do indivíduo, insta realçar que a inviolabilidade de sua vida, tal como de sua dignidade, faz-se proeminente, sob pena de não haver razão para a existência dos demais direitos. Neste diapasão, cuida colocar em saliência que a Constituição de 1988 consagrou a vida humana como valor supremo, dispensando-lhe aspecto de inviolabilidade.

Evidenciar se faz necessário que o princípio da dignidade da pessoa humana não é visto como um direito, já que antecede o próprio Ordenamento Jurídico, mas sim um atributo inerente a todo ser humano, destacado de qualquer requisito ou condição, não encontrando qualquer obstáculo ou ponto limítrofe em razão da nacionalidade, gênero, etnia, credo ou posição social. Nesse viés, o aludido bastião se apresenta como o maciço núcleo em torno do gravitam todos os direitos alocados sob a epígrafe “fundamentais”, que se encontram agasalhados no artigo 5º da Constituição Cidadã. Ao perfilhar-se à umbilical relação nutrida entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, podem-se tanger dois aspectos basais. O primeiro se apresenta como uma ação negativa, ou passiva, por parte do Ente Estatal, a fim de evitar agressões ou lesões; já a positiva, ou ativa, está atrelada ao “sentido de promover ações concretas que, além de evitar agressões, criem condições efetivas de vida digna a todos” (BERNARDO, 2006, p. 236).

Comparato (1998, p. 76) alça a dignidade da pessoa humana a um valor supremo, eis que “se o direito é uma criação humana, o seu valor deriva, justamente, daquele que o criou. O que significa que esse fundamento não é outro, senão o próprio homem, considerando em sua dignidade substância da pessoa”, sendo que as especificações individuais e grupais são sempre secundárias. A própria estruturação do Ordenamento Jurídico e a existência do Estado, conforme as ponderações aventadas, só se justificam se erguerem como axioma maciço a dignidade da pessoa humana, dispensando esforços para concretizarem tal dogma. Mister se faz pontuar que o ser humano sempre foi dotado de dignidade, todavia, nem sempre foi (re)conhecida por ele. O mesmo ocorre com o sucedâneo dos direitos fundamentais do homem que, preexistem à sua valoração, os descobre e passa a dispensar proteção, variando em decorrência do contexto e da evolução histórico-social e moral que condiciona o gênero humano. Não se pode perder de vista o corolário em comento é a síntese substantiva que oferta sentido axiológico à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, determinando, conseqüentemente, os parâmetros hermenêuticos de compreensão. A densidade jurídica do princípio da dignidade da pessoa humana, no sistema constitucional adotado, há de ser, deste modo, máxima, afigurando-se, inclusive, como um corolário supremo no trono da hierarquia das normas.

A interpretação conferida pelo corolário em comento não é para ser procedida à margem da realidade. Ao reverso, alcançar a integralidade da ambição contida no bojo da dignidade da pessoa humana é elemento da norma, de modo que interpretações corretas são incompatíveis com teorização alimentada em idealismo que não as conforme como fundamento. Atentando-se para o princípio supramencionado como estandarte, o intérprete deverá observar para o objeto de compreensão como realidade em cujo contexto a interpretação se encontra inserta. Ao lado disso, nenhum outro dogma é mais valioso para assegurar a unidade material da Constituição senão o corolário em testilha. Como bem salientou Sarlet (2002, p. 83), “um Estado que não reconheça e garanta essa Dignidade não possui Constituição”. Ora, considerando os valores e ideários por ele abarcados, não se pode perder de vista que as normas, na visão garantística consagrada no Ordenamento Brasileiro, reclamam uma interpretação em conformidade com o preceito em destaque. Diante da construção da dignidade da pessoa humana, cuja afirmação dá-se em plurais âmbitos, é possível colocar em destaque que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado apresenta-se como um dos plurais pilares sustentadores do denso conceito encerrado no superprincípio, devido, primordialmente, à proeminência da questão ambiental e a estruturação do ideário de uma solidariedade que ultrapassa a presente geração, reclamando uma ótica preocupada com as futuras gerações e ao acesso às condições mínimas de desenvolvimento.

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL SOCIOAMBIENTAL: O DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO ENQUANTO MANIFESTAÇÃO DO SUPERPRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Ao adotar como ponto inicial de análise o meio ambiente e sua relação direta com o homem contemporâneo, necessário faz-se esquadrihar a concessão jurídica apresentada pela Lei Nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981 (2015b), que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Aludido diploma, ancorado apenas em uma visão hermética, concebe o meio ambiente como um conjunto de condições, leis e influências de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Nesse primeiro momento, salta aos olhos que o tema é dotado de complexidade e fragilidade, eis que dialoga uma sucessão de fatores distintos, os quais são facilmente distorcidos e deteriorados devido à ação antrópica.

José Afonso da Silva (2009, p. 20), ao traçar definição acerca de *meio ambiente*, descreve-o como “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”. Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2012, p. 77), por sua vez, afirma que a concepção definidora de meio ambiente está pautada em um ideário jurídico despido de determinação, cabendo, diante da situação concreta, promover o preenchimento da lacuna apresentada pelo dispositivo legal supramencionado. Trata-se, com efeito, de tema revestido de maciça fluidez, eis que o meio ambiente está diretamente associado ao ser humano, sofrendo os influxos, modificações e impactos por ele proporcionados. Não é possível, ingenuamente, conceber, na contemporaneidade, o meio ambiente apenas como uma floresta densa ou ecossistemas com espécies animais e vegetais próprios de uma determinada região; ao reverso, é imprescindível alinhar o entendimento da questão em debate com os anseios apresentados pela sociedade contemporânea. Nesta linha, o Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº. 4.029/AM, já salientou que:

[...] o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A gemação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal. (BRASIL, 2015c).

Pelo excerto transcrito, denota-se que a acepção ingênua do *meio ambiente*, na condição estrita de apenas condensar recursos naturais, está superada, em decorrência da dinamicidade da vida contemporânea, içado à condição de tema dotado de complexidade e integrante do rol de elementos do desenvolvimento do indivíduo. Tal fato decorre, sobretudo, do processo de constitucionalização do meio ambiente no Brasil, concedendo a elevação de normas e disposições legislativas que visam promover a proteção ambiental. Ao lado disso, não é possível esquecer que os princípios e corolários que sustentam a juridicidade do meio ambiente foram alçados a patamar de destaque, passando a integrar núcleos sensíveis, dentre os quais as liberdades públicas e os direitos fundamentais. “Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as normas de proteção ambiental são alçadas à categoria de normas constitucionais, com elaboração de capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente” (THOMÉ, 2012, p. 116).

A construção do direito ao meio ambiente enquanto direito de todos exige uma perspectiva republicana de bem comum, enquanto bem da comunidade, que não se ajusta com perfeição às teses liberais. A construção – e não a declaração – do direito ao meio ambiente exige um fundamento ético que não se funda na competição, mas antes na solidariedade. Exige uma construção ética que pensa a figura do outro, não como adversário, mas como parte da construção por todos de um projeto comum de humanidade. (SCARPI, 2008, p. 77-78)

Em ressonância com o preceito de necessidades humanas básicas, na perspectiva das presentes e futuras gerações, é colocada, como ponto robusto, para reflexão a exigência de um patamar mínimo de qualidade e segurança ambiental, sem o qual o preceito de dignidade humana restaria violentado em seu núcleo essencial. A seara de proteção do direito à vida, quando confrontado com o quadro de riscos ambientais contemporâneos, para atender o padrão de dignidade alçado constitucionalmente, reclama ampliação a fim de abarcar a dimensão no seu quadrante normativo. Insta salientar, ainda, que a vida se apresenta como condição elementar para o pleno e irrestrito exercício da dignidade humana, conquanto esta não se limite àquela, porquanto a dignidade não se resume a questões existenciais de natureza essencialmente biológica ou física, todavia carece a proteção da existência humana de forma mais ampla. Desta maneira, é imprescindível que subsista a conjugação dos direitos sociais e dos direitos ambientais para identificação dos patamares necessários de tutela da dignidade humana, a fim de promover o reconhecimento de um direito-garantia do mínimo existencial socioambiental, “precisamente pelo fato de tal direito abarcar o desenvolvimento de todo o potencial da vida humana até a sua própria

sobrevivência como espécie, no sentido de uma proteção do homem contra a sua própria ação predatória” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 116).

A exemplo do que ocorre com o conteúdo do superprincípio da dignidade humana, o qual não encontra pontos limítrofes ao direito à vida, em uma acepção restritiva, o conceito de mínimo existencial não pode ser limitado ao direito à simples sobrevivência na sua dimensão estritamente natural ou biológica, ao reverso, exige concepção mais ampla, eis que almeja justamente a realização da vida em patamares dignos, considerando, nesse viés, a incorporação da qualidade ambiental como novo conteúdo alcançado por seu âmbito de proteção. Arrimado em tais corolários, o conteúdo do mínimo existencial não pode ser confundido com o denominado “mínimo vital” ou mesmo com o “mínimo de sobrevivência”, na proporção em que este último tem seu sentido atrelado à garantia da vida humana, sem necessariamente compreender as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida dotada de certa qualidade.

O conteúdo normativo ventilado pelo direito ao mínimo existencial deve receber modulação à luz das circunstâncias históricas e culturais concretas da comunidade estatal, inclusive numa perspectiva evolutiva e cumulativa. Destarte, é natural que novos elementos, decorrentes das relações sociais contemporâneas e das novas necessidades existenciais apresentadas, sejam, de maneira paulatina, incorporados ao seu conteúdo, eis que o escopo primordial está assentado em salvaguardar a dignidade da pessoa humana, sendo indispensável o equilíbrio e a segurança ambiental. Nesta esteira, com o escopo de promover a conformação do conteúdo do superprincípio da dignidade da pessoa humana, é imperioso o alargamento do rol dos direitos fundamentais, os quais guardam ressonância com a concepção histórica dos direitos humanos, porquanto a tendência é sempre a ampliação do universo dos direitos fundamentais, de maneira a garantir um nível cada vez maior de tutela e promoção da pessoa, tanto em uma órbita individual como em aspectos coletivos.

Ademais, o processo histórico-constitucional de afirmação de direitos fundamentais e da proteção da pessoa viabilizou a inserção da proteção ambiental no rol dos direitos fundamentais, de maneira que o conteúdo do mínimo existencial, até então restrito à dimensão social, deve necessariamente compreender também um mínimo de qualidade ambiental, no sentido de encampar o mínimo existencial ecológico, que assume verdadeira feição socioambiental. Ao se adotar os paradigmas ventilados pelo artigo 225 da Constituição Federal, é verificável que a promoção da sadia qualidade de vida só é possível, enquanto desdobramento da vida e saúde humanas, dentro dos padrões mínimos estabelecidos constitucionalmente para o desenvolvimento pleno da personalidade humana, num ambiente natural com qualidade ambiental.

O ambiente está presente nas questões mais vitais e elementares para o desenvolvimento das potencialidades humanas, além de ser imprescindível à sobrevivência do ser humano como espécie natural. Desta feita, com o intento que se contribuir para a construção de uma fundamentação do mínimo existencial ecológico e, em uma perspectiva mais ampla, socioambiental, é adotado, portanto, uma compreensão alargada do conceito de mínimo existencial, com o escopo de alcançar a ideia de uma vida com qualidade ambiental. “A dignidade da pessoa humana, por sua vez, somente estará assegurada – em termos de condições básicas a serem garantidas pelo Estado e pela sociedade – onde a todos e a qualquer um estiver assegurada nem mais nem menos do que uma vida saudável” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 120), o que, com efeito, passa, por imperioso, pela qualidade, equilíbrio e segurança do ambiente em que a vida humana se encontra sediada.

COMENTÁRIO FINAL: O MÍNIMO EXISTENCIAL SOCIOAMBIENTAL COMO AFIRMAÇÃO DOS CÂNONES DE DEMOCRACIA E JUSTIÇA SOCIAL

É possível salientar que com a adoção do mínimo existencial socioambiental, configura verdadeira ampliação do rol dos direitos fundamentais, notadamente no que concerne à sua dimensão sociocultural, abarcando novas demandas e desafios existenciais provenientes da matriz ecológica. Trata-se, com efeito, do processo de reestruturação do Estado e juridificação de questões peculiares, estendendo a incidência do direito a questões florescidas na contemporaneidade, objetivando emprestar uma visão normativa ao tema, utilizando, como filtro de análise, a promoção do princípio da dignidade da pessoa humana e sua densidade no ordenamento jurídico brasileiro. Nesta senda, incumbe ao legislador promover a ampliação do rol dos direitos fundamentais, garantindo, via de consequência, o alargamento do conjunto de prestações socioculturais indispensáveis para assegurar a cada indivíduo uma vida condigna e a efetiva possibilidade da inserção na vida econômica, social, cultural e política, refletindo um processo dinâmico e fortemente receptivo ao contexto.

Nesta esteira, a edificação e fortalecimento dos valores atrelados ao mínimo existencial socioambiental inauguram um novo patamar, no qual aspectos essenciais da tutela ambiental e de outros direitos. Desta feita, com o intento que se contribuir para a construção de uma fundamentação do mínimo existencial ecológico e, em uma perspectiva mais ampla, socioambiental, é adotado, portanto, uma compreensão alargada do conceito de mínimo existencial, com o escopo de alcançar a ideia de uma vida com qualidade ambiental. O piso mínimo vital de direitos que deve ser assegurado pelo Estado a todos os indivíduos, dentre os quais insta

salientar o direito à saúde, para cujo exercício é imprescindível um ambiente equilibrado e dotado de higidez, como afirmação dos valores irradiados pela democracia e justiça social.

REFERÊNCIAS

ANDREWS, Christina W. Os Conceitos de Burocracia e Burocratização: Teoria da Modernidade e a Condição Periférica. *In: 34º Encontro Anual da ANPOCS. ANAIS...*, 2010, Caxambu, 25-29 out., p. 01-22. Disponível em: <http://www.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=1386&Itemid=350>. Acesso 15 mai. 2015.

BANNWART JÚNIOR, Clodomiro; OLIVEIRA, Valéria Martins. A Consolidação do Estado Democrático de Direito e do Estado do Ambiente: Estudo a partir do processo de juridificação de Jürgen Habermas. *In: XVIII Encontro Nacional do CONPEDI. ANAIS...*, 2009, Maringá-PR, p. 2.215-2.239. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br>>. Acesso 15 mai. 2015.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Novo Direito Civil. Breves Reflexões. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VII, nº 08, p. 229-267, junho de 2006. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista08>>. Acesso em 15 mai. 2015.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição (da) República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 mai. 2015a.

_____. *Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 mai. 2015b.

_____. *Supremo Tribunal Federal (STF)*. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 15 mai. 2015c.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. *Revista Boletim Jurídico*, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 15 mai. 2015.

CARVALHO, Gustavo Lourenço de. Jürgen Habermas e a Modernidade: Desdobramentos preliminares para uma filosofia da história. *Revista de Teoria da História*, Goiânia, ano 1, n. 1, ago. 2009, p. 64-75. Disponível em: <http://www.historia.ufg.br/uploads/114/original_jurgen.pdf>. Acesso em 15 mai. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. Fundamentos dos direitos humanos. In: DINIZ, José Janguê Bezerra (coord.). *Direito Constitucional*. 1 ed. Brasília: Editora Consulex, 1998.

FARIAS, Talden. *Introdução ao Direito Ambiental*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

FREITAG, Bárbara. Habermas e a Teoria da Modernidade. *Caderno CRH*, Salvador, n. 22, jan-jun.1995, p. 138-163. Disponível em: <www.cadernocrh.ufba.br>. Acesso em 15 mai. 2015.

HABERMAS, Jürgen. *Sobre a Constituição da Europa*. São Paulo: Editora UNESP, 2012.

_____. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Tomo II. Madrid: Taurus Humanidades, 1999.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 21 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. *Dignidade da Pessoa Humana: Princípio Constitucional Fundamental*. 6 tir. Curitiba: Editora Juruá, 2008.

PIZZI, J. *O mundo da vida. Husserl e Habermas*. Ijuí: Editora: Unijuí, 2006.

RENON, Maria Cristina. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e sua relação com a convivência familiar e o direito ao feto*. 232f. Dissertação (Mestre em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br>>. Acesso em 15 mai. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SCARPI, Vinicius. Equidade Intergeracional: Uma Leitura Republicana. In: MOTA, Maurício (coord.). *Fundamentos Teóricos do Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008.

SCHIAVI, Mauro. *Proteção Jurídica à Dignidade da Pessoa Humana do Trabalhador*. Disponível em: <www.lacier.com.br>. Acesso em 15 mai. 2015.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

THOMÉ, Romeu. *Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011*. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

O DIREITO ANIMAL COMO PRESSUPOSTO DE RESSIGNIFICAÇÃO SEMÂNTICA DOS DIREITOS HUMANOS: PARA UM CONSTITUCIONALISMO BIOCÊNTRICO

JAILSON JOSÉ GOMES DA ROCHA ¹

RESUMO

O presente artigo tem como intento propor uma discussão acerca do processo de constitucionalização do Direito dos animais não-humanos. Para tanto, efetuamos uma problematização do *locus* que os Animais não-humanos ocuparam historicamente na construção dos Direitos Humanos. Ao inserir a proteção animal como matéria constitucional, a Carta Magna de 1988 se tornou o marco balizador do pensamento brasileiro acerca dos *Direitos dos Animais*. Ao consignar que o animal não-humano não poderá ser tratado de forma cruel, o sistema constitucional pátrio passou a reconhecer o direito que o animal não-humano possui de ter respeitada sua integridade, sua liberdade, sua vida. Logo, também existiria para o animal um mínimo existencial amparado pelas normas constitucionais brasileiras. Desta forma, advogamos a necessidade de ressignificar do ponto de vista semântico e operacional o constitucionalismo contemporâneo para abarcar a proteção animal sob um ponto de vista biocêntrico, levando em consideração o valor intrínseco que os animais possuem. Com isso, rechaçamos a instrumentalização animal e a consideração do animal não-humano como propriedade para afirmá-los como sujeitos morais, titulares/beneficiários do sistema de Direitos Humanos posto. Assim, poder-se-ia, através de uma leitura biocêntrica do Direito, afirmar a necessidade de reorientação da teoria dos Direitos Humanos para contemplar os Direitos dos Animais, bem como redirecionar as dimensões clássicas dos Direitos Humanos para um caminho não-especista. Tudo isto para afirmar a necessidade de se construir uma (co)existência – mediada pelo Direito e demais subsistemas sociais – não-dominadora dos sujeitos humanos em relação aos animais não-humanos. Desta forma – ao inserir/alterar conteúdos e sujeitos de direitos – ampliar-se-ia significativamente o âmbito da gramática dos Direitos Humanos. Por consequência, aflorar-se-ia uma nova cultura de direitos humanos em que toda a comunidade biótica *a priori* seria digna da tutela do sistema posto.

Palavras-chaves: Especismo. Ética Animal. Bioética.

INTRODUÇÃO

Os Direitos Humanos compreendidos como cláusulas maiores da modernidade – ou deveres *prima facie*² - destinados à proteção e garantia de fruição de certos valores com pretensões de juridicidade tiveram sua matriz histórica cunhada através de uma clivagem baseada em um referencial especista. Os aportes epistêmicos e axiológicos que inauguraram a

¹ Docente da Universidade Federal da Paraíba. GT III – Bioética e biodiversidade ambiental. Email: jailson@cbiotec.ufpb.br

² Sobre deveres *prima facie* vide Ross (1930).

cultura jurídica dos Direitos Humanos na modernidade estavam (e ainda estão) embevecidos pela lógica especista-antropocêntrica-hegemônica ou, se utilizarmos um referencial epistemológico descolonial, nutridos por uma relação de poder que proporcionou o ocultamento e negação do *outro* não-humano^{3,4}.

O termo especismo pode ser compreendido como interpretação/interação *do* e *no* mundo fruto de um aporte epistêmico que orienta o agir a partir de modelos distintivos baseados na categoria analítica «espécie». Em outros termos, a partir da hierarquização das espécies, atribuiríamos valores, direitos e personalidades distintas e seletivas. Parte-se, portanto, de uma discriminação baseada na espécie a qual se filia. A lógica da justificação da ação sob o ponto de vista de uma ética especista baseia-se na naturalização deste tratamento diferenciado e discriminatório com base na filiação a determinada espécie. Cria-se um sistema de alocação desigual de direitos, prerrogativas, reconhecimento e *status*. De um ponto de vista especista-antropocêntrico, os seres humanos estariam no topo da *pirâmide de status moral*. Portanto, o princípio ético da igual consideração de interesses deveria ser aplicado apenas aos seres humanos, reduzindo os animais não-humanos à condição de objetos.

Desta forma, no que se refere à titularização de direitos, esta clivagem especista legitimou a construção da noção de essencialidade e proteção de certos tipos de direitos – os ditos direitos humanos e/ou fundamentais – para gestão e fruição apenas da vida humana. Neste sentido, as existências para além do elemento humano foram historicamente desconsideradas e tratadas, por conseguinte, como objetos, bens, propriedades sujeitas à exploração legítima conferida pelo manto do Direito estatal. O epicentro da justificação moral desta lógica até aqui exposta seria a afirmação da construção de direitos *por* e *para* humanos. A (re)produção dos Direitos Humanos seria, desta feita, baseada na afirmação do Direito e dos direitos como institutos humanos, para humanos. Um artifício humano para proteção humana. Neste sentido, os Direitos Humanos serviriam como uma cláusula de barreira para que a fruição destes valores jurídicos não fossem extendidos a outros seres vivos.

Assim, diante desta conjuntura resta o questionamento acerca da relação que este sistema posto – incluindo o Direito, os sujeitos e as representações sociais – estabelece com animais não-humanos assim como cabe-nos analisar as condições de possibilidade para um ruptura paradigmática e consequente inserção dos animais não-humanos no quadro de proteção dos Direitos Humanos, sob um prisma não-antropocêntrico, não-especista. Estes

³ Sobre epistemologias descoloniais vide Dussel (1993), Quijano (2005), Mignolo (2010).

⁴ Podemos realizar uma leitura da construção do artifício “Direitos Humanos” e sua relação com os animais não-humanos através da ótica dos estudos subalternos (Spivak, 1988), ao perceber o animal como “subalterno”, sem voz – e submetido a um modelo epistêmico subjogador.

questionamentos nortearão as reflexões expostas no presente artigo, sob a esteira de um constitucionalismo biocentrado.

(DES)CONSTRUINDO DIREITOS HUMANOS

Cabe alertar, que quando nos propomos a ressignificar semanticamente os Direitos Humanos para inserir a questão animal sob um ponto de vista não-especista partimos da asserção da necessidade de alteração da gramática do direitos humanos. Segundamente, como consequência da afirmativa inicial, a partir desta alteração semântica operar-se-ia, necessariamente, uma ressignificação operativa do Direito, em uma relação dialética «semântica-práxis».

Pois bem. Inicialmente, cumpre destacar que intentaremos aqui romper com certos processos de naturalização atinentes aos Direitos Humanos e sua construção histórica, ou em outros termos, será problematizada a visão hegemônica do que se compreende por «Direitos Humanos» em sua acepção pretensamente moderna. Partimos aqui não da suposição dos Direitos Humanos como produtos neutros aprioristicamente dados e acabados – como entidades jurídicas, nascidas e criadas no leito da juridicidade moderna –, mas sim, historicamente contingenciados, calcados em um *caldo cultural* possibilitador de sua respectiva existência enquanto categoria analítica e enquanto sistema de ação. Neste sentido, reconhecemos os Direitos Humanos insertos em um processo contínuo de disputa, em um ambiente conflitual. Tais direitos estariam submetidos a processamentos persistentes e não-lineares de reconhecimento, afirmação, estabilização e deterioração.

Há de se salientar que a visão dominante do que se compreende por Direito Moderno e mais precisamente a concepção e o rol dos direitos humanos – e/ou fundamentais – podem ser enquadrados como um caso típico de *localismo globalizado* – para utilizar a dicção proposta por Boaventura de Sousa Santos (2006) relativamente aos processos de globalização –, ou dito de outro modo, um caso de coerção simbólica dos valores ocidentais dominantes. O propugnado universalismo dos direitos humanos, em verdade, disfarça a universalização impingida de um modelo cultural centro-ocidental. Ocorre que há espreitado nos recantos do chamado *mundo jurídico* a naturalização do argumento segundo o qual o modelo epistêmico do Direito seria isento dos expedientes de ordem ético-cultural e poderia ser justificado acepticamente apenas pela sua autorreferencialidade sistêmica. Em sentido semelhante, poder-se-ia criticar a noção construída na modernidade sobre o Estado-nação. Institutos como soberania nacional, povo, território, constitucionalismo são produções centro-ocidentais que não encontraram similar teorização ou manifestação factual em outras comunidades ou

sociedades políticas em contextos espaciais diversos do centro-ocidental. Foram em verdade expedientes retóricos criados pra promover a centralização do poder político e possibilitar à burguesia europeia e norte-americana galgarem a influência necessária dentro do pacto político da modernidade, e com isso terem seus interesses refletidos como agentes do poder decisório. No entanto, neste processo histórico, certos segmentos da sociedade foram ocultados – e ainda o são –, reputados como “inexistentes” na cartografia do pensamento abissal (SANTOS, 2007), uma vez que não afiguravam como relevantes para a consecução do pacto político-jurídico moderno.⁵

Na realidade – como já salientado em outra oportunidade – o que corriqueiramente vem sendo compreendido por direitos humanos universais representam cânones jurídico-políticos orientadores de uma sociedade tipicamente ocidental, cristã, liberal, predominantemente branca, individualista e eurocêntrica (ROCHA, 2012). Somos levados a crer que estamos (ou devemos estar) inseridos neste esquema paradigmático e que ele é universal, aprioristicamente dado, como que em um processo “natural” de aquisição/socialização e que tal modelo é benéfico e incontornável.

Além da referida caracterização, os direitos humanos modernos foram cunhados através de uma outra clivagem, baseada em um referencial especista. Relativamente à titularização de Direitos por humanos, torna-se pertinente lançar a proposição de rompimento com este processo de naturalização/neutralização, um dos mais arraigados no pensamento ocidental-especista.

DO ESPECISMO AOS DIREITOS DOS ANIMAIS

Os direitos dos animais – compreendidos como o complexo de normas jurídicas que tem como destinatários/beneficiários os animais não-humanos sencientes⁶ – foram edificados e consolidados em solo norte-americano a partir da segunda metade do século XX, influenciados pela difusão da reflexão ética na pesquisa científica e pelo processo de sedimentação da Bioética enquanto campo disciplinar. Com a Declaração Universal dos Direitos dos Animais

⁵ Sobre o processo de ocultamento ver Enrique Dussel (1993).

⁶ De forma genérica podemos afirmar que a senciência caracteriza-se como a capacidade de apresentar estados mentais acompanhados de sensações afetivas. Em outros termos, a capacidade que determinados seres possuem de manifestar sensações, experienciar dor, pesar, felicidade, alegria, manifestar reações subjetivas à experiência no mundo. A Declaração de Cambridge sobre a Consciência em Animais Humanos e Não Humanos (2012, p.2), expressamente declara: “A ausência de um neocórtex não parece impedir um organismo de experimentar estados afetivos. Evidência convergente indica que os animais não humanos têm substratos neuroanatômicos, neuroquímicos e neurofisiológicos de estados de consciência, juntamente com a capacidade de exibir comportamentos intencionais”.

(UNESCO, 1978) passou-se a reconhecer, de forma inédita, do ponto de vista institucional e em âmbito internacional o valor intrínseco dos animais não-humanos e a necessidade de regramentos que assegurem seu bem-estar e consideração de seus interesses.

O termo «especismo» denota uma distinção na atribuição de valores ou direitos para os seres, dependendo de sua filiação a determinadas espécies. Uma discriminação que constrói uma relação hierárquica entre espécies, criando uma alocação desigual de direitos e prerrogativas. Em um ponto de vista especista-antropocêntrico os seres humanos estão no topo da *pirâmide de status moral*. Portanto, o princípio ético da igual consideração de interesses deveria ser aplicado apenas aos seres humanos, reduzindo a animais não-humanos condição de objetos.

É neste quadrante histórico-cultural que inserimos a *questão animal*. Diante deste contexto, torna-se atual e necessário ponderar sobre alguns questionamentos: 1. Qual a relação que o sistema de direitos humanos estabelece (ou deveria estabelecer) com os animais não-humanos? 2. Quais são as condições de possibilidades para a inserção dos animais não-humanos no quadro de proteção dos direitos humanos, sob um prisma não-antropocêntrico?

A partir da reflexão destes questionamentos criticamos o dogma que parte da noção de que o homem enquanto ente moral dotado de racionalidade possuiria algo que o diferenciaria das demais espécies, e esse algo lhe permitiria interagir com a natureza e demais animais em uma relação de dominação, na qual natureza e animais não-humanos seriam objetos que serviriam de instrumentos para a consecução dos desejos da humanidade rumo ao progresso material, moral e intelectual. Essa exploração, sob o manto da racionalidade moderna, seria vista como naturalmente benéfica ao corpo social, inevitável e impassível de limitação, uma vez que limitar tal exploração significaria limitar a caminhada da humanidade rumo ao progresso científico-tecnológico. Neste sentido, filiamo-nos à crítica consignada nos posicionamentos de SINGER (2010) e FRANCIONE (2000).

Nega-se, então, a periculosidade do conhecimento científico (POTTER, 1971) e sobretudo a titularidade de direitos aos animais, o reconhecimento do valor intrínseco da natureza e de animais não-humanos. Diante desta visão, é refutado o *status moral* dos demais animais através de uma visão especista-antropocêntrica. Ou seja, atribuímos valores ou direitos distintos a seres vivos, a depender de sua filiação a determinada espécie. Desta forma podemos chegar a afirmação de que a (re)produção dos Direitos Humanos é baseada na afirmação do Direito e dos direitos como institutos humanos, para humanos. Neste sentido, podemos constatar que os Direitos Ambientais e a proteção dos animais só serviriam na medida do interesse humano pelo ambiente, e não pelo seu valor intrínseco como proposto por autores

como Fritz Jahr (1927) e Aldo Leopold (1986). Relativamente à internalização da noção de Direito enquanto expediente tipicamente humano e a ele destinado, cabe pontuar a crítica de REGAN quando afirma que internalizamos, acriticamente, o paradigma cultural corrente que observa os animais não-humanos como seres que existem para nós, que não possuem outro propósito para estar no mundo senão o de atender às necessidades e aos desejos dos humanos (2006, p.28).

Ao longo do curso histórico da modernidade, afirmou-se o ser humano como o único titular de direitos. Como sujeito moral partícipe da comunidade ética e política. E que, portanto, não haveria “sentido” em atribuir *status* jurídico aos animais não-humanos. A modernidade negou status moral aos animais, relegando aos mesmos apenas a condição de propriedade, e assim, sujeitos à plena exploração, sem limitações do ponto de vista ético ou jurídico (FRANCIONE, 1995).

Nesta lógica, pretende-se aqui expor a tese segundo a qual os direitos humanos como projeções da soberania estatal têm servido e reproduzido as lógicas hegemônicas e opressoras, mas há a urgência de haver a promoção de uma ruptura com esta lógica para que o Estado e os direitos humanos possam servir como um instrumento de reequacionamento do *puzzle* social, suprimindo injustiças e promovendo a redução dos níveis de miserabilidade, ou seja, inserção plena de todos os entes morais na comunidade política de argumentação através da promoção da extensão do princípio ético da igual consideração de interesses não só a seres humanos, mas os demais seres sencientes. Assim, a inserção da proteção animal como dispositivo com *status* constitucional, como notado na dicção do art. 225 da Carta Magna, vem ao encontro da afirmação de um Direito contra-hegemônico, inclusivo, de um constitucionalismo biocentrado com dilatação dos fundamentos éticos.

CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA QUESTÃO ANIMAL

No que tange à constitucionalização dos direitos no Brasil, é de se afirmar que o processo de sedimentação se deu através de uma construção histórica lenta e gradual. Especificamente em relação à proteção animal, Laerte Levai afirma que o primeiro registro normativo de proteção aos animais contra abusos e crueldade data de 1886. Tratava do Código de Posturas do Município de São Paulo. Em seu art. 220, rezava que os cocheiros, condutores de carroça estavam proibidos de maltratar animais com castigos bárbaros e imoderados, prevendo, inclusive, multa (LEVAI, 2004, p.27-28). Em que pese todos os instrumentos normativos infraconstitucionais elaborados ao longo do século XX no Brasil com o objetivo de proteger

os animais contra atos de crueldade, somente com o advento da Constituição Federal de 1988 é que o Direito dos Animais seria consagrado como questão constitucional. Através da constitucionalização das normas ambientais, a questão animal pôde ser reavaliada através dos valores constitucionais. Vale observar que as mudanças trazidas pela Constituição de 1988 não se restringiram tão somente ao âmbito jurídico, mas apresentaram-se com alternativas éticas, biológicas e econômicas para os problemas ambientais e animais (BENJAMIN, 2007). Neste sentido a *questão animal* passa a ganhar força normativo-constitucional, e por consequência, abre-se a possibilidade de construção de um espaço institucional para o debate da reivindicação de direitos para os animais não-humanos no contexto de um constitucionalismo contemporâneo biocentrado.

O artigo 225 da Constituição brasileira consigna a proibição de toda e qualquer prática de crueldade para com os animais. Alça os animais não-humanos à condição de titulares/beneficiários do sistema constitucional brasileiro. Nota-se que, ao inserir a proteção animal como matéria de nível constitucional, a Carta Magna de 1988 passou a ser o marco balizador do pensamento brasileiro acerca do Direito Animal. Ao consignar que o animal não-humano não poderá ser tratado de forma cruel, o sistema constitucional brasileiro passa a reconhecer – de forma inédita no sistema constitucional brasileiro – o direito que o animal não-humano possui de ver respeitado seu valor intrínseco, sua integridade, sua liberdade, sua vida. Em outras palavras, existiria para o animal, também, um mínimo existencial tutelado pelas normas constitucionais brasileiras.

As práticas cruéis contra animais tem sido empreendidas e legitimadas ao longo da história humana sob o argumento da hierarquização. O ser humano por ser detentor de racionalidade seria superior aos demais animais e por isso poderia, livremente, dominá-los. Os animais não-humanos seriam apenas uma propriedade. E sob essa propriedade o homem teria livre direito de exploração. Através dessa lógica argumentativa –na esteira do pensamento de KELCH (2010) – a afirmação e reconhecimento dos Direitos dos animais na sociedade mundial assim como a judicialização de questões animais seriam dificultadas. Ainda afirma que o *status* de propriedade impede a possibilidade dos animais não-humanos serem autores em causas judiciais, já que desde o momento em que os animais são considerados propriedade, eles não possuem direitos e seus representantes não podem apelar em favor deles. Em sentido semelhante argumentam FRANCIONE (1995) e REGAN (2004).⁷

⁷ Em seu livro *Animals, Property, and the Law* (1995), Francione argumenta que, devido ao fato de os animais serem propriedade dos humanos, as leis que supostamente exigem que se dê um tratamento “humanitário” aos animais, e que supostamente proibem que lhes sejam causados danos “desnecessários”, não oferecem nenhuma proteção significativa aos seus interesses. Em geral, essas leis e regulamentações exigem apenas que os animais

Nesta linha de raciocínio, TRIBE (2001) afirma a existência de um mito de que o direito constitucional – ou o ordenamento jurídico – jamais intitulou outros seres, atribuindo-lhes o *status* jurídico de pessoa. Para desconstruir tal mito o autor afirma que, em relação ao sistema jurídico norte-americano, tem sido reconhecido direitos a entidades que não são seres humanos. Igrejas, sociedades, corporações, sindicatos, família, municípios, mesmo Estados têm seus direitos assegurados, de forma semelhante ao que acontece no Brasil. Para Tribe, seria plenamente possível conceder personalidade jurídica a animais não-humanos através de medidas legislativas.

Nota-se, ainda que em fase de desenvolvimento tanto teórico como prático, que os Direitos dos Animais têm se propagado pelos instrumentos jurídicos de ordem interna e externa, já possuindo, inclusive, reverberação não só doutrinária mas também no âmbito da jurisprudência da corte constitucional brasileira. O afirmado até aqui pode ser referendado pelo posicionamento que a jurisprudência constitucional vem esboçando acerca da temática em comento. Alguns casos levados à Corte Constitucional são emblemáticos e tem mostrado que o judiciário tem tendido, ainda que embrionariamente, ao biocentrismo e o respeito à natureza e aos animais.

Um dos casos emblemáticos tratado pela corte constitucional brasileira refere-se à chamada “farra do boi”. A farra do boi era visto como um elemento cultural do estado de Santa Catarina. A prática teria sido trazida por açorianos há cerca de 200 anos. Após intensos debates, tanto institucionais como não-institucionais, o Supremo Tribunal Federal se manifestou através do Recurso Extraordinário 153.531-8/SC; RT 753/101, proibindo a prática em território catarinense. De acordo com o entendimento do STF, a Farra do Boi seria uma prática intrinsecamente cruel, e portanto crime, punível com até um ano de prisão, para quem pratica, colabora, ou no caso das autoridades, omite-se em impedi-la.⁸

recebam aquele nível de proteção que seu uso como propriedade dos humanos requer. Os animais somente têm valor como mercadorias, e seus interesses não têm importância no sentido moral. O resultado disso é que, a despeito de termos leis que supostamente protegem os animais, Francione argumenta que nós tratamos os animais de uma maneira que seria considerada tortura, se os envolvidos fossem seres humanos. Por fim, Francione declara que nós poderíamos proporcionar mais proteção aos animais mesmo se eles continuassem sendo nossa propriedade, mas que há forças legais, sociais e econômicas que militam vigorosamente contra reconhecer os interesses dos animais a menos que haja um benefício econômico para os humanos.

⁸ “A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do art. 225 da CF, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado ‘farra do boi’.” (RE 153.531, Rel. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, julgamento em 3-6-1997, Segunda Turma, DJ de 13-3-1998.)

Outro caso digno de nota concerne às brigas de galo.⁹ Na mesma esteira de entendimento, o Supremo entendeu que as rinhas de galo são práticas cruéis que violam o artigo terceiro do decreto 24.654/34 e o artigo 225 da Constituição Federal. Buscando, inclusive, fundamento no caso da farra do boi, o STF compreendeu que nenhuma manifestação cultural pode violar os dizeres da Constituição brasileira.

O CONTROLE DA EXPERIMENTAÇÃO ANIMAL COMO SUPEDÂNEO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA QUESTÃO ANIMAL

Estima-se que mundialmente sejam utilizados entre 75 e 100 milhões de animais vertebrados por ano no âmbito de pesquisas científicas (BAUMANS, 2004). Este número é apenas uma aproximação especulativa já que não existe em nível internacional uma base de dados atual e consolidada no que se refere à utilização de animais em experimentos científicos.

Considera-se experimentação animal a utilização de animais vivos no quadro de experiências de investigação pura ou aplicada, assim como para fins de ensino (HOTTOIS & PARIZOU, 1993). Todavia, este uso massivo do modelo animal pelas ciências tem sido alvo de questionamentos éticos, sobretudo em função do número expressivo de animais utilizados e do sofrimento causado pelos diversos tipos de experimentos (WHITE, 2001; FELIPE, 2007).

Muito embora vários países possuam, há décadas, legislações específicas de regulação da experimentação animal, o Brasil passou por um longo período de carência reguladora nesta temática. Apenas em 2008 foi promulgada a primeira legislação específica que visa a regulamentar a utilização dos animais vertebrados no ensino e na pesquisa científica (lei 11.794/08), preenchendo o vácuo legislativo que assolava o país nesta questão. Referida legislação determinou a adoção de práticas de pesquisa que prezem pelo bem-estar animal, pela redução do número de espécies utilizadas e a adoção expressa da técnica dos 3R's (Reduction, Replacement, Refinement) aos moldes preconizados por Russell e Burch (1959).

Com a chamada Lei Arouca instituiu-se a Conselho Nacional de Controle da Experimentação Animal (CONCEA), órgão integrante do Ministério da Ciência e Tecnologia responsável pela formulação de normas relativas à utilização “humanitária” de animais

⁹ “Lei 7.380/1998, do Estado do Rio Grande do Norte. Atividades esportivas com aves das raças combatentes. ‘Rinhas’ ou ‘Brigas de galo’. Regulamentação. Inadmissibilidade. Meio ambiente. Animais. Submissão a tratamento cruel. Ofensa ao art. 225, § 1º, VII, da CF. Ação julgada procedente. Precedentes. É inconstitucional a lei estadual que autorize e regulamente, sob título de práticas ou atividades esportivas com aves de raças ditas combatentes, as chamadas ‘rinhas’ ou ‘brigas de galo’.” (ADI 3.776, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 14-6-2007, Plenário, *DJ* de 29-6-2007.) No mesmo sentido: ADI 1.856, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 26-5-2011, Plenário, *DJE* de 14-10-2011; ADI 2.514, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 29-6-2005, Plenário, *DJ* de 9-12-2005.

com finalidade de ensino e pesquisa científica, e estabelecimento de procedimentos para instalação e funcionamento de centros de criação, de biotérios e de laboratórios de experimentação animal. Referida lei ainda criou as Comissões de Ética no Uso de Animais (CEUA) responsáveis pela fiscalização da adequação ética dos projetos de pesquisa no âmbito dos centros brasileiros de pesquisa e ensino.

A regulamentação da experimentação animal no Brasil pode ser identificada como caso claro da preocupação legiferante de perfazer o comando constitucional de respeito e consideração do bem estar animal. Ao regulamentar o inciso VII do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelecendo procedimentos para o uso científico de animais, a lei arrouca esboça a preocupação de evitar maus tratos e práticas cruéis no âmbito científico no que se refere ao uso do modelo animal. Questão complexa e pertinente – e que não será objeto deste trabalho – é ponderar até que ponto a institucionalização e regulamentação da experimentação animal pode ser vista sob uma perspectiva apenas bem estarista ou um passo ao abolicionsimo. Em que pese a crítica empenhada, nota-se que a constitucionalização do Direito dos Animais tem reverberado institucionalmente e nos documentos legislativos referentes à temática.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, pode-se concluir – ainda que de forma incipiente - que, ao inserir a proteção animal como matéria constitucional, a Carta de 1988 passou a ser o marco balizador do pensamento brasileiro acerca do Direito Animal. Partindo de uma leitura biocentrada, ao consignar que o animal não-humano não poderá ser tratado de forma cruel, a Constituição Federal passa a reconhecer – de forma inédita no sistema constitucional brasileiro – o direito que o animal não-humano possui de ver respeitado seu valor intrínseco, sua integridade, sua liberdade, sua vida. Em outras palavras, existiria para o animal também um mínimo existencial tutelado pelas normas constitucionais brasileiras.

Poder-se-ia, através de uma leitura biocêntrica do constitucionalismo contemporâneo, afirmar a necessidade de reorientação da teoria dos direitos humanos para contemplar os Direitos dos Animais em seu rol, bem como redireccionar as gerações clássicas dos direitos humanos para um caminho não-especista, ou seja, propor um constitucionalismo biocentrado com dilatamento dos fundamentos éticos para toda a comunidade biótica.

Pode-se afirmar que a tendência atual direciona-se ao rechaço da instrumentalização animal e da consideração do animal não-humano como propriedade, para afirmá-los como sujeitos morais, sujeitos titulares/beneficiários do sistema de Direitos Humanos posto. Assim,

ao ressignificar o constitucionalismo contemporâneo para abarcar a proteção animal sob um ponto de vista biocêntrico, levando em consideração a valia intrínseca que os animais possuem, torna-se necessária a compreensão de que o sistema de regulamentação dos Direitos Humanos poderia ser estendido aos demais animais não-humanos, guardadas suas especificidades. Tudo isto para afirmar a necessidade de se construir uma existência – mediada pelo sistema constitucional – e não-dominadora dos homens em relação aos animais não-humanos.

REFERÊNCIAS

BAUMANS, Vera. Use of animals in experimental research: an ethical dilemma? *Gene Therapy* (11), p.64–66, 2004.

BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. *Lei Nº 11.794, de 8 de outubro de 2008*. Regulamenta o inciso VII do § 10 do art. 225 da Constituição Federal, estabelecendo procedimentos para o uso científico de animais; revoga a Lei no 6.638, de 8 de maio de 1979; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11794.htm> Acesso em fevereiro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº153.531. Plenário Relator: Min. Marco Aurélio. Sessão 03/06/1997. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13/03/1998

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº3776. Plenário Relator: Min. Cezar Peluso. Sessão 14/06/2007. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29/06/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº 1856. Plenário. Relator: Min. Celso de Mello. Sessão 26/05/2011. Diário Oficial da União, Brasília, DF, data 014/10/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº2514. Plenário Relator: Eros Grau. Sessão 29/06/2005. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 09/12/2005.

DUSSEL, Enrique. *1492: o encobrimento do outro. A origem do “mito da modernidade”*. São Paulo: Editora Vozes, 1993.

FELIPE, Sônia T. *Ética e experimentação animal: fundamentos abolicionistas*. Florianópolis: EdUFSC, 2007.

FRANCIONE, Gary. *Animals as Persons: essays on the Abolition of Animal Exploitation*. New York: Columbia University Press, 2008.

_____. *Animals, Property and The Law*. Philadelphia: Temple University Press, 1995.

_____. *Introduction to Animal Rights: your child or the dog?* Philadelphia: Temple University Press, 2000.

HOTTOIS, G.; PARIZEAU, M. H. *Dicionário da Bioética*. Lisboa: Instituto Piaget; 1993.

JAHR, Fritz. Bio-Ethic: eine umschau über die ethischen. Beziehungen des menschen zu tier und pflanze. In: *Kosmos*. Handweiser für Naturfreunde, 24(1):2-4, 1927

KELCH, T. G. *Toward a non-property status for animals*. 6 N.Y.U. Envtl. L.J. 1998.

LEOPOLD, Aldo. *A Sand County Almanac*. New York: Ballantine Books, 1986.

LEVAI, Laerte Fernando. Direito dos Animais. São Paulo: Mantiqueira, 2005. In: MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura. *Meio Ambiente: direito e dever fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

LOW, Philip. *The Cambridge Declaration on Consciousness*. In: Francis Crick Memorial Conference; 7 Jul. Cambridge. 2012. Consciousness in human and not human animals. Cambridge: The Memorial; 2012 (acesso 20 jan. 2015). Disponível: <http://fcmconference.org/img/CambridgeDeclarationOnConsciousness.pdf>

MINGNOLO, Walter. *Desobediencia Epistémica: Retórica de la Modernidad, Lógica de la Colonialidad y Gramática de la Descolonialidad*. Buenos Aires: Ediciones del Signo, 2010.

POTTER, Van Rensselaer. *Bioethics*. Bridge to the future. Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1971.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Edgardo Lander (org). Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. p.227-278, 2005.

REGAN, Tom. *Jaulas Vazias*. Porto Alegre: Lugano, 2006.

_____. *The Case for Animal Rights*. Los Angeles: University of California Press, 2004.

ROCHA, Jailson José Gomes da. *O direito em busca de trabalho: o alcance e limites do Estado na protecção da informalidade*. 2012. 97f. Dissertação (mestrado em sociologia). Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra, Coimbra.

ROSS, William David. *The right and the good*. Oxford: Clarendon, 1930.

RUSSELL, W.M.S; BURCH, R.L. *The Principles of Humane Experimental Technique*. Londres: Methuen, 1959.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Globalizations. In: *Theory, Culture & Society*, Vol.23(2-3), 393-399, 2006.

_____. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo, n. 79, p. 71-94, Nov. 2007.

SINGER, Peter. *Libertação Animal*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SPIVAK, Gayatri Chakravorty. Can the Subaltern speak? In: *Marxism and the Interpretation of Culture*. Eds. Cary Nelson and Lawrence Grossberg. Urbana: University of Illinois Press, 271-313, 1988.

TRIBE, L. H. Ten Lessons Our Constitutional Experience Can Teach Us About the Puzzle of Animal Rights: The Work of Steven M. Wise, 7, *Animal Law* 1, 2001.

UNESCO. *Declaração Universal dos Direitos dos Animais*. Proclamada em Sessão realizada em Bruxelas, em 27 de Janeiro de 1978. Disponível em: <http://www.forumnacional.com.br/declaracao_universal_dos_direitos_dos_animais.pdf> Acesso em fevereiro de 2015.

WHITE, W. J. The use of laboratory animals in toxicologic research. In: HAYES, A. W. *Principles and methods of toxicology*. 4.ed. London: Taylor & Francis. p. 773-818, 2001.